

BIBLIOGRAFÍA

Nota crítica

DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón (Coord.), *Daños en el Derecho de Familia*, Aranzadi Thomson, Cizur Menor, 2006, 254 pp.

1. Observa José Ramón DE VERDA al presentar esta interesante obra colectiva que el libro «pretende colmar una laguna existente en la bibliografía». A su juicio, además, la viabilidad y el alcance de posibles acciones indemnizatorias por daños producidos en contextos familiares es un tema «llamado a tener gran importancia práctica». Para el coordinador de la obra, sin embargo, hay que abordarlo con mucha prudencia. Estaría en juego el ámbito más íntimo de la persona, al que en lo posible hay que librar de una excesiva injerencia del poder estatal. Existe asimismo el riesgo de propiciar una proliferación de reclamaciones, especialmente por daños morales.

Esta llamada a la prudencia hace justicia al contenido de la obra, en la que subyace la convicción de que cualquier propuesta de solución a los delicados problemas que aborda es necesariamente provisional. Desde este punto de vista, se trata de un meritorio trabajo, con vocación de influir en el plano académico y en la práctica judicial, y en el que, cada uno en su parcela, los distintos autores se afanan por plantear con claridad y rigor los principales dilemas que se esconden tras el reto de demarcar los contornos de la responsabilidad civil dentro del margen que permiten el Derecho de familia y los valores que esta rama del Derecho civil pretende ordenar.

2. La obra se divide en dos partes. Por un lado, los temas vinculados a las relaciones de filiación o que surgen con ocasión de ellas. Por otro lado, los supuestos de daños resarcibles en el matrimonio o las uniones de hecho y por extensión los daños con ocasión de la crisis de la pareja.

El libro comienza con un examen de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* en Derecho español, si bien se da noticia también de la situación en Francia tras la archifamosa sentencia *Perruche* [DE VERDA Y BEAMONTE, «Responsabilidad civil médica en relación con el nacimiento del ser humano» (pp. 19-39)]. Este capítulo se complementa con otro que reseña el estado de la cuestión en la jurisprudencia norteamericana [Iñigo DE LA MAZA GAZMURI, «Plegarias atendidas: procreación asistida y *wrongful life actions*» (pp. 75-99)]. Mientras que en estos casos el responsable es típicamente un tercero –médico, hospital– los demás temas de la primera parte del libro examinan la posible responsabilidad de los progenitores para con sus hijos, bien por razón de las enfermedades o malformaciones que tuvieren al nacer y que pudieran serles imputadas [M.^a Luisa ATIENZA NAVARRO, «La responsabilidad civil de los padres por las enfermedades o malformaciones con que nacen sus hijos en el ámbito de la procreación natural» (pp. 41-74)],

bien por las secuelas de todo orden derivadas de la falta de reconocimiento voluntario de la paternidad [Carlos PIZARRO WILSON, «Responsabilidad civil por no reconocimiento voluntario del hijo de filiación extramatrimonial» (pp. 101-116)].

3. El capítulo primero se inicia con el caso que dio lugar a la sentencia *Perruche* que, como es sabido, concedió la indemnización solicitada en nombre del propio hijo por haber nacido con malformaciones que un negligente diagnóstico prenatal no detectó, impidiendo a la madre abortar. En línea con la doctrina dominante tanto en Francia como en España, DE VERDA critica duramente esta resolución, a la que acusa de resarcir el mero hecho de nacer con malformaciones, contradiciendo así el derecho a la vida como bien constitucionalmente protegido y abriendo la posibilidad de un alud de reclamaciones contra médicos y hospitales por no evitar nacimientos sin defectos. Saluda por ello la solución tomada por el legislador francés en 2002, que excluye de raíz toda posible reclamación por perjuicios padecidos «du seul fait de sa naissance» (art. 1 I Ley 2002-303, de 4 de marzo de 2002). Seguidamente, examina la jurisprudencia española en relación con las acciones entabladas en nombre propio por los padres de la persona nacida con malformaciones, de la que subraya el carácter vacilante y contradictorio, cuestionando los razonamientos de todas las sentencias, tanto de las que conceden la indemnización solicitada como de las que la deniegan. Las primeras porque comportan la consideración del nacimiento de un hijo con deficiencias como un daño resarcible, lo que va en contra de la dignidad humana protegida constitucionalmente y supone un trato degradante para las personas con discapacidad. Por otra parte, las dos sentencias absolutorias del Tribunal Supremo también incurrirían en el mismo vicio pues, al absolver al demandado por falta de prueba de que la mujer habría abortado, implícitamente suponen que el daño a resarcir es el nacimiento del hijo. En opinión del autor, en las acciones de *wrongful birth* sólo cabe indemnizar por la privación de la oportunidad de interrumpir legalmente el embarazo. Esta se configuraría como un perjuicio moral autónomo, lo que en la práctica determinaría una sustancial limitación del alcance de la indemnización debida. De lo contrario se corre el riesgo de que, oblicuamente, se obtengan indemnizaciones a cuenta del nacimiento de un hijo con malformaciones. Por eso excluye el resarcimiento por las mayores cargas que comporta criar y velar por un hijo deficiente así como por el previsible impacto emocional que este hecho haya causado a los padres. Por otra parte, esta configuración también orilla la necesidad de establecer la relación de causalidad con base en qué hubiera decidido la futura madre de haber sido debidamente informada, pues se trata precisamente de evitar imputar daño alguno conectado con el nacimiento del hijo deficiente.

