

Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales

José Ramón de Verda y Beamonte

Profesor Titular de Derecho Civil

UNIVERSIDAD DE VALENCIA

I. Dificultades dogmáticas para la admisión de la reparación de los daños morales derivados del incumplimiento de los deberes conyugales

El tema de la responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales ha encontrado tradicionalmente una serie de obstáculos dogmáticos, que han imposibilitado un normal desarrollo de una jurisprudencia favorable al resarcimiento de los daños morales derivados de dicho incumplimiento, lo que es particularmente acusado en España.¹

1. La consideración de la responsabilidad civil como una institución extraña al ámbito familiar

Tradicionalmente la responsabilidad civil ha sido una institución extraña al ámbito familiar, lo cual encontraba sentido en el marco de una familia de tipo patriarcal, donde el padre y marido ostentaba la jefatura de la misma, por lo que la injerencia del Estado en ella era mínima.²

¹ También lo ha sido, hasta tiempos recientes, en la jurisprudencia italiana, donde el primer pronunciamiento rotundo de la Corte de Casación Civil, favorable a la aplicación de la responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones conyugales, es el contenido en la Sentencia de 10 de mayo de 2005, *Giurisprudenza Italiana*, 2006, abril, c. 691.

Con anterioridad, la Sentencia de la Corte de Casación Civil de 26 de mayo de 1995, *Giurisprudenza Italiana*, 1997, II, c. 843, había admitido la posibilidad de sujetar al cónyuge que incumplía una obligación matrimonial a responsabilidad aquiliana, pero constatando que ello sólo era posible siempre que los hechos que hubieran dado lugar a una declaración de culpabilidad de uno de los cónyuges, integraran los extremos del ilícito previsto en la cláusula general de responsabilidad expresada en el artículo 2043 del "Codice" (equivalente al artículo 1902 del Código Civil español).

² CARBONE, E.: "Réquiem per un'immunità: violazione dei doveri coniugali e responsabilità civile", *Giurisprudenza Italiana*, 2006, abril, c. 700, habla de la existencia de una costumbre de sacrificar los derechos individuales a una malentendida paz doméstica, como un triunfo del "mos" respecto del "ius", situando la inmunidad aquiliana entre cónyuges en el marco de un planteamiento, más amplio, de intentar preservar el enclave doméstico de la invasión del derecho estatal.

Sin embargo, a medida que la familia evoluciona y que el modelo patriarcal se sustituye por otro, basado en el principio de igualdad de los cónyuges y en el de titularidad y ejercicio conjunto de la patria potestad, la intervención de los tribunales, para asegurar la efectividad de dicho principio, así como el respeto de los derechos fundamentales e intereses legítimos de los miembros de la familia, parece inevitable.

Según observa la sentencia de la Corte de Casación italiana de 10 de mayo de 2005,³ se asiste a un tránsito de la "familia institución" a la "familia comunidad", configurada, no ya como un lugar de compresión y mortificación de derechos irrenunciables, sino como sede de autorrealización y desarrollo personal, marcada por el recíproco respeto e inmune a cualquier distinción de roles, en cuyo ámbito sus componentes conservan sus connotaciones esenciales y reciben reconocimiento y tutela, antes que como cónyuges, como personas. Y añade: por tanto, el respeto de la dignidad y de la personalidad de cada miembro del núcleo familiar asume la connotación de un derecho inviolable, cuya lesión por parte de otro componente de la familia, así como por parte de un tercero, constituye el presupuesto lógico de la responsabilidad civil, no pudiendo considerarse, claramente, que los derechos definidos como inviolables reciban distinta tutela según que sus titulares se coloquen, o no, en el interior de un contexto familiar.

Ello explica que los jueces comiencen a conocer demandas de responsabilidad civil, por hechos ilícitos acaecidos en el ámbito de las relaciones familiares, hasta hace pocos años inimaginables,⁴ como son, precisamente, las dirigidas por un cónyuge contra el otro por incumplimiento de los deberes derivados del matrimonio o por los hijos contra los padres para obtener el resarcimiento del daño moral ocasionado por la falta de reconocimiento de la filiación no matrimonial.⁵

2. La negación del carácter jurídico de los deberes conyugales

Otro de los obstáculos tradicionales es la idea de que los deberes conyugales tienen un carácter puramente ético o moral, es decir, no son una obligación jurídica en sentido estricto, por lo que su falta de cumplimiento no da lugar a un daño resarcible.

³ *Giurisprudenza Italiana*, 2006, abril, c. 693.

⁴ Hay, incluso, quien considera que la condición de miembro de la familia no sólo exime de los daños causados en el seno de la misma, sino que, por el contrario, sujeta a una responsabilidad más estricta, tesis esta con la que no estoy de acuerdo, pues no hay un apoyo legal convincente para, con carácter general, sujetar a los miembros de la familia a una diligencia más rigurosa, que a la que deben desplegar en otras relaciones ajenas a la misma.

⁵ Sobre este tema puede verse PIZARRO WILSON, C.: "Responsabilidad civil por no reconocimiento voluntario del hijo de filiación extramatrimonial", en DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (coordinador) y otros: *Daños en el Derecho de familia*, colección de monografías de la "Revista de Derecho Patrimonial", Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 101-116.

Esta tesis aparece reflejada en la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de julio de 1999,⁶ en cuyo fundamento jurídico tercero, a propósito de una demanda de reparación del daño moral sufrido por el marido por la infidelidad de la mujer, que tuvo dos hijos de un amante durante el matrimonio, se afirma que “el quebrantamiento de los deberes conyugales especificados en los artículos 67 y 68 del Código Civil son merecedores de innegable reproche ético-social”; más adelante, añade que “no cabe comprender su exigibilidad dentro del precepto genérico del artículo 1001, por más que se estimen como contractuales tales deberes en razón de la propia naturaleza del matrimonio, pues lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial obligaría a indemnizar”.

Más rotunda es la sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de 30 de septiembre de 2003,⁷ la cual, en una declaración “*obiter dicta*”, se pronuncia también en contra del resarcimiento de “los daños causados por infidelidades, abandonos o ausencia de relaciones personales, amistosas o amorosas, pues tales supuestos entran en el terreno de lo extrajurídico, no debiendo proliferar categorías de daños morales indemnizables que encarnen intereses que no sean jurídicamente protegibles, y en los que el derecho no debe jugar papel alguno”. Y continúa: “Si bien es cierto que los deberes de ayuda y socorro mutuos entre ambos cónyuges están proclamados en los arts. 67 y 68 (...) se trata de deberes incoercibles que no llevan aparejada sanción económica alguna”.

Este planteamiento me parece incorrecto.⁸ Los deberes conyugales no son meras obligaciones de conciencia propuestas a los esposos para un feliz

⁶ *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, 1999, N° 5726.

⁷ *Aranzadi JUR*, 2003, N° 244422.

⁸ En favor del carácter no meramente ético de los deberes conyugales, sino también de su consideración de verdaderas obligaciones jurídicas, y, en consecuencia, del resarcimiento, “ex” artículo 1902 del Código Civil, del daño moral que ocasione su incumplimiento, se pronuncian en la doctrina científica española un número significativo de autores.

En este sentido se manifiestan GARCÍA CANTERO, G.: “Comentario al artículo 67 del Código Civil”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dirigidos por M. ALBALADEJO), tomo II, artículos 22 a 107 del Código Civil, Edersa, Madrid, 1982, p. 186, ídem: “Comentario al artículo 68 del Código Civil”, *Ibídem*, pp. 195-196, GETE-ALONSO Y CALERA, M^o C.: “Comentario al artículo 67 del Código Civil”, en AA.VV., *Comentarios a las reformas del derecho de familia*, volumen I, Tecnos, Madrid, 1984, p. 322, LA CRUZ BERDEJO, J. L.: “Efectos del matrimonio”, en LA CRUZ BERDEJO, J. L. y otros: *Elementos de Derecho Civil*, IV, *Derecho de familia*, fascículo 1^o, 3^a edición, Librería Bosch, Barcelona, 1989, pp. 146-147, ídem: “Comentario al artículo 68 del Código Civil” (redacción del precepto en la 2^a edición revisada por J. RAMS ALBESA y J. DELGADO ECHEVERRÍA), en AA.VV.: *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil*, 2^a edición, Civitas, Madrid, 1994, p. 657, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M^o T.: “Separación y divorcio sin causa. Situación de los daños personales”, *Revista de Derecho Patrimonial*, 2006-1, N° 16, pp. 154-155, RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M.: “Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: Daños entre cónyuges y daños entre los miembros de una pareja de hecho”, *Revista de Derecho Patrimonial*, 2003-1, N° 10, p. 77.

Otros autores guardan silencio sobre el tema que nos ocupa, de lo que no creo que necesariamente deba deducirse una posición contraria a la aplicación de la responsabilidad civil extracontractual en el supuesto de violación de las obligaciones conyugales, sino que, con total claridad, lo único que se desprende de su lectura es, tan sólo, la imposibilidad de exigir coactivamente el cumplimiento de

desarrollo del matrimonio, sino que constituyen auténticas obligaciones jurídicas. Si no lo fueran, no tendría razón de ser que el Código Civil los incluyera entre los efectos del matrimonio, ni que legalmente fueran calificados como tales, por los artículos 67 y 68, que, al enunciarlos, hablan de que los cónyuges “deben” o “están obligados” a cumplirlos. Precisamente, la significación jurídica de los deberes conyugales es la razón por la cual los contrayentes tienen que asumirlos, al tiempo de prestar su consentimiento, ya que, en caso contrario, el matrimonio sería nulo: la exclusión de los deberes conyugales constituye, en puridad, la exclusión de la causa del negocio jurídico matrimonial y, de ahí, la relevancia de la simulación y de la reserva mental como causas de invalidez del matrimonio (artículo 73.1 del Código Civil).

La sentencia de la Corte de Casación Civil italiana de 10 de mayo de 2005⁹ afirma claramente que los deberes que para los cónyuges derivan del matrimonio, no sólo tienen carácter moral, sino también naturaleza jurídica, afirmando la existencia de un auténtico derecho subjetivo de cada uno de ellos a que el otro se comporte conforme a dichos deberes.¹⁰

El hecho de que los cónyuges no puedan reclamarse el cumplimiento de sus obligaciones recíprocas por vía judicial no significa que no tengan carácter

dichas obligaciones y de acudir, en caso de no cumplimiento de las mismas, al régimen general de incumplimiento de las obligaciones contractuales.

Es el caso de ALBALADEJO, M.: *Curso de Derecho Civil*, IV, Derecho de familia, 7ª edición, Bosch, Barcelona, 1996, pp. 126-132; Díez-PICAZO, L., y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV, *Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, 10ª edición, Tecnos, Madrid, 2006, pp. 92-94, y creo que también de ROCA TRIAS, E.: “Efectos personales y patrimoniales del matrimonio”, en ROCA TRIAS, E. (coordinadora) y otros: *Derecho de familia*, 3ª edición, Tirant lo blanch, Valencia, 1996, pp. 88-90.

Los autores, que expresamente se oponen a la tutela aquilina de los derechos-deberes de los cónyuges son, pues, minoritarios.

