



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑO MORAL EN EL ÁMBITO FAMILIAR

Autor: Marina Vázquez-Portomeñe Guillán

5º E-5.

Tutor: María Reyes Corripio Gil-Delgado

Madrid

Mayo, 2020

RESUMEN:

La inmunidad que caracterizaba al Derecho de familia en el contexto histórico de la promulgación de la Constitución de 1978, ha dejado de ser un impedimento respecto a la aplicación del régimen de responsabilidad extracontractual por daños morales a las relaciones familiares. Sin embargo, la aplicación del artículo 1902 del CC en el seno de las relaciones interfamiliares, no se encuentra, ni mucho menos, exenta de múltiples problemáticas, en tanto que, el Derecho de familia, por un lado, y el ya mencionado cuerpo legal, por otro, fueron concebidos casi como antitéticos.

Las constantes modificaciones respecto a las orientaciones jurisprudenciales relativas a la consideración del daño moral, y de la posible responsabilidad civil extracontractual generada en base a su comisión, dentro del ámbito familiar, han concluido en una multitud de resoluciones judiciales que, tanto en el caso del Tribunal Supremo, como en el seno de la jurisprudencia menor, si bien adaptadas a cada supuesto concreto, han perseguido lo que parece ser un fin orientado a la determinación de soluciones ad hoc. A través del análisis de diferentes supuestos civiles posiblemente constitutivos de daño moral, examinaremos y compararemos diversas opiniones doctrinales y resoluciones jurisprudenciales atendiendo a una perspectiva histórica, para examinar su evolución y llegar a ciertas conclusiones.

Palabras clave: Derecho de Familia, daño moral, responsabilidad extracontractual, relaciones interfamiliares.

SUMMARY:

The immunity that characterized family law in the historical context of the enactment of the 1978 Constitution, is no longer an impediment to the application of the non-contractual liability regime for moral damages to family relationships. However, the application of Article 1902 of the CC within inter-family relations is far from exempt from multiple problems, due to the fact that family law, on the one hand, and the aforementioned legal body, on the other, were conceived almost as antithetical.

The constant modifications regarding to the jurisprudential guidelines about the consideration of moral damage, and the possible extra-contractual civil liability generated based on its commission, within the family sphere, have concluded in a multitude of judicial resolutions that, both in the case of the Supreme Court, as within the minor jurisprudence, although adapted to each specific case, have pursued what seems to be ad hoc solutions. Through the analysis of different civil assumptions possibly constituting moral damage, we will examine and compare various doctrinal opinions and jurisprudential resolutions taking into account a historical perspective, to examine their evolution and reach certain conclusions.

Key words: Family Law, moral damage, interfamily relationships, Tort Law.

LISTADO DE ABREVIATURAS:

CC: Código Civil

CP: Código Penal

CE: Constitución Española

LO: Ley Orgánica

TS: Tribunal Supremo

TSJ: Tribunal Superior de Justicia.

TC: Tribunal Constitucional

AP: Audiencia Provincial

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos humanos

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

PETL: Principles of European Tort Law.

BGB: *Bürgerliches Gesetzbuch*; Código Civil Alemán.

1. INTRODUCCIÓN	6
1.1. Estado de la cuestión y objetivos del trabajo.....	6
1.2. Metodología.....	7
1.3. Los cambios en el Derecho de familia tras la Constitución Española de 1978.....	7
2. LOS DAÑOS MORALES	12
2.1. El daño moral como creación jurisprudencial: concepto y requisitos más relevantes	12
2.2. La cuantificación y la prueba del daño moral.....	13
2.3. La lesión de la psico afectividad como daño moral.....	17
3. EL RESARCIMIENTO DEL DAÑO MORAL EN LAS RELACIONES FAMILIARES	19
3.1. La superación de la inmunidad del Derecho de familia.	19
3.2. La antijuridicidad de los daños morales en las relaciones familiares.....	21
3.3. El problema de la prescripción.....	28
4.- SUPUESTOS DISCUTIBLES DE INDEMNIZABILIDAD DEL DAÑO MORAL EN EL ÁMBITO FAMILIAR	31
4.1. El incumplimiento de la promesa de matrimonio.....	31
4.2. El incumplimiento del deber de respeto y ayuda. La infidelidad conyugal y la ocultación de la paternidad al cónyuge.....	32
4.2.1 <i>Derechos protegidos constitucionalmente y a través de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo</i>	32
4.2.2. <i>Las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1.999, 30 de julio de 1.999.</i>	33
4.2.3. <i>Jurisprudencia menor fundada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1.999</i>	35
4.2.4. <i>La Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2018</i>	36
4.3. Obstaculización de las relaciones familiares.....	38
4.4. Abandono. Divorcio.....	40
4.5. Maltrato psicológico: insultos agresiones verbales, menosprecios.....	42
5.- PROBLEMÁTICA DEL DAÑO MORAL EXTRA CONTRACTUAL EN OTROS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS. PARTICULAR REFERENCIA AL DERECHO ITALIANO	45
6.- CONCLUSIONES	51
FUENTES DE INVESTIGACIÓN	56
BIBLIOGRAFÍA.....	56
NORMATIVA.....	58
JURISPRUDENCIA.....	60

1. INTRODUCCIÓN.

1.1. Estado de la cuestión y objetivos del trabajo.

En las últimas décadas y, muy en particular, tras la promulgación de la Constitución Española de 1.978 se han producido cambios muy notables en nuestra sociedad y en nuestro Derecho. La familia conserva su condición de célula social básica pero el modelo patriarcal decimonónico a que respondía ha sido ampliamente superado, de manera que, en la actualidad, la unidad familiar se concibe principalmente como un espacio que debe permitir la autorrealización de sus integrantes. En tal sentido la inmunidad que caracterizaba al Derecho de familia, como marco legal autosuficiente, y que estaba vinculada al modelo patriarcal, ha dejado de ser una barrera que impedía la aplicación del régimen de responsabilidad extracontractual por daños morales a las relaciones familiares. Por otra parte, el daño moral, que es una creación jurisprudencial esencialmente casuística, también ha evolucionado incluyendo aspectos psicoafectivos (sufrimiento), adecuados para su apreciación en las relaciones interfamiliares. No obstante, el artículo 1.902 del Código civil y los preceptos que en tal cuerpo legal integran el Derecho de familia fueron concebidos casi como antitéticos por lo que su interrelación no está exenta de problemas. Algunos son de índole práctica, como el breve plazo de prescripción. Otros, más profundos, afectan a los fundamentos de la responsabilidad extracontractual y a la naturaleza de las obligaciones existentes entre los miembros de la familia. Muchas de esas obligaciones son entendidas por la jurisprudencia como deberes matrimoniales cuyo incumplimiento no puede generar consecuencias económicas. La noción misma de culpa o la gravedad del daño presentan, asimismo, peculiaridades acusadas en el ámbito de las relaciones familiares que inciden sobre la aplicación del artículo 1.902 del Código civil. Es éste, pues, un ámbito ampliamente abierto al debate en la actualidad.

A través del presente trabajo se analizará como la evolución del modelo de familia y de la configuración del daño moral ha llevado a nuestros Tribunales a apreciar el derecho a su resarcimiento cuando se incumplen ciertos deberes familiares. También se examinará la fundamentación jurídica de las resoluciones judiciales que han estimado la concurrencia de daños morales indemnizables, en algunos casos, o su desestimación, en otros. Todo ello sin perder de vista el debate doctrinal que tales resoluciones han

provocado y las posturas que actualmente enfrentan a los muchos autores que se han ocupado de este tema.

1.2. Metodología.

Partiendo de las referencias bibliográficas escogidas en base al tema objeto de análisis, se ha conseguido información con el objeto de describir la realidad jurídica actual, esto es, la problemática que suscita la aplicación de la responsabilidad extracontractual por daños morales en el ámbito de las relaciones familiares (Enfoque descriptivo). En tal sentido, se ha analizado el derecho positivo (Enfoque analítico de normas) así como la jurisprudencia y las distintas posturas de la doctrina científica, atendiendo a una perspectiva histórica, para examinar su evolución y llegar a ciertas conclusiones (Enfoque deductivo).

1.3. Los cambios en el Derecho de familia tras la Constitución Española de 1978

Cada vez son más los aspectos de la vida social que se someten a normas jurídicas. En el ámbito del derecho público, la regulación normativa lo abarca casi todo. Es difícil encontrar actividades completamente desreguladas porque es difícil que existan actividades por completo ajenas a la intervención de las administraciones públicas. Pero también en el ámbito del derecho privado se ha venido produciendo una paulatina transformación de ciertas instituciones jurídicas, algunas de las cuales se forjaron en el Derecho romano y apenas habían cambiado desde los procesos de codificación del Derecho civil de finales del siglo XIX.

Así, la familia, como institución jurídica, ha sido objeto de profundos cambios en los últimos tiempos.

En primer lugar, la familia posee una dimensión social que la hace especialmente permeable a la evolución de la sociedad en su conjunto. Como señala Martín Rocha Espíndola *“es propiamente la célula de la sociedad porque es depositaria de la memoria que implica la anterioridad y superioridad de la persona sobre cualquier tipo de*

*organización social, a pesar de que haya cambiado el entorno de los sistemas racionales que la apoyan”.*¹

Además, ese carácter de elemento asociativo básico ha provocado, desde siempre, la imposición de reglas imperativas en su ordenación jurídica. Por ello, en el ámbito del derecho de familia se ha visto tradicionalmente constreñido el principio de autonomía privada, entendido como *“aquel poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social.”*²

Si bien es cierto que se han producido algunos cambios que otorgan una mayor libertad a los cónyuges (la posibilidad de disolver el vínculo matrimonial por su sola voluntad y de pactar sus consecuencias a través de un convenio regulador -artículo 90 del Código civil- o la de cambiar el régimen económico después de contraer matrimonio -artículo 1326 del mismo cuerpo legal-, son ejemplos de ello), la regulación propia del Derecho de familia tiene casi siempre valor de *ius cogens*. Los contrayentes gozan de absoluta libertad a la hora de vincularse matrimonialmente, pero no pueden prescindir de las formas que a tal efecto establece el CC.. Pueden pactar su régimen económico matrimonial (o alterarlo constante el matrimonio, como hemos dicho), pero no pueden modificar el contenido legal del régimen que pactan. Finalmente, el conjunto de derechos y deberes que conforman el contenido de las relaciones familiares (ayuda, cuidado, fidelidad, alimentos, por citar algunos) son esencialmente indisponibles.

A consecuencia de ello, los cambios en la configuración de las relaciones de familia no pueden ser fruto de la voluntad de quienes son parte en ellas. Han de proceder de una modificación legal (o, en último término, de una diferente interpretación que los órganos judiciales hagan de las normas aplicables).

En todo caso, la configuración legal de las relaciones de familia -como, en general, el contenido de cualesquiera normas jurídicas-, es un producto histórico. Será el contexto

¹ Rocha Espíndola, “Claves para entender las reformas del Derecho de Familia español: Principios Informadores”. Tesis doctoral. 2013. (Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=187263>)

² De Castro y Bravo, F., *El Negocio Jurídico*, Civitas, Madrid, 1.985, p.12.

cultural, socioeconómico y jurídico imperante en una determinada época el que establezca y modifique la citada configuración.

Conviene, así, referirse a determinados valores y principios que, en tiempos más o menos recientes, han venido universalizándose y han pasado a formar parte de un acervo jurídico comúnmente aceptado, incidiendo en el ámbito de las relaciones privadas.

Entre los principios que han provocado cambios relevantes desempeña un rol fundamental la protección de los derechos fundamentales o de los derechos humanos. Se trata de derechos reconocidos en los textos constitucionales y en convenios internacionales suscritos por los Estados de nuestro entorno, que se configuran como “*valores superiores*”³ de los ordenamientos jurídicos, empleando la expresión del artículo 1, párrafo primero de la CE de 1978, o, en todo caso, como principios generales informadores de dichos ordenamientos. Valores y principios que, por su propia naturaleza, tienen vocación expansiva y pueden llegar a modificar la configuración tradicional de ciertas instituciones jurídicas. De hecho, así ha sucedido en el ámbito del Derecho de familia.

El denominado Derecho de familia comprende los libros I y IV del Código Civil de 1889. Y, hasta la entrada en vigor de la CE de 1978, esa regulación decimonónica había permanecido casi inmutable. Sólo las Leyes de 4 de julio de 1970 -sobre adopción-⁴ y de 2 de mayo de 1975 -que suprimió la licencia marital-⁵ la habían modificado. Por tanto, el modelo de familia existente cuando entra en vigor la CE es el instaurado en 1889.

La profesora Alma María Rodríguez Guitián ha descrito con detalle los rasgos distintivos de tal modelo. Afirma, así que “*ese tipo de familia se caracterizaba por ser un modelo familiar, de corte patriarcal y jerárquico, en el que el jefe de familia emite órdenes (deber de obediencia de hijos y esposa), es el patrón (disfruta del resultado del trabajo de los demás miembros de la familia), impone sanciones (ius punendi) y responde por los daños*

³ Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311, pp. 29313 a 29424

⁴ Ley 7/1970, de 4 de julio, de modificación del capítulo V del título VII del libro I del Código Civil, sobre adopción, núm. 161, pp. 10702 a 10704

⁵ Ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges, núm. 107, pp. 9413 a 9419.

causados por sus hijos (responsabilidad inicialmente subjetiva, pero objetivada por nuestra Jurisprudencia)”.⁶

Sucede que una caracterización tal de la unidad familiar choca abiertamente con la tutela jurídica de lo que se ha venido configurando en los últimos tiempos como derechos fundamentales, tal y como ya hemos señalado. El mejor ejemplo de ello está en los artículos 9,2, 10.1,14 y 32 de la actual CE y en el desarrollo legislativo que provocaron.

Como consecuencia de estas previsiones se aprobaron las Leyes 11/1981, de 13 de mayo⁷ y 30/1981, de 7 de julio⁸. Sobre tales reformas se pronunció en diversas ocasiones el TC. En su Sentencia 159/1989, de 6 de octubre (Sala Primera) señaló que el fruto de las reformas de 1975 y 1981 *“es la proclamación de la igualdad jurídica entre marido y mujer (arts. 66 y 1328) y, en general, la desaparición de los vínculos patriarcales y autoritarios, así como la configuración de un nuevo grupo familiar de base asociativa”*.

9

Es decir, el TC pone de manifiesto que el principio de igualdad y no discriminación exige una nueva ordenación de las relaciones de familia pues es incompatible con la familia patriarcal decimonónica.

Por tanto, el modelo de familia patriarcal ha sido superado y no de cualquier manera. Actualmente, no se trata, ya, de que hayan mutado, sin más, alguno de los rasgos distintivos de la institución familiar. Lo que se ha producido es una transformación que afecta a su naturaleza y funcionalidad social. La familia ya no es una institución reconocible por unas determinadas características a las que los individuos se adaptan. Ha pasado a ser una institución al servicio de los derechos de la personalidad de quienes la integran, un instrumento que sirve para ejercer dichos derechos.

Dicho de otro modo, aunque la consideración de la familia como célula social sigue estando claramente presente, el TC ha señalado que *“El matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución”* (STC 184/1.990, de 15 de noviembre)¹⁰-, en los

⁶ Rodríguez Guitián, Alma: Responsabilidad civil en el Derecho de familia: Especial referencia al ámbito de las relaciones paternofiliales. Ed. Civitas thomson Reuters, pamplona, 2009.

⁷ Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, núm. 119, pp. 10725 a 10735

⁸ Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, núm. 172, pp. 16457 a 16462

⁹ STC 159/1989, de 6 de octubre.

¹⁰ STC 184/1990, de 15 de noviembre

últimos tiempos la correlación entre el interés grupal familiar y los intereses de sus integrantes se ha redefinido, en buena medida, dado el protagonismo adquirido por los segundos.