Este planteamiento es, desde luego, uno de los posibles enfoques de esta complicada materia. No necesariamente –quizá– el dominante en la doctrina española sobre las acciones de *wrongful birth* [Véase Andrea MACÍA MORILLO, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. (Las llamadas acciones de Wrongful birth y Wrongful Life)* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2005), y allí más referencias]. Mas lo que sorprende de este capítulo es constatar que se centra en el examen de las acciones de *wrongful life* y *wrongful birth*, sin que se vea cómo incide el Derecho de familia, y en particular las consecuencias derivadas del establecimiento de la relación de filiación entre el nacido y sus progenitores, en el régimen de aquellas acciones de responsabilidad civil. Algo parecido sucede con la aportación de DE LA MAZA, cuyo título nos remite a la «procreación asistida», pero que en su

contenido sólo muy limitadamente se refiere a las técnicas de reproducción artificial (al resumir la sentencia del caso *Johnson* de 2003), centrándose en la jurisprudencia norteamericana sobre las acciones de *wrongful life* y *wrongful birth*.

Estas últimas acciones, en realidad, sólo afectan al tema planteado por el libro tangencialmente. En cambio, en las acciones de *wrongful conception* –es decir, las entabladas por los padres de un hijo sano pero no deseado, que nació por la negligencia del facultativo al no informar sobre las medidas preventivas posteriores a una vasectomía o una ligadura de trompas, o sobre las posibilidades de fracaso de la esterilización llevada a cabo– es donde podría plantearse si y hasta qué punto las normas de Derecho de familia exigen alguna limitación en cuanto al alcance de la responsabilidad por la esterilización fallida. Como ha observado la doctrina, no es irrazonable plantearse hasta qué punto cabe indemnizar por lo que constituye el cumplimiento de deberes legales inexcusables y que no cabría transferir o delegar a un tercero. En perspectiva más amplia, ¿cómo conciliar el cobro de una indemnización por los gastos derivados del nacimiento y manutención del hijo no deseado con el hecho de que, en virtud de la relación paterno-filial, nace para padres e hijos un entramado de derechos y deberes recíprocos inter vivos y mortis causa? ¿Acaso ese conjunto de derechos y deberes no debe afectar a la medida de una indemnización que se justifica por la forzada asunción de una maternidad (o una paternidad) no deseada? [Para este argumento, entre nosotros, véase Miquel MARTÍN CASALS/Josep SOLÉ FELIU, «Comentario de la sentencia de 29 de mayo de 2003», *CCJC*, vol. 64, 2004, pp. 214-218].

4. El capítulo segundo tiene como objeto la responsabilidad por un determinado tipo de daños prenatales: los ocasionados por los progenitores como consecuencia de la transmisión o el contagio, durante la concepción, de alguna enfermedad o malformación, así como los padecidos por el feto a causa de la conducta subjetivamente imputable de alguno de los progenitores. El punto de partida es la afirmación de una regla de subsidiariedad general de las reglas de responsabilidad civil extracontractual, a pesar de la existencia de normas específicamente dedicadas a la responsabilidad de los padres frente a sus hijos (arts. 168.2 y 1932 CC). En un penetrante análisis, M.^a Luisa ATIENZA propone tratar separadamente los casos de daños derivados del contagio de enfermedades de los casos de daños corporales vinculados a las conductas dolosas o negligentes de los progenitores, y particularmente de la madre, durante el embarazo.

En el primer supuesto, el interés del hijo a una vida sana se contrapone a la libertad de los progenitores de procrear, protegida por el artículo 18 en relación al artículo 10 CE. Sintetiza la autora los argumentos favorables a imponer la responsabilidad, principalmente sobre la base de que «cada persona es libre para decidir si concibe o no, pero si lo hace y después se verifica el daño, debe asumir su costo, y no sólo prestando la asistencia que como progenitor corresponde sino también indemnizándolo». Sin embargo, como que la única alternativa al nacimiento con la enfermedad heredada de los padres sería no nacer, concluye que la acción de responsabilidad civil es inviable por falta de daño y de relación de causalidad.

Este elemento es el que distinguiría el enfoque negativo aplicado al primer supuesto con la afirmación de la posible responsabilidad de los progenitores, y especialmente de la madre, con respecto a los daños sobrevenidos a un feto sano imputables objetivamente a la conducta de los progenitores durante el embarazo. El encuadramiento de este segundo supuesto en nuestro

Derecho pasa, como no podía ser de otra manera, por comentar los artículos 157 y 158 CP, que tipifican el delito de lesiones causadas al feto y que cuando se refieren a la mujer embarazada limitan la responsabilidad penal al tipo doloso. En consecuencia, mientras que en el supuesto de dolo, aun eventual, la mujer embarazada responde penalmente, y por consiguiente también civilmente, en los supuestos de lesiones imprudentes, aun mediando culpa grave, estaría exenta de responsabilidad penal. ¿Cabe colegir que también de responsabilidad civil? Desde luego en no pocos casos la falta de sanción penal de cierta conducta dañosa no impide, ni mucho menos, el recurso a la responsabilidad civil. ATIENZA concluye al respecto que serán las circunstancias del caso las que determinarán si la madre debe responder frente al hijo por una conducta realizada durante el embarazo y que perjudicó seriamente la salud de este último. Señala, de todos modos, que sería preciso que se tratase de un daño de cierta entidad o gravedad, que estuviese causalmente vinculado a las acciones u omisiones de la madre y que, aun no siendo éstas antijurídicas, a aquélla le fuese exigible comportarse de otro modo no sólo moralmente sino también jurídicamente.