Entre ellos está FERRER RIBA, J.: “Relaciones familiares y límites del derecho de daños”, *InDret*, Barcelona, octubre de 2001, pp. 14-16, que fundamenta su posición, entre otros argumentos, en la idea de que las normas del derecho de familia son un sistema, completo y cerrado, que contiene específicas sanciones aplicables en el caso de incumplimiento de los deberes conyugales, esto es, la separación o el divorcio (téngase en cuenta que escribe antes de la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio). No obstante, parece que el propósito del autor es negar la aplicación del artículo 1902 del Código Civil al incumplimiento de la obligación de infidelidad, ya que, tras pronunciarse contundentemente a este respecto, añade lo siguiente: “La exclusión de la acción de responsabilidad no rige, sin embargo, respecto de aquellas conductas que causen daño a derechos o intereses del otro cónyuge conceptualmente separables de su interés en el mantenimiento del matrimonio y en el respeto a sus reglas. Así pueden ser indemnizados los daños causados a la integridad física y psíquica del cónyuge, a su salud, libertad, honor, intimidad, libertad sexual o patrimonio”. No queda claro si, a su juicio, el resarcimiento debe quedar, o no, limitado al caso de que el incumplimiento suponga un hecho delictivo, ya que se refiere a este posible criterio para delimitar la responsabilidad del infractor, pero sin decantarse claramente en favor de él.

⁹ *Giurisprudenza Italiana*, 2006, abril, c. 693.

¹⁰ Con la misma rotundidad se manifiestan las Sentencias del Tribunal de Milán de 10 de febrero de 1999, “Il diritto di famiglia e delle persone”, XXX, julio-septiembre, 2001, p. 988, y de 4 de junio de 2002, *Giurisprudenza italiana*, 2002, II, c. 2289.

jurídico,¹¹ sino que ello se explica por su naturaleza personalísima, que lleva a la imposibilidad práctica de su imposición coactiva por parte del Estado, lo que mermaría la libertad personal y la integridad física y moral de los esposos. No se puede pretender aplicar al matrimonio los esquemas propios del contrato, en concreto, el cumplimiento forzoso en forma específica de las obligaciones; y ello, porque el matrimonio no es un contrato, sino un negocio jurídico de derecho de familia, que afecta profundamente a la persona de los cónyuges, en la medida en que les impone una plena comunidad de vida, material y espiritual, la cual no tiene parangón posible con ninguna de las relaciones jurídicas nacidas de la celebración de un contrato. Por otra parte, incluso en el ámbito de los negocios de carácter patrimonial, se excluye la ejecución específica de las obligaciones contractuales en los casos en los que la naturaleza de la obligación o su carácter personalísimo (*intuitu personae*) haga inviable tal ejecución, como, por ejemplo, sucede en el caso del contrato de alimentos.

La supresión, como causa de separación, del incumplimiento de los deberes conyugales, operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, no es argumento para negar la juridicidad de los deberes conyugales, pues esta nueva orientación legal se explica en un planteamiento general de eliminación de todas las causas de separación o divorcio, distintas de la mera voluntad de los cónyuges de seguir conviviendo.

La Ley 15/2005 ha suprimido así todas las causa de separación o divorcio contempladas en el derecho anterior, las cuales giraban, básicamente, en torno a la idea del "cese efectivo de la convivencia conyugal", a través del cual tenía lugar la constatación objetiva de la quiebra del matrimonio, exigiéndose, a este respecto, el transcurso de una serie de plazos, de duración variable, que podían llegar hasta los cinco años, en ausencia de una previa demanda de separación, si lo que había existido era una separación de hecho, impuesta por uno de los cónyuges al otro.

Actualmente se establece como única causa de separación o divorcio la voluntad de ambos cónyuges o de uno solo de ellos, con tal de que ésta se manifieste, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio, plazo, que no es necesario que se cumpla, cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o liber-

¹¹ LA CRUZ BERDEJO, J. L.: "Efectos del matrimonio", cit., p. 133, afirma que, aunque no sea posible la exigencia coactiva de los deberes jurídicos, no por ello pierden su condición jurídica, hablando el autor de que los deberes conyugales tienen una "sanción imperfecta". Y, más adelante, dice: "No creo que puedan excluirse, en los casos de infracción de las obligaciones recíprocas, en particular, los de abandono y adulterio, la posibilidad de una acción de daños del cónyuge ofendido frente al ofensor, o bien a su cómplice; pues si el deber de fidelidad, como el de convivencia, son obligaciones jurídicas, el obligado no puede faltar a ellas sin quedar sujeto al resarcimiento de los daños que cause" (p. 146).

tad o indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio, según resulta de la actual redacción del artículo 86 del Código Civil.

Se ha admitido, pues, no sólo el divorcio por mutuo consentimiento, sino el divorcio por mera voluntad de uno sólo de los cónyuges, el cual podrá imponer al otro su decisión de disolver el matrimonio, en cualquier momento, sin necesidad de acreditar ninguna situación objetiva de cese efectivo de la convivencia, consagrándose, así, un "divorcio por sorpresa". En mi opinión, esta solución, aunque sea eficaz en el orden procesal, en el sentido de que, sin duda, agilizará los juicios de divorcio, tiene sus inconvenientes, porque da lugar a una total desvalorización de la idea de estabilidad del matrimonio; y me pregunto si, en la práctica, no se estará consagrando una especie de repudio, colocando al cónyuge abandonado en una situación de indefensión frente a un mero cambio de voluntad del que, unilateral y sorpresivamente, decide divorciarse.

En la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005 se justifica esta nueva regulación del divorcio en el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad y en la idea de que cuando una persona ha llegado a la convicción de que su matrimonio ya no es cauce de desarrollo de su personalidad, se le debe permitir acudir al divorcio de manera inmediata, afirmándose en ella que "el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna". Ahora bien, esta manera de razonar parece olvidar que la estabilidad del matrimonio es todavía un valor social, no absoluto, pero sí digno de protección, que queda totalmente desatendido con la nueva regulación; y asimismo que el matrimonio no sólo es cauce de desarrollo de la personalidad del cónyuge que se pretende divorciar, sino también del cónyuge a quien se impone el divorcio, contra su voluntad y sin ninguna constatación objetiva de la quiebra de la convivencia. Quizás hubiera sido preferible que el legislador español hubiese seguido una posición semejante a la adoptada por el francés, que admite el divorcio por mutuo consentimiento, con gran amplitud (esto, desde la Ley N° 1975-617, de 11 de julio de 1975), pero no el divorcio por mera voluntad de uno solo de los cónyuges, el cual, no ha sido contemplado por la reciente Ley N° 2004-439, de 26 de mayo de 2004 (en vigor, desde el 1 de enero de 2005), que ha realizado una profunda reforma en materia de divorcio en Francia, con el fin de agilizar y facilitar la tramitación del procedimiento tendente a su obtención; y que, a diferencia de lo acontecido en España respecto de la Ley 15/2005, ha sido fruto de largos años de estudio y de reflexión.

Volviendo al tema que nos ocupa: por cuanto concierne al temor del Tribunal Supremo, expresado en la Sentencia de 30 de julio de 1999, a la multiplicación de las demandas de reparación por daños morales, de admitirse la aplicación

de la responsabilidad civil en el ámbito del matrimonio, aunque digno de ser tenido en cuenta, me parece excesivo, pues el resarcimiento sólo procederá ante incumplimientos, graves o reiterados, de las obligaciones conyugales, y siempre que se den los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual. Y, desde luego, el supuesto, contemplado en la referida sentencia, de infidelidad reiterada de la mujer durante el matrimonio, que da lugar a que los hijos, que el marido pensaba que eran suyos, no lo sean, me parece un claro supuesto de ilícito civil, susceptible de dar lugar a la obligación de reparar el daño moral subsiguiente.

3. La reconducción del incumplimiento de los deberes conyugales al ámbito de las causas de separación y divorcio

En la jurisprudencia española se ha negado el resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales, argumentando que el legislador, al considerarlo como causa de separación, estaba excluyendo que éste produjera otros efectos distintos, salvo los expresamente previstos por la ley, como era el de ser causa de separación y como sigue siendo el de ser causa de desheredación (artículo 855.1º del Código Civil).

En tal sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de julio de 1999,¹² que afirma que, en caso de incumplimiento de los deberes conyugales, “es indudable que la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación es la de estimar su ruptura como una de las causas de separación en su artículo 82, pero sin asignarle, en contra del infractor, efectos económicos”.

Antes de la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, el anterior artículo 86.1º del Código Civil establecía, en efecto, como causa de separación, “El abandono injustificado de hogar, la conducta injuriosa o vejatoria y cualquier otra violación grave o reiterada de los deberes conyugales”.

Sin embargo, este argumento, que suponía el apriorismo de considerar que las normas de derecho de familia constituyen un sistema cerrado y completo, nunca me pareció convincente,¹³ ya que el hecho de que el artículo 86.1º del Código Civil, en su redacción anterior a la reforma de 2005, tipificara como causa de separación la falta de cumplimiento de los deberes conyugales no significaba que el legislador estuviera excluyendo que produjera otros efectos distintos, como, por ejemplo, el resarcimiento del daño a que diera lugar el incumplimiento, siempre, claro está, que concurrieran los requisitos a los que el artículo 1902 del Código subordina la responsabilidad del autor de hecho dañoso.

¹² *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, 1999, N° 5726.

¹³ A favor de él se pronunció, sin embargo, FERRER RIBA, J.: “Relaciones familiares y límites del derecho de daños”, cit., p. 14.

No se puede decir que existiera un concurso de normas, que hubiera que resolver mediante la aplicación de la regla "ley general desplaza a ley especial", ya que el anterior artículo 86.1° y el artículo 1902 tenían fundamentos y finalidades distintos: en un caso, se preveía la separación del matrimonio, en el otro, la reparación de un daño. Concretamente, para que tuviera y tenga lugar la aplicación del artículo 1902 en el tema que nos ocupa, no basta el incumplimiento de los deberes conyugales, sino que se requiere la existencia de un daño resarcible, el dolo o culpa del agente dañoso, y el nexo de causalidad entre el ilícito civil y el daño objeto de resarcimiento.

Es de observar que la jurisprudencia italiana, así como la francesa, consideran compatible una pretensión de resarcimiento, con apoyo en los artículos 2043 y 1382 de sus respectivos Códigos Civiles (correspondientes al artículo 1902 del Código Civil español), con el pronunciamiento de una separación o divorcio por culpa de uno de los cónyuges.

