

## Indemnización del daño moral por la privación indebida de la compañía de los hijos en el orden civil y en el contencioso- administrativo

Ignacio Marín García

Daniel López Rodríguez

Facultad de Derecho  
Universitat Pompeu Fabra

### *Abstract\**

*La STS, 1ª, 30.6.2009 (RJ 5490; MP: Encarnación Roca Trías) pone fin a la resistencia de nuestros tribunales a aplicar las reglas generales de la responsabilidad extracontractual al daño moral derivado de la obstrucción por parte de uno de los padres de las relaciones paterno-filiales de su hijo menor con el otro progenitor. En este trabajo analizamos la postura del orden civil y la que hasta ahora ha mantenido el orden contencioso-administrativo respecto al reconocimiento y la cuantificación del daño moral por privación indebida de la compañía de los hijos.*

*The Spanish Supreme Court Judgment June 30<sup>th</sup> 2009 ends up the opposition to the extent of general tort liability rules to non-pecuniary losses arising from the infringement by one parent of the parental rights of the other parent. This paper analyzes the positions of both Spanish civil and administrative courts regarding the recovery and the assessment of non-pecuniary losses arising from child removal.*

*Title: Damages for Non-Pecuniary Losses Arising from Child Removal in Spanish Civil and Administrative Courts*

*Palabras claves: daño moral, guarda y custodia, derecho de visitas, declaración de desamparo*

*Keywords: Non-Pecuniary Losses, Physical Custody, Visitation Rights, Administrative Guardianship*

---

\* El presente trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto DER2008-01809/JURI, "El derecho de filiación ante los conflictos de identidad biológica y parentalidad social", dirigido por el Prof. Joan EGEA FERNÁNDEZ y financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación. Los autores agradecen los comentarios del Prof. Pablo SALVADOR CODERCH y los dos evaluadores anónimos.

## *Sumario*

1. Introducción
2. La indemnización del daño moral: la respuesta del Derecho español
  - 2.1. La categoría de “daño moral”: definición por exclusión
  - 2.2. La difícil reparación del daño moral
  - 2.3. Funciones alternativas a la compensación: prevención y punición
3. Reconocimiento y cuantificación del daño moral por privación indebida de la compañía de los hijos en Derecho español
  - 3.1. Privación por parte de otro particular: indemnizabilidad y criterio de imputación subjetiva en el orden civil
    - 3.1.1. El daño moral en el ámbito de las relaciones familiares
    - 3.1.2. Jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre la aplicación del artículo 1902 CC a las reclamaciones entre progenitores por la obstaculización de las relaciones paterno-filiales
    - 3.1.3. STS, 1<sup>a</sup>, 30.6.2009 (RJ 5490): aplicación del régimen general de responsabilidad extracontractual a las reclamaciones entre progenitores por la obstaculización de las relaciones paterno-filiales
  - 3.2. Privación por parte de la Administración pública
    - 3.2.1. Fundamento de la intervención pública: el interés superior del menor
    - 3.2.2. La declaración de desamparo: artículo 172.1 CC
    - 3.2.3. Responsabilidad patrimonial de la Administración: cuantificación del daño moral derivado de la privación de la compañía de los hijos a consecuencia de una declaración de desamparo improcedente
  - 3.3. El falso baremo del daño moral por prisión indebida
4. Conclusiones
5. Sentencias citadas
6. Bibliografía

## 1. Introducción

La cuantificación del daño moral es quizás una de las cuestiones que hoy en día generan mayor controversia en Derecho español, entre otras razones, porque durante la última década nuestros tribunales han reconocido ampliamente su resarcimiento<sup>1</sup>. Una de las principales críticas a las sentencias que indemnizan daños morales es la ausencia de unos criterios de valoración uniformes<sup>2</sup>. El factor que explica la dispersión de las cuantías indemnizatorias es la dificultad de valoración de esta categoría de daños, puesto que no hay mercado que suministre valoraciones objetivas mediante un sistema de precios, según puso de relieve GÓMEZ POMAR (2000).

En la esfera de las relaciones familiares o de convivencia, el peso del factor mencionado aumenta y se añade otro, la exclusión tradicional del derecho de daños de este ámbito<sup>3</sup>. No obstante, no son pocos los artículos de InDret que han abordado los daños morales producidos en el seno de la vida familiar: entre otros, FERRER RIBA (2001), FARNÓS AMORÓS (2005 y 2007) y, en particular, ROIG DAVISON (2006), autor que estudió con anterioridad la indemnización del daño derivado de la privación indebida de la compañía de los hijos.

Nuestro trabajo analiza el reconocimiento de este concepto indemnizatorio y su valoración en la jurisprudencia española más reciente del orden civil y el contencioso-administrativo. La peculiaridad de nuestro sistema de responsabilidad civil extracontractual comporta que resulte competente uno u otro orden jurisdiccional, según sea el causante del daño un particular o la Administración pública y según tenga o no relevancia penal la conducta enjuiciada. Y, además, dicho sistema sujeta a los tribunales a diferentes reglas materiales y procesales, rasgo que dificulta más aún la unificación de los criterios de valoración de un

---

<sup>1</sup> Si bien el reconocimiento del daño moral en el marco de la responsabilidad extracontractual ha sido paulatino, dando comienzo con la famosa STS, 1ª, 6.12.1912 –publicación en prensa de una noticia falsa que dejó malparada la reputación de una joven, véase Federico DE CASTRO Y BRAVO (1959, p. 1268)–, su entrada en el campo de la responsabilidad contractual ha sido relativamente reciente y su expansión acelerada, en concreto, desde la STS, 1ª, 31.5.2000 (RJ 5089) –indemnización de la “tensión, incomodidades y molestias” provocadas por el retraso injustificado de un vuelo durante ocho horas–.

<sup>2</sup> Elena VICENTE DOMINGO (2008, p. 338): “En cuanto a la problemática actual de los daños morales se centra en qué criterios utilizar para su cuantificación si bien durante muchos años el problema fue el de su admisión o no como daño reparable”. Asimismo, Marcelo BARRIENTOS ZAMORANO (2007, p. 41): “(...) hoy prácticamente nadie discute su existencia [del daño moral], pero sí cómo debe indemnizarse”. Fenómeno no exclusivo del Derecho español, pues el artículo 10:301(3) *Principles of European Tort Law*, relativo al daño no patrimonial, indica que “[e]n la cuantificación de la indemnización (incluyendo las que correspondan a las personas allegadas a la víctima fallecida o que ha sufrido lesiones graves) se deberán conceder sumas indemnizatorias similares por aquellas pérdidas que sean objetivamente similares”.

<sup>3</sup> Sobre las posibles razones de esta exclusión, véanse Alma María RODRÍGUEZ GUITIÁN (2009, pp. 33 y ss.) y Josep FERRER RIBA (2003, pp. 1837-1840).

mismo daño<sup>4</sup>. Así, el orden competente será el civil si el sujeto responsable de la privación es un particular, a menos que dicho comportamiento pueda constituir una infracción penal. En cambio, el orden competente es el contencioso-administrativo cuando la Administración pública dicta una resolución de desamparo improcedente, en virtud de la cual aparta a los hijos de sus padres o tutores.

## 2. La indemnización del daño moral: la respuesta del Derecho español

### 2.1. La categoría de “daño moral”: definición por exclusión

A partir de la distinción clásica en responsabilidad civil entre “daños patrimoniales” y “daños no patrimoniales”, los “daños morales” suelen identificarse con esta segunda categoría y, por tanto, son definidos por exclusión: cualquier daño que no tenga cabida dentro de la primera categoría, la tendrá dentro de la segunda. Miquel MARTÍN-CASALS y Josep SOLÉ FELIU (2003, p. 858) señalan la necesidad de dar una definición negativa por la variedad extrema de supuestos que pueden tener cabida dentro de esta categoría<sup>5</sup>.

En Derecho español, este planteamiento ha dotado al “daño moral” de unos contornos demasiado difusos<sup>6</sup>. Más todavía, si tenemos en cuenta la falta de restricciones a su reparación pecuniaria en el Código Civil (arts. 1101 y 1902 CC), a diferencia de aquellos códigos civiles europeos que condicionan su indemnización a la existencia de una norma legal que así lo prevea<sup>7</sup>. El daño moral genérico carece prácticamente de regulación legal,

---

<sup>4</sup> Sobre los distintos órdenes jurisdiccionales competentes para conocer de las reclamaciones de responsabilidad civil extracontractual en Derecho español, véase Pablo SALVADOR CODERCH *et alii* (2006, pp. 22-24).

<sup>5</sup> Estos autores realizan una lista no exhaustiva de los daños cubiertos por esta tipología: “el daño a la integridad física, el perjuicio psíquico (dejando al margen las consecuencias económicas de tales daños), así como en ciertos casos, la aflicción, la ansiedad, el temor, la angustia, la pérdida de confort, etc.”. Sin embargo, la doctrina científica ha advertido desde antaño sobre la incorrección que supone la identificación del “daño moral” con el “daño no patrimonial”, ya que la amplitud de la segunda categoría es mucho mayor, véanse Rafael ÁLVAREZ VIGARAY (1966, p. 86) y Francisco de Asís GARCÍA SERRANO (1972, pp. 801-803).

<sup>6</sup> No en vano, Fernando GÓMEZ POMAR (2000, pp. 11-13; 2002, p. 2; 2003a, pp. 6-7; 2003b, p. 1; 2007, pp. 26-27) ha alertado de manera reiterada sobre el “carácter borroso y expansivo” de la categoría de daño moral en Derecho español de daños y la utilización muy laxa que de ella hace la Sala Primera del Tribunal Supremo. La misma opinión mantiene Luis Díez-PICAZO (2008, pp. 13-16), para quien el empleo poco coherente y hasta arbitrario de esta figura la ha convertido en un “concepto «comodín»”.

<sup>7</sup> Solución de los códigos civiles alemán (§ 253 BGB) e italiano (art. 2059). Sin embargo, el sistema limitativo alemán fue reformado con la introducción del § 253.II BGB, precepto que reconoce con carácter general el resarcimiento del daño moral derivado de una lesión corporal, a la salud, a la libertad o a la libertad sexual. Asimismo, en un primer momento, la creación jurisprudencial italiana del *danno biologico*, lesión psicofísica unida a una pérdida de funcionalidad, sirvió para superar la reserva legal, pues la ley tan solo preveía la indemnización del daño moral irrogado por ilícitos penales (art. 185 Código Penal italiano),

con la salvedad de aquellas leyes especiales que disciplinan el resarcimiento de determinados daños morales<sup>8</sup>.

En atención a las consecuencias del evento dañoso y con independencia de que se trate a su vez de un daño material o personal<sup>9</sup>, podemos definir “daño moral”<sup>10</sup> como aquél que comporta un efecto psicológico negativo derivado de una agresión al patrimonio, a la

---

véase MARTÍN-CASALS y SOLÉ FELIU (2003, pp. 859-860). La indemnización del *danno biologico* tenía su fundamento en el derecho constitucional a la protección estatal de la salud (art. 32 Constitución italiana) y, posteriormente, la jurisprudencia italiana extendió el resarcimiento a cualquier daño moral derivado de la lesión de bienes constitucionalmente protegidos, entre otros, los derechos de la personalidad (art. 2 Constitución italiana) [Sentencias de la *Suprema Corte di Cassazione* 31.5.2003 (núms. 8827 y 8828) y Sentencia de la *Corte Costituzionale* 30.6.2003 (núm. 233)].

§ 253 BGB (*Immaterieller Schaden*): “(1) Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden. (2) Ist wegen einer Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung Schadensersatz zu leisten, kann auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld gefordert werden” [(1) Por razón de un daño que no es patrimonial sólo se puede solicitar indemnización en dinero en los casos previstos por la ley. (2) Si por razón de una lesión corporal, a la salud, a la libertad o a la libertad sexual debe prestarse resarcimiento de un daño que no es patrimonial, puede exigirse una indemnización equitativa en dinero”, traducción de Albert LAMARCA I MARQUÈS (2008)].

Articolo 2059 Codice Civile (*Danni non patrimoniali*): “Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge” (“El daño no patrimonial sólo será resarcido en aquellos casos legalmente previstos”).

<sup>8</sup> Los derivados de una “intromisión ilegítima”, de acuerdo con el artículo 9.3 de la [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](#) (BOE núm. 115, de 5.5.1982); aquéllos causados por bienes y servicios defectuosos que serán indemnizables conforme a la legislación civil general, según el artículo 128 del [Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias](#) (BOE núm. 287, de 30.11.2007); aquéllos irrogados en accidentes de circulación, cuya valoración está sujeta al sistema de baremos previsto en el Anexo del [Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor](#) (BOE núm. 267, de 5.11.2004); aquéllos consecuencia de la infracción de derechos de autor, con arreglo al artículo 140.2 del [Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia](#) (BOE núm. 97, de 22.4.1996); y aquéllos derivados de la infracción de derechos de marca, según el artículo 43.2 de la [Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas](#) (BOE núm. 294, de 8.12.2001).