La valentía de la autora al tomar postura frente a las numerosas incertidumbres que rodean este grupo de casos es elogiabile. Con todo, cabe preguntarse a quién beneficia la acción de responsabilidad civil dirigida contra la propia madre. Presupuesto que la conducta de la madre no comporta la privación de la potestad sobre el hijo nacido con esas enfermedades o malformaciones ¿acaso no es ella misma la principal perjudicada por la situación que padece su hijo? Es posible que la exoneración de responsabilidad penal presente en los artículos 157 y 158 CP sea el resultado de la ponderación de los intereses de la madre con respecto a los del feto. No se trata tanto de la posible paradoja de que, pudiendo abortar legalmente, al propio tiempo pueda responder por lesiones al feto, porque como observa la doctrina alemana la limitación de los supuestos legales de aborto, si algo demuestra, es que la madre no es libre de acabar con la vida del feto. Desde luego tampoco de lesionarlo. Pero antes de hacer responsable a la madre no solo penal sino también civilmente, debe igualmente ponderarse el derecho de aquélla al ejercicio de su libertad y a llevar el tipo de vida y las actividades (profesionales, lúdicas o meramente personales) que considere conveniente. Así las cosas, ¿qué tipos de actividades merecen cubrirse bajo el manto del libre desarrollo de la propia personalidad, aún a costa de cierto riesgo para el nasciturus? Aquí existe un ámbito para una reflexión adicional y para acotar a poco más los casos que, excepcionalmente, podrían comportar una responsabilidad del progenitor por daños al feto causados imprudentemente. Que el tema está muy abierto lo demuestra la diversidad de planteamientos que existe en la jurisprudencia comparada [Véase el panorama que ofrecen Miquel MARTÍN CASALS y Josep SOLÉ FELIU, «Comparative Report» en *Children in Tort Law II: Children as Victims* (Viena: Springer, 2006), pp. 282-283, y allí más referencias]. Pero incluso en este contexto tan limitado, la opción, de llevarse a cabo, se antoja problemática por lo que encierra de discriminatoria: por definición la restricción a la propia libertad únicamente afecta a las mujeres. Quizás por eso no faltan voces en el contexto internacional que sugieren que la idea de hacer responder a la madre que obró negligentemente en perjuicio del feto conduce a conclusiones derechamente contrarias tanto a los fines de la responsabilidad civil como a la protección constitucional de las madres [Básico: Rosamund SCOTT, *Rights, Duties and the Body. Law and Ethics of the Maternal-Fetal Conflict* (Oxford: Hart, 2002) pp. 296-352; res-

pecto a la responsabilidad penal, véase asimismo Vicki TOSCANO, «Misguided Retribution: Criminalization of Pregnant Women Who Take Drugs», *Social & Legal Studies* 14 (2005) pp. 359-386].

5. La primera parte del libro se cierra con un ensayo sobre la posibilidad de liquidar algún tipo de daño por la falta de determinación de la paternidad una vez que ésta, mediante la correspondiente acción de reclamación, ha sido judicialmente determinada. El núcleo del tema radica en determinar cuándo podría considerarse imputable la falta de reconocimiento espontáneo del hijo habido fuera de matrimonio. El autor relaciona esta cuestión con la eficacia de las pruebas biológicas, de modo que como que estas permiten, por sí solas, establecer o excluir la paternidad «el reconocimiento de la paternidad ha dejado de ser un acto voluntario». Tal afirmación debe ser inmediatamente puesta en su contexto: lo que el autor trata de poner de relieve es que el establecimiento de la paternidad ya no depende exclusivamente del varón sino que este puede ser emplazado judicialmente por el otro progenitor o por el hijo y su paternidad no matrimonial establecerse por sentencia judicial, con base en cualquier medio de prueba, especialmente en las llamadas pruebas biológicas.

Desde el punto de vista español este planteamiento no representa ninguna novedad, aunque es posible que sí lo sea en Chile, de donde procede el autor del trabajo. Donde el problema se plantea en sus propios términos es al señalar que, para poder ser responsable, el supuesto padre «debe *estar en conocimiento* de su posible paternidad o *haber sido demandado*... circunstancia que haría cesar necesariamente la pretensión de desconocimiento» (énfasis añadido). Las circunstancias de cada caso permitirán formar la convicción del juzgador acerca del conocimiento de la posible paternidad no reconocida. Desde que es demandado, sin embargo, ya no podrá decir que nada sabía de ese posible hijo. El autor sugiere, además, que la negativa del demandado a la realización de las pruebas biológicas debe considerarse un indicio de que sospechaba que el hijo era suyo, a los efectos de imputarle responsabilidad civil.

