

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA
FACULTAD DE DERECHO



DAÑOS CIVILES EN EL MATRIMONIO
TESIS DOCTORAL

DAVID GONZALO VARGAS ARAVENA

DIRECTOR:

Dr. JOSÉ MARÍA LEÓN GONZÁLEZ

CODIRECTORA:

Dra. ESTHER TORRELLES TORREA

SALAMANCA, 2009

*Mis agradecimientos a:
mi madre, abuela, hermanas, familia en Chile, y a mis amigos;
pero en especial, a mi padre y tío Chundo;
sin el apoyo constante de todos ellos, este proyecto jamás se habría concluido.*

*A don José María León González, quien además de ser un gran Director ha sido un buen
amigo.*

ÍNDICE.

CAPÍTULO PRIMERO.

EL PROBLEMA DE LOS DAÑOS EN EL DERECHO DE FAMILIA.

I.- PLANTEAMIENTO GENERAL.....	1
II.- INMUNIDAD Y PRIVILEGIO FAMILIAR.....	3
III.- FAMILIA Y CONSTITUCIÓN.....	6
IV.- FAMILIA Y NORMAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL.....	12
V.- ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA.....	18
VI.- DELIMITACIÓN DEL CAMPO DE ESTUDIO.....	24

CAPÍTULO SEGUNDO.

DE LOS DAÑOS CIVILES EN LA PROMESA DE MATRIMONIO.

I.- CONSIDERACIONES PREVIAS.....	27
II.- PRINCIPIO DE LIBERTAD NUPCIAL.....	27
III.- LÍMITE AL PRINCIPIO DE LIBERTAD NUPCIAL: RUPTURA DE LA PROMESA DE MATRIMONIO SIN CAUSA.....	30
IV.- EFECTOS PREVISTOS POR LA LEY FRENTE A LA RUPTURA SIN CAUSA DE LA PROMESA.....	36
A.- Presupuestos para la validez de la promesa.....	36
B.- Obligación de resarcir los gastos hechos y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido.....	40
B.1.- Naturaleza jurídica de los esponsales y fundamento de la obligación de resarcimiento del art. 43 Cc.....	41

B.2.- Limitación de la extensión de la obligación de resarcimiento y relación de causalidad.....	50
C.- Otro de los efectos que contempla la Ley: revocación de las donaciones por causa de matrimonio.....	53
V.- EFECTOS NO PREVISTOS POR LA LEY: DAÑOS QUE EXCEDEN A LO DISPUESTO EN EL ART. 43 CC.....	55
A.- La ruptura de la promesa de matrimonio como causa única de otros daños: alternativas de solución.....	56
B.- Otras conductas dañosas con ocasión de la ruptura de la promesa.....	64
C.- Algunas consideraciones en la doctrina comparada.....	69
VI.- LA RUPTURA DE LA PROMESA DE MATRIMONIO Y LOS TERCEROS...	72

CAPÍTULO TERCERO.

DE LA IRRESARCIBILIDAD DE LOS DAÑOS ENTRE CÓNYUGES POR INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES CONYUGALES.

I.- LA INMUNIDAD Y PRIVILEGIO CONYUGAL.....	82
II.- PRIMACÍA DE LA FAMILIA PATRIARCAL Y EL INTERÉS SUPRAINDIVIDUAL POR SOBRE EL INDIVIDUAL.....	91
III.- CONSIDERACIÓN DE LOS DEBERES Y DERECHOS CONYUGALES COMO DEBERES ÉTICOS – MORALES, Y NO JURÍDICOS.....	98
A.- Algunas consideraciones sobre la naturaleza jurídica:.....	99
B.- Disponibilidad de los recíprocos deberes y derechos conyugales:.....	111
IV.- APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD EN EL DERECHO DE FAMILIA.....	116
V.- RECURSO A LA PENSIÓN COMPENSATORIA EN CASO DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO.....	133

CAPÍTULO CUARTO.

DE LA RESARCIBILIDAD DE LOS DAÑOS ENTRE CÓNYUGES.

I.- PRECISIONES PREVIAS.....	145
II.- SOLUCIONES FAVORABLES AL RESARCIMIENTO PERO DESVINCULADAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES CONYUGALES.....	146
A.- Responsabilidad del cónyuge dañador por haber incurrido en delito o falta.....	147
B.- Responsabilidad del cónyuge por la violación de algún derecho fundamental.	
B.1.- Descripción de esta posición.....	150
B.2.- Situación particular de la Ley Orgánica 1/1982, de 05 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen.....	157
C.- Responsabilidad del cónyuge por haber infringido el art. 1902 Cc.....	167
C.1.- Sentencias que exigen una conducta dolosa del cónyuge dañador.....	168
C.2.- Sentencias que exigen una conducta culpable o negligente del cónyuge dañador.....	182
III.- DEL RESARCIMIENTO POR INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES CONYUGALES.....	185
IV.- ALGUNAS PRECISIONES ACERCA DE LA NATURALEZA Y PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL CÓNYUGE INCUMPLIDOR.....	197
A.- Naturaleza del resarcimiento.....	198
B.- De la descripción del hecho dañoso: incumplimiento grave o reiterado de los deberes conyugales.....	203
C.- Del daño resarcible.....	205
D.- Del nexo de causalidad entre el incumplimiento y el daño.....	208
E.- Del criterio de imputación de responsabilidad del agente dañoso.....	211

CAPÍTULO QUINTO.
DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS TERCEROS POR SU
INTERFERENCIA EN EL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES
CONYUGALES.

I.- DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA.....	218
II.- SENTENCIAS ESPAÑOLAS QUE HAN RECONOCIDO LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS TERCEROS POR SU INTERFERENCIA EN EL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES MATRIMONIALES.....	218
III.- REVISIÓN DE LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA COMPARADA, FRENTE A LOS DAÑOS CAUSADOS POR ACTO DE COMPLICIDAD O INDUCCIÓN DEL TERCERO CON UNO DE LOS OBLIGADOS CONYUGALES.....	222
A.- Italia.....	223
B.- Francia.....	234
C.- Alemania.....	237
IV.- POSICIÓN DE LA DOCTRINA ESPAÑOLA FRENTE A LOS DAÑOS CAUSADOS POR ACTO DE COMPLICIDAD O INDUCCIÓN DEL TERCERO CON UNO DE LOS OBLIGADOS CONYUGALES.....	239
A.- De nuevo sobre la naturaleza jurídica de los derechos y deberes familiares.....	243
B.- Admisión de la tutela aquiliana de los derechos de crédito.....	244
V.- DIFICULTADES QUE PUEDE PRESENTAR LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR LOS ACTOS DE COMPLICIDAD O INDUCCIÓN DEL TERCERO CON UNO DE LOS CÓNYUGES EN EL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES CONYUGALES.....	249

CAPÍTULO SEXTO.
DE LOS DAÑOS CIVILES CONSECUENCIA DE LAS
SITUACIONES DE CRISIS CONYUGAL.

I.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	254
II.- DIVORCIO.....	254
A.- Divorcio a petición de uno solo de los cónyuges, transcurridos tres meses desde la celebración matrimonial.....	257
B.- A petición de uno solo de los cónyuges, sin necesidad de la exigencia del transcurso del plazo de tres meses para la presentación, art. 81.2 in fine Cc....	264
III.- NULIDAD MATRIMONIAL.....	269
A.- De los daños causados por la declaración de nulidad matrimonial.....	269
B.- Posibles alternativas para la reparación de los daños y perjuicios causados por la declaración de la nulidad de matrimonio.....	271
B.1.- Eventual aplicación de la Indemnización prevista en el artículo 98 Cc.....	272
B.1.1.- Determinación de la naturaleza jurídica, contenido y finalidad de la indemnización del art. 98 Cc.....	272
B.1.2.- Conclusión: rechazo de la indemnización del art. 98 como medio resarcitorio de los daños generales objeto de estudio.....	280
B.2.- Por medio de la tutela aquiliana.....	282
B.2.1.- Naturaleza jurídica del resarcimiento.....	284
C.- Posición de la jurisprudencia española.....	285

CAPÍTULO SÉPTIMO.
DE LOS DAÑOS CIVILES EN LAS UNIONES DE HECHO.

I.- DELIMITACIÓN DEL CAMPO DE ESTUDIO.....	294
II.- PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL A LA FAMILIA EN GENERAL.....	296

III.- FALTA DE EQUIPARACIÓN ENTRE EL MATRIMONIO Y LA UNIÓN DE HECHO.....	298
IV.- SOLUCIONES PROPUESTAS POR LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA A LA DISOLUCIÓN DE LA UNIÓN DE HECHO.....	301
A.- Convenio o pacto expreso de los convivientes.....	301
B.- Hechos o circunstancias que permiten deducir la voluntad tácita de los convivientes de sujetarse a determinadas normas.....	307
B.1.- Constitución de una sociedad irregular universal o particular de bienes.....	308
B.2.- Existencia de una comunidad de bienes.....	309
B.3.- Existencia de una relación laboral.....	311
C.- Aplicación analógica de las normas sobre liquidación de los regímenes económicos matrimoniales.....	313
C.1.- Aplicación analógica del art. 97 Cc.....	315
C.2.- Aplicación analógica del art. 1438 Cc.....	319
D.- Aplicación del principio general de prohibición de enriquecimiento sin causa.....	321
V.- APLICACIÓN DEL ART. 1902 CC. A LA DISOLUCIÓN UNILATERAL DE LA UNIÓN DE HECHO.....	326
A.- Regla general: principio de libertad de ruptura.....	328
B.- Supuestos en que se reclama una indemnización de perjuicios por aplicación del art. 1902 Cc.....	330
B.1.- Comportamiento imputable a culpa o dolo de uno de los convivientes al inicio de la convivencia.....	330
B.1.1.- Por inducción a la convivencia mediante engaño.	
i) a través de promesa de matrimonio.....	333
ii) sobre la condición del estado civil.....	341
B.1.2.- Por inducción a la convivencia aprovechándose de la posición de superioridad.....	342
B.2.- Comportamiento imputable a culpa o dolo de uno de los convivientes en el desarrollo de la convivencia.....	343

B.3.- Comportamiento imputable a culpa o dolo de uno de los convivientes a la finalización de la convivencia: ruptura intempestiva.....344

CONCLUSIONES.....346

BIBLIOGRAFÍA CITADA..... 350

TEXTOS LEGALES CITADOS..... 384

INFORMES JURÍDICOS CITADOS..... 386

ABREVIATURAS.

AC	Aranzadi Civil
ADC	Anuario de Derecho Civil
ARP	Aranzadi Penal
Art.	Artículo
Cc.	Código Civil
CCJC	Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil
CE	Constitución Española
Cit.	Citada
Cp.	Código Penal
ET	Estatuto de los Trabajadores
Et al.	Y otros autores
Ibid	Última cita
JUR	Resoluciones no publicadas en los productos CD/DVD de Aranzadi
LECrim.	Ley de Enjuiciamiento Criminal
Loc. cit.	Última cita del mismo autor y misma página
Op. cit.	Obra citada
RJ	Repertorio de Jurisprudencia
RTC	Repertorio del Tribunal Constitucional
SAP	Sentencia de Audiencia Provincial
SAT	Sentencia de Audiencia Territorial
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional

DAÑOS CIVILES EN EL MATRIMONIO¹.

CAPÍTULO PRIMERO.

EL PROBLEMA DE LOS DAÑOS EN EL DERECHO DE FAMILIA.

I.- PLANTEAMIENTO GENERAL.

La doctrina española escasamente se ha preocupado por el tema de los daños que puedan ocasionarse entre sí, las personas unidas por vínculos familiares, ya sean por matrimonio o parentesco, entiéndase cónyuges, padres e hijos, hermanos, entre otros, e incluso entre personas unidas por lazos de afectividad y convivencia, como es el caso de las uniones de hecho.

En efecto, cualquier estudio bibliográfico, demuestra la efectividad de nuestra afirmación, debido probablemente a que el Derecho de daños se aviene mal con el Derecho de familia, en atención a que éste último está inspirado en principios que exceden a cuestiones meramente patrimoniales, como son la jerarquización de la estructura familiar, el interés y bien común de la familia, la protección superior del menor, la sacralización del matrimonio, vínculos de solidaridad y altruismo, todos contrarios a la presentación de cualquier reclamación jurídica entre las partes involucradas.

La práctica en el campo de investigación nos demuestra que, por excelencia, sólo dos han sido los temas clásicos que han interesado a la doctrina y jurisprudencia, a saber, la responsabilidad civil de los padres por el hecho de sus

¹ Siguiendo a ROCES, W., Breves acotaciones sobre el régimen de reparación de Daños en el Derecho español, en FISCHER, Hans, *Los Daños Civiles y su reparación*, trad. esp. por Rocés, ed. Biblioteca de la Revista de Derecho Privado, Madrid, 1928, pág. 280, hemos optado por el término de Daños Civiles, como sinónimo de daños indemnizables por aplicación de las normas de responsabilidad civil, distinguida y precisada por el mencionado autor al expresar que “existe, pues, un concepto general de indemnización, que se corresponde exactamente con el concepto general de daño civil, puesto que no hay, en todos los ámbitos del Derecho, verdadero daño civil que, siendo imputable por las reglas de la responsabilidad, no engendre indemnización, ni indemnización que no venga a cancelar las consecuencias dañosas de un hecho”.

hijos menores (art. 1903 Cc.), y la cuestionada legitimación activa por la muerte de uno de los miembros de la familia.

Es más, la limitada preocupación de los daños ocasionados a o por uno de los miembros de una familia por o a un tercero, se ha centrado sólo en sus relaciones externas, en lo concerniente a cómo repercute sobre los demás integrantes del grupo familiar el hecho de que uno de ellos sufra un daño a causa de un tercero (v.gr. el padre que fallece como consecuencia de un atropello, dejando viuda y dos hijos), o contrariamente, cuando es él quien lo causa, lesionando los intereses personales o patrimoniales de alguien ajeno a la familia (v.gr. el menor que de una pedrada deja sin visión de un ojo a un compañero de colegio).

En estos y otros mil variados supuestos que podrían traerse a colación, lo que se cuestiona, en el fondo, es si la familia conserva todavía cierta cohesión o unidad como para que, en unos casos obligue a sus miembros a tener que asumir las consecuencias de la responsabilidad por el hecho ajeno, mientras que en otros los legitima en cambio para reclamar la correspondiente indemnización; en fin, se cuestiona cómo deben responder, quién debe responder, o quién debe o puede ejercer la respectiva acción, pero se despreocupan de aspectos tan significativos tales de cómo ese daño afecta en las relaciones internas de la familia, cuál es el patrimonio que en definitiva debe soportar ese coste o a quién debe favorecer, si existen o no posibilidades de que los padres puedan solicitar reembolsos a sus hijos por los daños causados por éstos a terceros, entre otras cuestiones.

Sin embargo, como los principios que inspiran las normas generales del Derecho de daños, tales como *alterum non laedere*, de indemnidad e integridad del daño, reaccionan frente a la existencia de un perjuicio, independiente del escenario en que ello suceda, creemos que un estudio, aunque sea sólo de ciertas situaciones, es más que indispensable, más aún si comenzamos cuestionándonos esa falsa justificación de que la familia todo lo ampara, y que ha motivado, erróneamente, a la doctrina a desatender su aplicación, restringiendo su esfera a unos exiguos temas de investigación.

Lo anterior, unido a la tendencia de realzar a la persona por sobre la familia, de priorizar la autonomía y libertad privada, de la nueva concepción de la familia, donde destaca el interés individual de sus miembros por sobre un interés superior, han llevado a una transformación del tema en cuestión, planteándose hoy en día, en definitiva, la extensión del Derecho de daños al Derecho de familia, a través de la prolongación y desarrollo de determinados temas particulares.

Lo anterior se evidencia, al hallarnos con los primeros estudios sobre cuestiones tales como la llamada paternidad responsable, la protección del nasciturus, las situaciones de injusta concepción, nacimiento y vida (*wrongful conception, birth y life*), la responsabilidad civil de los padres por la enfermedades o malformaciones con que nacen sus hijos en el ámbito de la procreación natural, o por el no reconocimiento voluntario del hijo de filiación extramatrimonial, o por el incumplimiento del régimen de visitas.

II.- INMUNIDAD Y PRIVILEGIO FAMILIAR.

Uno de los primeros argumentos invocados para desestimar la aplicación de las normas de responsabilidad civil al ámbito que nos interesa, se encuentra en que al interior del Derecho de familia, existirían ciertas inmunidades o privilegios que permitirían derogar o alterar la normal aplicación de estas normas de resarcimiento, estableciendo de una u otra forma, una libertad para que sus miembros se puedan dañar, amparados precisamente en la relación familiar, dando lugar a campos de inmunidad o privilegio conyugal y parental.

Sobre este punto, debemos comenzar señalando que según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española², inmunidad proviene del latín *immunitas, immunitatis*, significando calidad de inmune, privilegio local concedido a los templos e iglesias, en virtud del cual, los delincuentes que a ellas se acogían no eran castigados con pena corporal en ciertos casos; por su parte, inmune deriva del latín *immunis*, y se define como libre, exento de ciertos oficios, cargos, gravámenes o

² *Diccionario de la Lengua Española*, vigésima edición, ed. Real Academia Española, Madrid, mayo de 1984.

penas. En último término, privilegio, según el texto español en referencia, descende del latín *privilegium*, y significa gracia o prerrogativa que concede el superior, exceptuando o liberando a uno de una carga o gravamen, concediéndole una exención de que no gozan otros o por determinada circunstancia propia³.

Ya en el campo jurídico, inmunidad y privilegio, en su sentido original equivale a “excepción del sujeto frente al derecho común”, “excepción del derecho privado común”⁴. Al decir, según DE CASTRO Y BRAVO⁵, el privilegio es una anomalía, un acto jurídico fuera de la ley o del Derecho.

Por su parte, GARCÍA LÓPEZ⁶ sólo nos habla de inmunidad, distinguiendo su acepción en sentido amplio y estricto: el primero sería una prerrogativa, un derecho, “en cuya virtud se confiere a los representantes un cierto grado de indemnidad respecto de las acciones judiciales que en su contra pudieran promover” (irresponsabilidad por determinados actos u opiniones); mientras que el segundo, constituiría una ventaja frente a la ley, que conlleva al cumplimiento de una obligación previa antes de su común aplicación⁷.

En lo que a nosotros concierne, entendemos por inmunidad aquella que permite la total exención del recurso a las normas de responsabilidad civil, que hace inaplicables a éstas por el hecho de que el daño se cause entre personas pertenecientes a una familia (sentido amplio de inmunidad, derecho a la

³ Históricamente, las expresiones inmunidad y privilegio, tienen su antecedente en la época medieval inglesa - propia del rey para con sus parlamentos -, como una garantía adicional y complementaria que el monarca otorgaba a aquellos grupos sociales que gozaban del derecho a ser consultados en los asuntos del reino, de que efectivamente sus consejos serían oídos y de que, no se utilizaría ninguna triquiñuela legal para amedrentar a las personas que los transmitieran, garantizando así su autonomía institucional. Véase a GARCÍA LÓPEZ, Eloy, Crisis jurídica y crisis política de la inmunidad parlamentaria, *Revista De Las Cortes Generales*, N°18, tercer cuatrimestre, ed. Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1989, pág. 67 y ss.; GARCÍA MORILLO, Joaquín, Contenido, finalidad constitucional y control de la inmunidad parlamentaria, en *Inmunidad parlamentaria y jurisprudencia constitucional*, Debate celebrado en el centro de estudios constitucionales con la colaboración del Congreso de los Diputados y del Senado, Madrid, 1994, pág. 78 y ss.

⁴ RESCIGNO, Pietro, *Persona e comunita*, Saggi di diritto privato, ed. Il Mulino, Bologna, 1966, pág. 380.

⁵ DE CASTRO Y BRAVO, Federico., *Derecho civil de España*, reedición en un solo volumen de los dos tomos anteriores, (t.I), ed. Civitas, S.A., Madrid, 1984, pág. 105; en esta obra se contiene una exposición de las diversas clases de privilegios.

⁶ GARCÍA LÓPEZ, *op. cit.*, pág. 91.

⁷ MAZEAUD y TUNC, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, t. I, vol. 2º, traducción de la quinta edición por Luis Alcalá – Zamora Y Castillo, ediciones jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1962, pág. 201 y ss., expresan, en referencia a los casos de inmunidades profesionales ordenadas por la Ley, que ello responde al objetivo, “a la necesidad de asegurar en el ejercicio de las funciones una entera libertad y la inverosimilitud de las acusaciones que podrían dirigirse”.

irresponsabilidad); en cambio, privilegio lo interpretamos como aquel que modifica el normal empleo de las citadas normas indemnizatorias, alterando las reglas en él previstas, amparados en el vínculo familiar que une a dañante y dañado, ya que no se trata de una exención total, sino parcial, constituyendo una cierta ventaja para el autor del daño (sentido estricto de inmunidad).

Conforme lo expuesto, al interior de la familia, hallamos la doctrina de la *interspousal immunity*, que existe y ha tenido aplicación en otros ordenamientos, en especial en el *Common Law* donde tuvo su origen, influyendo sobre este punto en algunas legislaciones que en su oportunidad la aceptaron, y en otras, se debaten acerca de su procedencia, y que revisaremos en detalle al estudiar la inmunidad y privilegio conyugal.

Asimismo, encontramos la doctrina de la *parental immunity*, cuyo origen se halla en la jurisprudencia estadounidense, a través de las sentencias de los casos “*Hewellette vs. George*” de 1891, “*Mckelvey vs. Mckelvey*” de 1903, y “*Roller vs. Roller*” de 1905, y que se justifica en la suficiencia de las sanciones penales o específicas del Derecho de familia, y en el “mantenimiento de la paz social y familiar, la necesidad de otorgar amplia discrecionalidad a los padres para disciplinar y controlar a los hijos, el riesgo de colusión, el perjuicio a los hermanos de la víctima debido a la disminución del patrimonio paterno, la posibilidad de que el padre pudiera recuperar por vía de herencia lo pagado a su descendiente en caso de premoriencia de éste y la analogía con la inmunidad conyugal”. Ahora, esta inmunidad comenzó a decaer desde los años 1960 en adelante, con el caso “*Goller vs. White*” de 1963, resuelto por el Tribunal Supremo de Wisconsin, que entendió que la “inmunidad parental debía ser derogada, salvo en dos grupos de casos: en los actos que implicaran ejercicio de la patria potestad y en los relativos al ejercicio de la discrecionalidad paterna respecto a la provisión de alimentos u otras necesidades”⁸.

⁸ FERRER RIBA, Josep, Relaciones familiares y límites del derecho de daños, en *InDret* (http://www.indret.com/pdf/065_es.pdf), Barcelona, octubre 2001.

En lo que concierne a España, conforme las normas constitucionales y civiles pertinentes que veremos a continuación, creemos que es imposible sostener la existencia de un principio de inmunidad familiar, ya sea marital o parental (sobre la existencia de un privilegio familiar, nos reservamos nuestra opinión para el desarrollo de este trabajo), que permita la total exención de la aplicación de las normas de responsabilidad civil por los daños causados entre sí por los miembros de una familia.

III.- FAMILIA Y CONSTITUCIÓN.

Según la posición casi unánime de la doctrina, la Constitución española mediante su art. 39.1 garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia en general, ya sea matrimonial o no⁹, y ya sea en lo concerniente a la relación de los cónyuges o de la pareja o de éstos con sus hijos.

No obstante esta protección, la familia como sus integrantes, de conformidad al principio fundamental de igualdad ante la Ley de todos los españoles (arts. 1.1, 9.2, y 14 CE garantizan que no habrá distinción por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, como por ejemplo, la familia en general, y el matrimonio y la relación paterno filial en particular), no sólo es obligada a sujetarse a los cuerpos legislativos, sino que es obligada por los derechos y deberes fundamentales que la Constitución establece en consideración a la persona, al individuo. La familia, si bien goza de protección en los términos señalados, no es un sujeto de derecho.

En efecto, estimamos que el constituyente de 1978 consideró a la familia como un medio, instrumento para el desarrollo de la personalidad de sus componentes, sobre la base de los fines individuales de sus integrantes.

Nuestra apreciación no es caprichosa, sino que por el contrario, se encuentra refrendada por la exigua doctrina que se ha preocupado del tema. Así, autores tales

⁹ STC 222/1992, de 11 de diciembre (RTC 1992, 222).

como REINA y MARTINELL¹⁰, ROCA I TRÍAS¹¹, DIEZ – PICAZO y GULLÓN¹², y DE VERDA¹³, entre los escasos teóricos que se pueden examinar, están contestes en señalar que la familia es un instrumento al servicio del individuo, cuya finalidad esencial es facilitar a sus miembros el ejercicio de los derechos fundamentales, asegurando a sus integrantes el armónico desarrollo de la personalidad y la garantía de los derechos y deberes de que es titular.

Lo anterior es consecuencia de que el ordenamiento español – al igual que el Derecho romano según GAYO¹⁴ - se estructura en base a la idea de persona y no de familia; las personas pueden carecer de familia, pero la familia no puede existir sin personas; como expone DE CASTRO Y BRAVO, colocando a la persona en el primer lugar del sistema del Derecho privado, se logra impedir que sea reducida a mero elemento o parte de cualquier comunidad o a circunstancia de una figura jurídica, concretando así la regla “*hominum causa omne ius constitutum sit*” contenida en el Digesto 1,5,2¹⁵.

Los cimientos que demuestran estas aseveraciones, los encontramos en los arts. 1.1, 9.2, 14, 18, 32, 39.1 y, particularmente en el art. 10, todos de la CE; este último previsto en el título I, relativo De los derechos y deberes fundamentales, dispone que son fundamento del orden político y de la paz social, la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás. Todas estas normas en comento, influyeron e inspiraron la nueva regulación de las relaciones familiares, y en especial, la nueva concepción del matrimonio incorporada al Código Civil por

¹⁰ REINA, Víctor y MARTINELL, Josep, *Curso de derecho matrimonial*, ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1995, pág. 18 y ss.

¹¹ ROCA I TRÍAS, Encarna, *Familia y cambio social*, De la casa a la persona, primera edición, ed. Cívitas, Madrid, 1999, pág. 73 y ss; ROCA I TRÍAS, Encarna, La responsabilidad civil en el Derecho de familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil, en MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (coord.), *Perfiles de la Responsabilidad civil en el nuevo milenio*, ed. Dykinson, Madrid, 2000, pág. 540 y ss.

¹² DIEZ – PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de derecho civil*, vol. I, Introducción, derecho de la persona, autonomía privada, persona jurídica, séptima edición, ed. Tecnos, 1990, pág. 351 y ss.

¹³ DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales, *Diario La Ley*, N°6676, 21 de marzo de 2007, edición electrónica (<http://www.laley.net>).

¹⁴ Citado por DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil...*, (t.II), *cit.*, pág 18.

¹⁵ *Digesta Iustiniani Augusti*, Recognovit Adsumpto in operis societatem KRUEGERO, Paulo, MOMMSEN, Th., vol. I, ed. Editio Altera Lucis Ope Expressa, Berlin, 1962.

medio de la Ley 30/1981 de 07 de julio, y en último término, las reformas 13/2005 y 15/2005, de 1 y 8 de julio respectivamente, que amparados particularmente en el principio del libre desarrollo de la personalidad, igualdad y libertad, abrieron el matrimonio a las personas del mismo sexo¹⁶, y establecieron el divorcio abstracto o sin causa, reconociendo mayor trascendencia a la voluntad de las personas.

¹⁶ Respecto a la heterosexualidad del matrimonio, siguiendo la casi unanimidad de la doctrina y jurisprudencia, este principio se encuentra expresamente recogido en el art. 32.1 de la CE, al disponer que “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”, el cual, pese a la respectiva modificación del Código Civil por la Ley 13/2005, no ha sido modificado ni mucho menos derogado desde su establecimiento en el año 1978.

Así pues, conforme a la interpretación del legislador promotor de la reforma, para extender el derecho a contraer matrimonio entre dos personas del mismo sexo, no era necesaria modificación alguna de la carta fundamental, toda vez que el mencionado derecho – libertad (según SERRANO ALONSO, Eduardo, *El nuevo matrimonio civil: estudio de las leyes 13/2005, de 1 julio, y 15/2005, de 8 julio de Reforma del Código Civil con formularios*, ed. Edisofer, Madrid, 2005, pág. 18 y ss., más que hablar de un derecho al matrimonio, lo que terminológicamente corresponde es hablar de “libertad del hombre y la mujer para contraer o no contraer matrimonio”, como expresión de la autonomía de la voluntad, pero no como “un derecho subjetivo a contraer matrimonio”) se otorga al hombre y mujer, sin menester de ser interpretado “entre sí”, llegando inclusive a afirmar, que la expresa omisión de tal enunciación (“entre sí”) de parte del constituyente fue intencionadamente, a objeto de dejar abierta la puerta al matrimonio entre personas del mismo sexo, como lo reconoció el profesor y ponente de la Constitución PECES BARBA [en comentario realizado al periódico *El País*, sábado 22 de enero de 2005; sobre el particular ARECHEDERRA, Luis, *El matrimonio es heterosexual*, disponible en sitio web del departamento de Derecho Civil de la Universidad de Navarra (<http://www.unav.es/civil/nsd/default.html>), y en ARECHEDERRA, Luis, *El matrimonio es heterosexual*, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, N°658, de 24 de febrero de 2005, pág. 3, agrega que “consultados otros ponentes de la Constitución (Miquel Roca, Gabriel Cisneros, José Pedro Pérez Llorca, Miguel Herrero de Miñón) discrepan de la opinión de Peces Barba. Así, Herrero de Miñón dice que “no creo que se planteara la posibilidad, por remota que fuera, del matrimonio entre homosexuales. Y desde luego no hubo debate, porque, de haberlo habido, era un asunto tan llamativo entonces (1978) que me acordaría”], al decir que “la ponencia dejó abierta de manera muy consciente la posibilidad de legalizar el matrimonio entre personas del mismo sexo, ya que al establecer en el artículo 32 que el hombre y la mujer tiene derecho a contraer matrimonio, no se añadió “entre sí”, lo que hubiera cerrado el paso al matrimonio gay”, posición que, en último término, se ajustaría, además, con la realidad vigente en la sociedad española (sin embargo, el Dictamen del Consejo de Estado 2628/2004, de 16 de diciembre de 2004, sobre el expediente de anteproyecto de Ley por la que se modifica el Código Civil en materia de Derecho a contraer matrimonio, (http://www.boe.es/g/es/iberlex/bases_datos_ce/doc.php?coleccion=ce&id=2004-2628), pág. 16 y ss., con base en la realidad española actual llega a una conclusión diversa de la expresada en la exposición de motivos por el legislador de la Ley 13/2005, al decir que el reconocimiento exclusivo al matrimonio heterosexual “viene determinada por las coordenadas espacio – temporales en que la realidad española actual está inserta, esto es, por una tradición jurídica de muchos siglos y por las concepciones existentes en los países de nuestro entorno”), según expresamente se manifiesta en la exposición de motivos reseñada, materializando el principio igualdad dispuesto en el artículo 9.2 de la CE.

Sin embargo, tal hermenéutica contrasta abiertamente con el Auto del Tribunal Constitucional 222/1994, y la sentencia del mismo órgano N°184/1990, donde expresamente se recoge que “la unión entre personas del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente regulada, ni existe un derecho constitucional a su establecimiento; todo lo contrario al matrimonio entre hombre y mujer que es un derecho constitucional (art. 32.1) que genera «ope legis» una pluralidad de derechos y deberes (STC 184/1990)” (aquí es menester recordar que, ya en el año 2001 se autorizó y celebraron los primeros matrimonios entre personas del mismo sexo biológico, para el caso de los transexuales que habían obtenido la autorización de cambio de sexo).

En el mismo sentido, conforme al Informe del Consejo General del Poder Judicial en referencia al estudio sobre la reforma del Código Civil en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo, de 26 de enero de 2005, pág. 14 y ss., (http://www.apmagistratura.com/apm/matrim_homo/01.PDF), la omisión de la expresión “entre sí”, se debió exclusivamente a que, según la tradición jurídica española, se daba por supuesto, era “obvio”, ya que jamás se comprendió ni mucho menos concibió un matrimonio entre personas del mismo

sexo, como erradamente interpreta el legislador, siendo en definitiva su posición ilógica y gramaticalmente incorrecta “en relación con su contexto y los antecedentes históricos, constitucionales y legislativos”. El mismo organismo, con apoyo de la doctrina, destaca que conforme al art. 32.2 de la CE, el legislador sólo está facultado para “fijar la forma del matrimonio, los derechos de los cónyuges, las causas de separación y hasta la edad, pero no para alterar el concepto mismo de matrimonio. Y llamar matrimonio a la unión de personas del mismo sexo es un cambio radical, como lo sería llamar matrimonio a la unión de más de dos personas...” (*ibid*, pág. 26 y ss.); concluye que una modificación en tal sentido es propia del constituyente, en atención a la garantía constitucional de que goza el matrimonio; si el legislador pudiera vulnerar el contenido esencial de la garantía constitucional, o sea, desnaturalizando el matrimonio [a la misma conclusión se arriba en el Dictamen del Consejo de Estado..., cit., pág. 29, al señalar que “la garantía institucional impide alterar la institución matrimonial más allá de lo que su propia naturaleza tolera; no excluye que el legislador pueda adecuar las instituciones garantizadas al espíritu de los tiempos, pero le impide hacerlo en términos que las hagan irreconocibles por la conciencia social de cada tiempo y lugar”; también en el Informe emitido por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación acerca del proyecto de modificación del Código Civil en materia de Derecho a contraer matrimonio, de 30 de marzo de 2005, pág. 1, disponible en <http://www.unav.es/civil/nsd/nosindebate/mhinformeraj.doc>., al concluir que “el artículo 32 de la Constitución contiene una garantía institucional del matrimonio. En el Derecho Constitucional se denomina garantía institucional a aquellas normas que aseguran la existencia en el ordenamiento jurídico de una institución con un contenido predeterminado... La existencia de una garantía institucional determina la inconstitucionalidad de las eventuales normas que tuvieran por objeto suprimir la susodicha institución, la de aquellas que la vacíen de su contenido, así como la de aquellas otras que, con la creación de figuras paralelas, lleguen a resultados similares”; e igualmente, por CAMARERO SUÁREZ, Victoria, El Derecho a contraer matrimonio en la reforma actual, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, N°707, junio de 2006, pág. 1 y ss; en el mismo sentido se expresa DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, El libre desarrollo de la personalidad como principio inspirador de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, en *Comentarios a las reformas de Derecho de familia de 2005*, ed. Thomson – Aranzadi, Navarra, 2006, pág. 46 y ss., al manifestar “el requisito de la heterosexualidad del matrimonio no es una cuestión subjetiva, de capacidad de los contrayentes, sino que es un requisito objetivo del matrimonio, tal y como éste ha sido concebido, desde siempre, en toda sociedad y en todo momento, por lo que afecta a la esencia misma de la institución; y de ahí, que invariablemente se haya considerado nulo (e incluso inexistente) el matrimonio celebrado entre dos contrayentes del mismo sexo”, concluyendo en definitiva que, “desde mi punto de vista, la reforma operada por la Ley 13/2005, de 1 de julio, es inconstitucional, porque la supresión del requisito de la heterosexualidad supone una vulneración del contenido esencial a contraer matrimonio”, la mencionada protección, garantía se transformaría en letra muerta (En igual sentido se pronuncia el Dictamen del Consejo de Estado..., cit., pág. 26, al decir “desde la perspectiva de la garantía institucional, debe notarse el contrasentido que subyace al argumento que para fortalecer la protección de los homosexuales deban ser incorporados a la garantía constitucional del artículo 32. Si el contenido de esa garantía queda en manos del legislador, la Constitución no ofrece garantía alguna; si, por el contrario, hay protección constitucional, el legislador tiene límites y no puede, por tanto, disponer libremente de la institución garantizada por la Norma Fundamental”; también SERRANO ALONSO, *op. cit.*, pág. 26 y ss., al señalar que “incluir dentro del ámbito del artículo 32.1 el matrimonio de personas del mismo sexo no sólo va contra el sentido literal del precepto sino también contra la intención del legislador; en la interpretación de una norma básica, eje sobre el que gira todo el resto del ordenamiento positivo, no cabe una interpretación en la que el intérprete sustituya su sentido y significado por el que presumiblemente tendría la norma si se hubiese dictado ahora. Esa actividad del intérprete, que se convierte en verdadero legislador, puede admitirse en la interpretación de una ley ordinaria, pero no cabe en relación a la Constitución pues supondría dejar su contenido a una permanente variabilidad contraria a la seguridad jurídica de la que es garante precisamente la propia Constitución”). Por último, nos recuerda que “el matrimonio – como la familia – es una institución anterior a la constitución, anterior al Estado y a las formas jurídicas que crea y regula, por lo que el Estado desde su capacidad normativa no puede adulterarlo” (*ibid*, pág. 42 y ss.), y que desde los primeros textos que lo regularon – Código de Hammurabi, Derecho Romano, Código de las Partidas, Suma Teológica, hasta el actual Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (Recordamos que, según el mencionado texto, matrimonio proviene del latín matrimonium, y corresponde a la unión de hombre y mujer concertada mediante determinados ritos o formalidades legales) – siempre se partió del principio básico de la heterosexualidad.

La vigencia del principio alegado se encuentra plenamente ajustado con la etimología del término, donde todas las alternativas vinculan el vocablo matrimonio con el de “defensa”, “carga”, “cuidado”, siempre “de la madre”, entre otras, y que resultan inaplicables por naturaleza a los matrimonios entre dos personas del mismo sexo, demostrando con ello la inconsistencia de la reforma.

De los principios constitucionales expuestos, el del libre desarrollo de la personalidad, como resalta LUNA SERRANO, es el que de forma más significativa ha trascendido y predominado el concepto de familia fundada en el matrimonio¹⁷, considerando a éste como medio, instrumento del desarrollo mismo de los cónyuges, careciendo de todo objeto el matrimonio cuando no puede atender a dicha finalidad, resaltando con ello su carácter individualista. Como bien cita el referido autor, “la familia está al servicio del hombre, de su dignidad, no el hombre al servicio de la familia”¹⁸. Este principio, unido al de la igualdad de los cónyuges, lleva a concluir a RAGEL SÁNCHEZ¹⁹, que por el matrimonio, aunque si bien se otorgan ciertos derechos a los cónyuges, en ningún caso se confiere un derecho sobre la persona del otro cónyuge, uno no se hace dueño del otro, con lo cual, debe ser rechazada toda idea que justifique un abuso sobre el otro, afirmación que nosotros hacemos extensible a la familia en general, y que nos sirve para rechazar cualquier idea de inmunidad familiar respecto a los daños que puedan causarse sus miembros entre sí.

Por lo anterior, y a virtud de los antecedentes reseñados, nos parece más que evidente y patente, que la derogación del principio de la heterosexualidad del matrimonio no se ajusta en forma alguna a la tradición histórica del concepto de matrimonio, careciendo en definitiva dicha modificación de toda fundamentación jurídica, correspondiendo simplemente a una imposición del legislador de turno (MALO GONZÁLEZ, Fernando, Estudios sobre la objeción de conciencia a la celebración del matrimonio entre personas del mismo sexo, en MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis, *La homosexualidad y el matrimonio*, Ley 1 de julio de 2005, N°13-2005, ed. Ediciones Académicas, Madrid, 2005, pág. 249 y ss., al expresarse en referencia al concepto de matrimonio que “dentro de ese lenguaje está la palabra matrimonio como unión legal de por vida entre hombre y mujer. Y ese sentido forma parte no solamente de los conceptos morales sino del patrimonio cultural recibido por personas de toda clase y condición, y que no puede ser arbitrariamente modificado por una ley. Sería el mayor poder que hubiera recibido jamás un parlamentario: el de poner el nombre de las cosas. Nadie ha tenido jamás ese poder y, por lo tanto, nadie ha podido cederlo ni otorgarlo. Las academias de la lengua son notarios de los cambios que le afectan o la modifican, pero el poder del cambio, la capacidad para cambiar las palabras de la lengua sólo pertenece a la sociedad que la habla, a la gente, en el sentido orteguiano de la palabra”) que, en base a una falsa invocación de la realidad social española actual, y en abierta infracción a la esencia del matrimonio, a su naturaleza, historia y tradición jurídica y social, derogó el principio en comento, quizás erradamente pensando, que “el derecho a contraer matrimonio con quien se quiera constituye un derecho humano inalienable” (CALVO GONZÁLEZ, José, Reforma matrimonial, adopción y sociedad, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, N°686, octubre de 2005, pág. 1 y ss.), que hoy en día permite sostener el matrimonio entre dos personas del mismo sexo, y, probablemente mañana, el matrimonio entre una persona y un animal (no podemos evitar mencionar que, según noticia informada por la BBC, de 03 de marzo de 2006, en Sudán, un hombre fue obligado a casarse con una cabra, previo pago de una dote de cincuenta dólares, después de ser sorprendido practicando sexo, por el propietario de la misma, en cumplimiento a lo ordenado por el Consejo de Mayores).

¹⁷ Estimamos que no sólo la familia fundada en el matrimonio permite el libre desarrollo de la personalidad, sino que también lo es la unión de hecho o convivencia more uxorio.

¹⁸ LUNA SERRANO, Agustín, La reforma de la legislación matrimonial, en LACRUZ BERDEJO (coord.), *Matrimonio y divorcio, Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil*, segunda edición, ed. Civitas S.A., Madrid, 1994, pág. 16.

¹⁹ RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho civil: Familia*, ed. Dykinson, 2001, pág. 110.

La protección de los derechos de la personalidad, su ejercicio y desarrollo no es más que consecuencia de que éstos sean la manifestación de la esencia de la persona²⁰. Como bien señala DE ANGEL YAGÜEZ²¹, los derechos de la personalidad son los atributos inherentes a la condición de persona que el Derecho positivo debe reconocer y tutelar; no son más que derechos humanos aplicados en el terreno del Derecho privado.

El único límite al ejercicio de la libertad y al derecho para perseguir los intereses individuales de los miembros de la familia, se encuentra en el “interés de la familia”, establecido a fin de proteger el derecho de sus integrantes frente a posibles decisiones arbitrarias de alguno de los otros miembros del grupo.

Según RAGEL SÁNCHEZ, con el límite del interés familiar, se pretende evitar el egoísmo o individualismo en extremo de cualquiera de sus miembros, estableciendo un valor superior al individual; sin embargo, aclara que ese interés superior no anula la posibilidad de que cada cónyuge intente satisfacer su propio interés; es más, recalca que comúnmente, a través de la satisfacción de ese fin particular, se alcanza el cumplimiento de los intereses familiares²².

Ahora bien, en caso de suscitarse un conflicto entre un interés individual y uno familiar, deberá primar el individual en la medida que éste se encuentre constitucionalmente protegido, de lo contrario, prevalecerá el familiar²³.

Sin perjuicio del límite del interés familiar, se debe siempre recordar el irrestricto respeto que debe existir entre los miembros de una familia a los derechos de la personalidad, amparados constitucionalmente como derechos fundamentales; la dignidad de la persona es un pilar esencial de nuestra sociedad, y como tal, no

²⁰ DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil...*, cit., pág. 31 y ss.; en su capítulo I se puede estudiar más a fondo la situación jurídica de la persona.

²¹ DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo, La protección de la personalidad en el derecho privado, en *Revista de Derecho Notarial*, T. I, ed. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Enero – Marzo, 1974, pág. 11 y ss.; en la citada obra se encuentra un estudio exhaustivo de los Derechos de la personalidad.

²² Véase LACRUZ BERDEJO, José Luis, *et al.*, *Elementos de Derecho Civil IV*, Derecho de familia, tercera edición revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, ed. Dykinson, Madrid, 2008, pág. 69 y ss.

²³ ROCA I TRÍAS, *Familia y cambio...*, cit., pág. 76.

puede ni debe ser derogado ni modificado por el hecho de hallarnos al interior de la familia, creando de esa forma un campo de inmunidad para que puedan dañarse libremente. Los bienes de la personalidad – siguiendo la terminología empleada por DE CASTRO Y BRAVO – de que goza toda persona (incluidos los incapaces), no son susceptibles de ser renunciados por sus titulares, éstos no pueden disponer libremente de ellos, éstos se encuentran fuera del comercio humano, y como consecuencia de ello, fuera de cualquier eventual pérdida o autolimitación por el hecho de pertenecer a una familia.

IV.- FAMILIA Y NORMAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL.

La legislación española, siguiendo una práctica común de los ordenamientos jurídicos, regula con carácter general en su Código Civil, arts. 1101 y ss. del capítulo II (“De la naturaleza y efecto de las obligaciones”), y arts. 1902 y ss. del capítulo II (“De las obligaciones que nacen de culpa o negligencia”), todos del libro IV (“De las obligaciones y contratos”), las normas sobre responsabilidad civil.

De los diversos preceptos en referencia, los arts. 1101 y 1902 Cc. establecen el principio general en esta materia, disponiendo en términos amplios y extensivos “los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad,...” y “el que por acción u omisión...”, causen daño a otro, quedan sujetos a la indemnización de daños y perjuicios.

Ahora bien, este principio general de responsabilidad civil al igual que su demás normativa, no contiene ninguna norma particular o especial que exceptúe su aplicación cuando los daños sean causados en el ámbito familiar. Es decir, desde el punto de vista de la reglamentación sustantiva, el hecho que el daño se produzca entre sujetos pertenecientes a una familia, no es obstáculo para la común aplicación de la normativa de responsabilidad civil.