<sup>9</sup> En contra, GARCÍA SERRANO (1972, p. 801), quien rechaza el criterio de calificar el daño atendiendo a sus repercusiones.

<sup>10</sup> Mientras Luis Díez-PICAZO (2008, p. 77) postula la necesidad de trazar con claridad el concepto de daño moral, BARRIENTOS ZAMORANO (2007, p. 41) sostiene que “[n]unca ha ayudado realmente a su solución en la práctica una definición en esta materia”.

integridad física (*pretium o pecunia doloris*) o a la integridad moral de un individuo, sin que quepa incluir a las personas jurídicas como víctimas potenciales<sup>11</sup>.

La destrucción de la carta conservada como recuerdo de un ser querido ejemplifica el daño moral derivado de una agresión al patrimonio (ÁLVAREZ VIGARAY, 1966, p. 82). Asimismo, el sufrimiento producido por una lesión corporal y sus eventuales secuelas ilustran el daño moral ocasionado por una agresión a la integridad física, mientras que cualquier atentado contra el derecho fundamental al honor, a la intimidad y a la propia imagen dan cuenta de la tercera clase de daño moral descrito, el resultante de agresiones a la integridad moral.

Si bien parece ineludible vincular el daño moral a un menoscabo de los sentimientos<sup>12</sup>, éste no ha de reducirse a un ataque a la afectividad, pues también puede comprender lesiones del acervo jurídico que no conllevan aflicción ni desánimo pero que merecen una valoración social negativa. Ello no contradice a la mejor doctrina, que se ha manifestado contraria a que la mera lesión de derechos subjetivos sea resarcible en Derecho español, pues ésta debe ir unida a una afectación de la esfera psicofísica del individuo<sup>13</sup>.

## 2.2. La difícil reparación del daño moral

De acuerdo con Fernando GÓMEZ POMAR (2000, pp. 1-3), la diferencia fundamental entre daños patrimoniales y daños morales encuentra su apoyo en el análisis económico del Derecho, según la aptitud del dinero para reponer la pérdida de utilidad (o bienestar) que sufre la víctima: la disminución de utilidad provocada por un daño patrimonial es compensable con dinero o bienes intercambiables por dinero, mientras que éstos nunca pueden llegar a compensar la merma de utilidad provocada por un daño moral. La reparación íntegra del daño moral es sencillamente inviable porque afecta a bienes insustituibles o muy difíciles de sustituir por no ser objeto de tráfico en mercado alguno<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> En contra del reconocimiento de una categoría propia de daño moral de las personas jurídicas por la Sala Primera del Tribunal Supremo, véase Fernando GÓMEZ POMAR (2000, p. 12; 2002, p. 4), para quien el deterioro de la reputación que puede sufrir una sociedad es de carácter patrimonial y el recurso a la figura del daño moral responde a la finalidad de sancionar determinadas conductas que irrogan perjuicios patrimoniales de escasa cuantía — un uso velado de una suerte de daños punitivos — y eludir los controles de naturaleza probatoria en la cuantificación del daño, así en la STS, 1ª, 20.2.2002 (RJ 3501).

<sup>12</sup> Christian VON BAR (2000, p. 164).

<sup>13</sup> Véanse Fernando PANTALEÓN PRIETO (1991, p. 1972), “no cabe predicar de éstas [las normas de responsabilidad extracontractual] una función de «reintegración» de los derechos subjetivos (*rechtsverfolgende Funktion; Rechtsfortsetzungsgedanke*)”, y Luis Díez-PICAZO (2008, pp. 91-92), quien con cita de MARTÍN-CASALS (1990, p. 1231), afirma que “debería ser considerada como daño moral la afectación de la esfera sicofísica que es consecuencia de la lesión de un derecho o bien de la personalidad”.

<sup>14</sup> A favor, Pablo SALVADOR CODERCH *et alii* (2006, pp. 1-6). En contra, MARTÍN-CASALS (1990, p. 1238), para quien la indemnización por daño moral ofrece a la víctima unos bienes diferentes a los dañados que la colocan en una situación distinta de la preexistente pero igualmente favorable.

Reproducimos a continuación los dos gráficos con los que GÓMEZ POMAR (2000, p. 2) ilustra la diferencia enunciada en cuanto a los efectos del daño y la reparación pecuniaria sobre la función de utilidad de la víctima. En el primero de los casos, la víctima sufre un daño patrimonial de importe D que supone un desplazamiento a la izquierda a lo largo de su curva de utilidad, de A a B, pero una indemnización en dinero por ese mismo importe la coloca de nuevo en A (figura 1). Por el contrario, el impacto de un daño moral se plasma en una nueva curva de utilidad que se sitúa por debajo de la anterior, pues la misma cantidad de dinero le reporta una utilidad menor, sin que una compensación monetaria pueda retornar a la víctima al nivel de utilidad de que gozaba antes del evento dañoso (figura 2). Naturalmente, un mismo evento dañoso puede aunar ambos efectos, pero siempre que inflija a la víctima un daño moral su función de utilidad sufrirá un cambio irreversible a partir del cual ni siquiera una indemnización infinita puede restablecer la utilidad previa.

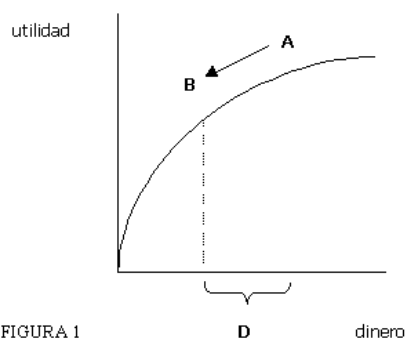


FIGURA 1

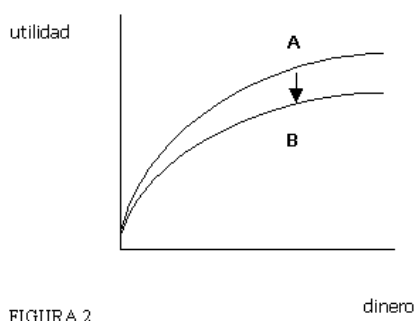


FIGURA 2

Esta distinción se corresponde con el debate clásico de los juristas en torno a si la indemnización del daño moral cumple una función compensatoria o sólo satisfactiva, pues es un perjuicio no reemplazable en dinero. El hecho de que su reparación íntegra resulte imposible ha dado pie a diversas teorías que no hacen otra cosa que rendirse a la evidencia: la indemnización pecuniaria no repara el daño moral pero contribuye a mejorar la situación de la víctima<sup>15</sup>. La compensación limitada del daño moral alienta el mantenimiento de la

<sup>15</sup> Según la teoría del *solatium*, aunque la pérdida sufrida es irreparable, la indemnización pecuniaria coloca a la víctima en una situación patrimonial mejorada susceptible de proporcionarle satisfacciones con las que mitigar el perjuicio. En cambio, según la teoría de la superación, la indemnización en dinero persigue dotar a la víctima de los medios que el hombre razonable necesitaría para sobreponerse del daño moral infligido. BARRIENTOS ZAMORANO (2007, pp. 60-62) describe ambas teorías. La STS, 1ª, 9.12.2003, FD 2º (RJ



función compensatoria como la principal de la responsabilidad civil extracontractual, relegando a un segundo plano la función preventiva y, por qué ocultarla, la función punitiva<sup>16</sup>.

### 2.3. Funciones alternativas a la compensación: prevención y punición

La cuantificación de la indemnización por daño moral ha de tener otro fundamento que la compensación del perjuicio, puesto que resultaría del todo insensato enfocar el diseño de una institución con los ojos puestos en un objetivo que no puede acometer. Asimismo, en contra de la compensación del daño moral, podría argumentarse que el sistema de responsabilidad civil no tiene por qué cubrir un daño que la propia víctima hubiera optado por no asegurar<sup>17</sup>. Las funciones alternativas a la compensación son la prevención y la punición.

Compensación y prevención son funciones que la responsabilidad civil cumple de manera simultánea en el caso de daños patrimoniales. Ahora bien, fallida la función de compensación, cabe cuestionarse si la indemnización por daño moral es al menos susceptible de satisfacer la función de prevención. La indemnización por daño moral cumpliría la función de prevención si impone a su causante los costes que su conducta ha generado. Sin embargo, el problema de la valoración del perjuicio reaparece, ya que la víctima tenderá a exagerarlo y su causante a desmerecerlo<sup>18</sup>. Y, a las valoraciones sesgadas

---

8643) acoge la teoría del *solatium*: "(...) lo que se trata precisamente no es de llevar a cabo una reparación en el patrimonio, sino de contribuir de alguna manera a sobrellevar el dolor y angustia de las personas perjudicadas por el actuar injusto, abusivo o ilegal de otro", en un caso en que un colegio privado expulsó arbitrariamente a un alumno de 3º de BUP por sospecha de consumo de drogas en el centro.

<sup>16</sup> La negación de las funciones preventiva y punitiva de la responsabilidad civil extracontractual ha sido la postura tradicional de la doctrina científica española, que, en sede de daño moral, le atribuye además una función de satisfacción o desagravio y sostiene que la graduación del monto de la indemnización no se hace acorde con la conducta del dañante, sino con arreglo a la entidad de daño. Véase por todos PANTALEÓN PRIETO (1991, pp. 1971-1972).

<sup>17</sup> Según Fernando GÓMEZ POMAR (2000, pp. 3-5) y Steven SHAVELL (2007, pp. 173-175), si la responsabilidad civil fuera un mecanismo de traslación de riesgo que tuviera una lógica idéntica al seguro privado, el daño moral no sería indemnizable, resultado al que conduce la teoría del seguro óptimo: el eventual cambio en la función de utilidad de la víctima hace que ésta no desee transferir renta de un estado a otro, ya que esta decisión aumentaría su pérdida de utilidad. Recordemos que el cambio en la función de utilidad comporta que la misma cantidad de dinero proporcione a la víctima un nivel de utilidad inferior con posterioridad al accidente. Este argumento respalda la instauración de multas suplementarias con las que preservar la función de prevención de la responsabilidad civil sin que la víctima reciba compensación alguna por el daño moral.

<sup>18</sup> Según afirma Steven SHAVELL (2007, p. 167), la víctima estará dispuesta a gastar hasta un dólar para incrementar en un dólar la indemnización a percibir, mientras que el causante del daño estará dispuesto a gastar hasta un dólar para disminuir la indemnización en esa misma cantidad. Sobre estos poderosos incentivos privados socialmente no deseables, véase KAPLOW y SHAVELL (1996).

de los litigantes, se añade la imposibilidad práctica de combatirlas por la falta de criterios de valoración independientes<sup>19</sup>. Por ello, la función preventiva que cumple la indemnización por daño moral es también limitada.

La segunda función alternativa a la compensación es la punición de conductas reprochables. La presencia de un elemento punitivo en la indemnización del daño moral es habitual, aunque su peso sea oscilante según las constelaciones de casos<sup>20</sup>. La realidad vence la resistencia a reconocer un uso no explícito de la figura de los daños punitivos por nuestra jurisprudencia: con el ropaje de indemnización por daño moral, los jueces fijan la cuantía indemnizatoria con base en un juicio de reprochabilidad de la conducta y, en muchas ocasiones, al margen del perjuicio causado<sup>21</sup>. El juicio de reprochabilidad de la conducta une la función punitiva a supuestos de causación dolosa de daños, esto es, subsumibles en su mayoría en un tipo penal<sup>22</sup>. Por tanto, la función punitiva que sirven algunas indemnizaciones por daño moral se muestra otra vez desacertada, pues opera con frecuencia en infracciones penales y tiene una incidencia mucho menor en ilícitos civiles<sup>23</sup>.

No obstante, el uso que la jurisprudencia hace de la indemnización por daño moral dificulta distinguir cuál es su función en Derecho español (GÓMEZ POMAR, 2000, pp. 11-13). Nuestros tribunales camuflan perjuicios de naturaleza patrimonial bajo la etiqueta de “daño moral” para evitar la explicitación de criterios de valoración económica del daño<sup>24</sup>.

---

<sup>19</sup> El sistema de baremos del [Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor](#), suministra al juzgador unos criterios de valoración independientes del perjuicio moral derivado de daños corporales, a pesar de que no facilita una valoración separada de este concepto indemnizatorio.

<sup>20</sup> Este elemento pasa inadvertido en el daño moral genérico, aquél sujeto al régimen general del artículo 1902 y ss. CC, pero lo ponen de relieve los preceptos de leyes especiales tales como el artículo 9.3.II de la [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](#), y el artículo 140.2.a del [Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia](#).