No resulta fácil admitir que siendo el reconocimiento un acto voluntario pueda imputarse responsabilidad civil a quien, por la razón que sea, no reconoce la paternidad no matrimonial y ejercita sus derechos de defensa en el marco del procedimiento contradictorio arbitrado por la ley para la determinación de esa paternidad. Debe subrayarse que la propia ley establece consecuencias para la oposición a la determinación de la filiación, en particular la exclusión de la patria potestad y demás funciones tuitivas y la privación de cualquier derecho legal respecto del hijo o de sus descendientes, sin perjuicio del deber del padre de velar por los hijos y prestarles alimentos (*cf.* art. 111 I 2.º CC). Consecuencias que la jurisprudencia se ha encargado de dulcificar, por lo demás, en aquellos supuestos en que la oposición estaba suficientemente fundada [Por todas, véase STS 10.7.2001 (RJ 2001, 5152)]. Tomando este punto de vista, la delimitación de los casos en que se da «la contumacia del padre en el reconocimiento de su hijo» a los que expresamente se refiere el autor presupondría explorar los supuestos en que puede hablarse de un ejercicio abusivo de los derechos de defensa frente a una reclamación de paternidad extramatrimonial fundada en un principio de prueba suficiente y que el simple recurso a las pruebas biológicas desvanecería.

En cuanto al daño resarcible, el autor trata por separado la pretensión del progenitor –que reclamaría por el daño patrimonial consistente en los gastos producidos por la manutención a su costa del hijo de ambos– y la pretensión

del hijo. Este último vería reconocida una indemnización por el daño moral vinculado a la lesión de su derecho a tener una identidad coherente con su origen biológico y un posible daño patrimonial, basado no en la falta de percepción de alimentos sino en la pérdida de la oportunidad de haber tenido un nivel de vida superior, aplicable por supuesto sólo en aquellos casos en que el demandado tuviera una posición social y económica superior a aquella de la que el hijo pudo gozar conviviendo con su madre.

Por último, está la cuestión del resarcimiento de los alimentos debidos al hijo antes de la determinación de la paternidad. Para PIZARRO el hijo no tendría derecho a esos alimentos porque *in praeteritum non vivitur*. Sin embargo, reconoce el derecho del otro progenitor a repetir el importe correspondiente a los alimentos abonados hasta la reclamación judicial de la paternidad, salvo que por causa imputable a aquél la acción no se hubiera hecho efectiva. En realidad, es menester aclarar que una de las particularidades de los alimentos debidos en la relación paterno-filial es que se deben desde el nacimiento y durante toda la minoría de edad, al margen de que se reclamen o de que se entable una demanda. La regla *in praeteritum non vivitur* sólo debe aplicarse a los alimentos cuya reclamación es necesaria, como sucede con los alimentos entre parientes. No se aplica a los alimentos «institucionales», cuya fuente no es el parentesco, sino la relación paterno-filial u otra institución que incluya deberes alimenticios. Por lo tanto, tratándose del hijo menor no reconocido la deuda alimenticia de su padre surge con el nacimiento de éste y el otro progenitor ostenta un derecho de repetición por haber abonado esa deuda en parte ajena y enteramente exigible desde el nacimiento del menor, por más que el supuesto padre no tuviera ni idea de que había tenido un hijo. Así las cosas, este tipo de pretensiones no se configuran habitualmente como acciones de daños. Entre otras cosas, porque ello impone un juicio de imputabilidad subjetiva y de causalidad que las más de las veces hace inviable el recurso en vía de regreso. El remedio adecuado parece ser la acción de enriquecimiento injustificado, si bien esta tampoco está exenta de problemas, especialmente cuando quien la ejerce no es el otro progenitor sino un tercero (*v.gr.* el padre putativo) con quien el menor había convivido [En este sentido, recientemente, Caroline FORDER, *European Review of Private Law* 6 (2005) pp. 868-878].

En este capítulo también se mencionan de pasada otros supuestos indirectamente vinculados al mismo tema, como la responsabilidad por el reconocimiento de complacencia que impide la determinación de la paternidad verdadera. Debe destacarse la actualidad de la materia en un momento en que, por diversas razones, los reconocimientos de complacencia se multiplican y está en cuestión cuál es la respuesta jurídica más adecuada para proteger los diversos intereses en conflicto. Tal vez una responsabilidad civil del implicado en un reconocimiento de este género, que posteriormente va contra sus propios actos causando un daño a la persona a quien primero reconoció como hijo y que luego abandona, podría tener algún efecto preventivo y paliar así los efectos adversos que para el hijo tiene de la tendencia a considerar este tipo de reconocimientos nulos de pleno derecho [Últimamente, entre nosotros, véase FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ, «Los reconocimientos de complacencia (con ocasión de unas sentencias recientes)», *ADC* (2005), pp. 1049-1113].

6. La segunda parte del libro se abre con la responsabilidad por incumplimiento de la promesa de matrimonio [Salvador CARRIÓN OLMOS, *Promesa de matrimonio y resarcimiento de daños*, (pp. 179-201)]. Al respecto, convie-

ne recordar que una de las razones alegadas desde algunos sectores para admitir la resarcibilidad de los daños ocasionados por la infracción de los deberes conyugales es la incoherencia sistemática de la reforma 2005, que ha eliminado las causas legales de separación –dejando sin efecto jurídico la infracción de esos deberes conyugales– pero que mantiene la responsabilidad por ruptura de la promesa de matrimonio. Paradójicamente, se argumenta, revestiría mayor contenido la infracción de la promesa de matrimonio que la del propio «contrato» matrimonial [THEMIS. ASOCIACIÓN DE MUJERES JURISTAS, *Conclusiones del trabajo sobre el anteproyecto de ley de reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio*, 17.11.2004 (www.mujeresjuristasthemis.org)].