Así, por cuanto concierne a la jurisprudencia italiana, la importante sentencia de la Corte de Casación Civil de 10 de mayo de 2005¹⁴ afirma que no puede recurrirse al argumento de la especificidad y carácter completo de las normas de derecho de familia, para sostener que la violación de las obligaciones conyugales encuentran su propia y exclusiva sanción en las medidas típicas en ellas previstas, como son la separación y el divorcio. Afirma, así, que la naturaleza, función y límites de estas medidas hacen evidente que las mismas no son estructuralmente incompatibles con la tutela de los derechos constitucionalmente garantizados, y no excluyen la significación que un determinado comportamiento pueda revestir, a efectos de la separación o del divorcio, con la relevancia del mismo, como hecho generador de responsabilidad aquiliana.¹⁵

Por lo que atañe a la jurisprudencia francesa, ésta es claramente favorable a acudir a la responsabilidad civil como mecanismo de tutela de los deberes conyugales, y ello a pesar de que en el derecho galo existe un precepto específico, el artículo 267 del "Code", el cual prevé que el cónyuge que obtenga el divorcio, por culpa exclusiva de su consorte, pueda obtener del mismo una indemnización de daños y perjuicios, con el fin de reparar las consecuencias, de particular gravedad, que sufra con motivo de la disolución del matrimonio (a lo que también tiene derecho el cónyuge que haya sido demandado en un divorcio pronunciado por alteración definitiva del vínculo conyugal, si él mismo no ha presentado ninguna demanda de divorcio).

¹⁴ *Giurisprudenza Italiana*, 2006, abril, c. 693-694.

¹⁵ La tesis contraria ha tenido defensores en la doctrina científica italiana hasta tiempos relativamente recientes. Véase, por ejemplo, en este sentido, CASTAGNARO. O. B.: "Osservazioni sul tema della responsabilità civile da violazione dei doveri coniugali", *Giurisprudenza italiana*, 1997, II, c. 2293.

En la práctica judicial del país vecino se ha planteado en numerosas ocasiones la cuestión de si este precepto impide al cónyuge que sufre un daño distinto que pueda demandar su resarcimiento por la vía del derecho común, esto es, mediante la aplicación del principio general de responsabilidad civil extracontractual contenido en el artículo 1382 del mismo Código.

La Corte de Casación se ha pronunciado reiteradamente a favor de la compatibilidad de los dos preceptos, en diversos fallos, que casan y reenvían sentencias de apelación, que habían denegado una pretensión resarcitoria, formulada al amparo del artículo 1382, con el argumento de que en el ámbito del divorcio este precepto quedaba desplazado por el artículo 267 (ambos del *Code*).

Entre los pronunciamientos más recientes, puede destacarse la sentencia de la Sala Primera de la Corte de Casación de 11 de enero de 2005,¹⁶ la cual afirma que el cónyuge que sufre un perjuicio distinto al resultante de la ruptura del matrimonio puede demandar la reparación en las condiciones previstas en el derecho común, considerando que la sentencia recurrida había violado el artículo 1382 del Código Civil, al haber pronunciado el divorcio por culpa de la mujer, a quien se le atribuía un comportamiento violento, injurioso y humillante, incluso en presencia de terceros, respecto de su marido, y no haber extraído las consecuencias pertinentes de ello (concesión de una indemnización de daños y perjuicios).¹⁷

En cualquier caso, el argumento esgrimido por la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de julio de 1999 para negar el resarcimiento del daño derivado del incumplimiento de los deberes conyugales, ha perdido en nuestro derecho toda

¹⁶ *Bulletin Civil*, 2005, I, N° 13.

¹⁷ La misma doctrina se halla en la sentencia de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Casación de 27 de febrero de 1980 (*Bulletin Civil*, 1980, II, N° 45), la sentencia de la Sala Segunda de la Corte de Casación de 25 de junio de 1980 (*Bulletin Civil*, 1980, II, N° 2), la sentencia de la Sala Segunda de la Corte de Casación de 11 de febrero de 1981 (*Bulletin Civil*, 1981, II, N° 30) y la sentencia de la Sala Primera de la Corte de Casación de 6 de julio de 2005 (*Bulletin Civil*, 2005, I, N° 307).

La sentencia de la Sala Segunda de la Corte de Casación francesa de 13 de marzo de 1985 (*Bulletin Civil*, 1985, II, N° 64) precisa que la viabilidad de la demanda de resarcimiento de un daño, distinto del originado por la disolución del matrimonio, resultante de la culpa del cónyuge que ha tomado la iniciativa de demandar el divorcio por ruptura de la vida común, no está subordinada a la presentación por parte de la víctima de una demanda reconventional de divorcio por culpa.

La sentencia de la Sala Segunda de la Corte de Casación francesa de 26 de febrero de 1996 (*Bulletin Civil*, 1996, N° 47), anulando la sentencia recurrida, admite incluso que el resarcimiento de daños pueda tener lugar en el caso de un divorcio pronunciado por culpa compartida de ambos cónyuges, concretamente, en el caso de sufrir la mujer la violencia del marido. En el mismo sentido se pronuncia la sentencia de la Sala Primera de la Corte de Casación de 6 de julio de 2005 (*Bulletin Civil*, 2005, I, N° 307), que considera fundada la afirmación de la sentencia recurrida, que había pronunciado el divorcio por culpa compartida, de que los hechos imputables a la mujer no eran excusa para el comportamiento del marido, aunque la revoca por no haber extraído las consecuencias pertinentes en orden al resarcimiento de daños demandado por la mujer.

consistencia, tras la reforma de 2005, por la que se han suprimido las antiguas causas de separación y divorcio y, entre ellas, las contempladas en el número 1º del artículo 86 del Código Civil en su anterior redacción.

Es más, una vez suprimida la causa de separación basada en el incumplimiento de los deberes conyugales, parece inevitable hacer entrar en juego el artículo 1902 del Código Civil, para asignarles alguna consecuencia, si no se les quiere privar de trascendencia jurídica y convertirlos en meros imperativos éticos,¹⁸ lo que no casa con el claro tenor de los artículos 67 y 68 del Código, que –recuerdo– hablan de “deberes” y de “obligaciones”. Y es que una cosa es suprimir cualquier tipo de referencia a la idea de culpa en el régimen de las causas de separación y divorcio, que es lo que hace la Ley 15/2005, y otra cosa muy distinta es negar el resarcimiento de los daños morales, producidos por un incumplimiento culpable de los deberes conyugales, para lo cual no veo ninguna razón consistente.¹⁹ Desde luego, no me lo parece el argumento de que la reparación de estos daños pueda suponer una especie de restricción indirecta al ejercicio de la facultad de divorciarse, porque, con el mismo argumento, podría sostenerse la improcedencia de sujetar al cónyuge que solicita el divorcio al pago de una pensión compensatoria o de atribuir la vivienda conyugal al cónyuge no propietario, en cuya compañía queden los hijos o cuyo interés sea el más necesitado de protección.

4. La exclusión de la responsabilidad de los cónyuges mediante el recurso al argumento de la pensión compensatoria

Finalmente, existe otro argumento para excluir la responsabilidad civil del cónyuge que incumple sus deberes conyugales, cual es la existencia de una prestación compensatoria por divorcio.

Este argumento, que jurídicamente me parece insostenible, sin embargo es muy posible que explique la resistencia de los jueces a aplicar las normas de la responsabilidad civil en el caso que nos ocupa.

Parece, así, existir un evidente nexo entre la generosidad del legislador español a la hora de reconocer la pensión compensatoria y esa resistencia jurisprudencial a la aplicación del artículo 1902 del Código Civil.

¹⁸ Lo apuntan certeramente ATIENZA NAVARRO, M^a L.: “La incidencia de las reformas de 2005 en materia de efectos personales del matrimonio”, en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (coordinador) y otros: *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia de 2005*, colección de monografías de Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 160-161, y MARIN GARCÍA DE LEONARDO, M^a T.: “Separación y divorcio sin causa”, cit., p. 153.

¹⁹ Como pone de relieve MARIN GARCÍA DE LEONARDO, M^a T.: “Separación y divorcio sin causa”, cit., p. 151, “no se trata de introducir criterios de culpabilidad en la separación y en el divorcio, sino de determinar cuando existe un daño en qué supuestos debe ser indemnizado porque lesiona derechos e intereses del cónyuge, es decir, la injusticia de un concreto daño indemnizable con independencia de que éste pueda, si quiere, optar por la separación o el divorcio”.

Hay que tener en cuenta que el artículo 97 del Código Civil, en su redacción por Ley 30/1981, de 7 de julio, preveía la pensión compensatoria con carácter vitalicio en favor del cónyuge a quien el divorcio le producía un desequilibrio económico. Se trataba de una regulación que, sin duda, estaba pensada para la disolución de matrimonios de larga duración, muy favorable para el cónyuge que quedaba en peor situación económica tras el divorcio, normalmente la mujer.

Sin embargo, a medida en que el divorcio se generaliza, la mujer accede al mercado de trabajo en condiciones cada vez más parecidas a las del varón, y se produce la disolución de matrimonios de breve duración, la jurisprudencia va tendiendo a atribuir un carácter temporal a la pensión compensatoria, orientación esta que ha tenido su reflejo en el vigente artículo 97, que, tras la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, atribuye al juez la potestad de decidir si concede la pensión con carácter vitalicio o temporal.²⁰

En cualquier caso, desde un punto de vista estrictamente jurídico, el argumento de acudir a la pensión compensatoria para negar la posibilidad de que prosperen demandas de responsabilidad civil por incumplimiento de deberes conyugales, me parece insostenible.²¹

En primer lugar, porque la pensión compensatoria y la responsabilidad civil tienen finalidades distintas, que, además, no son incompatibles: la primera trata de corregir el desequilibrio económico que el divorcio produce a un cónyuge, en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en la situación que tenía durante el matrimonio; la segunda, por el contrario, se orienta a resarcir el daño moral que experimenta un cónyuge, por la violación de los deberes conyugales que comete el otro.

En segundo lugar, porque los presupuestos de ambas son también distintos: la pensión compensatoria se liga a una situación objetiva de desequilibrio económico; en cambio, la responsabilidad civil del cónyuge sólo surge cuando la conducta culpable del cónyuge que incumple sus deberes causa al otro un daño, esencialmente, de carácter moral.

²⁰ Sobre este tema puede verse MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M^a T.: "Temporalidad de la pensión compensatoria en la Ley 15/2005, de 8 de julio", en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (coordinador) y otros: *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia de 2005*, colección de monografías de Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 213-232.

²¹ FRACCON, A.: "Nuovi approdi della responsabilità civile. Anche la Cassazione oltrepassa la soglia dei rapporti tra coniugi", *Giurisprudenza Italiana*, 2006, abril, c. c. 699, observa que no puede justificarse una especie de inmunidad relativa, invocando una especial tutela de las instituciones familiares, como, por ejemplo, la pensión compensatoria por divorcio. La diversa naturaleza y finalidad de estos remedios dejan intacta la aplicabilidad del artículo 2043 del *Codice*, para aquellos comportamientos que presenten los requisitos de la responsabilidad civil, del mismo modo que no excluyen la tutela penal, allá donde se produzcan sus supuestos de hecho típicos.

En tercer lugar, porque es posible que el cónyuge que deba percibir la pensión compensatoria y el que tenga derecho a ser resarcido no sea el mismo. Sería, por ejemplo, el caso de una mujer infiel, a la que el divorcio colocara en una situación económica peor a la que gozara durante el matrimonio. Ésta tendría derecho a percibir la pensión, ya que su culpa no le privaría de ésta, no obstante, podría quedar sujeta a responsabilidad civil, por incumplimiento del deber de fidelidad.