<sup>21</sup> En la jurisprudencia española, el uso sancionador de la indemnización por daño moral es común en el campo de las agresiones contra la libertad sexual, pues la gravedad de los hechos y la repulsa social que merecen son los factores principales en la determinación del *quantum*, GÓMEZ POMAR (2000, pp. 9-10); veáse STS, 2ª, 16.5.1998, FD 9º (RJ 4878). Este uso sancionador es igualmente palmario en las intromisiones al honor y a la intimidad, Díez-PICAZO (2008, p. 101). En contra, BARRIENTOS ZAMORANO (2007, pp. 57-58) y RODRÍGUEZ GUITIÁN (2009, pp. 99-100).

<sup>22</sup> Pablo SALVADOR CODERCH (2000, p. 149) y Fernando GÓMEZ POMAR (2000, p. 11).

<sup>23</sup> De acuerdo con Richard A. POSNER (2007, pp. 218-219), tal solapamiento entre la sanción civil y la penal debiera desplazar a la segunda por el mayor coste social que implica, pero esta conclusión descansa en la eficiencia preventiva de las sanciones.

<sup>24</sup> La instrumentalización de esta categoría por la jurisprudencia española queda patente en los casos de responsabilidad civil por la pérdida de la oportunidad de litigar, ya sea demandar o recurrir una

El propio Tribunal Supremo ha declarado que no los hay para los daños morales<sup>25</sup>. En consecuencia, en un recurso de casación ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, el recurrente que denuncie errores de derecho en la apreciación de la prueba a fin de revisar las bases de una indemnización por daño moral está abocado al fracaso. Y lo mismo puede predicarse del orden jurisdiccional penal y el contencioso-administrativo<sup>26</sup>.

### ***3. Reconocimiento y cuantificación del daño moral por privación indebida de la compañía de los hijos en Derecho español***

La guarda y custodia y el derecho de visita protegen un mismo interés: el desarrollo de las relaciones personales entre el progenitor y el hijo menor<sup>27</sup>, aunque el énfasis de este aspecto sea mayor en la segunda de las figuras por tener en él su fundamento, así se desprende del tenor literal del artículo 160.I CC:

“Los progenitores, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en resolución judicial”.

---

resolución desfavorable (“daños morales por la privación del derecho al recurso”), véanse GÓMEZ POMAR (2003a y 2003b) y Elena VICENTE DOMINGO (2008, pp. 346-347).

<sup>25</sup> La STS, 1ª, 4.10.2006, FD 7º (RJ 6428) no revisa las bases de cuantificación de la indemnización (3.606,07 €) por la depresión y tristeza sufridas por un paciente a consecuencia de un tratamiento capilar fallido con lesiones dermatológicas crónicas, pues “[e]sta Sala ha venido declarando que la determinación de la cuantía por la indemnización por daños morales (...) debe ser objeto de una actividad de apreciación por parte del juzgador, habida cuenta de la inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que el daño moral esencialmente consiste”. Fiel a este mismo planteamiento, la STS, 1ª, 7.12.2006, FD 4º (RJ 2007/266) tampoco revisa la indemnización de 12.020,24 € a los familiares de dos hermanas fallecidas por el derrumbamiento del campanario de una iglesia.

<sup>26</sup> La Sala Segunda del Tribunal Supremo reitera que la cuantificación del daño moral ha de ser expresión de la gravedad del hecho y las circunstancias personales del ofendido y, por tanto, sólo son revisables en casación aquellas cuantías indemnizatorias que resulten arbitrarias u objetivamente desproporcionadas. Las SSTS, 2ª, 1.7.2008, FD 6º (RJ 4185) y 29.1.2005, FD 8º (RJ 1832) ilustran esta línea jurisprudencial consolidada. Por otro lado, la Sala Tercera del Tribunal Supremo tiene declarado que la evaluación del daño es una cuestión de hecho y, por consiguiente, no susceptible de revisión en casación, a menos que el tribunal de instancia haya infringido normas legales o criterios jurisprudenciales, sin que el daño moral constituya una excepción. Así, las SSTS, 3ª, 9.6.2009, FD 3º (JUR 300745) y 4.6.2008, FD 2º (RJ 3124).

<sup>27</sup> De acuerdo con Francisco RIVERO HERNÁNDEZ (1996, p. 188), los fines del derecho de visita son “comunicación y relaciones humanas, propiciar el conocimiento y los afectos recíprocos”; sin perjuicio de que el derecho de visita se extienda incluso a personas distintas del progenitor que no ejerce la patria potestad, según establece el artículo 160.II CC: “No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos y otros parientes y allegados”.

Ambas instituciones son una manifestación de que las relaciones paterno-filiales continuarán tras la crisis matrimonial o la ruptura de la convivencia y lo harán ajustadas al marco establecido, ya sea la custodia compartida o su atribución en exclusiva a uno de los progenitores con el consiguiente régimen de visitas a favor del otro. El interés en la preservación de las relaciones personales con el hijo no es exclusivo del padre o la madre, sino que la posición jurídica que ocupa el menor es la de sujeto activo del derecho-deber de guarda y del derecho-deber de visita, respectivamente<sup>28</sup>. Por tanto, cualquier perturbación del ejercicio de estos derechos-deberes lesionará tanto al progenitor custodio o visitador como al niño, a pesar de que el presente trabajo se centre sólo en el primero de los sujetos dañados y en el mayor de los daños posibles en el terreno de las relaciones paterno-filiales, la privación indebida de la compañía del menor.

El progenitor custodio o visitador puede haberse visto privado de la compañía de su hijo por la acción de otro particular, típicamente el otro progenitor o alguien del entorno familiar, o bien uno o ambos progenitores, sean o no convivientes, pueden haber sido separados de su hijo por la Administración pública en virtud de una declaración de desamparo improcedente.

Con independencia del régimen de responsabilidad aplicable en función del causante del daño, un particular o la Administración pública, el daño irrogado es de índole idéntica: un ataque al derecho al respeto de la vida familiar reconocido en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (BOE núm. 243, de 10.10.1979) que, según declara la reciente STS, 1ª, 30.6.2009, FD 5º (RJ 5490; MP: Encarnación Roca Trías), ha de ser calificado de daño moral:

“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

El artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos es muy escueto y se limita al reconocimiento del derecho y la restricción de las injerencias en su ejercicio, pero en la Sentencia de 13.7.2000, *Elsholz c. Alemania* (TEDH 152), la cual condena a Alemania al pago de 17.895,22 € (35.000 marcos) al padre no matrimonial a quien los tribunales habían denegado el derecho de visita con base en el rechazo que hacia él experimentaba su hijo de

---

<sup>28</sup> En apoyo de esta tesis, véase RIVERO HERNÁNDEZ (1996, pp. 151-152).

cinco años a causa del síndrome de alienación parental<sup>29</sup>. En esta sentencia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sentado en la interpretación de este precepto que:

1. El concepto de vida familiar también comprende aquellas relaciones familiares no basadas en el matrimonio<sup>30</sup>.

“El Tribunal recuerda que el concepto de familia con arreglo a este artículo no se limita únicamente a las relaciones basadas en el matrimonio y puede englobar otras relaciones «familiares» factibles cuando las partes cohabitan fuera del matrimonio. Un niño nacido de tal relación se inserta de pleno derecho en esta célula «familiar» desde su nacimiento y por el hecho mismo de éste” (apartado 43).

2. La relación personal entre un progenitor y su hijo constituye un elemento fundamental de la vida familiar, aunque haya cesado la convivencia entre los progenitores, razón por la cual los ordenamientos estatales no deben impedirlos, pues esta obstaculización de las relaciones paterno-filiales vulnera el artículo 8 del Convenio<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> Contrasta esta sentencia con la postura de la Comisión Europea de Derechos Humanos en su resolución de 20.10.1998, ya que entendió que las autoridades danesas no habían infringido el art. 8 del Convenio por suspender el régimen de visitas de un padre a causa de la repulsa que por él sentía su hija a consecuencia de la influencia de su madre. Sobre el síndrome de alienación parental y su irrupción en los divorcios contenciosos en los tribunales españoles, véase Laura ALASCIO CARRASCO (2008, pp. 4-8).

<sup>30</sup> Según jurisprudencia anterior del TEDH, por el mero hecho del nacimiento hay entre un hijo y sus padres un lazo que supone una vida familiar amparada por el artículo 8 del Convenio. En este sentido, la Sentencia de 26.5.1996, *Keegan c. Irlanda*, apartado 44 (TEDH 21), que apreció la infracción del derecho al respeto a la vida familiar porque, de conformidad con la legislación irlandesa, las autoridades de este país acordaron la adopción de la hija nacida de una relación no matrimonial en contra de la voluntad del padre biológico, cuya oposición carecía de efecto legal alguno por no haber contraído matrimonio con la madre.

<sup>31</sup> Así, en la Sentencia de 7.8.1996, *Johansen c. Noruega*, apartado 84 (TEDH 31), el TEDH declaró que la asunción de la tutela de la hija menor de la demandante por el Estado noruego no infringe el artículo 8 del Convenio, mientras que la supresión del régimen de visitas a su favor sí que violó dicho precepto. Incluso, la Sentencia de 9.6.1998, *Bronda c. Italia*, apartado 51 (TEDH 27) extiende la aplicación del artículo 8 del Convenio a núcleos familiares compuestos por los abuelos y sus nietos menores, a pesar de que el caso concreto el TEDH no estima la infracción del artículo 8 del Convenio porque los tribunales italianos resolvieron que la nieta de los demandantes permaneciera con la familia de acogida, aunque sin privarles del derecho de visita a la menor. Asimismo, la Sentencia de 11.7.2000, *Ciliz c. Países Bajos*, apartado 59 (TEDH 150) condena a Holanda porque la expulsión de un ciudadano turco impidió que asistiera a la formalización de un acuerdo sobre el derecho de visita a su hijo. Más aún, la Sentencia de 29.4.2003, *Iglesias Gil c. España*, apartado 62 (TEDH 15) estima que las autoridades españolas infringieron el artículo 8 del Convenio porque “no desplegaron los esfuerzos adecuados y suficientes para hacer respetar el derecho de la demandante al regreso de su hijo y el derecho de este último a reunirse con su madre”, una vez los tribunales habían declarado la sustracción internacional del menor. Con soporte en este pronunciamiento, Luis María DÍEZ-PICAZO (2008, p. 305) entiende que: “El derecho de padres e hijos a estar juntos implica, en fin, que del art. 8 CEDH surja una obligación positiva del Estado de adoptar las medidas adecuadas para combatir el llamado *legal kidnapping*”.

“El demandante ha padecido vicios del procedimiento, que se asemejarían a una injerencia en el ejercicio de un derecho entre los más fundamentales, el del respeto a la vida familiar. En opinión del Tribunal, no cabría excluir que, aunque el interesado hubiera podido participar con anterioridad en el proceso de decisión, habría obtenido satisfacción en cierta medida, lo cual hubiera podido cambiar su futura relación con el niño. Podemos, por tanto, considerar que ha sufrido una pérdida real de oportunidades que justifican la concesión de la indemnización. Además, el demandante ciertamente sufrió un daño moral debido a la angustia y al desamparo por él padecidas” (apartado 71).

3. La pérdida de relación con el hijo y la imposibilidad de actuar en Derecho ocasionan un daño moral cierto y cuantificable en equidad por el TEDH<sup>32</sup>.

“[E]l Tribunal concluye que el demandante ha sufrido un daño moral cierto, que no queda suficientemente indemnizado con la constatación de violación al Convenio. Ninguno de los factores anteriormente citados se presta a una valoración concreta. Resolviendo en equidad como lo exige el artículo 41, el Tribunal concede al demandante 35.000 DEM” (apartado 72).

La mencionada STS, 1ª, 30.6.2009 recoge la doctrina del TEDH que da carta de naturaleza al derecho de los padres a estar en compañía de sus hijos y a la reparación pecuniaria de la lesión de este derecho. La Sala Primera del Tribunal Supremo excede así el imperativo constitucional de interpretación de los derechos fundamentales conforme a los acuerdos internacionales ratificados por España al respecto (artículo 10.2 CE) e integra el derecho fundamental reconocido por el TEDH sin conectar este derecho con el derecho fundamental constitucionalmente reconocido, ya que el derecho al respeto de la vida familiar carece de cobertura constitucional pues el artículo 18.1 CE ampara en exclusiva el derecho a la intimidad familiar. Este método de incorporación de la jurisprudencia del TEDH al ordenamiento español es atípico por dos motivos: en primer lugar, suele ser ésta una tarea encomendada al Tribunal Constitucional; y en segundo lugar, el Tribunal Constitucional no suele proceder a una incorporación automática, sino que parte de la conexión entre el derecho definido por el TEDH y el consagrado en la CE, utilizando la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo como argumento de autoridad y, en contadas excepciones, como elemento principal de su razonamiento<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> En la Sentencia de 18.2.2003, *Schaal c. Luxemburgo*, apartado 57 (JUR 244793), el TEDH valora en 15.000 € el daño moral del padre que, acusado por su exmujer de abusos sexuales contra su hija, le fue suspendido el derecho de visita a la menor durante seis años y dos meses, hasta que recayó sentencia penal absolutoria en primera instancia. La afectación negativa de la vida familiar puede producirse sin que concurra una infracción del artículo 8 del Convenio: en la Sentencia de 19.10.2004, *Jahnova c. República Checa*, apartados 62 y 63 (JUR 284584), el TEDH estima que tres años y cinco meses es una duración excesiva para un proceso judicial relativo al derecho de visita, aprecia una vulneración del artículo 6.1 del Convenio y cuantifica en 3.000 € el daño moral que la prolongación irrazonable del proceso ha irrogado a la demandante.