El capítulo referente a la promesa de matrimonio no aporta munición para este alegato. De impecable factura, disecciona la aplicación práctica de los artículos 42 y 43 CC en la realidad judicial, que se refleja en una serie relativamente numerosa de sentencias de apelación. Según la *communis opinio*, al tratarse de un acto social jurídicamente no regulado, las consecuencias dañosas vinculadas a ese entorno deben recaer sobre quienes las padecieron, sin que, en principio, los afectados puedan exigir nada a nadie. A título de excepción, no obstante, si el incumplimiento de la promesa se produjo «sin causa», requisito interpretado ampliamente hasta alcanzar cualquier desistimiento que no esté basado en razones objetivas generalizables, entonces el prometido o prometida deberá reembolsar los gastos ocasionados y que, por su libérrima decisión, han devenido inútiles. Dada la licitud esencial del desistimiento, sin embargo, no se puede proclamar una responsabilidad civil en sentido propio, ni mucho menos la sanción de una conducta antijurídica. Lo que hace la ley es poner a cargo del prometido el reembolso de las pérdidas sufridas por la otra parte o incluso por un tercero como «garantía de indemnidad de quien hizo gastos en la confianza de la boda proyectada, en interés de aquél y en la medida en que la finalidad también le interesaba». Por lo demás, también en coherencia con la licitud del acto del desistimiento, las consecuencias patrimoniales de esta conducta poseen un carácter tasado que impide la entrada en juego, en este tipo de situaciones, del artículo 1902 y por ende también del resarcimiento del posible daño moral vinculado a la ruptura de la promesa matrimonial. Siguiendo a DELGADO, el único margen de aplicación de este último precepto sería, para CARRIÓN, que, bajo la apariencia de una promesa de matrimonio, se tratara de un mero engaño con finalidad lesiva.

7. El debate sobre la Ley 15/2005, de 8 de julio, popularmente conocida como del *divorcio exprés* y que suprimió las causas legales de separación y divorcio, fue la ocasión para que ciertos sectores feministas plantearan que «dado que el matrimonio es un contrato bilateral cuyo cumplimiento no puede dejarse al arbitrio de uno de los contrayentes, el incumplimiento de los deberes inherentes al mismo *deberá llevar aparejada una indemnización por daños y perjuicios [...] independiente de la pensión compensatoria [...] por responsabilidad por la ruptura no consensuada*» (énfasis añadido). Sugerencia finalmente no incorporada a la reforma pero que fue acogida favorablemente, por ejemplo, por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su informe sobre el anteproyecto de ley. Como es conocido, sin embargo, el Tribunal Supremo ha señalado, mucho antes de la última reforma del CC, que «el daño moral generado en uno de los cónyuges por la infidelidad del otro no es susceptible de reparación económica alguna» y que no cabe comprender la exigibilidad de los deberes conyugales dentro del precepto genérico del ar-

título 1101, pues lo contrario llevaría a «estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial obligaría a indemnizar» [STS 30.7.1999 (RJ 1999, 5726); véase, además, STS 22.7.1999 (RJ 1999, 5721)]. Tutela indemnizatoria que, por lo demás, carecería de rango constitucional. Al menos, así lo entendió el Tribunal Constitucional al rechazar el recurso de amparo contra la primera sentencia citada y señalar, precisamente, que se trataba de un problema de legalidad ordinaria, competencia de los tribunales civiles, y que no era posible imponer una interpretación distinta «con base en una pretendida irradiación máxima de los contenidos constitucionales en todos y cada uno de los supuestos de interpretación de la legalidad ordinaria» (ATC 140/2001, de 4 de junio).

La máxima del Tribunal Supremo ha sido aplicada por algunas sentencias de Audiencias Provinciales. La SAP Valencia 2.11.2004 (*La Ley* 2005, 59) para rechazar la indemnización del daño moral por razón de la infidelidad, por más que al final imputa responsabilidad a la esposa y a su amante con base en una «negligencia... en sus relaciones íntimas» que supuso la concepción de tres hijos atribuidos al marido, así como por la conducta dolosa consistente en ocultarle la verdad sobre la paternidad. Más claramente, en la SAP Segovia 30.9.2003 (JUR 2003, 244422), para desestimar la petición de indemnización presentada por la esposa «*por el sufrimiento ocasionado... ante el abandono del hogar familiar por parte del marido demandado, dada la grave enfermedad que aquélla padecía y padece*». En este caso, la sentencia concluye que «a pesar de la proliferación de supuestos en que se considera indemnizable el daño moral por la jurisprudencia actual... entre tales no se encuentran los daños causados por infidelidades, abandonos o ausencia de lealtad en las relaciones personales, amistosas o amorosas, pues tales supuestos entran en el terreno de lo extrajurídico, no debiendo proliferar categorías de daños morales indemnizables que encarnen intereses que no sean jurídicamente protegibles, y en los que el derecho no debe jugar papel alguno ni debe entrar a tomar partido».