No obstante lo anterior, el legislador si reguló los efectos jurídicos de algunos supuestos particulares de daños en el Derecho de familia, que si bien no serán objeto

de un particular estudio al exceder a los márgenes de este trabajo, creemos oportuno mencionarlos:

- Art. 152 N°4 Cc. concerniente a una eventual cesación del derecho de alimentos entre cónyuges;
- Art. 855 N°1 Cc. en relación con el 756 N°2, 3, 5 y 6 en cuanto dispone las causales de desheredación entre cónyuges;
- Art. 1343 Cc. en lo relativo a las causales de revocación de las donaciones efectuadas entre los contrayentes por causa de matrimonio;
- Art. 1366 Cc. respecto a la eventual responsabilidad que asumen los cónyuges por las obligaciones extracontractuales que sean consecuencia de su actuación en beneficio de la sociedad conyugal o en el ámbito de la administración de los bienes;
- Arts. 1390 y 1391 Cc. tocantes a los actos de administración o disposición realizados por uno de los cónyuges bajo el régimen de administración de la sociedad de gananciales ocasionando dolosamente un daño a la sociedad o en fraude de los derechos de su consorte²⁴;
- Art. 1320 Cc. relativo a la vivienda familiar, y que exige el consentimiento de ambos cónyuges para su disposición, aun cuando sólo uno de ellos sea su titular, so pena de incurrir en la sanción de anulabilidad prevista en el art. 1322²⁵;
- Arts. 164.1, 168.2 y 170 Cc., al señalar que los padres en el cumplimiento de sus deberes, deberán sujetarse a las obligaciones generales de todo administrador, debiendo responder de los daños y perjuicios causados en la administración de los

²⁴ Sobre el particular, es oportuno traer a colación las palabras de ROCA I TRÍAS, La responsabilidad civil..., *cit.*, pág. 543 y ss., en el sentido que expresa, que para el caso de darse lugar al resarcimiento previsto en el art. 1390, para los supuestos previstos en los arts. 1390 y 1391, todos del Cc., “no nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad entre cónyuges propiamente dicha, sino de responsabilidad de un cónyuge frente a la masa de gananciales. No es el otro cónyuge quien ha sufrido la pérdida correspondiente a las actuaciones dolosas o fraudulentas del que ha actuado, sino la sociedad de gananciales y es ésta la que debe ser indemnizada. En ambos casos, las disposiciones citadas convierten en acreedora a la sociedad de gananciales”.

²⁵ Aquí, nuevamente ROCA I TRÍAS, *ibid*, agrega que, en todo caso, cuando la acción de anulabilidad sea ineficaz (el tercero adquirente es de buena fe, por ejemplo), haciendo imposible la recuperación del inmueble, para determinar la sanción ha aplicar debemos distinguir si la vivienda habitual es ganancial o privativa; en el primer caso, al infringirse el art. 1377, que exige el consentimiento de ambos cónyuges para su disposición, se aplicarán en definitiva los efectos previstos en los arts. 1391 y 1390 Cc.; pero que frente al segundo supuesto, al no existir una sanción típica o expresamente prevista por el legislador, “la única solución es indemnizar” a través del art. 1902 del Cc., comprendiéndose en ella, y siguiendo en tal sentido la opinión de ELORRIAGA DE BONS, Fabián, *Régimen jurídico de la vivienda familia*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1995, pág. 384, “la reparación de los perjuicios patrimoniales y morales derivados de la actuación unilateral e ilegal del cónyuge disponente”.

bienes de sus hijos “en caso de pérdida o deterioro de los bienes por dolo o culpa grave”, y sin perjuicio de la privación total o parcial de su potestad.

Asimismo, si revisamos el Código Penal, en esta peculiar dualidad de normas civiles existentes en el ordenamiento positivo español, esta conclusión tampoco sufre alteración. En efecto, los arts. 109 y ss. del texto en comento, al igual que sus homólogos, conceden derecho a indemnización a quienes hayan sufrido daños y perjuicios a causa de la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito o falta, sin importar si entre dañante y dañado existen vínculos familiares.

Así acontece en los casos de los delitos de lesiones (art. 153 Cp.), de las torturas y otros delitos contra la integridad moral (art. 173.2 Cp.), de los matrimonios ilegales (art. 217 a 219), de la sustracción de menores (art. 225 bis Cp.), del cohecho (art. 424 Cp.), del encubrimiento (art. 454 Cp.), donde si bien se considera a la familia como un elemento del tipo o un factor para la determinación de la pena, en lo relativo a las normas de responsabilidad civil nada se dice, debiéndose en consecuencia aplicar las normas generales previstas en los arts. 109 y ss.

A la misma conclusión nos llevan los delitos contra la libertad sexual (art. 193 Cp.), contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (art. 268.1 Cp.), y contra las relaciones familiares, en específico el delito de impago de pensiones alimenticias (art. 227 Cp.), que también considera eventualmente a la familia dentro del tipo, y donde expresamente se dispone que la obligación de responder civilmente se hará conforme a las reglas generales²⁶.

Ahora, repasando la legislación especial, igual solución nos ofrece la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de 2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, que en su título II (“De los derechos de las mujeres víctimas de violencia de género”), artículos 17 y ss., no comprende norma especial alguna que regule el ejercicio de la acción civil por los daños ocasionados entre

²⁶ CONDE – PUMPIDO FERREIRO, *Código Penal comentado*, con concordancias y jurisprudencia, segunda edición, ed. Bosch, Barcelona, 2004; CLIMENT DURÁN, Carlos, *Código Penal*, con jurisprudencia sistematizada, segunda edición, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.

quienes sean o hayan sido cónyuges o estén o hayan estado ligados por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia, dentro del ámbito de la violencia doméstica, remitiéndonos en consecuencia a la aplicación de las normas previstas en los arts. 109 y ss. Cp., que como hemos dicho, no encuentran obstáculo en la familia para la común aplicación de las normas de responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados por la ejecución de un hecho tipificado por la ley como delito o falta.

En fin, de lo expuesto podemos concluir que aunque el legislador civil comprende a la familia para determinados supuestos específicamente previstos, nada impide la normal aplicación de las normas de responsabilidad civil por los daños que se causen entre sí los miembros de una familia, ya sea constitutivo de delito, falta o sólo un ilícito civil.

Es más, aunque exime de responsabilidad criminal determinados hechos perpetrados entre los integrantes de la familia (art. 268 Cp.), siempre deja subsistente la responsabilidad civil por los daños que se causen entre sí.

La conclusión recién descrita para el ordenamiento español, se puede hacer extensiva al Derecho civil chileno; así pues, si revisamos las normas pertinentes de la responsabilidad civil contractual, artículos 1545 y ss. previstas en el Libro IV, (Título XII “Del efecto de las obligaciones”), y extracontractual, artículos 2314 y ss., del mismo Libro citado, (Título XXXV “De los delitos y cuasidelitos”), como las normas relativas al matrimonio dispuestas en los preceptos 102 y ss., del Libro I, Título IV, todos del Código Civil chileno²⁷, al igual que lo previsto en la Nueva Ley de Matrimonio Civil N°19.947, de 17 de mayo de 2004, no hallamos disposición genérica alguna que derogue o restrinja la común aplicación de las normas sobre responsabilidad civil respecto de los daños que puedan ocasionarse los miembros de una familia en general, y los cónyuges en particular. Incluso, ni en el supuesto de separación o divorcio por culpa imputable a uno de los cónyuges, prevista en los

²⁷ *Código Civil Chileno*, décimo sexta edición, ed. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, actualizado al 20 de octubre de 2004.

artículos 26²⁸ y 54²⁹ de la Nueva Ley de Matrimonio Civil, se establece una modificación en tal sentido.

Del mismo modo, en la legislación comparada, observamos que en el Código Civil italiano³⁰, en su capítulo III (“Del incumplimiento de las obligaciones”) del libro IV (“De las obligaciones”), arts. 1218 y ss., al igual que en los preceptos 2043 y ss., del título IX (“Del hecho ilícito”) del libro IV, como en las disposiciones de su título VI (“Del matrimonio”) del libro I (“De la persona y de la familia”), arts. 82 y ss., tampoco se comprende norma cualquiera que modifique o haga inaplicable las reglas de la responsabilidad civil frente a los daños que puedan ocasionarse entre sí los miembros de una familia³¹.

Al examinar el Derecho civil francés³², se reitera una vez la conclusión precedente, en especial los arts. 1146 y ss., que regulan los daños y perjuicios que resultan del incumplimiento de una obligación (según consta en la sección IV del libro III) como los artículos 1382 y ss. (De los delitos y de los cuasidelitos, también

²⁸ Artículo 26 Ley N°19.947: “La separación judicial podrá ser demandada por uno de los cónyuges si mediare falta imputable al otro, siempre que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común.

No podrá invocarse el adulterio cuando exista previa separación de hecho consentida por ambos cónyuges. En los casos a que se refiere este artículo, la acción para pedir la separación corresponde únicamente al cónyuge que no haya dado lugar a la causal”.

²⁹ Artículo 54 Ley N°19.947: “El divorcio podrá ser demandado por uno de los cónyuges, por falta imputable al otro, siempre que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común.

Se incurre en dicha causal, entre otros casos, cuando concurre cualquiera de los siguientes hechos: 1° Atentado contra la vida o malos tratamientos graves contra la integridad física o psíquica del cónyuge o de alguno de los hijos; 2° Tránsito grave y reiterado de los deberes de convivencia, socorro y fidelidad propios del matrimonio. El abandono continuo o reiterado del hogar común, es una forma de tránsito grave de los deberes del matrimonio; 3° Condena ejecutoriada por la comisión de alguno de los crímenes o simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública, o contra las personas, previstos en el Libro II, Títulos VII y VIII, del Código Penal, que involucre una grave ruptura de la armonía conyugal; 4° Conducta homosexual; 5° Alcoholismo o drogadicción que constituya un impedimento grave para la convivencia armoniosa entre los cónyuges o entre éstos y los hijos, y 6° Tentativa para prostituir al otro cónyuge o a los hijos”.

³⁰ *Codice civile e leggi collegate*, por Giorgio De Nova, ed. Zanichelli, Bologna, 2002.

³¹ Así lo reconoce FERRER RIBA, Josep, Relaciones familiares y límites del derecho de daños, en CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *et al.* (Comité Coordinador), *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez – Picazo*, t.II, Derecho civil, Derecho de obligaciones, primera edición, ed. Thomson – Cívitas, Madrid, 2003, pág. 1842.

³² *Código Civil Francés /Code Civil*, edición bilingüe, traducción de Álvaro Núñez Iglesias, ed. Marcial Pons, Madrid, 2005.

del libro III), como las normas concernientes al matrimonio, reguladas en los arts. 144 y ss. (previstas en el título V, del libro I).

Sólo se comprenden normas individuales en el ámbito matrimonial, como el art. 266³³, destinada a reparar las consecuencias graves sufridas por la disolución del matrimonio bajo determinados supuestos de divorcio, o el art. 270³⁴ que faculta al juez a no otorgar la prestación compensatoria en caso de divorcio por culpa exclusiva del cónyuge solicitante de la misma (lo más probable, quizás, es que este precepto sea la fuente del artículo 62 de la Nueva Ley de Matrimonio Civil chilena), o el artículo 303.2³⁵ en relación con el art. 207.2³⁶, que permiten al juez denegar la solicitud de pensión alimenticia a petición del deudor de la misma, cuando acredite que el otro cónyuge a faltado gravemente a sus obligaciones, y éstos se encuentren actualmente separados.

A diferencia de los códigos anteriores, el BGB³⁷ corre en sentido contrario, al consagrar normas particulares en relación a la normativa general de responsabilidad civil, estableciendo un privilegiado deber de diligencia para el ámbito matrimonial (&1359) y parental (&1664), que lleva a que los cónyuges como los padres estén obligados entre sí al cuidado y diligencia que emplean en sus asuntos propios, debiendo responder exclusivamente por la infracción de este especial nivel de

³³ Artículo 266 Cc. francés: “Sin perjuicio de la aplicación del artículo 270, puede acordarse una indemnización de daños y perjuicios a favor de uno de los cónyuges, en reparación de las consecuencias particularmente graves sufridas por el hecho de la disolución del matrimonio, ya cuando hubiera sufrido una demanda de divorcio por alteración definitiva del vínculo conyugal sin haber formulado a su vez, ninguna demanda de divorcio, o cuando el divorcio se hubiera declarado por culpa exclusiva de su cónyuge. Esta petición sólo podrá formularse con ocasión del divorcio”.

³⁴ Artículo 270 Cc. francés: “El divorcio pone fin al deber de socorro mutuo. Uno de los cónyuges puede quedar obligado a abonar al otro una prestación destinada a compensar, en la medida de lo posible, el desequilibrio que la ruptura del matrimonio cree en las condiciones de vida respectivas. Esta prestación consistirá en una cantidad a tanto alzado. Adoptará la forma de un capital cuyo importe se fijará por el Juez. Sin embargo, el Juez podrá no acordar semejante prestación si la equidad lo exige, ya sea en consideración a los criterios previstos en el artículo 272, o cuando se haya declarado el divorcio por culpa exclusiva del esposo que reclama el beneficio de la prestación, a la vista de las circunstancias particulares de la ruptura”.

³⁵ Artículo 303 Cc. francés: “La separación deja subsistente el deber de socorro; la sentencia que la dicte o una posterior fijará la pensión alimenticia que se deba al esposo necesitado. Esta pensión se asignará sin consideración a la culpa. No obstante, el esposo deudor podrá invocar, si procede, las disposiciones del artículo 207, apartado 2”.

³⁶ Artículo 207.2 Cc. francés: “Sin embargo, cuando el acreedor haya faltado gravemente a sus obligaciones para con el deudor, el Juez podrá dispensar a éste de la totalidad o parte de la deuda alimenticia”.

³⁷ *Código Civil Alemán*, BGB, comentado por Emilio Eiranova Encinas, ed. Marcial Pons, Madrid, 1998; *Código Civil Alemán y Ley de Introducción al Código Civil*, trad. Albert Lamarca Marquès, ed. Marcial Pons, Madrid, 2008.

comportamiento que encuentra su limitación en el dolo y culpa grave (&277), y no por cualquier clase de culpa como se dispone en el &276.

Este privilegio unido al hecho de que el ordenamiento alemán establece un sistema cerrado de responsabilidad civil, donde por aplicación del principio de tipicidad sólo tienen cabida los ilícitos civiles previstos en su parágrafo 823, lleva a rechazar en términos generales la aplicación de las normas de responsabilidad al Derecho de familia³⁸.

Recapitulando, si bien es cierto, tanto en la legislación española, chilena, italiana y francesa, se prevén situaciones aisladas para particulares escenarios, relacionados especialmente con la importancia de la culpa en la causa de separación o divorcio o en la pérdida de determinados derechos alimenticios o de sucesión, entre otros, éstos preceptos no derogan, ni exceptúan la aplicación de las normas generales de responsabilidad civil al Derecho de familia y en especial al matrimonio.

V.- ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA.

Como destaca la profesora ROCA I TRÍAS³⁹, la aplicación del Derecho de daños al Derecho de familia ha sido un tema que escasamente ha preocupado a la doctrina.

No obstante, en los últimos años esta cuestión ha ido adquiriendo un creciente interés, motivado especialmente por el pronunciamiento de cierta jurisprudencia, que ha llevado a parte de la doctrina a sostener la vigencia de las normas de responsabilidad civil para determinados sectores del Derecho de familia, al no existir obstáculos legales para ello.

³⁸ Es menester señalar, que al igual que las legislaciones anteriores, el BGB también prevé determinadas situaciones especialmente regladas, como son las comprendidas en los parágrafos 1435, 1441, 1463, 1579, 1587, 1587h.

³⁹ ROCA I TRÍAS, La responsabilidad civil..., *cit.*, pág. 533 y ss.

Entre ellos cabe mencionar a PIZARRO WILSON⁴⁰, quien se manifiesta partidario por dar cabida al Derecho de daños en los casos de no reconocimiento voluntario del hijo de filiación extramatrimonial.

De la misma opinión es MARÍN⁴¹ respecto a los daños causados por el incumplimiento del régimen de visitas, pero siempre que éstos sean imputables a dolo o culpa grave, es decir, reconociendo la existencia de un privilegio familiar.

Sobre el particular, en la jurisprudencia italiana ya se han planteado cuestiones como éstas, como se observa en la sentencia del Tribunal de Roma de 13 de junio de 2000⁴², que acogiendo la demanda interpuesta por el padre del menor, condenó a la madre al resarcimiento de los daños y perjuicios causados por la obstrucción al ejercicio del derecho a visitas imputables a ésta.

En materia de transmisión de enfermedades o malformaciones de padres a hijos a través de la procreación natural, ATIENZA NAVARRO⁴³ y RUIZ LARREA⁴⁴, en España, también se manifiestan partidarios de la responsabilidad civil de los padres por las enfermedades o malformaciones transmitidas a sus hijos en el ámbito de la procreación natural, distinguiendo, en términos generales, si los

⁴⁰ PIZARRO WILSON, Carlos, Responsabilidad civil por no reconocimiento voluntario del hijo de filiación extramatrimonial, en DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón (Coord.), *Daños en el Derecho de Familia*, Revista de Derecho Patrimonial, N°17, Monografía Asociada a Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, ed. Thomson – Aranzadi, Navarra, 2006, pág. 101 y ss.

⁴¹ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Teresa, Aplicación del Derecho de daños al incumplimiento del régimen de visitas, en DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón (Coord.), *Daños en el Derecho de Familia*, Revista de Derecho Patrimonial, N°17, Monografía Asociada a Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, ed. Thomson – Aranzadi, Navarra, 2006, pág. 179 y ss. En el mismo sentido, MORENO VELASCO, Víctor, La indemnización de daños y perjuicios por daños patrimoniales y morales derivados del incumplimiento del régimen de visitas, *Diario La Ley*, N°7163, sección tribuna, 28 de abril de 2009, se manifiesta partidario de aplicar las normas sobre responsabilidad para situaciones como éstas, aunque sin necesidad de exigir un especial grado de culpabilidad.

⁴² *Il diritto di famiglia e delle persone*, gennaio-marzo 2002, vol XXXI, pág. 60 y ss., comentada por Massimo Dogliotti.

⁴³ ATIENZA NAVARRO, María Luisa, La responsabilidad civil de los padres por las enfermedades o malformaciones con que nacen sus hijos en el ámbito de la procreación natural, en DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón (Coord.), *Daños en el Derecho de Familia*, Revista de Derecho Patrimonial, N°17, Monografía Asociada a Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, ed. Thomson – Aranzadi, Navarra, 2006, pág. 41 y ss.

⁴⁴ RUIZ LARREA, Nekane, El daño de procreación: ¿Un caso de responsabilidad civil de los progenitores por las enfermedades y malformaciones transmitidas a sus hijos?, en *La Ley*, Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía, t.1, 1998, pág. 2039 y ss.

padres conocían de la enfermedad antes de la concepción, si ésta era susceptible de un tratamiento anterior, entre otras cuestiones.

Respecto a este punto, debemos recordar como la sentencia del Tribunal de Piacenza de 31 de julio de 1950⁴⁵, resolvió que ambos padres eran solidariamente responsables por los daños causados a su hija por la transmisión de la enfermedad (sífilis) que le contagiaron por medio de la concepción, en virtud del art. 2043 del Codice Civile italiano, agregando que si el ilícito o transmisión de la enfermedad fuera a una persona viva existente nadie dudaría en que se debe responder, entonces porque no hacerlo igualmente respecto de una persona que se espera que exista en un próximo futuro.

En el mismo sentido, pero desde un punto de vista más amplio o general, arribaron a la misma conclusión los expositores del Primer Coloquio realizado durante la Jornada de Derecho de daños celebrada en Barcelona en 1991⁴⁶, MARTÍNEZ SARRIÓN, VALLS PORTELL, PASCUAL ESTEVILL, MALAVET VEGA y moderado por RIBÓ DURÁN, al manifestar que es perfectamente posible que una hija al cumplir los 18 años y acceder a la mayoría de edad, pueda demandar a su madre porque cuando ésta estaba embarazada, 18 años antes, había tenido un accidente por conducir imprudentemente, resultando de ello la hija nacida con parálisis.

Cabe señalar que incluso la discusión se ha extendido a materias que en realidad son ajenas al Derecho de daños, como es el caso de los arts. 97 y 98 Cc., ya que si bien emplean términos como “compensación” o “indemnización”, están lejos de establecer reglas sobre responsabilidad civil. En su caso, también se discute si alguno de estos preceptos puede tener aplicación a las uniones de hecho.

Sin embargo, uno de los tópicos más controvertidos por la doctrina, es la incierta aplicación de las reglas de responsabilidad civil a los cónyuges por los

⁴⁵ *Il Foro italiano*, 1951, pág. 988 y ss., con nota de Mario Elia y postilla de F.C.; *Temí*, marzo-abrile 1952, pág. 119 y ss., con nota de Aurelio Candian y postilla de Arturo Dalmartello.

⁴⁶ RIBÓ DURÁN, Luis (Coord.), *Derecho de daños*, Ponencias y coloquios en la jornada sobre Derecho de daños celebrada en Barcelona el 12 de diciembre de 1991, ed. Bosch, Barcelona, 1992, pág. 152 y ss.

daños ocasionados entre sí por el incumplimiento de los deberes conyugales, en especial, de los daños morales.

En este punto existen posiciones totalmente contrarias, que oscilan de un extremo a otro; así, autores como SALVADOR CODERCH y RUIZ GARCÍA⁴⁷, en su trabajo del año 2000, sostienen el rechazo de cualquier acción de daños por el incumplimiento de los deberes matrimoniales, alegando que sólo constituyen causal de separación o divorcio. Sobre el particular, nos limitamos a señalar que por Ley 15/2005, se derogaron las causales de separación y divorcio, lo que deja sin sustento la opinión de estos autores.

Por su parte, LACRUZ⁴⁸, se manifiesta partidario de admitir plenamente la posibilidad de una acción por daños derivados del incumplimiento, sin perjuicio de que también fuera causa de separación o divorcio.

FERRER RIBA⁴⁹, opta por una posición intermedia, ya que por una parte sostiene, en su trabajo del año 2001 y 2003, que frente a la infracción de los deberes conyugales sólo es posible ejercer las acciones de separación o divorcio excluyendo las acciones de responsabilidad a objeto de no intervenir los principios que rigen un sistema de separación o divorcio no culpabilístico, salvo cuando estemos enfrentados a conductas que causen daño a derechos o intereses inherentes del otro cónyuge conceptualmente separables de su interés en el mantenimiento del matrimonio y en el respeto a sus reglas, como pueden ser los daños ocasionados a la integridad física y psíquica del cónyuge, a su salud, libertad, honor o intimidad, libertad sexual o patrimonio, donde sí podrían ser aplicables.

En fin, de las diversas posiciones que la doctrina y jurisprudencia han construido sobre esta cuestión, pueden distinguirse, a grandes rasgos, las que sostienen que el matrimonio es un campo de inmunidad, de privilegio conyugal, o de plena y común aplicación de las normas de responsabilidad.

⁴⁷ SALVADOR CODERCH y RUIZ GARCÍA, Els efectes del matrimoni, en EGEA I FERNÁNDEZ, Joan y FERRER I RIBA, Josep, (Directores), *Comentaris al codi de família, a la llei d'unions estables de parella i a la llei de situacions convivencials d'ajuda mutua*, ed. Tecnos, Madrid, 2000, pág. 43 y ss.

⁴⁸ LACRUZ BERDEJO, *et al.*, *Elementos de Derecho Civil IV*, Derecho de familia... (2008), *cit.*, pág. 69.

⁴⁹ FERRER RIBA, Relaciones familiares y límites del derecho de daños, en *InDret...*, *cit.*, pág. 14 y ss.; FERRER RIBA, Relaciones familiares y límites del derecho de daños, en CABANILLAS SÁNCHEZ..., *cit.*, pág. 1854 y ss.

Sobre esta cuestión, sin duda quien mejor demuestra el estado actual, son las resoluciones pronunciadas por la jurisprudencia, en especial por el Tribunal Supremo. Clásicas son las sentencias de 22⁵⁰ y 30⁵¹, ambas de julio del año 1999, que rechazaron sendas demandas de indemnización de daños y perjuicios interpuestas por el varón en contra de su mujer, al amparo de los arts.1101 y 1902 Cc. respectivamente, y vinculadas en todo o parte con el incumplimiento de los deberes conyugales.

Por su parte, la sentencia de 02 de noviembre de 2004 de la Audiencia Provincial de Valencia⁵², ratificada por el máximo tribunal mediante auto de 10 de junio de 2008⁵³, y siguiendo, supuestamente, la doctrina emanada de las sentencias de 22 y 30 de julio de 1999, acogió una acción indemnizatoria amparada en el art. 1902 Cc., por los daños morales ocasionados al actor con la actuación negligente en la procreación de los hijos extramatrimoniales y por el comportamiento doloso de los demandados en la ocultación de la paternidad.

Pero todavía quedan muchas cuestiones pendientes por plantear y resolver, como por ejemplo, qué pasa con los derechos del hijo que con ocasión de un proceso de impugnación de su paternidad, descubre que la persona a quien ha tenido por padre no es su padre biológico, qué pasa con el daño moral, con ese sufrimiento psicológico por la pérdida de los vínculos emocionales y afectivos de su referente paternal, por la pérdida del apellido que lo identificaba legalmente, entre otros, ¿podrá reclamar el resarcimiento de los daños padecidos?, y en su caso ¿a quien?, ¿a la madre que dolosamente ocultó la verdadera paternidad al hijo y al falso padre?, o ¿al verdadero padre que conociendo de la situación, se desentendió de sus obligaciones?⁵⁴.

⁵⁰ RJ 1999, 5721.

⁵¹ RJ 1999, 5726.

⁵² Sentencia N°597/2004 (AC 2004, 1994).

⁵³ JUR 2008, 222445.

⁵⁴ Ya no quiero ser tu padre, en *El Mundo*, domingo 26 de octubre de 2003.

Por el momento, nos limitamos a lo expuesto, a objeto de ilustrar el estado actual de la cuestión, durante el transcurso de este trabajo, volveremos sobre estos fallos.

Sin perjuicio de lo expuesto, debemos tener siempre presente, como resolvió la Audiencia Provincial de Ciudad Real el 01 de septiembre de 2001⁵⁵, al conocer un recurso de apelación sobre un delito de faltas contra las personas, que la reparación de los daños morales por parte de los responsables “no puede quedar exonerado por el hecho de que se hayan producido dichos incidentes en el seno familiar, el que desde luego resulta digno de protección en cuanto a cualquier origen del perjuicio”. En este mismo sentido se pronunció la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 1957⁵⁶, al resolver que se debe prescindir del hecho que uno de los codemandados y condenados sea el padre de la actora, para condenarlo a éste junto a otros terceros, como solidariamente responsable a indemnizar los daños y perjuicios causados, al decir “en manera alguna puede afectar a la actora, que se limita a percibir lo que le corresponde, por el daño que se le produjo, a cuya apreciación no puede afectar que sea hija de uno de los obligados a indemnizarla”.

En fin, podríamos seguir enumerando distintas situaciones o casos planteados por la doctrina y/o la jurisprudencia, pero conforme a lo señalado, podemos colegir que la extensión del Derecho de daños al Derecho de familia en el ordenamiento jurídico español, se encuentra en una etapa de formación o crecimiento; se ha escrito sucintamente sobre el particular, y sólo en aspectos muy puntuales, pero con una tendencia clara de no excluir la aplicación de las normas de responsabilidad por los daños causados entre familiares. Estas afirmaciones demuestran que aún existe una importante discusión por todos los sujetos involucrados en los temas que nos interesan, pero que, por otra parte, son el impulso de este proyecto. Creemos que el sólo hecho de poner en controversia o interrogación el tema aquí planteado es suficiente motivación para nuestra labor; no pretendemos encontrar las soluciones

⁵⁵ JUR 2002, 63191.

⁵⁶ *Jurisprudencia Civil*, nueva serie, t. LX, marzo – abril 1957, ed. Reus, Madrid, 1960, pág. 893 y ss., en concreto pág. 908.

definitivas al problema propuesto, sino tan sólo abrir la puerta a la discusión de las mismas, las cuales, la doctrina, la jurisprudencia, y el tiempo, se encargará de decantar.

VI.- DELIMITACIÓN DEL CAMPO DE ESTUDIO.

Siguiendo una estructura sistemática, y la vieja distinción de SAVIGNY, los efectos del matrimonio podemos dividirlo en dos claros órdenes o escenarios, a saber, uno constituido por los efectos personales, y otro, por los efectos económicos patrimoniales que se producen entre los cónyuges con ocasión del matrimonio.

Ahora bien, el campo de los efectos personales esta comprendido por los deberes y derechos conyugales, es decir, por el deber de respeto, de ayuda y socorro mutuo, de cohabitación, y de fidelidad, los cuales en conjunto constituyen los verdaderos elementos que dan vida al matrimonio según se sostiene desde el Derecho romano hasta nuestros días, reglando en un pie de igualdad los aspectos personales e íntimos que van a regir a los cónyuges durante toda la vigencia del matrimonio.

Por el contrario, el escenario económico patrimonial esta comprendido por aquellas normas que los cónyuges hayan conseguido estipular en las capitulaciones matrimoniales, o en subsidio, aquellas que se apliquen conforme a la ley, y que están dispuestas en el Título III del libro IV del Código Civil, artículos 1315 y ss., y que tienen por finalidad reglar el régimen de bienes que existirá entre ellos, en lo tocante a su administración, adquisición, disposición, etc.

Si bien ambos escenarios se originan en el mismo instante de la celebración matrimonial, presentándose como esenciales para cualquier matrimonio, sólo los efectos personales del mismo son los que lo distinguen y lo hacen único dentro del ordenamiento jurídico; así pues, podrán existir figuras similares del punto de vista económico patrimonial como la sociedad, la comunidad, etc., que rijan la administración y disposición de bienes entre personas, pero sólo a través del matrimonio se pueden originar unos efectos personales de tal naturaleza y

trascendencia como los expuestos, motivo por el cual, nuestro estudio en adelante se centrará a este escenario.

No desconocemos que bajo el ámbito económico patrimonial los cónyuges también se pueden causar los más diversos daños, ya sea consecuencia de su mala administración, de actos en fraude de los derechos de su consorte, o de daños cometidos dolosamente a la sociedad, como excepcionalmente prevén los artículos 1390 y 1391 Cc., o por la falta del deber de información recíproca y periódica sobre la situación y rendimientos de cualquier actividad económica de ellos conforme lo previene el art. 1383 relacionado con el art. 1393 N°4 Cc., o de actos de administración o disposición realizados por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro cuando ello sea necesario conforme el art. 1322 Cc., o por actos de disposición o de gestión patrimonial que entrañen fraude, daño o peligro para los derechos de uno de los cónyuges bajo el régimen de sociedad de gananciales como lo dispone el art. 1939 N°2 Cc., o por la irregular administración de uno de los cónyuges cuando en el régimen de participación se comprometan gravemente los intereses del otro según lo establece el art. 1416 Cc., entre otros posibles daños que se puedan ocasionar, pero, reconocemos que un adecuado y merecido estudio sobre el particular excede con creces los límites de esta investigación, es más, sin duda daría lugar a otra investigación similar a ésta, motivo por el cual, por el momento, nos hemos centrado al campo de los efectos personales del matrimonio, o dicho de otra forma, en los daños patrimoniales o extrapatrimoniales consecuencia del incumplimiento de los deberes y derechos conyugales, a objeto de arribar a conclusiones certeras y precisas en este escenario que particulariza al matrimonio dentro del ordenamiento jurídico.

El problema en efecto, es de determinar si los daños causados entre cónyuges deben someterse a las reglas comunes de la responsabilidad civil (que obligan, como es bien sabido, a reparar cualquier daño, corporal, patrimonial o moral imputablemente ocasionado) o, por el contrario, existen razones que llevan a excluir, atenuar o, en todo caso, modificar su aplicación.

Formulado de otra forma ¿existen en el ámbito de las relaciones familiares ciertos espacios de excepción, privilegio o inmunidad por lo que a la responsabilidad civil se refiere?

Sobre esta materia, no sólo veremos la responsabilidad de los cónyuges por los daños causados por la violación de los deberes conyugales, sino que también las eventuales obligaciones que pueden asumir los terceros que inducen a su incumplimiento, cuestión más que actual después de la confirmación del Tribunal Supremo de la SAP de Valencia de 02 de noviembre de 2004, que condenó solidariamente a la cónyuge y a su amante a pagar la respectiva indemnización.

Igualmente, revisaremos si los daños causados por las situaciones de crisis conyugal son o no susceptibles de ser indemnizadas, y en su caso, mediante qué formas y supuestos.

Por último, si bien conforme el título de nuestro trabajo hemos limitado nuestra investigación al matrimonio, creemos que ésta sería de cierto modo inconclusa sino nos referimos, a otras dos figuras que guardan íntima relación, como son la promesa de matrimonio y las uniones de hecho.

Aunque los esponsales, según LASARTE⁵⁷ “tienen un pasado glorioso, un presente dudoso y un provenir ceniciento, dado el ritmo social de abandono de formalismos y rituales”, creemos que todavía presentan cuestiones interesantes vinculadas con la ruptura sin causa y a las posibles acciones que los contrayentes puedan ejercitarse entre sí.

En lo que respecta al estudio de las uniones de hecho, justificamos su inclusión en su común difusión por la sociedad actual como por cierta identidad para con el vínculo conyugal, aunque nos apresuramos a advertir, que por medio de ella, no somos partícipes de la idea que nazcan efectos personales como en el matrimonio.

⁵⁷ LASARTE, Carlos, *Principios de Derecho Civil*, T.VI, Derecho de familia, sexta edición, ed. Marcial Pons, Madrid, 2007, pág. 38.

CAPÍTULO SEGUNDO.

DE LOS DAÑOS CIVILES EN LA PROMESA DE MATRIMONIO.

I.- CONSIDERACIONES PREVIAS.

Nuestro objetivo para este capítulo, dice relación con la determinación de los efectos y alcances que la ruptura de los esponsales produce entre los prometidos, con el fin de dilucidar si por medio de ella, es posible que se produzcan daños patrimoniales o no patrimoniales entre los respectivos sujetos involucrados.

Para este objeto, revisaremos cuales son las consecuencias previstas por el legislador para el caso propuesto, precisando el fundamento jurídico de las mismas y pronunciándonos sí por medio de ellas se da aplicación a las normas del Derecho de daños, analizando también las consecuencias que excedan de los escenarios reglamentados por el texto sustantivo.

Asimismo, pretendemos referirnos a la vinculación de los terceros en los efectos de la ruptura, cuando con su acción u omisión han contribuido a ella, o se han empobrecido o enriquecido por medio de la misma.

Lógicamente excluimos de los fines del presente trabajo, la ejecución de los esponsales materializada en la celebración del matrimonio, o la ruptura mutuamente aceptada por los prometidos, debido a que bajo dichas alternativas no es posible discutir la existencia de daños, o porque acaeciendo éstos, ellos son reglados por los propios esposos⁵⁸, respectivamente.

II.- PRINCIPIO DE LIBERTAD NUPCIAL.

Antes que nada, debemos destacar que conforme a la doctrina y jurisprudencia, nadie discute que los prometidos son libres de no ejecutar o romper

⁵⁸ En este trabajo usamos el término “esposo, sa” estrictamente conforme la primera acepción señalada por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, que la define como “persona que ha contraído esponsales”.

la promesa de matrimonio o negarse a la celebración del mismo, fundados en el principio de libertad nupcial - para algunos es un argumento de orden público⁵⁹ -, que la legislación sustantiva les reconoce, en sus arts. 42 y 43, en especial al disponer que “la promesa de matrimonio no produce obligación de contraer ni de cumplir lo que se hubiere estipulado para el supuesto de su no celebración”, agregando en forma clara y categórica que “no se admitirá a trámite la demanda en que se pretenda su cumplimiento”⁶⁰.

El alcance de dicho contenido no sólo afecta a las partes, sino a cualquier tercero que pretenda celebrar algún convenio o cláusula que limite el ejercicio de esta libertad tutelada.

Lo anterior queda patente en la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 19 de abril de 2005⁶¹, al declarar que la liquidación comprendida en la escritura pública mediante la cual las partes celebraron esponsales, y donde el prometido se obligaba a pagar la suma de 36.000 euros “en concepto de los daños y perjuicios originados por los gastos que doña... haya podido efectuar por los preparativos de la boda” es nula, ya que se trata de “conceptos imposibles de liquidar en el momento de formularse la promesa”, agregando que “la cantidad allí recogida tampoco puede considerarse como indemnización de daños morales, como se ha dicho, el incumplimiento de la promesa de matrimonio no produce daño moral; la decisión de una de las partes de no contraer matrimonio entra dentro de la esfera de la libertad de cada uno”⁶².

⁵⁹ GARCÍA CANTERO, Gabriel, Artículos 42 a 107 del Código Civil, en ALBALADEJO, Manuel, (Director), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. II, 2º edición, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982, pág. 24; GARCÍA CANTERO, Gabriel, *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español*, ed. Cuadernos del Instituto Jurídico Español, Roma – Madrid, 1959, pág. 36.

⁶⁰ Desde el Proyecto de Bases del Código Civil, elevado al gobierno el 07 de marzo de 1844, y por iniciativa de Florencio García Goyena, se recogió en su base 3º la negativa de reconocer valor jurídico a los esponsales, justificado en que éstos constituyen un medio de lograr fines inconfesables, atentan a la libertad matrimonial y a la paz de las familias, carecen de eficacia coactiva, plantean problemas de competencia. BADOSA COLL, Ferran, Comentario de los artículos 42 y 43 del Código Civil, en AMORÓS GUARDIOLA, Manuel, *et al.*, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, ed. Tecnos S.A., Madrid, 1984, pág. 99 y ss., contiene una pormenorizada evolución de la figura de los esponsales de futuro o promesa de matrimonio desde la precodificación del Derecho español hasta nuestros días.

⁶¹ AC 2005, 1833.

⁶² La sentencia de 13 de Enero de 1879, comentada por GARCÍA CANTERO, *EL vínculo...., cit.*, pág. 44 y ss, debe ser considerada como una vieja reliquia histórica. En ella el Tribunal Supremo desestimó un recurso de casación, admitiendo la validez de una cláusula penal, por la cual se resolvió que, “si don J.R.L. prometió casarse con doña J.P.S., obligándose, en otro caso, a entregarla 5.000 pesetas, por razón de perjuicios, claro y

En otras palabras, frente a la inexistencia de una obligación que vincule a cualquiera de los esposos a la celebración del matrimonio prometido, su ruptura jamás confiere acción para solicitar su ejecución⁶³.

Este principio de libertad nupcial se encuentra íntegramente recogido en el ordenamiento civil italiano (art. 79), alemán (&1297), y chileno (arts. 98 y 99); no obstante, fue en el ordenamiento francés donde tuvo su mayor repercusión, al motivar la omisión de toda regulación sobre la promesa de matrimonio en el Code, como forma de demostrar el rechazo de la nueva legislación surgida de la Revolución al “*Ancien droit*”, dada la radical incompatibilidad del viejo contrato de “*fiancailles*” con el principio de libertad⁶⁴.

De acuerdo con lo señalado, y siguiendo la opinión de REINA y MARTINELL⁶⁵, preferimos hablar de ruptura, no ejecución, desistimiento, o retractación de los esponsales antes que usar el termino de “incumplimiento”, contenido en el artículo 43, ya que como hemos dicho, aquí no existe obligación alguna que en realidad pueda ser cumplida o incumplida como erróneamente pudiera entenderse de la expresión empleada por el legislador.

Asimismo, consecuencia indubitada de lo expuesto, es la inexistencia jurídica de efectos personales entre los prometidos, a diferencia de lo que acontece con el matrimonio.

evidente es que no habiéndose cumplido el primer extremo del contrato se halla obligado a cumplir el segundo”.

⁶³ El Código de Derecho Canónico, se expresa en el mismo sentido, en el canon 1062.2: “La promesa de matrimonio no da origen a una acción para pedir la celebración del mismo”.

⁶⁴ DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, *Un estudio de la promesa de matrimonio en el derecho francés, desde Pothier hasta nuestros días*, artículo en preparación, facilitado gentilmente por el autor.

⁶⁵ REINA y MARTINELL, *Curso de Derecho...*, cit., pág. 270.

III.- LÍMITE AL PRINCIPIO DE LIBERTAD NUPCIAL: RUPTURA DE LA PROMESA DE MATRIMONIO SIN CAUSA.

Sin embargo, pese a lo categórico de las afirmaciones precedentes, a tenor de lo dispuesto en el art. 43 Cc., constatamos el establecimiento de un límite al ejercicio de esta libertad nupcial, ya que el “incumplimiento sin causa de la promesa cierta de matrimonio” produce unos determinados efectos patrimoniales previstos por el legislador, que según el objetivo planteado para este capítulo, nos interesa resolver si son o no aplicación de las normas del Derecho de daños, es decir, si realmente se trata de daños ilícitos obligados a resarcir.

Antes que nada, debemos señalar que en términos similares a lo dispuesto en el art. 43 Cc. español, la legislación italiana (art. 81.1⁶⁶) y alemana (&1298⁶⁷), también consagran el mismo límite y efecto, al establecer que en el caso que uno de los prometidos se desista de los esponsales, deberá resarcir, indemnizar, unos determinados daños patrimoniales.

A diferencia de lo anterior, y pese a que la promesa de matrimonio se encuentra regulada en el art. 98 y ss. como en el Mensaje del Código Civil chileno, entre sus normas no se establece límite ni efecto similar al previsto en el artículo en referencia, para el supuesto de no ejecución de los esponsales con causa o sin ella, amparado en el argumento que éstos son “un hecho privado, que las leyes someten enteramente al honor y conciencia del individuo, y que no produce obligación alguna ante la ley civil”. No obstante, debemos mencionar que el art. 99 autoriza para retener la multa que voluntariamente haya sido estipulada y pagada por uno de

⁶⁶ Artículo 81.1 Cc. italiano: “Risarcimento dei dani. La promessa di matrimonio fatta vicendevolmente per atto pubblico o per scrittura privata da una persona maggiore di età o dal minore ammesso a contrarre matrimonio a norma dell’ art. 84, oppure risultante dalla richiesta della pubblicazione, obbliga il promittente che senza giusto motivo ricusi di eseguirla a risarcire il danno cagionato all’ altra parte per le spese fatte e per le obbligazioni contratte a causa di quella promessa. Il danno è risarcito entro il limite in cui le spese e le obbligazioni corrispondono alla condizioni delle parti”.

⁶⁷ Parágrafo 1298 BGB: “Obligación de indemnización en caso de desistimiento. 1. El prometido que desista de los esponsales deberá indemnizar al otro desposado y a los padres de éste, así como a terceras personas que hayan actuado en lugar de los padres, los daños ocasionados por los gastos incurridos u obligaciones contraídas por causa del matrimonio prometido. Deberá indemnizar asimismo al otro esponsal los gastos incurridos por éste a causa de las medidas que hubiere tomado respecto de su patrimonio o de su situación profesional como consecuencia de las expectativas del futuro matrimonio. 2. Los daños ocasionados deben indemnizarse en la medida en que los gastos incurridos, las obligaciones contraídas y las demás medidas tomadas resultaren proporcionales a las circunstancias de cada caso. 3. No habrá obligación de indemnización cuando exista una razón sustancial para el desistimiento”.

los esposos a favor del otro para el caso de ruptura de los esponsales, prohibiendo su devolución⁶⁸.

Por su parte, el Code al carecer de regulación sobre la materia, tampoco establece límites o efectos para el supuesto de ruptura. Sin embargo, la doctrina y jurisprudencia francesa han suplido este vacío recurriendo al art. 1382⁶⁹ (similar al art. 1902 Cc. español). En este caso, la acción indemnizatoria emana del perjuicio causado y de la obligación impuesta por la Ley al autor del daño de repararlo, pero no del simple desistimiento de la promesa, debiendo probarse la culpa del demandado, cuestión que la jurisprudencia entiende que concurre cuando no se ha cumplido con la cortesía y respeto que se debe al otro, realizando una ruptura de forma incorrecta, injuriosa o brutal, o inspirada en motivos ilegítimos, como consideraciones de fortuna, raza, etc.⁷⁰. Considerando lo expuesto, podemos decir que la ruptura sin causa prevista en el art. 43 Cc. español, es para la ordenamiento francés, sinónimo de hecho culpable, constituyendo uno de los presupuestos para la aplicación de la responsabilidad civil extracontractual del art. 1382 del Code, y que permite a la víctima solicitar su íntegra reparación., es decir, daños materiales y morales.

Ahora bien, los limitados efectos previstos por el legislador español, resarcir los “gastos hechos y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido”, sólo corresponderán en el excepcional caso que la ruptura sea “sin

⁶⁸ Esta facultad para retener la multa pagada, ha llevado a autores como CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil y Comparado*, t.I, segunda edición, ed. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1978, pág. 268 y ss., a sostener que nos encontramos ante una obligación natural.

En sentido contrario se pronuncia BARRIENTOS GRANDON, Javier y ARÁNZAZU NOVALES, Alquézar, *Nuevo Derecho Matrimonial Chileno*, Ley N°19.947: Celebración del matrimonio, separación, divorcio y nulidad, segunda edición, ed. LexisNexis, Santiago, 2004, pág. 259 y ss., al señalar que discrepan de la doctrina anterior “no sólo por razones históricas, sino también porque la disciplina de las obligaciones naturales no queda estrechada solamente en la imposibilidad de accionar y en el nacimiento de una excepción para retener lo pagado voluntariamente, sino por una serie de otros aspectos, que presuponen la existencia de un débito, que no se presenta en el caso del inciso 2 del artículo 99”.

⁶⁹ Artículo 1382 Cc. francés: “Cualquier hecho del hombre que cause daño a otro obliga a aquel por cuya culpa sucedió, a repararlo”.

⁷⁰ BÉNABENT, Alain, *Droit civil*, La famille, troisième édition, ed. Litec, Paris, 1988, pág. 24 y ss.; PLANIOL y RIPERT, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, t.II, La familia, matrimonio, divorcio, filiación, trad. de Mario Díaz Cruz y Eduardo Le Riverend Brusone, ed. Cultural S.A., Habana, 1946, pág. 66 y ss.; CAPITANT, Henry, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 10 édition, par Francois Terré et Yves Lequette, ed. Dalloz, Paris, 1994, pág. 134 y ss.; DE VERDA Y BEAMONTE, *Un estudio de la promesa...*, cit.

causa”, coligiendo *a contrario sensu* que cuando ésta concurra, toda consecuencia que de ella se derive será fruto del ejercicio de la libertad nupcial, quedando marginada de la tutela del derecho, llevándonos por la misma circunstancia a preterir su estudio bajo este último escenario. Así por ejemplo, la SAP de Ciudad Real de 03 de mayo de 2005⁷¹, resolvió que existía “causa suficiente, motivada y legítima, para romper la promesa de matrimonio” el haber sido víctima de una agresión por parte de quien iba a ser su marido, rechazando en base a ello la acción intentada en su contra por aplicación del art. 43 Cc.⁷².