II. Presupuestos de la responsabilidad por incumplimiento de los deberes conyugales

Admitida la responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales, surge la necesidad de precisar sus presupuestos, en relación con el artículo 1902 del Código Civil.

Para que dicha responsabilidad surja no bastará, desde luego, la sola constatación del ilícito civil, sino que, además, será necesario la existencia de un daño moral que deba ser resarcido, el nexo de causalidad entre el incumplimiento y el daño, y el dolo o culpa del infractor.

Parece innecesario justificar que la indemnización del daño deba discurrir por la vía del artículo 1902 del Código Civil, y no por la del artículo 1101 de dicho Código, ya que las obligaciones conyugales no tienen carácter contractual por la sencilla razón de que el matrimonio no es un contrato, sino un negocio jurídico de derecho de familia, constitutivo de "status", del que surge para los cónyuges una plena comunidad de vida (material y espiritual), con los derechos-deberes de convivencia, fidelidad, respeto y socorro mutuo.

1. El daño resarcible

El primero de los presupuestos es la existencia de un daño resarcible, el cual no puede ser identificado con el que estrictamente resulte del divorcio, cuya causa, en el derecho actual, es la mera voluntad de cualquiera de los cónyuges de no permanecer casado, siendo irrelevante, a este efecto, la razón por la cual se inste la disolución del matrimonio (por ejemplo, un incumplimiento de las obligaciones conyugales del otro consorte).

En este sentido me parecen certeras las palabras de la sentencia del Tribunal de Milán de 4 de junio de 2002,²² según la cual el juez, para sujetar a res-

²² *Giurisprudenza italiana*, 2002, II, c. 2289.

ponsabilidad civil a uno de los cónyuges, debe comprobar la existencia de un daño objetivo imputable a otro cónyuge, etiológicamente reconducible a una violación grave de los deberes matrimoniales, y no a la crisis conyugal en cuanto tal, que, por sí misma, generalmente produce un estado de sufrimiento psico-emotivo, afectivo y de relación, además de incomodidades económicas y de comportamiento, por lo menos para una de las partes.

El daño resarcible "ex" artículo 1902 del Código Civil consistirá, pues, en la lesión del derecho que tiene cada cónyuge a que el otro cumpla las obligaciones que libre y recíprocamente asumieron al tiempo de contraer el matrimonio, con el fin de desarrollar en él su personalidad.

Se tratará de un daño moral, el cual deberá ser probado por quien lo invoca,²³ por ejemplo, el sentimiento de abandono, ansiedad o baja estima, ocasionado por la violación de los deberes por parte de su cónyuge, así como el quebranto emocional sufrido por el varón, que se creía padre de un niño nacido constante el matrimonio, y que no lo es.

Se excluyen, pues, los daños patrimoniales, provocados por el divorcio, que deberán encauzarse, en su caso, a través de la prestación compensatoria del artículo 97 del Código Civil.

2. El criterio de imputación de responsabilidad

El criterio general de imputación de responsabilidad civil en derecho español es la culpa, sin distinción de grados, según resulta del artículo 1902 del Código Civil.

Sin embargo, en algunos supuestos de daños, originados en el ámbito familiar, la responsabilidad civil sólo surge si el autor del hecho dañoso ha incurrido, no en una diligencia regular o media, sino en dolo o, al menos, en culpa grave. Así sucede respecto de la responsabilidad de los padres por los daños ocasionados en los bienes de los hijos por su administración durante el ejercicio de la patria potestad, que sólo procede en el caso de que hayan obrado con dolo o culpa grave (artículo 168); o respecto de la responsabilidad del cónyuge que administre los bienes gananciales por los daños causados a la sociedad, la cual sólo tiene lugar en el caso de actuación dolosa de aquél (artículo 1390).

Con apoyo en dichos preceptos, autorizada doctrina sostiene que en el ám-

²³ A este respecto, afirma la Sentencia de la Corte de Apelación de Chambery de 23 de septiembre de 2002 ("Legifrance") que no basta, para obtener el resarcimiento de daños y perjuicios, demostrar la existencia de culpa, sino que, además, hay que caracterizar el perjuicio y cuantificarlo.

bito de las relaciones familiares sólo el dolo o la culpa grave han de ser los criterios generales de imputación de responsabilidad.²⁴

A tal efecto, se invoca también la jurisprudencia alemana,²⁵ en particular, una sentencia del Tribunal Supremo alemán de 19 de diciembre de 1989,²⁶ la cual sostiene que el resarcimiento de daños por incumplimiento de deberes conyugales exige una conducta dolosa que pueda subsumirse en el ámbito de aplicación del parágrafo 826 del BGB, precepto que permite la reparación de los daños causados por comportamientos dolosos contrarios a la moral. Concretamente, la referida sentencia afirma que la mujer infiel puede quedar sujeta a responsabilidad civil extracontractual, si ésta ha realizado afirmaciones falsas para tranquilizar al marido, que duda acerca de su paternidad; excluye, sin embargo, que pueda surgir responsabilidad de la mera reticencia de la mujer que guarda silencio acerca de su adulterio.²⁷

En mi opinión, parece dudoso poder extraer una regla general de unos preceptos que son excepcionales; y por cuanto se refiere a la invocación de la sentencia del Tribunal Supremo alemán citada, no me resulta muy convincente, ya que el rigor de ésta se justifica, porque en el sistema de responsabilidad civil alemán existe una tipificación de los ilícitos civiles, lo que no sucede en el sistema español, que, como el francés o el italiano, no sigue el principio de tipicidad, sino que en él se contiene una cláusula general de responsabilidad civil, el artículo 1902 del Código Civil, en la que es posible incluir todo hecho dañoso, antijurídico, imputable a una falta de diligencia de quien lo comete. No parece, pues, razonable exigir respecto del cónyuge que incumple los deberes conyugales una culpabilidad reforzada, que no requiere el precepto en que se fundamenta su responsabilidad y en cuyo ámbito de aplicación encaja su comportamiento, sin necesidad de realizar ninguna interpretación forzada del mismo.²⁸

Desde luego, no la exige la jurisprudencia francesa, ni la italiana, que aplicando la regla general contenida en los artículos 1382 y 2043 de sus respectivos Códigos Civiles, no requieren una especial culpabilidad del cónyuge que in-

²⁴ MARIN GARCÍA DE LEONARDO, M^o T.: "Remedios indemnizatorios en las relaciones conyugales", en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (coordinador) y otros: *Daños en el Derecho de familia*, colección de monografías de la Revista de Derecho Patrimonial, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 160-161.

²⁵ RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.: "Función de la responsabilidad civil", cit., p. 75.

²⁶ "Neue Juristische Wochenschrift", 1990, pp. 706-709.

²⁷ Conozco la sentencia gracias al trabajo de FERRER RIBA, J.: "Relaciones familiares y límites del derecho de daños", cit., p. 15, de quien tomo la cita.

²⁸ En contra, sin embargo, se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 2 de noviembre de 2004, *Aranzadi Civil*, 2004, Nº 1994, que, apoyándose en la jurisprudencia alemana supra expuesta, afirma que la infidelidad sólo puede dar lugar a un daño resarcible, "si el adulterio va acompañado de una intención cualificada de causar daño, como en el caso, en que se haya engañado al marido sobre su paternidad".

cumple para imputarle responsabilidad, sino, simplemente, su comportamiento negligente.

Hay que tener en cuenta que una cosa es que, como constantemente afirma la jurisprudencia italiana, la responsabilidad sólo surja por incumplimientos graves o reiterados de los deberes conyugales, lo que me parece imprescindible en orden a evitar una proliferación de demandas basadas en incumplimientos nimios, y otra cosa, diversa, es que se aplique un criterio subjetivo de atribución de responsabilidad civil, más rígido que el ordinario, lo que ya no me parece correcto.

La sentencia del Tribunal de Milán de 4 de junio de 2002²⁹ es buena muestra de esta distinción. En ella, al referirse a la posibilidad de aplicar la responsabilidad civil en el ámbito de la relaciones conyugales, se dice que el juez debe comprobar, ante todo, la objetiva gravedad de la conducta asumida por el agente, violando uno o más de los deberes derivados del matrimonio, en el marco de una valoración comparativa del comportamiento de ambos cónyuges en el contexto familiar. Describe, así, el hecho dañoso, identificándolo con un incumplimiento grave de las obligaciones conyugales, pero, al referirse al criterio de imputabilidad, aplica la regla general del artículo 2043 del *Codice*, afirmando que es necesario averiguar si el comportamiento es subjetivamente imputable al cónyuge que incumple, en cuanto le sea reprochable dolo o culpa.

3. El nexo de causalidad

Ha de quedar acreditada la existencia de un nexo de causalidad entre el incumplimiento de los deberes conyugales y el daño moral, cuya reparación se pide.

El nexo puede quedar roto por un suceso de fuerza mayor, por ejemplo, un contratiempo económico o una enfermedad que imposibilite a uno de los cónyuges a cumplir su deber de asistencia y socorro; también por la propia conducta del demandante, cuya infidelidad, por ejemplo, puede motivar la de su consorte; en otras ocasiones, con su comportamiento puede no romper el nexo de causalidad, pero sí concurrir a la producción del daño o a su agravamiento, lo que deberá ser apreciado para reducir su cuantía.

La sentencia del Tribunal de Milán de 10 de febrero de 1999³⁰ conoció de la demanda de responsabilidad civil de una mujer divorciada, que había estado casada durante treinta y un años, con un varón que, desde el comienzo mismo del matrimonio, había mostrado desinterés sexual hacia su esposa.

²⁹ *Giurisprudenza italiana*, 2002, II, c. 2289.

³⁰ "Il diritto di famiglia e delle persone", XXX, julio-septiembre, 2001, p. 988.

Sólo mantuvieron relaciones sexuales en cuatro ocasiones, pero no de manera completa. Un año después de casarse, visitaron a un médico, que diagnosticó que el marido tenía una "carencia de masculinidad", ante lo cual inició una terapia, que abandonaría tres años después. Los cónyuges se separaron de mutuo acuerdo, a instancia de la mujer, veintiséis años después de casarse. Pasados seis años se divorciaron.

La demanda de divorcio fue presentada por el marido y aceptada por la mujer, que, a su vez, reconvino, demandando una indemnización por el daño por ella sufrido, argumentando que la indiferencia e incapacidad sexual de su cónyuge le habían ocasionado un síndrome nervioso depresivo, también referido a la frustración de las expectativas de ser madre, del cual sólo había sido consciente después de la separación, que había promovido con un retraso de más de veinte años, debido a la oposición que a ella mostraban los familiares del marido.