Para un sector de la doctrina, los pronunciamientos del Tribunal Supremo reflejan el sentimiento de culpa de la judicatura para con la mujer y se dirigen a evitar que los maridos (engañados) puedan compensar por vía de indemnización lo que sus esposas infieles podrían tener derecho a percibir como pensión compensatoria [Ángel CARRASCO PERERA, «El precio de la infidelidad», *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 666 (2005)]. Otros autores prefieren subrayar que las manifestaciones del Tribunal Supremo «pecan de ser exageradamente genéricas» [Luis-Felipe RAGEL SÁNCHEZ, «Comentario de la sentencia de 30 de julio de 1999», *CCJC* 52 (2000) pp. 153-163, 159], como demostraría, por ejemplo, que el CP, si bien excluye la responsabilidad penal por delitos económicos cometidos contra el cónyuge, reserva expresamente la posibilidad de solicitar la responsabilidad civil (art. 268.1 CP). Desde otro punto de vista se observa que en el incumplimiento de los deberes conyugales «están en juego derechos fundamentales u otros bienes dignos de tutela jurídica» por lo que no cabría postular una absoluta inmunidad [Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN, «Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre los miembros de la pareja de hecho», *RdP* (10) 2003-1, pp. 65-93, 79-80].

En esta línea, el capítulo escrito por M.^a Teresa MARÍN GARCÍA DE LEONARDO [«Remedios indemnizatorios en el ámbito de las relaciones conyugales» (pp. 147-177)] se centra, primero, en descartar la existencia de espacios de inmunidad para la responsabilidad civil por daños producidos en las rela-

ciones conyugales, insistiendo en la supuesta insuficiencia de los remedios predispuestos por el Derecho de familia para ofrecer una protección adecuada frente al incumplimiento de los deberes conyugales. Así, en el ámbito de la crisis conyugal, la autora afirma que «no hay reflejo normativo específico para lo relativo a la esfera personal» y propone –a pesar del citado ATC 140/2001, de 4 de junio– una lectura en clave constitucional de los deberes conyugales, con el fin de conectar su infracción con la lesión de derechos fundamentales protegidos por la Constitución y justificar, así, su resarcibilidad en vía civil. La influencia de los autores italianos se hace sentir aquí, como en otras partes de la obra, muy intensamente.

Sustanciada la objeción de que el Derecho de familia proporciona un marco exclusivo y excluyente para la reparación de los posibles daños vinculados al incumplimiento de los deberes conyugales, la autora admite, con todo, que «en el ámbito del Derecho de familia no se puede aceptar sin más la obligación de reparar todo daño». Para que ello tenga lugar, el supuesto ha de entrar «dentro de los esquemas de la responsabilidad civil». El capítulo adolece, no obstante, de una gran generalidad en cuanto al posible alcance de la responsabilidad civil en este ámbito, pues tras el repaso del estado de la jurisprudencia y de la doctrina, la autora no explicita cómo debería efectuarse la ponderación de intereses que inevitablemente conlleva la opción de política legislativa que defiende. Únicamente trata de conjurar el peligro de abrir las compuertas a una avalancha de litigios que ponga en cuestión el sistema de divorcio-remedio vigente en Derecho español proponiendo, no sin cierta contradicción, la limitación de los criterios de imputación de la responsabilidad civil a la culpa grave y al dolo, así como planteando que la pretensión debe ejercerse en pleito distinto al matrimonial.

Habida cuenta de las particularidades de la relación conyugal, la doctrina más atenta ha tratado de establecer cuál debería ser, en su caso, el límite razonable a las pretensiones de reparación de daños derivados de la infracción de deberes conyugales, teniendo en consideración la existencia de un entramado de remedios y pretensiones vinculado a la crisis conyugal y a la disolución del vínculo matrimonial [Véase Pablo SALVADOR CODERCH, Juan Antonio RUIZ GARCÍA, «Comentari a l'article 1», en: Joan EGEA FERNÀNDEZ / Josep FERRER RIBA, *Comentaris al Codi de família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua* (Madrid, Tecnos, 2000), pp. 43-66, 63]. Tomando tal perspectiva, FERRER RIBA ha concluido que únicamente deberían comportar responsabilidad civil aquellas conductas que causen daño a derechos e intereses del consorte «conceptualmente separables de su interés en el mantenimiento del matrimonio y en el respeto a sus reglas» [*Relaciones familiares y límites del derecho de daños* (Disponible en: http://www.indret.com/pdf/065_es.pdf), p. 15]

Discernir qué conductas caben en este marco es, sin embargo, una tarea enormemente compleja. Aunque acaso sea una obviedad, no debe olvidarse que el alcance de los deberes conyugales, además de con respecto a las expectativas del otro cónyuge, debe partir también de la garantía del ejercicio de los derechos y libertades fundamentales del cónyuge obligado. Por consiguiente, el enjuiciamiento de cada supuesto concreto implicará –salvo en los casos más graves, y que ya resuelve la llamada responsabilidad civil derivada de delito– la ponderación de los derechos fundamentales de ambas partes. Se trata de delimitar en qué grupos de casos el cónyuge responderá y en qué supuestos su conducta nunca comportará obligaciones indemnizatorias por ser expresión de un ejercicio legítimo de sus derechos fundamentales dentro

de la relación conyugal. Por más que ello pueda ocasionar enfado, desánimo, dolor o frustración en su cónyuge o pareja y llevar, a la postre, a la disolución del matrimonio.