Es menester precisar que el legitimado activo para solicitar el resarcimiento de los gastos hechos y de las obligaciones contraídas, es el esposo que ha sido víctima de la retractación sin causa de los esponsales, como también aquel que ha desistido de la promesa justificadamente en virtud de una causa imputable a la otra parte según agregan DIEZ – PICAZO y GULLÓN⁷³, y como expresamente lo previenen la legislación civil italiana (art. 81.2⁷⁴) y alemana (&1299⁷⁵).

Ahora, en cuanto al alcance de la expresión “sin causa” que constituye el límite al ejercicio de la libertad nupcial, y pone en movimiento la tutela prevista en el art.43 Cc., el legislador de 1981 derogó el vocablo “justa” que complementaba el término en estudio hasta entonces comprendida en el referido precepto.

⁷¹ JUR 2005, 113247.

⁷² En el Código de Derecho Canónico, canon 1062.2, junto con expresar que la promesa no da origen para pedir la celebración del mismo, dispone que sí da acción para el resarcimiento de daños, “si en algún modo es debido”, lo que significa que no procederá siempre y que requerirá un juicio prudencial.

⁷³ DIEZ – PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, Derecho de familia. Derecho de sucesiones, décima edición, ed. Tecnos, Madrid, 2006, pág. 64.

⁷⁴ Artículo 81.2 Codice Civile: “Lo stesso risarcimento è dovuto dal promittente che con la propria colpa ha dato giusto motivo al rifiuto dell’altro”.

⁷⁵ Parágrafo 1299 BGB: “Resolución por culpa del otro prometido. Si uno de los prometidos resuelve la promesa de matrimonio por culpa del otro, que constituye un motivo importante para la resolución, éste queda obligado al resarcimiento del daño en los mismos términos dispuestos por el &1298, apartados 1 y 2”.

Sin embargo, la doctrina mayoritaria⁷⁶ alega y defiende su subsistencia, al afirmar que pese a la derogación del vocablo “justa”, esta debe ser considerada vigente, a objeto de ser ponderada adecuadamente por el interprete: el juez. Sostienen que concluir lo contrario permitiría a cualquiera de los prometidos liberarse de todos los efectos excepcionales previstos por su mero capricho, o simple cambio de opinión, ya que siempre podría invocar como causa de la ruptura de la promesa su simple mutación de parecer, llevando a la limitada obligación de resarcimiento a ser letra muerta.

Estos fundamentos expuestos nos llevan a adherirnos a esta posición. Efectivamente participamos que los prometidos deben tener libertad para romper la promesa de matrimonio, pero dicha retractación debe ser razonable, atendible, justificada, fundamentada, es decir, “justa”; de lo contrario esta figura no sólo sería irrelevante para el derecho en cuanto efectos personales – inexistentes jurídicamente como hemos dicho -, sino que también patrimoniales, como son los previstos en la norma citada.

En todo caso, siguiendo a DELGADO ECHEVERRIA⁷⁷, y a fin de evitar el arbitrio judicial, deberán buscarse los criterios de valoración de la causa en los aspectos subjetivos de los propios prometidos y conocidos por éstos - por ejemplo, para el socio de una liga antialcohólica, sería causa suficiente una ligera borrachera de su prometida, aunque socialmente fuera disculpable -; a falta de estas valoraciones personales, o no conocidas por la otra parte, se deberá recurrir a los criterios sociales en que se mueven los prometidos.

⁷⁶ En este sentido, ALBALADEJO, Manuel, *Curso de Derecho Civil IV*, Derecho de familia, novena edición, ed. Bosch, Barcelona, 2002, pág. 34; GARCÍA CANTERO, Artículos 42 a 107 del Código Civil..., *cit.*, pág. 24 y 40; O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Compendio de Derecho civil*, t. IV, Derecho de familia, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1983, pág. 40; DELGADO ECHEVERRIA, Jesús, Comentarios a los artículos 42 y 43, en LACRUZ BERDEJO, José Luis, (Coord.), *Matrimonio y divorcio, Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil*, segunda edición, ed. Civitas, Madrid, 1994, pág. 55; REINA y MARTINELL, *Curso de derecho...*, *cit.*, pág. 270 y ss.; BADOSA COLL, Comentario de los artículos 42 y 43..., *cit.*, pág. 116 y ss.; LACRUZ BERDEJO, José Luis, *et al.*, *Elementos de Derecho Civil IV*, Derecho de familia, vol. I, tercera edición actualizada, ed. José María Bosch Editor S.A., Barcelona, 1990, pág. 99 y ss., entre otros.

⁷⁷ DELGADO ECHEVERRIA, *op. cit.*, pág. 55; en el mismo sentido LACRUZ BERDEJO, *et al.*, *Elementos de Derecho Civil IV*, Derecho de familia, vol. I... (1990), *cit.*, pág. 100.

Pese a la claridad de la doctrina sobre qué debe entenderse por “sin causa”, la jurisprudencia se nos presenta del todo vacilante, llegando a conclusiones “llamativas”, que intentan, en nuestra opinión, reabrir una controversia que debiera tenerse por superada.

Así se evidencia en la SAP de Madrid de 24 de marzo de 2004⁷⁸, donde el tribunal no tuvo por acreditada la existencia de causa (justa) debido a que “el proyectado y prometido matrimonio se incumplió por decisión unilateral de la demandada – reconvenida, lo que genera ex art. 43 del Código Civil la obligación de resarcir a la otra parte” de los gastos hechos y obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido, o la SAP de Salamanca de 20 de marzo de 2006⁷⁹, instancia que expresamente señaló que “el presupuesto es el incumplimiento sin causa, como expone el art. 43, pero que debe entenderse que es sin causa justa”, donde dicho concepto no puede darse en abstracto, sino que analizándose caso a caso en relación con la realidad social en que se mueve la pareja que ha celebrado la promesa⁸⁰. Ahora, si comparamos estos fallos con la SAP de Barcelona de 08 de octubre de 2004⁸¹, o de Alicante de 14 de diciembre de 2005⁸², vemos como el citado órgano jurisdiccional arribó a una conclusión diametralmente opuesta, en circunstancias que se alegaba un fundamento similar al recién expuesto – el ejercicio de la libertad nupcial -, al resolver que “la libre decisión del demandado de no contraer matrimonio supone “justa causa” o “causa”, y no cabe buscar culpabilidades, pues atentaría a la libertad de conciencia”.

Esta dicotomía de consideraciones de la jurisprudencia sobre si el ejercicio de la libertad matrimonial constituye o no causa (justa) a efectos del art. 43 Cc., nos lleva a reafirmar la posición y argumentos de la doctrina ya señalados, y que oportunamente se pueden resumir en las palabras expresadas por CARRIÓN

⁷⁸ JUR 2004, 248652.

⁷⁹ JUR 2006, 241399.

⁸⁰ También exige que la ruptura sea “sin justa causa” la SAP de Toledo de 03 de abril de 2000 (AC 2000, 4476).

⁸¹ JUR 2004, 303882.

⁸² JUR 2008, 140947.

OLMOS⁸³, al decir, “y es entonces cuando la cuestión a considerar será la de si alguien que prometió libremente matrimonio, y que después decide también libremente no casarse, encaja o no en la “causa” exonerativa de responsabilidad a la que se refiere dicho precepto, supuesto claro es que la contraparte (confiada en esa promesa) haya hecho gastos o contraído obligaciones, de todo punto inútiles si el matrimonio no llegara a celebrarse. Que no quepa introducir entonces “reproches culpabilísticos” a una tal decisión es obvio. Pero que, además de ello, el sujeto que así actúa quede asimismo exonerado del reembolso es “harina de otro costal”. En definitiva, entender que la libre decisión de no contraer sin otro fundamento que la decisión misma es “causa” y, por tanto, exonerativa de las consecuencias patrimoniales ex art. 43 conduce, a lo que entiendo, en hacer inútil por superflua la exigencia misma de “causa” a la que el precepto se refiere”.

Este mismo criterio lo hallamos en la SAP de Alicante de 02 de noviembre de 2000⁸⁴, al resolver que “con el mantenimiento de la expresión “sin causa” se pretende que la protección de la libertad matrimonial no lleve a una práctica discrecionalidad en la decisión de romper con la promesa contraída, puesto que en otro caso el contenido del precepto sería superfluo”.

La conclusión precedente se encuentra conforme con la legislación civil italiana (art. 81.1) y alemana (&1298) que, al igual que el art. 43 Cc. español, establecen reglas para el caso que uno de los prometidos “sin justo motivo” o “sin una razón sustancial” respectivamente, se desista de los esponsales.

Por todas las consideraciones expuestas, doctrinarias, jurisprudenciales, nos inclinamos en defender la vigencia del vocablo “justa” como complemento del requisito de la causa, motivo por el cual y en lo que concierne a este trabajo, cada vez que usemos el término “causa” debe entenderse que nos estamos refiriendo a “causa justa”, salvo que expresamente digamos lo contrario.

⁸³ CARRIÓN OLMOS, Salvador, Promesa de matrimonio y resarcimiento de daños, en DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, (Coord.), *Daños en el Derecho de Familia*, Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, ed. Aranzadi, Pamplona, 2006, pág. 138 y ss.

⁸⁴ JUR 2001, 46609.

IV.- EFECTOS PREVISTOS POR LA LEY FRENTE A LA RUPTURA SIN CAUSA DE LA PROMESA.

Para que el esposo lesionado por el desistimiento sin causa pueda demandar los efectos previstos en el art. 43 Cc., solicitando el resarcimiento de los gastos hechos y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido, no sólo debe probar la falta de causa, sino que también debe probar la existencia y validez de la promesa, es decir, que cumple con los requisitos de capacidad y certeza, toda vez que las solemnidades a que estaba sujeta fueron derogadas mediante las modificaciones introducidas por la Ley 30/1981, destacándose hoy en día su carácter consensual.

A.- Presupuestos para la validez de la promesa.

El art. 43 Cc. dispone respecto de la capacidad, que ésta puede ser otorgada por persona mayor de edad o por menor emancipado. Pese a la claridad de la norma, esta plantea la interrogante de saber si los menores no emancipados pueden celebrar esponsales. La solución no es unánime ni conteste, pese a lo sostenido por autores como CARRIÓN OLMOS⁸⁵ que destacan lo indubitado del precepto, distinguiéndose en consecuencia sostenedores del régimen de capacidad matrimonial, contractual y mixta.

Así, para GARCÍA CANTERO⁸⁶, aplicando por analogía lo dispuesto para el matrimonio, en su art. 48.2 Cc., colige que “el Juez de Primera Instancia podrá dispensar, con justa causa, la falta de edad para celebrar esponsales a partir de los catorce años, teniendo tal dispensa, en su caso, la eficacia convalidante que contempla el párrafo 3º del artículo 48”. En lo demás, entiende el citado autor, que no pueden celebrar promesa de matrimonio las personas que no pueden contraer matrimonio conforme lo dispuesto en los arts. 46 y 47 Cc., agregando que si se trata de impedimento dispensable, habrá que entender la promesa condicionada en su

⁸⁵ CARRIÓN OLMOS, Promesa de matrimonio..., *cit.*, pág. 117 y ss.

⁸⁶ GARCÍA CANTERO, Artículos 42 a 107 del Código Civil..., *cit.*, pág. 36.

validez a la obtención de la dispensa, aplicándose similar criterio si está pendiente un proceso de nulidad o de disolución de matrimonio anterior⁸⁷.

De forma distinta opina BADOSA COLL⁸⁸, al exponer que la capacidad de los promitentes en la promesa se rige por las reglas generales de las obligaciones contractuales; agrega que, el art. 43.1 ha roto el paralelismo con el artículo 46, al diferenciar el régimen de incapacidades para el matrimonio y los esponsales, siendo mucho más rígida en esta última, y “porque en el matrimonio actúa la doble capacidad: actual (art. 46.1) y potencial (art. 48.3), mientras que en la promesa matrimonial sólo se admite la actual; resultando, en fin, que el acto preparatorio exige una capacidad más estricta que el acto a que tiende”⁸⁹.

Por su parte, para DELGADO ECHEVERRÍA⁹⁰, no puede inferirse que el régimen de capacidad y las consecuencias de su falta sean las mismas del matrimonio, ni tampoco de los contratos en general. Para este autor, resulta extraordinariamente forzado y manifiestamente contraria a la voluntad del legislador, de no hacer nunca responsable al menor no emancipado que promete matrimonio, ni permitir la intervención de su guardador legal en un asunto de esta naturaleza, atendido el principio de libertad matrimonial. Concluye que para llegar a una adecuada solución, antes que nada se deben abandonar los prejuicios contractualistas, distinguiéndose las posibilidades en que se puede encontrar el menor no emancipado, a saber, ya sea si él desiste sin causa una promesa, como si él es el abandonado; señala que, “en el primer caso, ninguna responsabilidad le incumbe, que quien recibió la promesa no debió confiar en ella, aunque ignorara la menor edad de la otra parte; en el segundo, el menor queda protegido frente a una ruptura sin causa siempre que las circunstancias (proximidad a su mayoría de edad o

⁸⁷ RAGEL SÁNCHEZ, *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho civil: Familia...*, cit., pág. 55 y ss. opina en el mismo sentido, al señalar que aquí “se sigue la antigua regla prohibido el matrimonio, se entienden prohibidos los esponsales”; de la misma opinión, pero más categórico es CARRIÓN OLMOS, *Promesa de matrimonio...*, cit., pág. 131, al expresar “La única promesa de matrimonio relevante jurídicamente concurriendo, claro es, determinados presupuestos, es la formulada por persona mayor de edad o por menor emancipado (art.43 CC). La conexión de tales exigencias con el requisito de la edad para contraer matrimonio contenida en el artículo 46.1 CC no parece pueda ser puesta en duda”.

⁸⁸ BADOSA COLL, *Comentario de los artículos 42 y 43...*, cit., pág. 116 y ss.

⁸⁹ O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Compendio de Derecho...*, cit., pág. 40 y, ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil IV, Derecho de familia...*, cit., pág. 34, parecen seguir esta opinión, al limitarse a exponer que conforme el artículo 43, es requisito para celebrar los esponsales, el que ésta sea hecha por persona mayor de edad o por menor emancipado.

⁹⁰ DELGADO ECHEVERRÍA, *op. cit.*, pág. 51 y ss.

previsible emancipación o dispensa) hicieran aparecer como sería la promesa por él recibida”⁹¹.

Un segundo problema que se plantea en torno la capacidad, y puesto sobre el tapete por CARRIÓN OLMOS⁹², dice relación con el hecho de si son capaces para celebrar esponsales aquellos que se encuentren afectados por el impedimento matrimonial previsto en el artículo 46 N°2 Cc., es decir, aquellos que actualmente se encuentren ligados por un matrimonio no disuelto. Sin duda la libertad de estado resulta un requisito necesario, sin embargo, no podemos evitar participar de la opinión del comentado autor, en cuanto, después de las modificación introducida por la Ley 15/2005, de 08 de julio, que estableció la posibilidad de demandar el divorcio sin expresión de causa transcurridos tres meses de la respectiva celebración matrimonial, los esponsales celebrados por aquellos que se encuentran bajo estas condiciones resultan plenamente válidos y lícitos, considerándose como una promesa condicional⁹³.

Respecto al requisito de certeza de la promesa, el art. 43 conforme a la nueva reglamentación sustantiva supuso un cambio significativo en comparación a la normativa anterior, que exigía que los esponsales se hicieran en documento público o privado o por medio de proclamas⁹⁴. Hoy en día, sólo se requiere que la promesa contenga una voluntad cierta de contraer matrimonio por ambas partes⁹⁵, sobresaliendo su carácter eminentemente consensual al igual como regía para el

⁹¹ El mismo autor, añade que, con el mismo criterio se debe abordar el problema de la promesa de matrimonio dada o recibida por personas con deficiencias o anomalías psíquicas, incapacitadas o no. En el mismo sentido opina REINA y MARTINELL, *Curso de derecho...*, cit., pág. 267 y ss.

⁹² CARRIÓN OLMOS, *Promesa de matrimonio...*, cit., pág. 131 y ss.

⁹³ Agrega el citado autor, que se trataría de una promesa sujeta a una condición “simplemente potestativa”, toda vez que “la obtención de una sentencia de divorcio, aun dependiendo de la voluntad del sujeto, que lógicamente ha de instarlo, no puede decirse dependa exclusivamente de aquélla, lo que en nuestra opinión nos parece más dudoso, por el carácter abstracto de la petición de divorcio y la nula posibilidad de oposición del otro cónyuge como del juez, lo que nos lleva a pensar que quizás se trate de una sentencia de mera declaración de certeza o que simplemente constata un estado civil a efectos de dar seguridad jurídica a los involucrados como a los demás terceros.

⁹⁴ La legislación italiana (art. 81.1 Cc.) todavía exige que la promesa de matrimonio debe constar por “acto público” o “por escritura privada”.

⁹⁵ RAGEL SÁNCHEZ, *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho civil: Familia...*, cit., pág. 55; BADOSA COLL, *Comentario de los artículos 42 y 43...*, cit., pág. 116.

Derecho romano⁹⁶. Esta modificación, según REINA y MARTINELL⁹⁷, refuerza la idea de que con este requisito se alude a dos dimensiones: “de una parte, que se trate de promesa indubitadamente probada (cualquiera haya sido su forma); de otra, que origine certeza, razonable confianza en su cumplimiento (en lo que va implícita su seriedad)” o que “se trate de una verdadera promesa de matrimonio dotada de una verdadera voluntad de celebración del futuro matrimonio” como expresa la SAP de Teruel de 21 de diciembre de 2000⁹⁸.

Por su parte, ALBALADEJO expone que la expresión “cierta” no añade nada al espíritu que encierra la palabra “promesa” por sí sola, pudiendo haber sido omitida por el legislador. Argumenta que “promesa incierta insegura o no verdadera, no sería promesa, y por no serlo, no produciría sus efectos; el pedir que haya una promesa cierta o verdadera de matrimonio, ya lo implica, sin más calificativos, por el hecho que la ley pida que haya promesa (a secas) de casarse”⁹⁹.

El carácter consensual de la promesa, permite que ésta se pueda probar, aún por medio de comportamientos sociales demostrativos, tales como la tramitación de un expediente matrimonial, por voluntad y consentimiento de quienes han de contraer matrimonio¹⁰⁰, por los regalos de anillos¹⁰¹, etc., aclarándose, en todo caso, que no bastan simples expresiones de sentimiento afectivo o demás manifestaciones hechas en el ámbito estrictamente personal, como mensajes de móvil y correspondencia postal, ya que tampoco son suficientes para alegarla y acreditarla.

⁹⁶ Digesto XXXIII, 1, 4 “Ulpianus libro trigesimo quinto ad Sabinum. Sufficit nudus consensus ad constituenda sponsalia”, en *Digesta Iustiniani Augusti...*, cit.

⁹⁷ REINA y MARTINELL, *Curso de derecho...*, cit., pág. 269 y ss.

⁹⁸ JUR 2001, 66878.

⁹⁹ ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil IV*, Derecho de familia..., cit., pág. 34; agrega, además, que el calificativo de “seria” que se maneja durante el periodo de formación del texto legal, y que fue reemplazado por el de “cierta”, resultaba igualmente sobrante.

¹⁰⁰ La SAP de Salamanca de 20 de marzo de 2006 (JUR 2006, 241399), no tuvo por acreditado la existencia de la promesa al no cumplirse con el requisito de la certeza, por cuanto la solicitud de tramitación del expediente matrimonial ante el Ayuntamiento respectivo, sólo constaba de una firma, de la cual se desconocía su autor.

¹⁰¹ O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Compendio de Derecho...*, cit., pág. 40.

Según DIEZ – PICAZO¹⁰², el objetivo que se pretende con los requisitos previstos por el legislador, es que la promesa de matrimonio genere una razonable y objetiva confianza en la realización de éste.

B.- Obligación de resarcir los gastos hechos y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido.

Cumplidos los requisitos de existencia y validez, y acaecida la ruptura sin causa de los esponsales, lo primero que debemos precisar, es que esta obligación de “resarcir” de que habla el art. 43 Cc. español, o el art. 81.1 Cc. italiano, o el párrafo 1298 BGB, no puede ser entendida como sinónimo de una obligación de indemnizar daños y perjuicios por aplicación de las normas de responsabilidad extracontractual, pese a que en sentido contrario se exprese DE COSSÍO Y CORRAL¹⁰³ o contractual; así, resolviendo una de las interrogantes planteadas para este trabajo, los esponsales, según veremos a continuación, no sólo no contienen obligación alguna ante el derecho, sino que tampoco son constitutivos de negocio jurídico exigible que nos pueda llevar a entender que el excepcional efecto que prevé para el caso de su ruptura sin causa, sea fruto de la tutela del Derecho de daños en general.

La no ejecución de la promesa por sí sola, no puede ni debe ser considerada un hecho “ilícito”, ni “antijurídico”, que pueda imputarse a culpa del esposo que se retracta; por el contrario, como hemos venido manifestando, la ruptura de los esponsales siempre es consecuencia del ejercicio del principio de libertad nupcial, que sólo bajo el excepcional escenario que se produzca sin causa obliga a “resarcir” unos limitados gastos y obligaciones contraídas, pero que aún así, siguen siendo daños lícitos, cuestión que nos lleva a entender en definitiva, que el término “resarcir” debe ser comprendido como sinónimo de “reembolsar” unos

¹⁰² DIEZ – PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, Derecho de familia..., *cit.*, pág. 64.

¹⁰³ DE COSSÍO Y CORRAL, Alfonso, *Instituciones de derecho civil*, 2, Derechos reales. Derecho de Familia y sucesiones, ed. Alianza Editorial, Madrid, 1975, pág. 732, al decir, “la lectura del párrafo 2º del artículo 44 citado, nos hace pensar más bien en un caso de responsabilidad aquiliana, si bien de contenido extraordinariamente limitado”.

determinados gastos fundados en un “empobrecimiento jurídicamente repercutible en persona diferente de quien lo sufre, desplazamiento que se justifica en que se ha sufrido por su causa”¹⁰⁴.

B.1.- Naturaleza jurídica de los esponsales y fundamento de la obligación de resarcimiento del art. 43 Cc.

Ahora bien, a objeto de acreditar que la consecuencia por el desistimiento sin causa es ajena al campo del Derecho de daños según sostenemos, nos debemos preguntar cuál es el fundamento de esta obligación, cuestión que se encuentra íntimamente vinculado con la discutible naturaleza jurídica de la promesa.

En este orden, la posición más antigua y extendida dentro de la doctrina, y siguiendo a DELGADO ECHEVERRÍA¹⁰⁵, es aquella que sostiene que la promesa de matrimonio constituye un contrato. PÉREZ GONZÁLEZ y CASTÁN TOBEÑAS, al realizar los estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia española de la obra de ENNECCERUS¹⁰⁶, sostienen que los esponsales, siendo producto de la confluencia de dos voluntades sobre el futuro matrimonio, evidentemente constituyen un contrato, ya que su esencia radica en la promesa recíproca de contraer matrimonio, debiendo estar sujetos a los principios generales del Código civil sobre la contratación y en especial sobre los contratos bilaterales. Agregan, que el hecho que la promesa de matrimonio no produzca todos los efectos propios de un contrato (carece de obligatoriedad, cuestión que resuelven los autores en comentario reconociéndole una “obligatoriedad meramente hipotética”), no es suficiente para negarle esta naturaleza jurídica. Advierten que, estando autorizada por la ley la posibilidad de negarse a celebrar el matrimonio, no puede ser considerado un acto ilícito, rechazando con ello cualquier teoría de responsabilidad extracontractual. A virtud de lo expuesto, afirman que “sólo, por

¹⁰⁴ BADOSA COLL, Comentario de los artículos 42 y 43..., *cit.*, pág. 112.

¹⁰⁵ DELGADO ECHEVERRÍA, *op. cit.*, pág. 47.

¹⁰⁶ ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor, y WOLFF, Martin, *Tratado de Derecho civil*, t. IV Derecho de familia, vol. 1º El matrimonio, trad. de la 20ª edición alemana por Blas Pérez González y José Alguer, segunda edición, ed. Bosch, Barcelona, 1953, pág. 33 y 34.

excepción, el art. 44¹⁰⁷ le impone como sanción el resarcimiento de los gastos (no de los demás daños) en tanto en cuanto media una convención válidamente celebrada con arreglo a las formas previstas por la ley, y en cuanto, sin justa causa, se haya rehusado el cumplimiento de la promesa. Por consiguiente, la limitada responsabilidad de que se trata tiene su fundamento en la violación de un contrato, siquiera a éste no se le reconozca su eficacia jurídica en cuanto al fin principal, o sea la celebración del matrimonio”.

La misma orientación de naturaleza contractual defiende ORTEGA PARDO¹⁰⁸, quien, después de realizar un análisis por las diversas teorías sostenidas sobre el particular, concluye que en éste se encuentra el fundamento de la obligación resarcitoria, en donde la “ilicitud radica en que esa negativa se opone a una anterior declaración de voluntad contractual”. Añade que la promesa de matrimonio contiene una prestación de hacer¹⁰⁹, en donde el deudor no puede ser apremiado a su cumplimiento, motivo por el cual, frente al incumplimiento de éste, nace la obligación de indemnizar, que en el caso de los esponsales y producto de las particularidades de su objeto y fines, se compensan sólo unos determinados daños patrimoniales.

Frente a lo expuesto, autores como DELGADO ECHEVERRIA¹¹⁰, DÍEZ PICAZO y GULLÓN¹¹¹, REINA y MARTINELL¹¹², rechazan cualquier naturaleza

¹⁰⁷ Los comentarios de los citados autores descansan en su obra del año 1979, de ahí que se haga referencia al antiguo articulado, vigente en aquella época; sin embargo, en lo pertinente, los exiguos cambios introducidos por la legislación civil de 1981 permiten mantener las conclusiones pronunciadas por éstos.

¹⁰⁸ ORTEGA PARDO, La ruptura de los esponsales en el derecho español vigente, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t.IX (177 de la colección), Junio de 1945, segunda época, pág. 611 y ss.

¹⁰⁹ Si bien, el artículo 1098 del Código Civil que regula las obligaciones de hacer dispone que “Si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere, se mandará ejecutar a su costa”, ello no es aplicable a la promesa de matrimonio, por mucho que se sostenga que contiene una prestación de hacer (cuestión discutible si no se admite su naturaleza contractual), ya que se trataría de una obligación personalísima, cuya realización sólo es posible realizar por el obligado, v.gr., como el pintor o escultor que se obliga a realizar una determinada obra.

¹¹⁰ DELGADO ECHEVERRIA, *op. cit.*, pág. 47 y 48.

¹¹¹ DÍEZ – PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, Derecho de familia..., *cit.*, pág. 63 y 64. No obstante, nos resulta inevitable mencionar que el profesor DÍEZ – PICAZO, Luis, en su artículo El negocio jurídico del Derecho de familia, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, N°6, junio de 1962, pág. 771 y ss., sostiene lo contrario al señalar que los esponsales son un “negocio jurídico de Derecho de familia”, al decir “El Derecho positivo ofrece, sin embargo, a la observación una pluralidad de actos jurídicos a los que *prima facie* parece conferir la calificación de negocio jurídicos familiares. Encontramos en primer lugar, siguiendo el orden del Código, la promesa de matrimonio o esponsales de futuro”; quizás, el cambio de postura del autor en comento se halla en las modificaciones introducidas a esta figura el año 1981.

¹¹² REINA y MARTINELL, *Curso de derecho...*, *cit.*, pág. 265.

jurídica contractual, precontractual¹¹³ o de negocio de Derecho de familia¹¹⁴ (estas dos últimas descansan sobre los mismos planteamientos que la teoría contractualista), fundados en que la promesa de matrimonio no produce obligación de contraerlo, “por lo que falta el deber contractual primario cuyo incumplimiento dé paso a la indemnización de daños... la fuerza vinculante del contrato no es un efecto eventual que pueda faltar sin dejar de ser contrato, sino la esencia del mismo, por lo que el reconocimiento de que la obligatoriedad de los esponsales es meramente hipotética priva de vigor a la tesis contractualista”¹¹⁵.

Aún más, DELGADO ECHEVERRÍA¹¹⁶ pone de manifiesto lo inconsecuente de la obligación meramente hipotética sostenida, al expresar que de seguirla, todo incumplimiento del hipotético deber de contraer matrimonio daría lugar a la indemnización, cuestión que conforme previene el art. 43, es indefendible, porque sólo el “incumplimiento sin causa” da origen a la obligación de resarcir. Es más, no se compensa todo el interés contractual positivo ni negativo, sino unas determinadas partidas: los gastos hechos y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido.

El rechazo de la posición contractualista también se revela en la jurisprudencia, como apreciamos en la SAP de Cantabria de 19 de abril de 2005¹¹⁷, al fundamentar que “por tanto nos encontramos no ante un contrato bilateral con

¹¹³ Defiende la naturaleza jurídica del precontrato RAGEL SÁNCHEZ, *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho civil: Familia...*, cit., pág. 58, para quien, “La manifestación de la voluntad de no casarse es una denuncia o desistimiento unilateral del precontrato, que produce efectos jurídicos indemnizatorios cuando no exista causa para incumplir la promesa... Debido al carácter incoercible de la prestación prometida, el incumplimiento imputable de este precontrato sólo puede dar lugar a una obligación de reembolso de los gastos originados y de las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido (daño emergente)”.

¹¹⁴ GARCÍA CANTERO, *El vínculo...*, cit., pág. 62 y ss., y en GARCÍA CANTERO, Artículos 42 a 107 del Código Civil..., cit., pág. 43, fundado en el concepto de esponsales como “un negocio jurídico familiar, de carácter preparatorio”, sostiene que la obligación de resarcir encuentra su fundamento en “la violación de un negocio jurídico de Derecho de familia”, aunque asume que a éste no se le reconoce eficacia jurídica en cuanto a su fin principal; defiende también la naturaleza de “negocio jurídico preparatorio del Derecho de familia” la SAP de Ciudad Real de 03 de mayo de 2005 (JUR 2005, 113247), la SAP de Teruel de 21 de diciembre de 2000 (JUR 2001, 66878).

¹¹⁵ De seguir la tesis contractualista de la promesa de matrimonio, tendríamos que entender que el artículo 43, atendido el supuesto vínculo contractual existente entre los prometidos, contemplaría un caso de responsabilidad civil contractual atípica, ya que a diferencia de lo previsto en los artículos 1101 y 1106 del Código Civil, que obligan a resarcir el daño emergente y lucro cesante, y también el daño moral por aplicación extensiva del artículo 1902, el artículo 43 sólo obliga a resarcir los gastos hechos y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido.

¹¹⁶ DELGADO ECHEVERRÍA, *op. cit.*, pág. 47 y ss.

¹¹⁷ AC 2005, 1833.

obligaciones recíprocas para ambas partes, sino ante una promesa de matrimonio con unas consecuencias en caso de incumplimiento de la promesa”.

Los autores en referencia (DELGADO ECHEVERRIA, DÍEZ PICAZO, GULLÓN, REINA y MARTINELL), defienden la posición de que el fundamento de la obligación de indemnizar se encuentra en la “responsabilidad por defraudación de la confianza razonablemente depositada”, confianza que reside en el prometido que realizó unos gastos o contrajo unas obligaciones en consideración a una promesa de matrimonio que no será dejada de ser ejecutada sin causa, arbitrariamente por la otra parte. Sostienen que no hay ilicitud en negarse a cumplir los esponsales, ya que el ordenamiento garantiza su libertad nupcial, pero que existe un “elemento de ilicitud en hacer inútiles – y, por tanto dañosos - unos gastos que sólo se han hecho en la confianza de que no se romperá arbitrariamente la promesa”¹¹⁸.

Por nuestra parte, si bien podríamos inicialmente compartir los fundamentos sostenidos para justificar esta obligación de resarcimiento, en atención a que efectivamente la celebración de una promesa cierta de matrimonio produce una confianza entre los prometidos, en orden a la realización de un hecho futuro, que justificaría a que éstos pudieran realizar gastos, contraer obligaciones en consideración al matrimonio, creemos que dicha confianza no es razón suficiente para sostener una “responsabilidad por defraudación de la confianza razonablemente depositada”. Estimamos que hacer descansar la responsabilidad en el vínculo de confianza, es pretender, veladamente, reconocer a la promesa de matrimonio efectos personales inexistentes¹¹⁹, impropios de una figura que no produce obligación jurídica alguna, a diferencia de lo que acontece en el matrimonio mismo, en el cual

¹¹⁸ En el mismo sentido se pronuncia CARRIÓN OLMOS, Promesa de matrimonio..., *cit.*, pág. 120 y ss., quien agrega además que “situar las consecuencias patrimoniales de la ruptura de la promesa en el ámbito de la defraudación de la confianza no debe llevar, de modo necesario, a calificar el supuesto como de culpa in contrahendo puesto que no lo es en puridad”.

¹¹⁹ Toda la doctrina consultada sobre el particular, ya citada, desde autores españoles (incluidos aquellos que defienden la tesis contractualista, precontractual, de negocio de Derecho de familia), italianos (véase a FINOCCIARIO), francesa (véase a PLANIOL, RIPERT, SAVATIER), están contestes en señalar que los esponsales o promesa de matrimonio no crea vínculos o efectos personales entre los prometidos – sólo excepcionalmente se le reconocen efectos patrimoniales. Sólo se exceptúan los autores alemanes, para quienes de los esponsales se derivan ciertos efectos de derecho personal del matrimonio mismo, configurándose como una relación familiar de naturaleza especial (véase a ENNECCERUS, *op. cit.*, pág. 31).

anticipamos, sí encontramos el vínculo de confianza entre los cónyuges, como consecuencia de los efectos personales que éste genera.

Por último, nos vemos obligados a insistir que la ruptura de la promesa de matrimonio, por cualquier causa, incluida el mero capricho, o sin ella, no puede ser calificada de lícita o ilícita, debido a que el ordenamiento garantiza, por sobre todo, la libertad nupcial; otra cosa muy distinta es que el desistimiento sin causa, pueda motivar la obligación de reembolsar unos determinados y limitados daños patrimoniales, que a consecuencia de ese hecho, o mejor dicho, desde la frustración del matrimonio proyectado, se han hecho del todo inútiles.

Otra posición que desarrolla la naturaleza jurídica de los esponsales, es la sostenida por SANCHO REBULLIDA¹²⁰, para quien, junto con rechazar la tesis contractualista que encuentra el fundamento de la obligación de resarcir en la violación de la promesa, o sea, en la infracción de un negocio jurídico de Derecho de familia, expone que los esponsales son un mero hecho jurídico¹²¹, un fenómeno social¹²², del cual no nacen consecuencias jurídicas, argumentando que la relación de los esposos es de carácter fáctica, “de hecho”, totalmente extrajurídica.

Para este autor, la fuente de la obligación de resarcir gastos hechos y obligaciones contraídas en consideración al matrimonio se encuentra en la ley¹²³,

¹²⁰ Véase LACRUZ BERDEJO, *et al.*, *Elementos de Derecho Civil IV*, Derecho de familia, vol. I... (1990), *cit.*, pág. 98 y ss.; DELGADO ECHEVERRÍA, *op. cit.*, pág. 48 y ss; REINA y MARTINELL, *Curso de derecho...*, *cit.*, pág. 265; RAGEL SÁNCHEZ, *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho civil: Familia...*, *cit.*, pág. 57 y ss.; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, en ALBALADEJO, Manuel, (Director), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. II, ed. Edersa (Editorial Revista de Derecho Privado), Madrid, 1978, pág. 30 y ss.

¹²¹ En la doctrina francesa, BÉNABENT, *op. cit.*, pág. 21, también sostiene que la promesa de matrimonio constituye un “fait juridique”.

Sin embargo, no podemos evitar recordar que en el Derecho antiguo, anterior a la codificación, y según expone POTHIER, Robert Joseph, *Oeuvres complètes de Pothier*, tome septième, Traités du contrat de mariage et de la puissance du mari, ed. Langlois et Durand, Paris, 1844, pág. 28 y ss., se sostenía el carácter contractual sinalagmático de los esponsales, donde el principal efecto que producían era que cada una de las partes tenía la obligación recíproca de cumplir su promesa, concediendo acción para que las partes se puedan obligar a cumplirla.

¹²² En la doctrina italiana LILLO, Pasquale, Aspetti giuridici e sociali della promessa di matrimonio, en *Il diritto di famiglia e delle persone*, gennaio – marzo, 1990, pág. 286, también sostiene que la promesa en es un hecho social, que da lugar a una relación de carácter social regulada por los principios de la moral, de la costumbre, de la corrección y de la conveniencia.

¹²³ Una particular opinión nos ofrece FERRARA SANTAMARÍA (lamentablemente, no hemos podido encontrar la obra que sirvió de referencia *La promessa di matrimonio*, Napoli, 1940), citado por JEMOLO, *El matrimonio*, traducción de Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redín, ed. Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1954, pág. 73, quien, mezclando los fundamentos resumidos por DELGADO

que “por razones de equidad, exige como presupuesto dos conductas: la de ambos promitentes, acreditada de modo fehaciente; y la de uno de ellos, que se estima incorrecta por lo que afecta a las consecuencias patrimoniales que produce, al propio tiempo que se estima por entero correcta en cuanto a no cumplir lo prometido, es decir, a no contraer el matrimonio objeto de la promesa. Para armonizar esta doble calificación de una conducta correcta y, a la vez, incorrecta, a efectos diferentes, se hacía necesaria la expresa declaración de la ley... Se trata de una obligación que no sería exigible – en los términos que ha establecido el legislador – ni por la vía de las obligaciones contractuales, ni por el camino de la culpa extracontractual (art.1902). Este segundo camino no sería el adecuado, pues no cabría estimar (sin una expresa declaración de la ley) como hecho ilícito la ruptura injustificada de los esponsales. Sólo por virtud de la expresa declaración de la ley se consigue calificar como ilícito y como correcto el comportamiento del obligado a resarcir. Esta calificación es obra de la ley que logra superar la aparente contradicción al dejar bien claramente establecido que el proceder correcto de un efecto (la no celebración del matrimonio) no lo es respecto al otro que la ley contempla: el perjuicio patrimonial sufrido por la otra parte”.

Del texto citado en referencia, desprendemos que SANCHO REBULLIDA justifica la obligación de resarcir en la “ley”, que por razones de “equidad” estima como incorrecta la conducta de uno de los prometidos sólo con fines patrimoniales, al proceder a la ruptura de los esponsales sin justa causa, comportamiento que desde el punto de vista de la libertad nupcial es plenamente correcto. Como agrega DELGADO ECHEVERRIA, esta posición pone el acento en el requisito “sin causa”, en la cual, la obligación resarcitoria es consecuencia de una hipótesis compleja, en la que la promesa, como mero hecho, es sólo uno de los elementos, siendo el otro la conducta jurídicamente inmotivada de quien rehúsa casarse.

ECHEVERRIA y otros ya señalados (que sostienen que el argumento de la obligación de resarcimiento se encuentra en la responsabilidad por defraudación de la confianza razonablemente depositada), y los expuestos por SANCHO REBULLIDA (que los encuentra en la ley), cita “el noviazgo daría vida a una confianza y la promesa de casamiento sería el presupuesto de mero hecho de una garantía jurídica que adquiere relevancia para el derecho cuando esa garantía, seriamente surgida, fuese injustamente violada; el hecho de la ruptura injustificada del noviazgo daría lugar a una responsabilidad que no es ciertamente contractual, que no se puede decir que nazca de un delito civil, que se debe decir ex lege, esto es, surgida de la reglamentación jurídica que ha dado la ley a una situación que no es ni negocio ni ilícito. El caso tendría cierta remota analogía con el daño proveniente del falso juramento decisorio”.

Estimamos que hasta aquí, las reflexiones expuestas por este comentarista, en orden a la naturaleza jurídica de los esponsales son justificadas, aunque con respecto al fundamento de la obligación de resarcir desarrollada por SANCHO REBULLIDA, no podemos evitar realizar ciertas matizaciones de algunas consideraciones expuestas, que no compartimos con el mentado jurista.

Si bien es cierto, es la ley la fuente de la obligación, sostenemos que el acento no debe ponerse en ella, sino en la “equidad”, la cual precisamente motiva y justifica al legislador a establecer la norma citada. No creemos que el establecimiento del art. 43 por parte del legislador, sea la verdadera fuente de la obligación, ésta simplemente es su materialización o concreción, ni mucho menos que dicha obligación permita calificar de ilícita la ruptura aún sin causa, sólo para fines patrimoniales, y correcta por su otra parte. Estimamos, según ya hemos expuesto, que la ruptura de la promesa de matrimonio, cualquiera sea su causa, o sin ella, es siempre un comportamiento correcto y lícito. Considerar a un comportamiento, como el objeto de este comentario, correcto por una parte e incorrecto a la vez (y por ello ilícito en este último aspecto), capaz de producir un determinado efecto, estimamos que es suponer una intención del legislador que en realidad no vemos reflejada en la norma, como tampoco en la historia fidedigna de su establecimiento, es querer forzar una interpretación para concluir en una ilicitud inexistente.

Como bien señala DE CUPIS¹²⁴, refiriéndose a la revocación de la propuesta de contrato en el ordenamiento italiano, “siempre es eficaz y lícita la revocación, por constituir el ejercicio de un poder jurídico eficaz y además lícito; pero aún con ello, es decir, pese a esta licitud, concurriendo determinadas condiciones (buena fe inicial en la ejecución del contrato, por parte del aceptante, antes de haber tenido conocimiento de la revocación), el daño debe ser resarcido, para equilibrar el sacrificio del interés del aceptante, que ha visto desaparecer la conclusión del contrato, y que por confiar en ella, había emprendido su ejecución”.

¹²⁴ DE CUPIS, Adriano, *El daño*, Teoría general de la responsabilidad civil, traducción de la 2° edición italiana y estudio preliminar por Ángel Martínez Sarrión, ed. Bosch, Barcelona, 1969, pág. 92 y ss.

En el mismo sentido, JEMOLO¹²⁵ sostiene que la opinión más difundida en cuanto al fundamento de la obligación de resarcimiento del art.81 del Codice Civile es la de una “obligación ex lege, extraña al sistema general del derecho, impuesta en el caso particular por razones de equidad, por contemplar exigencias sociales diversas y contradictorias”¹²⁶.

Esta opinión se confirma por medio de la sentencia del Tribunal de Reggio Calabria de 12 de agosto de 2003¹²⁷ al decir, que el comportamiento del novio que se desiste es expresión de aquel derecho personal fundamental que es la libertad matrimonial, el que no puede nunca calificarse de ilícito en relación al art. 2043, lo que significa que la disolución de la promesa, aunque se haga sin “justo motivo”, no es nunca antijurídica, porque no es sin derecho, y por lo tanto, no es fuente de daños injustos¹²⁸.

Por lo anterior, y siguiendo a la doctrina italiana, somos de la idea de que lo que se establece en el citado art. 43, es una obligación de resarcir (“reembolsar”) unos limitados daños patrimoniales (“gastos hechos y obligaciones contraídas en consideración al matrimonio”), no antijurídicos ni culpables, bajo determinados requisitos, la ruptura de la promesa cierta de matrimonio sin causa, fundado en “fines superiores de equidad” que instaron al legislador a su establecimiento. En

¹²⁵ JEMOLO, *op. cit.*, pág. 70 y ss.

¹²⁶ En sentido contrario, LILLO, *op. cit.*, pág. 291, al señalar “In particolare, la responsabilità ex art. 81 c.c. sembra costituire un’ipotesi *speciale* della generale responsabilità extracontrattuale di cui agli artt. 2043 e ss. cod. civ. Infatti essa deriva dalla violazione dell’obbligo generale gravante sulle parti di comportarsi in buona fede secondo i principi della correttezza, ed in tal senso presenta le caratteristiche strutturali della responsabilità aquiliana; ma nello stesso tempo presenta un ambito di operatività più rispetto a quest’ultima, non determinando l’obbligo del risarcimento di tutti i danni subiti dal promittente lasciato, ma solamente di quelli inerenti alle spese compiute ad alle obbligazioni assunte”; también DE RUGGIERO, Roberto y MAROI, Fulvio, *Istituzioni di Diritto Civile*, vol. I, Introduzione e parte generale – Diritto delle persone - Diritto di famiglia - Diritto ereditario - Diritti reali, ristampa della nona edizione interamente riveduta dal Prof. Carlo Maiorca, ed. Casa Editrice Giuseppe Principato, Milano, 1965, pág. 280 y ss., señalan que “Su qual fundamento riposi questa obbligazione, è disputato tra i civilisti: non sulla colpa contrattuale, perchè gli sponsali non creano alcun vincolo obbligatorio, nè il nostro diritto considera quelli alla stregua di un negozio preliminare, come fa invece il diritto canonico; non sulla colpa aquiliana consistente nella rottura degli sponsali, perchè questa non può dirsi fatto illecito una volta che la legge conceda ampia libertà di recesso ai fidanzati. Purtuttavia, poichè questa libertà devesi intendere conferita con la limitazione che la promessa non abbia provocato spese preordinate al matrimonio, così è alla colpa extracontrattuale o aquiliana che si deve far capo; poichè l’obbligazione di risarcire le spese nasce soltanto quando siavi un ingiusto rifiuto di contrarre le nozze, è in questo ingiusto rifiuto che risiede l’illiceità, non già nel rifiuto di per sè stesso, che in linea di massima costituisce un fatto lecito”.

¹²⁷ *Il diritto di famiglia e delle persone*, vol. XXXIII, aprile – giugno, 2004, pág. 484 y ss.

¹²⁸ Estas mismas conclusiones también las hacemos extensibles al BGB alemán, al examinar su parágrafo 1298.

efecto, la no ejecución del matrimonio prometido sin causa, es un hecho lícito y no antijurídico, que el ordenamiento jurídico permite, fundado en un principio de máxima protección como es la libertad nupcial; ahora bien, al carecer de causa este comportamiento del prometido y, considerando que, por la otra parte se han realizado unos gastos y/o contraído obligaciones producto de la celebración de un específico hecho privado entre los mismos, esos gastos y/u obligaciones constituyen un daño a su patrimonio que, atendido los “fines superiores de equidad”, obligan a su reembolso¹²⁹.