Ya se han mencionado los motivos por los que se aprobaron las Leyes 11/1981, de 13 de mayo y 30/1981, de 7 de julio. Con posterioridad a su entrada en vigor, se produjeron otros cambios, cuando menos igualmente significativos, a través de las Leyes 11/1990, de 15 de octubre, 13/2005, de 1 de julio, y 15/2005, de 8 de julio.

Y las razones que impulsaron estos cambios están, de nuevo y precisamente, vinculadas al desarrollo personal de los miembros de la familia, desarrollo que ya no se supedita sin más al interés familiar. Puede citarse, en este sentido, la tesis defendida por De Verda y Bedamonde, para quien las citadas leyes *hacen jugar al principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad una importancia desconocida hasta ahora en el Derecho Civil, acentuando la función del matrimonio como un medio de desarrollo de la personalidad en detrimento de su carácter de institución social*.¹¹

La propia Exposición de motivos de la Ley 13/2005, de 1 de julio, es clarificadora cuando afirma que la relación de pareja es un reflejo de la naturaleza humana y constituye una vía para el desarrollo de la personalidad, siendo esto un fundamento de orden político de la paz social, de acuerdo con la CE.¹²

Por su parte, la Exposición de motivos de la Ley 15/2005 afirma «*Se estima que el respeto al libre desarrollo de la personalidad, [...], justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge. Así, [...] la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud, ni, desde luego, de una previa e ineludible situación de separación*»¹³

Idéntico espíritu ha informado las modificaciones en el Derecho civil propio de algunas Comunidades Autónomas, por ejemplo, la Ley 25/2010, de 9 de julio, del libro segundo

¹¹ De Verda y Bedamonde, “Principio de libre desarrollo de la personalidad y “*ius connubi*” (a propósito del auto del Tribunal Constitucional 222/1994)”, en Revista de Derecho Privado, octubre, año 1998.

¹² Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el CC en materia de derecho a contraer matrimonio, núm. 157, pp. 22632 a 22634

¹³ Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, núm. 163, pp. 24458 a 24461

del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia¹⁴ o la Ley del Parlamento de Galicia 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia.¹⁵

En palabras de Rodríguez Ruiz, los artículos 9.2, 14 y, sobre todo, 32 CE “*obligan a redefinir las relaciones conyugales heredadas del ordenamiento preconstitucional y, con ellas, el modelo clásico de familia nuclear, es decir lo transforman. Los tres preceptos están en la base de las profundas reformas operadas en este terreno en casi todos los sectores del ordenamiento jurídico (...) y cuyo objetivo es redefinir las relaciones familiares para eliminar, con mejor o peor fortuna, la subordinación estructural de las mujeres*”.¹⁶

Como se verá con mayor grado de detalle en otro apartado de este trabajo, esta nueva configuración ha facilitado la aplicación de preceptos legales que no forman parte del Derecho de familia a las relaciones conyugales o de filiación.

2. LOS DAÑOS MORALES.

2.1. El daño moral como creación jurisprudencial: concepto y requisitos más relevantes

Según el artículo 1902 del Código Civil “*El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado*”.¹⁷

El precepto regula con carácter general la denominada responsabilidad extracontractual o “aquiliana” (por referencia a su origen en el Derecho romano), es decir, aquel tipo de responsabilidad que genera una obligación de resarcimiento entre personas que no están vinculadas por una relación contractual. Según el señalado artículo, es necesario que se cause un daño y que el causante haya actuado (o dejado de actuar) negligentemente para que nazca la obligación de resarcirlo.

¹⁴ Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, núm. 203

¹⁵ Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia. Núm. 182.

¹⁶ Rodríguez Ruiz, Blanca. Matrimonio, Género y Familia en la Constitución Española. Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 91, enero-abril (2011).

¹⁷ Real Decreto de 24 de Julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Núm. 206.

En tal sentido, el tribunal Supremo ha reiterado «*es doctrina pacífica y constante, [...], la que determina que para una declaración de una responsabilidad extracontractual plasmada en el artículo 1902 del Código Civil, es preciso que concurran los siguientes requisitos: a) Una acción u omisión culposa o negligente, b) La producción de un daño efectivo y evaluable pecuniariamente, y c) Un nexo causal entre dicho acto humano y el resultado dañino*». ¹⁸

El tenor literal del artículo 1902 del Código civil no contempla el daño moral, como hemos visto, de manera que fue el Tribunal Supremo quien otorgó virtualidad jurídica -indemnizable- a los daños de tal naturaleza. ¹⁹ Así lo explica la sentencia del Alto Tribunal de 9 de diciembre de 2003. ²⁰

Como ha señalado De Castro, el reconocimiento del carácter indemnizable del daño moral, hace que, con él, se abra paso a la protección de los bienes jurídicos de la personalidad en general. ²¹

Las primeras sentencias que conceptuaron (más bien, describieron) el daño moral fueron las STS de 28 de febrero de 1959 y 28 de febrero de 1964, abordándolo por oposición al daño puramente patrimonial. Según la primera de ellas: “*el concepto de daño moral, tal y como ha sido perfilado por la jurisprudencia, está constituido por los perjuicios que sin afectar a las cosas materiales (...) se refieren al patrimonio espiritual, a los bienes inmateriales de la salud, el honor, la libertad y análogos que son los más estimados, y por ello más sensibles, más frágiles y más cuidadosamente guardados, bienes morales que al no ser evaluables dinerariamente para resarcimiento del mal sufrido cuando son alterados, imposible de lograr íntegramente, deben, sin embargo, ser indemnizados discrecionalmente en función del artículo 1902 del citado Cuerpo legal, como compensación a los sufrimientos del perjudicado*”. ²²

2.2. La cuantificación y la prueba del daño moral.

¹⁸ SSTS de 21 de marzo de 2001 y 22 de junio de 2003.

¹⁹ En cambio, el daño moral sí aparece específicamente considerado otras disposiciones legales, como en Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

²⁰ STS de 9 de diciembre de 2003.

²¹ DE CASTRO Y BRAVO, F., Temas de Derecho Civil, Madrid, 1972, pág.9.

²² STS de 28 de febrero de 1959

Al margen de la difícil conceptualización del daño moral, el Tribunal Supremo ha reconocido su relevancia a los efectos previstos en el artículo 1.902 del Código civil desde una fecha tan temprana como el 6 de diciembre de 1.912, encajándolo en la reparación integral del perjuicio que tal precepto impone. Pero el resarcimiento de este tipo de daños sigue planteando problemas en la medida en que exige una traducción a términos puramente económicos de un menoscabo intangible.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado en diversas sentencias sobre su cuantificación que, en ocasiones, no considera posible o, en otras, estima de imposible precisión. Así, en sus Sentencias de 12 de mayo de 1990 y 23 de noviembre de 1996, ha señalado que “*el daño moral es siempre incuantificable por su propia naturaleza*”²³; y en las de 3 de noviembre de 1993 y 28 de abril de 1995 consideró que “*la indemnización de los daños morales carece de toda determinación precisa*”.²⁴

Y en su Sentencia de 26 de septiembre de 1.994 sostuvo que “*El daño moral no se puede calcular sobre la base de diversos criterios predeterminados y más o menos precisos como los que corresponden a los daños materiales en los que existen una serie de puntos de vista referidos a los gastos de reparación o reposición, a los intereses, al lucro cesante etc. El daño moral por el contrario, solo puede ser establecido mediante un juicio global basado en el sentimiento social de reparación del dolor producido por la ofensa delictiva*”.²⁵

Ha de señalarse que el verdadero problema se plantea cuando el daño moral carece por completo de consecuencias patrimoniales. Una lesión en el honor de una persona que impacta sobre su actividad profesional (un político que es cesado como consecuencia de un libelo, por ejemplo) tendría obvias consecuencias patrimoniales que pueden cuantificarse. Pero, más allá de debates terminológicos -es éste un verdadero daño moral o, más bien, un daño patrimonial con ciertas particularidades- la verdadera dificultad se plantea cuando el daño implica pura y simplemente un sufrimiento. ¿Cómo ha de resarcirse?

Desde siempre, se ha venido sosteniendo que la indemnización de los daños patrimoniales debía reponer al perjudicado en la situación en que se hallaba antes de sufrir la lesión. Por

²³ STS de 12 de mayo de 1990

²⁴ STS 3 noviembre de 1993

²⁵ STS de 26 de septiembre de 1995

ello, no sólo debe cuantificarse el daño emergente sino también el lucro cesante y, en todo caso, la obligación de indemnizar se considera una deuda de valor, por lo que el quantum indemnizatorio debe ser objeto de actualización a través del abono de intereses.

Pero ese planteamiento es difícilmente aplicable a la reparación de los daños morales.

Por tanto, el problema no está sólo en la valoración económica de un daño puramente moral. Esta limitación es, en realidad, consecuencia de que el daño no puede repararse en los mismos términos que un daño patrimonial. Dicho de otra forma, el perjuicio no se puede eliminar. Sólo compensar.

Así, según Hernández Gil *“La indemnización del daño moral no haría desaparecer el daño o perjuicio ocasionado, pero serviría de solemne desagravio y de autorizada afirmación de la estimación social de los bienes lesionados”*²⁶. Y, en términos equivalentes, Lasarte Álvarez afirma: *“Sólo el daño patrimonial puede ser propiamente resarcido mientras que los daños Morales no patrimoniales no son resarcibles sino sólo en algún modo compensables”*²⁷

En todo caso, no se discute que el daño moral se incluye en el ámbito de aplicación del artículo 1.902 del CC y que, por ende, ha de ser indemnizado si se cumplen los requisitos que el precepto legal impone, más allá de las dificultades de toda índole que plantee su valoración.

Otro de los problemas que suscita la indemnización de daños morales es el de su constatación o prueba. El Tribunal Supremo ha exigido certeza en la lesión para que deba ser indemnizada en base al artículo 1.902 CC. En tal sentido, el daño habrá de ser probado. Sin embargo, esas exigencias probatorias no son equiparables a las de un daño patrimonial.

Como explica Mercedes Sancha Saiz²⁸, desde finales de los años 80 del siglo pasado, el Tribunal Supremo defendió el carácter automático del derecho a una indemnización cuando se constataba la presencia de un daño moral. Dicha indemnización debía ser fijada judicialmente en atención a la gravedad en la lesión del derecho fundamental conculcado y, para ello, el órgano judicial gozaba de una amplia discrecionalidad. Ello implicaba una

²⁶ Hernández Gil, A. Derecho de Obligaciones, CEURA, Madrid, 1983.

²⁷ Lasarte Álvarez, C. Derecho de obligaciones, Principios de Derecho Civil, T. II, Trivium, Madrid, 1993.

²⁸ Sancha Saiz, Mercedes. El daño moral en los derechos fundamentales: últimos pronunciamientos. <https://elderecho.com/el-dano-moral-en-los-derechos-fundamentales-ultimos-pronunciamientos>.

especie de presunción en la producción del daño. La vulneración de un derecho fundamental permitía concluir que se había producido un daño moral y que éste debía ser resarcido. La base legal sobre la que se sustentaba tal postura se encuentra en el artículo 9,3 de la LO 1/1982, según el que: *“La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma.”*²⁹

En tal sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1993 estableció que: *“no es necesario probar que se ha producido un perjuicio para que nazca el derecho al resarcimiento, sino que, por el contrario, una vez acreditada la vulneración del derecho fundamental se presume la existencia del daño y debe decretarse la indemnización correspondiente”*.³⁰ Posteriormente, la doctrina legal cambió sustancialmente y pasó a exigir la demostración del daño y la alegación de las bases y elementos determinantes de la cuantía de la indemnización.

Sin embargo, tras ciertas sentencias del TC (así la de 24 de julio de 2006), la jurisprudencia del Supremo regresó a un planteamiento más próximo al que inicialmente defendía y, en sus más recientes sentencias se inclina por considerar a la indemnización del daño moral como inherente a la vulneración del derecho fundamental (STS de 15 de junio de 2010 y de 11 de junio de 2012), acogiendo las orientaciones que en el ámbito de los incumplimientos contractuales efectúan los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil (que suelen citarse a través del acrónimo PETL y por el denominado *soft law* europeo (derecho académico cuyo objetivo es armonizar las distintas legislaciones estatales). De idéntico modo, el Tribunal Supremo ha atendido a los Principios UNIDROIT (Principios de los Contratos Comerciales Internacionales). Tanto Los PETL como los Principios UNIDROIT reconocen la necesaria reparación integral del daño y hacen expresa referencia al daño moral. Así, *“Damage requires material or immaterial harm to a legally protected interest”*. (Art 2:101 de los PETL). Todavía más específicamente, el artículo 7.4.2 de los Principios UNIDROIT señala,

²⁹ Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, núm. 115

³⁰ STS de 9 de junio de 1993.

refiriéndose al daño, que puede no ser pecuniario e incluye, por ejemplo, el sufrimiento físico y la angustia emocional.³¹

La prueba del daño moral cuando la lesión está comprendida en el ámbito de la denominada violencia de género presenta acusadas particularidades a las que nos referiremos en otro apartado de este trabajo.

2.3. La lesión de la psico afectividad como daño moral.

Hasta tiempos relativamente recientes, la mayoría de las sentencias que abordaban la problemática de los daños morales reconocían su indemnizabilidad cuando se afectaba el honor del reclamante o a lo que hoy llamaríamos bienes de la personalidad (honor, intimidad, propia imagen).

Sin embargo, desde el punto de vista de este trabajo, interesa destacar que algunas sentencias del Tribunal Supremo (como la citada de 28 de febrero de 1959) no se centran únicamente en los daños sufridos por el “*patrimonio espiritual*” o “*los bienes inmateriales de la salud, el honor, la libertad y análogos*”. También se refiere explícitamente a la “*compensación a los sufrimientos del perjudicado*”³². La toma en consideración de un elemento psico-afectivo (el sufrimiento) va a resultar crucial en el reconocimiento del daño moral en las relaciones de familia.

Un resumen particularmente revelador de la evolución jurisprudencial que condujo a la consideración del sufrimiento como daño moral indemnizable se efectúa en la Sentencia de la AP de Valencia de 2 de noviembre de 2004. En ella, se reconoce el derecho de un cónyuge a ser resarcido por daños morales tras descubrirse que tres de los cuatro hijos nacidos constante su matrimonio eran fruto de una relación extraconyugal. También se analiza la materia en la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2001 cuando nos dice:

"SEXTO. - En torno al Daño Moral existe ya un campo de doctrina y jurisprudencia que lo integra por todas aquellas manifestaciones psicológicas que padece o sufre el perjudicado --

³¹ Sancha Saiz, Mercedes. El daño moral en los derechos fundamentales: últimos pronunciamientos. <https://elderecho.com/el-dano-moral-en-los-derechos-fundamentales-ultimos-pronunciamientos>.

³² op. cit.

o persona allegada al mismo por vínculos afectivos o parentales-- , por el acaecimiento de una conducta ilícita, y que por su naturaleza u ontología, no son traducibles en la esfera económica; (...)

Y puede en esa línea entenderse como daño moral, en su integración negativa toda aquella detracción que sufre el perjudicado damnificado y que supone una inmisión perturbadora de su personalidad que, por naturaleza, no cabe incluir, en los daños materiales [...].

En cuanto a su integración positiva, [...] habrá de entenderse categorías anidadas en la esfera del intimismo de la persona, y que, por ontología, no es posible emerjan al exterior, aunque sea factible que, habida cuenta la ocurrencia de los hechos (en definitiva, la conducta ilícita del autor responsable) se puede captar la esencia de dicho daño moral, incluso, por el seguimiento empírico de las reacciones, voliciones, sentimientos o instintos que cualquier persona puede padecer al haber sido víctima de una conducta transgresora fundamento posterior de su reclamación por daños morales. En esta idea cabe comprender aspectos tan difusos para su perceptibilidad jurídica, pero, sin lugar a dudas, de general acaecimiento y comprensión dentro del medio social, los siguientes:

1º) Toda la gama de sufrimientos y dolores físicos o psíquicos que haya padecido la víctima a consecuencia del hecho ilícito[...]; si por las características de la gravedad de la lesión, [...], se origina un componente de desquiciamiento mental en el así lesionado, también es posible que ello integre ese daño moral. (...)