El tribunal realiza interesantes consideraciones de carácter sustantivo. Constata que la doctrina prevalente reconoce la naturaleza plenamente jurídica, y no sólo moral, de los derechos derivados del matrimonio, de modo que puede decirse que de ellos resulta una posición jurídica tutelada, o, incluso, un derecho subjetivo de un cónyuge, respecto del otro, a que éste tenga un comportamiento acorde a tales obligaciones y, en caso contrario, considera posible sujetar a quien incumple la responsabilidad civil extracontractual, siempre que se den los presupuestos generales del artículo 2043 del *Codice*. Expone, así, que los remedios específicamente previstos en sede de derecho de familia, a favor del cónyuge que cumple, no pueden desplazar aquéllos de los que goza en cuanto persona, al ser la familia un ámbito de autorrealización y no de restricción de los derechos irrenunciables, como el derecho a la salud, a la integridad personal, al honor, etc. Afirma, en definitiva, que el derecho personalísimo del individuo no consiente una derogación de la cláusula general de responsabilidad.

Sin embargo, la sentencia no estimó la pretensión de la mujer, por entender que en el caso litigioso no existía nexo de causalidad entre el ilícito atribuido al marido (falta de asistencia en la esfera afectiva y sexual) y el daño cuyo resarcimiento pedía.

Considera que el argumento de la demandante, de que sólo había sido consciente del daño moral al tiempo de obtener la separación no era creíble, ya que, de la documentación médica adjuntada al proceso, resultaba que, veinte años antes de la separación ya se encontraba en cuidados por un síndrome ansioso depresivo reactivo ante su situación matrimonial, el cual se había ido agravando con los años. Por lo que respecta a la afirmación de que no se había separado antes por la oposición a ello de los familiares del marido, el tribunal entiende

que las presiones de éstos no tenían la entidad suficiente para determinar la voluntad de una persona adulta y con autonomía económica en un contexto socio-familiar como era el de los años setenta en la ciudad de Milán.

Entiende, en definitiva, que el propio comportamiento de la demandante no se limita a un aspecto cuantitativo, esto es, no concurre meramente a la producción o agravación del daño, sino que se trata de una serie causal del todo autónoma, que se inserta en el proceso etiológico, rompiendo un nexo de causalidad con la conducta del demandado. Y concluye: nada sino su libre voluntad impedía a la mujer desligarse del marido, y si no lo hizo cuando se detectaron los primeros síntomas de depresión, fue una opción suya, cuyas consecuencias no puede imputarse más que a sí misma.

III. Descripción del hecho dañoso

Prestaremos una especial atención al hecho dañoso, que no tiene por qué constituir un delito penal, por ejemplo, de lesiones o de abandono de familia; de hecho, si lo fuera, la responsabilidad civil del infractor no se regiría por los artículos 1902 y siguientes del Código Civil, sino por los artículos 107 y siguientes del Código Penal, o, en su caso, si se tratase de un delito contra la intimidad o el honor (calumnia o injurias), por el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo.

El hecho dañoso puede ser un mero ilícito civil, consistente en el incumplimiento de los deberes conyugales, que objetivamente ha de ser grave o reiterado, como decía el artículo 82.1º del Código Civil en su anterior redacción.

Esto no significa exigir una culpabilidad reforzada al cónyuge que incumple, sino excluir que los tribunales se vean obligados a conocer de demandas de responsabilidad civil dirigidas a obtener la reparación de daños morales, basadas en la alegación de incumplimientos nimios de las obligaciones conyugales.³¹

Los deberes conyugales son las obligaciones recíprocas contempladas en los artículos 67 y 68 del Código Civil, que constituyen la causa del negocio jurídico matrimonial,³² esto es, las de convivencia, respeto, asistencia y fidelidad.

³¹ La sentencia de la Corte de Casación Civil italiana de 10 de mayo de 2005, *Giurisprudenza Italiana*, 2006, abril, c. 694, afirma que no deben tomarse en consideración comportamientos de mínima eficacia lesiva, susceptibles de encontrar composición en el interior de la familia, a través del espíritu de comprensión y tolerancia, que es parte del deber de recíproca asistencia, sino únicamente aquellas conductas que por su intrínseca gravedad sean agresiones a derechos fundamentales de la persona.

³² Como constata CARRIÓN OLMOS, S.: "Reflexiones de urgencia en torno a las Leyes 13 y 15/2005, por las que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio y derecho a contraer matrimonio", *La Ley*, 19 de julio de 2005, p. 3.

La Ley 15/2005, de 8 de julio, ha añadido al artículo 68 del Código Civil un último inciso, que dice que los cónyuges “Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo”.

La constitucionalidad de esta disposición³³ suscita dudas, en la medida en que supone una ingerencia pública en un ámbito íntimo de la persona, como es el de la libre decisión de los cónyuges acerca de la asignación y distribución de las tareas domésticas, lo que, además, parece estar en contradicción con el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad, el cual implica el reconocimiento, como principio general inspirador del ordenamiento jurídico, de la autonomía de la persona para elegir entre las diversas opciones vitales, de acuerdo con sus propios intereses y preferencias.³⁴

Este intervencionismo estatal, calificado como “una norma de pedagogía social”,³⁵ que pretende imponer a los cónyuges un modelo de organización de las tareas domésticas, basado en la igualdad (aunque expresamente no se utilice esta palabra), resulta paradójico,³⁶ si se tiene en cuenta que, precisamente, el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad es el hilo conductor de la reforma introducida por la Ley 15/2005, al establecer como causa de separación y disolución del matrimonio la mera voluntad de los cónyuges,³⁷ así como también lo es de la reforma operada por la Ley

³³ CARRIÓN OLMOS, S.: “Separación y divorcio tras la Ley 15/2005, de 8 de julio”, en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (coordinador) y otros: *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia de 2005*, colección de monografías de Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p. 180, juzga esta disposición “quizá no del todo afortunada, al menos por cuanto a su ubicación se refiere”. DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema*, cit., p. 93, consideran que se trata de “un precepto difícil de integrar en el sistema legal, pues utiliza frases muy generales, susceptibles de todas las interpretaciones posibles”. SERRANO GÓMEZ, E.: “Efectos del matrimonio”, en SERRANO ALONSO, E. y otros: *El nuevo matrimonio civil. Estudio de las leyes 13/2005, de 1 de julio, y 15/2005, de 8 de julio, de Reforma del Código Civil. Con formularios*, Edisofer, Madrid, 2005, p. 70, entiende que “esta referencia ‘a compartir las responsabilidades domésticas’ se trata de una concesión legal del legislador a determinados movimientos feministas”.

³⁴ Tiene razón PARADISO, M.: *I rapporti personali tra coniugi*, en AA.VV.: *Il codice civile. Commentario*, artículos 143 a 148, p. 6. cuando habla de la necesidad de individualizar en los deberes conyugales el contenido mínimo para garantizar la identidad sustancial del matrimonio, respetando, al mismo tiempo, la legítima diferenciación de las diversas realidades familiares.

³⁵ ATIENZA NAVARRO, M^a L.: “La incidencia”, cit., p. 153.

³⁶ ATIENZA NAVARRO, M^a L.: “La incidencia”, cit., p. 156, y MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M^a T.: “Remedios indemnizatorios”, cit., p. 157, llaman la atención sobre este punto.

³⁷ La Exposición de Motivos de la Ley 15/2005, en orden a explicar el nuevo sistema de divorcio, basado en la pura voluntad de cualquiera de los cónyuges de disolver el matrimonio, y desconectado de cualquier idea de culpa, afirma que “se estima que el respeto al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el artículo 10.1 de la Constitución, justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculada con su cónyuge. Así, el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud, ni, desde luego, de una previa e ineludible situación de separación”.

13/2005, de 1 de julio, por la que se admite el matrimonio entre personas del mismo sexo.³⁸

A mi entender, una vez proclamado en el artículo 66 del Código Civil que “El marido y la mujer son iguales en derechos y deberes”, proclamación seguramente necesaria al tiempo de promulgarse la Ley 30/1981, dado los antecedentes históricos de sumisión de la mujer al marido (que, por supuesto, no son exclusivos de nuestro derecho), el Estado no tiene por qué predeterminar legalmente la distribución de las funciones que cada uno de los cónyuges asumirá en el matrimonio, sino que debe respetar los acuerdos a los que ambos lleguen libremente a este respecto, por ejemplo, que uno de ellos se dedique a las labores del hogar y el otro trabaje fuera de casa, opción que, desde un punto de vista constitucional, es tan perfectamente legítima como aquella en la que se pacta una distribución por igual de las tareas domésticas.³⁹

En cualquier caso, me parece que el ámbito propio para extraer consecuencias del incumplimiento de este denominado “deber” es el de la pensión compensatoria, ya que el número 4º del artículo 97 del Código Civil establece que “La dedicación pasada y futura a la familia es uno de los criterios para determinar la cuantía de aquélla”; por lo que no será examinado en este trabajo.

1. Incumplimiento del deber de convivencia

El deber de convivencia constituye la premisa de la existencia de una plena comunidad de vida entre los cónyuges y actúa como condición para el ejercicio de los demás.

Parece, pues, pertinente plantearse el supuesto de abandono de hogar.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de 30 de septiembre de 2003⁴⁰ contempló la demanda interpuesta por una esposa separada, que padecía una limitación funcional en la columna y una enfermedad en la sangre, contra su marido, a quien acusaba de haber abandonado el hogar familiar,

³⁸ Así, la Exposición de Motivos de la Ley 13/2005, de 1 de julio, pone de relieve que “La relación y convivencia de pareja, basada en el afecto, es expresión genuina de la naturaleza humana y constituye cauce destacado para el desarrollo de la personalidad, que nuestra Constitución establece como uno de los fundamentos del orden político y de la paz social”. Más adelante, al referirse a las uniones formadas por personas del mismo sexo, afirma que “Se admite hoy sin dificultad que esta convivencia en pareja es un medio a través del cual se desarrolla la personalidad de un amplio número de personas”. Y, más precisamente, se afirma que “El establecimiento de un marco de realización personal que permita que aquellos que libremente adoptan una opción sexual y afectiva por personas de su mismo sexo puedan desarrollar su personalidad y sus derechos en condiciones de igualdad se ha convertido en exigencia de los ciudadanos de nuestro tiempo, una exigencia a la que esta Ley trata de dar respuesta”.

³⁹ LACRUZ BERDEJO, J. L.: “Efectos del matrimonio”, cit., p. 135, afirma, así, “la necesidad de respetar, junto al ‘libre desarrollo’, las bases sobre las cuales establecieron libremente los cónyuges la vida familiar”.

⁴⁰ *Aranzadi JUR*, 2003, N° 244422.

pidiendo que fuera condenado al resarcimiento del daño moral que le había ocasionado con tal abandono.

La Audiencia no acogió esta pretensión resarcitoria, por entender que había existido una separación de hecho libremente consentida por ambos esposos y que durante dicha separación el marido había entregado a la mujer la mitad de su pensión.

A mi parecer, el abandono de hogar podría dar lugar a una reparación de un daño moral⁴¹ si el mismo fuera acompañado de una desatención de los deberes de asistencia y ayuda mutua, lo que no sucedió en el caso litigioso.