<sup>33</sup> Santiago RIPOL CARULLA (2007, p. 180).

En cuanto a la cuantificación de este menoscabo de las relaciones familiares, los pronunciamientos de nuestros tribunales no están exentos de las deficiencias habituales en la determinación del daño moral: la ausencia de criterios de valoración y la consiguiente falta de control por parte de las instancias superiores, reacias a revisar las cuantías indemnizatorias, ya que ni examinan las bases de la indemnización ni tampoco si la motivación es suficiente. Es, por tanto, práctica judicial aceptada la valoración discrecional y no argumentada del daño moral con el único límite de la irrazonabilidad ostensible.

La STC, 2ª, 21.1.2008 (RTC 11; MP: Guillermo Jiménez Sánchez) pone de manifiesto la laxitud de nuestros tribunales en esta materia: el Tribunal Constitucional desestima el recurso de amparo interpuesto por la Junta de Andalucía por vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) porque juzga ajustada a Derecho la condena en procedimiento de ejecución de sentencia civil al pago de 1.703.600 € en concepto de indemnización sustitutoria por la imposibilidad de reintegrar a una madre sus dos hijos menores, pues una declaración de desamparo improcedente había conllevado la pérdida de su guarda y custodia y la posterior constitución de acogimiento preadoptivo<sup>34</sup>. Queda fuera de discusión la privación ilegítima de la niña durante 7 años y medio y del niño durante 9 años y medio, respectivamente. Ahora bien, de acuerdo con el voto particular del magistrado Pascual Sala Sánchez, la indemnización sustitutoria sólo ha de abarcar la pérdida del derecho a la devolución de sus hijos y no la totalidad de daños perjuicios irrogados a la actora a consecuencia de la actuación administrativa que la separó de los menores, puesto que la demandante no ha ejercitado dicha pretensión indemnizatoria, la cual ha de ser necesariamente sustanciada en el orden contencioso-administrativo<sup>35</sup>. En suma, el examen defectuoso de la bases indemnizatorias conduce a que el Tribunal Constitucional convalide una indemnización que infringe las normas procesales más elementales. Por un lado, la demandante se ahorra el procedimiento administrativo y el judicial de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración; y, por otro

---

<sup>34</sup> Véase el comentario al Auto de la AP Sevilla, Civil, Sec. 6ª, 30.12.2005 (AC 2006/70; MP: Ruperto Molina Vázquez), en Miguel Ángel ROIG DAVISON (2006), quien con razón criticó “la inclusión de partidas indemnizatorias tendentes a compensar el daño moral sufrido por la madre en el pasado en lugar de resarcirla únicamente por «la frustración del derecho reconocido a recuperar la guarda y custodia de sus hijos» (FD 2º)” (p. 10). El Auto de 30.12.2005 fijó la cuantía indemnizatoria en 1.400.000 €: pérdida provisional de la compañía de los menores (950.000 €), pérdida definitiva del hijo menor (250.000 €) —la hija decidió voluntariamente volver con la madre— y agravamiento del estado de salud de la actora (200.000 €). La actora solicitó la aclaración y rectificación de dicho Auto y la AP Sevilla dictó el Auto de 14.3.2006, que elevó la cuantía indemnizatoria a 1.703.600 €. MARTÍN-CASALS, RIBOT y SOLÉ FELIU (2003, pp. 232-233) ya pronosticaron que los tribunales españoles admitirían el derecho a indemnización de los padres biológicos cuando la restitución del menor fuera inviable, pues así se desprendía de la STS, 1ª, 9.7.2001 (RJ 4999), que estima la acción de filiación pero desestima el retorno de la hija con su madre biológica, en un caso en que hubo irregularidades en la tramitación del expediente de adopción —la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración no llegó a los tribunales porque la Consejería de Servicios Sociales de la Junta de Andalucía abonó 1.200.000 € en concepto de indemnización—.

<sup>35</sup> Véase la solución procesal correcta en la nota al pie 54.

lado, la Junta de Andalucía ha de pechar con una condena sin la más mínima posibilidad de defensa.

### **3.1. Privación por parte de otro particular: indemnizabilidad y criterio de imputación subjetiva en el orden civil**

#### **3.1.1. El daño moral en el ámbito de las relaciones familiares**

El reconocimiento del daño moral en Derecho español no es la barrera que impide que los tribunales civiles estimen pretensiones relativas al resarcimiento del daño derivado de la privación de la compañía de los hijos por parte de otro particular.

Sin embargo, el daño moral en el ámbito de las relaciones familiares no siempre es indemnizable, ya sea por las especificidades del bien jurídico lesionado, como sucede con el emanado del incumplimiento de los deberes conyugales legalmente tipificados (arts. 67 y 68 CC) —a causa de su incoercibilidad—<sup>36</sup>, o por las peculiaridades que presenta la aplicación de la responsabilidad civil en el seno de la familia, en particular, el criterio de imputación subjetiva, que permite que los jueces agreguen las características propias de los roles familiares y obtengan en nuestro ordenamiento el mismo resultado que el de aquellos ordenamientos que poseen normas específicas sobre responsabilidad civil en el Derecho de Familia<sup>37</sup>. Con ocasión de los litigios sobre ocultación de la paternidad biológica<sup>38</sup>, la jurisprudencia ha fijado el dolo como requisito de indemnizabilidad del daño entre cónyuges<sup>39</sup>. No obstante, la ruptura de la convivencia en común de los progenitores da lugar a la formación de dos núcleos familiares separados y, en consecuencia, el criterio de imputación subjetiva volvería a ser la culpa o negligencia, puesto que entre víctima y dañante no media relación de parentesco o de afectividad alguna. En cambio, si es el menor quien ocupa la posición de víctima, el criterio que debiera regir la atribución de

---

<sup>36</sup> Esther FARNÓS AMORÓS (2007, pp. 11-12) lleva a cabo un análisis sucinto de la jurisprudencia y doctrina sobre este punto.

<sup>37</sup> Pablo SALVADOR CODERCH (2002, p. 6) y Josep FERRER RIBA (2003, p. 1842).

<sup>38</sup> Supuesto excepcional de reclamación exitosa del daño moral en el ámbito de las relaciones familiares que ha generado un número considerable de casos resueltos por las Audiencias Provinciales [SSAP Valencia, Civil, Sec. 7ª, 2.11.2004 (AC 1994); Barcelona, Civil, Sec. 18ª, 22.7.2005 (JUR 2006/163268); León, Civil, Sec. 2ª, 2.1.2007 (JUR 59972); Barcelona, Civil, Sec. 18ª, 16.1.2007 (JUR 2007/323682); Valencia, Civil, Sec. 7ª, 5.9.2007 (JUR 340366); y Castellón, Civil, Sec. 3ª, 10.2.2009 (AC 346)] y sobre el que también ha habido dos pronunciamientos del Tribunal Supremo, ambos desestimatorios, la STS, 1ª, 22.7.1999, FD 3º (RJ 5721), por no apreciar dolo en la conducta de la esposa que ignoraba la verdadera filiación biológica de uno de sus siete hijos, y la STS, 1ª, 30.7.1999, FD 4º (RJ 5726), que aprecia dolo en el comportamiento de la esposa pero niega que el daño sufrido sea indemnizable porque el demandante lo vincula a su infidelidad. Sobre el daño derivado de la ocultación de la paternidad biológica, véase Esther FARNÓS AMORÓS (2005 y 2007).

<sup>39</sup> Alma María RODRÍGUEZ GUITIÁN (2009, pp. 130-135) presenta las tres posturas doctrinales al respecto: dolo, culpa grave y responsabilidad objetiva.



responsabilidad es el dolo o la culpa grave, ya que en el entorno doméstico el progenitor y el menor mantienen una relación de confianza que hace que el padre o madre sea la persona en principio más adecuada para decidir qué es lo mejor para su hijo<sup>40</sup>.

Con todo, la mayoría de reclamaciones por privación indebida de la compañía de los hijos se han residenciado en el orden contencioso-administrativo por dirigirse la reclamación contra la Administración pública. Las demandas de responsabilidad civil dirigidas contra un particular por este concepto son todavía casos aislados, sobre todo cuando se trata de reclamaciones de indemnizaciones entre progenitores, así lo constata la STS, 1ª, 30.6.2009, FD 8º. La reticencia de los antiguos cónyuges o convivientes a someter a un tribunal esta clase de disputas responde a valores tales como la preservación de la privacidad y el mantenimiento de la paz familiar<sup>41</sup>.

### **3.1.2. Jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre la aplicación del artículo 1902 CC a las reclamaciones entre progenitores por la obstaculización de las relaciones paterno-filiales**

Los escasos pronunciamientos en el orden civil han sido contradictorios en cuanto al reconocimiento del derecho a indemnización al progenitor cuyo derecho de visita fue obstruido por el progenitor custodio<sup>42</sup>, en relación con su indemnizabilidad y el criterio de imputación subjetiva aplicable para que el causante del daño tenga la obligación de indemnizarlo.

En este sentido, un pronunciamiento pionero en la jurisprudencia menor fue el de la SAP Madrid, Civil, Sec. 11ª, 21.6.2001, FD 6º (JUR 252828), a pesar de que desestima la reclamación de daños morales de un padre porque el traslado de su exmujer de Barcelona a Madrid le había apartado de sus hijos e impedido “realizar las funciones tuitivas”, lo hace con fundamento en el artículo 1902 CC y en la falta de culpa o negligencia de la demandada. El ejercicio del derecho constitucional a elegir libremente el lugar de residencia (art. 19 CE) no genera responsabilidad alguna, sino que tan solo puede conllevar una adaptación del régimen de visitas a la nueva situación o, de modo excepcional, una alteración de la guarda y custodia.

Por su parte, la SAP Cádiz, Civil, Sec. 2ª, 8.4.2002, FD 3º (AC 1064) confirma la condena tanto de la madre como de su actual esposo a resarcir al padre por el daño moral infligido por haber impedido el normal desenvolvimiento del régimen de visitas (no consta cuantía

---

<sup>40</sup> FERRER RIBA (2003, pp. 1860-1861) y RODRÍGUEZ GUTIÁN (2009, p. 140).

<sup>41</sup> Argumentos que sustentaron la regla de inmunidad conyugal en los derechos estatales de los Estados Unidos de América, FERRER RIBA (2003, p. 1843).

<sup>42</sup> A favor de la responsabilidad civil como remedio contra la obstaculización del régimen de visitas por el progenitor que tiene atribuida la custodia del menor, RODRÍGUEZ GUTIÁN (2009, pp. 273-283), MARÍN GARCÍA DE LEONARDO (2006, pp. 198-201) y RIVERO HERNÁNDEZ (1996, p. 301, nota al pie 31).

ni duración de la obstrucción). El matrimonio se trasladó con la niña de Cádiz a Madrid, evitó todo contacto de la menor con su padre e inició el procedimiento de adopción por el codemandado.

En cambio, la SAP Valencia, Civil, Sec. 11ª, 20.2.2006, FD 2º (JUR 207982) revoca la sentencia de instancia que concedía 12.000 € al padre que perdió el afecto de su hija porque su excónyuge obstaculizó el ejercicio de su derecho de visita y predispuso a la menor para que rechazara cualquier contacto con él desde su separación en 1990. El fallo de la Audiencia Provincial de Valencia se fundamenta en una serie de argumentos de validez dudosa: la falta de previsión legal de sanción civil por el incumplimiento del régimen de visitas; la ausencia de responsabilidad tanto contractual, porque el matrimonio no es un contrato (art. 1101 CC), como extracontractual, porque a estos efectos el dolo no es título de imputación (art. 1902 CC); la falta de acreditación del daño moral; y la falta de causalidad entre la conducta de la demandada y la ruptura de la relación paterno-filial.

Asimismo, hay un cuarto pronunciamiento, que se aleja de los anteriores: la SAP Barcelona, Civil, Sec. 14ª, 31.10.2008 (AC 2009/93), que desestima en grado de apelación la reclamación de indemnización por el daño moral que la pérdida de la relación paterno-filial irrogó al actor, quien se vio privado del contacto con la que durante cinco años había tenido como hija, ya que a resultas del descubrimiento de la paternidad biológica el amplio régimen de visitas establecido a su favor fue revocado. La Audiencia Provincial de Barcelona exige en el supuesto enjuiciado la concurrencia de dolo para apreciar la existencia de daño moral con base en las dos sentencias del Tribunal Supremo sobre ocultación de paternidad<sup>43</sup> (FD 1º) e insiste en que “no está prevista en nuestro ordenamiento la responsabilidad por pérdida de la relación paterno-filial, derivada de una infidelidad, para los casos de culpa o negligencia” (FD 2º). Sin embargo, este pronunciamiento no cuestiona el resarcimiento de la privación indebida de la compañía de los hijos cuya causa no sea el incumplimiento de uno de los deberes conyugales legalmente tipificados.