*2º) [...], cualquier frustración, quebranto o ruptura en los sentimientos, lazos o afectos, por naturaleza o sangre que se dan entre personas allegadas fundamentalmente por vínculos parentales, cuando a consecuencia del hecho ilícito, se ve uno de ellos privado temporal o definitivamente de la presencia o convivencia con la persona directamente dañada por dicho ilícito; (.....) ahora bien, se puntualiza que (...) lo que se pretende sustantivizar como daño moral es el dolor inferido o el sufrimiento, tristeza, angustia o soledad padecida por las personas que ante ese hecho ilícito, se ven privadas de la vida de esos seres tan allegados y con lazos tan intensos”.*³³

Ha de destacarse, además, que se reconoce el derecho a una indemnización por daños morales en el ámbito de las relaciones interfamiliares. Como se verá, esta sentencia, y otras dictadas por varias AP, reconocían el derecho a una indemnización por daños morales a quienes les había sido ocultada la verdadera paternidad de sus hijos. No

³³ STS 22 de febrero de 2001.

obstante, tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2018, esa línea jurisprudencial ha sido desautorizada³⁴.

3. EL RESARCIMIENTO DEL DAÑO MORAL EN LAS RELACIONES FAMILIARES

3.1. La superación de la inmunidad del Derecho de familia.

La nueva concepción de la familia en la que los derechos fundamentales de sus miembros adquieren particular relevancia, la hace permeable a la aplicación de determinadas normas jurídicas, difícilmente compatibles con el modelo patriarcal decimonónico. Tal sucede con lo previsto en el artículo 1902 del CC

Los cambios que ya hemos descrito han provocado que las relaciones familiares pivoten más sobre los derechos subjetivos de cada uno de sus miembros que sobre el interés supraindividual, lo que ha debilitado la denominada inmunidad por daños entre familiares y posibilitado un tipo determinado de reclamaciones que en otros tiempos resultaban muy difíciles de justificar.

En efecto, tradicionalmente, se venía defendiendo que el derecho de familia era un ámbito jurídico cerrado y, en cierto sentido, autosuficiente. Este planteamiento otorgaba al Derecho de familia una suerte de inmunidad frente a la aplicación de otros preceptos distintos de los que conformaban su disciplina legal “propia”. Esta era una de las principales barreras para la aplicación del régimen de responsabilidad extracontractual al ámbito de las relaciones familiares. Sin embargo, el cambio en el modelo de familia antes explicado dejaría a esa pretendida inmunidad huérfana de explicación.

Como señala el Magistrado-Juez Roberto Pérez Gallego, la Ley 5/2005, “*introduce los principios de responsabilidad personal y patrimonial de cada uno de los cónyuges, como especificación del principio de igualdad*”.³⁵ Por tanto, no cabe ya hablar de inmunidad del Derecho de familia.

³⁴ STS 13 de noviembre de 2018.

³⁵ Pérez Gallego, Roberto. Nuevos daños en el ámbito del Derecho de familia; los daños morales y patrimoniales por ocultación de la paternidad biológica- revista de Derecho Civil, vol. 2, núm.3 (julio-septiembre, 2015).

Ahora bien, los indiscutibles cambios hasta ahora descritos no implican que la posibilidad de exigir un resarcimiento por daños en el ámbito de cualesquiera relaciones familiares pueda considerarse irrefutable. Por mucho que hayan pasado a importar los derechos fundamentales de cada individuo, abstraer su posición jurídica del espacio en la que se crea no parece lógico. Las relaciones familiares presentan peculiaridades que, en ocasiones, son difícilmente compatibilizables con el derecho subjetivo reconocido en el artículo 1902 del CC. Aunque la época en que las instituciones jurídicas se consideraban departamentos estancos y casi impermeables ha sido ampliamente superada, la interconexión de regulaciones, originalmente concebidas como casi excluyentes suscita diversos problemas.

En tal sentido, no ha sido sólo el modelo de familia patriarcal el que ha servido de freno a la aplicación del artículo 1902 del Código Civil. Como señala la profesora Rodríguez Guitián “...*existen barreras institucionales impuestas por el propio Código civil. En primer lugar, la brevedad del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual [...]. En segundo lugar, [...] la dificultad técnica que tendría un menor para exigir responsabilidad civil frente a sus padres, en tanto que si la reclamación solo fuera contra uno de ellos la ley solo otorgaría la legitimación al otro, lo cual derivaría en una situación sumamente compleja*”³⁶

A tales barreras debe añadirse el problema que plantea evaluar si un comportamiento que causa un daño es negligente. No parece que el elemento subjetivo -culpa- pueda apreciarse debidamente si se deja al margen la especial relación (familiar) entre quien lo causa y quien lo padece.

Nuestro Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre algunos de los problemas que plantea la introducción del artículo 1902 de CC en las relaciones de familia (prescripción, elemento culpabilístico) y ha despejado el camino a la indemnizabilidad de daños (en cuanto daños morales) en determinadas relaciones familiares. Sin embargo, no ha extendido dicha aplicación a otras, como veremos. Lo cierto es que la responsabilidad extracontractual contemplada en el artículo 1902 del CC no parece fácilmente encajable, sin más, en las relaciones propias del Derecho de familia, aun cuando el modelo de familia actual diste mucho del originalmente concebido en el CC.

³⁶ Rodríguez Guitián, Alma. Responsabilidad civil en el Derecho de familia: Especial referencia al ámbito de las relaciones paternofiliales. Ed. Civitas thomson Reuters, Pamplona, 2009.

La mencionada profesora Rodríguez Guitián, en un estudio sobre la STS de 30 de junio de 2009, en la que el alto tribunal reconoció el derecho al resarcimiento por daños morales en un supuesto de obstaculización de relaciones familiares, matiza: *“en nuestro ordenamiento parece vislumbrarse la idea de un principio de inmunidad por daños en las relaciones familiares, que se manifiesta en una exclusión implícita de la responsabilidad civil del ámbito de la familia en el Código Civil de 1889 (creo que así ha de interpretarse la ausencia de una norma, dentro del Derecho de daños y del Derecho de familia, que resuelva de forma expresa si es posible interponer, con carácter general, una acción de responsabilidad civil por parte de un familiar a otro por el daño causado), y en una exclusión explícita por parte de nuestro Tribunal supremo”*.³⁷

3.2. La antijuridicidad de los daños morales en las relaciones familiares.

A diferencia de lo que sucede con los preceptos que disciplinan la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, el artículo 1902 del CC no menciona la antijuridicidad del daño.

Tradicionalmente la doctrina civilista venía entendiendo que el daño ex art. 1902 del CC debía ser antijurídico para ser indemnizable. Como ha señalado Busto Lago: *«La antijuridicidad es [...], el factor de discriminación que delimita el ámbito de los daños civilmente resarcibles a través del mecanismo de la responsabilidad civil extracontractual. (...) Es precisamente el hecho de que se trate de la lesión de derechos o intereses legítimos jurídicamente protegidos –lesión contra ius– no justificada –non iure– lo que va a discriminar frente a otros daños... no resarcibles.»*³⁸ Sin embargo, en tiempos recientes esta postura ha sido contradicha por algunos autores como Lacruz Berdejo o relativizada por otros como Santos Briz o Díez-Picazo.

Nuestro Tribunal Supremo ha citado en muy contadas ocasiones la antijuridicidad como requisito de la indemnizabilidad del daño. La sentencia que aborda esta materia con mayor amplitud es la de 17 de marzo de 1981. En ella afirma el TS:

³⁷ Rodríguez Guitián, Alma. Indemnización del daño moral al progenitor por la privación de la relación personal con el hijo -a propósito de la STS de 30 de junio de 2009- Anuario de Derecho Civil, tomo LXII, 2009, fasc. IV.

³⁸ Busto Lago, José Manuel. La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Tecnos, Madrid (1.998)

“Que la relación o juicio de antijuridicidad, [...], no se basa exclusivamente en ser el acto incriminado contrario a una determinada norma jurídica, (...), de ahí que la antijuridicidad, como requisito de esta clase de responsabilidad, no se elimine al presuponer un acto conforme a las normas sino que se integra por faltar al mandato general de diligencia al actuar frente a bienes ajenos jurídicamente protegidos; (...) y aunque nuestro C. Civ., [...], no menciona expresamente la nota de antijuridicidad en su artículo 1902, no cabe duda que ha de verse la misma no sólo en la actuación ilícita caracterizada por la falta de diligencia contraria a una disposición legal, sino también en consecuencias de actos lícitos no realizados con la prudencia que las circunstancias del caso requerían”³⁹.

Es decir, la antijuridicidad parece englobarse en la negligencia por acción u omisión.

Señala García-Ripoll Montijano: *«se puede concluir que la Sala de lo Civil TS emplea el término «antijuridicidad» solo de vez en cuando (...) especialmente en casos en que el demandado ha cumplido las prescripciones administrativas sobre seguridad, que el Tribunal considera insuficientes para evitar la calificación del acto como antijurídico (...). En cualquier caso, no hace excesivo hincapié en este supuesto requisito, no clarifica la diferencia entre culpa y antijuridicidad, y a veces incluso insinúa que este último no es un elemento de la responsabilidad civil»*.⁴⁰

En un intento de clarificación, algunos autores se refieren a que el daño indemnizable debe ser antijurídico, entendiendo por tal, aquel daño que quien lo sufre no tiene el deber de soportar.

Tal doctrina es un trasunto de lo que sucede en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas. Sin embargo, la responsabilidad patrimonial tiene carácter objetivo por lo que poco importa si se ha actuado diligentemente o no (el daño puede ser consecuencia del funcionamiento normal o *anormal* del servicio público). Y es en este esquema en el que la antijuridicidad del daño adquiere su pleno encaje. El daño debe ser antijurídico y lo será en la medida en que no deba ser soportado por quien lo padece. Es decir, será indemnizable siempre que sea cierto, haya sido ocasionado por la

³⁹ STS 17 de marzo de 1981.

⁴⁰ García-Ripoll Montijano, Martín. La antijuridicidad como requisito de la responsabilidad civil. Anuario de Derecho Civil, tomo LXVI, 2013, fasc. IV.

intervención administrativa y no se haya producido por fuerza mayor o por la actuación descuidada del perjudicado.

Sin embargo, la responsabilidad civil es una responsabilidad culposa, no objetiva. De ahí que para definir el daño indemnizable sea necesario contar con ciertas características en la conducta de quien lo provoca, por más que se perciba, en ocasiones, una tendencia a objetivarla. El Tribunal Supremo ha conectado la antijuridicidad con la culpabilidad en varias sentencias -como ya se ha visto- por esta razón. Porque el daño que no tiene por qué ser soportado (antijuridicidad) depende de la falta diligencia de quien lo provoca.

Sin embargo, la antijuridicidad debería ser independiente de la culpabilidad. Por eso, algunas sentencias del Tribunal Supremo han señalado que la antijuridicidad de carácter civil proviene de la prohibición del principio *alterum non laedere* (STS de 28 de febrero de 1994).⁴¹

Doctrinalmente, se ha considerado que no es correcto hablar de un daño antijurídico sino de conductas antijurídicas, aunque admitiendo que tal posición no deja de ser problemática: *«Ante ello, podría defenderse que hay daños que son indemnizables y otros no, por lo que sí tendría sentido hablar de ilicitud de unos daños y no de otros (...). Así, parece que en nuestro Derecho la mera infidelidad conyugal (...) no puede dar lugar a una indemnización, aunque esto pueda ser ilícito desde otros puntos de vista (así, SSTS de 22 de julio de 1999, RJ 5721, y 30 de julio de 1999, RJ 5726); la razón es, probablemente, no abrir una puerta a constantes reclamaciones indemnizatorias en los procesos de separación y divorcio»*⁴²

Conviene contrastar las diferentes hipótesis con el criterio del Tribunal Supremo sobre el resarcimiento de daños morales en el marco de las relaciones familiares.

Por lo de pronto, ha de afirmarse que la doctrina legal admite este tipo de daños en algunos supuestos, pero no en otros. Así, la STS de 30 de julio de 2009 obliga a indemnizarlo en un supuesto de obstaculización de relaciones familiares⁴³ (art. 160 CC). En cambio, la STS de 13 de noviembre de 2018, niega toda indemnización a un progenitor al que se le ocultó la verdadera paternidad, vulnerando el artículo 68 CC⁴⁴. En ambos casos, el

⁴¹ STS de 28 de febrero de 1994

⁴² García-Ripoll Montijano, Martín. La antijuridicidad como requisito de la responsabilidad civil. Anuario de Derecho Civil, tomo LXVI, 2013, fasc. IV.

⁴³ STS de 30 de julio de 2009

⁴⁴ STS de 13 de noviembre de 2018

Tribunal Supremo considera que se ha generado un daño, estando perfectamente determinado su causante y acreditado que actuó, cuando menos, negligentemente. Por tanto, la subsunción de lo antijurídico en lo culpable no sirve para explicar las diferencias de criterio, siendo evidente que el TS ubica la antijuridicidad en el daño, no en la conducta. Existen daños antijurídicos que, por tanto, deben resarcirse y otros que no lo son.

Por la misma razón, Tampoco cabe fundamentar los pronunciamientos judiciales en el principio *alterum non laedere*. El alto tribunal discrimina el daño, distingue entre uno jurídicamente relevante e indemnizable y otro que no lo es.

En realidad, la única diferencia entre ambos supuestos reside en la consideración que merecen las obligaciones incumplidas y el incumplimiento mismo. En la Sentencia de 13 de noviembre de 2018, el Tribunal Supremo considera que la ocultación de la paternidad supone el incumplimiento de un deber “*estrictamente matrimonial*”⁴⁵. Por tanto, la antijuridicidad, al menos en lo que al asunto que tratamos se refiere, se centra en las particularidades del deber incumplido.

Podría llegar a pensarse, entonces, que el TS considera infringido un deber puramente moral. De hecho, afirma que «*no se niega que conductas como esta sean susceptibles de causar un daño. Lo que se niega es que este daño sea indemnizable mediante el ejercicio de las acciones propias de la responsabilidad civil, contractual o extracontractual, a partir de un juicio de moralidad indudablemente complejo y de consecuencias indudablemente negativas para el grupo familiar*»⁴⁶. Esta conclusión solucionaría el problema: si el deber no es jurídico, su incumplimiento no puede ser antijurídico.

Algunos autores sostienen la tesis de la moralidad de los deberes conyugales. Así, Pérez Gallego señala que: “*La doctrina actual, salvo excepciones, entiende que los deberes conyugales no constituyen obligaciones jurídicas stricto sensu, sino que su naturaleza sería la de simples deberes ético-morales cuyo cumplimiento se encuentra sometido a la conciencia de los cónyuges, siendo incoercibles en su esencia pues no se puede exigir su cumplimiento forzoso.*”⁴⁷ y cita la STS de 4 de diciembre de 1959, según

⁴⁵ *ibid.*

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Pérez Gallego, Roberto. Nuevos daños en el ámbito del Derecho de Familia: Los daños morales y patrimoniales por ocultación de la paternidad biológica. Revista de Derecho Civil. Vol. II, núm. 3 (julio-septiembre, 2015).

la que, tanto derechos y deberes derivados de la relación matrimonial son recíprocos y éticos, pues se confía al sentimiento el cumplimiento de dichos deberes.