Al requerir a los esposos un alto grado de compromiso personal, en forma de deberes conyugales, el sistema jurídico conduce a una gran paradoja: aspirar a una forma perfecta de relación cuyos actores son, sin embargo, personas de carne y hueso, con sus defectos y limitaciones. Por su componente íntimo y estrictamente personal, nadie, ni siquiera el Derecho, puede garantizar que el ideal se hará realidad. Por eso mismo, la regla general del sistema tiene que ser que la infelicidad por un matrimonio que ha naufragado no es indemnizable. Ni siquiera cuando ésta ha comportado una patología médicamente diagnosticada, y aunque la crisis conyugal esté relacionada con el incumplimiento, por uno de los cónyuges, de sus deberes conyugales.

Y es que el matrimonio es «una empresa emocional de alta rentabilidad, pero también de alto riesgo» [AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations* (2002) Topic 2 § IV]. Las relaciones conyugales constituyen un ámbito en el que, por definición, los actores ponen en juego sus bienes más preciados. Contribuye sobremedida a la realización personal si funciona, pero el fracaso es, por regla general, un golpe muy duro para los afectados, y puede llegar a perjudicar seriamente su estabilidad emocional.

Es lógico pensar, por lo demás –como también señalan los redactores de los ALI Principles– que la regla de no indemnizabilidad de los daños emocionales tiene una justificación muy clara en el marco de la crisis conyugal. En ese contexto, el daño emocional tenderá necesariamente a sobredimensionarse y pueden plantearse demandas, muy difíciles de reconvenir, en las que el excónyuge recree su vida conyugal como un infierno y en las que la convivencia conyugal pase a describirse como una sucesión de episodios conducentes a trastornos emocionales y a otros daños de índole psíquica o moral. Se corre el riesgo –por qué negarlo– de que acciones de este tipo se usen estratégicamente para sacar ventaja en el pleito matrimonial, tanto para forzar un acuerdo con la otra parte como para obtener una sentencia más favorable a los propios intereses.

8. Tras el examen de la viabilidad de las acciones de responsabilidad civil por infracción de los deberes conyugales, la misma autora aborda la posibilidad de recurrir a la responsabilidad civil en aquellos casos en que el progenitor encargado de la guarda y custodia de un menor entorpece el derecho de visita del otro (pp. 179-201). La experiencia en España parece ser más bien escasa, por no decir inexistente. A partir de casos italianos, con todo, la profesora MARÍN GARCÍA DE LEONARDO apunta los presupuestos y el alcance de esa posible responsabilidad.

Considera evidente, en primer lugar, que en este tipo de casos existen daños resarcibles, no sólo morales sino también patrimoniales. Los primeros estarían vinculados a la lesión al interés del progenitor en relacionarse con su hijo, cuya privación puede llegar a provocar graves trastornos psicológicos y emocionales. Pone de relieve, en particular, la posibilidad de ocasionar en el progenitor no custodio el llamado «síndrome de alienación parental». Respecto al propio hijo, plantea la posible incidencia de la falta de relación con el progenitor no custodio como un elemento negativo para el desarrollo de su personalidad. Los daños patrimoniales consistirían en los posibles gastos producidos por las dificultades en el ejercicio del derecho de visita y en las pérdidas ocasionadas por el incumplimiento, como por ejemplo oportuna-

des laborales perdidas por los cambios de residencia forzados por el otro progenitor y situaciones análogas.

Por lo que se refiere al criterio de imputación subjetiva, la autora vincula la responsabilidad únicamente a conductas dolosas o gravemente negligentes. Esta limitación de los títulos de atribución de responsabilidad posiblemente conecta con el hecho de que, como en otros conflictos analizados en esta parte del libro, las propuestas de solución, desde el punto de vista de la responsabilidad civil, deben partir de la necesaria ponderación de los derechos fundamentales de ambas partes. Sólo una conducta constitutiva de un abuso de derecho podría dar lugar a la correspondiente responsabilidad; la lesión derivada del descuido o de la mera negligencia en el cumplimiento del régimen de visitas no permitiría solicitar indemnización. Con razón, se estima que no es conveniente fomentar la litigiosidad en este contexto y que sólo los casos graves deben ser resueltos, en su caso, con remedios resarcitorios adicionales a las medidas jurídico-familiares. Este planteamiento parece informar la única sentencia que aborda el problema planteado en este capítulo: la SAP Madrid 21.6.2001 deniega la indemnización solicitada con base en el cambio de domicilio del progenitor custodio que complicaba el cumplimiento del régimen de visitas establecido.

Por el contrario, la cita de la SAP Sevilla 30.12.2005, que concedió una fuerte indemnización a la madre privada de sus hijas por la irregular actuación de los servicios autonómicos de protección de menores, parece obedecer a un contexto muy distinto del que aquí se plantea. Aunque ciertamente el interés lesionado es semejante al del progenitor no custodio, en el caso citado –y en otros paralelos que ha resuelto el TEDH– quien lesiona los derechos fundamentales del progenitor es un tercero y no el otro progenitor. En este último caso, creo que la reparación del daño no debe imponerse sino tras ponderar el peso específico de cada uno de los intereses en conflicto, muchos de ellos de rango fundamental.