### **3.1.3. STS, 1ª, 30.6.2009 (RJ 5490): aplicación del régimen general de responsabilidad extracontractual a las reclamaciones entre progenitores por la obstaculización de las relaciones paterno-filiales**

La ya citada STS, 1ª, 30.6.2009 (RJ 5490) condena a una madre al pago de 60.000 € por apartar a su hijo del padre titular de la custodia durante once años, como consecuencia de su traslado con el menor a Estados Unidos.

La madre se adhirió a la Iglesia de la Cienciología y el 23.8.1991 viajó con el niño a Estados Unidos sin regresar a España. Tras el archivo de las actuaciones penales, el Auto del JPI núm. 28 de Madrid de 13.10.1992 atribuyó al padre la guarda y custodia del menor por el riesgo que suponía la convivencia con la madre para el normal desarrollo de la

---

<sup>43</sup> SSTS, 1ª, 22.7.1999, FD 3º (RJ 5721) y 30.7.1999, FD 4º (RJ 5726), véase nota al pie 38.

personalidad de su hijo. El mismo Juzgado confirmó el mencionado Auto mediante Sentencia de 28.6.1993, contra la cual se interpuso recurso de apelación, que fue desestimado por la SAP Madrid, Civil, Sec. 22ª, 13.1.1995 con base en que el desplazamiento había obstruido el ejercicio de la patria potestad por el padre y había desobedecido el régimen de guarda y custodia. El padre intentó sin éxito la ejecución de la sentencia en los Estados Unidos.

El 16.10.1998, el padre demandó a la madre, la Asociación Civil Dianética y el Centro de Mejoramiento Personal A. C., ambas entidades vinculadas a la Iglesia de la Cienciología, y solicitó una indemnización de 210.354,24 €.

El JPI núm. 12 de Madrid estimó la excepción de prescripción y absolvió a los demandados. La SAP Madrid, Civil, Sec. 18ª, 27.10.2004, FD 2º (JUR 297841) confirmó el pronunciamiento de instancia porque había transcurrido más de un año desde el archivo de las actuaciones en el procedimiento penal, momento a partir del cual el actor tuvo la posibilidad de acudir a la vía civil.

En la STS, 1ª, 30.6.2009, FD 2º, el Tribunal Supremo considera que la acción no ha prescrito porque entiende que el cómputo del plazo de prescripción se inicia en el momento de extinción de la patria potestad, la fecha en que el hijo alcanza la mayoría de edad (23.8.2002). Por tanto, el Alto Tribunal resuelve la acción de reclamación ejercitada por el padre.

Con fundamento en el artículo 1902 CC, el Tribunal Supremo absuelve a la Asociación Civil Dianética y el Centro de Mejoramiento Personal A. C. y condena a la madre, pues reconoce con carácter general:

1. La sujeción de la responsabilidad del progenitor incumplidor a la concurrencia de culpa o negligencia, sin exceptuar por tanto el régimen ordinario de responsabilidad civil del artículo 1902 CC.

“D. Paulino [el padre] interpuso una acción de responsabilidad extracontractual contra su compañera sentimental, Dª Remedios [la madre] (...) Debemos examinar, por consiguiente, los requisitos que esta Sala ha venido exigiendo para la existencia de la obligación de responder de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1902 CC” (FD 4º).

2. La indemnizabilidad del daño moral experimentado por el progenitor, guardador o mero visitador, que ha sido privado de la compañía de sus hijos de manera indebida por parte del otro progenitor. El Alto Tribunal acude a la jurisprudencia del TEDH sobre el derecho a la vida familiar (art. 8 CEDH) para lograr que el daño a la relación personal entre progenitor e hijo menor tenga la cobertura jurídica suficiente.

“[E]l 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, mismo tiempo y de forma independiente, ejercitar las acciones penales por desobediencia" (FD 5°).

El incumplimiento de resoluciones judiciales sobre guarda y custodia y régimen de visitas puede constituir delito de desobediencia grave (art. 556 CP) o falta (arts. 622 y 634 CP) y, por ello, las sentencias penales son susceptibles de contener pronunciamientos indemnizatorios en materia de daño moral por privación indebida de la compañía de los hijos. Por otro lado, este supuesto de hecho también podría quedar cubierto por el delito de sustracción de menores (art. 225 bis CP), a menos que el autor tenga atribuida la custodia. Además, la falta prevista por el artículo 622 CP no comprende infracciones del derecho de visita. Por tanto, la tutela penal de obstrucciones a las relaciones paterno-filiales por parte del otro progenitor se muestra insuficiente.

Nuestro Tribunal Supremo sigue así la estela de la jurisprudencia italiana, tal y como pone de manifiesto cuando alude a la Sentencia del Tribunal de Roma de 13.6.2000 (FD 5°, párrafo tercero)<sup>44</sup>, la cual condenó a la madre a indemnizar al padre por haber impedido reiteradamente el ejercicio de su derecho de visita, conducta que lesiona el derecho-deber de visita y el interés del menor, pues en beneficio del niño el progenitor custodio debe consentir las relaciones personales de éste con el progenitor visitador.

El Tribunal Supremo abre con este pronunciamiento una nueva línea jurisprudencial que reconoce el daño moral en aquellos casos en que uno de los padres impide que el otro progenitor se relacione con su hijo menor. El bien jurídico protegido comprendería el desarrollo de las relaciones personales entre el progenitor y el hijo, además del interés del menor. Esta postura puede conllevar el incremento de las reclamaciones entre progenitores, motivadas por una probabilidad de éxito mucho mayor y porque la extensión del régimen general de la responsabilidad civil al ámbito familiar aumenta el número potencial de demandantes.

### 3.2. Privación por parte de la Administración pública

#### 3.2.1. Fundamento de la intervención pública: el interés superior del menor

El Estado, en su posición de garante de los principios e instituciones vertebradoras de la sociedad, tiene por mandato constitucional la obligación de tutelar la familia y, más aún, de garantizar la protección integral de los menores (art. 39.1 y 39.2 CE):

"1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos (...)"

<sup>44</sup> Sentencia comentada por RODRÍGUEZ GUIJIÁN (2009, pp. 275-281). Texto de la sentencia en *Diritto di famiglia e delle persone*, vol. I, 2001, pp. 209-220.

Esta protección especial atiende a que el menor, más allá de ser titular de derechos fundamentales, es “una realidad humana en devenir”<sup>45</sup>. Es decir, el menor constituye tanto el presente como el futuro de la sociedad, futuro que ha de ser garantizado por el ordenamiento jurídico. La normativa internacional ha tenido una importancia vital en la formación y desarrollo del principio del interés superior del menor o *favor filii* en nuestro Derecho, de acuerdo con lo previsto en la propia Constitución (art. 39.4 CE):

“Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.

Los acuerdos y declaraciones internacionales reconocen el deber de tutela del Estado respecto a la familia y, en paralelo, consagran el interés superior del menor como principio jurídico general, que necesariamente habrá de guiar las actuaciones públicas destinadas a la protección del menor. En este sentido, la [Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989](#) (BOE núm. 313, de 31.12.1990), cuyo artículo 3 establece<sup>46</sup>:

“1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de

---

<sup>45</sup> RIVERO HERNÁNDEZ (2000, pp. 108-113).

<sup>46</sup> En relación con la actividad legislativa, la preeminencia del interés del menor había quedado establecida en el principio segundo de la [Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 1386 \(XIV\), de 20 de noviembre de 1959](#): “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensando todo ello por la ley y otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”. Asimismo, el artículo 24.1 del [Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966](#) (BOE núm. 103, 30.4.1977) menciona a la protección especial que el menor merece por parte del Estado: “Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna (...), a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”. Aspecto al que también alude el artículo 10.3 del [Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 16 de diciembre de 1966](#) (BOE núm. 103, 30.4.1977): “Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna (...)”. Con anterioridad a la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), la [Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional, aprobada por Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 41/85, de 3 de diciembre de 1986](#), reconoció que el Estado ha de ejercer dicha protección especial de acuerdo con el interés superior del menor: “Todos los Estados deben dar alta prioridad al bienestar de la familia y del niño”(art. 1) y “En todas las cuestiones relativas al cuidado de un niño por personas distintas de su propios padres, los intereses del niño, en particular su necesidad de recibir afecto y su derecho a la seguridad y al cuidado continuado, deben ser la consideración fundamental” (art. 5).

sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas (...)

La legislación estatal recoge de forma expresa el principio del interés superior del menor mediante el artículo 2 de la [Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil](#) (BOE núm. 15, de 17.1.1996; en adelante, LOPJM):

“En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”.

Por su parte, las leyes autonómicas en materia de protección de menores desamparados invocan este principio, aunque la mayoría no suele añadir nada nuevo, salvo contadas excepciones. Una de estas excepciones es el artículo 3 de la [Ley catalana 8/1995, de 27 de julio, de Atención y Protección de los Niños y Adolescentes y de modificación de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre Medidas de Protección de Menores Desamparados y de la Adopción](#) (DOGC núm. 2083, de 2.8.1995), que pauta la determinación de dicho principio:

“Para la determinación de este interés se tendrá en cuenta, en particular, los anhelos y las opiniones de niños y adolescentes, y también su individualidad dentro del marco familiar y social”.

No obstante, tal y como se aprecia, ni esta norma ni ninguna otra lo define. Nos hallamos pues, ante un concepto jurídico indeterminado que el juez deberá llenar de contenido en cada caso de modo que permita alcanzar la solución más beneficiosa para el menor.

### **3.2.2. La declaración de desamparo: artículo 172.1 CC**

La ley, ante una situación de desamparo, otorga a la Administración la facultad de adoptar cuantas medidas sean necesarias para garantizar la protección del menor. El principal efecto de la declaración de desamparo es la asunción automática de la tutela por parte de la Administración y, por ende, la privación de la guarda y custodia a los padres o tutores y la suspensión de la patria potestad o tutela anterior, con la salvedad de aquellos actos patrimoniales beneficiosos para el menor. La Administración será la titular de la tutela del menor desamparado, aunque su ejercicio es delegable mediante el acogimiento familiar, en familia u hogar funcional, o el residencial, en un centro de acogida (arts. 172.3, 173 y 173 bis CC y 20 y 21 LOPJM). El artículo 172.1 CC define el desamparo como aquella situación:

“(...) que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material (...)”.

Dicho precepto exige la concurrencia de dos requisitos<sup>47</sup>:

- a) El incumplimiento, o imposible o inadecuado ejercicio, de los deberes legales de protección, requisito causal referido a las obligaciones que se derivan de la patria potestad y la tutela (arts. 154 y 269 CC)<sup>48</sup>.
- b) La falta de asistencia moral y material del menor, requisito de resultado.

Los presupuestos para la declaración de desamparo merecen una interpretación restrictiva, buscando un equilibrio entre el beneficio del menor y la protección de sus relaciones paterno-filiales, de tal manera que sólo se estime el desamparo cuando se acredite el incumplimiento efectivo de unos mínimos de atención al menor exigidos por la conciencia social común, ya que en definitiva, si primordial y preferente es el interés del menor, es preciso destacar la extraordinaria importancia que revisten los otros derechos e intereses en juego, en especial, los de los padres y el resto de miembros de la unidad familiar<sup>49</sup>. De hecho, el artículo 172.4 CC establece que en la decisión “[s]e buscará siempre el interés del menor y se procurará, cuando no sea contrario a ese interés, su reinserción en la propia familia (...)”.

La declaración de desamparo es una intervención administrativa de carácter excepcional, tan solo superada por la *ultima ratio* que supone la privación de la patria potestad mediante sentencia (art. 170 CC), y que debiera ir precedida de medidas psicosociales, personales y económicas orientadas a eliminar los factores de riesgo existentes en la unidad familiar, salvo que la gravedad de las circunstancias aconseje que la entidad pública competente asuma la tutela del menor (malos tratos, abusos sexuales o explotación del menor; o bien, conductas delictivas, alcoholismo, drogodependencia o la absoluta indiferencia de los

---

<sup>47</sup> María BALLESTEROS DE LOS RÍOS (2009, p. 308).

<sup>48</sup> Los deberes de los titulares de la patria potestad respecto a los hijos menores o incapacitados son los siguientes: cuidado, custodia, obligación de alimentos, educación y formación integral, representación legal y administración de sus bienes (art. 154 CC). En cambio, los deberes del tutor respecto el tutelado se limitan a la obligación de alimentos, educación y formación integral y promoción de la adquisición o recuperación de su capacidad e inserción social (art. 269 CC).