Más dudosa es la cuestión de si la negativa, persistente e injustificada, de uno de los cónyuges a mantener relaciones sexuales con el otro puede dar lugar a una pretensión resarcitoria.⁴²

En la jurisprudencia francesa es clara la consideración como causa de divorcio de la negativa injustificada de un cónyuge a consumar el matrimonio o a mantener relaciones sexuales con el otro, siempre que sea fruto de un comportamiento voluntario y no se justifique por razones que excluyan todo tipo de menosprecio o ultraje, como por ejemplo, la impotencia que no pueda vencerse por un tratamiento médico⁴³

Pero, además, en la jurisprudencia italiana se ha planteado si el comportamiento de un cónyuge, contrario a mantener relaciones sexuales con el otro, puede dar lugar a un daño moral resarcible por vía del artículo 2043 del Código Civil, admitiéndolo –como ya ha sido expuesto– la sentencia del Tribunal de Milán de 10 de febrero de 1999,⁴⁴ que, sin embargo, no dio lugar al resarcimiento por falta de prueba del nexo de causalidad.

Más recientemente, la sentencia de la Corte de Casación Civil italiana de 10 de mayo de 2005⁴⁵ ha afirmado que el derecho a la sexualidad es una posición

⁴¹ Cfr., en tal sentido, LACRUZ BERDEJO, J. L.: "Efectos del matrimonio", p. 146.

⁴² GARCÍA CANTERO, G.: "Comentario al artículo 68 del Código Civil", cit., pp. 195-196, habla de una vertiente positiva del deber de fidelidad, "de práctica de relaciones sexuales entre los cónyuges", por supuesto incoercible, a cuyo incumplimiento, sin embargo, no atribuye consecuencias jurídicas a efectos de un resarcimiento de daños y perjuicios, a diferencia de lo que acontece cuando trata de lo que llama deber de fidelidad en sentido negativo, entendido como obligación de abstenerse de mantener relaciones sexuales con terceros".

⁴³ Veáanse, así, las Sentencias de la Corte de Casación de 21 de marzo de 1950 (D 1950, p. 395), 16 de julio de 1962 (*Bulletin Civil*, II, N° 592), 16 de diciembre de 1963 (*Daloz*, 1964, p. 227), 22 abril 1964 (*Bulletin Civil*, II, N° 308), 5 de noviembre de 1969 (*Daloz*, 1970, p. 223) y 4 de octubre de 1978 (*Daloz*, 1979, *Information Rapide*, p. 211).

⁴⁴ "Il diritto di famiglia e delle persone", XXX, julio-septiembre, 2001, p. 988.

⁴⁵ *Giurisprudenza Italiana*, 2006, abril, c. 694.

subjetiva tutelada constitucionalmente y que, en su proyección a la procreación, constituye una dimensión fundamental de la persona y una de las finalidades del matrimonio.

En el caso litigioso, el marido no había informado a la mujer, antes de celebrarse el matrimonio, de que padecía una impotencia "coeundi", a causa de una malformación, que conocía perfectamente.

La Corte consideró que la intensidad de los deberes conyugales ha de reflejarse necesariamente sobre las relaciones entre las partes en la fase precedente al matrimonio, imponiéndoles –incluso, en defecto de un vínculo conyugal, pero ante la perspectiva de constituirlo– una obligación de lealtad, corrección y solidaridad, que se sustancia también en una obligación de informar de toda circunstancia inherente a las propias condiciones psicofísicas y de todas situaciones susceptibles de comprometer la comunión material y espiritual, a la cual el matrimonio se dirige. Constató, así, que la falta de lealtad del varón había ocasionado a la mujer una violación en su dignidad como persona, en su libertad-dignidad, en su autónoma determinación al matrimonio, en sus expectativas a una vida sexual armónica, en sus proyectos de maternidad, y en su confianza en una vida conyugal fundada sobre la comunidad, la solidaridad y el pleno desarrollo de las propias potencialidades en el ámbito de la peculiar formación social constituida por la familia.

2. Incumplimiento del deber de respeto mutuo

Me parece incuestionable que el incumplimiento del deber de respeto mutuo ha de dar lugar a una indemnización.⁴⁶

Tal deber se proyecta sobre los derechos de la personalidad,⁴⁷ lo que exige, por supuesto, la interdicción de actos que supongan una lesión de la integridad física o moral de su consorte (por ejemplo, malos tratos), pero también la necesidad de respetar su honor, absteniéndose de comportamientos que puedan disminuir su propia estima y consideración ante la sociedad (por ejemplo, insultos, en particular si se pronuncian ante terceros).

⁴⁶ Cfr., así, GARCÍA CANTERO, G.: "Comentario al artículo 67 del Código Civil", cit., p. 186, GETE-ALONSO Y CALERA, M^a C.: "Comentario al artículo 67 del Código Civil", cit., p. 326, y LACRUZ BERDEJO, J. L.: "Efectos del matrimonio", p. 146. Por el contrario, LETE DEL RÍO, J. M.: "Comentario al artículo 67 del Código Civil", en AA.VV.: *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil*, 2ª edición, Civitas, Madrid, 1994, p. 644, considera "muy discutible afirmar, con carácter general, que el incumplimiento de la obligación o deber de respeto de un esposo respecto del otro pueda dar lugar a una indemnización de daños y perjuicios".

⁴⁷ Afirma PARADISO, M.: *I rapporti personali*, cit., p. 54, que, en línea de principio, los derechos de la personalidad de los cónyuges no experimentan limitaciones o preclusiones de carácter general, ni en el ámbito personal, ni por el hecho de pertenecer a la familia.

La sentencia de la Corte de Apelación de Turín, de 21 de febrero de 2000,⁴⁸ aunque no conoció de una demanda de resarcimiento, contempló un supuesto, que, sin duda, creo que podía haber dado lugar a él, por violación de la obligación de respeto. Imputó, así, al marido la separación, a causa de que públicamente había asumido un comportamiento, que se califica como "mobbing", en relación con su cónyuge, a la que había injuriado, denigrado, ofendido sobre el plano estético y desvalorizado como mujer y madre.

En un caso, en el que específicamente la cuestión litigiosa sí giraba en torno a la procedencia de una pretensión resarcitoria por incumplimiento de deberes conyugales, la sentencia de la Sala Primera de la Corte de Casación francesa de 11 de enero de 2005⁴⁹ anuló la sentencia recurrida, que había pronunciado el divorcio por culpa de la mujer, a quien se le atribuía un comportamiento violento, injurioso y humillante, incluso en presencia de terceros, respecto de su marido, pero que, sin embargo, había rechazado la demanda de resarcimiento de este último, con el argumento de que en los juicios de divorcio no resultaba procedente la aplicación del artículo 1382 del Código Civil.

El deber de respeto implica también el reconocimiento de un ámbito razonable de privacidad del otro cónyuge, que abarca la esfera de ideas, sentimientos y actividades que, exclusivamente, atañan a él;⁵⁰ e, igualmente, la prohibición de divulgar aspectos de su vida privada, de los que tenga conocimiento por razón de la convivencia o de la relación de confianza que se establece entre los cónyuges, así como de los que afecten a la vida íntima de familia, prohibición esta que incluso persiste tras la disolución del matrimonio.⁵¹

La sentencia de la Corte de Apelación de Agen de 30 de abril de 2002⁵² conoció del siguiente supuesto. Unos cuatro meses después de contraer matrimonio, el marido interpuso una demanda de divorcio por culpa de la mujer. Cinco días antes había aparecido en el periódico un anuncio en el que se decía que el marido no se hacía ya cargo de las deudas que pudiera contraer la mujer. Seis días más tarde, en el mismo periódico apareció otro anuncio en el que se decía que el marido desmentía lo publicado anteriormente. La mujer interpuso una demanda de daños contra el marido, alegando que el anuncio era difamatorio e injurioso y, más tarde, contra la madre de éste. Posteriormente,

⁴⁸ *Il Foro Italiano*, 2000, c. 1555.

⁴⁹ *Bulletin Civil*, 2005, I, N° 13.

⁵⁰ PARADISO, M.: *I rapporti personali*, cit., p. 63.

⁵¹ Cfr., en tal sentido, FINOCCHIARO, F.: *Matrimonio*, tomo II, en AA.VV.: *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca* (dirigido por F. GALGANO), Libro primo: *Persone e famiglia*, artículos 84 a 158, Zanichelli Editore Bologna, *Il Foro Italiano*, Roma, 1993, p. 250, GARCÍA CANTERO, G.: "Comentario al artículo 67 del Código Civil", cit., p. 185, GETE-ALONSO Y CALERA, M^a C.: "Comentario al artículo 67 del Código Civil", cit., p. 324, y LACRUZ BERDEJO, J. L.: "Efectos del matrimonio", p. 146.

⁵² Sala Primera, N° del recurso 00/00801 ("Legifrance").

desistió de la demanda presentada contra su marido, al considerar que éste no era el autor del primer anuncio, sino que el mismo era, exclusivamente, atribuible a su suegra.

En primera instancia se condenó a la madre del marido a pagar 5000 euros de indemnización a la demandante, condena que se confirmó en segunda instancia, donde se precisó que el bien jurídico lesionado no era el honor, sino la intimidad, afirmado que la publicación del primer anuncio constituyó una publicidad, respecto de terceros, de la ruptura de los esposos y, por lo tanto, una atentado culpable al derecho a la vida privada de la demandante.

No me cabe duda de que si el redactor del anuncio hubiera sido el marido, éste hubiera debido ser condenado a reparar el daño causado, al haber dado publicidad a un hecho de la vida privada de ambos. No hay que olvidar que el artículo 18 de la Constitución Española y la Ley 1/1982, de 5 de mayo, que desarrolla este precepto, protegen el derecho a la intimidad, en su faceta personal y familiar, por lo que un cónyuge puede exigir al otro que no revele a terceros, en particular a través de la publicación de un anuncio en un periódico, los problemas conyugales por los que atraviesan.⁵³

Hay que tener en cuenta que, en caso de infracción del derecho al honor o a la intimidad, será aplicable el artículo 9 de la Ley Orgánica de 1/1982, que presenta ciertas especialidades respecto del régimen general del artículo 1902 del Código Civil.

En primer lugar, probada la intromisión ilegítima de un cónyuge en estos derechos de la personalidad del otro, se presumirá la existencia del daño moral, exceptuándose, así, la regla general, según la cual quien reclama un daño debe probar su existencia.

En segundo lugar, habrá que tener en cuenta los criterios de valoración del daño moral establecidos en el precepto, esto es, la gravedad de la lesión, la difusión del medio en que ésta se haya producido y el beneficio económico obtenido por el autor de la lesión, criterio este último que es extrínseco al daño mismo, pero que permite aumentar la cuantía de la indemnización, evitando, así, que el infractor pueda sacar provecho de la lesión de un bien de la personalidad ajeno.

⁵³ Para LACRUZ BERDEJO, J. L.: "Efectos del matrimonio", p. 146, constituye infracción del deber de respeto "manifestar y propagar noticias acerca de la vida matrimonial".

En el mismo sentido se pronuncian FINOCCHIARO, F.: *Matrimonio*, cit., p. 250, y PARADISO, M.: *I rapporti personali*, cit., p. 63, para quienes las informaciones relativas a noticias reservadas de datos familiares sólo se pueden divulgar con el acuerdo de ambos cónyuges.