“las normas reguladoras de esta relación, aun siendo jurídicas por haber sido acogidas en el Código Civil acusan su origen en lo tenue de la sanción que frecuentemente era solo patrimonial, siempre indirecta y un poco eficaz... cuya observancia depende más de la conciencia que el frío precepto legal.”⁴⁸

En mi opinión, no puede discutirse que el deber de fidelidad tiene un evidente contenido moral. Pero tal cuestión es intrascendente. Desde el punto y hora en que se incorpora al CC pasa a ser una obligación jurídica por la sencilla razón de que no puede cuestionarse el valor jurídico del CC. Además, su incumplimiento tiene consecuencias jurídicas. Y no sólo eso. El matrimonio ha sufrido profundos cambios a consecuencia de las últimas reformas operadas en el CC. De la misma forma que se ha admitido el matrimonio entre personas del mismo sexo podría haberse suprimido la obligación de fidelidad, máxime teniendo en cuenta que la Ley 15/2005, de 8 de julio, modificó el propio artículo 68 del CC.⁴⁹ Por tanto, nos encontramos ante una obligación jurídica. El Tribunal Supremo no admite que su conculcación puede provocar un daño moral indemnizable pero tal criterio no puede justificarse por el valor puramente moral del deber de fidelidad. Dicho de otro modo, la inexistencia de antijuridicidad no puede justificarse por la no juridicidad del deber.

En mi opinión, la respuesta a la problemática hasta aquí descrita ha de buscarse en las particularidades del Derecho de familia. A lo largo de este trabajo se ha mencionado como esta rama del Derecho ha sufrido profundos cambios que no permiten seguir hablando de inmunidad como causa impeditiva de la aplicación de normas “extrañas” (el carácter cerrado y autosuficiente del Derecho de familia). No obstante, las especiales características de las relaciones familiares siguen reflejándose a la hora de someterlas al artículo 1902 del CC. De ahí que un amplio sector doctrinal admita la responsabilidad extracontractual por daños entre familiares, pero, al tiempo, se muestra cauto en su aplicación.

⁴⁸ STS de 4 de diciembre de 1959.

⁴⁹ Op. cit.

Afirma, así, Martín Casals y Ribot, la imposibilidad tratar todos los supuestos bajo el prisma reduccionista de que todo perjuicio ligado a un vínculo conyugal, supone un daño indemnizable.

«en muchos casos se hace evidente que se ha alcanzado el límite de las posibilidades del Derecho. Tal es el caso de la protección de las expectativas de orden personal de los cónyuges dentro del matrimonio (v. gr. fidelidad, apoyo mutuo, respeto) o de aquello que los hijos pueden esperar de sus progenitores respecto al trato que les deben dispensar (v. gr. ser criados y educados con cariño y respeto a su personalidad). En resumen, aun en los ordenamientos jurídicos que parten de una cláusula general de responsabilidad deben analizarse y sopesarse los intereses en juego para no convertir las reclamaciones indemnizatorias en una intolerable cortapisa a las libertades»⁵⁰

En idéntico sentido se pronuncia Gutiérrez Guitián:

“Por sí sola la comisión del incumplimiento de un deber conyugal o paterno-filial no es reparable, pero no porque no se esté ante un verdadero deber jurídico (que indudablemente lo es), sino porque la admisión del resarcimiento en cualquier caso haría peligrar seriamente la paz familiar [...], y además, aunque ello es una razón secundaria, daría lugar a una indeseable multiplicidad de pleitos. A mi juicio la procedencia de la reparación se halla condicionada a que se produzca un comportamiento que, por su intrínseca gravedad o por su reiteración, sea capaz, no sólo de romper el equilibrio de la relación familiar, sino también de vulnerar derechos fundamentales del familiar dañado”⁵¹

También Medina se ha pronunciado en parecido sentido: *“Hoy en día [...], vemos que se ha eliminado la idea de que en la familia no sabe para los daños causados entre sus integrantes y que se ha desechado completamente la concepción de que la especialidad del Derecho de familia impide la aplicación de los principios de la responsabilidad civil. Lo que ocurre es que los principios clásicos de responsabilidad civil han sufrido una evolución así como también se ha avanzado en la concepción del Derecho de familia. Por lo tanto, de lo que se trata es de entender en qué medida los nuevos principios de la responsabilidad civil se aplican el derecho de familia moderno (...)”⁵²*

⁵⁰ Martín Casals y Ribot. Daños en derecho de familia: un paso adelante, dos atrás», Anuario de Derecho civil, LXIV, 2011.

⁵¹ Gutiérrez Guitián, Alma. (Indemnización del daño moral al progenitor por la privación de la relación personal con el hijo -a propósito de la STS de 30 de junio de 2009- Anuario de Derecho Civil, tomo LXII, 2009, fasc. IV.

⁵² Medina, G.: Daños en el Derecho de Familia, 2ª ed. actualizada, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2008,

Otros autores, no obstante, siguen sosteniendo que esas particularidades son un freno al artículo 1902 CC. Díez-Picazo, valorando la SAP de Valencia de 5 de septiembre de 2007, que reconocía el derecho indemnización por ocultación de la paternidad⁵³, enfatiza que: *“aunque es comprensible que para el demandante estemos ante un hecho depresivo, sin embargo es dudoso que se trate de un daño resarcible”*, y que *“en las relaciones conyugales no cabe la aplicación de las normas de la responsabilidad civil extracontractual, de manera que las sanciones aplicables a la vulneración de los deberes conyugales están fijadas en la ley que regula el régimen matrimonial, sin que haya lugar propiamente a daño”*⁵⁴

En el polo opuesto, otros autores defienden la aplicación indiscriminada del artículo 1902 del CC en el ámbito de las relaciones familiares y consideran que las cortapisas son consecuencia de un mal entendimiento de la actual funcionalidad de la familia. Así, Martín García de Leonardo sostiene, no sólo la aplicación de los principios del derecho de daños en el ámbito familiar, sino la agravación de sus consecuencias, en base a su *status familiae*.⁵⁵ Siguiendo la misma tesis, Martínez Vázquez de Castro afirma: *“El matrimonio y la familia se construyen en el Código Civil basados en los principios de autonomía privada y libre desarrollo de la personalidad que casan perfectamente con la dignidad de la persona a la que responde el art. 1902 CC. Como primera sociedad humana que es la familia están protegidos y privilegiados los derechos inviolables del hombre y, por consiguiente, el desarrollo de la personalidad individual”*⁵⁶

Por último, Salvador Coderch, Gómez Ligüerre, Ramos González, Rubi Puig y Luna Yerga concluyen *“La regulación específica del matrimonio y el divorcio no está en ningún caso pensada para cubrir las consecuencias patrimoniales de actos por los cuales hay que responder en prácticamente cualquier circunstancia de la vida, salvo que medie consentimiento del afectado”*⁵⁷

⁵³ SAP Valencia de 5 de septiembre de 2007.

⁵⁴ Díez-Picazo, Luis. El escándalo del daño moral. Thomson Civitas, 2008.

⁵⁵ Marín García de Leonardo, T.: Remedios indemnizatorios en el ámbito de las relaciones conyugales, en AA.VV.: Daños en el Derecho de Familia (coord. J. r. De Verda y Beamonte), Aranzadi, Cizur menor, 2006.

⁵⁶ Martínez Vázquez de Castro, Luis. Indemnización por daños morales entre los cónyuges. En especial, indemnización por ruptura conyugal. Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 10, febrero 2019, IS.

⁵⁷ Salvador Coderch, P; Gómez Ligüerre, C; Ramos González, S; Rubi Puig, A y Luna Yerga, A. Derecho de Daños. Análisis, aplicación e instrumentos comparados”, www.indret.com/pdf/8.11.2017.pdf, 6ª ed., 2017.

En mi opinión, no es sostenible la inaplicabilidad de la responsabilidad por daños en el Derecho de familia porque eso supone olvidar los profundos cambios que ha sufrido y las consecuencias que deben tener. Tampoco me parece razonable eliminar el estatus familiar a la hora de juzgar si existe un daño resarcible, dado que el interés de la familia, como célula social básica, está jurídicamente tutelado. Me inclino por una posición intermedia que posibilite las reclamaciones ex art. 1902 CC por daños morales entre familiares, pero ponderando las particularidades de esas relaciones. Además, sólo esta postura serviría para explicar, de algún modo, por qué el TS estima daños resarcibles o los descarta. A no ser que sus sentencias desestimatorias quieran explicarse como una manera de frenar la avalancha de reclamaciones que podrían producirse.

3.3. El problema de la prescripción.

El plazo de prescripción de la obligación de reclamar (1 año, ex art. 1.968.2 CC) plantea problemas prácticos para ejercitar el derecho a la reparación de daños morales en las relaciones familiares.

En algunos casos, se ha defendido la imprescriptibilidad de la acción. Señaladamente, cuando se dilucida la posible responsabilidad derivada del ejercicio de la acción de paternidad. Según Rodríguez Guitián, el ejercicio tardío de la acción, no privaría al menor de ningún derecho al tratarse de una acción imprescriptible⁵⁸. No obstante, con carácter general, rige el plazo de 1 año, que puede resultar notablemente insuficiente en muchas ocasiones. Hay que tener en cuenta que será frecuente que este tipo de reclamación se interponga tras una separación o divorcio. Como ha señalado Ferrer Riba *“la brevedad del plazo de prescripción de la acción aquiliana (art. 1968.2 CC), juntamente con la inexistencia de mecanismos de suspensión de la misma (cf. art. 1932 CC), evita de hecho que los cónyuges u otros convivientes, tras su separación, puedan exigirse el resarcimiento de los daños que se hayan causado durante la vida en común (...); asimismo, si la víctima es un menor de edad sujeto a la potestad de los presuntos responsables resulta muy problemática la exigencia de responsabilidad ante la dificultad, a menudo insalvable, que supone tener que encargar el ejercicio de la acción a un defensor judicial (cf. art. 299 CC). Así, la cuestión de la existencia o no de*

⁵⁸ Rodríguez Guitián, Alma. Responsabilidad civil en el Derecho de familia: Especial referencia al ámbito de las relaciones paternofiliales. Ed. Civitas thomson Reuters, Pamplona, 2009.

*responsabilidad queda muchas veces oculta bajo (...) restricciones del propio sistema jurídico que facilitan una inmunidad de hecho a los miembros de la familia.”*⁵⁹ Aspecto sobre el que también ha insistido la profesora Rodríguez Guitián.

Esta dificultad de índole práctica podría superarse si se entendiese que los daños producidos son daños contractuales (con un plazo de prescripción de 5 años). Sin embargo, la naturaleza contractual del matrimonio, en boga durante los siglos XVIII y XIX, apenas encuentra apoyo en la actualidad.⁶⁰

En algunos ordenamientos jurídicos el problema de la prescripción se solventó estableciendo que la convivencia suspende el plazo de reclamación. Tal sucede en el CC francés, en el BGB y el CC italiano: el matrimonio suspende la prescripción entre cónyuges y la patria potestad, entre padres e hijos. En el Derecho español no se contempla tal causa de suspensión por lo que los aspectos fundamentales que determinan la efectiva duración del plazo de reclamación son la determinación del *dies a quo* y el posible carácter continuado del incumplimiento o del daño que se denuncia. Esta problemática se ha suscitado sobre todo en relación con las reclamaciones por ocultamiento de la paternidad.

La STS de 13 de noviembre de 2018 abordó esta cuestión a raíz de una reclamación de daños morales por ocultación de la paternidad⁶¹. Los hechos relevantes eran los siguientes: el actor conoció en 2008 los resultados de un estudio genético que demostraba que uno de sus hijos (menor) no era tal, e inició un juicio de filiación que se resolvió por sentencia que devino firme el 9 de noviembre de 2010. Durante el juicio el Instituto Nacional de Toxicología confirmó los resultados previos. El 9 de noviembre de 2011 se presenta papeleta de conciliación sobre reclamación de daños morales y el 13 de junio de 2013 la correspondiente demanda.

El Juzgado de 1ª Instancia entendió que la reclamación estaba prescrita porque el actor había conocido los hechos en 2008 y no presentó papeleta de conciliación hasta noviembre de 2011. La AP de Cádiz entendió que la reclamación no estaba prescrita

⁵⁹ Ferrer Riba, Josep. Relaciones familiares y límites del derecho de daños, InDret, 4/2001, octubre 2001.

⁶⁰ Como afirma De Verda y Beamonte “*el matrimonio no es un contrato, sino un negocio jurídico de Derecho de Familia, que afecta profundamente a la persona de los cónyuges, en la medida que les impone plena comunidad de vida, material y espiritual la cual no tiene parangón posible con ninguna de las relaciones nacidas de la celebración de un contrato*”. De Verda y Beamonte, José, Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de deberes conyugales /en/ Diario La Ley, nº 6676, 21 de marzo de 2007

⁶¹ op. cit.

porque el dies a quo no podía fijarse en 2008 sino sólo cuando la sentencia que declaró la falsa paternidad fue firme (el 9 de noviembre de 2010). El Tribunal Supremo consideró que la reclamación no estaba prescrita porque el dies a quo lo marca el momento en que cesa la presunción de paternidad por sentencia de 9 de noviembre de 2010, y se practica la inscripción, “*dado que de otra forma la acción ejercitada sería inoperante*”.

Según Yzquierdo Tolsada⁶², aplicando el principio general de que la prescripción debe ser interpretada restrictivamente, la fecha relevante para la fijación del dies a quo no es tanto la de la firmeza de la sentencia como la de la resolución que notifica esa firmeza, citando en apoyo de su tesis la STS de 14 de julio de 2010, según la que «*la total confirmación de que el actor-recurrente no era el padre biológico de la referida joven se produjo mediante la notificación de la sentencia*»⁶³

La sentencia que acabamos de citar, también relativa a una ocultación de paternidad, se refiere, por otra parte, a la posible continuidad del daño a los efectos de la prescripción, señalando que los daños sufridos como consecuencia de la revelación de una falsa paternidad son daños permanentes o duraderos pero no continuados «*ni desde luego cabe encuadrar en el concepto de daño continuado, a los efectos jurídicos de que no comience a correr el plazo de prescripción de la acción, el recuerdo más o menos periódico, más o menos intenso u obsesivo, de lo sucedido anteriormente, incluso aunque este recuerdo pueda repercutir en el estado de salud del sujeto, ya que de admitir semejante identificación el inicio del plazo de prescripción se prolongaría indefectiblemente, en todos los casos imaginables, hasta la muerte del propio sujeto, y por ende incluyendo la propia muerte entre los daños imputables al demandado por su conducta en cualquier tiempo pasado*».⁶⁴

La jurisprudencia menor ha seguido generalizadamente el criterio del conocimiento del hecho dañoso en base a sentencia firme como momento determinante del dies a quo por ocultación de la paternidad⁶⁵, de manera que, como señala Yzquierdo Tolsada “*el conocimiento cierto e inequívoco ni siquiera lo da el conocimiento del resultado de unas*

⁶² Yzquierdo Tolsada, Mariano. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2018 (629/2018)

⁶³ STS de 14 de julio de 2010.

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ Así, la SAP de Barcelona de 27 de octubre de 2011, la SAP de Cantabria de 3 de marzo de 2016 y la SAP de Pontevedra de 22 de septiembre de 2016

pruebas de ADN”, citando, a tal efecto, la SAP de Valencia de 2 de noviembre de 2004 y la STSJ de Cataluña de 21 de enero de 2016.⁶⁶

En definitiva, la jurisprudencia ha situado el dies a quo para el cómputo de las reclamaciones por ocultación de la paternidad en el momento de la firmeza de la sentencia que acredita tal hecho, descartando que informes científicos previos o elementos similares sirvan para iniciar el cómputo del plazo.

4.- SUPUESTOS DISCUTIBLES DE INDEMNIZABILIDAD DEL DAÑO MORAL EN EL ÁMBITO FAMILIAR.