<sup>49</sup> Covadonga RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI (2006, p. 30) remarca la necesaria coordinación del interés del menor con el interés del grupo en que se inserta, razón por la cual el interés del menor no prevalecerá de manera aislada. En esta línea, la SAP Cádiz, Civil, Sec. 5ª, 14.6.2007, FD 1º (AC 1983), aunque declara ajustada a Derecho una declaración de desamparo por falta de colaboración de los progenitores con las instituciones en orden a revertir dicha situación, recuerda que el interés superior del menor siempre ha de ponerse en relación con el principio de prioridad de la familia natural, según el artículo 3 de la [Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, de 3 de diciembre de 1986](#), el artículo 172.4 CC y la doctrina del Tribunal Constitucional [SSTC, 1ª, 26.9.1990 (RTC 143) y 18.10.1993 (RTC 298)].

progenitores)<sup>50</sup>. La cuasi equiparación de la situación de riesgo a la de desamparo en la praxis administrativa es criticable porque esta extralimitación de la actividad de la Administración vulnera el principio de permanencia del menor en la propia familia<sup>51</sup>.

La declaración de desamparo es un acto administrativo directamente recurrible ante los tribunales civiles en el plazo de tres meses desde su notificación, sin necesidad de reclamación administrativa previa (arts. 172.6 CC y 779 y 780 LEC). Recabado testimonio del expediente administrativo, se le dará traslado al actor y éste formulará demanda que se sustanciará por el cauce del juicio verbal con contestación escrita (arts. 748.6º y 753 LEC).

Durante los dos años siguientes a la notificación de la declaración de desamparo, los padres que se hallen en condiciones de recuperar el ejercicio de la patria potestad pueden instar la revocación del acto administrativo con fundamento en un cambio de las circunstancias que lo motivaron (art. 172.7 CC). En cambio, la Administración no se encuentra sujeta a plazo alguno para proceder a su revocación, ya sea de oficio o a instancia parte (art. 172.8 CC). Para acordar el reingreso del menor en su familia, la STS, 1ª, 31.7.2009, FD 6º (RJ 4581), exige la eliminación objetiva del riesgo de desamparo y que el retorno a la familia de origen redunde en beneficio del menor, sin que sea suficiente la acreditación de un cambio de las circunstancias que motivaron la declaración de desamparo<sup>52</sup>. La estabilidad es un elemento primordial para el correcto desarrollo del menor, por ello hay que evitar su

---

<sup>50</sup> El LOPJM distingue entre las situaciones de riesgo y las de desamparo en su artículo 12.1 y, con base en esta distinción, prevé actuaciones administrativas de distinto calado reservando la asunción de la tutela por la Administración para las situaciones de desamparo. En este punto, conviene mencionar la guarda administrativa (art. 172.2 CC), medida de protección transitoria en que la Administración sólo asume la guarda y custodia del menor sin que la patria potestad o la tutela ordinaria se vean afectadas, pues los solicitantes serán siempre los padres o tutores o, en su caso, habrá sido acordada por el juez.

<sup>51</sup> Según ROCA TRÍAS (1999, p. 209), "(...) la familia debe ser el primer elemento de protección, de modo que el Estado no puede eliminarla, aunque debe cooperar con ella". Véase María Luisa VALLÉS AMORES (2007, pp. 1257-1260), para quien "(...) el extremo celo de la Administración en materia protectora conduce, en numerosas ocasiones, a obviar el reconocimiento de los derechos reconocidos por la Constitución y normativa internacional, proclamando el principio de permanencia en la propia familia. (...) Una consecuencia de la excesiva e incorrecta, a mi entender, tutela de la Administración sobre aquellos menores más desfavorecidos por las circunstancias concurrentes en su entorno familiar, se deriva del alejamiento del menor de su núcleo de origen cuando la entidad protectora considera que su pertenencia a sectores sociales desfavorecidos, le impiden llevar una vida digna". La crítica de esta autora es perfectamente trasladable a la actuación de la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía en el caso resuelto por la STSJ Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 3ª, 7.11.2007 (RJCA 2008/195), objeto de análisis más adelante.

<sup>52</sup> La STS, 1ª, 31.7.2009 (RJ 4581) pone fin a los pronunciamientos contradictorios de la jurisprudencia menor: en 2001, la Administración declaró a una menor en situación de desamparo a causa del contexto de pobreza e inestabilidad familiar y constituyó acogimiento preadoptivo; en 2006, la situación que motivó el la declaración de desamparo se había resuelto, pero la Administración rechazó el regreso de la menor con su familia, decisión que el Tribunal Supremo entiende ajustada a Derecho por las razones expresadas. Por tanto, la Administración debe ser cautelosa a la hora de asumir la tutela de un menor, pero todavía más a la hora de acordar el retorno con su familia de origen.



reubicación constante y restringir el regreso al núcleo familiar originario a aquellos supuestos en que una nueva salida del mismo sea improbable.

Sin embargo, los tribunales civiles no son competentes para dilucidar la eventual responsabilidad la entidad pública que dictó una declaración de desamparo improcedente, sino que esta cuestión compete a los tribunales del orden contencioso-administrativo, una vez abierta la vía judicial tras la desestimación de la reclamación administrativa previa.

### **3.2.3. Responsabilidad patrimonial de la Administración: cuantificación del daño moral derivado de la privación de la compañía de los hijos a consecuencia de una declaración de desamparo improcedente**

La entidad pública que dictó una declaración de desamparo improcedente responde frente aquellos padres que fueron indebidamente privados de la compañía de sus hijos menores con arreglo al régimen general de responsabilidad patrimonial de la Administración establecido en los artículos 139 y siguientes de la [Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común](#) (BOE núm. 285, de 27.11.1992).

La particularidad reside en que se trata de un supuesto de responsabilidad por acto administrativo y, según la doctrina jurisprudencial dominante, la razonabilidad de la interpretación aplicada por la Administración la exoneraría de responsabilidad por aquellos daños a los particulares consecuencia de resoluciones no ajustadas a Derecho<sup>53</sup>. Causa de exoneración que cobra relevancia en actos administrativos tales como la declaración de desamparo, en que la Administración ha de apreciar la concurrencia de los requisitos legales mediante la aplicación al caso concreto de conceptos jurídicos indeterminados, “el incumplimiento, o imposible o inadecuado ejercicio, de los deberes legales de protección” y “la falta de asistencia moral y material del menor” (art. 172.1 CC). En consonancia con esta doctrina, la STSJ Galicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 3ª, 22.11.2005, FD 3º (JUR 2006/123942) desestima la reclamación que contra la Conselleria de Familia, Xuventude, Deporte e Voluntariado dirige un padre que durante cinco meses fue privado de la compañía de su hijo poco tiempo después de nacer, puesto que “tal resolución administrativa, declarada efectivamente después improcedente en proceso civil seguido al respecto, pudo tener un apoyo al menos defendible” a luz de los datos que obraban en el expediente administrativo (agresiones físicas a la madre fallecida, desatención del niño e indicios de alcoholismo y drogodependencia).

---

<sup>53</sup> La STS, 3ª, 5.2.1996, FD 4º (RJ 987) –resolución del Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos que denegó la apertura de una farmacia por interpretación errónea aunque razonable del término “núcleo de población” – recoge esta doctrina jurisprudencial, aplicable sólo a los supuestos en que el daño deriva del ejercicio irregular de la discrecionalidad administrativa o de la aplicación incorrecta de conceptos jurídicos indeterminados, véase José Manuel BUSTO LAGO (2008, pp. 928-931). Oriol MIR PUIGPELAT (2002, p. 321) defiende la extensión de esta doctrina a los actos administrativos reglados.

El tribunal contencioso-administrativo que estime la responsabilidad de la entidad pública competente cuantificará el daño moral derivado de la privación de la compañía de los hijos a consecuencia de una declaración de desamparo improcedente. El análisis de la jurisprudencia revela una tendencia a la fijación de la indemnización a tanto alzado y apenas sin expresión de aquellos factores que el tribunal ha tomado en cuenta.

Señaladamente, la STSJ Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 3ª, 5.4.2006, FD 11º (JUR 2007/108690) condena a la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía al pago de 12.000 € en concepto de daño moral a cada uno de los progenitores porque su hijo recién nacido fue declarado en situación de desamparo al detectarse en un hospital el cuidado deficiente de su higiene y permaneció fuera de su custodia durante 823 días, pues primero fue internado en un centro y luego se formalizó acogimiento del menor con la abuela materna. La sentencia reproduce la enumeración de los perjuicios morales sufridos por los demandantes (entre otros, incidencia en la autoestima y autoculpabilización, padecimientos, angustia y tristeza, limitación de la libertad de fijar domicilio y pérdida de la confianza en las instituciones públicas) y, tras descartar aquéllos con los que la actuación administrativa no guarda relación de causalidad (difusión de la adicción de unos de los progenitores, merma de su buena fama e incidencia en la relación con el otro progenitor), considera que los perjuicios restantes son perfiles diversos de un daño moral único y fija la cuantía indemnizatoria a tanto alzado, sin aludir a ningún criterio de valoración.

Con todo, en la Sentencia de 7.11.2007, FD 5º (RJCA 2008/195), la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ Andalucía mantuvo coherencia con el anterior pronunciamiento en la cuantificación del daño, pues condena a la Consejería de Asuntos Sociales a que indemnice en 24.000 € “de manera conjunta y unitaria” a los dos padres y sus cinco hijos menores por el atentado contra la vida familiar que significó la estancia de los niños en centros asistenciales durante mes y medio, ya que esta entidad les había declarado en situación de desamparo con base en una serie de circunstancias no acreditadas (absentismo escolar, desnutrición y falta de higiene).

Asimismo, la Sentencia de 7.2.2008 (JUR 2008/245529) denota el sentido de proporcionalidad de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ Andalucía, pues fija en 60.000 € la indemnización a percibir por un padre ante “la imposibilidad de recuperar afectiva y materialmente” a sus dos hijos, pues a la declaración de desamparo (14.4.1997) siguió la constitución improcedente de acogimiento familiar preadoptivo (22.6.1998), a sabiendas de que el progenitor había recobrado la guarda y custodia de los menores (9.2.1998) y sin mediar jamás régimen de visitas en su favor<sup>54</sup>. Aún a riesgo de ser

---

<sup>54</sup> El Auto de 23.6.2000 del JPI núm. 7 de Sevilla reconoció al padre la facultad de optar entre la restitución de los menores o la reclamación de responsabilidad patrimonial a la Administración por su actuación incorrecta. El propio Auto advertía de la escasa probabilidad de éxito de la primera alternativa en el procedimiento de ejecución, puesto que el padre había perdido el contacto con los niños hacía seis años (ni siquiera le recordaban) y éstos tenían estrechos vínculos afectivos con la familia acogedora, razones que

especulativos, el tribunal parece determinar la cuantía indemnizatoria según los siguientes parámetros: 3.000 € por año de privación de la compañía con cada uno de los menores tras la atribución de su custodia hasta que éstos alcancen la mayoría de edad y apreciación de concurrencia de culpas del padre, quien no se hizo cargo de ellos cuando la Administración le requirió a tal efecto antes de dictar la declaración de desamparo a la vista de la incapacidad de la madre que los tenía bajo su custodia para atenderlos (FD 6º).

Por su parte, la Sentencia de 30.4.2009 (JUR 2009/256523) de la misma Sala, la última de la que tenemos conocimiento sobre esta materia, concuerda con las precedentes, ya que concede 40.000 € a la madre y cada una de sus dos hijas y 20.000 € a su abuela por la afectación gravísima de la vida familiar que comportó el alejamiento de las menores de su hogar durante casi seis años a causa de una declaración de desamparo con fundamento en la imposibilidad de la madre de conseguir una vivienda propia, motivo por el cual residían en el domicilio de la abuela. Al igual que en la Sentencia de 7.11.2007 (JUR 2008/245529), el TSJ Andalucía incrementa el parámetro mencionado de 3.000 € por año de privación de la compañía cuando ningún hecho sustenta la concurrencia de los requisitos del artículo 172.1 CC e indemniza también a los menores víctimas de la separación de su padre, madre o seres queridos.

En los casos de declaraciones de desamparo improcedentes en contextos familiares con carencias económicas, las indemnizaciones concedidas cumplen una función impropia del Derecho de daños y no enunciada hasta ahora: la distribución de riqueza con fines asistenciales. Por ejemplo, la Sentencia de 7.11.2007 (JUR 2008/245529), que cuantifica el daño en 24.000 € y añade “que deben ser invertidos para atender a las lamentablemente amplias necesidades de los afectados” (FD 5º).

Las sentencias analizadas dan cuenta de la ausencia de criterios explícitos de valoración del daño moral: los tribunales contencioso-administrativos se esfuerzan en lograr cierta uniformidad de las cuantías, si bien rehúyen del establecimiento de pautas generales, tal vez con la voluntad de sustraerlas del control casacional y disminuir la litigiosidad.