En tercer lugar, se amplía el plazo de reclamación previsto en el artículo 1968.2 del Código Civil, para el ejercicio de la acción tendente a exigir la responsabilidad civil del infractor, que no es de un año, sino de cuatro, aunque dicho plazo se califica en el número cuarto del artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1982, como de caducidad, y no como de prescripción, de modo que no admitirá interrupción.

3. Incumplimiento del deber de asistencia y socorro

Me parece igualmente indiscutible que la vulneración grave o reiterada del deber de asistencia y socorro (tanto en el aspecto estrictamente económico, como en el moral)⁵⁴ es un ilícito civil que puede dar lugar a la obligación de resarcimiento a cargo del que lo incumple, tal y como lo reconocen la jurisprudencia italiana y francesa.⁵⁵

En la jurisprudencia italiana la sentencia del Tribunal de Florencia de 13 de junio de 2000⁵⁶ estimó la demanda resarcitoria interpuesta por la mujer, quien en los primeros años de su matrimonio había comenzado a manifestar síntomas de esquizofrenia paranoide, que, en principio, fue sólo episódica, para luego cronificarse y llevarle a una situación de aislamiento de la vida familiar y social, ya que la misma permaneció recluida en el salón de su casa durante cuatro años, durante los cuales el marido no manifestó ningún interés por su estado de salud. Su única actuación fue la de someterla a un tratamiento sanitario público, desentendiéndose de ella, cuando ésta abandonó su internamiento y negándose a recibirla en el domicilio familiar, a pesar de que médicamente se consideró que ésta era la solución óptima.

El tribunal entendió que el marido había incurrido en una conducta antijurídica, pues había violado el deber de asistencia, moral y material; que existía un daño reparable, esto es, el daño biológico temporal causado a su mujer durante los cuatro años que permaneció recluida en el salón de su casa sin ningún contacto familiar y social; y así mismo que había quedado probado el nexo de causalidad, ya que el injustificado retraso en iniciar su tratamiento médico había constituido el factor determinante del referido daño biológico.

La sentencia del Tribunal de Milán de 4 de junio de 2002⁵⁷ condenó al marido a pagar una indemnización de 5.164,57 euros a la mujer demandante. En el caso litigioso, los cónyuges habían contraído matrimonio después de siete años de noviazgo. A los dos años la mujer quedó embarazada, ante lo cual el marido manifestó hostilidad e indiferencia, intentando, sin conseguirlo, que la mujer

⁵⁴ TRABUCCHI, A.: *Istituzioni di Diritto civile*, 34ª edición, Cedam, Padova, p. 1993, p. 260.

⁵⁵ Cfr., en tal sentido, GETE-ALONSO Y CALERA, Mª C: "Comentario al artículo 67 del Código Civil", cit., p. 326.

⁵⁶ "Famiglia e Diritto", 2000, p. 161.

⁵⁷ *Giurisprudenza italiana*, 2002, II, c. 2289.

abortara y manifestándole su deseo de no proseguir la convivencia, tres meses después del comienzo de la gestación. Empezó a regresar al domicilio conyugal a altas horas de la madrugada y a ausentarse de él periódicamente durante días, constatándose que mantenía una relación extraconyugal. Aunque el marido continuó conviviendo formalmente con la mujer, lo cierto es que se encontraba ilocalizable cuando ésta lo necesitaba, no le prestó asistencia afectiva, psicológica y material a lo largo del embarazo, y se despreocupó de la suerte del recién nacido, de modo que la mujer acabó cayendo en un grave estado depresivo.

El tribunal justificó la condena argumentando que el demandado había incurrido en una conducta transgresiva de los deberes conyugales especialmente grave, en cuanto que había sido realizada con un desprecio manifiesto a la persona de la demandante y la había abandonado en condiciones de particular fragilidad y de necesidad de asistencia, moral y afectiva, como consecuencia de su estado de embarazo, el cual había sido querido y buscado por ambos cónyuges.

En la jurisprudencia francesa existen diversos fallos en los que se condena a pagar una indemnización de daños al cónyuge que incumple el deber de asistencia de su consorte.

La sentencia de la Sala Segunda de la Corte de Casación de 11 de febrero de 1981⁵⁸ anuló la sentencia recurrida, que había pronunciado el divorcio por culpa exclusiva del marido, el cual había abandonado el domicilio conyugal hacía muchos años y, no obstante, había desestimado la demanda de la mujer, por la que ésta reclamaba a aquél una indemnización de los perjuicios morales y materiales sufridos por dicha situación prolongada de abandono.

La sentencia de la Sala Segunda de la Corte de Casación de 25 de febrero de 1981⁵⁹ anuló igualmente la sentencia recurrida, en la cual se había pronunciado el divorcio por ruptura prolongada de la vida común, rechazando la pretensión de resarcimiento de daños de la mujer, a pesar de constatar que el abandono que habían sufrido ella y los hijos por parte del marido le había producido consecuencias (negativas) considerables.

En la jurisprudencia de instancia la Sentencia de la Corte de Apelación de Douai de 30 de abril de 2003,⁶⁰ que había pronunciado el divorcio por culpa del marido, condenó a éste a pagar a la mujer una indemnización de 1500 euros. En el caso litigioso el marido había expulsado a su mujer del domicilio conyugal para introducir en él a su amante y posteriormente la había dejado sin recursos y sin ayuda durante varios meses.

⁵⁸ *Bulletin Civil*, 1981, II, N° 30.

⁵⁹ *Bulletin Civil*, 1981, II, N° 41.

⁶⁰ Sala 7ª, N° de recurso 01/6335 ("Legifrance").

4. Incumplimiento del deber de fidelidad

Ha quedado expuesto que la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de julio de 1999⁶¹ ha negado que la infracción del deber de fidelidad constituya un ilícito civil susceptible de dar lugar a un supuesto de responsabilidad civil.

Creo que esta sentencia no crea jurisprudencia, porque la anterior sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1999,⁶² que resolvió un caso semejante a aquélla, no contiene la misma *ratio decidendi*.

Esta última sentencia contempló también una demanda de resarcimiento, que suponía la infidelidad de la mujer. El matrimonio se había contraído canónicamente en 1956. Los cónyuges se separaron canónicamente en 1974, por sevicias y adulterio del marido, y en 1976 recaería sentencia de nulidad canónica. En 1990 se practicó una prueba de paternidad, que dio como resultado que uno de los hijos nacido durante el matrimonio no era del marido, quien interpuso una demanda de reparación del daño moral sufrido, por "el comportamiento doloso de la demandada al ocultar la verdadera paternidad".

El Tribunal Supremo no estimó el recurso interpuesto por quien se había creído padre sin serlo, pero no fundamentó su fallo en la afirmación de que el incumplimiento de los deberes conyugales no puede dar lugar a una reparación de daños y perjuicios, como, en cambio, haría la posterior sentencia de 30 de julio, sino en la consideración de que no habían quedado acreditados los hechos aducidos por el demandante y recurrente, esto es, que la mujer había sabido y ocultado la filiación extramatrimonial del hijo. Por otro lado, parece que en este supuesto no podía alegarse la infidelidad de la mujer, cuando el propio demandante había incurrido en la misma conducta, ya que la sentencia canónica de separación tuvo como causa sus sevicias y adulterio.

A mi parecer, la tesis sustentada por la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de julio de 1999 es errónea, porque la obligación de fidelidad, que tiene evidente conexión con la de respeto mutuo,⁶³ es un auténtico deber jurídico.⁶⁴

Es verdad que el adulterio fue despenalizado por la Ley de 28 de mayo de 1978, pero una cosa es que se suprima la tutela penal de la obligación de fidelidad

⁶¹ *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, 1999, N° 5726.

⁶² *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, 1999, N° 5721.

⁶³ Como constata GETE-ALONSO Y CALERA, M^o C: "Comentario al artículo 68 del Código Civil", en AA.VV., *Comentarios a las reformas del derecho de familia*, volumen I, Tecnos, Madrid, 1984, p. 338.

⁶⁴ TORRENTE A. Y SCHLESINGER, P.: *Manuale de Diritto Privato*, 14^a edición, Giuffrè, Milano, 1994, p. 803, afirman que la afirmación solemne encaminada a reafirmar que la fidelidad constituye el contenido de una verdadera y propia obligación jurídica, constituye un elemento importantísimo para delinear el modelo de matrimonio que el legislador propone a los ciudadanos y en el cual la comunidad de vida conyugal continúa implicando una relación persona entre los cónyuges de carácter exclusivo.

(lo que es razonable, en atención al carácter subsidiario y de último remedio que ha de tener el derecho penal) y otra cosa, muy distinta, es que se la prive de tutela civil, a través del artículo 1902 del Código Civil.⁶⁵

Creo, así, que la infidelidad, siempre que no sea recíproca, puede dar lugar a un daño moral resarcible,⁶⁶ tal y como mantienen los tribunales franceses e italianos.

En la jurisprudencia francesa la sentencia de la Sala Segunda de la Corte de Casación de 13 de abril de 1992⁶⁷ revocó la sentencia recurrida, la cual había pronunciado el divorcio por culpa recíproca de los cónyuges, al haber entendido que habían vivido en la sospecha, el desinterés y la falta de respeto, y que se habían distanciado hasta el punto de llevar cada uno de ellos una vida independiente. Sin embargo, la Corte de Casación le reprocha que, a pesar de haber constatado que el marido mantenía una relación extraconyugal y que había ejercido violencia sobre la mujer, no había averiguado si de ello resultaba un daño para la misma.

Digna de destacar es también la sentencia de la Corte de Apelación de Agen de 16 de mayo de 2002⁶⁸, que, habiendo pronunciado el divorcio por culpa exclusiva del marido, le condenó a pagar a la mujer 4000 euros, por su comportamiento durante el matrimonio, en particular por sus relaciones extraconyugales.⁶⁹

En la jurisprudencia italiana la sentencia de la Corte de Casación Civil de 19 de junio de 1975⁷⁰ admitió que la infracción de la obligación de fidelidad pudiera constituir un daño reparable para el cónyuge traicionado, como consecuencia del descrédito social que de ella resulte.

A mi parecer, sin negar el descrédito social que la infidelidad pueda producir a quien la sufre, también origina un daño moral, que puede ser, incluso, más grave, esto es, el originado por la falta de respeto de quien la comete, el cual defrauda la confianza que en él tenía el otro consorte, merced a la asunción

⁶⁵ Observa LACRUZ BERDEJO, J. L.: "Efectos del matrimonio", cit., p. 142, que "han cambiado las formas de tutela de tal deber, y por tanto las consecuencias de su infracción, pero persiste el deber mismo".

⁶⁶ En tal sentido se manifiesta GARCÍA CANTERO, G.: "Comentario al artículo 68", cit., p. 196, y, más contundentemente, GETE-ALONSO Y CALERA, M^o C.: "Comentario al artículo 68 del Código Civil", p. 338, y LACRUZ BERDEJO, J. L.: "Efectos del matrimonio", cit., p. 146; también FINOCCHIARO, F.: *Matrimonio*, cit., p. 259, que conecta el daño moral causado por la infidelidad conyugal con el descrédito social, que el adulterio puede suponer para el cónyuge que lo sufre; en contra, sin embargo, FERRER RIBA, J.: "Relaciones familiares y límites del derecho de daños", cit., p. 15.