En resumen, creemos que en los esponsales, ya constituyan un hecho jurídico o privado, existen dos intereses protegidos por el legislador: uno, la libertad nupcial, que permite a cualquiera de los promitentes negarse a la celebración del matrimonio; y, dos, el patrimonio del prometido ofendido, el cual, por principios de equidad, tendrá derecho al resarcimiento de los gastos hechos y obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido, en el excepcional evento de que la ruptura se realice sin causa. El art. 43 Cc. establecido para responder a fundamentos de equidad, como bien apunta SANCHO REBULLIDA, permite excepcionalmente reparar unos limitados daños patrimoniales no antijurídicos, que de no existir, no deberían ser resarcidos¹³⁰.

Concluida esta breve descripción de las diversas posiciones, en conjunto con nuestra opinión, concernientes a la naturaleza jurídica de la promesa de matrimonio, y los fundamentos de la excepcional obligación de resarcir unos determinados daños patrimoniales, entendemos demostrada nuestra afirmación encabezada al inicio de este acápite, en el sentido que el art. 43 no responde a la aplicación de las normas sobre responsabilidad civil; muy por el contrario, creemos haber dejado claro, que se trata de una situación especialmente prevista por el legislador que, atendiendo a

¹²⁹ En nuestro favor, DE CUPIS, *El daño...*, *cit.*, pág. 98 reconoce expresamente a los daños derivados de la ruptura de la promesa de matrimonio como una figura de daño no antijurídico.

¹³⁰ Sobre el particular DE CUPIS (*ibid*), señala “En línea de principio debe valer, y no puede ser de otra manera, que el daño no antijurídico debe ser soportado por el sujeto del interés lesionado, lo cual no es óbice, por supuesto, para que en casos especiales, como son los que se han examinado, se produzca una determinada reacción jurídica”.

fundamentos de equidad, dispuso la obligación resarcitoria de unos específicos y limitados daños patrimoniales: los gastos hechos y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido.

B.2.- Limitación de la extensión de la obligación de resarcimiento y relación de causalidad.

Demostrado que nos hallamos en un escenario fuera de la responsabilidad civil, los excepcionales efectos patrimoniales previstos en el art. 43 Cc. deben ser interpretados restrictivamente.

En cuanto al alcance “de los gastos hechos”, debemos entenderlos como “aquellos que se encuentran en inmediata y directa relación con el matrimonio proyectado”¹³¹, v. gr. los vestidos para tal acontecimiento, banquete, luna de miel, etc., según se advierte, entre otras, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 14 de diciembre de 2005¹³².

Uniforme con la doctrina, esta última sentencia añade que tanto los gastos hechos como las obligaciones contraídas que corresponden ser reembolsadas, deben ser siempre posteriores a la celebración de los esponsales.

Asimismo, se deben rechazar las obligaciones que se contrajeron condicionadas a la existencia del matrimonio o que pueden resolverse sin perjuicio para el esposo que las asumió¹³³.

En lo que respecta a otros daños, éstos deben ser desestimados en la medida que tengan su origen en la ruptura; así, sobre el lucro cesante, la jurisprudencia nos dice que “no cabe incluir el lucro cesante por la ganancia dejada de obtener por los alquileres que se perdieron en la vivienda de la actora donde iban a vivir, ni tampoco cabe atender a la reclamación sobre las obras a realizar en la vivienda, que quedarán en beneficio de la misma, incrementando su valor en venta o arrendamiento, y de las que el demandado no tendrá ningún enriquecimiento, ni

¹³¹ SAP de Alicante de 02 de noviembre de 2000 (JUR 2001, 46609).

¹³² JUR 2008, 140947.

¹³³ DÍEZ – PICAZO y GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, vol IV, Derecho de familia..., *cit.*, pág. 64.

supondrán empobrecimiento alguno para la demandada, ni le supone daño patrimonial, siendo que será libre para elegir los presupuestos que considere preciso, y realizar las reformas que tuviere por conveniente, siendo que libremente decidió ocupar el piso de su propiedad”¹³⁴.

En el mismo sentido, se desestima cualquier pretensión por daño moral, al estar fuera de los márgenes excepcionales del precepto, como ha sido reiteradamente resuelto por la jurisprudencia, v.gr. SAP de Toledo de 03 de abril de 2000¹³⁵, que resolvió que éste “no es gasto ni es obligación potencial, no obedece a un empobrecimiento asumido por el destinatario de la promesa en consideración al matrimonio prometido. Indemnizar el daño moral equivale a dar validez jurídica a la promesa de matrimonio como esponsales de futuro, sustituyendo la obligación de hacer por la de dar, en contra de lo dispuesto en el art. 42 del Código Civil”, por citar alguna¹³⁶.

Es menester recordar, según ya concluíamos al desarrollar los fundamentos de la obligación resarcitoria vinculado con la naturaleza jurídica de lo esponsales, en especial, con aquélla que sostenía la “responsabilidad por defraudación de la confianza razonablemente depositada”, que es el desistimiento sin causa el que justifica la obligación de reembolsar, desde que producto de la frustración del proyectado matrimonio, los gastos hechos y obligaciones contraídas se han hecho del todo inútiles para el esposo que los reclama, afirmación que es refrendada interpretando *a contrario sensu* la SAP de Toledo de 03 de abril de 2000¹³⁷, al rechazar la reclamación de un gasto que, con independencia del proyectado matrimonio, tuvo utilidad.

¹³⁴ SAP de Alicante de 14 de diciembre de 2005 (JUR 2008, 140947).

¹³⁵ AC 2000, 4476.

¹³⁶ CHIRONI, citado por GUBERN SALISACHS, *La ruptura de promesa matrimonial y la seducción de la mujer ante el derecho y la ley*, ed. Bosch, Barcelona, 1947, pág. 32, justifica los limitados efectos patrimoniales de la ruptura de los esponsales por razones de orden público, ya que si se concediera la acción total de la restauración de los daños, el prometido ofendido podría obtener los mismos efectos que el vínculo produciría; éste manifiesta “los esponsales son obligaciones de tal especie, que sin ser rechazados por la ley, producen efectos limitados por razones imperiosas de orden público, pues si se concediera la acción total restauración del daño, podría el acreedor obtener los mismos efectos que el vínculo produciría”. Además, no se debe olvidar, que al constituir el artículo 43 excepción a la regla genérica - que no se deben reparar los daños no antijurídicos -, debe ser interpretada restrictivamente y, limitada exclusivamente a los daños no antijurídicos que el legislador prevé.

¹³⁷ AC 2000, 4476.

Ahora, en cuanto al requisito de causalidad, se debe acreditar que dichos gastos y obligaciones fueron hechos o contraídos con ocasión del matrimonio prometido, es decir, se deben tratar de “pagos y otras adquisiciones cuyo abono sigue pendiente” que “de no haber mediado la promesa incumplida, D^a Ángela - la actora - no habría realizado”, como señala la SAP de Badajoz de 10 de julio de 2007¹³⁸.

Las circunstancias expuestas precedentemente se aprecian en la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1996¹³⁹, donde el sentenciador cambió el fundamento jurídico para acoger una petición de daños y perjuicios, pasando del art. 43 al 1902 Cc., ya que los “conceptos – reclamados en el libelo - se avienen mal con la relación de causalidad directa que deben guardar aquéllos y éstos con la promesa de matrimonio, conceptos que además no pueden incluir una especie de indemnización por daños morales ya que no existe ninguna obligación de indemnizar a la novia o novio abandonado, ni introducir reproches culpabilísticos en la libre decisión de no contraer matrimonio pese a la promesa, con las limitaciones que este precepto entraña en orden a las consecuencias económicas del incumplimiento”¹⁴⁰. En esta resolución, el máximo Tribunal, junto con determinar el alcance del limitado efecto de la obligación resarcitoria y su necesaria relación de causalidad, atendió a la distinción de si los daños se encontraban exclusivamente causados por la ruptura de matrimonio o ésta era una circunstancia más en la fuente del daño para justificar el cambio del fundamento jurídico, distinción que tendremos oportunidad de estudiar más adelante.

¹³⁸ JUR 2007, 318209.

¹³⁹ RJ 1996, 9020.

¹⁴⁰ En el mismo sentido, en cuanto a la limitación de los daños comprendidos en el art. 43 Cc. como la necesaria relación de causalidad, y apoyadas en el fallo de 1996, se manifiestan las SAP de Cantabria de 19 de abril de 2005 (AC 2005, 1833), SAP de Asturias de 15 de noviembre de 2000 (AC 2000, 2310), SAP de Barcelona de 17 de enero de 2000 (AC 2000, 1134).

Por último, debemos señalar que este límite de la extensión de la obligación de resarcimiento también se encuentra en la legislación civil italiana, al reproducir en su art. 81.1 términos similares al art. 43 Cc. español.

El BGB, en cambio, abre los límites del resarcimiento del esposo lesionado por la ruptura, extendiéndolo no sólo a la reclamación de los gastos incurridos u obligaciones contraídas por causa del matrimonio prometido, sino que también a “los gastos incurridos por éste a causa de las medidas que hubiere tomado respecto de su patrimonio o de su situación profesional como consecuencia de las expectativas del futuro matrimonio”, en la medida que resultaren proporcionales a las circunstancias del caso, según dispone el párrafo 1298.

C.- Otro de los efectos que contempla la Ley: revocación de las donaciones por causa de matrimonio.

Los arts. 1336 y ss. del Código civil regulan las donaciones por razón de matrimonio que se hayan hecho los contrayentes o terceros a favor de uno o ambos esposos¹⁴¹.

Ahora bien, en lo que a nosotros nos interesa, cabe preguntarse qué sucede con estas donaciones cuando no se realiza el matrimonio por la ruptura sin causa de la promesa de uno de los esposos.

Se debe recordar que el proyectado matrimonio es la causa que motiva la donación, “actúa como motivo determinante en el donante, y, a la inversa, que la perspectiva de la donación influye en el donatario, a quien facilita el sostenimiento de las cargas familiares”¹⁴².

¹⁴¹ Según NÚÑEZ LAGOS, Rafael, *El enriquecimiento sin causa en el derecho español*, ed. Reus, Madrid, 1934, pág. 134 y ss. y 150 y ss., en los arts. 1341 y 1342 Cc. se recoge tácitamente la vieja aplicación de las “condiciones” del Derecho romano, en particular, de la “condictio ob causam datorum o condictio causa data causa non secuta”, que tiene lugar “cuando se ha disminuido el propio patrimonio a favor de otro en vista de una prestación o un hecho futuro (causa futura honesta) que luego no se realiza”, fundamentando la acción de enriquecimiento sin causa, al disponer que quedarán sin efecto las donaciones por razón de matrimonio si no llegara a contraerse en el plazo de un año, estableciendo con ello la obligación de restitución de lo donado por la falta de causa que la motiva.

¹⁴² LACRUZ BERDEJO, *et al.*, *Elementos de Derecho Civil IV, Derecho de familia...* (2008), *cit.*, pág. 150.

En lo que respecta a terceros, la solución es muy clara: no realizándose el matrimonio prometido por estos motivos, como por cualquier otro, las donaciones quedarán sin efecto, debiendo devolverlas ya se hayan donado a uno o a ambos esposos.

En cuanto a las donaciones realizadas entre los prometidos, la doctrina se inclina a sostener que cuando ésta fue hecha por quien se retracta sin causa de los esponsales, el esposo donatario podrá conservarlas por aplicación analógica del principio dispuesto en los arts. 1306.2º Cc. (al asimilar al esposo donatario con el contratante ajeno a la causa torpe que motiva la nulidad del contrato, y que permite a éste reclamar lo que hubiere dado, sin obligación de cumplir lo que hubiere ofrecido, privando al contratante autor de la causa torpe de repetir lo que hubiese dado por el contrato), art. 1119 Cc. (al asimilar al esposo donante que rompe sin causa la promesa con el obligado condicional que impide voluntariamente el cumplimiento de la condición) y, art. 1343.III Cc. (que asemeja al esposo donante que sin causa disuelve los esponsales con el donatario que de mala fe causa la nulidad matrimonial, o incurre en causa de desheredación del art. 855 Cc., o le sea imputable la causa de separación o divorcio, y contra quien se puede revocar la donación)¹⁴³.

En todo caso, y aunque exista causa en la ruptura que justifique la solicitud de devolución, el sentenciador deberá precisar cuando realmente se trata de bienes donados y cuando de meros regalos de costumbre, como determinó la SAP de

¹⁴³ Véase LACRUZ BERDEJO, *et al.*, *Elementos de Derecho Civil IV*, Derecho de familia, vol. I... (1990), *cit.*, pág. 334 y ss.; COBACHO GÓMEZ, José Antonio, Comentario a los artículos 1336 a 1343, en PAZ – ARES RODRÍGUEZ, Candido, *et al.*, (Directores), *Comentario del Código Civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 615 y ss., y en especial pág. 629; COSTAS RODAL, Lucía, De las donaciones por razón de matrimonio, Artículos 1336 a 1343, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ – CANO, Rodrigo, (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, segunda edición, ed. Thomson – Aranzadi, Navarra, 2006, pág. 1600 y ss., y en especial pág. 1604.

En sentido contrario pareciera pronunciarse MARTÍNEZ – CALCERRADA GÓMEZ, Luis, Comentario al artículo 1342, en SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio, (Coord.), *Comentario del Código Civil*, t. VII, ed. Bosch, Barcelona, 2000, pág. 65 y ss., al decir que “el donante, aunque nada se hubiera establecido al respecto, puede ejercitar la acción para que se le devuelvan los bienes donados, sin esperar el plazo de un año, cuando el matrimonio no puede ya celebrarse porque uno de los futuros esposos contrae matrimonio con otro, fallece o tiene lugar otra circunstancia que haga imposible el matrimonio”, alternativa última dentro de la cual podemos entender a la ruptura sin causa de los esponsales, ya que no hay distinción.

Alicante de 14 de diciembre de 2005¹⁴⁴ al confirmar el criterio del tribunal *aquo*, entendiendo que los regalos consistentes en joyas, libros, ropa, etc., hechos por el actor a su esposa que se desistió con justa causa de su promesa, no eran gastos hechos por razón de la promesa de matrimonio, sino que se trataban de “regalos de costumbre” generalizados entre quienes mantienen una relación afectiva, y que escapan a la aplicación del art. 1342 Cc. al no considerarse donaciones por razón de matrimonio.

V.- EFECTOS NO PREVISTOS POR LA LEY: DAÑOS QUE EXCEDEN A LO DISPUESTO EN EL ART. 43 CC.

Aclarados los efectos previstos por el legislador consecuencia de la ruptura sin causa de los esponsales, debemos preguntarnos si a consecuencia de éste mismo hecho, es posible que se verifiquen otros daños que lesionen al prometido ofendido, ya sean patrimoniales, no comprendidos entre los gastos hechos y obligaciones contraídas, o no patrimoniales, y en su caso, si son susceptibles de reparación y la acción que lo permitiría.

Una rápida respuesta a la primera interrogante planteada, nos lleva a afirmar que efectivamente, la ruptura de la promesa de matrimonio sin causa, puede producir diversos daños patrimoniales al prometido abandonado, que excedan de los gastos hechos y obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido, e incluso daños no patrimoniales (entiéndase morales en su sentido más amplio).

Sin embargo, esta primera declaración requiere una matización o mejor dicho una distinción, a fin de precisar si se trata de daños derivados exclusivamente de la ruptura sin causa de la promesa de matrimonio, o de otros hechos, en los cuales la no ejecución de la promesa constituye un hecho más en la realización del daño, pero no es exclusivo del mismo.

Quizás la distinción podría parecer algo rebuscada y poco fructífera, pero muy por el contrario, ella se justifica a plenitud. En efecto, la doctrina discute hoy en día, a tenor de lo dispuesto en el art. 43 Cc., la eventualidad que dentro de esta

¹⁴⁴ JUR 2008, 140947.

figura se susciten otros daños a los previstos por el legislador y la suerte que éstos han de correr, ya que como hemos enunciado, es plenamente posible que éstos se verifiquen, debiendo distinguir si ellos son exclusivamente consecuencia de la ruptura sin causa o no.

A.- La ruptura de la promesa de matrimonio como causa única de otros daños: alternativas de solución.

Si bien es cierto, la ruptura de que hablamos es un hecho lícito y no antijurídico, en el cual, excepcionalmente, atendiendo a principios de equidad, el legislador, según reza el art. 43 Cc., obliga al resarcimiento de unos limitados daños patrimoniales, nadie puede dudar que estos gastos y obligaciones no son los únicos daños que la ruptura sin causa de los esponsales puede ocasionar. Por citar algunos ejemplos, los costos del traslado de uno de los prometidos a la ciudad donde vivirán los futuros cónyuges, los costos económicos por la renuncia a un determinado empleo, etc., y los supuestos daños morales sufridos por el prometido abandonado a las afueras del ayuntamiento o iglesia, al ver lesionada su honra, son eventuales e hipotéticos daños que el prometido abandonado puede sufrir de forma directa y exclusiva a consecuencia de la ruptura.

Ahora bien, así las cosas, interesa dilucidar si la víctima de estos daños tiene alguna acción para solicitar su reparación o simplemente tiene que asumírselos, toda vez que se trata de perjuicios cuyo origen es un hecho lícito y permitido por la ley: la ruptura de los esponsales sin causa, traspasando el límite del ejercicio de la libertad nupcial garantizada.

Esta disyuntiva ha motivado a la doctrina a diversas posiciones, toda vez que se trata de una incógnita planteada desde antaño, según da cuenta GARCÍA CANTERO¹⁴⁵, y sobre la cual, no existe unanimidad de criterios.

¹⁴⁵ GARCÍA CANTERO, *El vínculo....., cit.*, pág. 84, en donde se plantea la controversia en admitir con carácter general una acción por culpa extracontractual en el caso de la ruptura de la promesa de matrimonio fuera de los supuestos de seducción, injurias o calumnias, es decir, una acción para resarcir los daños exclusivamente derivados de la ruptura, desvinculados de toda otra circunstancias.

Entre los que sustentan la aplicación del art. 1902 (tendente a obtener la reparación de los demás daños ocasionados directamente por la ruptura de los esponsales) en conjunto con el art. 43 Cc., se encuentran SANCHO REBULLIDA¹⁴⁶ y LACRUZ¹⁴⁷, quienes se limitan a expresar que los preceptos en referencia (en especial el art. 43 valga la redundancia) no son excluyentes, de ahí que defiendan, que en el evento de existir otros daños, se pueda recurrir al art. 1902; sólo destacan que, ante el ejercicio de esta última norma, el demandante deberá probar que en el incumplimiento de la promesa hubo culpa por parte del promitente incumplidor.

Es menester señalar, que estos dos autores no sólo defienden la aplicación conjunta de los artículos 43 y 1902 Cc., sino que tampoco excluyen el recurso de la acción de enriquecimiento sin causa para otros daños patrimoniales¹⁴⁸, que siendo consecuencia directa de la ruptura de los esponsales, excedan de los gastos hechos y de las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido. En este caso, estos daños patrimoniales, compensables a través de la acción de enriquecimiento, también presentan la característica de no ser antijurídicos, ni culpables; sin embargo, atendido la falta de justa causa¹⁴⁹ que justifique el enriquecimiento del patrimonio de una persona a costa de un menoscabo ocasionado a otro, se denomina y considera injusto, obligando a su reparación dentro de los límites del enriquecimiento. Para éstos, de conformidad a la jurisprudencia uniforme del Tribunal Supremo, la acción de enriquecimiento sin causa o injustificado constituye un principio de carácter general, una fuente jurídica de primer plano,

¹⁴⁶ SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, pág. 39.

¹⁴⁷ LACRUZ BERDEJO, *et al.*, *Elementos de Derecho Civil IV*, Derecho de familia, vol. I... (1990), *cit.*, pág. 100.

¹⁴⁸ En el mismo sentido se pronuncia YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, ed. Dykinson, Madrid, 2001, pág. 504 y ss., quien al estudiar las formas de reparación y la relación entre responsabilidad civil y enriquecimiento injusto, expresa “entre esas otras acciones bien podrá estar la de enriquecimiento injustificado, si entendemos, con Díez – Picazo, que constituye ésta un expediente que, por muy basado en los principios generales del Derecho que esté, entra en concurso con las acciones reconocidas expresamente por la ley... La solución sólo puede pasar por dar autonomía a una acción de enriquecimiento injusto”.

¹⁴⁹ DE CUPIS, *El Daño...*, *cit.*, pág. 100 y ss., señala que el significado de la expresión sin mediar “justa causa”, debe ser distinguido de “injusta causa” siguiendo el ejemplo dado por el Derecho romano – non ex iusta causa no equivalía a ex iniusta causa -; señala que “se produce enriquecimiento sin justa causa aun cuando derivando de un hecho no contrario al derecho, no corresponde per se a los fines de equidad que le son inherentes, en forma tal que las relaciones específicas entre enriquecimiento y daño no puedan justificarlo frente a las razones de equidad”.

basada en que a nadie es lícito enriquecerse a costa del otro, como se ha reconocido por derivación del Derecho natural por la legislación romana y, por la doctrina tradicional española¹⁵⁰, citando en su apoyo la sentencia de 27 de marzo de 1958¹⁵¹, y sobre la cual volveremos al analizar la responsabilidad de los terceros que se benefician o perjudican con la ruptura de la promesa¹⁵².

¹⁵⁰ Sentencia de 10 de marzo de 1958, RJ 1958, 1068. En el mismo sentido se pronuncia la doctrina, véase a DÍEZ – PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de derecho civil*, vol. II, El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual, novena edición, ed. Tecnos, Madrid, 2002, pág. 521 y ss.; DÍEZ – PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. 1, Introducción, teoría del contrato, quinta edición, ed. Civitas, Madrid, 1996, pág. 89 y ss.; DÍEZ – PICAZO, Luis, *Derecho de daños*, ed. Civitas, Madrid, 1999, pág. 48 y ss.; CASTAN TOBEÑAS, *Derecho civil Español, común y foral*, t. I, vol. 2º, decimocuarta edición revisada y puesta al día por José Luis De Los Mozos, ed. Reus, Madrid, 1984, pág. 805 y ss.; y NÚÑEZ LAGOS, *op. cit.*

¹⁵¹ RJ 1958, 1456.

¹⁵² Siguiendo a NÚÑEZ LAGOS, *op. cit.*, pág. 74 y ss., la regla de la acción de enriquecimiento sin causa, no es más que consecuencia de la vieja aplicación de las “condiciones” del Derecho romano, en particular, de la “condictio ob causam datorum o condictio causa data causa non secuta”, la cual ha sido reconocida tácitamente en el Código civil.

Si bien, estas reglas de las “condiciones” no fueron recogidas expresamente por el ordenamiento español en el periodo de la codificación, por influencia de las doctrinas francesas que tampoco las consideraron [La codificación francesa, y que influyó en la española, se estructuró en base a la doctrina de la causa, consagrando que la falta de ésta sancionaba la nulidad de los contratos, dándose lugar a las acciones que permitían repetir las prestaciones realizadas, sin necesidad de consagrar como principio general, como fuente de obligación, el que nadie deba enriquecerse a costa de otro como lo prevenían inicialmente las “condiciones” romanas, los glosadores y, los naturalistas racionalistas más tarde. En sentido contrario, según pone de manifiesto la doctrina, el Código Civil Alemán, recogió expresamente la regla del enriquecimiento sin causa en el parágrafo 812 y ss., el cual dispone “Quien por prestación de otro o de cualquier otra manera a costa de éste obtiene algo sin causa jurídica está obligado frente a él a la restitución. Esta obligación existe igualmente, si la causa jurídica desaparece más tarde o si el resultado perseguido con la prestación según el contenido del negocio jurídico no se realiza. Como prestación se considera también el reconocimiento contractual de la existencia o inexistencia de una relación de obligación”], si encontramos un reconocimiento en la Ley de las Siete Partidas, Partida Séptima, título XXXIV, regla 17, al disponer como principio general: “Como nadie a tuerto deue enriquecer con daño de otro”, “E aun dixeron, que ninguno non deue enriszquecer torticeramente con daño de otro” (Los Códigos Españoles, concordados y anotados, t. IV, Código de las Siete Partidas, que contiene La Sexta y Séptima Partida, Madrid, imprenta de La Publicidad, 1848, pág. 486), lo anterior ha permitido que, pese a la falta de norma sustantiva por las razones antedichas, la jurisprudencia posterior a la promulgación del Código civil, al igual que la anterior, siga aplicando la regla general consagrada en la mencionada partida.

Entre las diversas teorías que intentan encontrar el fundamento de esta acción de enriquecimiento injustificado o sin causa, comentadas por DÍEZ – PICAZO (DÍEZ – PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Introducción, teoría del contrato, vol. 1º..., *cit.*, pág. 91), seguimos la propuesta por G. RIPERT, quién amparándose en la equidad, sostiene que esta regla “se funda en el carácter moralmente injustificable que origina un deber moral de indemnizar o restituir, ..., en la implantación de una regla moral en la vida jurídica civil y el intento de llevar a cabo una valoración de los resultados de las operaciones jurídicas” [En el mismo sentido se pronuncia CASTÁN TOBEÑAS, en el prólogo de la obra de NÚÑEZ LAGOS, *op. cit.*, pág. X y ss., al decir “Se va comprendiendo que la obligación de restituir se fundamenta y apoya, a la vez, en la regla de orden moral de que nadie puede enriquecerse injustamente a expensas de otro”. Por el contrario, la crítica que se le formula a esta posición, se encuentra en el hecho de que existe un cúmulo de enriquecimientos moralmente reprobables, injustos, que en ningún caso el Derecho obliga a restituir].

En apoyo de nuestra orientación, recurrimos a las palabras expresadas por el Tribunal Supremo en la sentencia de 27 de marzo de 1958, como al origen de esta figura, el cual, según hemos dicho, lo encontramos en las “condiciones”, como en la frase de Pomponio recogida en el D. 50, 17, 206, y cuyo tenor expresaba que “es justo por derecho natural que nadie se enriquezca con perjuicio y lesión de otro” (*El Digesto de*

Sobre el particular, podemos agregar que al interpretar *a contrario sensu* la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 15 de noviembre de 2000, llegamos a la misma conclusión expuesta por los autores en referencia, en el sentido que la acción de enriquecimiento sin causa también mantiene su vigencia subsidiaria para este supuesto, a objeto de solucionar aquellos menoscabos que no tengan cabida a través del art. 43 Cc., en la medida que concurran los requisitos generales para ello¹⁵³.

Volviendo a la discusión de los art. 43 y 1902 Cc., en sentido contrario a lo expuesto por LACRUZ y otros, ORTEGA PARDO¹⁵⁴, DELGADO ECHEVERRIA¹⁵⁵, O'CALLAGHAN¹⁵⁶, CARRIÓN OLMOS¹⁵⁷, sostienen que atendido el tenor literal del art. 43 (antiguo art. 44), es imposible admitir la reparación de otros daños directamente ocasionados por la ruptura, distintos a los expresamente previstos por el legislador, aún fundados en el art. 1902 Cc. (es menester señalar que éstos sólo se refieren a la aplicación conjunta del art. 43 con el art. 1902 del Cc., sin hacer mención alguna al principio del enriquecimiento injustificado, ya sea para acogerlo o rechazarlo).

Es de mencionar que ORTEGA PARDO, no sólo se fundaba en la letra de la ley, sino también en “el criterio restrictivo” que presidía la materia concerniente al resarcimiento en aquella época (recordemos que sus palabras fueron escritas en junio de 1945), cuestión que precisamente lo llevaba a criticar la norma, ya que no podía desconocer que la ruptura de los esponsales, en ciertos casos, originaba un daño moral que era injusto no reparar.

Justiniano, t. III, libros 37 – 50, versión castellana por D'ORS, Alvaro, *et al.*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1975, pág. 882).

¹⁵³ AC 2000, 2310, en su considerando tercero se expresa “en cuanto al empobrecimiento invocado, el mismo no puede ser canalizado por la figura del enriquecimiento injusto, pues indudablemente, en el supuesto de autos, no concurren requisitos que para la aplicación de esta figura jurídica viene exigiendo la jurisprudencia”; en el mismo sentido puede consultarse la SAP de Alicante de 14 de diciembre de 2005 (JUR 2008, 140947), donde se individualizan los requisitos de la acción de enriquecimiento injusto.

¹⁵⁴ ORTEGA PARDO, *op. cit.*, pág. 629 y ss.

¹⁵⁵ DELGADO ECHEVERRIA, *op. cit.*, pág. 58 y ss.

¹⁵⁶ O'CALLAGHAN, *Compendio de Derecho...*, *cit.*, pág. 41.

¹⁵⁷ CARRIÓN OLMOS, *Promesa de matrimonio...*, *cit.*, pág. 146.

Si bien, “el criterio restrictivo” que motivaba la crítica de este último autor casi ha desaparecido producto del desarrollo y evolución de la doctrina y jurisprudencia¹⁵⁸, y que permite que hoy podamos hablar del Derecho de daños, todavía existe el escollo de la ley para admitir la reparación de los demás daños; es más, en este punto, el art. 43 Cc. después de la modificación introducida por el legislador de 1981, y que incorporó la expresión “sólo”, ha fortalecido los argumentos para rechazar la reparación de cualquier otro daño de los previstos en la norma en comento.

Este cambio no ha pasado desapercibido para autores como GARCÍA CANTERO¹⁵⁹, REINA y MARTINELL¹⁶⁰ y DELGADO ECHEVERRÍA, quienes, (éste último, ya desde antes de la modificación introducida por el legislador de 1981 cuestionaba la aplicación del art. 1902 Cc. en consonancia con el art. 44, hoy art. 43, para obtener la reparación de otros daños, argumentando que se trataba de un precepto particular, cuya aplicación excluía a toda otra norma), según la nueva redacción, han llegado a concluir que, “de modo directo, una ruptura sin causa de aquélla no originará responsabilidad por daño moral”, cerrando con ello la controversia al interior de la doctrina.

¹⁵⁸ Nadie puede desconocer que de un criterio restrictivo hemos pasado a un criterio totalmente aperturista, y, quizás, en extremo peligroso, que a motivado pretensiones indemnizatorias, en particular del daño moral, dentro del cual, hoy se comprenden, la pérdida de agrado, el perjuicio estético, el *pretium doloris*, el perjuicio sexual, el perjuicio juvenil, el perjuicio de afecto, entre otras; precisamente la evolución del daño moral, en especial en la legislación francesa, a llevado a sostener en determinados casos, verdaderas aberraciones jurídicas, por parte de la jurisprudencia, concediendo indemnizaciones por supuestos daños morales en casos irrisorios, como el que cita DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, *El daño moral*, t. I, ed. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, pág. 446, notas 361 y 362, en la cual, la Corte de Casación de París, con fecha 16 de Enero de 1962, dictó la sentencia conocida como del caballo Lunus, en la cual, se concedió a su propietario una indemnización correspondiente, no sólo por el valor necesario para adquirir otro caballo de la misma naturaleza y cualidades del equino muerto, sino una que incluyera la suma necesaria para compensar el daño que la muerte de un animal puede ocasionar a su propietario, por el perjuicio de orden subjetivo y afectivo a que puede dar lugar la pérdida de un animal al que se encontraba tan atado. Como bien comenta la autora, citando a autores como Carbonnier y Malaurie y Aynes, siguiendo la doctrina del fallo del caballo Lunus, se podría llegar a la reparación del sufrimiento moral experimentado por un agricultor por la pérdida de una lechuga a la que se encontraba tan atado.

¹⁵⁹ GARCÍA CANTERO, Artículos 42 a 107 del Código Civil..., *cit.*, pág. 42.

¹⁶⁰ REINA y MARTINELL, *Curso de derecho...*, *cit.*, pág. 273.

Para autores como RAGEL SANCHEZ¹⁶¹, sin rechazar la posición expresada en los párrafos anteriores de LACRUZ y SANCHO REBULLIDA, manifiesta sus dudas con respecto al éxito que pueda tener el ejercicio de una acción de esta naturaleza, en referencia al art. 43 y art. 1902 Cc., amparado en los escasos fallos pronunciados por el Tribunal Supremo, en especial, en la sentencia de 16 de Diciembre de 1996¹⁶², citada precedentemente al analizar los límites de la obligación de resarcimiento, y de donde se desprende que cuando se alega el desistimiento sin causa de la promesa como exclusivo fundamento de la obligación de resarcimiento, ésta se debe limitar al alcance del art. 43, debiendo rechazarse la aplicación del art. 1902 Cc.

Sobre esta cuestión, la SAP de Sevilla de 30 de enero de 2001¹⁶³, nos recuerda otro argumento para dudar, aún más, de la compatibilidad entre ambas normas, al decir, “la aplicación del artículo 1902 del Código Civil resulta cuando menos discutible, porque existiendo una regla especial, cual es la contenida en el artículo 43, ésta debe prevalecer sobre cualquier precepto general”.

Finalmente, al expresar nuestra opinión sobre la materia en discusión, estimamos que la modificación introducida por el legislador, y que ahora incluye el vocablo “sólo”, ha robustecido los argumentados expuestos por ORTEGA, O’CALLAGHAN, DELGADO y otros; no obstante, no podemos dejar de criticar que se rechace la reparación de estos daños amparados sólo en la fría letra de la ley, creo que es decir muy poco, es olvidarnos de los principios de justicia (quizá utópicos para más de alguien en la sociedad actual), que deben inspirar a los diversos órganos jurisdiccionales, y que deben servir para dar a cada uno lo suyo, permitiendo de una u otra forma, cierta inmunidad para dañarse entre los prometidos, basados sólo en el principio de libertad nupcial.

¹⁶¹ RAGEL SANCHEZ, *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho civil: Familia...*, cit., pág. 58 y ss. Debemos recordar que para este autor la naturaleza jurídica de la promesa de matrimonio es de carácter contractual, a través de la figura del precontrato.

¹⁶² RJ 1996, 9020.

¹⁶³ JUR 2001, 194405.

Por lo anterior, y con el objeto de buscar una solución al problema planteado, en especial, del daño moral (para los restantes daños patrimoniales que excedan del art. 43 Cc., creemos que el recurso a la acción por enriquecimiento injustificado o sin causa es prácticamente indiscutible), en los excepcionales casos que se produzca, estimamos que la solución la encontramos en los citados art. 43 y 1902 Cc., pero analizados con un sentido mucho más práctico que teórico¹⁶⁴.

Imaginemos el siguiente supuesto: una pareja celebra promesa de matrimonio mediante la entrega y aceptación recíproca de anillos; acuerdan día y hora para la respectiva celebración matrimonial; encargan el respectivo banquete y mediante sendos avisos en la prensa (incluida fotografía) divulgan la celebración nupcial; todos los costos han sido asumidos por el prometido; llegado el día y hora previstos, el novio es abandonado en la puerta de la iglesia en presencia de todos los invitados; la prometida, en última instancia decidió no contraer matrimonio, al darse cuenta que, en realidad, no sería todo lo feliz que ella deseaba, además que aún mantenía ciertos vínculos afectivos clandestinos con un tercero. Sin duda, en el caso propuesto, se realizaron importantes gastos y se contrajeron obligaciones en consideración al matrimonio prometido, pero además de ello, el hecho de haber sido abandonado en la puerta de la iglesia, en presencia de los invitados, después de haber comunicado el evento a la comunidad en general, ocasionó un menoscabo al prometido, un daño moral, al ver afectada su honra, su dignidad como persona, al verse expuesto a la inconmensurable humillación pública, agravado por el verdadero fundamento de la ruptura, el vínculo que la prometida mantenía con un tercero, y que, lamentablemente, más tarde se hizo público.

Nadie puede negar que la retractación de la promesa realizada por la prometida esta comprendida dentro de la libertad nupcial que el ordenamiento le garantiza, por lo cual, el prometido abandonado sin causa sólo podría obtener el

¹⁶⁴ Como bien indica JHERING, Rudolf Von, *Bromas y veras en la jurisprudencia*, trad. del alemán por Tomás A. Banzhaf, ed. Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1974, pág. 51 y ss., hacer prevalecer la teoría por sobre la práctica, nos llevará a resultados completamente fallidos..., entre más profundos son los estudios teóricos más graves son las consecuencias prácticas a que nos conducen; su posición la refleja claramente con la siguiente frase (pág. 79), referida al dictar una sentencia sobre un caso relativo a la teoría posesoria “Sigo afirmando que desde el punto de vista teórico, esa sentencia era perfectamente correcta, ajustada en todos los aspectos a la teoría de la posesión de Savigny. Claro está que un buen práctico se habría cortado los dedos antes de firmarla”.

resarcimiento de los limitados daños patrimoniales que le confiere el art. 43 Cc., y de los demás que le permita el ejercicio de la acción de enriquecimiento sin causa. Sin embargo, estimamos que en situaciones excepcionales como ésta, y a objeto de obtener la íntegra reparación de los daños, en particular el daño moral, debemos olvidarnos del art. 43 y ampararnos en el art. 1902 Cc., alegando y probando que la promesa no cumplió con los requisitos de validez al carecer de “certeza”, “seriedad”, al no existir una voluntad real y seria en tal sentido de la prometida, que existió una disconformidad entre la voluntad real y la declarada (en orden a celebrar los esponsales con la intención cierta y seria de celebrar más tarde el matrimonio prometido). En este sentido, estimamos que la “certeza” que el precepto requiere, no sólo dice relación con que realmente exista certidumbre de haberse realizado la promesa de matrimonio, sino que también comprende la “cierta”, “seria”, voluntad real de parte de los prometidos, la intención verdadera de que realizarán todo lo necesario para materializar el matrimonio proyectado, voluntad que, por lo menos, debe concurrir en el momento que se realiza la propuesta y la aceptación de los respectivos esponsales.

En supuestos como éste, antes de tomar la decisión de qué camino seguir, deberemos examinar las condiciones y circunstancias del caso en particular, ya que si bien, en el ejercicio planteado podríamos recurrir al art. 1902 Cc. para obtener la íntegra reparación, ello significa que tendremos la pesada carga de la prueba de la culpa, como de los daños alegados; por ello, si las condiciones permiten alegar y probar la culpa del prometido que ha roto los esponsales, creemos que debemos acudir al art. 1902, alegando que, si bien hubo promesa de matrimonio, ésta no fue válida por falta de los requisitos de certeza y seriedad, en orden a la voluntad real declarada, sosteniendo la disconformidad entre la voluntad expresada y la verdadera intención y querer del alma de la prometida, prescindiendo en definitiva del art. 43; de lo contrario, si no existen las circunstancias que nos permitan probar culpa como los demás requisitos de la tutela aquiliana, deberemos ceñirnos a probar la promesa cierta de matrimonio, limitándonos a obtener el resarcimiento sólo de los gastos hechos y obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido.

B.- Otras conductas dañosas con ocasión de la ruptura de la promesa.

Los comentadores jurídicos están contestes en que el desistimiento sin causa de los esponsales puede constituir un hecho que, junto a otras circunstancias, puede ocasionar un daño distinto a los previstos por el legislador en su art. 43, que obliguen a su reparación.

En este punto, precisan que el daño no tiene su exclusivo origen en la retractación sin causa de la promesa, sino que ésta, unida a otras circunstancias, constituye una fuente compleja de la producción del perjuicio.

Así por ejemplo, citan a la seducción, a las defraudaciones económicas, a las vejaciones publicas, injuriosas, atentatorias a la honra de la persona, etc., que junto a los esponsales y a su posterior ruptura sin causa, pueden dar origen (y en muchos casos con carácter de obligado resultado) a los más diversos tipos de daños, que sin duda exceden a las previsiones del precepto en comento, debiendo ser indemnizados conforme a las normas generales de la responsabilidad civil extracontractual, por constituir verdaderos ilícitos civiles, llegando incluso, muchos de ellos, a constituir ilícitos penales sancionados a través de los delitos de estafas, injurias o calumnias u otros¹⁶⁵; en otras palabras, podemos decir, que se trata de daños ocasionados indirectamente por la no ejecución sin causa de la promesa cierta de matrimonio.

Entre los diversos autores que sostienen esta posición se encuentra GARCÍA CANTERO¹⁶⁶, quien siguiendo a GUBERN SALISACHS¹⁶⁷ (éste último sostiene

¹⁶⁵ En todo caso, según se desprende de la SAP de Murcia de 14 de febrero de 2001 (JUR 2001, 125054), cuando la promesa de matrimonio se invoque como parte del delito de abusos sexuales cometidos mediante la intervención de engaño, tipificado en el art. 183.1 del Código penal, es necesario probar que ésta se produjo “dentro de una relación estable y duradera que la hiciera digna de crédito o pueda considerarse una argucia poderosa o suficiente para inducir al error y como consecuencia del mismo a otorgarle su consentimiento a la realización del acto sexual”.

¹⁶⁶ GARCÍA CANTERO, *El vínculo...*, cit., pág. 85 y ss., y en GARCÍA CANTERO, Artículos 42 a 107 del Código Civil..., cit., pág. 42, reitera que “Lo cual no obstará a que tal ruptura, de modo indirecto, integre el supuesto de hecho de otras normas dando así origen a aquella o a otras consecuencias jurídicas”.

¹⁶⁷ GUBERN SALISACHS, *op. cit.*, pág. 105 y ss., quien defiende la aplicación del artículo 1902 del Código Civil Español como fundamento de una demanda por seducción dolosa o innoble en la cual ha mediado promesa, en consideración a que el propio Tribunal Supremo ha declarado derecho a indemnización a la mujer en casos de ofensa de menor gravedad a la mencionada. Con los mismos fundamentos, PÉREZ y CASTÁN, al realizar los estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia española de la obra de ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, cit., pág. 51, comentan que si bien el Cc. Español no contiene una norma similar al 1300 del BGB (actualmente derogado), para el caso de la pretensión por desfloración, la

que el fundamento de la acción resarcitoria no debe ser la falta de cumplimiento de la promesa de matrimonio, pues entonces el Juez aplicaría el art. 44 Cc., actual artículo 43 Cc., cuyos requisitos concurren pocas veces en la práctica, sino el art. 1902, partiendo de la unión sexual lograda con el engaño de la promesa), señala “creemos que la mujer mayor de 23 años, seducida por su novio, podrá invocar el artículo 1902 Cc. en apoyo de la reclamación de indemnización por el daño moral causado por la unión extramatrimonial, así como los gastos que haya podido originar el nacimiento de la prole. Ciertamente que el Juez debe de guardar gran cautela y mantener una actitud de desconfianza en la apreciación de los hechos a fin de evitar que se conceda la indemnización en los casos en que no ha habido seducción”. En realidad, como se aprecia, lo que constituye el hecho ilícito que motiva la responsabilidad civil extracontractual es la seducción engañosa; la promesa de matrimonio y su posterior ruptura sin causa, es un hecho que sirve para demostrar y probar la culpa o dolo del responsable¹⁶⁸.

DELGADO ECHEVERRIA¹⁶⁹, fundado en el tenor literal del art. 43 Cc. que emplea la expresión “sólo”, rechaza la posibilidad que se pueda recurrir a otras

jurisprudencia ha reconocido la indemnización del daño moral en casos de menor gravedad y menoscabo que el que supone la desfloración, con lo cual es plenamente aplicable el art. 1902 para el caso de seducción.

¹⁶⁸ En este sentido puede consultarse la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de abril de 1979 (RJ 1979, 1277).

FUENTES LOJO y PERÉ RALUY, al traducir la obra de BONASI BENUCCI, *La responsabilidad civil*, trad. y notas de Derecho Español por Juan V. Fuentes Lojo y José Peré Raluy, ed. Bosch, Barcelona, 1958, pág. 303, son unos de los pocos autores que se oponen a la admisibilidad de la reparación de los daños vía art. 1902 Cc. para los eventos de seducción engañosa, al expresar que “admitir la viabilidad de las pretensiones indemnizatorias por seducción al margen de los supuestos de estupro, implica examinando el problema *lege ferenda*, una prima a la inmoralidad y un reconocimiento de efectos al concubinato, y, por otra parte, en el terreno del derecho constituido no parece que exista base para derivar una indemnización de un hecho contrario a la moral y a las buenas costumbres del que en definitiva es responsable y con plena conciencia la mujer, siquiera ésta haya obrado estimulada por unas falsas perspectivas ventajosas para la misma”. Sin duda la opinión de ambos juristas, no parece estar conforme con las actuales tendencias de la sociedad, en la cual, ha dejado de ser considerada inmoral y atentatorio a las buenas costumbres las uniones concubinarias.

No podemos evitar expresar asimismo que, quizás más de alguien, nos pueda criticar el uso del ejemplo de la seducción de la mujer como caso eventual que, unido a la ruptura sin causa de los esponsales, pueda dar origen a la responsabilidad civil extracontractual del artículo 1902. Si bien, la sociedad y sus costumbres han mutado de forma trascendente, cuestión que nos lleva a reconocer que la seducción de los años 50 o 60 es poco viable en la actualidad – la virginidad, las relaciones prematrimoniales, las uniones concubinarias han dejado de ser una cuestión que preocupe y que se critique, según refleja la sociedad global actual – no podemos negar que, aún existen sectores que promueven y sustentan ciertas opiniones moralistas (rehuimos el uso de la palabra “valores”, ya que no creemos que por medio de la libertad sexual de una persona se puedan determinar si ésta tiene más o menos valores, y el sentido y alcance de los mismos) que, mediante la seducción engañosa podrían ser quebrantadas, v.gr., grupos religiosos de carácter extremo, ya sean católicos, musulmanes, etc., o grupos étnicos determinados como los gitanos.

¹⁶⁹ DELGADO ECHEVERRIA, *op. cit.*, pág. 58 y ss.

acciones indemnizatorias como el art. 1902 para reclamar otros daños a los expresamente previstos en el artículo 43 causados sólo por el desistimiento sin causa de los esponsales; sin embargo, él mismo matiza su afirmación anterior, en el sentido que es posible que entre los prometidos se puedan verificar otros daños que hayan de ser indemnizados conforme a las reglas generales, siempre que no estén exclusivamente fundados en la retractación de la promesa de matrimonio, sino en otros hechos, como por ejemplo, injurias, calumnias, lesiones, etc., corroborando así, que es posible que la ruptura sin causa, unido a otros factores o circunstancias, pueda originar otros daños patrimoniales o no patrimoniales indemnizables a la luz del art. 1902.

Como indica, REINA y MARTINELL¹⁷⁰ no se trata de una ampliación de la obligación resarcitoria del art. 43, para el caso en estudio, sino que trata de aplicar el art. 1902 para reparar unos daños que tienen un origen distinto, aunque cronológica o indirectamente puedan tener relación con los esponsales.