4.1. El incumplimiento de la promesa de matrimonio.

A la promesa de matrimonio se refieren los artículos 42 y 43 del CC Según el primero de ellos: *La promesa de matrimonio no produce obligación de contraerlo ni de cumplir lo que se hubiere estipulado para el supuesto de no celebración*, añadiendo el segundo que *El incumplimiento sin causa de la promesa cierta de matrimonio hecha por persona mayor de edad o por menor emancipado solo producirá la obligación de resarcir a la otra parte de los gastos hechos y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido.*⁶⁷

Los preceptos citados excluyen, pues, la posibilidad de exigir responsabilidad extracontractual por daños morales a quien incumpla la promesa de matrimonio. La jurisprudencia se ha pronunciado también claramente en el mismo sentido. La sentencia de la AP de Cantabria de 19 de abril de 2005 declaró nulo un pacto entre futuros contrayentes que establecía la obligación de abonar una indemnización en caso de incumplimiento pues debía garantizarse “*que la constitución de una familia fundada en el matrimonio, solo tendrá lugar en virtud de un acto de voluntad concurrente en el momento de su celebración.*”⁶⁸

⁶⁶ Yzquierdo Tolsada, Mariano. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2018 (629/2018)

⁶⁷ op. cit.

⁶⁸ SAP de Cantabria de 19 de abril de 2005

Por su parte, la STS de 16 de diciembre de 1996 declaró que el artículo 43 CC no posibilita “una especie de indemnización por daños morales ya que no existe ninguna obligación de indemnizar a la novia o novio abandonado.”⁶⁹ Tal conclusión se ha extendido a la convivencia *more uxorio* en una reciente sentencia de la AP de Madrid de 2019.⁷⁰

4.2. El incumplimiento del deber de respeto y ayuda. La infidelidad conyugal y la ocultación de la paternidad al cónyuge.

4.2.1 Derechos protegidos constitucionalmente y a través de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo.

Según el artículo 67 del CC: *Los cónyuges deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia*, añadiendo el artículo que: *Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo.*⁷¹

Una parte del contenido de esas obligaciones (o deberes) está unido al respeto a la dignidad, al honor o a la intimidad, valores protegidos constitucionalmente (artículo 18 de la CE) y a través de la Ley Orgánica 1/1982⁷². En definitiva, nos estamos refiriendo a *derechos fundamentales*. Como ya se ha visto, la producción de un daño moral como consecuencia de la vulneración de tales derechos es una posibilidad admitida clarísimamente por la jurisprudencia del TS. Por tanto, el daño moral resarcible por estos incumplimientos puede ser reclamado en base a la Ley Orgánica 1/1982, como norma especial, más allá de la norma general contenida en el art. 1.902 del CC

Un razonamiento similar cabría en aquellos casos en que la conculcación del deber de respeto y ayuda trascienda el ámbito puramente civil y pase a constituir un ilícito penal. En tal caso, la responsabilidad civil (incluido el daño moral) sería la derivada de la comisión de un delito.

⁶⁹ STS de 16 de diciembre de 1996

⁷⁰ SAP Madrid de 9 de abril de 2019

⁷¹ op. cit.

⁷² Ley Orgánica 1/1982, de 5 mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, núm. 115, pp. 12546 a 12548

Si excluimos la posible conculcación de un derecho fundamental y la comisión de un delito a consecuencia del incumplimiento del deber de respeto, habrá de acudir al art. 1902 CC

4.2.2. Las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1.999, 30 de julio de 1.999.

En su sentencia de 13 de noviembre de 2018, el Tribunal Supremo aborda las consecuencias de la ocultación al marido de la verdadera paternidad en cuanto a responsabilidad extracontractual por daños morales. Esta Sentencia hace referencia a dos decisiones previas (las únicas en esta materia) del propio TS: las Sentencias de 22 y 30 de julio de 1999.

En la Sentencia de 22 de julio de 1999, el Tribunal Supremo decidió que no había lugar a la reclamación de daños por ocultación de la paternidad dado que la esposa no había actuado dolosamente.

“Ciertamente, los supuestos que comportan la aplicación del artículo 1902 [...], vienen a originar, [...], una reparación por el daño causado, que puede hacerse extensiva al doble ámbito patrimonial y moral, pero ello no resulta aplicable al caso de autos, en el que, como ha quedado razonado, no era posible hacer aplicación del meritado precepto, debido al no haberse apreciado una conducta dolosa (...)”⁷³

Tal criterio, interpretado a sensu contrario, implicaba la existencia de responsabilidad por daños ex art.1902 CC cuando el responsable del daño hubiese actuado dolosamente (a pesar de que la literalidad del precepto sólo exige culpa).

No obstante, la STS de 30 de julio de 1999 expresó otro parecer.

“Indudablemente, el quebrantamiento de los deberes conyugales especificados en los artículos 67 y 68 del Código Civil, son merecedores de un innegable reproche ético-social, reproche que, tal vez, se acentúe más en aquellos supuestos que afecten al deber de mutua fidelidad, en los que, asimismo, es indudable que la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación substantiva es la de estimar su ruptura como una de las causas de separación matrimonial en su artículo 82 pero sin asignarle, en contra del infractor, efectos económicos (...) pues lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial,

⁷³ STS de 22 de julio de 1999

*obligaría a indemnizar. Las precedentes consideraciones (...) son suficientes en orden a concluir que el daño moral generado en uno de los cónyuges por la infidelidad del otro, no es susceptible de reparación económica alguna.”*⁷⁴

Tres son los aspectos que han de destacarse.

En primer lugar, la Sentencia se dicta antes de la entrada en vigor de la Ley 15/2005 de manera que la “única” consecuencia jurídica del incumplimiento del deber de fidelidad desaparece a raíz de la entrada en vigor de la citada ley. A tal cuestión se refirió De Verda y Beamonte *la supresión, como causa de separación, del incumplimiento de los deberes conyugales, operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, no es argumento para negar la juridicidad de los deberes conyugales, pues esta nueva orientación legal se explica en un planteamiento general, de eliminación de todas causas de separación o divorcio, distintas de la mera voluntad de los cónyuges de seguir conviviendo.*⁷⁵

En segundo lugar, el TS no se refiere específicamente al artículo 1902 CC. Las consecuencias económicas del incumplimiento del deber de fidelidad se analizan en el marco de una relación contractual. Sin embargo, lo categórico de sus consideraciones y de su conclusión (*el daño moral generado en uno de los cónyuges por la infidelidad del otro, no es susceptible de reparación económica alguna*) no dejan duda sobre la inaplicabilidad de la responsabilidad extracontractual (o contractual) por daño moral al incumplimiento del deber de fidelidad.

En tercer lugar, el Tribunal Supremo no separa la infidelidad de la ocultación de la paternidad, siguiendo en este punto el criterio de la Sentencia que había dictado 8 días antes. La consideración conjunta de ambos aspectos suscitó numerosas críticas. Así, según Yzquierdo Tolsada, que a su vez cita a Algarra Prats *Una cosa es que el incumplimiento de deber de fidelidad no sea indemnizable y otra que no lo sea la ocultación de la verdadera paternidad y hasta la imputación de una paternidad falsa. Ha escrito Algarra Prats (2012, pg. 53) que «algo fallaría en el Derecho civil en general y*

⁷⁴ STS de 30 de julio de 1999

⁷⁵ De Verda y Beamonte, José, Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de deberes conyugales en Diario La Ley, nº. 6676, 21 de marzo de 2007

en el Derecho de familia en particular si no se pudiera conceder una indemnización al cónyuge engañado respecto a la paternidad de los hijos»⁷⁶⁷⁷

Otra base argumental sirvió al TC para justificar la inaplicabilidad al derecho de familia del régimen sobre responsabilidad extracontractual por daños morales. En su Auto de 4 de junio de 2000, que resolvió el recurso de amparo interpuesto, precisamente, contra la STS de 30 de julio de 1999, el TC estimó que la ocultación de la paternidad suponía un daño moral pero que éste no era indemnizable debido a la relación matrimonial existente. *«En cuanto a la violación del art. 14 CE, una vez acreditada la existencia del daño moral reclamado, se exime de pagar la indemnización con base en el matrimonio, por el hecho de que los niños eran fruto de una infidelidad y que el art. 82 CC no prevé la indemnización de daños. Se aplica una eximente que es el matrimonio que, de no mediar el vínculo conyugal entre los esposos, y admitido que existió engaño, obligaría a la esposa a indemnizar al recurrente»⁷⁸*

Motivación y terminología que conducen sin duda a la inmunidad del Derecho de familia. Inmunidad teóricamente superada, según se ha explicado anteriormente. No para el TC en 2000.

4.2.3. Jurisprudencia menor fundada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1.999.

A partir de 2004 diversas AP, interpretando a sensu contrario la STS de 22 de julio de 1999, declararon la existencia de un daño moral indemnizable por ocultación dolosa del deber de paternidad. La primera sentencia dictada en tal sentido fue la SAP de Valencia de 2 de noviembre de 2004.⁷⁹

Le siguió la SAP de Barcelona de 16 de enero de 2007, señalando que el descubrimiento de la verdad biológica de una hija equivale a la pérdida de un ser querido y otorgó una indemnización por daños morales al reclamante.⁸⁰

⁷⁶ Yzquierdo Tolsada, Mariano. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2018 (629/2018)

⁷⁷ Algarra Prats, Esther. Incumplimiento de deberes conyugales y responsabilidad civil. La responsabilidad civil en las relaciones familiares, coordinado por Juan Antonio Moreno Martínez Dykinson 2012

⁷⁸ op. cit.

⁷⁹ SAP de Valencia de 2 de noviembre de 2004.

⁸⁰ SAP de Barcelona de 16 de enero de 2007

Por su parte, la SAP de Valencia de 5 de septiembre de 2007 distingue claramente el deber de fidelidad del hecho de la ocultación de la paternidad. Aclara que la infidelidad no da derecho a una indemnización; sin embargo, la procreación de tres hijos extramatrimoniales, con ocultación al cónyuge y permitiendo además la inscripción en el Registro Civil de los tres hijos habidos ocasiona un daño moral indemnizable.⁸¹

La SAP de Cádiz de 3 de abril de 2008 otorga una indemnización por daño moral a pesar de no apreciar la existencia de dolo y en base al incumplimiento del deber de fidelidad que considera cualificado por un embarazo atribuido al marido. La sentencia incide en que, negar la responsabilidad civil por daños equivale a privar de carácter jurídico a los deberes matrimoniales e invita a superar una concepción puramente moral de tales deberes. Así, afirma que, en base a la legítima expectativa de un cónyuge del cumplimiento de los compromisos adquiridos por parte del otro cónyuge, al contraer matrimonio, se justifica su derecho a obtener indemnización si el incumplimiento de aquellos le genera un daño.⁸² Esta Sentencia no tuvo, sin embargo, continuidad.

Evidentemente no todas las resoluciones judiciales citadas utilizan la misma fundamentación. Pero, en general, puede afirmarse que distinguen entre la infidelidad (que no consideran indemnizable a través de un daño moral ex art. 1902 CC) y la ocultación de la verdadera paternidad (que sí estiman como daño moral resarcible). En segundo lugar, la indemnización se otorga cuando ha existido dolo por parte del cónyuge que engaña, lo que implica que se otorgue un carácter de grave a su conducta desleal. Además, varias sentencias sostienen que en supuestos de paternidad ocultada no se está juzgando propiamente el incumplimiento del deber de fidelidad sino el engaño en el que vivió el supuesto padre y el daño moral que tal circunstancia le causó, que debería ser indemnizable ex art. 1.902 CC.

4.2.4. La Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2018.

En su último pronunciamiento sobre este asunto (la citada sentencia de 13 de noviembre de 2018), el Tribunal Supremo se reafirma en el criterio sostenido en la sentencia de 30 de julio de 1999. Señala, así:

⁸¹ SAP de Valencia de 5 de septiembre de 2007

⁸² SAP de Cádiz de 3 de abril de 2008

“Esta sala mantiene en lo sustancial la doctrina sentada en la sentencia 701/1999, de 30 de julio [...].

(i) No se niega que conductas como esta sean susceptibles de causar un daño. Lo que se niega es que este daño sea indemnizable mediante el ejercicio de las acciones propias de la responsabilidad civil, contractual o extracontractual, a partir de un juicio de moralidad indudablemente complejo [...]

(ii) Esta solución no deja sin aplicación el sistema general de la responsabilidad civil prevista en el artículo 1902 del Código Civil [...] Simplemente, acota el daño indemnizable a supuestos que, [...], no tienen su origen en el incumplimiento de los deberes propios del matrimonio, como es el deber de fidelidad del artículo 68 del Código Civil, sino en la condición de persona afectada por la acción culposa o negligente de quien lo causa.

Conductas como la enjuiciada tienen respuesta en la normativa reguladora del matrimonio, como señala la sentencia 701/1999, mediante la separación o el divorcio, que aquí ya se ha producido, y que no contempla la indemnización de un daño moral generado a uno de los cónyuges en un caso de infidelidad y de ocultación y pérdida de un hijo que consideraba suyo mediante la acción de impugnación de la filiación. Se trata de unos deberes estrictamente matrimoniales y no coercibles jurídicamente con medidas distintas (...)

*(iii) Es cierto que la sentencia ha relacionado el daño no con la infidelidad matrimonial (normalmente oculta), sino con la ocultación de los efectos de la infidelidad, en este caso de un hijo que se ha tenido como tal sin serlo (los efectos pueden ser otros). Al margen de que lo que lleva a la ocultación es el incumplimiento del deber de fidelidad, razones análogas a las expuestas en relación con este incumplimiento, resultan de aplicación cuando la conducta generada causante del daño es la ocultación de la filiación”.*⁸³

Por tanto, el TS reafirma el criterio de su Sentencia de 30 de julio de 1999: la existencia o no de dolo en la ocultación de la paternidad es irrelevante porque el deber de fidelidad es una obligación solo matrimonial y su incumplimiento no puede generar un derecho a indemnización por daños morales. Además, aun admitiendo que la ocultación de la

⁸³ Op. cit.

paternidad pudiera considerarse un hecho independiente de la infidelidad, tampoco cabría aplicar el artículo 1902 CC, por las mismas razones.

Así que cuando Roca Trías afirmaba en 2000, tras el dictado de las SSTS de 22 y 30 de julio de 1999, que «de acuerdo con estas sentencias, el edificio resiste, pero no sabemos por cuánto tiempo»⁸⁴ se alarmó en exceso. A nivel jurisprudencial sigue resistiendo, por mucho que cierto sector doctrinal considere caduco e injustificado el planteamiento.

4.3. Obstaculización de las relaciones familiares.

La STS de 30 de junio de 2009, al margen de valoraciones contradictorias, fue vista unánimemente como un paso fundamental para superar la inmunidad del Derecho de familia y permitir la estimación de daños morales exigiendo su resarcimiento, en un supuesto de obstaculización de relaciones familiares.

En cuanto a la clásica idea de la “inmunidad familiar” en el ámbito del Derecho de Familia, ello desapareció con la STS 30 junio 2009.⁸⁵ La Sentencia⁸⁶ analiza cada uno de los requisitos exigidos para la aplicación del artículo 1902 CC. Se detiene, en primer lugar, en la existencia de una acción u omisión culpable. La demandada impidió que su hijo menor de edad pudiese relacionarse con su padre vulnerando el artículo 160 CCy, además, incumplió la sentencia que otorgaba al padre la guarda y custodia y concluye: “debe considerarse que hubo una acción deliberada dirigida a cometer un acto consistente en impedir las relaciones paternofiliales”.⁸⁷

A continuación, la Sentencia de 30 de junio de 2009 analiza la concurrencia de daño, estimando que: *“El daño existe en este caso y no consiste únicamente en la imposibilidad de ejercicio de la patria potestad y del derecho de guarda y custodia, porque en este caso sólo podría ser reclamado por el menor afectado por el alejamiento impuesto por el progenitor que impide las relaciones con el otro, sino que consiste en la imposibilidad*

⁸⁴ Roca Trías. La responsabilidad civil en el derecho de Familia. venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil», Dykinson, Madrid.