### **3.3. El falso baremo del daño moral por prisión indebida**

El Auto de la AP Sevilla, Civil, Sec. 6ª, 30.12.2005 (AC 2006/70), contra el cual se interpuso recurso de amparo que la mencionada STC, 2ª, 21.1.2008 (RTC 11) desestimó, había incorporado las pautas que la Sala Tercera del Tribunal Supremo empleaba para la valoración del daño moral por prisión indebida “para reducir al máximo el grado de discrecionalidad del Tribunal” (FD 5º)<sup>55</sup>. La incorporación de estas pautas no responde a la similitud entre el daño moral irrogado en uno y otro ámbito, sino a la necesidad de

---

desaconsejaban la restitución de los menores al padre por el daño psicológico irreparable que se les podía ocasionar.

<sup>55</sup> Miguel Ángel ROIG DAVISON (2006, pp. 3-10) analiza en detalle el cálculo de la indemnización efectuado por dicho Auto.

cuantificar perjuicios que se prolongan en el tiempo y cuyo incremento marginal es creciente. Así, el daño sufrido por cada día adicional en prisión o sin la compañía de los hijos es mayor al día anterior. No obstante, las pautas que el referido Auto toma como modelo han sido abandonadas por la última jurisprudencia de la Sala Tercera, porque no eran aptas para cumplir la finalidad con que fueron concebidas: la homogeneización de los criterios de valoración del daño moral.

El artículo 294 LOPJ concede el derecho a indemnización a la víctima que ha sufrido prisión preventiva sin que deba ejercer una acción tendente a la declaración del error judicial, puesto que éste queda reconocido por la sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento libre que exprese la inexistencia del hecho imputado<sup>56</sup>:

“1. Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios.

2. La cuantía de la indemnización se fijará en función del tiempo de privación de libertad y de las consecuencias personales y familiares que se hayan producido. (...)”.

La Sala Tercera del Tribunal Supremo ha llevado a cabo una interpretación extensiva de la expresión “inexistencia del hecho imputado”, ampliando los supuestos en que procede la indemnización del daño:

- a) Por “inexistencia del hecho imputado” entiende la ausencia de hecho delictivo, es decir, el hecho puede haberse producido pero ser penalmente irrelevante [SSTS, 3ª, 29.3.1999, FD 12º (RJ 3783); y 27.4.2005, FD 3º (RJ 4977)].
- b) A la inexistencia objetiva suma la inexistencia subjetiva, cuando la falta de participación del imputado en el hecho delictivo ha quedado acreditada [SSTS, 3ª, 2.6.1989, FD 6º (RJ 4330); y 18.6.2009, FD 7º, (JUR 328306)], siendo insuficiente la absolución por falta de pruebas [SSTS, 3ª, 30.4.2003, FD 2º (RJ 3827); 7.10.2003, FD 3º (RJ 8229); 27.4.2005, FD 3º (RJ 4977); y 15.12.2005 (RJ 2006/1158)].
- c) El sobreseimiento provisional no impide el resarcimiento del imputado. La forma que revista el auto de sobreseimiento, libre o provisional, es irrelevante, pues hay que “atender al auténtico significado de la resolución pronunciada por la

---

<sup>56</sup> En este sentido, la STS, 3ª, 18.6.2009, FD 2º (JUR 328306). El artículo 294 LOPJ, en su apartado tercero, establece que la petición indemnizatoria se tramitará de acuerdo con el artículo 293.2 LOPJ, esto es, dirigiéndola al Ministerio de Justicia, contra cuya decisión cabe recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional y contra dicha sentencia recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

jurisdicción penal” [SSTS, 3ª, 29.5.1999, FD 5º (RJ 7259); y 22.5.2007, FD 3º (RJ 5867)]<sup>57</sup>.

Aunque son la inmensa mayoría, los casos de prisión preventiva no agotan aquellos supuestos de “prisión indebida”, pues también es indemnizable el daño derivado del ingreso en prisión a resultas de errores judiciales distintos al auto que decreta la prisión provisional del imputado<sup>58</sup>, los cuales exigirían la tramitación del proceso previo previsto en el artículo 293 LOPJ con anterioridad a la reclamación de responsabilidad civil (arts. 954-961 LECrim, relativos al recuso de revisión en el orden penal)<sup>59</sup>. Sin embargo, al tratarse de un daño por el mismo concepto, los criterios de valoración del daño debieran ser idénticos. Por otra parte, tampoco han sido establecidos legalmente unos requisitos específicos de indemnizabilidad, tal y como ocurre con la prisión preventiva (art. 294 LOPJ).

La pretensión indemnizatoria de la víctima de prisión indebida comprende los daños patrimoniales y morales derivados de su reclusión. Aquellos daños de índole patrimonial atribuibles al encarcelamiento y que resulten probados serán indemnizados. La particularidad reside en la cuantificación del daño moral por prisión indebida, pues para su determinación la Sala Tercera emplea una fórmula de cálculo que no puede recibir la denominación de “baremo”.

La fórmula en cuestión se compone de dos variables: por un lado, una base diaria en euros, importe por día de privación de libertad; y, por otro, un factor de corrección, porcentaje que incrementa la base diaria con una periodicidad quincenal, mensual o anual, cuya finalidad es el resarcimiento de un perjuicio que por el transcurso del tiempo se agrava de manera progresiva y no proporcional. Así, una vez fijados la base diaria y el factor de corrección, la cuantía indemnizatoria total se obtiene multiplicando el número de días de reclusión por la base diaria aumentada según corresponda.

Esta regla jurisprudencial presenta sin duda mayor objetividad que la indemnización a tanto alzado y supone asimismo un esfuerzo loable por uniformizar la compensación del daño moral en un grupo homogéneo de casos. Sin embargo, esta pauta de valoración no constituye un baremo porque no tasa la cuantía indemnizatoria mediante la asignación de

---

<sup>57</sup> Sobre los supuestos en que procede dictar uno y otro sobreseimiento, véase artículos 637 y 641 LECrim.

<sup>58</sup> Véase la STS, 3ª, 3.2.1989, FD 13º (RJ 809), que estima el recurso de casación y valora en 140.396,43 € (23.360.000 ptas.) el daño moral por prisión indebida a razón de 24,04 € (4.000 ptas.) diarios. La sentencia de revisión de 25.2.1985 declaró el error judicial y rescindió la sentencia condenatoria de 5.5.1969, pero la posterior sentencia absolutoria de 18.11.1985 no fue declarada firme por auto hasta el 17.2.1986. Aunque la reclusión duró 20 meses y 14 días de reclusión (1971-1973), el tribunal computa un periodo total de 16 años, desde el ingreso en prisión hasta el auto que declara la firmeza de la sentencia absolutoria.

<sup>59</sup> Jesús GONZÁLEZ PÉREZ (2006, pp. 162-165).

un valor monetario único, una horquilla de valores o una fórmula de cálculo basada en variables objetivas<sup>60</sup>.

En un principio, la jurisprudencia de la Sala Tercera sólo consideraba indemnizable el efecto negativo que el ingreso y estancia en prisión tiene sobre el individuo y que se concreta en el padecimiento de angustia, temor, inseguridad, frustración o ansiedad. Desde la STS, 3ª, 20.2.1999, FD 4º (RJ 3016) añade el desprestigio social y la ruptura con el entorno. Y, en la actualidad, la Sala Tercera señala que también son indemnizables las “singulares circunstancias personales, familiares o sociales que hayan convertido la privación de libertad en especialmente enojosa” [STS, 3ª, 26.1.2005, FD 4º (RJ 1164)], aunque difícilmente las estime acreditadas. En cambio, la lesión del derecho al honor y a la propia imagen no es un perjuicio separable del daño moral a la persona, salvo en personas con gran relevancia pública [STS, 3ª, 18.6.2009, FD 9º (JUR 328306)].

Ahora bien, más allá del contenido del daño moral por prisión indebida, como criterios para la fijación del *quantum*, la Sala Tercera dice tener en cuenta en la práctica totalidad de sus pronunciamientos la edad y salud del acusado, situación profesional, conducta cívica, hechos imputados, antecedentes penales, la fecha de ingreso en prisión y la rehabilitación de la honorabilidad perdida. Esta multiplicidad de factores conduce a la asignación de valores dispares a las dos variables que integran la fórmula y, por tanto, a la dispersión de los montos indemnizatorios, al igual que sucede con el daño moral en la inmensa mayoría de ámbitos.

Más aún, las cuatro últimas sentencias dictadas por la Sala Tercera de las que hemos tenido conocimiento han supuesto un importante cambio jurisprudencial que pone en jaque la que hasta ahora había sido una pauta consolidada para la valoración del daño moral por prisión indebida en el orden contencioso-administrativo<sup>61</sup>. De estas cuatro sentencias, tres de ellas prescinden de su utilización e indemnizan a tanto alzado [SSTS, 3ª, 22.12.2006, FD 5º (RJ 9167); 14.2.2007, FD 3º (RJ 2303); y 22.5.2007, FD 4º (RJ 5867)]. Y la cuarta y más reciente de las sentencias valora de manera separada la afectación de las relaciones personales y familiares de los reclusos y el efecto negativo de su permanencia en prisión, aunque aplica la fórmula para el cálculo de ambas indemnizaciones [STS, 3ª, 18.6.2009, FD 9º (JUR 328306)], de modo que la Sala Tercera distingue partidas que siempre habían sido

---

<sup>60</sup> Definición de “baremo” en materia de responsabilidad civil extracontractual según Álvaro LUNA YERGA, Sonia RAMOS GONZÁLEZ e Ignacio MARÍN GARCÍA (2006, p. 4), también extensible al campo puramente contractual.

<sup>61</sup> Véase Álvaro LUNA YERGA, Sonia RAMOS GONZÁLEZ e Ignacio MARÍN GARCÍA (2006, p. 27), la tabla de sentencias dictadas por la Sala Tercera del Tribunal Supremo entre 1999 y 2006 en esta materia da cuenta de la aplicación generalizada de esta fórmula de cálculo, a pesar de la discrepancia de las cuantías concedidas.

valoradas de manera conjunta y que, en realidad, componen una misma categoría de perjuicio, el daño moral por la privación de libertad<sup>62</sup>.

#### 4. Conclusiones

La STS, 1ª, 30.6.2009 indemniza el daño moral por privación indebida de la compañía de los hijos, con apoyo en la doctrina del TEDH sobre el derecho a la vida familiar (art. 8 CEDH). La importancia de este pronunciamiento radica en la aplicación del remedio de la responsabilidad civil contra infracciones por parte de un progenitor del marco que rige las relaciones paterno-filiales tras la ruptura de la convivencia, ya sea el régimen de guarda y custodia o el de visitas, con el ulterior perjuicio para el otro progenitor y el propio menor. Asimismo, esta Sentencia sujeta la responsabilidad del progenitor infractor a las reglas generales de la responsabilidad civil extracontractual (art. 1902 CC) y, por tanto, fija la culpa o negligencia como criterio de imputación subjetiva.

Esta evolución jurisprudencial en el orden civil supone una aproximación considerable a los criterios con los que los tribunales contencioso-administrativos resuelven las reclamaciones contra la Administración pública por el mismo concepto indemnizatorio: el daño moral derivado de la lesión del derecho de los padres a estar con sus hijos a consecuencia de una declaración de desamparo improcedente. Nuestra jurisprudencia afirma la responsabilidad de la entidad pública competente, aunque de conformidad con el régimen de responsabilidad por culpa aplicable a los actos administrativos no reglados.

Por desgracia, el orden civil y el contencioso-administrativo también convergen en cuanto a la forma de determinación de la cuantía indemnizatoria, pues unos y otros tribunales indemnizan a tanto alzado. A pesar de que las indemnizaciones concedidas mantienen cierta coherencia, la ausencia de criterios de valoración económica del daño moral y la parca enumeración de los factores tomados en cuenta impiden la revisión de las bases indemnizatorias, aunque con el beneplácito de las Salas Primeras y Tercera del Tribunal Supremo, respectivamente.

Sin embargo, resta una diferencia notoria: la función asistencial que traslucen las condenas a la Administración en este ámbito es ajena al orden civil, donde las indemnizaciones por daño moral cumplirían, y con acierto, una función punitiva, pues en la práctica la sanción

---

<sup>62</sup> En sentido contrario, la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la indemnización del daño moral por prisión indebida en un caso de delito contra la libertad individual de las personas cometido por funcionario público y ha revisado las bases indemnizatorias sentadas por el tribunal de instancia: 120 € por cada uno de los 275 días de prisión indebida (33.000 €), 60.000 € por secuelas psíquicas y 10.000 € por un “plus de aflicción”. La Sala Segunda mantiene la indemnización del daño moral implícito por el encarcelamiento en 33.000 €, pero rebaja la indemnización por secuelas psíquicas a 10.000 € y declara que no hay una base autónoma e independiente que permita sustentar un “plus de aflicción” distinto al daño moral implícito a toda privación de libertad [STS, 2ª, 16.7.2009, FD 8º (RJ 4494)].

civil desplaza a la penal, por la dudosa conveniencia de ejercer contra el otro progenitor una acción de esta naturaleza o por la mayor probabilidad de éxito que ahora ofrecería la vía civil.