⁶⁷ N^o de recurso 90/21490 ("Legifrance").

⁶⁸ Sala 1^a, N^o de recurso 01/00320 ("Legifrance").

⁶⁹ Véase también la sentencia de la Corte de Apelación de Douai de 30 de abril de 2003, Sala 7^a, N^o de recurso 01/6335 ("Legifrance").

⁷⁰ *Repertorio del Foro Italiano*, voz "Matrimonio", N^o 288.

recíproca de la obligación de exclusividad sexual, contraída por ambos cónyuges al tiempo de la celebración del matrimonio.

Por ello, no puedo estar de acuerdo con la posición mantenida por la sentencia del Tribunal de Milán de 22 de noviembre de 2002,⁷¹ que, en el caso por ella enjuiciado, consideró que la infidelidad de la mujer no era susceptible de dar lugar a una indemnización, y ello a pesar de los sufrimientos morales que pudiera haber causado al marido, porque, aunque la misma fuera idónea para hacer intolerable la continuación de la vida en común, sin embargo, no tenía una gravedad específica y un especial carácter lesivo de la personalidad del cónyuge traicionado. La razón esgrimida por el tribunal, que desde mi punto de vista es insostenible y que sólo puede explicarse desde una valoración de la infidelidad desde un punto de vista exclusivamente social, es que se trataba de un acto de infidelidad "ordinaria", al haber sido mantenida clandestinamente y ocultada al marido y a los hijos.

¿Cabe sujetar a responsabilidad civil extracontractual a la persona con la cual mantiene relaciones sexuales el cónyuge infiel?

El problema ha sido resuelto de manera diversa por la jurisprudencia italiana de instancia, en la que existen fallos contradictorios.

La sentencia del Tribunal de Roma de 17 de septiembre de 1988⁷² admite que la persona que mantiene relaciones sexuales con uno de los cónyuges pueda estar sujeta a responsabilidad civil extracontractual sólo en la medida en que no haya tenido una conducta meramente pasiva, sino un comportamiento positivo o activo, idóneo a ampliar el riesgo asumido por cada uno de los cónyuges, al tiempo de celebrarse el matrimonio, de ser traicionado.

En cambio, la sentencia del Tribunal de Monza de 15 de marzo de 1997⁷³ ha respondido negativamente a la cuestión, argumentando –a mi juicio, improcedentemente– que el principio de autorresponsabilidad lleva a atribuir a la conducta del cónyuge capaz de autodeterminarse relevancia causal exclusiva en la inobservancia de las obligaciones derivadas del matrimonio.

En el mismo sentido se pronuncia la ya citada sentencia del Tribunal de Milán de 22 de noviembre de 2002,⁷⁴ que fundamenta su solución en la especial naturaleza de las obligaciones conyugales, y, en particular, la de fidelidad, que, por sus componentes emotivos y de intercambio de amor y sexo, impiden que

⁷¹ *Il Foro Italiano*, 2003, c. 1089.

⁷² *Repertorio del Foro Italiano*, 1989, voz "Responsabilità civile", N° 83.

⁷³ *Repertorio del Foro Italiano*, 1997, voz "Responsabilità civile", N° 136.

⁷⁴ *Il Foro Italiano*, 2003, c. 1089.

pueda calificarse al tercero de inductor al incumplimiento, y al cónyuge, de inducido. Y, además, afirma que el derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad impide perfilar la existencia de un deber de terceros de abstenerse de mantener relaciones sexuales con personas casadas.

Esta sentencia me parece criticable.

En primer lugar, porque, en línea de principio, sólo admite la responsabilidad de terceros por la lesión de derechos de crédito ajenos, cuando hayan sido los inductores del incumplimiento contractual del deudor, lo que no me parece adecuado, ya que, una vez admitida la existencia de un deber jurídico general de respetar los derechos ajenos, la responsabilidad del tercero, frente al acreedor insatisfecho, surgirá siempre que haya habido una cooperación maliciosa o negligente a dicho incumplimiento, y ello con independencia de que haya sido, o no, el inductor del mismo.

En segundo lugar, porque, afirmado el deber de respetar los derechos de créditos ajenos, como una manifestación del genérico principio *neminem laedere*, creo que es ineludible afirmar lo propio respecto de las obligaciones conyugales.

Ciertamente la obligación de fidelidad, directamente, sólo vincula a los cónyuges que la asumen al casarse, y no a los terceros, los cuales no son parte en el negocio jurídico de la que deriva. Ahora bien, una cosa es que los terceros no sean destinatarios directos de esa obligación de fidelidad y otra cosa muy distinta es que no deban respetarla, en cuanto que la misma es correlato de un auténtico derecho subjetivo de cada uno de los cónyuges. Y excluir su responsabilidad cuando lesionen dicho derecho, invocando el principio de libre desarrollo de la personalidad –como hace la sentencia comentada– me parece, sencillamente, inadmisibles, pues el referido principio, que, en nuestro derecho, alcanza rango constitucional debe combinarse con el respeto a los derechos de los demás, que también es considerado fundamento del orden político y de la paz social por el artículo 10 de la Constitución.

Creo, en definitiva, que la infidelidad sujetará a responsabilidad extracontractual tanto al cónyuge infiel como al tercero que mantuvo relaciones sexuales con él (siempre que supiera o debiera saber que estaba casado), lesionando el derecho a la fidelidad del cual es titular el otro consorte,⁷⁵ frente al cual responderán ambos solidariamente.

⁷⁵ Cfr., en tal sentido, FINOCCHIARO, F.: *Matrimonio*, cit., p. 373, y LACRUZ BERDEJO, J. L.: "Efectos del matrimonio", cit., p. 146.

Recientemente, en la jurisprudencia española de instancia, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 2 de noviembre de 2004⁷⁶ ha conocido de una demanda de resarcimiento del daño moral resultante del incumplimiento del deber de fidelidad, condenando solidariamente a su reparación tanto al cónyuge infiel como a su amante habitual.

El marido, al descubrir la infidelidad de su mujer, se separó de ella. Posteriormente, mediante las correspondientes pruebas de paternidad, averiguó que tres de los cuatro hijos habidos durante el matrimonio no eran de él, sino del amante de su mujer, razón por la cual interpuso una demanda de responsabilidad civil contra la mujer infiel y su amante.

En primera instancia se acogió parcialmente su pretensión resarcitoria, condenándose a los demandados al pago de 50.000 euros, "por daño moral, por la pérdida del vínculo biológico respecto de los menores"; se rechazó, en cambio, la reparación "del mayor impacto emocional", producido por la infidelidad misma, argumentando que ésta "no puede ser indemnizada".

La Audiencia elevó, sin embargo, la condena a la cantidad de 100.000 euros, ya que, a diferencia de lo entendido por la sentencia recurrida, consideró también indemnizable el daño moral del marido, resultante del estricto incumplimiento del deber de fidelidad por parte de su mujer.

La sentencia identifica el daño resarcible con la "dolencia [del marido] que ha sido muy grave, con riesgo para su vida, por sus ideas de suicidio, y todo generado no por la separación matrimonial, sino por la pérdida de los que consideraba sus hijos", a la que se le reconoce "una entidad semejante a la de la pérdida física de éstos". Pero, más adelante, para justificar el aumento de la cuantía de la indemnización, afirma que "los padecimientos del demandante no pueden imputarse sólo al descubrimiento de su no-paternidad, sino, en gran medida, al conocimiento de la infidelidad de su esposa".

Comparto el resultado al que llega esta sentencia, de gran importancia, en cuanto pionera en nuestra jurisprudencia en el tema de responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales; discrepo, sin embargo, en su afirmación acerca de la exigencia de un criterio de atribución de responsabilidad, basado en el dolo, al que, ya antes, he mostrado mi rechazo.

Dice, así, que la infidelidad sólo pueda dar lugar a un daño resarcible, "si el adulterio va acompañado de una intención cualificada de causar daño, como en el caso, en que se haya engañado al marido sobre su paternidad".

⁷⁶ *Aranzadi Civil*, 2004, N° 1994.

Justifica dicha tesis en el reconocimiento de una pretendida doctrina jurisprudencial contraria a la indemnización del daño moral resultante del mero incumplimiento del deber de fidelidad, no cualificado por un dolo específico de los infractores.

Concretamente, afirma lo siguiente: “acogemos la doctrina emanada de las sentencias del Tribunal Supremo de 22 y 30 de julio de 1999, en las que se especifica que el daño moral generado en uno de los cónyuges por la infidelidad del otro no es susceptible de reparación económica alguna, y que la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación es la ruptura del vínculo conyugal”.

No insistiré en la crítica de la tesis, de la consideración de las normas de derecho de familia como un sistema cerrado y completo excluyente de la cláusula general de responsabilidad civil, pero sí en la constatación de que la misma sólo se contiene en la segunda de las sentencias citadas, pero no en la primera, la cual no se pronuncia sobre el tema de si el incumplimiento del deber de fidelidad puede, o no, dar lugar a la reparación del daño moral subsiguiente: no entra en esta cuestión, sino que se limita a entender no probados los fundamentos fácticos en que el actor había basado su demanda de resarcimiento, esto es, que la mujer había sabido y ocultado la filiación extramatrimonial del hijo, extremos estos que se consideran no probados.

La Audiencia realiza una lectura “a contrario” de la primera sentencia de 22 de julio de 1999, que me parece aventurada. De ella deduce que, de haberse probado que la mujer había silenciado la falsa paternidad del marido, y solamente en este caso (no, por lo tanto, si no conocía este extremo), el Tribunal Supremo hubiese estimado la pretensión resarcitoria del marido engañado. Yo creo que intentar adivinar lo que el Supremo hubiera dicho, de haberse planteado este supuesto de hecho, es una pura conjetura y, para ser honesto, no tengo muy claro que se hubiera pronunciado a favor del resarcimiento.

A mi entender, la infracción del deber de fidelidad, en sí misma, en cuanto lesión del recíproco derecho de los cónyuges a la exclusividad sexual del otro, puede dar lugar a un daño moral resarcible, con independencia de que, como consecuencia de ella, haya, o no, nacido un hijo extramatrimonial. De hecho, en el caso litigioso la Audiencia reconoció que la causa principal de los padecimientos del demandante había sido la infidelidad misma de la mujer, más que la pérdida de los que creía ser sus hijos.

El nacimiento de un hijo no matrimonial no es *conditio sine qua non* de la existencia del daño moral, aunque, lógicamente, de darse, puede agravarlo significativamente, ya que al impacto emocional sufrido al constatar la infi-

delidad del otro cónyuge habrá que añadir el ocasionado por la pérdida del vínculo biológico con el que creía ser su hijo. Y, a efectos de afirmar la oportuna responsabilidad civil, que la mujer infiel y el amante hayan, o no, ocultado al marido este hecho, suponiendo que lo supieran, me parece indiferente, ya que el daño es sustancialmente el mismo y, en cualquier caso, los infractores serán siempre susceptibles de un reproche culpabilístico, suficiente para fundamentar su responsabilidad "ex" artículo 1902 del Código Civil.