⁸⁵ Martínez Vázquez de Castro, Luis. Indemnización por daños morales entre los cónyuges. En especial, indemnización por ruptura conyugal. Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 10, febrero 2019.

⁸⁶ STS de 30 de junio de 2019.

⁸⁷ Ibid.

de un progenitor de tener relaciones con el hijo por impedirlo quien se encuentra de hecho a cargo del menor.”⁸⁸

Por otra parte, incide en la necesidad de proteger los derechos del menor e invoca como precedente el Derecho internacional. Concretamente, se menciona la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de julio de 2000 (caso *Elholz vs Alemania*) que condenó al Estado alemán por vulnerar los artículos 6.1 y 8 del Convenio Europeo al haber denegado a un padre el derecho de visitas fundándose en la negativa de su hijo, que sufría alienación parental. Destaca la sentencia que el TEDH⁸⁹ puntualiza el hecho de que, el estar juntos, para un padre y su hijo, configura lo que se podría considerar como un elemento esencial de la vida familiar, aunque la relación entre los padres del niño haya cesado; por lo que, las medidas que lo impiden, constituyen una injerencia al derecho protegido en el art. 8 del Convenio. Y, en base a ello, concluye el Tribunal Supremo:

“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,

[...]

En consecuencia de lo dicho, hay que concluir que el daño a indemnizar en este caso es exclusivamente el daño moral ocasionado por quien impide el ejercicio de la guarda y custodia atribuida al otro en una decisión 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 acciones penales por desobediencia.”⁹⁰

Por último, la Sentencia que analizamos se refiere a la valoración del daño moral, reafirmando lo que otras resoluciones precedentes habían considerado al respecto. En este contexto, el tribunal considera la indeterminación del daño moral, como consecuencia de la ausencia de parámetros objetivos, y más, teniendo en cuenta que el padre no reclamó los daños materiales iniciados durante los años siguientes a la desaparición del menor.

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ Sentencia del TEDH del 13 de julio del 2000

⁹⁰ op. cit.

4.4. Abandono. Divorcio.

La indemnización por daños morales como consecuencia de un divorcio ha suscitado una amplia polémica doctrinal.

Rodríguez Guitián, en su análisis de los artículos 97 y 98 del Código civil examina la posibilidad de aplicar el artículo 1902 del mismo cuerpo legal; afirmando que cabría la aplicación, pero puntualizando que:

*“otra cosa es que después, [...], no se resarzan de forma efectiva todos los daños entre cónyuges derivados de las citadas crisis matrimoniales. Y no parece un obstáculo que, para lograr la indemnización de estos daños en virtud del art. 1902 del código civil, sea preciso la acreditación del elemento de culpa y que, en cambio, para exigir la compensación del art. 97 o la indemnización del art. 98 el legislador haya prescindido de tal elemento subjetivo”*⁹¹

Otros autores, como Martínez Vázquez de Castro mantienen una posición más abierta citando incluso una serie de daños que a su juicio serían resarcibles. Así, la frustración del proyecto de vida que pueda *tener el cónyuge que no ha presentado la demanda de divorcio; perder la compañía y asistencia espiritual del otro cónyuge; verse privado de la colaboración del otro progenitor en la formación y educación de los hijos; verse obligado a padecer la soledad cuando tiene cierta edad y el matrimonio ha durado un tiempo considerable, siendo en estas condiciones especialmente sentida la pérdida de afecciones*⁹²

La postura de este autor se fundamenta en la consideración de que el interés del cónyuge está directamente vinculado a la protección de la dignidad de las personas y de que, en el actual modelo de familia, son los bienes de la personalidad lo único que importa cuando de reclamar daños morales se trata sin que pueda considerarse el especial estatus que otorgan las relaciones familiares. Asimismo, se muestra partidario de la objetivación de la culpa a la que se refiere el artículo 1902 CC.

En el polo opuesto se sitúan otros autores, en general reacios a admitir la indemnización por daños morales en las relaciones interfamiliares, en cualquier caso, fundándose en las

⁹¹ Rodríguez Guitián, Alma: Responsabilidad civil en el Derecho de familia: Especial referencia al ámbito de las relaciones paternofiliales. Ed. Civitas thomson Reuters, pamplona, 2009.

⁹² Martínez Vázquez de Castro, Luis. Indemnización por daños morales entre los cónyuges. En especial, indemnización por ruptura conyugal. Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 10, febrero 2019.

exigencias del artículo 1.902 CC y en la especialidad del Derecho de familia, aspectos a los que ya hemos hecho referencia a lo largo de este trabajo.

Ocurre que el daño moral por divorcio plantea problemas singulares. En primer lugar, aquellos autores que niegan la exigencia de la antijuridicidad del daño (o, incluso que pueda hablarse propiamente de daños antijurídicos) desplazando la ilicitud hacia la conducta (por acción u omisión) del causante del daño, jamás podrían admitir la existencia de un daño moral por divorcio, toda vez que quien lo inicia está ejercitando un derecho subjetivo reconocido explícitamente en una Ley.

Por otra parte, dado que quienes defienden la posible indemnización por daños morales en caso de divorcio la justifican en base al modelo de familia que debe servir para facilitar el ejercicio de los derechos de sus integrantes, cabría argumentar que el derecho al divorcio también forma parte de esa autodeterminación del individuo. Por tanto, parece que se estarían haciendo prevalecer unos derechos sobre otros de manera injustificada. Tal postura podría basarse en la necesidad de proteger el interés supraindividual que la familia representa, pero tal consideración es abiertamente contradictoria con las tesis de quienes defienden el daño moral por divorcio.

En último término, la discusión es puramente doctrinal por el momento. Y la casuística a la que puede dar lugar la posible indemnización no es propicia para pronunciarse categóricamente. Quizá sea la postura de la profesora Rodríguez Guitián la más asumible. No se niega un posible daño resarcible pero en circunstancias muy determinadas (en particular, atendiendo al elemento subjetivo: culpa grave o dolo) y a la situación en que deja a quien, hipotéticamente, lo sufre.

Es significativo lo que el Consejo General del Poder Judicial señaló en su informe sobre la Ley 15/2005:

“Teniendo en cuenta que se permite la separación y el divorcio sin causa alguna a los tres meses de matrimonio y las consecuencias que ello va a tener en la sucesión forzosa, [...], debería analizarse la trascendencia que una eventual conducta dolosa o culposa de una de las partes puede tener, por ejemplo, forzando una separación unilateral de hecho, sin mayores explicaciones o una separación o divorcio judicial, frustrando las legítimas expectativas, espirituales y materiales, de la otra parte en cuanto a su vida futura, ya que en las circunstancias que se prevén en el art. 97 del código civil, y que el Juez debe valorar para fijar la compensación,

*no se tiene en cuenta este aspecto de forma expresa y no es de fácil encaje en ninguna de ellas”.*⁹³

Un apoyo a la tesis favorable podría encontrarse en la SAP de Cádiz de 3 de abril de 2008:

*[...], sino de dar contenido jurídico al matrimonio y de sancionar las conductas antijurídicas que se den en su seno. (...) En este sentido quien contrae matrimonio adquiere la legítima expectativa a que su cónyuge lleve a efecto los compromisos que adquirió al prestar su consentimiento y debe tener derecho a obtener una indemnización si el incumplimiento cualificado de aquellos le ha causado un daño. (Lo subrayado es mío).*⁹⁴

En este sentido, conviene mencionar una antigua Sentencia del Tribunal Supremo que parece fundarse en argumentos similares. Se trata de la sentencia de 26 de noviembre de 1985 (RJ 1985\5901): Estimó que se había producido un daño moral indemnizable a la esposa en un supuesto de matrimonio declarado nulo, con una argumentación similar a la SAP de Cádiz: *“se había frustrado en ella -la esposa- la idea lucrativa de asistencia material que comporta el matrimonio, así como la esperanza de lograr una familia legítimamente constituida”.*⁹⁵ Sin embargo, la indemnización se reconoce al margen del artículo 1902 CC y se funda en las consecuencias previstas en el artículo 98 del mismo cuerpo legal en supuestos de nulidad matrimonial.

4.5. Maltrato psicológico: insultos agresiones verbales, menosprecios.

En primer lugar, los comportamientos citados pueden ser constitutivos de delito. Desde hace unos años se han venido produciendo una serie de modificaciones en el CP que han extendido la aplicación de esta rama del Derecho a conductas relacionadas con el maltrato físico y psicológico a las mujeres.

Alejándonos tímidamente del objeto de nuestro trabajo, mencionaremos La LO 14/1999 de 9 de julio, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento criminal en materia de protección de víctimas de malos tratos que modificó entre otros los artículos 153 y 167 del Código, e incluyó como conducta típica la violencia psíquica.

⁹³ Informe del Consejo General del Poder Judicial: Ley 15/2015

⁹⁴ SAP de Cádiz de 3 de abril de 2008

⁹⁵ STS de 26 de noviembre de 1985.

Por su parte la LO 11/2003 de 29 de septiembre⁹⁶, incardinó el delito de malos tratos habituales en el Título VII del CP, de manera que el bien jurídico protegido por el tipo penal pasó a ser la integridad moral. Sobre tal asunto se pronunció, además, explícitamente el TS⁹⁷.

En idéntico sentido la ley 27/2003, de 31 de julio,⁹⁸ tiene como objeto la protección integral de las víctimas de delitos o faltas contra la vida, la integridad física o moral o la libertad sexual.

Por último, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre,⁹⁹ introdujo la perspectiva de género en este tipo de conductas punibles, orientando la persecución del maltrato en base a la desigualdad estructural y a la situación de dominación que afecta a las mujeres, tal y como se manifiesta en su artículo 1.

El TS se ha pronunciado en varias ocasiones sobre el delito de maltrato habitual. Así, en su Sentencia de 20 de abril de 2015, establece: *“De manera constante ha destacado la doctrina de esta Sala, que la violencia física y psíquica a que se refiere el tipo es algo distinto de los concretos actos violentos o vejatorios aisladamente considerados...”*; *“Se trata de un tipo con sustantividad propia que sanciona la consolidación por parte de sujeto activo de un clima de violencia y dominación, de una atmósfera psicológica y moralmente irrespirable, capaz de anular a la víctima e impedir su libre desarrollo como persona, precisamente por el temor, la humillación y la angustia inducidos.”*¹⁰⁰

En este contexto, buena parte de los comportamientos determinantes de maltrato psicológico tenderán a ser penalmente ilícitos, de forma que, a través de la responsabilidad civil derivada de la comisión del delito, podrían reclamarse los daños morales ocasionados que, además, como veremos, se presumen.

Aun en el supuesto de que la conducta lesiva quede fuera del ámbito del Derecho penal, habrá que examinar su posible consideración como atentatoria a la dignidad de la persona, bien constitucionalmente protegido, que dio lugar a la promulgación de la Ley Orgánica

⁹⁶ Ley Orgánica 11/2003 de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, núm. 234, pp. 35398 a 35404

⁹⁷ STS de 25 de mayo de 2009.

⁹⁸ Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, núm. 183, pp. 29881 a 29883

⁹⁹ Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género

¹⁰⁰ STS de 20 de abril de 2015

1/1982¹⁰¹ en la que se reconoce el derecho a una indemnización por daños morales en estos casos.

Dada la amplia protección especial que el Derecho Penal otorga a las víctimas de maltrato psicológico, la inmensa mayoría de las resoluciones judiciales que abordan la indemnización por maltrato psicológico proceden de los órganos de la jurisdicción penal. En este ámbito, para considerar probado el delito de maltrato tipificado en el artículo 173 del CP es suficiente la declaración testifical de la víctima si resulta creíble y coherente. Y ello tiene consecuencias directas sobre la prueba del daño moral. Si basta la declaración de la víctima para acreditar los hechos y fundamentar una condena, la responsabilidad civil por daños morales vendrá también determinada por ese único elemento probatorio.

Sobre este asunto ya se había pronunciado el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del CGPJ en un estudio sobre la ley Integral sobre Violencia de Género, publicado en 2016, que abarcó casi 500 sentencias de Audiencias Provinciales. El Observatorio destaca que:

La declaración de la mujer es prueba de cargo fundamental –junto a otras- para proceder a la condena del acusado en un alto porcentaje de los casos analizados, mientras que de forma excepcional su testimonio se constituye en prueba única.

En estos casos minoritarios, se exige una valoración profunda y convincente de ese testimonio, de acuerdo con las pautas establecidas por la Sala Segunda del Tribunal Supremo¹⁰²

Aunque no sea objeto específico de este trabajo, conviene destacar que la condena penal en base únicamente a la declaración inculpativa de la víctima, en supuestos de violencia de género, provocó una agria polémica centrada en la posible vulneración del principio constitucional de presunción de inocencia, como ha señalado Fuentes Soriano, entre otros.¹⁰³

¹⁰¹ Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, núm. 115, pp. 12546 a 12548

¹⁰² Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del CGPJ. Estudio sobre la ley Integral sobre Violencia de Género, publicado en 2016: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Los-expertos-del-Observatorio-proponen-reformar-la-ley-para-que-la-violencia-de-genero-no-requiera-acreditar-la-intencion-de-dominar-a-la-mujer>.

¹⁰³ Fuentes Soriano, O: “La constitucionalidad de la ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género “. La ley, núm. 6362, de 18 de noviembre de 2005.

Volviendo a la sentencia del TSJ de Galicia relativa al asunto, esta concedió una indemnización por daños morales a la víctima de un delito de maltrato a pesar de que no la había solicitado, aplicando la doctrina del TS que considera que el daño indemnizable puede estimarse *“como consecuencia lógica e indefectible del comportamiento enjuiciado”* y que el daño moral no necesita estar especificado en los hechos probados *“cuando fluye de manera directa y natural del referido relato histórico o hecho probado, pudiendo constatarse un sufrimiento, un sentimiento de su dignidad lastimada o vejada, susceptible de valoración pecuniaria”*. (STS de 22 de abril de 2015) y *“que para la apreciación del daño moral no es preciso que el mismo se concrete en determinadas alteraciones patológicas o psicológicas (así STS 744/1998, de 18 de septiembre); así como que también es valorable a tal efecto el menoscabo de la dignidad (STS 1490/2005, de 12 de diciembre)”* (STS de 6 de noviembre de 2013).

En cuanto a la valoración económica del daño moral, la jurisprudencia insiste en su dificultad. Sin embargo, se ha pronunciado sobre determinados criterios que, de alguna manera, permitirían cuantificarla. Un intento de unificar criterios para la valoración de los daños por maltrato, incluyendo los daños morales, se produjo a través del Acuerdo de la Junta de Magistrados de las Secciones Civiles y Penales de la AP de Madrid de 29 de abril de 2004.

5.- PROBLEMÁTICA DEL DAÑO MORAL EXTRA CONTRACTUAL EN OTROS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS. PARTICULAR REFERENCIA AL DERECHO ITALIANO.