Concluyendo, la ruptura sin causa de la promesa de matrimonio, unido a otros hechos o circunstancias, puede constituir fuente de otros daños distintos a los previstos por el legislador, en cuyo caso se deberá la correspondiente indemnización conforme el art. 1902 Cc.

Un claro ejemplo de lo expuesto, lo constituye la sentencia pronunciada por el Tribunal Supremo con fecha 16 de diciembre de 1996¹⁷¹, cuyos antecedentes fácticos descansaban en una convivencia de hecho entre hombre y mujer, iniciada y mantenida bajo la promesa de futuro matrimonio, la cual se extendió por más de tres años de forma estable, concurriendo los requisitos para ser estimada como una convivencia *more uxorio*, de aquellas que la jurisprudencia pretende reconocerle ciertos efectos jurídicos; se alegó y probó que la mujer aceptó iniciar y mantener la unión de hecho, fundada en la promesa de matrimonio alcanzada, cuestión que además, la motivó a trasladarse de ciudad junto a sus tres hijos de un precedente

¹⁷⁰ REINA y MARTINELL, *Curso de derecho...*, cit., pág. 273.

¹⁷¹ RJ 1996, 9020; también GARCÍA RUBIO, M., comentario a la STS de 16 de diciembre de 1996, en CCJC, t. 43, enero-marzo 1997, pág. 401 y ss., entre otros comentarios.

matrimonio, en específico, al domicilio de su prometido; es de mencionar, que el traslado de ciudad significó para la prometida entregar la vivienda que alquilaba, en la cual además, recibía un número limitado de huéspedes, que significaban un ingreso para su sustento; la certidumbre de la promesa de matrimonio se encontraba acreditada con el hecho que se había incoado el respectivo expediente matrimonial, llegando inclusive, a fijarse fecha para la supuesta celebración, la cual, por diversos motivos jamás se materializó.

Amen a los antecedentes expuestos, la esposa ejerció una acción civil, pretendiendo la atribución del uso y disfrute de ciertos bienes del demandado e indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de promesa matrimonial, entre los cuales se reclamaba el daño moral. Obviamente el demandado se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la actora.

El Tribunal de primera instancia resolvió condenar al demandado a abonar a la actora la suma de cinco millones de pesetas, concediéndole, además, el uso y disfrute por un año de un vehículo, y por dos años el uso y disfrute de un piso, ambos de propiedad del vencido.

Recurrida la sentencia, la Audiencia Provincial se limitó a rebajar la suma ordenada pagar, limitándola a la cantidad de tres millones de pesetas por concepto de daños y perjuicios por incumplimiento de promesa matrimonial, confirmando el resto de la sentencia apelada.

Interpuesto recurso de casación por el demandado, el Tribunal Supremo resolvió cambiar el fundamento jurídico de la suma ordenada pagar, según consta en el fundamento de derecho tercero, estimando que la argumentación de la demandante no podía encontrar asilo en el art. 43, cuestión que motivaba a resolver la controversia sin atender exclusivamente a la existencia o no de la promesa de matrimonio. Siguiendo lo expuesto, el máximo Tribunal estimó que los daños y perjuicios que se reclamaban encontraban su fundamento en la convivencia *more uxorio* desarrollada, y en particular, en la falta de imprevisión de ambos convivientes, que debieron establecer con claridad los derechos y deberes recíprocos que los regirían, aún en caso de ruptura de la convivencia, aunque nunca para el supuesto de la no celebración del matrimonio, ya que según el art. 42 constituye

cláusula nula. Añadió que si bien, en la falta de previsión de los deberes y derechos concurrió la culpa de ambos convivientes, la conducta del hombre se notaba especialmente negligente, ya que indujo con su promesa a establecer la convivencia, sin reparar en las consecuencias que podían acarrearle a la mujer el abandono de su hogar y de sus medios de vida. Resolvió en definitiva en su considerando de derecho sexto, que los daños alegados eran reparables mediante el art. 1902 Cc., fundamento de la responsabilidad extracontractual, advirtiendo en todo caso, que se excluían los daños morales demandados, ya que la frustración del proyecto matrimonial no es indemnizable bajo ninguna cobertura legal, al igual que el estado de depresión reflejado y alegado por la actora¹⁷². Sin perjuicio de lo anterior, estimó que, aún considerando la culpa de la demandante, y excluyendo los daños morales, la suma de tres millones de pesetas se confirmaba, atendido que sólo los daños materiales sufridos por la demandante excedían a dicha cantidad¹⁷³.

Limitando nuestros comentarios sólo a las consecuencias de la promesa de matrimonio (sobre los efectos concernientes a la convivencia *more uxorio* volveremos en el capítulo final de este trabajo), queremos hacer hincapié, en que la indemnización concedida por la Audiencia Provincial, equivalente a tres millones de pesetas al amparo del art. 43, como daños y perjuicios derivados de un incumplimiento matrimonial, fue descartada, creemos que acertadamente por el máximo órgano jurisdiccional; en efecto, teniendo en cuenta el contenido y alcance del art. 43, la naturaleza jurídica de la promesa de matrimonio y el fundamento de la

¹⁷² En los mismos términos se expresó la Audiencia Provincial de Barcelona, en sentencia de 17 de enero de 2000 (AC 2000, 1134), con apoyo de la STS de 16 de diciembre de 1996, en cuanto “tiene declarado que el daño moral causado por la frustración del proyecto matrimonial no es indemnizable bajo ninguna cobertura legal, ni tampoco los estados depresivos que pudieran derivarse del mismo. El resto de los daños, si los hubiere, pueden tener cabida en el art. 1902 del Código Civil”.

¹⁷³ En lo restante, en el fundamento de derecho séptimo, el Tribunal Supremo confirmó en favor de la demandante, el uso y disfrute de los bienes del demandado, incluido el piso que servía de vivienda familiar; en todo caso, en un argumento complejo y algo falto de claridad, señaló que a las uniones de hecho no se le podían aplicar analógicamente las mismas reglas que para la disolución de los matrimonios, por tratarse de dos figuras distintas, pero, que en el caso planteado, como “la vivienda familiar es el reducto donde se asienta y desarrolla la persona, que sirve como refugio elemental a sus necesidades primarias, al tiempo que cuando existen hijos es también auxilio indispensable para el amparo y educación de éstos. De aquí que las normas sobre el uso de la vivienda familiar, que contiene el Código Civil en relación con el matrimonio y sus crisis, entre ellas la ruptura del vínculo, se proyectan más allá de su estricto ámbito de situaciones como la convivencia prolongada de un hombre y una mujer como pareja ya que las razones que abonan y justifican aquéllas valen también en este último caso. Así, el artículo 96 del Código Civil, párrafo tercero, permite integrado con el artículo 4.1 una solución como la adoptada por ambas sentencias de instancia”.

obligación resarcitoria, resulta inequívoco que la indemnización otorgada por el tribunal de segunda instancia, por los daños y perjuicios reclamados, no podía fundarse en el precepto en comento, por cuanto excedían los términos de “gastos hechos y obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido”. En efecto, la indemnización comprendía la reparación de los daños patrimoniales y morales alegados por la actora al amparo del art. 43, cuestión que como ya hemos indicado, no se ajusta a la interpretación mayoritaria, y se aleja de los criterios de la doctrina sobre la materia. De ahí, que por lo menos en este aspecto, no negamos nuestra conformidad con el Supremo Tribunal, ya que estimamos que modificó los fundamentos jurídicos acertadamente, y que erróneamente había incoado la Audiencia Provincial, alejándose de la figura de la promesa de matrimonio, como fundamento de la obligación indemnizatoria, considerándola como un antecedente más en la realización del daño, amparándose en definitiva en el artículo 1902 Cc. para la reparación de los daños materiales, y que nosotros extendemos también a los perjuicios morales en la medida que se hubieran ocasionado.

Sin embargo, nuestra conformidad, sólo se limita a esta pequeña corrección realizada por el sentenciador, ya que si bien recurrió a la responsabilidad civil extracontractual, - aplicación de la norma que también compartimos -, lo hizo para determinar como hecho constitutivo de responsabilidad, el haber dado origen a una convivencia de hecho con omisión del establecimiento de las reglas que regulen los efectos de la convivencia, concluyendo que el comportamiento del hombre era más negligente, ya que él había motivado la convivencia a través de la promesa de matrimonio, y sobre cuyos comentarios volveremos a referirnos en el capítulo destinado a las uniones de hecho.

C.- Algunas consideraciones en la doctrina comparada.

Asimismo, nos parece oportuno señalar, que la discusión sobre la eventual reparación de los daños que puedan provenir exclusivamente de la ruptura sin causa de los esponsales o en conjunto con otras circunstancias o hechos, se extiende a otras legislaciones extranjeras, en particular a la legislación italiana, en

consideración a que su artículo 81 se asemeja al artículo 43 Cc. español, permitiendo también el resarcimiento de los gastos hechos y obligaciones asumidas con ocasión de la promesa en la medida que se produzca su desistimiento sin justo motivo. Como destaca GARCÍA CANTERO¹⁷⁴, el sistema del Código civil italiano de 1865 ofrecía especial interés, atendido el parecido con el Código civil español en materia de promesa de matrimonio; ahora con la modificación introducida el año 1942, aún debe servirnos de modelo, por estar inspirado en principios análogos al español.

Sobre el particular, autores como JEMOLO¹⁷⁵, si bien reconocen que la cuestión es controvertida, se inclinan por la admisión de la reparación de los demás daños directos ocasionados por la ruptura, fundados en la sentencia de la Corte de Milán, de 27 de agosto de 1908, que fue la primera que admitió el principio de la resarcibilidad de otras conductas distintas de la seducción concomitantes a una promesa de matrimonio; según este autor, para resolver la controversia, se debe distinguir cuándo el daño proviene del contrato – recordemos que, según éste, la promesa de matrimonio tiene naturaleza contractual – y cuándo de una causa extracontractual, es decir, cuándo el daño se ha verificado por el incumplimiento de la promesa y cuándo con ocasión de ella, siendo en definitiva la forma más segura la de examinar si el hecho determinante del daño ha sido impuesto a la parte como condición del compromiso matrimonial o hecho necesario por él, o bien el hecho podía no coexistir con la promesa, no habiendo sido impuesto como condición de ella. Sólo en el primer caso se trataría de una violación contractual, cuyos efectos estarían limitados por el art. 81 en cuanto a su resarcimiento, o sea, limitado a los gastos y obligaciones; pero en la segunda situación, cuando el hecho causante del daño podía no coexistir con la promesa o no fue impuesto como condición de ella, es perfectamente viable la reparación integral, por cuanto no se trataría de una violación contractual, sino que la relación de causalidad estaría fuera de ella. Agrega, que esta solución le parece equitativa, ya que el prometido al aceptar las

¹⁷⁴ GARCÍA CANTERO, *El vínculo...*, cit., pág. 37 y ss.

¹⁷⁵ JEMOLO, *op. cit.*, pág. 75 y ss.

condiciones u obligaciones de hacer o no hacer algo como condición de la promesa, tenía pleno conocimiento de que la ley no le concedería acción si su prometido incumplía su compromiso, haciendo inútil, baladí su sacrificio; por el contrario, si él se ve expuesto, con ocasión o durante la promesa de matrimonio, a sufrir un daño que no quiso, pero se vió obligado a soportar por la promesa matrimonial, si ésta se rompe sin su culpa, sí tendrá derecho a recurrir a los principios generales para obtener su integra reparación.

En el mismo sentido, BONASI¹⁷⁶ señala que “todo supuesto de seducción engañosa ejercitada en cualquier forma y con cualquier medio, que prive a la mujer de su libre consentimiento al abandono sexual de sí misma, determina la responsabilidad del causante de la injuria y es fuente de resarcimiento. Por lo general, la promesa de matrimonio es uno de los medios, no el único, a través del cual puede manifestarse el dolo engañoso de la seducción”¹⁷⁷.

Por el contrario, autores como DEGNI¹⁷⁸ rechazan la posición precedente, manifestando que no puede admitirse ni aprobarse la jurisprudencia citada, ni aún amparado en supuestos fundamentos de equidad, ni distinciones arbitrarias; según el autor en referencia, el legislador ha sido suficientemente claro en la disposición del art. 81, motivo por el cual, no se debe distinguir si el hecho dañoso es consecuencia directa y necesaria de la promesa o si solamente es una consecuencia ocasional e indirecta; el legislador ha garantizado, mediante la derogación de principios de derecho común, la absoluta libertad nupcial, la cual podría ser notablemente perjudicada si se acepta una acción de resarcimiento por cualesquiera otros daños a los previstos por el legislador.

En apoyo de este autor, debemos señalar que la Corte de Casación, en sentencia de 10 de agosto de 1991¹⁷⁹, conociendo un caso de seducción con promesa de matrimonio, fue muy clara al resolver que todavía en hipótesis de esta naturaleza se aplican exclusivamente los efectos de los arts. 79, 80 y 81 Cc. italiano, añadiendo

¹⁷⁶ BONASI BENUCCI, *op. cit.*, pág. 295 y ss., haciendo referencia a un fallo de la Corte de Casación, de 27 de Octubre de 1948.

¹⁷⁷ En el mismo sentido GUBERN SALISACHS, *op. cit.*, pág. 32.

¹⁷⁸ DEGNI, F., *Il diritto di famiglia*, ed. Cedam, Padova, 1943, pág. 45.

¹⁷⁹ *Il diritto di famiglia e delle persone*, luglio – settembre, 1992, pág. 546 y ss.

que la obligación legal de resarcimiento del art. 81 constituye una norma especial, preclusiva de posibilidades de reclamo a la norma general del art. 1337 Cc. relativa a la responsabilidad precontractual, ni aún con carácter subsidiario en caso de ausencia de los presupuestos de forma necesarios para invocar el art. 81 Cc. (acto público o escritura privada).

Por su parte, en Chile, atendido el tenor literal de las disposiciones que rigen los esponsales, y a la inexistencia de una norma que permita el reembolso de los gastos hechos y de las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido, no se ha planteado por la doctrina la discusión que venimos analizando; es más, conforme a la claridad del artículo 98 Cc. chileno, se rechaza cualquier acción indemnizatoria de perjuicios por el simple desistimiento de la promesa, ya sea través de la responsabilidad contractual o extracontractual, haciendo primar de esta forma el principio de libertad matrimonial; excepcionalmente, sólo cuando se incoen los esponsales como una circunstancia del crimen de seducción, o sea el resultado de un comportamiento doloso como una estafa, según apunta CORRAL TALCIANI¹⁸⁰, se permitirá el ejercicio de las acciones indemnizatorias destinadas a reparar dichos perjuicios, es decir, cuando la promesa sea un hecho indirecto el que unido a otras circunstancias sean el origen de los daños reclamados¹⁸¹.

VI.- LA RUPTURA DE LA PROMESA DE MATRIMONIO Y LOS TERCEROS.

Para el estudio de esta materia, debemos distinguir si los terceros han contribuido a la ruptura de la promesa, o en su caso, si han sido perjudicados o beneficiados con la misma.

El primer caso, a la fecha, sólo ha sido planteado en dos viejas sentencias francesas; una del tribunal de Paris de 26 de junio de 1894 y otra del tribunal de

¹⁸⁰ CORRAL TALCIANI, Hernán, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, ed. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, pág. 130 y ss.

¹⁸¹ Artículo 101 Cc. chileno: “Tampoco se opondrá a lo dicho a que se admita la prueba del contrato de esponsales como circunstancia agravante del crimen de seducción”.

Alger de 09 de abril de 1895, que declararon responsables civiles a los padres que habían motivado la ruptura de la promesa de matrimonio de sus hijos sin justo motivo.

No obstante, y aunque hoy en día en el ordenamiento francés es un principio general que los terceros que incitan a un contratante a incumplir sus deberes contractuales pueden ser declarados responsables de los perjuicios que causen, dicha norma es inaplicable a la promesa de matrimonio al no existir deber jurídico alguno entre los esposos¹⁸², conclusión que estimamos plenamente extensible al ordenamiento español en base al mismo fundamento.

Respecto al segundo problema, debemos señalar que el art. 43 Cc. es claro al disponer que la obligación de resarcir los gastos hechos y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido se deben a la “otra parte”, es decir, sus efectos se extienden exclusivamente entre los esposos que han celebrado la promesa, los cuales no pueden ser invocados por terceros ajenos a ella. Es más, nos atrevemos a presumir que la nitidez del precepto es también apreciada por la doctrina, ya que no hemos hallado discusión alguna sobre el particular, llevándonos a concluir que se ignora o desconoce por innecesaria.

No obstante, en la jurisprudencia nos encontramos con peculiaridades como la SAP de Sevilla de 08 de mayo de 2003¹⁸³, que conociendo de una demanda de una reclamación de cantidad interpuesta por una ex prometida junto a sus padres en base al art. 43 Cc. y en contra de su ex prometido, fue acogida en virtud de la norma citada pese a la excepción de legitimación *ad causam* alegada por el demandado, al considerar el sentenciador que dicha excepción no debía ser estimada “ya que en base al principio *“alterum non laedere”*, la posible existencia de un perjuicio sobre el que se reclama, el Juez debe entrar en el fondo del asunto, máxime si la petición conduce a la determinación de dicho perjuicio”. Sin embargo, estimamos que una cosa es la obligación de resarcir (“reembolsar”) unos limitados gastos y obligaciones a tenor del art. 43 aplicable entre las partes de la promesa, y otra muy distinta es

¹⁸² En este sentido, BÉNABENT, *op. cit.*, pág. 28.

¹⁸³ JUR 2003, 267751.

declarar una obligación indemnizatoria frente a la existencia de un perjuicio por aplicación del principio “*alterum non laedere*” comprendido en el art. 1902 Cc.

Precisado lo anterior, cabe resolver qué sucede con aquellos terceros que, producto de la ruptura, han sido perjudicados en su patrimonio al ser ellos quienes han hecho gastos o contraído obligaciones por el matrimonio prometido, o por el contrario, han resultados beneficiados con los gastos u obligaciones contraídas por uno de los esposos, y no pueden invocar a favor o en contra los efectos previstos en el art. 43 Cc.

SANCHO REBULLIDA¹⁸⁴ y LACRUZ¹⁸⁵ encuentran la solución al problema propuesto en la acción de enriquecimiento sin causa, en la medida que la ruptura, al ser una manifestación de la libertad nupcial exenta de culpa por regla general, no permite invocar la tutela aquiliana. En su apoyo, se amparan en la sentencia de 27 de marzo de 1958¹⁸⁶, en la cual, con el desistimiento de la promesa de matrimonio, desapareció el fundamento que había motivado la construcción de unas determinadas obras en la casa del padre de la novia, costeadas por el novio demandante, permitiendo acoger la acción de enriquecimiento sin causa en contra del padre de la novia (propietario del inmueble), ya que en la especie concurrían todos los requisitos que la jurisprudencia estima como necesarios para ello: a) enriquecimiento patrimonial del demandado, ya sea positivo o negativo, b) empobrecimiento del actor, c) relación entre el enriquecimiento y el empobrecimiento, y d) la falta de justa causa del enriquecimiento patrimonial¹⁸⁷; por lo anterior, el Tribunal Supremo resolvió que “al romperse las relaciones prematrimoniales (entiéndase esponsales), desapareciendo así la razón de ser de dichas obras, surge el enriquecimiento para el demandado al incorporar a su patrimonio la obra realizada por el actor de buena fe, la que no puede ponerse en

¹⁸⁴ SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, pág. 39.

¹⁸⁵ LACRUZ BERDEJO, *et al.*, *Elementos de Derecho Civil IV*, Derecho de familia, vol. I... (1990), *cit.*, pág. 100.

¹⁸⁶ RJ 1958, 1456.

¹⁸⁷ Véase sentencias del Tribunal Supremo, de 06 de junio de 1931 (RJ 1931, 2067); de 02 de febrero de 1957 (RJ 1957, 380); entre otras.

duda dado el motivo de las mismas, también existe un empobrecimiento del demandante, porque al no haber percibido el importe de la obra y materiales incorporados a la misma, sufre una disminución de su patrimonio; y hay un nexo causal entre dichos enriquecimiento y empobrecimiento, pues conformes los litigantes en que las obras las costeó el actor con consentimiento explícito del demandado y con vista a la boda concertada, al no celebrarse ésta quedan como mejora de la finca, por lo que al apropiarse de ellas el recurrente, con el aumento de valor que ha tenido el edificio, traspasan los linderos de la equidad y de la buena fe con daño para el actor, por lo que, concurriendo los requisitos necesarios para la procedencia de la acción de enriquecimiento ejercitada, es obligada su estimación”.

Sobre el particular, la SAP de Salamanca de 20 de marzo de 2006¹⁸⁸, ofrece otra alternativa, al resolver que si los gastos u obligaciones los ha hecho un tercero, se “deberá acudir a la obligación de indemnizar que contempla el art. 1902 del Cc.” al estar marginado del art. 43 Cc.

Armonizando ambas posiciones, nos atrevemos a señalar que cuando es el tercero quien ha hecho el gasto o contraído la obligación resultando perjudicado por la ruptura sin causa de uno de los prometidos, podrá recurrir en un primer momento a la tutela aquiliana que le confiere la norma del art. 1902 Cc., siempre que para tal efecto pruebe culpa o negligencia del esposo demandado, quedándole en segunda instancia, la facultad de recurrir a la acción subsidiaria de enriquecimiento injusto, en la medida que concurren y acredite todos los requisitos necesarios para ello.

Ahora cuando se produce la situación inversa, o sea, cuando es el esposo víctima de la ruptura quien ha hecho gastos o asumido obligaciones y el tercero quien ha resultado beneficiado, también el primero podrá ampararse en las mismas acciones citadas siguiendo el orden de prelación señalado.

A diferencia de lo expuesto, el BGB soluciona expresamente este problema a través de su parágrafo 1298, concediendo acción a los padres de los esposos o a los

¹⁸⁸ JUR 2006, 241399.

terceros que han actuado en lugar de los padres, para solicitar el reembolso de los gastos incurridos u obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido, evitando con ello que éstos tengan que recurrir al ejercicio de acciones genéricas como la acción de enriquecimiento sin causa y sus especiales requisitos, pese a que esta última acción también se encuentra regulada en el parágrafo 812 y ss.

CAPÍTULO TERCERO.
DE LA IRRESARCIBILIDAD DE LOS DAÑOS ENTRE CÓNYUGES POR
INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES CONYUGALES.

El contenido de este capítulo tiene por objeto desarrollar los argumentos dogmáticos como las críticas de aquella doctrina que podríamos denominar clásica o tradicional, que rechaza la aplicación de las normas de responsabilidad civil por los daños que los cónyuges se causen entre sí por incumplimiento de los deberes conyugales, ya sea en virtud de la inmunidad y privilegio conyugal, la supremacía e interés supraindividual de la familia, la naturaleza ética-moral y no jurídica de los deberes conyugales, la aplicación del principio de especialidad del Derecho de familia, o por la aplicación de la pensión compensatoria.

Según hemos dicho, nuestro estudio se centrará en el incumplimiento de los deberes personales del matrimonio, materia que ya ha sido objeto de comentarios por la doctrina¹⁸⁹; especial relevancia se observa en el tratamiento de las consecuencias y eventuales daños que se puedan derivar del incumplimiento del deber de fidelidad¹⁹⁰, las cuales, no sólo nos servirán de guía, sino que sus

¹⁸⁹ SANCHO VILLARREAL, El deber de fidelidad conyugal como obligación jurídica y consecuencias de su infracción, en *Revista de Derecho de familia*, N°11, Abril 2001, pág. 77 y ss.; GARCÍA CANTERO, Artículos 42 a 107 del Código Civil..., *cit.*, pág. 171 y ss.; SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, pág. 117 y ss.; PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, 254 y ss.; LETE DEL RIO, José Manuel, Comentarios a los artículos 66 y 67, en LACRUZ BERDEJO, José Luis, (Coord.), *Matrimonio y divorcio, Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil*, segunda edición, ed. Civitas, Madrid, 1994, pág. 627 y ss.; PÉREZ MAYOR, Adrián, Crisis matrimoniales e indemnización por daño moral, en *Revista Jurídica de Catalunya*, N°1, 2004, pág. 163 y ss.; ROCA I TRÍAS, La Responsabilidad civil..., *cit.*, pág. 532 y ss.; GETE – ALONSO Y CALERA, M^a Del Carmen, Comentarios a los artículos 67 y 68, en AMORÓS GUARDIOLA, Manuel, *et al.*, *Comentarios a las reformas del derecho de familia*, vol. I, ed. Tecnos, Madrid, 1984, pág. 320 y ss.; ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil IV...*, *cit.*, pág. 115 y ss.; LACRUZ BERDEJO, *et al.*, *Elementos de Derecho Civil IV*, Derecho de familia, vol. I... (1990), *cit.*, pág. 129 y ss.; ALONSO PÉREZ, Mariano, Dialéctica entre fidelidad matrimonial y libertad sexual: el delito de violación entre esposos separados y el llamado debito conyugal, en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. 1º, ed. Bosch, Barcelona, 1992, pág. 39 y ss.; RAGEL SÁNCHEZ, *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho civil: Familia...*, *cit.*, pág. 105 y ss.; DÍEZ – PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. IV..., *cit.*, pág. 92 y ss.

¹⁹⁰ Del punto de vista jurídico, y siguiendo a LACRUZ (LACRUZ BERDEJO, *et al.*, *Elementos de Derecho Civil IV*, Derecho de familia, vol. I... (1990), *cit.*, pág. 137 y ss., y en LACRUZ BERDEJO, José Luis, Comentario al artículo 68, revisado para la 2º edición por Joaquín Rams Albesa y Jesús Delgado Echeverría, en LACRUZ BERDEJO, José Luis, (Coord.), *Matrimonio y divorcio, Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil*, segunda edición, ed. Civitas, Madrid, 1994, pág. 655 y ss.), - quien a su vez es

citado por la mayoría de la doctrina - (véase a RAGEL SÁNCHEZ, *loc. cit.*, ALONSO PÉREZ, *Dialéctica entre...*, *cit.*, pág. 55, quien llega a decir “Exponemos algunas observaciones, sugeridas por la lectura de las páginas que el profesor LACRUZ dedica en su libro “Derecho de Familia” y en sus “Comentarios de Civitas” al deber de fidelidad, que sin duda son de lo mejor que se ha escrito recientemente sobre el tema”; GARCÍA CANTERO, Artículos 42 a 107 del Código Civil..., *cit.*, pág. 196) el deber de fidelidad puede ser considerado desde dos aspectos; “positivo, en el que representa la recíproca disponibilidad sexual de los cónyuges, que en el primer momento se traduce, en el derecho a consumir el matrimonio; y negativo, que implica la exclusividad de relaciones sexuales entre los cónyuges, y por tanto la obligación de cada uno de ellos de abstenerse de tales relaciones con terceros y, en general, de cualquier conducta que permita suponer que existen”. Sin embargo, el mismo autor advierte, que durante los últimos años, y amparados en la “necesidad de respetar cualquier intromisión en el aspecto íntimo de esas relaciones conyugales”, se ha estimado que esta cuestión es de cierta forma inabordable para el Derecho, ya sea para entrar al análisis del examen y prueba de sus distintos aspectos, consideraciones, sin que ello signifique en el otro extremo que pierda su carácter de deber jurídico.

Es de hacer notar que este deber es incoercible directa y naturalmente; sin embargo, hasta el año 1978 su tratamiento jurídico, en especial, en lo referente a los medios de protección, era diametralmente distinto; en efecto, hasta la promulgación y entrada en vigor de la ley de 28 de mayo del mentado año, la infracción de éste daba lugar al delito de adulterio o amancebamiento, infracción penal que fue precisamente derogada mediante el citado cuerpo legal, quedando desde dicha fecha en adelante, exclusivamente tutelado por medios civiles. Hoy en día, después de la derogación de estos delitos, y conforme a los nuevos criterios ponderados por el legislador español para la familia matrimonial, se discute en la doctrina si el actual deber de fidelidad sólo comprende el ámbito sexual – como inspiraba al ordenamiento vigente hasta el año 1978 -, o se debe incluir la esfera afectiva en general. Sobre el particular, y siguiendo los criterios de autores, tales como LACRUZ, GETE - ALONSO, RAGEL SÁNCHEZ, ALONSO PÉREZ (ALONSO PÉREZ, *loc. cit.*, expresa con referencia a LACRUZ, que “Según se afirmó en las discusiones parlamentarias sobre el nuevo art. 82 Cc., se piensa en una fidelidad no sólo sexual, que excluya el adulterio, sino en una fidelidad más ética y que comprenda cualquier violación grave a la entrega mutua entre esposos. Es la figura del “adulterio sentimental” en el que se cobijan todos los comportamientos opuestos al amor debido”. GARCÍA CANTERO, Artículos 42 a 107 del Código Civil..., *cit.*, pág. 195 y ss. se expresa en los mismos términos, también en referencia al art. 82.1 del Cc. al manifestar “ya no sólo el adulterio – la violación más grave de la fidelidad conyugal -, sino la infidelidad conyugal en general es causa de separación (art.82.1), lo que supone una mayor relevancia de este deber recíproco”), ALBALADEJO (ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil IV...*, *cit.*, pág. 121, señala “entiendo que no se reduce a excluir sólo las relaciones físicas que culminen en unión carnal con alguien que no sea el otro cónyuge, sino que alcanza también a prohibir cualesquiera actos que la conciencia social reputa como infidelidad conyugal, lo mismo sean con personas de distinto sexo, que actos de homosexualidad, bestialidad, etc., e igual supongan que no, realización completa de cópula o ayuntamiento sexual”), GARCÍA CANTERO, la nueva concepción del deber de fidelidad, acoge un criterio extensivo que incluye la esfera afectiva en general, atendido precisamente al hecho de la reducción de los medios de protección con la derogación de la tipificación penal. Con la derogación, se eliminó el fundamento que llevaba a entender la fidelidad limitada a la relación sexual de cuerpos, debiendo colegirse, hoy en día, como un deber expresado en su más amplia extensión, comprensivo del ámbito sexual, afectivo, familiar, social (De esta opinión participa MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, María Teresa, ¿Cabe la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de deberes conyugales?, en *Sentencias de TSJ y AP y Otros Tribunales* núm. 15/2004, Parte Estudio, ed. Editorial Aranzadi (BIB 2004/1732), Pamplona 2004, edición electrónica (<http://www.westlaw.es>), al manifestar que el deber de fidelidad “no se centra en la mera transgresión sexual. De esta forma se podrían considerar como nuevos aspectos que afectarían al incumplimiento de este deber: la decisión unilateral en orden a la procreación asistida, la donación de esperma o de óvulos, la facultad de esterilizarse o vasectomizarse, la prohibición de la mujer de someterse a la práctica de la fecundación heteróloga, la interrupción del embarazo”; en sentido contrario se expresan DÍEZ – PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. IV..., *cit.*, pág. 94, al manifestar “La fidelidad es ante todo sexual”; también SERRANO GÓMEZ, Eduardo, Efectos del matrimonio, en SERRANO ALONSO, Eduardo, *El nuevo matrimonio civil: estudio de las leyes 13/2005, de 1 julio, y 15/2005, de 8 julio de Reforma del Código Civil con formularios*, ed. Edisofer, Madrid, 2005, pág. 73 y 74, al expresar, después de reconocer la discusión doctrinal acerca del contenido del deber de fidelidad, que “en mi opinión, la infidelidad conyugal implica algún tipo de relación sexual aunque no necesariamente completa y consumada. Supone una unión de carácter físico y/o sexual con otra persona ajena al matrimonio que, evidentemente, conlleva una perturbación en la convivencia de los cónyuges y que, al mismo tiempo, viola el deber de respeto proclamado en el artículo 67 del Código Civil”). En habida estimación a esta nueva concepción extensiva del deber de fidelidad, algunos autores lo han pretendido comprender como una “especificación del

conclusiones, las podremos hacer extensivas al estudio de los demás deberes conyugales.

Pero dentro de los artículos 66 y ss. Cc., en específico, en los preceptos 67¹⁹¹ y 68¹⁹², no sólo se comprende la fidelidad, como un deber y un derecho recíproco – reciprocidad en el sentido de que obligan indistintamente a ambos cónyuges y, en cada situación, a uno de ellos respecto del otro¹⁹³ - derivado del matrimonio, sino que también se incluyen el deber de respeto¹⁹⁴, de vivir juntos – cohabitación¹⁹⁵ - y,

deber de respeto mutuo; especificación que se traduce en la relación carnal con persona distinta del cónyuge” (GETE – ALONSO Y CALERA, *op. cit.*, pág. 338). Sin embargo, pese a la veracidad de la vinculación entre ambos deberes, la fidelidad no puede ser considerada como una simple repetición del deber de respeto, y de por consiguiente inútil, sino que al contrario, por su trascendencia y connotación dentro del matrimonio justifica su expreso establecimiento.

¹⁹¹ Art. 67 Cc. “Los cónyuges deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia”.

¹⁹² Art. 68 Cc. “Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo”.

¹⁹³ DÍEZ – PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. IV..., *cit.*, pág. 92.

¹⁹⁴ En cuanto a este deber, LACRUZ (LACRUZ BERDEJO, *et al.*, *Elementos de Derecho Civil IV*, Derecho de familia, vol. I... (1990), *cit.*, pág. 142 y ss.), comienza descubriendo la interrogante, de cuál debe ser el alcance de este “específico” deber de respeto impuesto a los cónyuges, en circunstancias que todos estamos obligados a respetar al prójimo, producto del principio *alterum non laedere* (D. 1,1,10,1). LETE DEL RIO (LETE DEL RIO, *op. cit.*, pág. 642 y ss.), si bien reconoce, que es efectivo que el deber de respeto de carácter general esta establecido en el art. 10 CE, al garantizar la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, el deber específico impuesto recíprocamente a los cónyuges tiene un mayor alcance ya que “es una obligación de comportamiento o mejor dicho, que obliga a un determinado comportamiento de acuerdo con el status de casados; pero, desde un plano jurídico, su proyección viene limitada a la esfera externa de las relaciones conyugales, en la que cada esposo deberá observar una conducta que no atente, entorpezca o menoscabe la dignidad del otro o condicione el libre desarrollo de su personalidad”. El sentir de LETE es concordante con lo expuesto por LACRUZ, en el enfoque que este deber se extiende a la esfera externa de los cónyuges, que los conmina a una conducta cortés y considerada en el trato con el otro; sin embargo, LACRUZ, recurriendo a las palabras del autor alemán WACKE, complementa su juicio de este deber, en el sentido que significa que “cada cónyuge debe respetar los derechos de la personalidad y la esfera privada del otro”. RAGEL SÁNCHEZ (RAGEL SÁNCHEZ, *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho civil: Familia...*, *cit.*, pág. 120 y ss.), por su parte expresa que el deber de respeto mutuo impuesto por el legislador a los cónyuges “es mucho más intenso que el deber general de respeto a la dignidad, que merece toda persona por el solo hecho de serlo...., tienen el deber de tratar con la mayor consideración y cortesía a su cónyuge”. Agrega que se puede infringir el deber de respeto mutuo desde el punto de vista físico, como espiritual con conductas injuriosas o vejatorias (En similares palabras se expresa ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil IV...*, *cit.*, pág. 122, al manifestar que “es deber de cada cónyuge hacia el otro, respetarlo, tanto física como moralmente, y, por su puesto, habida cuenta de la personalidad del interesado. El deber de respeto prohíbe no sólo los malos tratos de obra, sino, desde luego, la conducta injuriosa o vejatoria de un esposo para el otro”). Se constata así, que el deber de respeto impuesto por el art. 67 Cc. no es una simple repetición del deber general de respeto a que todos estamos obligados, sino que trasciende más allá, es una consagración específica dentro del vínculo matrimonial, que conforme a nuestra hermenéutica, impone a los cónyuges a respetarse entre sí con mayor celo que en el ámbito general, con la máxima consideración posible, y por sobre todas las cosas, con irrestricto respeto a la dignidad y a los derechos del otro.

Por su parte, ALONSO PÉREZ (ALONSO PÉREZ, *Dialéctica entre fidelidad...*, *cit.*, pág. 52 y ss.) resume la posición de la doctrina sobre el concepto y sentido del deber de respeto mutuo, ilustrándonos que éste se extiende a todas las dimensiones de los cónyuges, al citar “por eso, la doctrina entiende que la obligación de respeto mutuo del art. 67 Cc. implica una concreción o especificación al ámbito matrimonial del deber de respeto al prójimo, que se proyecta en la dimensión física y moral de cada cónyuge como persona individual.... Se piensa que estamos ante un concepto necesariamente amplio y abierto, y en él encuentran cabida tanto el deber de fidelidad, cuanto en general la observancia de una conducta que no lesione la

ayuda y socorro mutuo¹⁹⁶. En todo caso, es necesario prevenir, que pese a tratarse de obligaciones recíprocas, vinculantes para cualquiera de los cónyuges, no pueden

dignidad personal ni física del otro” (En el mismo sentido se expresa GETE – ALONSO Y CALERA, *op. cit.*, pág. 324; GARCÍA CANTERO, Artículos 42 a 107 del Código Civil..., *cit.*, pág. 185 y ss.).

En fin, como sucintamente expone DIEZ – PICAZO y GULLÓN (DÍEZ – PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. IV..., *cit.*, pág. 93), este deber “es consecuencia del reconocimiento de la personalidad de cada cónyuge. De él también puede deducirse el reconocimiento de una esfera de libertad personal de cada uno que debe preservarse de la injerencia del otro. Significa ello por extensión que los derechos de la personalidad son individuales y que no pueden, en modo alguno, quedar sacrificados por principio a la unión conyugal más que en la medida en que el interesado lo decida así”.

¹⁹⁵ La doctrina mayoritaria, esta conteste en que este deber es el central o esencial sobre el que descansa el matrimonio (Comparten el carácter esencial dentro del matrimonio del deber de convivencia, GETE – ALONSO Y CALERA, *op. cit.*, pág. 334 y ss.; LACRUZ BERDEJO, Comentario al artículo 68..., *cit.*, pág. 653; LACRUZ BERDEJO, *et al.*, *Elementos de Derecho Civil IV*, Derecho de familia, vol. I... (1990), *cit.*, pág. 135; RAGEL SÁNCHEZ, *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho civil: Familia...*, *cit.*, pág. 110; GARCÍA CANTERO, Artículos 42 a 107 del Código Civil..., *cit.*, pág. 192; DÍEZ – PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. IV..., *cit.*, pág. 94), sobre el cual gira el consentimiento matrimonial, revistiendo inclusive, hasta antes de la modificación introducida por la Ley 15/2005, trascendencia como factor determinante de la disolución o suspensión del matrimonio, para el caso de separación y divorcio por el cese efectivo de la convivencia. En efecto, este deber da origen a la comunidad y convivencia conyugal, en el cual se materializan las demás obligaciones, como ayuda y socorro, respeto y fidelidad, es lo que justifica la existencia y vigencia del matrimonio, o como resumen DÍEZ – PICAZO y GULLÓN (*ibid*), reproduciendo el aforisma latino *thorum et mensa et cohabitatio*, en referencia al contenido de este deber, el matrimonio “significa unidad de techo, de lecho y de mesa”. En esta línea GETE – ALONSO, *loc. cit.*, de conformidad a lo dispuesto en los arts. 68 y ss. Cc., dentro de la obligación de vivir juntos, o también llamado deber de convivencia, manifiesta que se comprenden dos aspectos, como son la presencia de un domicilio conyugal y el mantenimiento continuado de la misma. Según expone, este deber “implica, cuando menos, la imposición de una determinada conducta a los cónyuges: la existencia de vida marital (art. 101.1) – aunque no necesariamente de ayuntamiento carnal -, el mantenimiento de las relaciones personales (de todo tipo) entre ellos, de manera continuada y desarrollada, normalmente, en el domicilio conyugal (art. 105.1 a contrario)”.

Pese a su carácter esencial, la simple ausencia de convivencia, según opina RAGEL SÁNCHEZ, no priva de la existencia del matrimonio, “pues la separación de hecho no pone fin por sí misma, de modo automático, al vínculo conyugal. Un matrimonio en el que no exista convivencia será un matrimonio mal avenido, relajado, en crisis o fracasado, pero matrimonio al fin y al cabo”. Asimismo, y en contra de la apreciación de GETE – ALONSO, RAGEL participa de la opinión que para que se cumpla este deber ni siquiera es necesario residir bajo el mismo techo, ya que su alcance es “eminentemente espiritual” y concurre cuando los cónyuges “tienen el ánimo de llevar a cabo una comunidad de vida material y espiritual, con recíproca transmisión de bienes, pensamientos y preocupaciones... Más que el dato fáctico de tener un lugar común donde residir, debe tenerse en cuenta preferentemente este dato emocional: los que se casan tienen la intención de compartir un hogar y unos bienes, que sirvan de base para la transmisión de sentimientos, que es lo que verdaderamente importa” (De la misma opinión participa SERRANO GÓMEZ, *op. cit.*, pág. 73, al decir “la convivencia no se reduce a que los cónyuges deban de vivir bajo el mismo techo sino que va más allá y abarca todos los aspectos de su existencia como matrimonio, lo cual, evidentemente, no impide el que, por circunstancias de muy diversa índole (por ejemplo, laborales), esa vida juntos pueda interrumpirse temporalmente e incluso por períodos más o menos largos. En estos casos, no se entiende contravenido el deber de convivencia siempre y cuando su ruptura se haya producido de mutuo acuerdo por los cónyuges”); a consecuencia de su carácter esencialmente espiritual, este deber es el menos coercible, ya que no puede lograrse su cumplimiento forzosamente, como antiguamente se sostenía en el Derecho francés a través de la manu militari, o por medio del uso de la fuerza para la apertura del domicilio conyugal y el ingreso de la mujer (PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, pág. 279 y ss.).

¹⁹⁶ Pese a que éstos se encuentren previstos en dos preceptos distintos, a saber, los arts. 67 y 68 Cc., seguimos la doctrina que los estima como un único deber, como ha puesto de manifiesto RAGEL SÁNCHEZ, al expresar “como quiera que la distinción carece de relevancia jurídica, ya que no existe ninguna diferencia apreciable entre los contenidos y los efectos de uno y otro término en la regulación legal, preferimos referirnos indistintamente a esas palabras, considerándolas sinónimas” (RAGEL SÁNCHEZ, *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho civil: Familia ...*, *cit.*, pág. 122 y ss.; en el mismo sentido, LACRUZ

BERDEJO, *et al.*, *Elementos de Derecho Civil IV*, Derecho de familia, vol. I... (1990), *cit.*, pág. 139 y ss.; DÍEZ – PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. IV..., *cit.*, pág. 93, quien llega a expresar que “de modo un tanto reiterativo el Código enuncia en el art. 67 un deber de ayuda mutua y en el 68 un deber de socorro mutuo”).

Ahora bien, entrando al concepto, desde el punto de vista jurídico, como expresa LETE DEL RIO (LETE DEL RIO, *op. cit.*, pág. 645 y ss.), “el deber de socorro es entendido en un sentido amplio, comprendiendo no sólo la obligación de alimentos, sino también la colaboración en las necesidades y la ayuda física y moral para la realización de los fines de la persona, se confunde con el deber de ayuda y resulta prácticamente imposible diferenciarlos... La ayuda es amparo de un esposo al otro en las necesidades tanto morales como materiales (y en este sentido engloba o se confunde con el deber de socorro)... Desde luego, no parece aceptable distinguir entre un aspecto moral, que se concrete en el deber de ayuda, y otro material, que se comprenda en la obligación de socorro; pues, como he dicho anteriormente, la ayuda es doble, comprende siempre ambos aspectos, simplemente sucede que la ayuda tiene su ámbito de eficacia en la comunidad de vida y existencia que el matrimonio supone, por lo que si la comunidad de vida desaparece, si los esposos viven separados legalmente o de hecho, el Derecho positivo no puede obligar al cumplimiento en forma específica, al cumplimiento del aspecto moral, únicamente puede ejecutarse entonces en forma pecuniaria; es decir, se transforma en una obligación meramente patrimonial, a la que algunos autores denominan deber de socorro, diferenciándolo así del de ayuda”. Como se observa, este autor, en concordancia con la doctrina dominante, según damos cuenta a continuación, funde ambos deberes en uno sólo, toda vez que durante la convivencia matrimonial, no existen distinciones de ningún tipo, el auxilio material o espiritual que mutuamente se otorgan no es posible adjudicarlo a uno u otro deber, sino que simplemente responde a la recíproca cooperación que inunda la convivencia matrimonial en todos los ámbitos, ya sean espirituales o materiales, cuestión ésta última que se concreta a través de las cargas del matrimonio. De la misma posición se manifiestan GETE – ALONSO (GETE – ALONSO Y CALERA, *op. cit.*, pág. 326 y ss. y 339 y ss.) y ALONSO PÉREZ (ALONSO PÉREZ, *Dialéctica entre fidelidad...*, *cit.*, pág. 48), concluyendo que puede pensarse con la mejor doctrina, que no se vé la necesidad de distinguir dos clases de deberes, si no es – como ocurre en la mayor parte de las referencias legales – que se quiera separar de manera clara el aspecto material – económico, y el moral o espiritual, para referirnos a uno u otro deber. Como colige ALBALADEJO (ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil IV...*, *cit.*, pág. 121 y ss.), el deber de socorro o ayuda es uno mismo y único, expresado mediante dos términos diferentes, y su significado es el de que cada esposo debe prestar al otro el sostén que aquél pueda y éste requiera, en todo lo que – económico, corporal o espiritual -, dentro de la ley, las buenas costumbres y la moral, demande la comunidad de vida que el matrimonio instauró entre los cónyuges (En el mismo sentido se manifiesta SERRANO GÓMEZ, *op. cit.*, pág. 71 y 72).