## 5. Sentencias citadas

### *Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

<i>Fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Asunto</i>
26.5.1996	TEDH 21	<i>Keegan c. Irlanda</i>
7.8.1996	TEDH	<i>Johansen c. Noruega</i>
9.6.1998	TEDH 31	<i>Bronda c. Italia</i>
11.7.2000	TEDH 150	<i>Ciliz c. Países Bajos</i>
13.7.2000	TEDH 152	<i>Elsholz c. Alemania</i>
18.2.2003	JUR 244793	<i>Schaal c. Luxemburgo</i>
29.4.2003	TEDH 15	<i>Iglesias Gil c. España</i>
19.10.2004	JUR 284584	<i>Jahnova c. República Checa</i>

### *Sentencias del Tribunal Constitucional*

<i>Sala y fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
1ª, 26.9.1990	RTC 143	Jesús Leguina Villa
1ª, 18.10.1993	RTC 298	Pedro Cruz Villalón
2ª, 21.1.2008	RTC 11	Guillermo Jiménez Sánchez

### *Sentencias del Tribunal Supremo*

<i>Sala y fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
1ª, 6.12.1912	Jurisprudencia Civil, t. 125, núm. 95	Rafael Bermejo
1ª, 14.5.1999	RJ 3106	Alfonso Barcalá Trillo- Figueroa
1ª, 31.5.2000	RJ 5089	Jesús Corbal Fernández
1ª, 9.7.2001	RJ 4999	José Almagro Nosete
1ª, 28.1.2002	RJ 420	Pedro González Poveda



1ª, 20.2.2002	RJ 3501	José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez
1ª, 8.4.2003	RJ 2956	Antonio Romero Lorenzo
1ª, 9.12.2003	RJ 8643	Alfonso Villagómez Rodil
1ª, 19.12.2005	RJ 7840	Jesús Corbal Fernández
1ª, 27.7.2006	RJ 6548	Juan Antonio Xiol Ríos
1ª, 4.10.2006	RJ 6428	José Antonio Seijas Quintana
1ª, 7.12.2006	RJ 2007/266	José Antonio Seijas Quintana
1ª, 30.6.2009	RJ 5490	Encarnación Roca Trías
1ª, 31.7.2009	RJ 4581	Juan Antonio Xiol Ríos
2ª, 16.5.1998	RJ 4878	José Augusto de Vega Ruiz
2ª, 29.1.2005	RJ 1832	Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre
2ª, 1.7.2008	RJ 4185	Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre
2ª, 16.7.2009	RJ 4494	Carlos Granados Pérez
3ª, 3.2.1989	RJ 809	Paulino Martín Martín
3ª, 2.6.1989	RJ 4330	Paulino Martín Martín
3ª, 5.2.1996	RJ 987	José Manuel Sieira Míguez
3ª, 20.2.1999	RJ 3016	Jesús Ernesto Peces Morate
3ª, 29.3.1999	RJ 3783	Jesús Ernesto Peces Morate
3ª, 29.5.1999	RJ 7259	Jesús Ernesto Peces Morate
3ª, 30.4.2003	RJ 3827	Agustín Puente Prieto
3ª, 7.10.2003	RJ 8229	Santiago Martínez-Vares García
3ª, 26.1.2005	RJ 1164	Agustín Puente Prieto
3ª, 27.4.2005	RJ 4977	Agustín Puente Prieto
3ª, 15.12.2005	RJ 2006/1158	Enrique Lecumberri Martí
3ª, 22.12.2006	RJ 9167	Margarita Robles Fernández
3ª, 14.2.2007	RJ 2303	Agustín Puente Prieto
3ª, 22.5.2007	RJ 5867	Margarita Robles Fernández
3ª, 4.6.2008	RJ 3124	Agustín Puente Prieto
3ª, 9.6.2009	JUR 300745	Luis María Díez-Picazo Giménez
3ª, 18.6.2009	JUR 328306	Santiago Martínez-Vares García

*Sentencias del Tribunales Superiores de Justicia*

<i>Fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
--------------	-------------	---------------------------

Galicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 3ª, 22.11.2005	JUR 2006/ 123942	Gonzalo de la Huerga Fidalgo
Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 3ª, 5.4.2006	JUR 2007/ 108690	Ruperto Martínez Morales
Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 7.11.2007	RJCA 2008/ 915	Joaquín Sánchez Ugena
Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 3ª, 7.2.2008	JUR 2008/ 245529	Victoriano Valpuesta Bermúdez
Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 3ª, 30.4.2009	JUR 2009/ 256523	Victoriano Valpuesta Bermúdez

### *Sentencias de Audiencias Provinciales*

<i>Resolución y fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
SAP Madrid, Civil, Sec. 11ª, 21.6.2001	JUR 252828	Lourdes Ruiz de Gordejuela López
SAP Cádiz, Civil, Sec. 2ª, 8.4.2002	AC 1064	Manuel de la Hera Oca
SAP Valencia, Civil, Sec. 7ª, 2.11.2004	AC 1994	María del Carmen Escrig Orenga
SAP Barcelona, Civil, Sec. 18ª, 22.7.2005	JUR 2006/163268	Enrique Anglada Fors
SAP Valencia, Civil, Sec. 11ª, 20.2.2006	JUR 207982	José Alfonso Arolas Romero
SAP León, Civil, Sec. 2ª, 2.1.2007	JUR 59972	Alberto Francisco Álvarez Rodríguez
SAP Barcelona, Civil, Sec. 18ª, 16.1.2007	JUR 2007/323682	María Dolores Viñas Maestre
SAP Cádiz, Civil, Sec. 5ª, 14.6.2007	AC 1983	Ángel Luis Sanabria Parejo
SAP Valencia, Civil, Sec. 7ª, 5.9.2007	JUR 340366	Pilar Cerdán Villalba
SAP Barcelona, Civil, Sec. 14ª, 31.10.2008	AC 2009/93	Francisco Javier Pereda Gámez
SAP Castellón, Civil, Sec. 3ª, 10.2.2009	AC 346	José Manuel Marco Cos

## 6. Bibliografía

Laura ALASCIO CARRRASCO (2008), "El síndrome de alienación parental. A propósito de la SJPI no 4 de Manresa, de 14 de junio de 2007", *InDret* 1/2008 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

Rafael ÁLVAREZ VIGARAY (1966), "La responsabilidad por daño moral", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 19, núm. 1, pp. 81-116.

María BALLESTEROS DE LOS RÍOS (2009), "Artículo 172", en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3ª ed., Thomson-Aranzadi, Madrid, pp. 307-310.

Marcelo BARRIENTOS ZAMORANO (2007), *El resarcimiento por daño moral en España y Europa*, Ratio Legis, Salamanca.

José Manuel BUSTO LAGO (2008), "Capítulo XXVIII: La responsabilidad civil de las Administraciones Públicas", en L. Fernando REGLERO CAMPOS (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, t. III, pp. 873-1093.

Federico DE CASTRO Y BRAVO (1959), "Los llamados derechos de la personalidad", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 12, núm. 4, pp. 1237-1276.

Luis Díez-PICAZO (2008), *El escándalo del daño moral*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).

Luis María Díez-PICAZO (2008), *Sistema de derechos fundamentales*, 3ª ed., Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra).

Esther FARNÓS AMORÓS (2005), "El precio de ocultar la paternidad. Comentario a la SAP Valencia, Sec. 7ª, 2.11.2004", *InDret* 2/2005 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

--- (2007), "Indemnización del daño moral derivado de ocultar la paternidad. Comentario a la SAP Barcelona, Sec. 18ª, de 16.1.2007", *InDret* 4/2007 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

Josep FERRER RIBA (2003), "Relaciones familiares y límites del derecho de daños", en Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, vol. II, pp. 1837-1868.

--- (2001), "Relaciones familiares y límites del derecho de daños", *InDret* 4/2001 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

Francisco de Asís GARCÍA SERRANO (1972), "El daño moral extracontractual", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 25, núm. 3, pp. 799-851.

Fernando GÓMEZ POMAR (2000), "Daño Moral", *InDret* 1/2000 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

--- (2002), "Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, 20.2.2002: el daño moral de las personas jurídicas", *InDret* 4/2002 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

--- (2003a), "Hacer pagar al mensajero. Comentario a la STS, 1ª, 28.1.2002", *InDret* 1/2003 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

--- (2003b), "Pleitos tengas: pérdida de un litigio, responsabilidad del abogado y daño moral", *InDret* 3/2003 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

--- (2007), "El incumplimiento contractual en Derecho español", *InDret* 3/2007 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

Jesús GONZÁLEZ PÉREZ (2006), *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, 4ª ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra).

Louis KAPLOW y Steven SHAVELL (1996), "Accuracy in the Assessment of Damages", 39 *Journal of Law and Economics*, pp. 191-210.

Albert LAMARCA I MARQUÈS (dir., 2008), *Código Civil alemán. Bürgerliches Gesetzbuch*, Marcial Pons, Barcelona.

Álvaro LUNA YERGA, Sonia RAMOS GONZÁLEZ e Ignacio MARÍN GARCÍA (2006), "Guía de Baremos. Valoración de daños causados por accidentes de circulación, de navegación y por prisión indebida", *InDret* 3/2006 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

María Teresa MARÍN GARCÍA DE LEONARDO (2006), "Aplicación del derecho de daños al incumplimiento del régimen de visitas", en José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE (coord.), *Daños en el Derecho de Familia*, 3ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pp. 179-201.

Miquel MARTÍN-CASALS (1990), "Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982", en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, vol. 2, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, pp. 1231-1274.

Miquel MARTÍN-CASALS, Jordi RIBOT y Josep SOLÉ FELIU (2007), "Children as Victims under Spanish Law", en Miquel MARTÍN-CASALS (ed.), *Children in Tort Law. Part II: Children as Victims*, Tort and Insurance Law, vol. 18, Springer, Viena, pp. 225-250.

Miquel MARTÍN-CASALS y Josep SOLÉ FELIU (2003), "El daño moral", en Sergio CÁMARA LAPUENTE (coord.), *Derecho Privado Europeo*, Colex, Majadahonda (Madrid), pp. 857-882.

Oriol MIR PUIGPELAT (2002), *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Civitas, Madrid.

Fernando PANTALEÓN PRIETO (1991), "Comentario al artículo 1902 CC", en Cándido PAZARES, Luis Díez-PICAZO, Rodrigo BERCOVITZ y Pablo SALVADOR (dirs.), *Comentario del Código Civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 1971-2003.

Richard A. POSNER (2007), *Economic Analysis of Law*, 7ª ed., Aspen, Nueva York.

Santiago RIPOL CARULLA (2007), *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el Derecho español*, Atelier, Barcelona.

Francisco RIVERO HERNÁNDEZ (1996), *El derecho de visita*, Bosch, Barcelona.

--- (2000), *El interés superior del menor*, Dykinson, Madrid.

Encarnación ROCA TRÍAS (1999), *Familia y cambio social (De la «casa» a la persona)*, Civitas, Madrid.

Alma María RODRÍGUEZ GUITIÁN (2009), *Responsabilidad civil en el Derecho de Familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra).

Miguel Ángel ROIG DAVISON (2006), "Indemnización por la privación indebida de la compañía de los hijos. Comentario al AAP Sevilla, Civil Sec. 6ª, 30.12.2005 (MP: Ruperto Molina Vázquez)", *InDret 2/2006* ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

Covadonga RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI (2006), *La privación de la patria potestad*, Atelier, Barcelona.

Pablo SALVADOR CODERCH (2000), "Punitive Damages", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 4, pp. 139-152.

--- (2002), "Causalidad y responsabilidad", 2ª ed., *InDret 3/2002* ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

Pablo SALVADOR CODERCH *et alii* (2006), "El Derecho Español de Daños en 2005: Características Diferenciales", *Global Jurist Topics*, vol. 6, núm. 1 ([www.bepress.com](http://www.bepress.com)).

Steven SHAVELL (2007), "Liability for Accidents", en A. Mitchell POLINSKY y Steven SHAVELL (eds.), *Handbook of Law and Economics*, vol. I, Elsevier, Amsterdam, pp. 139-182.

María Luisa VALLÉS AMORES (2007), "La Administración en el ejercicio de su función de protección a los menores: su posible responsabilidad", en Juan Antonio MORENO MARTÍNEZ (coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, pp. 1251-1264.

Elena VICENTE DOMINGO (2008), "Capítulo III: El daño", en L. Fernando REGLERO CAMPOS (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, t. I, pp. 301-443.

Christian VON BAR (2000), *The Common European Law of Torts*, vol. II, Clarendon Press, Oxford.