En otros ordenamientos jurídicos el asunto objeto de nuestro estudio ha sido orientado de diferentes maneras. Como señala, con carácter general, el profesor Ferrer Riba, los sistemas jurídicos de tradición civilista han acudido a dos vías distintas sobre la exigencia de responsabilidad extracontractual en el ámbito de las relaciones familiares: *“... una consiste en la aplicación de normas ad hoc de derecho de familia, en aquellos ordenamientos que disponen de las mismas, haciéndolo de manera exclusiva o combinada, si procede, con las normas generales de responsabilidad [...] Otra, es la que deben seguir los ordenamientos que, como el español, carecen de dicho tipo de normas*

*en el ámbito de los daños a la persona, el español, y que pasa por la aplicación directa de las normas generales de responsabilidad civil”.*¹⁰⁴

En el Derecho anglosajón se invocaba el tradicional principio de “unidad conyugal”, en virtud del que marido y mujer son una única persona, como obstáculo insalvable para cualquier tipo de reclamación de daños entre ellos. No obstante, este modelo familiar patriarcal fue desgastándose progresivamente a medida que el estatus jurídico de las mujeres cambiaba. También el espíritu liberal propio de las sociedades anglosajonas contribuyó al reforzamiento de los derechos subjetivos de los integrantes del núcleo familiar. De este modo, ya en 1962 desapareció completamente la inmunidad del Derecho de familia en Gran Bretaña. La *Law Reform (Husband and wife) Act* estableció que “*Each of the parties to a marriage has the like right of action in tort against the other as if they were not married*”¹⁰⁵

Ha de tenerse en cuenta que el derecho de daños (Tort Law) es toda una rama del derecho anglosajón que se fundamenta en la tipificación de ciertos daños, que son los resarcibles a través del mecanismo de la responsabilidad extracontractual, a diferencia de lo que sucede en nuestro CC (norma genérica del artículo 1902) o de los sistemas jurídicos continentales en los que rige el principio general *neminem laedere*. De este modo, lo que la ley británica de 1962 señala es que los cónyuges pueden reclamarse una indemnización por daños resarcibles como si no estuvieran casados, aunque, como señala López de la Cruz “*el tribunal podía oponerse al proceso cuando la acción fuese interpuesta constante matrimonio y considerase que no se derivaba ningún beneficio a favor de ninguna de las partes intervinientes en el mismo, quedando así patente el temor a que disputas triviales entre cónyuges pudiesen llegar a colapsar los tribunales de justicia*”¹⁰⁶. Argumento que también se ha utilizado en nuestro Derecho para justificar la negativa del TS a la indemnización de daños morales por infidelidad y/o ocultación de la responsabilidad.

Por lo que se refiere a Estados Unidos, la influencia de los principios liberales resultó todavía más acusada. A la superación de las restricciones propias de la inmunidad del Derecho de familia contribuyó la generalización del aseguramiento de la responsabilidad

¹⁰⁴ Ferrer Riba, Josep. Relaciones familiares y límites del derecho de daños, InDret, 4/2001, octubre 2001.

¹⁰⁵ Actions in tort between husband and wife. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Eliz2/10-11/48>

¹⁰⁶ López de la Cruz, Laura. El resarcimiento del daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales. InDret, Revista para el análisis del Derecho 4/2010.

civil que permitían las reclamaciones de daños patrimoniales entre cónyuges (en realidad, a la compañía de seguros) sin poner en riesgo la concordia familiar. Señala Roca Trías¹⁰⁷ *“Ya en 1910, el juez Harlam se negó a tomar en consideración los argumentos que justificaban la impunidad entre marido y mujer y la Married Women’s Act admitió que un cónyuge accionase contra el otro por los daños causados intencionadamente o por culpa”*

En seno del Derecho alemán, pese al esfuerzo de un sector doctrinal que intenta compatibilizar la regulación del Derecho de familia del BGB con la responsabilidad extracontractual, la jurisprudencia, se ha negado en la práctica a reconocerla, salvo muy contadas excepciones, basándose en la necesidad de que las relaciones entre familiares se desarrollen en un contexto de libertad, ajeno a la amenaza de sanción.

En Portugal, tras la reforma operada en el Código civil portugués en 2008, se admite la posibilidad de resarcimiento de daños morales a consecuencia del incumplimiento de determinados deberes conyugales (La jurisprudencia ya lo venía haciendo); la responsabilidad extracontractual, incluyendo el resarcimiento de daños morales, es aplicable en el Derecho de familia. El actual artículo 1792 del Código civil portugués reconoce expresamente el derecho del cónyuge que sufre un daño causado por el otro cónyuge a solicitar su reparación según las normas generales de responsabilidad civil.

En el Derecho francés la jurisprudencia ha admitido la existencia de daños morales indemnizables por el incumplimiento de deberes conyugales desde la sentencia de la Corte de Casación de 9 de noviembre de 1965 que otorgó una indemnización a una esposa por la negativa de su marido a permitirle entrar en el domicilio conyugal.

En el Derecho italiano, la cuestión que analizamos ha sido abordada en términos muy similares a los del Derecho español, con alguna particularidad.

Antes de 1986, la jurisprudencia, interpretando conjuntamente los artículos 2043 y 2059 del Código civil italiano, consideraba que el único daño resarcible, con carácter general, por responsabilidad extracontractual era el daño patrimonial. En cambio, el daño moral tenía que ser expresamente reconocido en alguna norma, lo que implicaba, de facto, que sólo fuese posible su reclamación en sede penal. A partir del año 1986, tras la Sentencia

¹⁰⁷ La responsabilidad civil en el Derecho de familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil. Perfiles de la responsabilidad en el nuevo milenio, Dykinson, Madrid. 2000.

del TC de 14 de julio de ese año, empezó a ampliarse el ámbito de los daños resarcibles para extenderse a los daños a la persona (daño estético, daño biológico, daño a la salud y daño existencial), de forma que se facilitó la reclamación de daños morales producidos en el marco de relaciones familiares.

Inicialmente, señala Lucchini Guastalla¹⁰⁸, la jurisprudencia descartaba tal posibilidad por el principio de autosuficiencia del Derecho de familia. Sin embargo, el cambio en el modelo de familia, entendido ahora como espacio de autorrealización de sus miembros, ha dado lugar al denominado “ilícito intrafamiliar”, construido sobre el principio *neminen laedere*. “*Es impensable postular que los derechos denominados "inviolables" posean una diferente tutela, según los titulares se hallen o no dentro de un contexto familiar, sobre todo si se tiene en consideración que la familia es un lugar de encuentro y de vida en común. Por lo tanto, en tales casos, las sanciones previstas por el sistema de Derecho de Familia pueden coexistir con el resarcimiento del daño*”.¹⁰⁹ La Corte de Casación reconoció por primera vez este derecho subjetivo en 2005¹¹⁰

Como explica Lucchini Guastalla¹¹¹, el tribunal de Casación estableció en esa sentencia que, a causa de la imposibilidad del marido de mantener relaciones sexuales (que había ocultado), la esposa había sufrido una violación del “*derecho fundamental ... de realizarse plenamente en la familia y en la sociedad como mujer, como esposa y eventualmente como madre*” reconociéndole un derecho al resarcimiento del daño extracontractual.

De nuevo, en 2011, la Corte de Casación reconoció la existencia de un daño moral resarcible a una esposa como consecuencia de la pública infidelidad de su marido.¹¹²

La jurisprudencia menor no se ha enfrentado a esta problemática con unidad de criterio. Afirma López de la Cruz que a las sentencias en las que se acepta sólo el resarcimiento de los daños patrimoniales, derivados del incumplimiento de deberes matrimoniales, les suceden otras en las que se indemniza el daño moral¹¹³

¹⁰⁸ Lucchini Guastalla, Emanuele. Nuevas fronteras del ilícito intrafamiliar en Italia. La Ley Derecho de familia nº 8, octubre-diciembre 2015, Familia y Responsabilidad Civil, Nº 8, 1 de oct. de 2015.

¹⁰⁹ Ibidem.

¹¹⁰ Sentencia de la Corte de Casación de 10 de mayo de 2005, nº 9801

¹¹¹ Lucchini Guastalla, Emanuele, ibidem

¹¹² Casación, 15.9.2011, No 18853, en Famiglia, persone e successioni.

¹¹³ López de la Cruz, Laura. El resarcimiento del daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales. InDret, Revista para el análisis del Derecho 4/2010.

La sentencia del Tribunal de Roma 17 de septiembre de 1989 resolvió una reclamación por daños patrimoniales y morales como consecuencia de una relación adulterina de la esposa del reclamante. Desestimándola. Por lo que a los daños morales se refiere, la negativa se fundamentó en que el daño moral sólo sería indemnizable en caso de delito y el adulterio se había despenalizado.

La sentencia del Tribunal de Milán de 10 de febrero de 1999 se pronunció sobre una reclamación por daños morales fundada en la incapacidad sexual del marido. La esposa alegó que tal circunstancia había terminado por ocasionarle un síndrome ansioso depresivo y justificó la tardanza en solicitar el divorcio por presiones familiares y convicciones religiosas. Este hecho resultó determinante para el Tribunal. No consideró que los motivos aducidos fuesen suficientes para impedir la disolución del matrimonio y denegó la indemnización, no sin antes reconocer que los deberes conyugales eran propiamente jurídicos y no sólo morales.

En sentido opuesto se pronunciaron las sentencias del Tribunal de Florencia de 13 de junio de 2000 y del Tribunal de Milán de 4 de junio de 2002. En esta última se reconoció el derecho a ser indemnizada por daños morales a una esposa por infracción del deber de asistencia moral y material y de colaboración consagrados en el artículo 143 del Código civil italiano, dado que su marido se había desentendido por completo de ella desde que se quedó embarazada y, también de su hijo, posteriormente.

Por su parte, La Corte de Apelaciones de Brescia rechazó la demanda por daños y perjuicios interpuesta por la esposa contra el marido que había entablado una relación homosexual¹¹⁴. En efecto, según los jueces "*no existen [...] criterios objetivos [...] sobre la base de los cuales pueda afirmarse que la infidelidad es más grave si se concreta en una relación homosexual y no heterosexual*". Por el contrario, según la Corte, dicha relación podría, en abstracto, considerarse menos dolorosa, debido a la imposibilidad de una comparación homogénea con el amante.

Actualmente, en el Derecho italiano se considera que el ilícito intrafamiliar también es aplicable a las familias de hecho. Así lo entendió la Corte de Casación en una sentencia de 2013: Se denunció la vulneración del derecho a la sexualidad, durante la convivencia,

¹¹⁴ Lucchini Guastalla, Emanuele. Nuevas fronteras del ilícito intrafamiliar en Italia. La Ley Derecho de familia nº 8, octubre-diciembre 2015, Familia y Responsabilidad Civil, Nº 8, 1 de oct. de 2015.

y del deber de asistencia moral y material, tras el abandono sufrido por una conveniente de hecho y su hijo. La Corte consideró que la intensidad de los deberes derivados del matrimonio se debe reflejar necesariamente en las relaciones entre las partes en la fase anterior al matrimonio. Lo cual impone, aun a falta de un vínculo conyugal (con la perspectiva de la constitución de tal vínculo), una obligación de lealtad, de buena fe y de solidaridad.¹¹⁵, añadiendo que, en todo caso, para apreciar el daño moral no es exigible que en la familia de hecho exista una perspectiva de matrimonio. Basta con que esa unión de hecho reúna ciertas características: *“seriedad y estabilidad, en relación con la irrenunciabilidad del núcleo esencial de tales derechos, reconocidos en todas las formaciones sociales en las que se desarrolla la personalidad del individuo”*.

Tras el estudio de las distintas sentencias de la Corte Suprema, Lucchini Guastalla señala que:

El daño por responsabilidad intrafamiliar no es in re ipsa, sino que necesita de un quid pluris respecto a la violación de los deberes conyugales: tal quid pluris consiste en la lesión de un derecho inviolable del damnificado. Por lo tanto, para identificar la responsabilidad aquiliana, es indispensable que el comportamiento ilícito haya lesionado uno de los "derechos inherentes a la persona humana, como la salud, la privacidad, las relaciones sociales", que representan derechos inviolables constitucionalmente protegidos. Por un lado, debe quedar excluida la posibilidad de que la simple violación de los deberes matrimoniales de por sí integre automáticamente los extremos de la responsabilidad resarcitoria. Por otro lado, la responsabilidad por hecho ilícito queda circunscripta a los "casos límite", superiores a cierto límite mínimo de "gravedad crítica".¹¹⁶

La conclusión a la que llega permite establecer una clara distinción entre el tratamiento que el Derecho italiano y el español dan a los daños morales en el seno de las relaciones familiares. Como se ha señalado en otros apartados de este trabajo, la jurisprudencia española evolucionó en su concepción del daño moral. Si inicialmente lo vinculaba a la conculcación de un derecho fundamental, con el paso del tiempo llegó a apreciarlo, al margen de tal conculcación, como una lesión en el ámbito psico afectivo (sufrimiento),

¹¹⁵ Lucchini Guastalla, Emanuele, *ibidem*.

¹¹⁶ Lucchini Guastalla, Emanuele, *ibidem*.

resarcible en sí misma en base al artículo 1902 CC. No parece que haya sucedido lo mismo en el Derecho italiano.

6.- CONCLUSIONES.

1. La indemnización por daños morales ocasionados en el ámbito de las relaciones familiares ha dado lugar a un debate de gran interés en el que se mezclan aspectos problemáticos propios del Derecho de familia (inmunidad, autosuficiencia, naturaleza discutida de ciertas obligaciones) con otros que siempre han caracterizado a la responsabilidad extracontractual por daños morales (definición de este tipo de daños, valoración económica o prueba)
2. El daño moral puede ser indemnizable en base al artículo 1902 CC, tal y como ha dejado claro el TS desde principios del siglo XX, interpretando la necesidad de reparación integral que el precepto exige. La dificultad en su definición no ha impedido que, por vía casuística, la jurisprudencia lo haya perfilado al tiempo que se pronunciaba sobre su indemnizabilidad. El daño moral se vinculó, inicialmente, a la vulneración ilegítima del derecho al honor para extenderse posteriormente a la conculcación dignidad y los derechos de la personalidad. A mediados del siglo pasado comenzó a considerarse el componente psico afectivo del daño moral, que, fue abriéndose camino hasta ser generalizadamente aceptado. A partir de entonces no se atendió sólo al daño en cuanto implicaba un perjuicio económico. Lo que empezó a valorarse a efectos de indemnización fue el sufrimiento que la acción u omisión ilegítima provocaba en la víctima. Ello supuso un paso decisivo para su aplicación al Derecho de familia dado que los incumplimientos de los deberes propios de esta rama del Derecho (infidelidad, ocultación de la paternidad, maltrato psicológico, entre otros) no suelen implicar consecuencias económicas sino sufrimiento.
3. Por otro lado, el Derecho de familia ha sufrido profundos cambios. Han ganado protagonismo los derechos fundamentales de sus integrantes de forma que el núcleo familiar es, ante todo, un espacio de autorrealización. Ello es consecuencia

de los principios de igualdad y no discriminación, acogidos en los convenios internacionales sobre derechos humanos y en nuestro texto constitucional y supone una superación de modelo familiar patriarcal. Por tanto, si importan mucho más los derechos subjetivos de los miembros de una familia que el interés supraindividual que ésta representa, como célula social, se remueven los obstáculos que impiden las reclamaciones por daños morales entre ellos. Así que es ya un tópico afirmar que ha desaparecido la inmunidad del Derecho de familia, aunque conviene preguntarse sobre el verdadero alcance de esta afirmación.

4. A nivel doctrinal, existen dos posicionamientos que, llevados al extremo, parecen irreconciliables. Por un lado, hay autores que inciden exclusiva o primordialmente en el cambio del modelo familiar y en la absoluta inadecuación entre el modelo patriarcal y las exigencias constitucionales, considerando que la reclamación de daños entre familiares no ofrece particularidad alguna y que debe posibilitarse como si el agente y el damnificado fuesen completos extraños. Por otro, hay quienes aun admitiendo los cambios que se han producido en el Derecho de familia (nadie puede negarlos), siguen poniendo el acento en su carácter asociativo y advierten de que la aplicación de mecanismos para la depuración de responsabilidades entre miembros de una familia puede acabar destruyendo el equilibrio de un instituto jurídico complejo y construido durante siglos que sigue siendo la base de la organización social. En mi opinión, ninguna de estas tesis es sostenible.
5. Por un lado, permitir que la exigencia de responsabilidad extracontractual entre los integrantes de una familia pueda operar haciendo tabla rasa de los vínculos familiares es tanto como ignorar que las relaciones entre cónyuges, hermanos o padres e hijos son necesariamente distintas a las que pueden existir entre completos extraños. No puede olvidarse que los deberes familiares nacen en un marco jurídico muy particular y que las consecuencias de su incumplimiento han de juzgarse teniendo en cuenta su origen. La descontextualización que proponen quienes son partidarios de una aplicación indiscriminada de la responsabilidad por daños impide la correcta apreciación del daño en sí mismo porque prescinde de la convivencia de quien lo causa y quien lo sufre y de su vinculación afectiva. En tal sentido, prescindir, por ejemplo, de tales circunstancias a la hora de ponderar el

comportamiento negligente que exige el artículo 1902 CC es absurdo y olvida que existe un interés familiar supraindividual digno de tutela jurídica.