Pese a la claridad de lo expuesto, en cuanto al alcance y contenido de los deberes de ayuda y socorro mutuo, el legislador español, mediante la Ley 15/2005, de 08 de julio, incorporó una modificación al art. 68 Cc., más allá de la simple sustitución de la expresión “marido y mujer” por la de “los cónyuges” de los artículos 66 y 67, al agregar un inciso al precepto en comento, cuyo tenor dice “deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo”. El origen del precepto no es propio del autor de la Ley 15/2005 - cuyo fin último era que la libertad también tuviera reflejo en el matrimonio, como valor superior del ordenamiento jurídico, según se desprende de la exposición de motivos -, sino que se debe a una enmienda del grupo parlamentario vasco (Enmienda N°37, Boletín Oficial de las Cortes Generales, serie A, 15 de marzo de 2005, N°16-8, pág. 32) que, intentando concretar la igualdad de los cónyuges, motivo su inclusión. Sin embargo, como bien apunta ATIENZA NAVARRO (ATIENZA NAVARRO, María Luisa, La incidencia de las reformas de 2005 en materia de efectos personales del matrimonio, en DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón (Coord.), *Comentarios a las Reformas de Derecho de familia de 2005*, ed. Thomson – Aranzadi, Navarra, 2006, pág. 153), si de lo que se trataba era introducir el principio de igualdad en la asunción de las responsabilidades domésticas, “creo que era innecesario que el art. 68 CC lo dijera expresamente: la gestión de cualquier aspecto de la vida matrimonial debe hacerse desde el principio de igualdad, que ya desde la CE de 1978 (art. 14 y art. 32) ilumina todos los derechos y deberes de los cónyuges”, de ahí que sostenga que el nuevo inciso no es más que “una norma de pedagogía social mal ubicada” que intenta un cambio de actitud que debe desarrollarse desde la infancia y desde la familia, y no a través de imposiciones legales. Asimismo, es menester señalar que, el carácter ambiguo del precepto, como su real objetivo y alcance, y su falta de integración dentro de este capítulo, es destacada por autores como DÍEZ - PICAZO y GULLÓN (DÍEZ – PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. IV..., *cit.*, pág. 93), al decir que “es un precepto difícil de integrar en el sistema legal, pues utiliza frases muy generales, susceptibles de todas las interpretaciones posibles. Así, no es nada clara la referencia a las responsabilidades domésticas”, pero que en habida consideración a los arts. 1318 y 1319 Cc., concernientes al levantamiento de las cargas del matrimonio y a la facultad de atender las necesidades ordinarias de la familia, pareciera referirse a la contribución de las tareas

llegar a ser consideradas como obligaciones sinalagmáticas, amparadas por los derechos previstos en el art. 1124¹⁹⁷ Cc.

I.- LA INMUNIDAD Y PRIVILEGIO CONYUGAL.

Éste es uno de los primeros y más antiguos argumentos invocados para desestimar cualquier aplicación del Derecho de daños a la familia en general. Conforme a la doctrina¹⁹⁸, durante mucho tiempo, en el Derecho anglosajón, se

domésticas en sentido material; por su parte, la vaguedad real del inciso en comento, según SERRANO GÓMEZ (SERRANO GÓMEZ, *op. cit.*, pág. 67 y ss.), se debe a que el legislador intentó dar una concesión legal a determinados movimientos feministas (Como se aprecia al revisar las Conclusiones del taller de trabajo realizado por la Asociación de Mujeres Juristas Themis, del 17 de noviembre de 2004, sobre el Anteproyecto de la Reforma del Código civil en materia de separación y divorcio, disponible en <http://www.mujeresjuristasthemis.org/documentos/CONCLUSIONES%20taller%20noviembre%202004.pdf>, quienes, motivadas en que la “libertad y la igualdad entre hombres y mujeres necesita de su plasmación exacta en nuestros textos normativos”, y donde el Código civil aún conserva vestigios de una sociedad basada en el desequilibrio de poder entre mujeres y hombres que es importante depurar, proponen que el proyectado artículo 68 Cc. “concrete más los deberes de los cónyuges, adicionando como obligaciones el compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo”) sin posibilidad de una exigencia real, y de ahí su inconsistencia con el resto del ordenamiento (En el mismo sentido se pronuncia DE PABLO MURILLO, Beatriz, La reforma matrimonial (II): La nueva regulación de la separación y divorcio, en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, N°14/2005, parte estudio, vol. VII, 2005, págs. 21601 y ss., al expresarse en referencia al nuevo inciso agregado al artículo 68 Cc. que “se trata, a mi juicio, de una modificación gratuita y de carácter más bien político o conyuntural, puesto que, al margen de que, en muchos casos, la asunción o el reparto de tales tareas dependa de las circunstancias de cada matrimonio, lo cierto es que ya el artículo 66 establece la igualdad de los cónyuges en derechos y deberes, comprendiendo la totalidad de los mismos”); por último, tampoco podemos omitir su evidente contradicción con el principio de libertad, manifestado como rector de la Ley 15/2005, ya que como apunta MARÍN GARCÍA DE LEONARDO (MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, María Teresa, Separación y divorcio sin causa. Situación de los daños personales, en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, N°16, ed. Aranzadi, Pamplona, 2006, pág. 145 y ss.), “si existe libertad para convivir y no deben forzarse situaciones de convivencia no queridas, también debe dejarse a los cónyuges que determinen cómo reparten las tareas domésticas sin injerencias del legislador, ya que dependerá también de las distintas situaciones profesionales y del resto de cargas familiares” (En el mismo sentido ATIENZA NAVARRO, La incidencia de las reformas..., *cit.*, pág. 156, al opinar sobre la reforma y su constitucionalidad que “toda decisión legislativa que pretenda regular la distribución de papeles dentro del hogar podría llegar a considerarse una intromisión en la intimidad por inmiscuirse en la esfera familiar (art.18 CE)”). En todo caso, y por nuestra parte, y siguiendo a la profesora ATIENZA NAVARRO (*ibid*), creemos que el contenido de la norma no es más que una especificación del deber de ayuda y socorro mutuo recogidos en los arts. 67 y 68 Cc., que en realidad, escasamente, constituye un nuevo aporte, toda vez que éstos inundan todos los planos y aspectos del matrimonio, ya sean en el ámbito material o espiritual, como anteriormente expusimos, cuestión que en definitiva nos lleva a destacarlo como un deber – derecho recíproco independiente y separadamente de éstos.

¹⁹⁷ Art. 1124 Cc. “La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible. El tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo. Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1295 y 1298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria”.

¹⁹⁸ PATTI, Salvatore, *Famiglia e responsabilità civile*, ed. Giuffrè Editore, Milano, 1984; FERRER RIBA, Relaciones familiares y límites del derecho de daños, en *InDret...*, *cit.*; FERRER RIBA, Relaciones

impuso la inmunidad entre marido y mujer fundada en la “unidad de los esposos”¹⁹⁹ o “unidad marital”²⁰⁰; se entendía que el principal efecto del matrimonio en el *Common Law* era la fusión de las personalidades del hombre y la mujer, con la pérdida para esta última de su propia personalidad.

Según ROCA I TRÍAS, el argumento de esta inmunidad emanaba de la Biblia, Génesis 2.24 “Y vendrán los dos a ser la misma carne”²⁰¹. La mencionada autora cita un texto del inglés BLACKSTONE, del siglo XVIII, que resume el pensamiento de la época: “Por el matrimonio, el marido y la mujer son una única persona en el derecho. Así, el ser o la existencia legal de la mujer se suspende durante el matrimonio o, al menos, se incorpora y consolida en el del marido; bajo su ala, su protección y su cobertura, ella lo realiza todo y por tanto es llamada en nuestro derecho femina viro co-operta...; y su condición durante el matrimonio es llamada su cobertura. De la aplicación de dicho principio de la unión de las personas del marido y la mujer, dependen casi todos los derechos legales, deberes e incompatibilidades que cada uno de ellos adquiere durante el matrimonio”²⁰².

La misma autora, a continuación, alude a PROSSER, quien expone que “como consecuencia, se consideró que ningún cónyuge puede interponer una acción contra el otro, por un *tort* personal u ocasionado a su propiedad, tanto si se había cometido antes o durante el matrimonio; y que esta acción no podía tampoco interponerse después del divorcio, que llegó al Derecho inglés después que se

familiares y límites del derecho de daños, en CABANILLAS..., *cit.*, pág. 1837 y ss.; ROCA I TRÍAS, La responsabilidad civil..., *cit.*, pág. 532 y ss.

¹⁹⁹ PATTI, *Famiglia e responsabilità...*, *cit.* pág. 51 y ss.

²⁰⁰ FERRER RIBA, Relaciones familiares y límites del derecho de daños, en *InDret...*, *cit.*, pág. 6.

²⁰¹ ROCA I TRÍAS, La responsabilidad civil..., *cit.*, pág.534. Para PROSSER (*Handbook of the Law of torts*, 4º edición, St. Paul. Minn. West Publishing, 1971), citado por la misma autora, el fundamento no sólo estaba basado en la Biblia, sino además, en la doctrina medieval, la posición del padre en la familia romana y el concepto de la familia como una unidad informal de gobierno que tiene como cabeza visible a la persona más fuerte, o la propiedad feudal.

²⁰² La mencionada cita corresponde a la obra de BLACKSTONE, William, Sir, *Commentaries on the laws of England*, Book the first, Biblioteca virtual Miguel De Cervantes, Alicante, 2003, reproducción digital del microfilm de la edición de Oxford, At the Clarendon Press; printed for William Strahan, Thomas Cadell, and Daniel Prince, 8th ed., 1778, (<http://www.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=10786>), pág. 442 y ss. (<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/08146174389770673087857/ima0449.htm>), y cuyo texto original es el siguiente: “By marriage, the husband and wife are one person in law: that is, the very being or legal existence of the woman is suspended during the marriage, or at least is incorporated and consolidated into that of the husband: under whose wing, protection, and cover, she performs every thing; and is therefore called in our law – french a *feme – covert*, *foemina viro co – operta*; is said to be *covert – baron*, or under the protection and influence of her husband, her *baron*, or lord; and her condition during her marriage is called her *coverture*. Upon this principle, of an union of person in husband and wife, depend almost all the legal rights, duties, and disabilities, that either of them acquire by the marriage”.

hubiesen establecido estas reglas. La esposa recibía una protección limitada de acuerdo con las reglas del Derecho penal, que no admitió la teoría de la identidad de la personalidad, excepto en aquellos delitos relativos a la propiedad y que algunos *torts* cometidos entre marido y mujer fueron considerados como causas de separación o de divorcio”; en definitiva, concluye ROCA, en forma categórica y justificada que, en dicho periodo, en el *Common Law* no existían *torts* entre marido y mujer, es decir, había inmunidad total para dañar.

Además, como puso de manifiesto el propio BLACKSTONE, entre las clases sociales más bajas, se reclamaba y ejercía el antiguo privilegio del *Common Law* que permitía al marido disciplinar física y moderadamente a su mujer, manteniendo con ello la regla de la total inmunidad²⁰³.

Por su parte, PATTI sostiene que la doctrina de la “unidad de los esposos” – “*unity of spouses*” -, del pensamiento jurídico anglosajón, permitió configurar el principio de la “*interspousal immunity*”, impidiendo la normal aplicación de las reglas de la responsabilidad civil. Producto de la identidad subjetiva de los cónyuges, ningún daño causado, intencional o culposamente, por un cónyuge en contra del otro podía generar responsabilidad. Esto, también se debía al hecho que la mujer, por el matrimonio, carecía de capacidad procesal para actuar en juicio, debiendo actuar por medio de su marido, llevando a la incongruencia de que éste, en el referido juicio, tendría la calidad de demandante y demandado.

Lo anterior se extendió hasta fines del siglo XIX, aproximadamente, cuando a consecuencia de la reglas de la equidad, se afirmó la doctrina de la propiedad separada de la mujer casada, asegurándole a ésta el dominio y control de sus bienes, pudiendo en consecuencia transferir la propiedad, e incluso permitiéndole actuar en juicio en contra de su marido. Sin embargo, pese haberse superado en apariencia el

²⁰³BLACKSTONE, *ibid*, pág. 445 (<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/08146174389770673087857/ima0452.htm>), al decir “But, with us, in the politer reign of Charles the Second, this power of correction began to be doubted: and a wife may now have security of the peace against her husband; or, in return, a husband against his wife. Yet the lower rank of people, who were always fond of the old common law, still claim and exert their antient privilege: and the courts of law will still permit a husband to restrain a wife of her liberty, in café of any gross misbehaviour”.

principio de la unidad de los esposos, los tribunales durante largo tiempo, continuaron rechazando la acción de daños interpuesta por un cónyuge en contra del otro, fundados en que se debía tutelar la armonía familiar y la paz doméstica, afirmando que se deben respetar estos caracteres generales, que primaban sobre las normas de responsabilidad civil. Los jueces anglosajones, encontraban el principal argumento de esta resolución en la *Married Women's Property Act, 1882, sect. 12*,²⁰⁴ que aún establecía que mientras los cónyuges vivieran bajo una misma residencia, prevalecía la unidad de marido y mujer por sobre posibles conflictos, impidiendo en consecuencia, las acciones de un esposo en contra del otro amparado en un daño u otras circunstancias²⁰⁵.

Como corolario de la evolución de la doctrina de la *interspousal immunity* en el *Common Law*, debemos recalcar que hoy en día la situación a cambiado totalmente; así, en los Estados Unidos, desde la *Married Women's Act*²⁰⁶ se admite la acción contra el otro cónyuge por los *torts* ocasionados, sea intencionalmente o por culpa, sólo quedando pequeños vestigios de la regla de la inmunidad en algunos estados, como en el Sur de Carolina, que prevé un trato diferencial cuando la agresión es cometida por el cónyuge de la víctima, o en Georgia, donde aún resulta excepcionalmente aplicable la regla de la inmunidad conyugal cuando existe una armonía matrimonial que proteger o hay riesgo de litigios colusivos o amistosos entre los cónyuges²⁰⁷; y, en Inglaterra, desde la *Law Reform (Husband and Wife)* de 1962, que derogó la regla de que no existían daños entre cónyuges, se ha reconocido a cada cónyuge legitimación para interponer acciones contra el otro, como si no

²⁰⁴ La *Married Women's Property Acts*, fueron dictadas a partir de 1844 en los Estados Unidos, y en 1870 y 1882 en Inglaterra, según cita FERRER RIBA, Relaciones familiares y límites del derecho de daños, en CABANILLAS..., *cit.*, pág. 1843.

²⁰⁵ EMERY, George Frederick, *The law relating to husband and wife*, Engagements to marry, divorce and separation, etc., ed. Effingham Wilson, London, 1929, pág. 38 y ss.

²⁰⁶ Según PROSSER, citado por ROCA I TRÍAS, en 1910, en los Estados Unidos, el Juez Harlan, se encargó de rechazar los argumentos que justificaban la impunidad entre marido y mujer, y que actualmente recoge la *Married Women's Act*.

²⁰⁷ AZAGRA MALO, Albert y FARNÓS AMORÓS, Esther, La violencia doméstica en los derechos estatales y federal de los EE.UU., en *InDret*, octubre de 2006, (http://www.indret.com/pdf/374_es.pdf).

hubieran estado casados. De la prohibición en extremo, se ha pasado a la permisividad absoluta²⁰⁸.

El cambio de una corriente a otra, se debió principalmente a la regulación de los daños causados en accidentes de tráfico y a la generalización del seguro de responsabilidad civil. Aparecía inaceptable que, el cónyuge dañado por un accidente de automóvil por responsabilidad del otro, no pudiera demandar la reparación de los daños cuando mediara un contrato de seguro, basado en la sola motivación de ser “marido y mujer una sola carne”²⁰⁹.

El argumento de la inmunidad conyugal también tuvo vigencia en el ordenamiento italiano hasta fines de la década de los años setenta, inicios de los ochenta como apunta CARBONE²¹⁰; por la fuerza de la tradición, la relación conyugal estaba cubierta por un manto de inmunidad, en consideración a la objeción del carácter jurídico de los deberes conyugales, y a la supremacía de la paz doméstica familiar.

No obstante, en la actualidad, fruto de la nueva interpretación de la carta constitucional, de los principios de igualdad e irrestricto respeto a sus derechos fundamentales en ella consagrados, como a la reforma del Derecho de familia del año 1975, la vieja regla tradicional de la inmunidad conyugal ha desaparecido, privilegiándose hoy en día los derechos de la persona, protegiéndola como individuo, garantizándole en definitiva su plena igualdad moral y jurídica al interior del matrimonio.

Precisamente FRACCON²¹¹, apoyado en los arts. 29²¹² y 2²¹³ de la Constitución italiana (publicada el 27 de diciembre de 1947, y vigente desde el 01

²⁰⁸ ROCA I TRÍAS, La responsabilidad civil..., *cit.*, pág. 535.

²⁰⁹ PATTI, *Famiglia e responsabilità...*, *cit.*, pág. 64.

²¹⁰ CARBONE, Enrico, Réquiem per un’immunità: violazione dei doveri coniugali e responsabilità civile, en *Giurisprudenza Italiana*, abril, 2006, pág. 700 y ss., “Nella trama argomentativa della Corte, il motivo individualistico – talora catalogato dalla nostra dottrina sotto la voce “privatizzazione” – s’impone laddove il familiare è inteso prima come persona e solo dopo com componente della famiglia”.

²¹¹ FRACCON, Adalgisa, I diritti della persona nel matrimonio. Violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno, en *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, vol XXX, gennaio – marzo 2001, pág. 366 y ss.

de enero de 1948), agrega que si la familia es la formación social donde se da un mayor grado de solidaridad entre sus miembros, éstos deben responder recíprocamente a dicho nivel de comportamiento, con criterios de proporcionalidad e igualdad.

Este cambio en el ordenamiento italiano ha producido una apertura del Derecho de familia a la responsabilidad civil, abarcando espacios antes impensables, configurando una nueva perspectiva de familia, en la cual, marido, mujer, padre, madre e hijo, etc., no gozan más de posiciones de privilegio, de supremacía, en donde los nuevos escenarios de libertad e igualdad, los hace plenamente responsables hacia los terceros, y también los unos en contra de los otros, como fue advertido preocupantemente por SCANDURRA²¹⁴ al comentar la sentencia del Tribunal de Roma de 13 de junio de 2000²¹⁵.

²¹² Artículo 29 Costituzione Della Republica Italiana: “La repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio.

Il matrimonio è ordinato sulla eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell’unità familiare”.

²¹³ Artículo 2 Costituzione Della Republica Italiana: “La repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”.

²¹⁴ SCANDURRA, en Comentario a la sentencia del Tribunale di Roma, de 13 de giugno 2000, con notas de Massimo Dogliotti, en *Il diritto di famiglia e delle persone*, vol. XXXI, gennaio – marzo 2002; sus palabras ponen de manifiesto su posición y preocupación “È un fenomeno nuovo e sorprendente l’immissione dello schema della responsabilità civile all’interno dei luoghi più riposti del diritto di famiglia, fenomeno sorprendente, ma in sostanza condivisibile: l’area della responsabilità civile si estende ancora, e si affianca (ma per ora non li sostituisce) a strumenti pur superati, come l’addebito, lambisce profili di diritto particolare, caratterizzati ora da zona franche di privilegi deresponsabilizzanti, ora da situazioni di forte coercibilità secondo logiche sanzionatorie e repressive, contraddittorie commistioni di diritto privato e pubblico, introducendo ragioni e logiche del diritto comune.

Non si può certo auspicare o prevedere la fine di un diritto di famiglia come branca autonoma del diritto civile, ma una più marcata incidenza dell’ “altro” diritto non può che essere vista con favore, anche perché potrebbe contribuire a segnare una nuova prospettiva per i ruoli stessi all’interno della famiglia, anche in rapporto alla realtà esterna: marito, moglie, padre, madre, figlio non più, rispettivamente, di titolari di posizioni di privilegio, di supremazia, o gravati da vincoli di soggezione, le une e gli altri particolari e singolari, ma finalmente liberi, uguali, e compiutamente responsabili verso i terzi, ed anche l’uno nei confronti dell’altro”.

²¹⁵ En ella, el ex marido demandó a su ex cónyuge (a ella se le concedió la custodia del único hijo del matrimonio, y a él derecho – deber de visita), por el daño biológico y moral causado a él y a su hijo, originado en los obstáculos, trabas, ejercidas por la madre, que impedían la normal relación del padre con su hijo, incidiendo sobre la proyección de vida, su inserción social, sobre la tutela y conservación de la familia, sobre la relación afectiva, sobre la relación socio - cultural, sobre la condición físico síquica, etc., de ambos actores.

No obstante lo expuesto, BONA²¹⁶ se manifiesta escéptico, sobretodo en el supuesto de infracción del deber de fidelidad, en atención a que frente alegaciones como la primacía de la ley especial del Derecho de familia (que derogaría la aplicación de la ley general), y el derecho de autodeterminación (que rebatiría el requisito de la antijuridicidad), aún podría sostenerse cierto margen de inmunidad entre cónyuges; sin embargo, en última instancia, él mismo reconoce que, aunque hoy en día los deberes conyugales, en especial la fidelidad y la cohabitación, tengan un mayor espacio con la autoreglamentación que se les confiere a los cónyuges, no parece que se puedan excluir *a priori*, que determinadas conductas tengan cabida dentro del ámbito del art. 2043 Cc. italiano, en la medida que emerjan de la comprobación de la injusticia y de la culpa.

En lo que concierne a España, el tema de la inmunidad y privilegio no ha sido discutido abiertamente por la doctrina y jurisprudencia; sin embargo, FERRER RIBA²¹⁷ describe que la falta de pronunciamientos judiciales sobre accidentes domésticos²¹⁸, puede ser una manifestación de la existencia de un privilegio que ajustaría los criterios de imputación del daño a las reglas sociales dominantes y, por este cauce, se limitaría la responsabilidad al dolo y a la culpa grave, posición que precisamente se caracteriza en aquellos ordenamientos que por una u otra vía admiten formas de privilegio doméstico. Este autor entiende por tal privilegio, aquel que se deriva de las relaciones de convivencia, y que alcanza a todos los miembros de la unidad familiar, en cualesquiera relaciones de convivencia estable con vocación de permanencia, y que serviría de fundamento de moderación o exención de responsabilidad. Advierte, en todo caso que, el privilegio doméstico no tendría aplicación en los accidentes automovilísticos – de tráfico –, ni en los accidentes

²¹⁶ BONA, M., Famiglia e responsabilità civile: la tutela resarcitoria nelle relazioni parentali, en CASSANO, G. (Director), *Manuale del nuovo diritto di famiglia*, seconda edizione, ed. CasaEditriceLaTribuna, Piacenza, 2003, pág. 420 y ss.

²¹⁷ FERRER RIBA, Relaciones familiares y límites del derecho de daños, en *InDret...*, cit., pág. 10 y ss.; FERRER RIBA, Relaciones familiares y límites del derecho de daños, en CABANILLAS..., cit., pág. 1851 y ss.

²¹⁸ Entiende por accidentes domésticos los actos u omisiones que tienen lugar en el hogar y que pueden producirse típicamente por razón del contacto habitual entre convivientes y en el desempeño de las tareas que genera la vida en común.

profesionales; el primero, porque en ellos se juzga al dañante por su rol de conductor del vehículo, no por el de cónyuge o conviviente respecto de los pasajeros del mismo, además de la existencia del seguro obligatorio que cubre precisamente los daños personales de los ocupantes, incluidos, valga la redundancia, los daños personales ocasionados al cónyuge del conductor del vehículo, del propietario o del tomador del seguro (art. 5º de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor²¹⁹); y en el segundo, porque el privilegio tutela las condiciones en que se desenvuelve la convivencia familiar, y no el desarrollo de actividades económicas cuyos riesgos son susceptibles de cobertura mediante la contratación de un seguro.

Pese a la falta de discusión sobre esta cuestión en el ordenamiento español, podemos precisar con toda claridad que, por lo menos, conforme al art. 268 Cp., en lo concerniente a los delitos patrimoniales que se causen entre sí los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de matrimonio, y siempre que no concurriera violencia o intimidación, éstos están exentos de responsabilidad criminal – lo podríamos denominar inmunidad de responsabilidad penal –, pero siguen sujetos a la responsabilidad civil por el daño patrimonial y extrapatrimonial ocasionado, desterrando con ello, cualquier intento de exención de responsabilidad civil sobre este punto²²⁰.

²¹⁹ La “Ley sobre Responsabilidad civil y Seguro en la Circulación de vehículos de motor”, en su artículo 5.2. sólo excluye de cobertura los daños de los bienes que transporte el conductor del vehículo, ya sean de su propiedad, del tomador del seguro, del propietario, del cónyuge y sus familiares hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad de cualquiera de los citados precedentemente.

²²⁰ GOMEZ DE LA SERNA, Pedro y MONTALBAN, Juan Manuel, *Elementos del derecho civil y penal de España precedidos de una reseña histórica*, t. III, cuarta edición, ed. Imprenta de la Compañía de Impresores y Libreros del Reino, Madrid, 1851, pág. 430 y ss., justificaban esta exención en que “la persecución criminal en tales casos perjudicaría a las veces al ofendido mismo descubriendo sus secretos domésticos, introduciría la consternación en las familias, rompería del todo el vínculo que une a sus individuos y produciría entre ellos un elemento perpetuo de rencores y discordias...opinión conforme con la de algunos jurisconsultos, que encuentran la causa de que no se permita la persecución criminal, no solamente en un principio de conveniencia, sino también en la alteración que sufren el carácter y la naturaleza de aquella acción en el caso que nos ocupa, llegando a considerar a los cónyuges y a los ascendientes y descendientes, como participantes los unos en la propiedad de los otros”.

Sobre la justificación del art. 268 Cp., el Tribunal Supremo en su sentencia de 05 de marzo de 2003 (RJ 2003, 2648), al absolver al marido del delito de estafa en virtud del precepto en referencia, añadió que “la razón de ser de la excusa absoluta de los delitos contra la propiedad que no impliquen violencia ni intimidación entre los parientes incluidos en la excusa absoluta del art. 268 del vigente Código Penal, equivalente al art.

Quizá, sea de interés destacar, la valiosa oportunidad desperdiciada que sobre el particular, tuvo el Tribunal Constitucional²²¹, para pronunciarse de si efectivamente el matrimonio constituía un campo de inmunidad - o según los términos alegados por el recurrente de amparo en contra de la sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 30 de julio de 1999 (y sobre la cual volveremos a lo largo de este trabajo), al decir que “a pesar de reconocer la existencia de daño moral, con dolo y mala fe, elementos objetivos del tipo, establecen de oficio (la Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo) una circunstancia eximente de responsabilidad civil, que es que los hechos han acontecido dentro del marco del matrimonio” -, toda vez que fundados en la inexistencia de la vulneración al art. 24.1 CE y de la falta del vicio de incongruencia, desestimó la petición, sin entrar a la valoración del fondo de la cuestión, remitiéndonos para un próximo futuro la resolución de la controversia que nos atañe.

564 del anterior Código Penal de 1973, se encuentra en una razón de política criminal que exige no criminalizar actos efectuados en el seno de grupos familiares unidos por fuertes lazos de sangre en los términos descritos en el art. 268 porque ello, sobre provocar una irrupción del sistema «per se» dentro del grupo familiar poco recomendable que perjudicaría la posible reconciliación familiar, estaría en contra de la filosofía que debe inspirar la actuación penal de mínima intervención y última «ratio», siendo preferible desviar el tema a la jurisdicción civil que supone una intervención menos traumática y más proporcionada a la exclusiva afectación de intereses económicos como los únicos cuestionados, de ahí que se excluya los apoderamientos violentos o intimidatorios en los que quedan afectados valores superiores a los meramente económicos como son la vida, integridad física o psíquica, la libertad y seguridad”; en el mismo sentido SAP de Viscaya de 06 de marzo de 2006 (JUR 2005, 192488); SAP de Alicante de 21 de junio de 2003 (ARP 2003, 760), entre otras.

²²¹ Auto de 04 de junio de 2001 (RTC 2001, 140 Auto).

II.- PRIMACÍA DE LA FAMILIA PATRIARCAL Y EL INTERÉS SUPRAINDIVIDUAL POR SOBRE EL INDIVIDUAL²²².

Sin perjuicio de tratarse de otro argumento invocado para rechazar la aplicación de las normas de responsabilidad a los daños causados por el incumplimiento de los deberes conyugales, no podemos dejar de mencionar que los fundamentos esgrimidos por esta posición doctrinal y jurisprudencial son los que quizás, con mayor evidencia, han perdido su principal vigencia y sustentación a la luz de la nueva concepción de la familia.

En efecto, durante el periodo de la codificación europea, según PATTI²²³, la concepción que se tenía de la familia, era el de un cuerpo unitario, el de una unión de los cónyuges, que se encontraba sujeto al gobierno del cabeza de familia; este último ejercía la autoridad y el poder de disciplinar a los demás miembros, sobre quienes pesaba el deber de obediencia.

En esta etapa, la familia era considerada como una célula de la sociedad estatal, la cual, internamente, se encontraba jerárquicamente organizada, constituyendo el medio para que sus miembros pudieran participar en la vida social y gozar del estatus de pertenecer a un determinado grupo familiar.

Conforme a lo anterior, el interés que primaba durante dicho periodo al interior de la familia era de carácter familiar, superior al fin individual de sus miembros, y en el cual, el interés familiar supraindividual se justificaba en el orden necesario para el adecuado mantenimiento, educación y asistencia de sus miembros incapaces o imposibilitados de valerse por sí mismos.

²²² Sobre el tema pueden consultar las obras de PATTI, *Famiglia e responsabilità...*, cit.; FERRER RIBA, Relaciones familiares y límites del derecho de daños, en *InDret...*, cit.; FERRER RIBA, Relaciones familiares y límites del derecho de daños, en CABANILLAS..., cit.; ROCA I TRÍAS, La responsabilidad civil..., cit.; CICU, A., *El Derecho de familia*, traducido por Santiago Sentis Melendo, ed. Ediar, Soc. Anón. Editores, Buenos Aires, 1947; DÍEZ – PICAZO y GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, vol. I..., cit.; DE VERDA Y BEAMONTE, Responsabilidad civil y divorcio..., cit.; REINA y MARTINELL, *Curso de derecho...*, cit.; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, ¿Cabe la indemnización de daños..., cit.; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Separación y divorcio sin causa..., cit., pág. 145 y ss.; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, María Teresa, Remedios indemnizatorios en el ámbito de las relaciones conyugales, en DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón (Coord.), *Daños en el Derecho de Familia*, Revista de Derecho Patrimonial, N°17, Monografía Asociada a Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, ed. Thomson – Aranzadi, Navarra, 2006, pág. 147 y ss.

²²³ PATTI, *Famiglia...*, cit., pág. 20 y ss.

Siguiendo a CICU²²⁴, podemos expresar que en este tiempo “la familia, pues, sería un organismo que persigue, igual que el Estado, un fin ético, superior al fin individual de sus miembros”. En el mismo sentido, no podemos evitar mencionar los comentarios proclamados por HEGEL, quien defendía la fuerte familia tradicional, haciendo primar la gran familia por sobre la persona, sosteniendo la irrelevancia de la persona individual, estimando a esta última en meros accidentes de la relación matrimonial, en testigos de un interés que pertenecía a la familia, ajenos a sus fines particulares, expresando que “lo ético del matrimonio radica en la conciencia de esta unidad como fin sustancial”, agregando que en el matrimonio “el punto de partida objetivo es el libre consentimiento de las personas, más precisamente el consentimiento para *constituir una persona* y abandonar en esa unidad su personalidad natural e individual. Esto, que desde ese aspecto es una autolimitación, es sin embargo una liberación, pues en esa unidad se alcanza la autoconciencia sustancial”²²⁵.

Esta posición concuerda con el hecho que durante este lapso se aceptara en diversos ordenamientos la doctrina de “*interspousal immunity*”, ya que precisamente ésta se fundamentaba en la “unión de los esposos”, en el carácter unitario de la familia, y que como conclusión, rechazaba la posibilidad del resarcimiento de los daños ocasionados entre los integrantes de un grupo familiar, a excepción de aquellos que estuvieren sancionados como delitos conforme a la legislación penal.

No obstante, como hemos dicho, esta concepción de la familia fue superada gracias al cambio social acaecido, particularmente por el reconocimiento y difusión de ciertos derechos de la mujer, en virtud de los cuales, se le admitió como un sujeto

²²⁴ Citado por REINA y MARTINELL, *Curso de derecho...*, cit., pág. 16 y ss. Lamentablemente, no se hace referencia a la obra de CICU de la cual se extrajo el comentario. Sin embargo, creemos que la fuente de esta explicación pudo ser extraída de la obra CICU, *op. cit.*, en cuya pág. 118, al tratar la interferencia entre individuos y dependencia de un fin superior, como característica del vínculo jurídico orgánico, señala “Por eso hablamos de constitución orgánica de la familia; y de organismo familiar habla, a menudo, la doctrina; añadiendo incluso la calificación de organismo ético, así como organismo ético es calificado el Estado”.

²²⁵ HEGEL, *Principios de la filosofía del Derecho o Derecho natural y ciencia política*, en trad. de Juan Luis Vermal, ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1975, pág. 205 y ss.; HEGEL, *Rasgos fundamentales de la filosofía del Derecho o compendio de derecho natural y ciencia del estado*, trad. directamente del alemán por Eduardo Vásquez, ed. Biblioteca Nueva, 2000, pág. 232 y ss.; también REINA y MARTINELL, *Curso de derecho...*, cit., pág. 15; y DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil...*, cit., pág. 18.

autónomo e independiente, titular de su propia voluntad, cambios que en definitiva llevaron a que se le reconociera su derecho a trabajar, para administrar sus bienes propios en forma separada de su marido, y por sobretodo, se le reconociera capacidad procesal, aún para actuar en contra de su cónyuge.

La nueva tendencia considera a la familia como un instrumento al servicio de sus miembros, los cuales amparados en un plano de igualdad, alcanzan sus fines individuales, desapareciendo con ello, toda idea de unidad familiar, o de célula de la sociedad estatal; la familia, es ahora el medio de desarrollo de los derechos de personalidad de sus integrantes; en fin, del interés superior de la familia se pasó al interés individual de cada uno de sus miembros.

Conforme a esta nueva posición, el individuo no puede ser privado de la tutela elemental por el hecho que el daño sea consecuencia de otro miembro de la familia, con lo cual, desaparece el principio de la inmunidad recalándose el principio de igualdad²²⁶.

Como afirma FINOCCHIARO²²⁷, “si no hay duda de que la familia es una de las formaciones sociales donde el individuo desarrolla su propia personalidad, es igualmente claro que los derechos reconocidos y tutelados por la ley son los propios del hombre, y que las formaciones sociales – por ejemplo, la familia – en tanto vienen constitucionalmente garantizadas en cuanto en ellas el individuo puede enriquecer su propia personalidad. Por tanto, en el ámbito de la familia, bajo el aspecto jurídico, no existen intereses que trasciendan los intereses individuales de los distintos componentes de la misma; no existe un interés superior familiar, sino el interés de un cónyuge respecto del otro para el cumplimiento de las obligaciones recíprocas impuestas por la ley, y el interés de los padres al sostenimiento, educación e instrucción de los hijos, así, como el interés de estos últimos en ser sustentados, educados e instruidos. En el seno de la familia tales intereses son coordinados y atemperados, pero no porque exista un fin superior, sino con la

²²⁶ PATTI, *Famiglia e responsabilità...*, cit., pág. 29.

²²⁷ Citado por REINA y MARTINELL, *Curso de derecho...*, cit., pág. 18; nuevamente, no se dan detalles de la obra de FINOCCHIARO que sirvió de base para el comentario realizado.

finalidad de propiciar una pacífica y fructífera convivencia para el bien de cada uno de los que conviven”²²⁸.

En este sentido, DE VERDA²²⁹ refiriéndose al tránsito de la “familia institución” a la “familia comunidad”, señala que la familia se configura “no ya como un lugar de comprensión 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”, concluyendo que el respeto de la dignidad y de la personalidad de cada miembro de la familia comprende un derecho inviolable, cuya infracción, ya sea de otro miembro de la familia o de un tercero, es un presupuesto lógico de la responsabilidad civil, careciendo de justificación cualquier distinción respecto de estos derechos, según sus titulares se hallen dentro o fuera del ámbito familiar.

Esta transformación de la familia fue recogida en la Constitución Española de 1978, al concebirla como un instrumento, un medio para el libre desarrollo de la personalidad individual de sus miembros, donde ya no existe un objetivo supraindividual, sino que al contrario, el interés individual de sus integrantes prevalece, fomentando la autonomía privada de las relaciones conyugales, permitiéndonos afirmar en definitiva y con toda justificación, que el matrimonio no significa la renuncia a los derechos fundamentales de la persona.

Lo anterior se demuestra, según hemos dicho en el capítulo primero, al revisar los artículos 1.1, 9.2, 10, 14, 18, 32, 39.1, todos de la CE, en virtud de los

²²⁸ LACRUZ BERDEJO, *et al.*, *Elementos de Derecho Civil IV*, Derecho de familia, vol. I... (1990), *cit.*, pág. 33, sobre este punto, matiza su opinión, al señalar que se debe rechazar la tesis atomista – unión fortuita de los sujetos -, que no vé en la familia sino una reunión de individuos que cooperan y conviven para la mejor obtención de fines igualmente individuales, argumentando que seguiría siendo válida la concepción tradicional que contempla en ella un instituto natural, un colectivo con objetivos propios, elemento constitutivo de nuestra sociedad, cuyos miembros sin perder su dimensión personal, están vinculados jurídicamente, pero también idealmente, en una tarea común.

²²⁹ DE VERDA Y BEAMONTE, *Responsabilidad civil y divorcio...*, *cit.*; sus palabras están inspiradas en la sentencia de la Corte de Casación italiana de 10 de mayo de 2005, que es la primera sentencia rotunda de dicha jurisprudencia, favorable a la aplicación de la responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones conyugales.

cuales se pasó a ubicar en primer lugar, y como centro del derecho, a la persona y no a la familia, lo cual fue recogido en la Ley 30/1981 que modificó el Código Civil español, y en último término, en las reformas de las leyes 13/2005, de 01 de julio, y 15/2005, de 08 de julio que, fundados en el principio del libre desarrollo de la personalidad, igualdad y libertad, abrieron el matrimonio a las personas del mismo sexo, y establecieron el divorcio abstracto o sin causa²³⁰, dando con ello toda la trascendencia a la voluntad de las personas.

²³⁰ En lo particular, la Ley en comento vino a otorgar, según se dispone en el nuevo contenido de los arts. 81 y 86, ambos del Cc., la facultad de solicitar a instancia de uno sólo de los cónyuges (en uno de los casos que la actual reglamentación prevé), la separación o divorcio, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio, y sin necesidad de expresión de causa alguna para ello, argumentando que el principal objetivo de la reforma es pretender que la “libertad, como valor superior del ordenamiento jurídico, tenga su más adecuado reflejo en el matrimonio”, reconociendo así “mayor trascendencia a la voluntad de las personas”, como aplicación del respeto al libre desarrollo de la personalidad garantizado por la Constitución en el art. 10.1 (estos argumentos se encuentran en la Exposición de Motivos contenidos en la propia Ley 15/2005).

Al respecto, la reacción de autores tales como CAMARERO SUÁREZ (CAMARERO SUÁREZ, *op. cit.*, pág. 6 y ss.), es de abierto rechazo a esta modificación, al decir “el divorcio unilateral sin causa es algo excepcional y donde se acepta es siempre con plazos, como ocurre en Finlandia y Suecia, es decir, en los países más alejados de nuestra tradición jurídica..., la nueva Ley regula – sin precedentes – lo que podríamos llamar un divorcio relámpago”, “por sorpresa” [este término es empleado por DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, La personalización del matrimonio en las reformas de 2005, en DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón (Coord.), *Comentarios a las reformas de Derecho de familia de 2005*, ed. Thomson – Aranzadi, Navarra, 2006, pág. 22], cuestión que la motiva a sostener la vigencia de un sistema de divorcio basado en causas, que guardaría mayor congruencia con la protección constitucional del matrimonio. Para esta posición, el matrimonio no puede ser considerado como un simple “instrumento para dar cauce a la afectividad de las personas”, toda vez que la Constitución garantiza que el matrimonio “es un compromiso de vida común, independiente de las relaciones de afectividad”, de ahí que precisamente el Código Civil hable de consentimiento matrimonial, consentimiento que precisamente no puede quedar entregado a la simple voluntad unilateral de cualquiera de los cónyuges, como propone la Ley 15/2005 (Informe emitido por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación acerca del Proyecto de Modificación del Código Civil en materia de Derecho a contraer matrimonio..., *cit.*, pág. 1 y 2). En el mismo sentido DE VERDA Y BEAMONTE, reconoce que la adecuada y justa armonía alcanzada en la Ley de 30/1981, de 07 de julio, fundada en el principio de libre desarrollo de la personalidad, y que supo armonizar entre las exigencias de certeza y estabilidad de las relaciones jurídico – matrimoniales con las exigencias de una adecuada protección del interés privado de la persona [sobre el particular, no podemos dejar de recordar a ALONSO PÉREZ (ALONSO PÉREZ, Mariano, *El divorcio y la reforma del derecho matrimonial español*, ed. Ediciones Universidad de Salamanca, serie rectorado N°1, 1981, pág. 39), las críticas formuladas al proyecto de ley del año ‘81, y que ponen en duda las alabanzas formuladas por DE VERDA (DE VERDA Y BEAMONTE, La personalización del matrimonio..., *cit.*, pág. 20 y ss.), al señalar que “supeditar en gran medida el divorcio, como hace el Proyecto de Reforma, a la existencia de previa causa de separación, es someterse a las vejaciones y sufrimientos que supone probar la anterior culpabilidad de los cónyuges. Quienes actúan en el campo del derecho matrimonial saben lo que supone, en la práctica, la alegación obligatoria de causas y motivaciones si se quiere obtener la separación, saben del duro juego de pequeñas mezquindades y grandes miserias en que hay que entrar, el profundo deterioro que éste produce en las relaciones entre los cónyuges, ya de por sí rotas, el encenagamiento y las vilezas a que esto obliga, el daño, a menudo irreversible, inferido a los hijos”] se perdió absolutamente en la Ley 15/2005 teniendo como gran crítica la “total desvalorización de la idea de estabilidad del matrimonio, 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”, desvalorización del matrimonio que ya había anticipado ALONSO PÉREZ (ALONSO PÉREZ, Mariano, Separación consensual, acuerdo para divorciarse y convenio regulador en el derecho matrimonial español, en *Estudio de Derecho civil en homenaje al profesor J. Beltrán De Heredia y Castaño*, ed. Ediciones Universidad de Salamanca, 1984, pág. 11 y ss.) al manifestarse sobre la configuración del

divorcio consensual establecida por el legislador de la Ley 30/1981, y decir respecto de éste, que “lo que ya me parece un poco exagerado es la transformación del matrimonio en un simple “contrato” consensual, más sencillo que resolver que una locación..., que una sociedad, o que un contrato de seguro”, donde “no supo – o no quiso – respetar su valor institucional, el sentido comunitario del matrimonio y cayó en la *hybris* del pactismo liberal”; para este autor, el divorcio debiera ser sólo un cauce jurídico para aquellas uniones conyugales irreparablemente rotas, una forma de remediar un matrimonio sin remedio, una puerta o vía donde “sólo deben salir aquellos matrimonios cadáveres, que dejan tras de sí el fétido olor de su desintegración”, pero no un “incentivo para facilitar la crisis conyugal, cuando todavía es posible reanimar la llama del amor conyugal” (ALONSO PÉREZ, *El divorcio y la reforma...*, cit., pág. 13 y ss.). No obstante, como expuso la profesora MARTÍNEZ RODRÍGUEZ (MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Nieves, Del divorcio causal al divorcio Express ¿una reforma necesaria?, ponencia realizada en el *Curso Extraordinario sobre 25 años de divorcio en España*, organizado por la Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Privado, de la Universidad de Salamanca, del 21 al 24 de marzo del 2007), cabe preguntarse si la antigua Ley 30/1981 realmente protegía el matrimonio, en circunstancias que el artículo 82 Cc. permitía la separación a petición de uno cualquiera de los cónyuges por alcoholismo, toxicomanía o perturbaciones mentales, siempre que el interés del otro cónyuge o el de la familia exijan la suspensión de la convivencia; precisamente, la facultad de solicitar la separación por esta causa, prácticamente abandonando al cónyuge que se encuentra afectado por dicha situación, no se conformaba en absoluto con el derecho y deber de socorro y ayuda mutua que se deben recíprocamente los cónyuges, lo que motivaba a cuestionarse la real protección del matrimonio de parte del legislador.

Conforme a lo anterior, entre otras consideraciones, nuestra opinión corre en sentido contrario al defendido por CAMARERO y DE VERDA, sosteniendo que esta modificación sí se encuentra justificada, y responde a la nueva concepción de matrimonio, que viene perfilándose desde la derogación del impedimento de impotencia en el año 1981; así pues, estimamos que a través de la Ley 15/2005, se vino a expresar abiertamente la nueva concepción de matrimonio, fundado en un consentimiento similar al consentimiento continuo o *affectio maritalis* del Derecho romano clásico, reestableciendo la libertad que debe inspirar a esta figura, ya sea en el momento de su celebración como en el de su disolución; de esta forma, el legislador español ha terminado definitivamente con ese proteccionismo, con ese pseudo paternalismo sobre los cónyuges (en el mismo sentido se expresa GARCÍA GÁRATE, Alfredo, Hacia una reforma radical del derecho matrimonial, en CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *et al.* (Comité Coordinador), *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez – Picazo*, t.III, Derecho civil, Derechos reales, Derecho de familia, ed. Thomson – Cívitas, Madrid, 2003, pág. 4617 y ss., al decir, en lo concerniente al antiguo sistema de separación previsto en el art. 81 Cc., que “otra de las limitaciones que sufre la persona en su ruptura matrimonial se refiere a la imposibilidad de solicitar la separación de mutuo acuerdo durante el primer año de matrimonio. Se trata de una cortapisa que se impone a los cónyuges con bastante sentido paternalista, que les obliga, si no quieren acudir a un proceso contencioso, a un tiempo de reflexión exigido por una supuesta presunción de que antes de ese plazo la decisión de los cónyuges no es lo suficientemente madura o relevante para el derecho como para ser tenida en cuenta”), consecuencia especialmente de la influencia cristiana, reconociendo la plena capacidad, no sólo al momento de la celebración sino que al momento de su disolución, sin tener que expresar ni justificar razón alguna para terminar un matrimonio, y al cual se accedió, basado en la garantía constitucional de la libertad nupcial e inspirado en el principio de autonomía de la voluntad (en este sentido nos parece más que elogiable, que producto de la ley en comento, no deberían volver a repetirse situaciones como las resueltas por la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (JUR 2002, 244018), de 09 de julio, en donde, confirmándose la sentencia de primera instancia, se rechazó definitivamente la solicitud de separación presentada por una mujer, argumentando que no había logrado acreditar, que la pérdida de *affectio maritalis* que alegaba como causa, también concurría en el esposo, obligándola en última instancia a permanecer en un matrimonio, en el cual, por su parte, ya no había estima, confianza, ni interés en desarrollar un proyecto de vida común, como queda de manifiesto en el considerando segundo al señalar “en el caso contemplado, lo único acreditado es que la esposa ha perdido esa “*affectio maritalis*” como se evidencia de su propio deseo de separarse al interponer la demanda, pero, como acertadamente valora el juez de instancia, no se ha acreditado que esa pérdida de afecto también concorra en el esposo, quien públicamente ha manifestado en juicio dicho afecto y cariño hacia su cónyuge y su estado anímico depresivo motivado por el planteamiento de la demanda, como evidencia al manifestar que no hay motivos para la separación”, olvidándose que el mismo tribunal recordó, en su considerando primero, el “principio reiteradamente expuesto por la jurisprudencia, de que ningún cónyuge puede imponer una convivencia que el otro no desea”).