9. A continuación, sigue un artículo sobre nulidad y responsabilidad civil [M.^a José REYES LÓPEZ, «El resarcimiento derivado de la declaración de nulidad matrimonial» (pp. 203-222)], que se justifica plenamente a la luz del artículo 98 CC. Al establecer este último una particular pretensión indemnizatoria, delimitando específicamente quién y bajo qué circunstancias puede hacerla efectiva, ese precepto plantea uno de los problemas fundamentales del libro: hasta qué punto los remedios de Derecho de familia, y en particular la indemnización *ex* artículo 98 CC, son compatibles o excluyen las acciones generales de responsabilidad civil o configuran algunos de sus límites.

Con todo, la atención dedicada al fundamento, presupuestos y alcance del artículo 98 CC es mucho mayor que la destinada a la viabilidad de una posible pretensión de responsabilidad civil por los daños causados por la nulidad matrimonial. La autora se hace eco de la gran diversidad de criterios que muestra la práctica, si bien quizás habría bastado con subrayar que el Tribunal Supremo ha confirmado en varias sentencias: a) que las medidas derivadas de la sentencia civil de divorcio no resultan automáticamente eliminadas ni sustituidas a causa de una posible declaración de la nulidad canónica del matrimonio; b) que la finalidad de la indemnización del artículo 98 CC, aunque sólo pueda pedirla el cónyuge de buena fe frente a otro de mala fe –limitación que no está en la ley y que es discutida por muchas Audiencias Provinciales– es reequilibrar las situaciones patrimoniales de la pareja una vez declarada la nulidad, y c) que la vía del artículo 1902 CC no queda cerrada aunque se conceda o se deniegue la indemnización del artículo 98 CC.

En cuanto a esa posible exacción de la responsabilidad civil del cónyuge a quien le es imputable la nulidad, la autora concluye que, frente a la función «compensatoria» del artículo 98 CC, la función «resarcitoria... seguiría ubicada en el [artículo 1902 CC]». En su opinión, tiene que existir una tutela del cónyuge de buena fe, «sujeto de agravio en su persona», por lo que podría reclamar «al menos una compensación por los daños que, en el orden moral, se le hayan podido causar, sin perjuicio de todos aquellos que deriven de la recomposición del patrimonio al estado posesorio [*sic*] anterior al momento de celebración del matrimonio». Se echa en falta, sin embargo, un desarrollo ulterior de estas ideas, así como su contraposición con los supuestos de las opinables SSTs 26 de noviembre de 1985 y 10 de marzo de 1992, de las que únicamente se ofrece un resumen [Al respecto de la primera, véase ahora Ángel CARRASCO PERERA, *Derecho de familia. Casos, reglas, argumentos* (Madrid: Dilex, 2006) pp. 519-522].

10. Queda para el capítulo final del libro un cuidado y completo resumen del tratamiento jurisprudencial de los efectos económicos de la ruptura de uniones de hecho [José Ramón DE VERDA, «Efectos económicos derivados de la ruptura de uniones de hecho», (pp. 223-254)]. La parte relativa al papel de la responsabilidad civil, no obstante, queda bastante minimizada en comparación con los demás temas tratados en el capítulo, pues el autor se limita en este punto a constatar la falta de aplicación generalizada de las acciones de responsabilidad civil como remedio a las situaciones derivadas de la ruptura de uniones de hecho. Califica de excepcional la STS 16.12.1996 (RJ 1996, 9020), que condenó al abono de una indemnización por daños tras la ruptura de la pareja de hecho basándose en que, al pasar a vivir con el demandado, la mujer había puesto fin al arrendamiento de un local que venía explotando como pensión. DE VERDA cuestiona la validez del enfoque adoptado por la mencionada sentencia y entiende que en este tipo de casos el artículo 1902 CC es inaplicable por ser la ruptura unilateral «un acto completamente libre, fundado en la libertad de casarse o permanecer soltero, de constituir una unión o dejar de permanecer en ella». La imposición de cualquier género de compensación por daños significaría un obstáculo o limitación que cercenaría indebidamente el derecho a contraer matrimonio en su vertiente negativa. De ahí que, en su caso, lo procedente para liquidar las consecuencias económicas de este tipo de situaciones sea acudir a la genérica prohibición de enriquecimiento injustificado.

11. En definitiva, por la gran cantidad de temas que trata y la variedad de enfoques que contiene, esta obra será referencia para cualquier desarrollo doctrinal posterior en este campo, hasta ahora relativamente poco explorado. Un recorrido transversal por las distintas aportaciones en él recogidas –al margen de que circunstancialmente pueda motivar alguna reflexión o comentario– ofrece sin duda una perspectiva única desde la que el lector interesado podrá llegar a sus propias conclusiones, y le permitirá percibir lo mucho que está en juego a la hora de resolver los problemas teóricos y prácticos de la intersección entre las instituciones jurídico-familiares y el Derecho de la responsabilidad civil.

Jordi RIBOT IGUALADA
Profesor titular de Derecho Civil
Observatorio de Derecho Privado Europeo y Comparado
Universidad de Girona