6. Por otro lado, quienes se oponen a la reclamación de daños morales en el ámbito de las relaciones familiares aduciendo la posible desnaturalización de la propia institución olvidan la verdadera trascendencia de los cambios que ya la han afectado. No parece que la posibilidad de reclamar daños morales ex art. 1902 CC por infidelidad u obstaculización de las relaciones familiares altere los fundamentos de la institución en mayor medida que el divorcio por mutuo acuerdo o el matrimonio homosexual. Incluso la supresión (preconstitucional) de la licencia marital supuso un cambio considerable en el modelo familiar decimonónico, patriarcal y jerárquico, al que era consustancial la subordinación de la mujer. Por lo demás, en otros ordenamientos jurídicos (el portugués, por ejemplo) se consagra expresamente el derecho a una indemnización por daños extracontractuales entre familiares. Lo cierto es que la institución familiar ha cambiado profundamente y esos cambios no han provocado su desaparición, impensable en las sociedades occidentales (el derecho a contraer matrimonio tiene rango constitucional en nuestro ordenamiento). La familia se puede configurar (y se configura) de manera muy distinta a como fue originalmente concebida y seguramente por eso ha pervivido como elemento asociativo básico de la organización social.
7. Por su parte, y dejando al margen la aplicación del Derecho penal y de la LO 1/1982, de 5 de mayo, la jurisprudencia (doctrina legal) ha admitido la reclamación por daños morales en base al artículo 1902 CC, pero sólo en los supuestos de obstaculización de las relaciones familiares (STS de 30 de junio de 2009). La STS de 22 de junio de 1999 contenía, sin embargo, una línea de razonamiento que fue utilizada por numerosas Audiencia Provinciales para apreciar daños morales en supuestos de ocultación de paternidad o, incluso, excepcionalmente, en supuestos de infidelidad. Con independencia de que tal criterio se ha visto desautorizado por la STS de 13 de noviembre de 2018, las sentencias de las Audiencia Provinciales incidieron en dos aspectos reseñables: la necesidad de dolo en el causante del daño y la gravedad de la lesión. En cuanto al dolo, se trataba de una interpretación a sensu contrario de la STS de 22 de junio

de 1999 (que desestimó una demanda sobre resarcimiento por no concurrir dolo) pero que no se ajusta a los requisitos del artículo 1902 CC (que exige negligencia), endureciéndolos. De la misma forma, la gravedad de las consecuencias, otro añadido a la literalidad del artículo 1902 CC, impidió que se estimaran reclamaciones por el incumplimiento del deber de fidelidad. Por tanto, la jurisprudencia menor estimaba posible la reclamación por daños morales entre miembros de una familia, pero matizando la regla general en atención a las particularidades del ámbito en que la aplicaba, exigiendo una agravación en la intencionalidad y/o en las consecuencias.

8. La STS de 13 de noviembre de 2018, cercenó la posibilidad de reclamación que habían abierto las Audiencias Provinciales y reabrió el debate sobre la verdadera naturaleza de los deberes de familia.
9. En suma, la postura del Tribunal Supremo es claramente restrictiva. No puede afirmarse, en base a la doctrina legal, que se haya excluido la posibilidad de reclamación de daños morales. Al contrario, la ha considerado viable pero sólo en el caso de entorpecimiento de relaciones familiares. Por ello, tampoco puede concluirse que el alto tribunal dude del carácter jurídico de los deberes familiares. Se ha dicho que son razones de índole práctica (evitar una avalancha de reclamaciones) las que condujeron al TS a descartar la aplicación del artículo 1902 del CC en base al incumplimiento del deber de fidelidad (teniendo en cuenta que la ocultación de la paternidad no es separable de la infidelidad, para el alto tribunal). Si se prescinde de una explicación tal no es fácil entender por qué el TS excluye de raíz la indemnizabilidad de los daños por infidelidad y/ ocultación de la paternidad justificándolo como una consecuencia del carácter puramente familiar del deber incumplido dado que la obstaculización de las relaciones familiares, sí indemnizable, afecta a un deber análogo.
10. En mi opinión, y a pesar de las restricciones que afectan al actual recurso de casación, acabará imponiéndose una mayor apertura a las reclamaciones por daños morales en el seno de las relaciones de familia, por varias razones. Por un lado, el Derecho penal ha extendido considerablemente su influencia sobre los daños provocados en el seno familiar. Y en el CP se contemplan expresamente los

daños morales a la hora de exigir la responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito. Se dirá que los incumplimientos incriminados tienen un carácter especialmente grave. Sin embargo, esa misma consideración puede trasladarse al ámbito puramente civil, de manera que sólo sean resarcibles los daños morales familiares especialmente lesivos. Por otro lado, la protección de los derechos fundamentales es una idea fuerza que no parece vaya a ceder terreno en favor del interés familiar, que, de una forma u otra, se contempla como propio de un modelo tradicional superado. Por tanto, sostener que el artículo 1902 CC no estaba pensado para su aplicación a las relaciones familiares deja de ser un argumento válido para frenarla. La inmunidad del Derecho de familia ha desaparecido. Ello no quiere decir que la responsabilidad extracontractual pueda exigirse sin considerar la relación de convivencia. Precisamente la clave puede estar en matizar, vía interpretativa, su aplicación teniendo en cuenta dos criterios fundamentales: uno subjetivo (deberá exigirse culpa grave o dolo) y otro objetivo (gravedad del resultado dañoso). Partiendo de estas bases, fácilmente justificables por la necesaria protección de la paz familiar, acabará imponiéndose la posibilidad de resarcir daños morales sea cual sea el deber incumplido (fidelidad, ocultación de la paternidad, obstaculización de relaciones).

FUENTES DE INVESTIGACIÓN

BIBLIOGRAFÍA

Algarra Prats, Esther. Incumplimiento de deberes conyugales y responsabilidad civil. La responsabilidad civil en las relaciones familiares, coordinado por Juan Antonio Moreno Martínez Dykinson 2012

Busto Lago, José Manuel. *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*. Tecnos, Madrid (1998)

De Castro y Bravo, F., *El Negocio Jurídico*, Civitas, Madrid, 1.985, p.12.

De Castro y Bravo, f., *Temas de Derecho Civil*, Madrid, 1972, pág.9.

De Verda y Bedamonde, “Principio de libre desarrollo de la personalidad y “*ius connubi*” (a propósito del auto del Tribunal Constitucional 222/1994)”, en *Revista de Derecho Privado*, octubre, año 1998.

De Verda y Beamonte, José, Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de deberes conyugales en *Diario La Ley*, nº. 6676, 21 de marzo de 2007

Díez-Picazo, Luis. *El escándalo del daño moral*. Thomson Civitas, 2008.

Ferrer Riba, Josep. Relaciones familiares y límites del derecho de daños, *InDret*, 4/2001, octubre 2001.

Fuentes Soriano, O: “La constitucionalidad de la ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género “. *La ley*, núm. 6362, de 18 de noviembre de 2005. García-Ripoll Montijano, Martín. La antijuridicidad como requisito de la responsabilidad civil. *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVI, 2013, fasc. IV.

Gutiérrez Guitián, Alma. (Indemnización del daño moral al progenitor por la privación de la relación personal con el hijo -a propósito de la STS de 30 de junio de 2009- *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXII, 2009, fasc. IV.

Hernández Gil, A. *Derecho de Obligaciones*, CEURA, Madrid, 1983.

La responsabilidad civil en el Derecho de familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil. Perfiles de la responsabilidad en el nuevo milenio, Dykinson, Madrid. 2000.

Lasarte Álvarez, C. Derecho de obligaciones, Principios de Derecho Civil, T. II, Trivium, Madrid, 1993.

López de la Cruz, Laura. El resarcimiento del daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales. InDret, Revista para el análisis del Derecho 4/2010.

Lucchini Guastalla, Emanuele. Nuevas fronteras del ilícito intrafamiliar en Italia. La Ley Derecho de familia nº 8, octubre-diciembre 2015, Familia y Responsabilidad Civil, Nº 8, 1 de oct. de 2015.

Marín García de Leonardo, T.: Remedios indemnizatorios en el ámbito de las relaciones conyugales, en AA.VV.: Daños en el Derecho de Familia (coord. J. r. De Verda y Beamonte), Aranzadi, Cizur menor, 2006.

Martín Casals y Ribot. Daños en derecho de familia: un paso adelante, dos atrás», Anuario de Derecho civil, LXIV, 2011.

Martínez Vázquez de Castro, Luis. Indemnización por daños morales entre los cónyuges. En especial, indemnización por ruptura conyugal. Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 10, febrero 2019, IS.

Medina, G.: Daños en el Derecho de Familia, 2ª ed. actualizada, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2008,

Pérez Gallego, Roberto. Nuevos daños en el ámbito del Derecho de familia; los daños morales y patrimoniales por ocultación de la paternidad biológica- revista de Derecho Civil, vol. 2, núm.3 (julio-septiembre, 2015.)

Roca Trías. La responsabilidad civil en el derecho de Familia. venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil», Dykinson, Madrid.

Rocha Espíndola, “Claves para entender las reformas del Derecho de Familia español: Principios Informadores”. Tesis doctoral. 2013. (Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=187263>)

Rodríguez Guitián, Alma. Indemnización del daño moral al progenitor por la privación de la relación personal con el hijo -a propósito de la STS de 30 de junio de 2009- Anuario de Derecho Civil, tomo LXII, 2009, fasc. IV.

Rodríguez Guitián, Alma: Responsabilidad civil en el Derecho de familia: Especial referencia al ámbito de las relaciones paternofiliales. Ed. Civitas thomson Reuters, pamplona, 2009.

Rodríguez Ruiz, Blanca. Matrimonio, Género y Familia en la Constitución Española. Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 91, enero-abril (2011).

Salvador Coderch, P; Gómez Ligüerre, C; Ramos González, S; Rubi Puig, A y Luna Yerga, A. Derecho de Daños. Análisis, aplicación e instrumentos comparados”, www.indret.com/pdf/8.11.2017.pdf, 6ª ed., 2017.

Sancha Saiz, Mercedes. El daño moral en los derechos fundamentales: últimos pronunciamientos. <https://elderecho.com/el-dano-moral-en-los-derechos-fundamentales-ultimos-pronunciamientos>.

Yzquierdo Tolsada, Mariano. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2018 (629/2018)

NORMATIVA

-LEGISLACIÓN NACIONAL

Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311, pp. 29313 a 29424

Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el CC en materia de derecho a contraer matrimonio, núm. 157, pp. 22632 a 22634 (BOE 2 de julio de 2005)

Ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges, núm. 107, pp. 9413 a 9419. (BOE 5 de mayo de 1975)

Ley 7/1970, de 4 de julio, de modificación del capítulo V del título VII del libro I del Código Civil, sobre adopción, núm. 161, pp. 10702 a 10704 (BOE 7 de julio de 1970)

Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, núm. 119, pp. 10725 a 10735 (BOE 19 de mayo de 1981)

Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, núm. 172, pp. 16457 a 16462 (BOE 20 de julio de 1981)

Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, núm. 203 (BOE 5 de agosto de 2010)

Real Decreto de 24 de Julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Núm. 206.

Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia. Núm. 182.

Ley Orgánica 1/1982, de 5 mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, núm. 115, pp. 12546 a 12548 (BOE 15 de mayo de 1982)

Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, núm. 163, pp. 24458 a 24461 (BOE 9 de julio de 2005)

Ley Orgánica 11/2003 de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, núm. 234, pp. 35398 a 35404 (BOE 30 de septiembre de 2003)

Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, núm. 183, pp. 29881 a 29883 (BOE 1 de agosto de 2003)

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (BOE 29 de diciembre de 2004)

-OTROS

Informe del Consejo General del Poder Judicial: Ley 15/2015. Obtenido de:

<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Acuerdos/>

Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del CGPJ. Estudio sobre la ley Integral sobre Violencia de Género, publicado en 2016:

<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Los-expertos-del-Observatorio-proponen-reformar-la-ley-para-que-la-violencia-de-genero-no-requiera-acreditar-la-intencion-de-dominar-a-la-mujer>.

Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Elsholz c. Alemania, de 13 de julio de 2000, R00-VIII, § 53

Actions in tort between husband and wife.
<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Eliz2/10-11/48>

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:

Sentencia del Tribunal Constitucional. (Sala Primera). Núm. 159/1989 de 6 de octubre.

Sentencia del Tribunal Constitucional. (Sala Primera). Núm. 184/1990 de 15 de octubre.

TRIBUNAL SUPREMO:

Sentencia del Tribunal Supremo. (RJ 1959/1086) 28 de febrero de 1959.

Sentencia del Tribunal Supremo. (RJ 993/5539) 9 de junio de 1993.

Sentencia del Tribunal Supremo. (RJ 139/2001) 22 de febrero de 2001.

Sentencia del Tribunal Supremo. (RJ 629/2018) de 13 de noviembre de 2018.

Sentencia del Tribunal Supremo. (RJ 1009) de 17 de marzo de 1981.

Sentencia del Tribunal Supremo. (RJ 2009,5490) de 30 de julio de 2009.

Sentencia del Tribunal Supremo. (RJ 629/2018) de 13 de noviembre de 2018.

Sentencia del Tribunal Supremo. (RJ 1959, 4483) de 4 de diciembre de 1959.

Sentencia del Tribunal Supremo. (núm. 1968/2006) de 14 de julio 2010.

Sentencia del Tribunal Supremo. (RJ 1085/1996) de 16 de diciembre de 1996.

Sentencia del Tribunal Supremo. (RJ 687/1999) de 22 de julio de 1999.

Sentencia del Tribunal Supremo. (RJ 701/1999) de 30 de julio de 1999.
Sentencia del Tribunal Supremo. (RJ 512/2009) de 30 de junio de 2009.
Sentencia del Tribunal Supremo (RJ 1985/5901) de 26 de noviembre de 1985.
Sentencia del Tribunal Supremo (RJ 232/2015) de 20 de abril de 2015.
Sentencia del Tribunal Supremo (RJ 1964, 1224) de 28 de febrero de 1964.
Sentencia del Tribunal Supremo (RJ a 3916) de 12 de mayo de 1990.
Sentencia del Tribunal Supremo (RJ 1993/8392) de 3 de noviembre de 1993.
Sentencia del Tribunal Supremo (RJ 1995/6742) de 26 de septiembre de 1995.

AUDIENCIA PROVINCIAL:

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria 19 abril 2005 (AC 2005, 1833).
Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 9 de abril de 2019 (201/2019).
Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 2 de noviembre de 2004 (597/2004)
Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 16 de enero de 2007 (27/2007)
Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 5 de septiembre de 2007 (466/2007)
Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 3 de abril de 2008 (125/2008)

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL:

Italia. Sentencia de la Corte de Casación de 10 de mayo de 2005, No 9801
Italia. Sentencia de la Corte de Casación de 15 de septiembre de 2011, No 18853.
Francia. Sentencia de la Corte de Casación de 9 de noviembre de 1965.