En nuestra opinión, el concepto actual de matrimonio ya no reconoce como elementos esenciales del mismo, el carácter de continuidad de la especie (actualmente, éste descansa sobre la familia, que puede o no ser matrimonial), no obstante lo esgrimido por autores como MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ [MARTÍNEZ

DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos “Matrimonio homosexual ¿por qué no?”, en sitio web del departamento de Derecho Civil de la Universidad de Navarra, noviembre de 2004, pág. 5, disponible en <http://www.unav.es/civil/nsd/nosindebate/mhmdaguirre.doc>, al decir que “la razón de ser de la regulación jurídica del matrimonio no es, pues, ni la afectividad (a quienes se casan no se les pregunta si se quieren, sino si quieren casarse), ni la mera situación de convivencia y ayuda mutua (que está presente también en muchos otros ámbitos, desde el militar hasta el conventual): es su función en relación con la aparición y socialización de quienes van a garantizar la pervivencia de la sociedad”; sin embargo, el mismo autor, más adelante señala que “todo esto hace que la unión heterosexual estable y comprometida sea de interés social primario, porque está implicada la continuidad de la sociedad”, refiriéndose, según se observa, ahora a la familia en general y no específicamente al matrimonio como anteriormente lo había expuesto, llevándonos en definitiva a dudar, si la “continuidad o pervivencia de la sociedad” descansa en el matrimonio o en la familia, que obviamente no son la misma cosa], conforme constatamos con la derogación del impedimento de impotencia, ni la satisfacción de intereses supraindividuales o familiares; hoy, la Constitución garantiza la preferencia del libre desarrollo de la personalidad y la satisfacción de los intereses individuales aún dentro de la familia; es por ello, que conforme a nuestro entender, el único elemento que aún permanece es el consentimiento, fruto de la voluntad individual de sus miembros de permanecer en esta relación, que motiva a hombre y mujer a esta unión estable y duradera, es decir, en el afecto, no entendido como un sentimiento amoroso (ya que como dice CARRIÓN OLMOS, Salvador, Separación y divorcio tras la Ley 15/2005, de 8 de julio, en DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón (Coord.), *Comentarios a las reformas de Derecho de familia de 2005*, ed. Thomson – Aranzadi, Navarra, 2006, pág. 163 y ss., “la affectio maritalis, entendida como sentimiento amoroso, es obvio que ha de quedar necesariamente fuera de la atención legislativa por la propia naturaleza de las cosas. El amor es un sentimiento y, como tal, en modo alguno “controlable” por el legislador. En consecuencia, mal podría éste situarlo como base o fundamento de una figura jurídica, cualquiera que ésta fuera”), sino que como manifestación de la confianza e interés de mantenerse en ese proyecto de vida común que es muy próxima a la vieja affectio maritalis del periodo clásico romano, que hace y mantiene el matrimonio, sin olvidar, además, que por medio de él se adquiere el estado civil de casados; pero por otro lado, como no se puede desatender, el irrestricto respeto a la libertad individual, al libre desarrollo de la personalidad, y a la plena capacidad de la persona, éste solo permanecerá mientras subsista el consentimiento, como se reconoce al derogar toda exigencia de alegación y prueba de causa para la solicitud de separación o divorcio.

Así pues, participamos que al prescindir de toda causa para las solicitudes indicadas, el legislador viene a reconocer que la voluntad unilateral de cualquiera de los cónyuges de permanecer en la relación, el interés en mantener el proyecto de vida común, ha desaparecido, o lo que es lo mismo, que esa affectio maritalis o consentimiento continuo, sobre el cual descansa hoy en día el concepto de matrimonio ya no existe, motivo por el cual, se justifica la solicitud de cualquiera de los cónyuges para dar por terminado ese matrimonio (en el mismo sentido se manifiesta SERRANO ALONSO, *op. cit.*, pág. 110, al decir “en rigor la ley no es inconstitucional no sólo porque el artículo 32.1 no impone un elenco de causas sino porque además no puede decirse que la nueva regulación omita la mención de causas de separación y divorcio, lo que realmente establece es una sola causa: la voluntad de uno de los cónyuges, lo que implícitamente no es otra cosa que la ausencia de affectio maritalis, circunstancia que en la práctica jurídica se viene aceptando sin discusión alguna como causa de separación o de divorcio”); en definitiva, la presentación de la solicitud de separación o divorcio es la manifestación de esa desaparición o extinción de ese consentimiento, es la forma que ella se expresa, al igual como en su oportunidad se pronunciaba en el periodo clásico de la vieja Roma, donde en palabras de Cicerón, el hecho que un hombre casado se uniera a una segunda mujer, sólo podía tener dos interpretaciones, una, que era dar por terminado el primer matrimonio por la celebración de esta segunda boda, o dos, que seguía unido por matrimonio con la primera mujer, y que su unión con esta segunda no representaba más que un concubinato entre ambos.

Si bien, para más de alguien pudiese resultar más que cuestionable o criticable el establecimiento de esta libertad - de poder dar término al matrimonio, a petición de cualquiera de los cónyuges, sin necesidad de expresar causa -, en atención a la necesaria seguridad jurídica y estabilidad que el matrimonio requiere, creemos que, el esencial carácter personalísimo de este negocio jurídico de Derecho de familia justifica sobradamente dicha libertad; en efecto, nadie puede negar que el matrimonio es un negocio personalísimo por excelencia, al punto que el propio Código Civil, en su artículo 73 N^o4, prevé la posibilidad de solicitar su nulidad en caso de que exista error en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento; es más, sostenemos que dicha aplicación se encuentra plenamente ajustada con lo dispuesto por el propio legislador para el caso de otros negocios personalísimos, como acontece en el caso del mandato, según se dispone en el art. 1732 N^o1 y 1733, ambos del Cc., al señalar que “el mandante puede revocar el mandato a su voluntad”, derecho que nadie discute ni controvierte, por el carácter personalísimo del mismo, y por el interés

Por último, aunque compartimos con PATTI²³¹ que la familia no debe comportar una reducción o una limitación de las prerrogativas de la persona - limitada a no convertirla en un campo de inmunidad -, discrepamos con él cuando sostiene que sí el daño es causado al interior de la familia, debe producirse una agravación de las consecuencias a cargo del familiar responsable, ya que significaría la imposición de una pena, desatendiendo los límites y objetivos de la responsabilidad civil.

III.- CONSIDERACIÓN DE LOS DEBERES Y DERECHOS CONYUGALES COMO DEBERES ÉTICOS – MORALES, Y NO JURÍDICOS.

Un tercer argumento muy recurrido e invocado por cierto sector de la doctrina, es el desconocimiento del carácter jurídico de los deberes conyugales, fundado en que su naturaleza es de simples deberes éticos – morales que no producen obligación jurídica alguna, cuyo cumplimiento queda entregado a la conciencia de los cónyuges, incoercibles en su esencia, haciendo imposible el ejercicio de cualquier acción por su incumplimiento.

Ahora bien, con el objetivo de comprobar o rechazar la efectividad de estas afirmaciones, obligatoriamente debemos entrar al estudio de la concepción de estos deberes conyugales; asimismo, íntimamente vinculada a esta cuestión, se encuentra la posible aplicación del principio de la autonomía de la voluntad, consagrado en el art. 1255²³² Cc., situación que nos llevará también a la determinación de su eventual

establecido, generalmente, en beneficio del mandante (en igual sentido SERRANO ALONSO, *ibid*, pág. 109, al expresar: “regla que sin embargo no puede considerarse absoluta pues la propia ley admite supuestos de eficacia de la voluntad unilateral de una de las partes del contrato, por ejemplo en la revocación de las donaciones que es una facultad del donante que puede ejercer sin contar para nada con el donatario o en el contrato de mandato donde la sola voluntad del mandante según señala el artículo 1733 puede revocar el mandato a su voluntad o la del mandatario que según el artículo 1736 puede renunciar al mandato poniéndolo en conocimiento del mandante. De manera que la atribución a uno de los cónyuges la facultad de solicitar la separación o el divorcio sin contar con el otro no implica un atentado a la configuración contractual del matrimonio”).

²³¹ PATTI, *Famiglia e responsabilità...*, *cit.*, pág. 32.

²³² Art. 1255 Cc. “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”.

disponibilidad o no, y en el evento afirmativo, la oportunidad y condiciones en que los cónyuges podrían hacerlo.

A.- Algunas consideraciones sobre la naturaleza jurídica:

Objeto de constante controversia ha sido la naturaleza jurídica de los deberes y derechos conyugales, si éstos deben ser interpretados como deberes jurídicos o simples deberes éticos morales, más aún cuando repasamos el gran cambio que ha padecido la naturaleza jurídica misma del matrimonio – de una figura considerada como una institución casi sagrada a un negocio jurídico de Derecho de familia o como un simple contrato²³³.

²³³ En el mismo sentido se expresa LACRUZ BERDEJO, Comentario al artículo 68..., *cit.*, pág. 652, al observar que “contribuye a configurar de modo distinto al tradicional los antiguos derechos – deberes recíprocos el cambio de la concepción del matrimonio que implica la reforma del Título IV. De un matrimonio en el cual la enfermedad del marido o la mujer, igual que las desgracias y las pérdidas, exige mayor dedicación y devoción en el otro esposo, se pasa a uno en el cual son causa de separación... el alcoholismo, la toxicomanía o las perturbaciones mentales, siempre que el interés del otro cónyuge o el de la familia exijan la suspensión de la convivencia... De un matrimonio indisoluble hasta que la muerte separe a los cónyuges... se pasa ahora a un matrimonio que puede disolverse por voluntad de ambos consortes, pasado un tiempo de separación, e incluso por voluntad de uno de ellos y contra la del otro, si pasa algo más de tiempo...” Después de las reformas de la Ley 13/2005 y 15/2005, que abrió el matrimonio a personas del mismo sexo, como al divorcio abstracto o sin causa, sin duda las palabras del profesor Lacruz adquieren mayor trascendencia.

Con respecto a la naturaleza jurídica del matrimonio propiamente tal, quizás podríamos zanjar definitivamente la controversia, o al menos inclinar la balanza en favor o en contra de una u otra posición, con el reconocimiento definitivo por parte de la doctrina generalizada de la teoría de los negocios jurídicos familiares o negocio jurídico de Derecho de familia; así pues, siguiendo a autores como DÍEZ PICAZO (DÍEZ – PICAZO, *El negocio jurídico...*, *cit.*, pág. 771 y ss.), DÍAZ DE GUIJARRO (DÍAZ DE GUIJARRO, Concepto y naturaleza del acto jurídico familiar, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, mayo de 1966, pág. 679 y ss.; DÍAZ DE GUIJARRO, Nuevos aportes a la introducción al estudio del acto jurídico familiar, en *Estudios de Derecho civil en honor del Prof. Castán Tobeñas*, t.VI, ed. Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, pág. 189 y ss.) o DE CASTRO Y BRAVO (DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, ed. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967; si bien, a diferencia de lo que acontece con Díez – Picazo, y Díaz De Guijarro, en la obra del profesor de Castro y Bravo no existe un tratamiento separado del negocio jurídico familiar, si hallamos un reconocimiento expreso del mismo en sus páginas 37, 194, 275, 280, 347 y 502, al decir, “se admite en general, como se verá, la existencia de negocios jurídicos dentro del ámbito de Derecho de familia”, aunque advierte, que es esa misma intimidad de las relaciones familiares, “esa peculiar naturaleza” la que hace “presumir que conductas que normalmente nos llevarían afirmar la existencia de un negocio jurídico, nos lleven a excluirlas del ámbito de lo negocial”), es menester un reconocimiento particular de estos negocios jurídicos al interior del Derecho privado [entre los autores que reconocen la existencia del negocio jurídico de Derecho de familia, ejemplificándolos, pero sin hacer una construcción teórica general del mismo, hallamos a VON TUHR, Andreas, *Derecho civil*, teoría general del derecho civil alemán, vol. II, t.1, los hechos jurídicos, traducido directamente del alemán por Tito Ravà, ed. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1947, al decir en su página 165 que “la noción de negocio jurídico es igual en todas las partes del Derecho privado. No sólo existen negocios jurídicos de derecho patrimonial y hereditario, sino también de Derecho de familia, en la medida en que en esta materia se admite la autonomía del individuo; son negocios jurídicos los esponsales y su disolución, el matrimonio, la impugnación de la legitimidad y del reconocimiento, la instancia por declaración de legitimidad, la adopción”; BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, traducción y concordancias

con el Derecho español por A. Martín Pérez, ed. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1930, al clasificar en su pág. 212, los negocios jurídicos según su contenido en negocios familiares y patrimoniales, atendiendo al ajuste que las partes imponen a sus intereses propios en las relaciones entre ellos y de las relaciones contempladas por el negocio; CICU, *op. cit.*, pág. 302 y ss., al mencionar que “podemos afirmar que la doctrina admite genéricamente un concepto general de negocio jurídico, y que aun cuando propugne dos distintas teorías, una para los negocios del Derecho público y la otra para los negocios del Derecho privado, no duda de que esta última comprende los negocios del Derecho de familia”, destacando, asimismo, la especialidad de los negocios de Derecho de familia, al complementar “que ni el concepto ni los principios que la doctrina privadística considera propios de los negocios jurídicos de Derecho privado, son en principio aplicables a los llamados negocios del Derecho familiar”; CARIOTA FERRARA, Luigi, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, ed. Morano Editore, Napoli, 194?, al manifestar en pág. 180 y ss., que el negocio jurídico según su contenido se clasifica en negozi di diritto patrimoniale e negozi di diritto personale e familiare, “secondo che riguardano rapporti economicamente valutabili ovvero lo statu delle persone e i rapporti di famiglia”, distinguiendo que “in generale, è da rilevare che i negozi di diritto familiare e di diritto personale non sono assoggettabili alla disciplina posta dalla legge per i contratti, cioè per i negozi bilaterali di diritto patrimoniale (art.1321; arg. art. 1324). L’ autonomia della volontà privata, mentre ha libero campo per questi (arg. art. 1322,1323 cod. civ.), non ne ha per quelli. Basti dire: nel campo del diritto personale e familiare non sono raffigurabili negozi atipici o innominati; il contenuto e gli effetti dei negozi sono quasi sempre inderogabilmente fissati dalla legge; i requisiti (volontà, capacità) hanno una disciplina a sè, per lo più deviante da quella data dalla legge per i contratti”; ALBALADEJO, Manuel, *El negocio jurídico*, ed. Librería Bosch, Barcelona, 1958, quien también al clasificar los negocios jurídicos, en su pág. 70 y ss., los distingue entre “negocios familiares o de Derecho familiar los que persiguen el fin de constituir, modificar o extinguir relaciones familiares (o, ampliando el concepto, cuasifamiliares), como el matrimonio, la adopción y el nombramiento de tutor; y son negocios patrimoniales los que tienen por fin constituir, modificar o extinguir relaciones patrimoniales, como la compraventa o el arrendamiento”, agregando, asimismo, los “negocios patrimoniales familiares, entendiendo por tales los que regulan el régimen patrimonial basado en relaciones familiares: por ejemplo, las capitulaciones matrimoniales”; y por último, en la actualidad, DE VERDA Y BEAMONTE, Responsabilidad civil y divorcio..., *cit.*, al expresar “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”, de caracteres propios y distintos de los negocios jurídicos patrimoniales [en cuanto a los caracteres sustanciales del negocio jurídico familiar, nos limitamos a reproducir lo manifestado por DÍEZ – PICAZO, *El negocio jurídico...*, *cit.*, pág. 780 y ss., que entiende por tales 1) la existencia de un interés público evidente en el amparo y sostenimiento de la estructura familiar, de su sentido social y de su espíritu, 2) la existencia de subordinación y de autoridad dentro de las relaciones familiares (potestad marital, paterna, tutelar), 3) la conexión de las instituciones familiares con el estado civil de las personas que impone a los negocios jurídicos de este tipo muchas de las características que son esenciales de aquél: seguridad, claridad, solemnidad, carácter indubitado, etc., 4) el ingrediente ético y de orden público actúa en forma vigorosa no sólo en lo que significa de limitación para la autonomía privada, sino también dentro del propio negocio en lo que atañe a la función, a la causa y a las motivaciones del negocio; complementando que, todas estas características dotan al negocio jurídico familiar de particularidades técnicas específicas en materia de capacidad, representación, forma, condiciones y términos, vicios de voluntad, causa, eficacia o ineficacia, etc., y que corroboran la necesidad de una construcción propia y separada de los negocios jurídicos familiares], para dejar de hablar tan impropriamente en el Derecho de familia en general, y en materia de matrimonio en particular, de actos jurídicos bilaterales o contratos “peculiares”, “similares a” o “semejantes a” los contratos, sin llegar a serlos, dado que su contenido se encuentra determinado expresamente por la ley y no por la autonomía de la voluntad de las partes, haciendo con ello supuesta excepción a la teoría general de los actos jurídicos; así pues, según expresa el propio profesor DÍEZ - PICAZO (DÍEZ – PICAZO, *ibid*, pág. 773), uno de los principales argumentos para desconocer la naturaleza negocial del matrimonio se encuentra en que “los contrayentes no pueden alterar el esquema legal de sus recíprocos derechos y deberes ni sustituirlos por otro”; sin embargo, como pone de manifiesto el mencionado profesor “la sustancia del negocio jurídico se encuentra no tanto en el poder de determinación del contenido de la relación jurídica que el negocio crea como en el poder de creación de la propia relación jurídica. Debe, además, pensarse que el poder de las partes no alcanza nunca el contenido esencial de la relación jurídica que crean. Las partes pueden querer otro tipo de negocio, pero el establecido han de quererlo con todo su esencial contenido. Y acontece que todo el contenido de la relación de matrimonio es esencial: que no hay matrimonio sin deber de fidelidad, sin deber de auxilio o sin

Como expone ALONSO PÉREZ²³⁴, fue la Escuela Exegética francesa, inspirada en el Código Civil francés, la que promovió la tesis de que éstos son “auténticos deberes jurídicos exigibles legalmente”; ello habría influido en los arts. 56 y 57 Cc. de 1889, por medio de los proyectos de 1851 y de la Ley Provisional de Matrimonio Civil de 1870, los cuales han sido sustituidos al día de hoy, por los arts. 67 y 68 Cc. En la misma línea, LACRUZ²³⁵ expresa, que la defensa positivista francesa fue producto de la revolución que propugnó un “Estado garantista y liberal que afirma el primado de la ley y trata de someter a ella cualquier manifestación de la actividad humana”.

Agregan los citados autores, que actualmente, la doctrina²³⁶ casi unánime sostiene la postura de que son “verdaderos deberes jurídicos”, dotados de un fuerte contenido ético o moral, que carecen de coercibilidad jurídica, como declaró el Tribunal Supremo el 04 de diciembre de 1959, al disponer que tales deberes tienen

indisolubilidad”; continúa señalando que distinguir entre efectos jurídicos ex lege o ex voluntate para determinar el carácter negocial de un acto es totalmente errado, ilustrándonos que “no existen efectos jurídicos derivados exclusivamente ex voluntate. La voluntad de los particulares no es, ni puede ser nunca por sí sola, causa de efectos jurídicos. La causa de un efecto jurídico sólo puede ser, en rigor, una norma, un precepto. Para que de una declaración de voluntad deriven efectos jurídicos es menester que el derecho objetivo reconozca o atribuya esta virtud a la voluntad privada, por donde el efecto tanto deriva de la ley como de la voluntad” (DÍEZ – PICAZO, *ibid*, pág. 777).

Conforme a lo expuesto, participamos que en el caso de la naturaleza jurídica del matrimonio, nos encontramos ante un negocio jurídico familiar o de Derecho de familia, según la terminología empleada, por la escasa doctrina que reconoce la clasificación y distinción de los negocios jurídicos en patrimoniales y familiares, correspondiendo a este último un reconocimiento general en atención a sus principios, características, especialidad y régimen jurídico que permite conceptualizarlo “como aquel acto de autonomía de las personas que tiene por objeto la constitución, modificación, extinción o reglamentación de una relación jurídica familiar” [DÍEZ – PICAZO, *ibid*, pág. 780. Si bien, DÍAZ DE GUIJARRO en su artículo de 1966 citado, crítica el concepto de negocio familiar en comento, no podemos dejar de advertir que en su comentario posterior de 1969 (contenido en la obra en honor al profesor Castán Tobeñas) realiza precisamente el aporte del profesor Diez – Picazo, transformando sus observaciones en alabanzas].

²³⁴ ALONSO PÉREZ, *Dialéctica entre fidelidad...*, *cit.*, pág. 50.

²³⁵ LACRUZ BERDEJO, *et al.*, *Elementos de Derecho Civil IV*, Derecho de familia, vol. I... (1990), *cit.*, pág. 134.

²³⁶ ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil IV...*, *cit.*, pág. 119; GETE – ALONSO Y CALERA, *op. cit.*, pág. 322; SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, pág. 117; GARCÍA CANTERO, Artículos 42 a 107 del Código Civil..., *cit.*, pág. 184 y ss.; LETE DEL RIO, *op. cit.*, pág. 642; SANCHO VILLARREAL, *op. cit.*, pág. 81 y ss.; DE VERDA Y BEAMONTE, *Responsabilidad civil y divorcio...*, *cit.*, al expresar “los deberes conyugales no son meras obligaciones de conciencia propuestas a los esposos para un feliz 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 arts. 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 tiene que asumírselos, al tiempo de prestar su consentimiento”; ATIENZA NAVARRO, *La incidencia de las reformas...*, *cit.*, pág. 159; ROMERO COLOMA, Aurelia María, *El matrimonio y sus crisis jurídicas: problemática civil y procesal*, ed. Ediciones Jurídicas Serlipost, Barcelona, 1990, pág. 93 y ss.

“un carácter marcadamente ético, porque se confía al sentimiento y a la conciencia íntima el cumplimiento... y de aquí la consecuencia de que las normas reguladoras de esta relación, aun siendo jurídicas por haber sido acogidas en el Cc., acusan su origen en lo tenue de su sanción”. Sin embargo, como apunta SANCHO VILLARREAL, “su carácter ético o moral no le priva de su juridicidad y, viceversa, su carácter jurídico no le priva de ser considerado también como un deber moral o ético. Existen múltiples normas o pautas éticas o morales incorporadas al ordenamiento jurídico, v. gr., el no matar, sin que ello implique ausencia de coactividad de las citadas normas”.

La tesis contraria fue producto de la Escuela Histórica²³⁷, quien se encargó de poner en duda el carácter jurídico de estos deberes, fundados en que éstos encontraban su argumento en la costumbre o la ética, y no en el derecho positivo. Entendían que “virtudes como la fidelidad, la devoción, la obediencia, el respeto se imponían por la costumbre, y no por la ley, y que, en sustancia, debiera dejarse la ordenación de las relaciones familiares, en primera línea, a los miembros de la familia y a su sentido moral... la libertad pertenece al individuo como una prerrogativa innata, siendo misión única del Derecho asegurar su titularidad y disciplinar su ejercicio”²³⁸. Muy ilustrativas de esta posición son las palabras expresadas por el exponente máximo de la Escuela Histórica, SAVIGNY, al expresar “no niego que la fidelidad y la asistencia recíproca de los esposos, la obediencia y el respeto de los hijos pertenezcan a la esencia del matrimonio ni del poder paterno, sino que estos elementos, a pesar de su importancia, descansan bajo la tutela de la moral y no bajo la protección del derecho”²³⁹.

²³⁷ Se entiende por Escuela Histórica, según palabras del propio SAVIGNY, *La escuela Histórica del Derecho*, documentos para su estudio, en traducción del alemán por R. Atard, ed. Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1908, pág. 16, como aquella que “admite que la materia del derecho está dada por todo el pasado de la nación; pero no de una manera arbitraria y de tal modo que pudiera ser ésta o la otra accidentalmente, sino como procediendo de la íntima esencia de la nación misma y de su historia. Después, cada tiempo deberá encaminar su actividad a examinar, rejuvenecer y mantener fresca esta materia nacida por obra de una necesidad interna”.

²³⁸ LACRUZ BERDEJO, *et al.*, *loc. cit.*

²³⁹ SAVIGNY, *Sistema del Derecho Romano Actual*, t. I, traducido del alemán por Ch. Guenoux, vertido al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley, ed. Góngora y Compañía, Madrid, 1878, pág. 234.

Lo anterior, unido a la falta de coercibilidad jurídica de los mencionados deberes, constituyen la base principal de aquellos que alegan que estamos ante deberes éticos morales, y no jurídicos, como lo apuntan RAMOS CHAPARRO²⁴⁰, SERRANO GÓMEZ²⁴¹ y FERRER RIBA²⁴².

En un camino intermedio pareciera inclinarse actualmente la jurisprudencia española, al reconocer unos limitados efectos derivados del incumplimiento junto con su carácter ético moral (sólo aceptan los efectos expresamente previstos, tipificados por el legislador), cuestionando con ello su estricto valor de deberes jurídicos, como se observa en la sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 30 de julio de 1999²⁴³, considerando tercero, al decir “indudablemente, el quebrantamiento de los deberes conyugales especificados en los artículos 67 y 68 del Código civil, son merecedores de un innegable reproche ético – social, reproche que, tal vez, se

²⁴⁰ Una atípica posición sobre el particular sostiene RAMOS CHAPARRO, Enrique, Objeciones jurídico – civiles a las reformas del matrimonio, en *Actualidad Civil*, N°10, 2005, pág. 1164 y ss., al preguntarse “pero, ¿es que tiene alguna importancia real la calificación jurídica de los deberes conyugales? ¿no es una cuestión puramente teórica? Estas dudas responden a esa mentalidad corriente y superficial que ahora impera. Es la que se empeña en ignorar el verdadero calado social del matrimonio y sólo quiere ver la punta del iceberg”, en todo caso, el mismo autor apunta que “las antiguas referencias a la violación de los deberes conyugales como causa cualificada de separación y de divorcio eran prácticamente las únicas consecuencias legales que permitían reconocer también como “jurídicos” dichos deberes esencialmente morales. Suprimidas tales referencias – recordamos que a raíz de la Ley 15/2005 – no parece que el estado conyugal pueda continuar concibiéndose en serio como conjunto de “derechos y deberes”, según presupone el art. 32 CE... Por tanto, cuando no existe la menor consecuencia, es imposible considerarlos como algo distinto de un simple desideratum, exhortación o consejo moral”.

²⁴¹ SERRANO GÓMEZ, *op. cit.*, pág. 70 y ss., después de criticar por equívoca la expresión “derechos y deberes conyugales” utilizada por el legislador e inclinándose por la de “comportamiento” o “conducta”, agrega sobre el particular que “se trata de derechos – deberes con un marcado contenido extrajurídico y que se enmarcan dentro de lo que son las consideraciones sociales y morales habituales en nuestros días. Por ello, su exigencia, desde una perspectiva estrictamente legal, es difícil, pues no se puede obligar a nadie a desarrollar una determinada conducta que lo que realmente exige es un compromiso y una actitud de naturaleza personal. Su contenido moral o ético determina, asimismo, que la imposición coactiva de su cumplimiento sea problemática...”; el mismo autor concluye en su pág. 74, que con la nueva reglamentación de la ley 15/2005, la “infidelidad, que era una de las causas que se podían alegar para instar la separación, deja de tener repercusiones jurídicas, por lo que sólo produce reproches morales o sociales pero no jurídicos”.

²⁴² FERRER RIBA, Relaciones familiares y límites del derecho de daños, en *InDret...*, *cit.*, señala que “la configuración del matrimonio como comunidad de vida asumida y mantenida voluntariamente determina la incoercibilidad de los deberes conyugales en los que se sustenta: toda pretensión dirigida a su ejecución forzosa es contradictoria con la naturaleza de aquél..., también lo es la de su cumplimiento por equivalente, pues tratándose de deberes que sólo pueden ser cumplidos por libre decisión moral de uno y otro cónyuge..., de ahí se sigue que, en el plano civil, su infracción sólo comporte, por regla general, las consecuencias establecidas por el derecho matrimonial, que en el ordenamiento español se reducen a la posibilidad de ejercer una acción de separación o eventualmente de divorcio”; precisamente al limitar, el mencionado autor, las consecuencias del incumplimiento de los deberes conyugales sólo a la separación o divorcio (se olvidó de los eventuales efectos de causal de desheredación, indignidad para suceder, pérdida de alimentos), su derogación por la Ley 15/2005 nos obliga a incluirlo dentro de esta posición.

²⁴³ RJ 1999, 5726.

acentúe más en aquellos supuestos que afecten al deber de mutua fidelidad, en los que, asimismo, es indudable que la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación sustantiva es la de estimar su ruptura como una de las causas de separación matrimonial en su artículo 82”; más diáfana es la sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de 30 de septiembre de 2003²⁴⁴, al resolver que “si bien es cierto que los deberes de ayuda y socorro mutuos entre ambos cónyuges están proclamados en los arts. 67 y 68 y son comprensivos no sólo de lo que materialmente pueda entenderse como alimentación, sino de otros cuidados de orden ético y afectivo, se trata de deberes incoercibles que no llevan aparejada sanción económica alguna -con excepción del deber de alimentos, que en este caso no fue incumplido- sino, como decimos, son contemplados exclusivamente como causa de separación, divorcio y desheredación”²⁴⁵.

LACRUZ, si bien reconoce que se tratan de deberes jurídicos incoercibles directamente, advierte que ello “no les priva de su juridicidad, sino que al contrario, hace tanto más urgente arbitrar los medios precisos para mantenerlas en pie en esta condición suya plenamente jurídica”²⁴⁶.

Ahora bien, considerando que el Código Civil francés influyó en la forma señalada sobre el ordenamiento español, sostenemos y participamos, junto a la doctrina mayoritaria, que estamos en presencia de “verdaderos deberes jurídicos”,

²⁴⁴ JUR 2003, 244422.

²⁴⁵ En el mismo sentido ya se había pronunciado el Tribunal Supremo español, mediante sentencia de 04 de diciembre de 1959 (RJ 1959, 4483), al expresar “que los derechos y deberes derivados de la relación matrimonial, son especialmente recíprocos, porque incumben y corresponden a ambos cónyuges, a quien se estima una situación de paridad, teniendo un carácter marcadamente ético, porque se confía al sentimiento y a la conciencia íntima el cumplimiento de tales deberes, y de aquí las consecuencias que las normas reguladoras de esta relación, aún siendo jurídicas por haber sido acogidas por el Código civil acusan su origen en lo tenue de la sanción que frecuentemente era sólo patrimonial, siempre indirecta y por ello poco eficaz, siendo los fundamentales y principales deberes recíprocos de los cónyuges, incluidos en los arts. 56 y 57, relativos a guardar fidelidad, cumplir los deberes de mutua asistencia de afecto y estimación recíprocos de convivencia y de cohabitación, obligaciones cuya observancia depende más de la conciencia que del frío precepto legal”, agregando para el caso del deber de mutuo auxilio, que “aunque suceda con esta obligación legal, como con todas las relaciones naturales y morales del matrimonio, que la idea de socorro mutuo no pueda encontrar en la ley medidas eficaces bastantes para asegurar su perfecto cumplimiento, porque su índole las hace de naturaleza verdaderamente incoercible en muchos de sus aspectos, a la acción de la ley civil, siendo el auxilio físico de los alimentos, el único verdaderamente sancionado por el Código”.

²⁴⁶ LACRUZ BERDEJO, *et al.*, *Elementos de Derecho Civil IV*, Derecho de familia, vol. I... (1990), *cit.*, pág. 143.

que aun careciendo de coercibilidad, gozan de juridicidad, como lo demuestra, de forma indiscutible, el hecho que el legislador estimó su incumplimiento, entre otros, como causa de desheredación, de pérdida de alimentos, de revocación de donaciones por causa de matrimonio, y también en algún supuesto, de indignidad, constatando en definitiva, que la violación de los deberes – derechos conyugales sigue siendo causa de efectos y consecuencias jurídicas, más allá de las expresamente tipificadas por el legislador, extendiéndolos a todos aquellos que correspondan conforme al ordenamiento en general, como puede ser el recurso a las normas de responsabilidad civil para resarcir en su caso los daños y perjuicios²⁴⁷. En fin, como bien apunta el profesor LLAMAS²⁴⁸, “el carácter jurídico de los deberes conyugales debería hoy estar fuera de discusión, si pretendemos mantener el matrimonio con su naturaleza de institución jurídica”.

En lo que respecta al ordenamiento italiano, el artículo 143²⁴⁹ del Codice Civile reconoce a la fidelidad, a la cohabitación, a la asistencia moral y material, como derechos y deberes recíprocos de los cónyuges que nacen del matrimonio.

La consagración expresa de éstos, unido a los efectos previstos por su incumplimiento, como causa de separación (art. 151), entre otras, han permitido a la jurisprudencia y doctrina sostener que estamos en presencia de verdaderos deberes jurídicos, y no sólo éticos-morales. Así se aprecia en las sentencias del Tribunal de Milán, de 10 de febrero de 1999²⁵⁰, reiterada por el Tribunal de Casación en su fallo de 9 de junio de 2000, al señalar que el deber de fidelidad es una “*regola di*

²⁴⁷ En tal sentido se expresa ATIENZA NAVARRO, La incidencia de las reformas..., *cit.*

²⁴⁸ LLAMAS POMBO, Eugenio, Divorcio y responsabilidad civil, en *Práctica Derecho de Daños*, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, año V, N°49, mayo 2007, pág. 3 y ss.

²⁴⁹ Artículo 143 Cc. italiano: “Diritti e doveri reciproci dei coniugi. Con il matrimonio il marito e la moglie acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri. Dal matrimonio deriva l’obbligo reciproco alla fedeltà, all’assistenza morale e materiale, alla collaborazione nell’interesse della famiglia e alla coabitazione. Entrambi i coniugi sono tenuti, ciascuno in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale o casalingo, a contribuire ai bisogni della famiglia”.

Al igual que en el caso del derecho español, entendemos a la “colaboración en el interés de la familia” como un criterio de interpretación, pero no como un deber – derecho recíproco cuyo incumplimiento, junto a un eventual daño, pueda llevarnos al campo de aplicación de las normas de responsabilidad civil.

²⁵⁰ FRACCON, Adalgisa, Comentario a la sentencia del Tribunale di Milano, 10 febbraio 1999, *Il diritto di famiglia e delle persone*, vol. XXX, luglio – setiembre 2001, pág. 988 y ss.; BONA, *op. cit.*, pág. 387 y ss., y en lo particular pág. 437 y ss.; DE VERDA Y BEAMONTE, Responsabilidad civil..., *cit.*

condotta imperativa”, y no sólo una directriz moral de particular valor social, reconociendo, de la misma forma, la “*natura pienamente giuridica*” de los deberes derivados del matrimonio²⁵¹; FRACCON²⁵², comentando la sentencia del tribunal milanés, destaca que la doctrina predominante, deducida de las consecuencias que el ordenamiento relaciona con su violación, reconoce la naturaleza plenamente jurídica y no solamente moral de los deberes derivados del matrimonio, de modo que puede afirmarse que de ellos emana una posición jurídica tutelada, o, hasta, un derecho subjetivo de un cónyuge, en contra del otro, a comportarse conforme a tales obligaciones²⁵³.

En cuanto a la extensión de estos deberes, si bien, el de fidelidad fue el que mayor preocupación inicial levantó en la doctrina y jurisprudencia con la declaración de inconstitucionalidad del delito de adulterio en 1968²⁵⁴ (y su posterior derogación normativa), no debemos olvidar que después de la modificación del año 1975 introducida al Derecho de familia, los deberes de fidelidad²⁵⁵, asistencia moral y material, y cohabitación, han adquirido una mayor extensión, debiendo ser interpretados no sólo bajo el contenido del art. 29 de la Constitución italiana, sino

²⁵¹ BONA, *op. cit.*, pág. 408; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Remedios indemnizatorios..., *cit.*, pág. 158; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Separación y divorcio..., *cit.*, pág. 156.

²⁵² FRACCON, *loc. cit.*

²⁵³ En el mismo sentido BONA, *op. cit.*, pág. 387 y ss., en particular pág. 398 y ss.

Plantea sus dudas sobre el carácter jurídico de los deberes conyugales DOGLIOTTI, M., Le persone fisique, en RESCIGNO, Pietro (Direttore), *Trattato di diritto privato*, 2. Persone e famiglia, tomo primo, ed. Utet, Torino, 1982, pág. 130 y ss., “Da un lato l’obbligo di fedeltà (art. 143 c.c.) non può più considerarse di natura pubblica, ma esclusivamente “privata” e familiare, dall’altro, tuttavia, non avendo più alcuna rilevanza la colpa nella separazione personale (art. 151 c.c.), ci si è chiesto se tale obbligo non sia divenuto esclusivamente morale, apparendo ormai sfornito di qualsiasi tipo di sanzione”.

Por su parte ZATTI, Paolo, I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi, en RESCIGNO, Pietro (Direttore), *Trattato di diritto privato*, 3. Persone e famiglia, tomo secondo, ed. Utet, Torino, 1982, pág. 7 y ss., sostiene que la juridicidad del “deber” emanada del matrimonio se sustituyó por una juridicidad de “mandamientos” planteados sobre el esquema del deber negativo, con el efecto - en parte adecuado a la disciplina en vigor - de delimitar la relevancia jurídica de la relación entre los cónyuges.

²⁵⁴ Con la sentenza 19 dicembre 1968 n.126, la Corte costituzionale dichiarava l’illegittimità dei primi due commi dell’art 559, che puniva l’adulterio della moglie, e con la sucesiva decisione n.147 del 3 dicembre 1969 prendeva analogo provvedimento nei confronti dei restante due commi e dell’art. 560, che puniva il concubinato del marito, nonché degli artt. 561, 562 e 563, pure relativi a queste due fattispecie criminali.

²⁵⁵ FRACCON, I diritti della persona..., *cit.*, pág. 377, señala que la fidelidad ya no sólo se refiere al plano sexual, sino que hoy es comprensivo de la dedicación y confianza recíproca de los cónyuges; en el mismo sentido DOGLIOTTI, *op. cit.*, pág. 131 y ss., al decir que la infidelidad no sólo comprendería los actos conyugales, sino “general comunión material y espiritual”.

Sobre el particular, la sentencia de la Corte de Apelación de Brescia, de 14 de junio de 1995, en *Il diritto di famiglia e delle persone*, gennaio - marzo, 1996, pág. 116 y ss., resolvió que el deber de fidelidad conyugal no sólo está referido al plano sexual, sino que también al generativo, que resulta violado por medio de la inseminación artificial heteróloga.

que también a la luz de los principios de igualdad recíproca y solidaridad entre los cónyuges, enfocados desde los derechos del individuo familiar y su tutela como describe BONA²⁵⁶.

DE VERDA²⁵⁷, manifiesta incluso que, la extensión de los deberes no se limita exclusivamente al matrimonio sino que se antepone a él, como se aprecia en la sentencia de la Corte de Casación Civil italiana de 10 de mayo de 2005²⁵⁸.

Por su parte, el Code Civil francés, al igual que el derecho español e italiano, y como siempre desde 1804, recoge en sus artículos 212²⁵⁹ y 215²⁶⁰, los mutuos deberes y derechos de fidelidad, socorro y asistencia, y de comunidad de vida de los cónyuges, reconociéndolos como auténticos deberes jurídicos recíprocos, como “reglas de orden público que constituyen la base de la familia”, exclusivamente matrimonial, y con una importante connotación moral, como se aprecia en que el legislador prefiera hablar de deber antes que obligación²⁶¹.

²⁵⁶ BONA, *op. cit.*, pág. 401 y ss.

²⁵⁷ DE VERDA Y BEAMONTE, *Responsabilidad civil...*, *cit.*

²⁵⁸ En ella, al resolver la cuestión sometida a su conocimiento, no sólo entendió que el marido debía indemnizar los daños ocasionados a su cónyuge, por no haber informado a ésta, antes de la celebración del matrimonio, que padecía impotencia coeundi, originada en una malformación que conocía perfectamente, sino que fue más allá al señalar que, aún antes del matrimonio, la intensidad de los deberes conyugales debe inundar dicho periodo, “imponiéndoles 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”; incluso como destaca FRACCON, Adalgisa, *Nuovi approdi della responsabilità civile*. Anche la Cassazione oltrepassa la soglia dei rapporti tra coniugi, en *Giurisprudenza Italiana*, abril, 2006, pág. 694 y ss., al comentar ampliamente la sentencia de 10 de mayo de 2005, la omisión de la información por parte del varón era de tal calidad, entidad, que su falta de conocimiento produjo un error esencial en el otro contrayente, que era causa suficiente de nulidad o anulabilidad del matrimonio conforme al art. 122 del Codice Civile.

²⁵⁹ Artículo 212 Cc. francés: “Los cónyuges se deben mutuamente fidelidad, socorro y asistencia”.

²⁶⁰ Artículo 215 Cc. francés: “Los cónyuges se obligan mutuamente a una comunidad de vida. La residencia de la familia estará en el lugar que ellos escojan de común acuerdo...”.

²⁶¹ BÉNABENT, *op. cit.*, pág. 117 y ss.; este autor, al estudiar la fidelidad, reitera que, tradicionalmente, este deber es de orden público, por cuanto los cónyuges no pueden alterarlo mediante un “pacto de libertad”, ya que cualquier autorización en sentido contrario, se podría mirar como una injuria a su respeto, al igual que debería ser estimado inmorale todo pacto que induzca al adulterio; en el mismo sentido pueden verse los comentarios de HAUSER, Jean, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, N°4, octubre / décembre, 1999, pág. 817 y ss., y en HAUSER, Jean, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, N°1, enero / marzo, 2005, pág. 104 y ss., al expresar en esta última “obligation de fidélité, obligation d’ordre public, position approuvée par une part importante de la doctrine et difficilement contestable dans son principe”.

También puede consultarse a BOULANGER, Francois, *Droit civil de la famille*, t.I, Aspects Internes et Internationaux, ed. Economica, Paris, 1990, pág. 255 y ss, quien nos presenta un resumen de la evolución general y comparativa de las relaciones personales y pecuniarias entre esposos; CORNU, Gérard, *Droit civil*,

Esta afirmación concuerda con el hecho de que Código Civil francés prevé determinados efectos o consecuencias por su incumplimiento, tales como, causa de divorcio por culpa (art. 242²⁶²), pérdida del derecho de alimentos (art. 207²⁶³), pérdida de la prestación compensatoria (art. 270 inciso 3º²⁶⁴), entre otros, demostrando con ello que estamos ante deberes que exceden el campo meramente moral²⁶⁵.

Por último, el Código Civil chileno, artículos 131²⁶⁶ y ss., reglamenta los efectos personales del matrimonio, disponiendo que la fidelidad, el socorro y ayuda mutua, el respeto y protección, y el de vivir en el hogar común, son deberes y derechos recíprocos que se imponen a los cónyuges por el matrimonio²⁶⁷.

Respecto a su naturaleza jurídica, la doctrina dominante se inclina por entenderlos como verdaderos deberes jurídicos, no sólo por su consagración expresa en el texto legal sustantivo, sino que por ser necesarios para la obtención de los fines que el art. 102²⁶⁸ Cc. chileno establece al matrimonio. Sobre el particular,

La Famille, ed. Montchrestien, 7º édition, Paris, 2001, págs. 52 y ss., quién al tratar los deberes de comunidad de vida y fidelidad, también expresa que se trata de deberes “d’ordre public”.

²⁶² Artículo 242 Cc. francés: “El divorcio podrá pedirse por uno de los cónyuges cuando haya hechos constitutivos de una infracción grave o reiterada de los deberes y obligaciones conyugales que sean imputables a su consorte y hagan insoportable la continuación de la convivencia”.

²⁶³ Artículo 207 Cc. francés: “Las obligaciones resultantes de estas disposiciones son recíprocas.

Sin embargo, cuando el acreedor haya faltado gravemente a sus obligaciones para con el deudor, el Juez podrá dispensar a éste de la totalidad o parte de la deuda alimenticia”.

²⁶⁴ Artículo 270 inciso 3º Cc. francés: “Sin embargo, el Juez podrá no acordar semejante prestación si la equidad lo exige, ya sea en consideración a los criterios previstos en el artículo 272, o cuando se haya declarado el divorcio por culpa exclusiva del esposo que reclama el beneficio de la prestación, a la vista de las circunstancias particulares de la ruptura”.

²⁶⁵ Comentarios de HAUSER, Jean, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, N°4, octubre / décembre, 2000, pág. 810.

²⁶⁶ El Cc. chileno dispone en su art. 131: “Los cónyuges están obligados a guardarse fe, a socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida. El marido y la mujer se deben respeto y protección recíprocos”; y en su art. 133: “Ambos cónyuges tienen el derecho y el deber de vivir en el hogar común, salvo que a alguno de ellos le asista razones graves para no hacerlo”.

²⁶⁷ Otros autores, como BARRIENTOS GRANDON y ARÁNZAZU NOVALES, *op. cit.*, pág. 283 y ss., además de los anteriores, establecen como deberes y derechos conyugales el deber de débito conyugal, y el de suministrarse auxilios para sus acciones y defensas judiciales; sin embargo, nosotros creemos que éstos ya se encuentran comprendidos en el derecho y deber de fidelidad, y en el de socorro, sin necesidad de un reconocimiento particular.

²⁶⁸ Artículo 102 Cc. chileno: “El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente”.

ilustrativas son las palabras de BARRIENTOS GRANDON y NOVALES ALQUÉZAR²⁶⁹ al afirmar - como en su oportunidad lo hizo CLARO SOLAR²⁷⁰ -, que “por el carácter de fin que asume el bien de los cónyuges, este fin se constituye en la causa que configura y justifica el nacimiento de una serie de recíprocos derechos y deberes entre los cónyuges, que aparecen como ciertos “efectos” del matrimonio jurídicamente considerados en cuanto se tienen por complementarios para la realización plena y efectiva de sus mismos fines, y que acostumbra explicarse bajo la rúbrica de “relaciones personales entre los cónyuges”.

También contribuye a reafirmar la naturaleza jurídica de los deberes y derechos conyugales, el hecho que el legislador dispusiera determinadas consecuencias por su incumplimiento, tales como: a) incapacidad para contraer matrimonio²⁷¹; b) causa de nulidad matrimonial²⁷²; c) causa genérica o general de separación judicial²⁷³; d) causa general de divorcio – sanción o por culpa de uno de

²⁶⁹ BARRIENTOS GRANDON y ARÁNZAZU NOVALES, *op. cit.*, pág. 281.

²⁷⁰ CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado*, t. II, De las personas, segunda edición, ed. Editorial Jurídica de Chile, 1978, pág. 18, quien al hablar sobre los principios generales de los deberes comunes de los dos cónyuges, señalaba que “siendo el matrimonio un contrato en que un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente (art. 102), debía engendrar obligaciones civiles perfectas y no solamente deberes morales cuyo cumplimiento quedara abandonado a los escrúpulos de la conciencia privada”.

²⁷¹ Art. 5° N°4 de la Nueva Ley de Matrimonio Civil (Ley N°19.947, de 17 de mayo de 2004), que dispone que no podrán contraerlo “los que carecieran de suficiente juicio o discernimiento para comprender y comprometerse con los derechos y deberes esenciales del matrimonio”.

²⁷² Art. 44 letra a) Ley N°19.947, que dispone como causa de nulidad de matrimonio, “cuando uno de los contrayentes tuviere alguna de las incapacidades señaladas en el artículo 5° de esta ley”.

²⁷³ Art. 26 Ley N°19.947: “La separación judicial podrá ser demandada por uno de los cónyuges si mediare falta imputable al otro, siempre que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común.

No podrá invocarse el adulterio cuando exista previa separación de hecho consentida por ambos cónyuges.

En los casos a que se refiere este artículo, la acción para pedir la separación corresponde únicamente al cónyuge que no haya dado lugar a la causal”.

Según ORREGO ACUÑA, Juan Andrés, *Análisis de la Nueva Ley de Matrimonio Civil*, ed. Metropolitana, Santiago, 2004, pág. 67 y ss., “que se torne intolerable la vida en común”, es una cuestión de hecho, que deberá determinar el juez que conozca de la causa.

Entre los efectos que se prevén como consecuencia de la resolución que declara la separación por culpa de uno de los cónyuges (se debe solicitar al juez que efectúe esta declaración en forma expresa en la sentencia y dejar constancia de ello en la subinscripción matrimonial respectiva), se hallan que el cónyuge culpable: a) pierda el derecho a suceder al otro (arts. 994 y 1182 Cc.); b) en materia de alimentos, sólo tenga derecho a una modesta sustentación (art. 175 Cc.); c) pierda el beneficio de competencia (art. 1625, en relación con el art. 1626 N°2 Cc.); d) se le revoquen las donaciones (arts. 172 y 1790 Cc.); e) en el caso de existir régimen de sociedad conyugal, la mujer puede solicitar se declare la separación judicial de bienes en contra de su marido (art. 155 inc. 2° Cc.). Sobre esta materia, pueden consultarse las obras de GARCÍA CANTERO, Gabriel, Chile estrena divorcio, en *Actualidad Civil*, N°5, marzo de 2005, pág. 526 y ss.; VÉLIZ MÖLLER, Patricio, *Divorcio, nulidad y separación*. Los caminos frente a la ruptura, ed. Cerro Manquehue, Santiago, mayo 2004,

los cónyuges²⁷⁴ (entre los efectos que origina el divorcio – sanción o por culpa de uno de los cónyuges, el más destacable²⁷⁵ es la facultad discrecional conferida al juez en el inciso 2° del art. 62 de la Ley de Matrimonio Civil, al disponer que en este caso, “podrá denegar la compensación económica que habría correspondido al cónyuge que dio lugar a la causal, o disminuir prudencialmente su monto”)²⁷⁶.

En fin, la comprensión de los deberes y derechos conyugales en todos estos ámbitos, entre otros, unidos a la importancia que revisten para la consecución de los fines que el Código Civil chileno expresa sobre el matrimonio, justifican sobradamente la posición mayoritaria que sobre este punto mantiene la doctrina, y

pág. 44 y ss.; COURT MURASSO, Eduardo, *Nueva ley de matrimonio civil*, Ley 19.947 de 2004 Analizada y Comentada, ed. Legis, Colombia, 2004, pág. 48 y ss.; BARRIENTOS GRANDON y ARÁNZAZU NOVALES, *op. cit.*, pág. 285 y ss.

²⁷⁴ Art. 54 Ley N°19.947: “El divorcio podrá ser demandado por uno de los cónyuges, por falta imputable al otro, siempre que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común.

Se incurre en dicha causal, entre otros casos, cuando ocurre cualquiera de los siguientes hechos: 1° Atentado contra la vida o malos tratamientos graves contra la integridad física o psíquica del cónyuge o de alguno de los hijos; 2° Tránsito grave y reiterado de los deberes de convivencia, socorro y fidelidad propios del matrimonio. El abandono continuo o reiterado del hogar común, es una forma de tránsito grave de los deberes del matrimonio; 3° Condena ejecutoriada por la comisión de alguno de los crímenes o simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública, o contra las personas, previstos en el Libro II, Títulos VII y VIII, del Código Penal, que involucre una grave ruptura de la armonía conyugal; 4° Conducta homosexual; 5° Alcoholismo o drogadicción que constituya un impedimento grave para la convivencia armoniosa entre los cónyuges o entre éstos y los hijos, y 6° Tentativa para prostituir al otro cónyuge o a los hijos”.

Del artículo 54 en referencia, se desprende que el divorcio podrá ser demandado por uno de los cónyuges, cuando se cumplan los siguientes requisitos: a) que la demanda tenga por fundamento una falta imputable al otro cónyuge; b) que dicha falta constituya una violación grave (ya sea, de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio a los cónyuges, o de los deberes y obligaciones para con los hijos); c) que la gravedad de la falta, torne intolerable la vida en común.

Es menester señalar que el art. 54 agrega que se incurre, “entre otros casos” (frase que demuestra que se trata de una numeración abierta, enunciativa, y no taxativa, aunque en sentido contrario se manifieste GARCÍA CANTERO, Chile estrena divorcio..., *cit.*, pág. 528, al decir que en este precepto “hay una lista cerrada de hechos que permite solicitar esta modalidad de divorcio”), en la causa de divorcio, en lo que a nosotros nos interesa, N°2, cuando hay una “tránsito grave y reiterado de los deberes de convivencia, socorro y fidelidad propios del matrimonio. El abandono continuo o reiterado del hogar común, es una forma de tránsito grave de los deberes del matrimonio”, gravedad y reiteración que deberá ser ponderada por el juez en cada caso. Véase a ORREGO ACUÑA, *op. cit.*, pág. 111 y ss.; VÉLIZ MÖLLER, *op. cit.*, pág. 50 y ss.; COURT MURASSO, *op. cit.*, pág. 82 y ss.

²⁷⁵ Existen otros, como la posibilidad del cónyuge inocente para revocar las donaciones hechas al culpable del divorcio, como previenen los ya citados arts. 172 y 1790 del Cc. chileno.

²⁷⁶ ORREGO ACUÑA, *op. cit.*, pág. 133 y ss.; DOMINGUEZ HIDALGO, Carmen, Seminario: *Compensación económica en la Nueva Ley de Matrimonio Civil*, organizado por el Colegio de Abogados de Chile A.G., 13 de octubre de 2005, pág. 18; GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz, Seminario: *Compensación económica en la Nueva Ley de Matrimonio Civil*, organizado por el Colegio de Abogados de Chile A.G., 20 de octubre de 2005, pág. 15; GARCÍA CANTERO, Chile estrena divorcio..., *cit.*, pág. 531; VÉLIZ MÖLLER, *op. cit.*, pág. 62; BARRIENTOS GRANDON y ARÁNZAZU NOVALES, *op. cit.*, pág. 428; COURT MURASSO, *op. cit.*, pág. 87.

que los entiende como verdaderos deberes y derechos jurídicos, descartando con ello, aquella exigua posición que destaca exclusivamente su fuerza moral basada en el afecto y en la responsabilidad individual, dejando en un segundo plano su relevancia jurídica²⁷⁷.

B.- Disponibilidad de los recíprocos deberes y derechos conyugales:

Vinculado a la naturaleza jurídica, debemos pronunciarnos, aunque sea mediante unas breves palabras, respecto a la disponibilidad o indisponibilidad de estos deberes, cuyas conclusiones vienen a reafirmar el carácter jurídico de los mismos.

En lo que respecta a esta materia, relacionada con el principio de la autonomía de la voluntad dispuesto en el art. 1255 Cc., debemos enunciar, que si bien existe una posición dominante dentro de la doctrina que los considera como indisponibles, no faltan autores que discrepan, matizando dicha afirmación – como GETE – ALONSO -, o que son contrarios a ella, como expone RAGEL SÁNCHEZ.

Dentro de la postura mayoritaria, que defienden la absoluta indisponibilidad, encontramos a autores como SANCHO VILLARREAL, quien, refiriéndose al deber de fidelidad, y después de reiterar que éste es un deber legal, consistente en un específico comportamiento exigido por el ordenamiento a los cónyuges, como necesario para el orden jurídico, expresa que en “este sentido, siempre se ha considerado que los cónyuges no pueden disponer, al menos inicialmente, mediante convenio de este deber – afirmación que es plenamente extensible a los demás

²⁷⁷ En este sentido hallamos a MARTINIC GALETOVIC, María Dora y WEINSTEIN WEINSTEIN, Graciela, Nuevas tendencias de las uniones conyugales de hecho, en URREJOLA SCOLARI, Bárbara (Coord.), *Instituciones de Derecho de familia*, ed. LexisNexis, Santiago, marzo 2004, pág. 29 y ss., quienes, si bien reconocen que “el matrimonio es un acto y un estado que el Derecho sanciona y protege plenamente”, en definitiva rescatan sólo el carácter moral, al manifestar que “los derechos – deberes establecidos en los artículos 131, 133 y 134 de nuestro Código Civil para los cónyuges no tiene primordialmente, sin perjuicios de las sanciones legales que correspondan, más que una fuerza moral basada en el afecto y en la responsabilidad del individuo”.

deberes y derechos – que se configura como de orden público, aunque actualmente, ese carácter se ha ido debilitando”²⁷⁸.

Por su parte, LACRUZ, comentando el art. 68 Cc., en particular los deberes de convivencia y fidelidad, expone que “en esta limitada medida, la materia de la convivencia me parece indispensable: los cónyuges pueden estar de acuerdo en no vivir juntos en absoluto, por tiempo definido o indefinido, pero no pueden pactarlo con eficacia sino, a lo más, como un medio de concluir con el matrimonio: no para permanecer en él” y, que “para el Derecho español, pienso yo que aquellos hechos que sólo se manifiestan en las relaciones íntimas de los cónyuges no pueden ser materia de convenio con eficacia jurídica, y por tanto que tampoco cabe atribuir consecuencias a su infracción”, respectivamente²⁷⁹.

En el mismo sentido, GARCÍA CANTERO²⁸⁰ es tajante al analizar también el art. 68 Cc., argumentando que “hay que seguir manteniendo que se trata de normas imperativas, al menos en el sentido de que serían nulos radicalmente los pactos en virtud de los cuales los cónyuges se comprometiesen a no convivir nunca²⁸¹, se autorizasen recíprocamente a mantener relaciones sexuales con terceros o se dispensasen del deber de alimentos; si tales acuerdos hubieran entrado de algún modo como determinaciones accesorias del consentimiento matrimonial, se tendrían por no puestos a tenor del párrafo 2º del artículo 45”.

Sin embargo, es GETE – ALONSO Y CALERA²⁸² quien, pese a afirmar en términos genéricos que el “status matrimonial es indisponible”, aclara que para encontrar una respuesta definitiva, a la luz del nuevo ordenamiento, se debe distinguir la oportunidad y contenido de los pactos o convenios celebrados por los contrayentes o cónyuges, para determinar su disponibilidad o no. Señala, que cualquier pacto previo a la celebración del matrimonio, destinado a eliminar radicalmente cualquiera de los deberes y derechos, acarrearía la inexistencia del consentimiento matrimonial (art. 45.1) y la nulidad del matrimonio (art. 73.1), con

²⁷⁸ SANCHO VILLARREAL, *op. cit.*, pág. 82.

²⁷⁹ Véase a LACRUZ BERDEJO, Comentario al artículo 68..., *cit.*, págs. 654 y 656; LACRUZ BERDEJO, *et al.*, *Elementos de Derecho Civil IV*, Derecho de familia, vol. I... (1990), *cit.*, págs. 136 y 138.

²⁸⁰ GARCÍA CANTERO, Artículos 42 a 107 del Código Civil..., *cit.*, pág. 192.

²⁸¹ En el mismo sentido se pronuncia SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, pág. 124, quien expresa que “el deber de convivencia es de orden público; no cabe convenio alguno sobre él, ni entre los cónyuges ni con tercero”.

²⁸² GETE – ALONSO Y CALERA, *op. cit.*, pág. 320 y ss.

independencia de que el consentimiento de los contrayentes haya sido prestado en forma voluntaria o por medio de engaños, como la simulación. Ahora, si el contenido del pacto no está destinado a eliminar algún deber o derecho, pero igualmente lo modifica sustancialmente – cuestión que quedaría entregada a la interpretación de las partes, y en último término al juez -, sostiene que éste carecería de relevancia jurídica, ya que supondría una condición, modo o término que, de conformidad al art. 45.2 Cc. se tendría por no puesto. Por último, si sólo contiene una modificación o variación de los deberes o derechos, con la finalidad de concretarlos, dicho pacto, al no estar impedido, sería plenamente válido.

En cuanto a los pactos o convenios celebrados después de creado el vínculo matrimonial, GETE - ALONSO comentaba, apoyado en las antiguas normas de los arts. 82 y 86 Cc., para los casos de separación y divorcio - modificados hoy por la Ley 15/2005 -, que la expresa autorización del legislador prevista en los arts. 82 y 86 Cc., permitía a los cónyuges eliminar el deber de convivencia, o el art. 82.1 apartado 2º, que en el caso de separación de hecho libremente consentida o impuesta por alguno de ellos, “relajaba”²⁸³ el deber de fidelidad. No obstante, pese a la modificación de las citadas normas, creemos que en la actualidad, las palabras del citado autor siguen siendo plenamente válidas, fundados ahora en el principio de libertad, destacado en la exposición de motivos de la Ley 15/2005, que pretende tener “su más adecuado reflejo en el matrimonio”.

ALONSO PÉREZ, junto con resaltar la distinción de GETE – ALONSO, se adhiere a la posición mayoritaria, agregando que estos deberes, atendido su carácter personal con contenido moral, no son disponibles, “de ahí que no se pueda por pacto excluir o variar de forma sustancial los derechos y deberes establecidos en los arts. 67 y 68 Cc.”²⁸⁴.

²⁸³ En el mismo sentido, y apoyado igualmente en el art. 82.1 párrafo 2º, ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil IV...*, *cit.*, pág. 120, reitera que “este texto, por lo menos *tolera* la infidelidad por la sola existencia de la separación de hecho”; ALONSO PÉREZ, *Dialéctica entre fidelidad...*, *cit.*, pág. 63, participa de uniforme opinión.

²⁸⁴ ALONSO PÉREZ, *ibid*, pág. 50 y ss.; en el mismo sentido se expresa ATIENZA NAVARRO, *La incidencia de las reformas...*, *cit.*, pág. 157 y ss., al decir, “en particular, hay que tener en cuenta que esos derechos y deberes de los cónyuges configuran y determinan en sí mismos lo que es el matrimonio. Esto es, el contenido de la relación matrimonial viene fijado en la ley al establecer los deberes de fidelidad, convivencia, respeto, ayuda y actuación en interés de la familia. Es por consiguiente, imposible que los contrayentes

Como anuncié precedentemente, contrario al parecer mayoritario, es la posición de RAGEL SÁNCHEZ²⁸⁵; para este autor, los deberes y derechos conyugales, después de contraído el vínculo matrimonial, son plenamente disponibles para los cónyuges mediante pacto, no sólo con ocasión de una separación de hecho acordada mutuamente o impuesta por uno de ellos como lo hace GETE – ALONSO, sino aún cuando éstos quieran seguir casados, pero se dispensan recíprocamente de un deber o derecho, como el de convivencia. Para llegar a dicha conclusión, recurre a la figura del perdón como fuente de efectos jurídicos, reconocido por el ordenamiento para las situaciones de separación matrimonial; así pues, a virtud de lo expuesto en el art. 84 Cc.²⁸⁶, señala que la reconciliación es un acuerdo estipulado entre cónyuges, por medio del cual, dejan sin efecto la petición de separación, aunque el proceso ya se haya iniciado. Agrega que bajo este escenario, nadie discute el mencionado pacto reconciliatorio, ni mucho menos alega su nulidad amparado en la ilicitud o inmoralidad de su causa, coligiendo que la misma razón que justifica a éstos, debiera aplicarse a los pactos reconciliatorios cuando se otorgan por anticipado, antes que se produzcan los hechos que configuren la causa de separación; serían, según él, perdones anticipados, que servirían para prevenir futuros conflictos, donde “lo que realmente interesa es que estén de acuerdo”.

Sólo advierte que estos pactos, en los cuales se renuncia a la exigibilidad de algunos deberes y derechos, serán válidos en la medida que respeten la dignidad de los cónyuges, conserven éstos la facultad de desistirse del mismo en cualquier tiempo, y no comprendan la totalidad de los deberes y derechos conyugales, ya que esto último importaría un pacto de separación de hecho y no de concreción o modalidad de la convivencia.

determinen de otro modo la relación jurídica que crean, éstos no pueden alterar el esquema legal de sus recíprocos derechos y deberes ni sustituirlo por otro”.

²⁸⁵ RAGEL SÁNCHEZ, *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho civil: Familia...*, cit., págs. 125 y ss.

²⁸⁶ Art. 84 Cc. “La reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo resuelto en él, pero ambos cónyuges separadamente deberán ponerlo en conocimiento del Juez que entienda o haya entendido en el litigio. Ello no obstante, mediante resolución judicial, serán mantenidas o modificadas las medidas adoptadas en relación a los hijos, cuando exista causa que lo justifique”.

De las perspectivas reseñadas, nos adherimos parcialmente a la doctrina dominante, eso sí, con la distinción propuesta por GETE – ALONSO y resaltada por ALONSO PÉREZ; no nos fundamos en un argumento de autoridad – el cual tampoco rechazamos -, sino que creemos que los deberes y derechos conyugales, efectivamente, antes de contraer el vínculo matrimonial, no son susceptibles de ser derogados ni modificados sustancialmente, son deberes legales, ya que ellos, constituyen el verdadero contenido del matrimonio en lo concerniente a sus efectos personales; desde el Derecho romano el matrimonio ha sido una figura jurídica regulada por los ordenamientos jurídicos, tanto en sus aspectos personales y patrimoniales, y ello se ha conservado hasta nuestros días; si bien, no desconocemos que se han producido cambios importantes – v. gr., la facultad de disolución del vínculo -, el contenido mínimo del mismo se ha mantenido; el deber de respeto, ayuda y socorro mutuo, de vivir juntos, y fidelidad, a nuestro entender, es lo que precisamente constituye el matrimonio, o mejor dicho, lo que da vida al vínculo que de él emana. Quién quiera eliminar alguno de éstos, como condición, término o modo para su celebración, es mejor que se aleje de él, no sólo porque el art. 45²⁸⁷ Cc. disponga que se tendrán por no puestos, sino porque en el ordenamiento español no existe el “matrimonio a la carta”²⁸⁸, lo cual en definitiva viene a reafirmar el carácter jurídico de los deberes conyugales.

Ahora bien, después de celebrado el matrimonio, creemos que es posible que los cónyuges dispongan de la obligatoriedad de los deberes y derechos conyugales; si bien, sostener lo contrario es plenamente justificable en teoría, creemos que es desconocer cierta realidad sociológica que se halla en el ambiente actual – realidad social que, conforme al art. 3 N°1²⁸⁹ Cc. constituye una herramienta de interpretación -, es ser, quizá, un poco utópico e ilusorio. Si bien, existen muchos matrimonios en la sociedad española cuyos cónyuges cumplen todos y cada uno de

²⁸⁷ Art. 45 Cc. “No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial. La condición, término o modo del consentimiento se tendrá por no puestos”.

²⁸⁸ La expresión no es nuestra, sino del mismo RAGEL SÁNCHEZ, *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho civil: Familia...*, cit., pág. 128.

²⁸⁹ Art. 3.1 Cc.: “Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”.

los deberes y derechos conyugales, no es menos cierto que existen otros, en los cuales los cónyuges se han dispensado, anticipada o posteriormente, mediante pactos o convenios expresos o inclusive tácitos y, preferentemente verbales (dudamos que podamos encontrarnos con un pacto escrito de esta naturaleza, pero aún así, no descartamos dicha posibilidad), la obligatoriedad de alguno de los deberes conyugales – no todos como limita RAGEL -, al decir de un vulgo, se han otorgado ciertas “licencias matrimoniales”, pero aún así, siguen manteniendo y alegando, férreamente, la existencia y vigencia de su matrimonio, de su vínculo matrimonial, fundados especialmente, en el perdón y reconciliación de ellos mismos²⁹⁰.

IV.- APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD EN EL DERECHO DE FAMILIA.

Otro de los principales argumentos que se invocaban por la doctrina y jurisprudencia para rechazar el recurso de las normas de responsabilidad civil, por lo menos hasta la Ley 15/2005 de 08 de julio, lo constituía la aplicación exclusiva y excluyente de las medidas expresamente previstas por el legislador para el caso de infracción; según esta posición, el principal efecto, radicaba en el hecho que para el legislador, el incumplimiento de los deberes y derechos conyugales era constitutivo de causa de separación y divorcio, medida suficientemente eficaz que desterraba cualquier recurso a las normas de responsabilidad civil por los daños que se pudieran ocasionar.

²⁹⁰ Sobre el particular ALONSO PÉREZ, *Dialéctica entre fidelidad...*, *cit.*, pág. 59, reconoce que en la práctica, bajo el escenario de la separación de hecho, esta siendo habitual que los cónyuges – siguen siendo cónyuges porque aún se encuentran unidos por matrimonio -, se otorguen algún documento donde se dispensan o renuncian a su derecho a la fidelidad; sus palabras son muy diáfanas al decir, “únase a todo eso que va siendo cada vez más frecuente en la práctica la existencia de separaciones de hecho en la que los esposos otorgan algún documento en el que se conceden libertad en todos los aspectos, lo que ciertamente es una dispensa o renuncia a su derecho a la fidelidad. Documento que la conciencia jurídica... de la sociedad (cada vez más permisiva) no rechaza, o por lo menos tolera”; ahora, si por la realidad sociológica actual, los cónyuges separados de hecho se pueden otorgar “libertad en todos los aspectos”, no veo dificultad en que, constante matrimonio, se concedan licencias limitadas a alguno de los deberes conyugales, y sigan sosteniendo la vigencia de su matrimonio por su libre y soberana decisión.

En efecto, hasta antes de la citada ley, se rechazaba cualquier aplicación de las normas de responsabilidad civil para la situación propuesta, sosteniendo como principal argumento, que ante el incumplimiento de los deberes y derechos conyugales, y con independencia de que existan o no daños secuelas de éstos, en virtud del principio de especialidad que rige en el Derecho de familia, sólo era posible administrar las sanciones o medidas expresamente previstas en el ordenamiento, a saber del punto de vista civil:

- Causa de de separación (y con ello, de divorcio por aplicación del art. 86 Cc.), según rezaba el artículo 82²⁹¹ Cc.
- Cesación del derecho de alimentos entre cónyuges, art. 152 N°4²⁹² en relación con el art. 855 Cc.;
- Causa de desheredación, art. 855 N°1²⁹³ en relación con el art. 756 N°2, 3, 5 y 6 Cc.²⁹⁴;
- Causa de revocación de donaciones entre contrayentes, art. 1343²⁹⁵ Cc.

²⁹¹ Artículo 82 Cc.: “Son causas de separación conyugal: N°1 el abandono injustificado del hogar, la infidelidad conyugal, la conducta injuriosa y cualquier otra violación grave o reiterada de los deberes conyugales”.

²⁹² Artículo 152 Cc.: “Cesará también la obligación de dar alimentos: 4° cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación”

²⁹³ Artículo 855 Cc.: “Serán justas causas para desheredar al cónyuge, además de las señaladas en el artículo 756 con los números 2°, 3°, 5° y 6°, las siguientes: 1° haber incumplido grave o reiteradamente los deberes conyugales”.

²⁹⁴ Según reza el art. 855 N°1, se comprenden en él dos situaciones alternas que permiten desheredar a un cónyuge, ya sea por medio de un incumplimiento grave o una infracción menos grave – simple incumplimiento – pero reiterada de los deberes comprendidos en los arts. 67 y 68 Cc. Véase BUSTO LAGO, José Manuel, De la desheredación, artículos 848 a 857, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ – CANO, Rodrigo (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, segunda edición, ed. Thomson – Aranzadi, Navarra, 2006, pág. 1043 y ss.

Ejemplo de lo anterior lo constituye la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2003 (RJ 2003, 6442), que acogió la petición de desheredación en contra de la cónyuge sobreviviente por incumplimiento grave de los deberes de ayuda y socorro mutuo, al no prestar a su cónyuge la asistencia cumplida – moral, física, apoyo, comprensión y demás – a que estaba obligada, al haberlo abandonado en Venezuela en circunstancias que se le había diagnosticado una grave enfermedad – cáncer maligno –, y que precisó de dos intervenciones antes de regresar a España y fallecer. En el mismo sentido la SAP de Islas Baleares, de 22 de febrero de 2008 (JUR 2008, 227408), y en *Diario La Ley*, N°7047, Sección Jurisprudencia, de 03 de noviembre de 2008, rechazó la impugnación del testamento presentado por el cónyuge de la difunta, donde ésta lo desheredaba “por malos tratos de palabra y obra que motivaron asistencia médica”, confirmándose la sentencia de primer grado en virtud del art. 855 N°1 Cc., y resolviendo en definitiva que “*el Sr. José Francisco infringió gravemente los deberes conyugales, concretamente el de respeto hacia la esposa, y además concurrió reiteración, por cuanto la agredió en diversas ocasiones y la tenía presa de constante temor, por amenaza relevante anunciada*”.

RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, El perdón de conductas ofensivas en la donación y en la sucesión mortis causa, en *Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de Extremadura*, vol. XVI, Cáceres, 1998, pág. 173 y ss., en particular, pág. 183, añade que en todo caso, no se debe olvidar que se estima una “forma tácita de perdón” el restablecimiento de la vida conyugal, cuya norma dispuesta en el art. 856 Cc. se aplicaría tanto en materia de desheredación como de indignidad.

Además, se argumentaba que el legislador civil había prescindido de toda idea de culpa en el ámbito matrimonial, estableciendo causales de separación y divorcio amparadas en un criterio objetivo, huyendo del divorcio “sanción” y optando por uno denominado “de ruptura”, “de remedio”, como una respuesta al quiebre matrimonial, al cese efectivo de la convivencia conyugal²⁹⁶ – frente a las causales de separación y divorcio radicadas en la “culpa”, como en el derecho francés -, rechazando con ello, todo criterio, medida o norma, como las de la responsabilidad civil, que pudieran envolver cierta búsqueda de culpables al interior del matrimonio.

Dentro de esta postura encontrábamos a FERRER RIBA²⁹⁷, según dimos cuenta de su opinión en nuestro primer capítulo, al referirnos al estado actual de la cuestión en la doctrina y jurisprudencia, remitiéndonos a dichas palabras²⁹⁸, y a ALBALADEJO²⁹⁹, quien al realizar las consideraciones previas de los deberes conyugales citaba, “no hay generalmente posibilidad de imponer su cumplimiento

²⁹⁵ Artículo 1343 Cc.: “En las otorgadas por los contrayentes..., Se estimará ingratitud, además de los supuestos legales, el que el donatario incurra en causa de desheredación del artículo 855 o le sea imputable, según la sentencia, la causa de separación o divorcio”; si bien, conforme la Ley 15/2005 que modificó los arts. 81 y 86 Cc. no es necesario expresar causal para la solicitud de separación o divorcio, nada prohíbe que así se haga constar y acredite por el actor, a efectos de hacer aplicar la norma en comento.

²⁹⁶ ALONSO PÉREZ, Mariano, Comentario al art. 86, en LACRUZ BERDEJO, José Luis, (Coord.), *Matrimonio y divorcio, Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil*, segunda edición, ed. Civitas, Madrid, 1994, pág. 893.

²⁹⁷ FERRER RIBA, Relaciones familiares y límites del derecho de daños, en *InDret...*, cit., pág. 14 y ss.; FERRER RIBA, Relaciones familiares y límites del derecho de daños, en CABANILLAS..., cit., pág., 1854 y ss.; en todo caso, creemos oportuno recordar que la justificación de la opinión del autor en comento se encuentra “en la interferencia que una acción de daños provoca en los principios que rigen un sistema de separación o divorcio no culpabilístico”.

²⁹⁸ Muy crítica de esta postura se manifiesta RODRÍGUEZ GUTIÁN, Alma M^a, Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre los miembros de la pareja de hecho, *Revista de Derecho Patrimonial*, N^o10, ed. Aranzadi, Pamplona, 2003, pág. 65 y ss., al señalar que “nuestro artículo 1902 del Código Civil es una norma de redacción abierta, sin una lista taxativa de los supuestos indemnizables, con conceptos igualmente abiertos; por consiguiente admite tanto la inclusión de los daños entre familiares dentro de su tenor literal como la modificación de sus principios generales en el ámbito familiar... Son obligaciones legales – en referencia a los deberes conyugales – sin carácter patrimonial pero desde luego su infracción puede producir un daño moral resarcible y a veces consecuencias económicas”; sin embargo, y pese al rechazo del principio de tipicidad de las sanciones, ella se manifiesta partidaria en admitir que el incumplimiento de los deberes conyugales sólo genera responsabilidad civil cuando sea de tal magnitud “que a través de él se dañen derechos fundamentales o bienes de uno de los cónyuges y siempre y cuando sea doloso”, es decir, en términos muy similares a los expresados por Ferrer Riba, quien defiende el principio de la tipicidad, aceptando sólo la aplicación de las normas de responsabilidad civil frente a aquellas conductas que causen daño a derechos o intereses del otro cónyuge separables de su interés en el mantenimiento del matrimonio y en el respeto a sus reglas.

²⁹⁹ ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil IV...*, cit., pág. 119 y ss.

forzoso específico, sino que, a lo más, en ciertos casos al ofendido sólo le cabe pedir determinados sustitutivos del cumplimiento, o únicamente tiene en su mano medios de hecho que puestos por obra fueren al otro esposo a decidirse por cumplir, o exclusivamente le es posible, ante la conducta en que el incumplimiento consista, optar por otros caminos (que el de obligar a cumplir específicamente) como el de solicitar la separación matrimonial, que podrá acarrear al incumplidor determinadas desventajas, o podrá sustituir por otras cargas a sus expensas el deber incumplido, o que, de algún modo, evitará para el futuro las consecuencias dañosas del incumplimiento”; en otras palabras, limitaba las consecuencias derivadas de la infracción de los deberes a los efectos expresamente regulados en la legislación, como constituir abandono de familia³⁰⁰, causa de separación o de divorcio para el caso del art. 86 N°5³⁰¹ Cc.; más tajante era su opinión, pero siempre en la misma orientación, cuando analizaba el deber de fidelidad, por cuanto afirmaba, apoyándose en la jurisprudencia, que “el incumplimiento del deber de fidelidad no da lugar a indemnización por daños morales (sents. de 22 y 30 de julio 1999)”.

Sin embargo, quienes mayor defensa realizaban de este argumento, eran ROCA I TRÍAS³⁰² y ROMERO COLOMA³⁰³; la primera al exponer que “los

³⁰⁰ Nos parece oportuno comentar lo siguiente: ALBALADEJO rechaza el ejercicio de las acciones indemnizatorias, o sea de las normas de responsabilidad civil, por los daños producto del incumplimiento del deber de vivir juntos, limitando las consecuencias del mismo a los efectos expresamente previstos por el legislador, en el caso, a la pérdida de los derechos de alimentos, causa de separación y, configuración del delito de abandono de familia. Sin embargo, se olvida que si el hecho es constitutivo del delito de abandono de familia, nos remitiremos al Código Penal que, en la Sección 2° Del abandono de familia, menores o incapaces, del Capítulo III De los delitos contra los derechos y deberes familiares, se dispone en su art. 227.3 que “la reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas”, es decir, el autor deberá pagar las sumas vencidas que configuraron el delito, pero además tendrá que responder de la “reparación del daño” procedente del delito, cuestión que inmediatamente nos traslada a los arts. 109 y ss. del texto legal citado, que entre sus normas dispone que “la ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las Leyes, los daños y perjuicios por él causados”, en donde dicho escenario, es plenamente aplicable las acciones indemnizatorias destinadas a reparar los daños derivados del incumplimiento del deber de vivir juntos. De esta forma se observa que, el efecto rechazado por ALBALADEJO es, por el contrario, expresamente aceptado por el legislador penal, cuando el incumplimiento del deber de vivir juntos sea constitutivo del delito de abandono de familia. Para un mayor estudio del delito de abandono de familia propiamente tal, véase QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director) y MORALES PRATS, Fermín (Coord.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, segunda edición (revisada, actualizada y puesta al día), ed. Aranzadi, Navarra, 2001, págs. 1081 y ss.

³⁰¹ Art. 86 Cc. “Son causas de divorcio: N°5 La condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes”.

³⁰² ROCA I TRÍAS, *La responsabilidad civil...*, *cit.*, pág. 546 y ss.

derechos y deberes de los cónyuges se imponen como consecuencia del matrimonio y constituyen el contenido mismo de la institución;... Cuando se alegan como simple causa de separación, no existirán compensaciones indemnizatorias. El daño queda limitado a las relaciones entre cónyuges, sin que tenga más trascendencia que la legitimación para pedir la separación... En todos estos casos, no hay indemnizaciones; el daño ha quedado tipificado con una consecuencia clara y diáfana: la posibilidad del cónyuge inocente, del perjudicado en definitiva, de pedir la separación”; la autora en comento, era mucho más radical al comentar la sentencia de 30 de julio de 1999, sobre la que concluye “en cambio, el argumento de la segunda sentencia se ajusta plenamente a lo que se ha venido insistiendo en este trabajo, dado que el Tribunal Supremo separa claramente determinados incumplimientos de los deberes del matrimonio, a los que considera como causas de separación, de la indemnización. Nos hallamos ante lo que había venido aplicándose en nuestro derecho matrimonial desde el inicio de su regulación con la Ley de Matrimonio civil, de 1870 y que hemos visto aceptar también los juristas anglosajones: el incumplimiento del deber de fidelidad, en el caso de la sentencia, no constituye un supuesto de responsabilidad (contractual según el recurso de casación), sino únicamente causa de separación”. Terminaba agregando que, en los casos expresamente tipificados por el legislador, se deben aplicar exclusiva y excluyentemente las sanciones previstas, como lo es la separación o divorcio para el evento del incumplimiento de los deberes conyugales, ya ocasionen daño o no a cualquiera de los cónyuges. Sólo dejaba abierta la puerta a la posible aplicación de las normas del art. 1902 y ss., para aquellos supuestos que constituyeran delitos o no se encontraran previamente tipificados, hipótesis distintas a las que motivan el apartado de este estudio³⁰⁴.

³⁰³ ROMERO COLOMA, Aurelia María, ¿Genera responsabilidad civil la violación de los artículos 67 y 68 del Código Civil?, en *RC Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, Noviembre de 2000, pág. 544 y ss.

³⁰⁴ ROCA I TRÍAS, La responsabilidad civil..., *cit.*, pág. 561, es muy clara al exponer las conclusiones de su trabajo en referencia, al decir, “el tipo de familia abierto aceptado en la Constitución permite entender que no se excluyen las acciones de responsabilidad civil por daños ocasionados en el seno de las relaciones que se originan. Esto resulta clarísimo en el caso de los delitos cometidos entre parientes, en los que no se excluye la responsabilidad civil por el daño que hayan producido, independientemente que en algunos casos exista una excusa legal para no cumplir la pena.

La segunda autora, también comentando la sentencia de 30 de julio de 1999, rechazaba cualquier posibilidad que el incumplimiento de los deberes conyugales permitiera al cónyuge lesionado accionar por una indemnización de perjuicios por los daños causados, defendiendo, por el contrario, que cualquier infracción de los mismos, toleraba sólo la aplicación de los efectos expresamente previstos por el legislador, como la separación en el caso del fallo comentado, al decir “a mi juicio, la violación de deberes conyugales tales como los preceptuados en los artículos 67 y 68 del Código Civil sólo puede dar lugar a que se inste la separación matrimonial por su transgresión... En cualquier caso, la vía que le queda al cónyuge traicionado u ofendido es la de instar la separación matrimonial por esta causal 1° del artículo 82 en el supuesto que la infidelidad se haya producido, pero nunca la vía de exigir, por la transgresión de dicho deber, así como por la violación del deber de ayuda mutua y respeto recíproco, una indemnización por los daños morales... Es obvio que el Código Civil no contempla la posibilidad de otorgar una indemnización al cónyuge traicionado o engañado. Si esta posibilidad no tiene encuadre en nuestro Ordenamiento jurídico – civil hoy por hoy, no se ve en qué razones fundadas, de carácter jurídico, pueda sostenerse la pretensión solicitada en la sentencia que estoy analizando, de 30 de julio de 1999”³⁰⁵.

Como se observa al estudiar estos argumentos, intencionadamente hemos optado por referirnos a ellos en pasado, a objeto de dar la oportunidad a los autores que en su minuto se adscribieron a ella, puedan modificar o matizar en un futuro sus anteriores conclusiones a la luz de la mencionada reforma de la Ley 15/2005, ya que como hemos dicho reiteradamente, han perdido la principal medida o efecto previsto por el legislador frente al incumplimiento de los deberes conyugales, y que entre otros, los motivaba a sostener el rechazo de la aplicación de las normas de responsabilidad civil frente a los daños causados.

Ahora bien, en el ámbito civil, las cosas no son tan claras. La conclusión es que en el Código rige el principio de la tipicidad, de modo que se prevén determinados daños que tiene específicamente establecida la forma de resarcimiento. Y entonces quedan pendientes aquellos que no se han tipificado. Aplicar entonces la regla del art. 1902 C.c. resulta bastante difícil, pero si este daño se produjera, pienso que nada nos impediría aplicar el principio de que quien causa daño paga, porque las relaciones familiares no son causa de impunidad”.

³⁰⁵ ROMERO COLOMA, ¿Genera responsabilidad..., *cit.*, pág. 548.

No obstante, debemos señalar que autores como LACRUZ, entre otros, aún antes de la derogación de las causales de separación y divorcio, rechazaban el principio de especialidad del Derecho de familia, defendiendo la aplicación de las normas de responsabilidad civil frente a los daños causados por incumplimiento de los deberes conyugales, sosteniendo que “no vale alegar la presencia de unas limitadas sanciones específicas para castigar la infidelidad o el abandono (desheredación, causa de separación), o bien la idea general del legislador de prescindir de la declaración de culpabilidades en tema de divorcio o la eficacia de éstas en la separación, motivo que no es suficiente para suprimir la vigencia de las normas sobre daños y resarcimiento”³⁰⁶.

De la misma opinión participan la doctrina y jurisprudencia italiana, al manifestar en forma clara, de que la existencia de unas sanciones típicas o específicas del Derecho de familia, no impiden ni son incompatibles con la aplicación general del resto del ordenamiento jurídico, y para nuestro supuesto, con las normas sobre responsabilidad civil para resarcir los daños causados entre cónyuges, cuando por incumplimiento de un deber conyugal se verifique un delito o se lesione un derecho fundamental, ya que por medio de ellas no se cumple el mandato constitucional italiano ni el principio general de tutela aquiliana; así lo describe FRACCON, al decir “*dall’analisi delle sanzioni cosiddette tipiche o speciali risulta chiaramente la loro inidoneità a proxy in funzione sostitutiva della tutela risarcitoria del cónyuge lesa, e, dunque, è da escludere che le norme che le*

³⁰⁶ LACRUZ BERDEJO, Comentario al artículo 68..., *cit.*, pág. 663; LACRUZ BERDEJO, *et al.*, *Elementos de Derecho Civil IV*, Derecho de familia, vol. I... (1990), *cit.*, pág. 143; en el mismo sentido se manifiesta MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, *¿Cabe la indemnización...*, *cit.*, al expresar claramente que “en definitiva, con independencia de la situación de posible separación o divorcio o de su tipificación en la esfera del derecho penal, el incumplimiento de los deberes conyugales debe dar lugar a una reparación de daños y perjuicios cuando se den los presupuestos generadores de la responsabilidad civil. El que existan unas sanciones propias del Derecho de familia a determinadas conductas no es argumento suficiente para aplicarlas con carácter excluyente, porque la responsabilidad por daños no es un efecto de la separación o del divorcio, dándose sólo cuando se dan los elementos de la responsabilidad”, agregando que “la admisión de la separación o del divorcio como respuesta única del Ordenamiento Jurídico a los casos de infracción de los deberes conyugales supone una protección limitada al cónyuge que sufre el incumplimiento conyugal, siendo que en muchos de estos incumplimientos están en juego derechos fundamentales u otros bienes dignos de tutela jurídica (derecho al honor, a la integridad física y psíquica, a la salud); tal protección limitada a la persona del cónyuge está en contradicción con la tutela que la Constitución otorga hoy a cada persona mediante el reconocimiento de muchos de estos derechos”.

prevedono, abbiano attuato il precepto costituzionale”³⁰⁷, defendiendo la compatibilidad de las acciones de los arts. 129 y 129 bis del Codice civile, que regulan la pensión compensatoria, con el art. 2043, atendido la diversa finalidad y función de dichas pretensiones.

En el mismo sentido se manifiestan, BONA³⁰⁸, DE VERDA³⁰⁹, MARÍN³¹⁰ apoyados en la sentencia del Tribunal de Milán de 10 de febrero de 1999³¹¹ y, en el fallo de la Corte de Casación Civil de 10 de mayo de 2005³¹², ambas ya citadas al analizar la naturaleza jurídica de los deberes conyugales; esta última resolvió, que no puede invocarse el argumento de la especificidad y carácter completo de las normas del Derecho de familia, para sostener que la infracción de los deberes conyugales hallan su propia y exclusiva sanción en las medidas típicas en ellas previstas, como son la separación y el divorcio, ya que la naturaleza, función y límites de estas medidas, hacen evidente que éstas no son incompatibles con la tutela de los derechos constitucionalmente garantizados, no pudiéndose excluir que un sólo hecho pueda dar lugar a la separación o divorcio, y al mismo tiempo, pueda ser generador de responsabilidad aquiliana, si concurren los requisitos para ello.

Ahora, dentro de la jurisprudencia española, destaca la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de julio de 1999, al ser la primera en rechazar en virtud del principio de especialidad de las sanciones del Derecho de familia, la aplicación de las normas de responsabilidad civil frente a los daños causados a cualquiera de los cónyuges, por el incumplimiento de los deberes conyugales vigente el matrimonio.

³⁰⁷ FRACCON, Comentario a la sentencia del Tribunale di Milano, 10 febbraio 1999..., *cit.*, pág. 384 y ss.; la misma autora reafirma en FRACCON, Nuovi approdi della responsabilità..., *cit.*, pág. 698, que “la diversa natura e finalità di questi rimedi – e tali sono anche la stessa separazione e il divorzio – e i loro limiti intrinseci lasciano intatta la sfera di applicabilità dell’art. 2043 c.c. a quei comportamenti che presentino (anche) i requisiti della responsabilità civile, così come non precludono la tutela penale, laddove se ne riscontrino le fattispecie tipiche”

³⁰⁸ BONA, *op. cit.*, pág. 399.

³⁰⁹ DE VERDA Y BEAMONTE, Responsabilidad civil..., *cit.*

³¹⁰ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Separación y divorcio..., *cit.*, pág. 156.

³¹¹ Véase en FRACCON, Comentario a la sentencia del Tribunale di Milano, 10 febbraio 1999..., *cit.*, pág. 988 y ss.

³¹² Véase en FRACCON, Nuovi approdi della responsabilità..., *cit.*, pág. 694 y ss.

Así pues, en la sentencia de 30 de julio de 1999³¹³, y quizá la más clara sobre el tema que nos ocupa, el Tribunal Supremo, conociendo del recurso de casación interpuesto por el actor - en el cual pretendía de su cónyuge el resarcimiento de daños morales por el ocultamiento doloso de la verdadera paternidad de dos supuestos hijos matrimoniales³¹⁴, fundado en la infracción de los arts. 67 y 68 en relación con el art. 1101, todos del Cc. -, resolvió en su considerando tercero que “indudablemente, el quebrantamiento de los deberes conyugales especificados en los artículos 67 y 68 del Código civil, son merecedores de un innegable reproche ético – social, reproche que, tal vez, se acentúe más en aquellos supuestos que afecten al deber de mutua fidelidad, en los que, asimismo, es indudable que la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación sustantiva es la de estimar su ruptura como una de las causas de separación matrimonial en su artículo 82 pero sin asignarle, en contra del infractor, efectos económicos,... e, igualmente, no cabe comprender su exigibilidad dentro del precepto genérico del artículo 1101, 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”; en lo particular, concluye en su considerando cuarto “que el daño moral generado en uno de los cónyuges por la infidelidad del otro, no es susceptible de reparación económica alguna, lo cual origina la imposibilidad de atribuir al Tribunal a quo haber infringido, en el aspecto

³¹³ RJ 1999, 5726; en *RC Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, Noviembre de 1999, pág. 571 y ss.; en Auto del Tribunal Constitucional N°140/2001, de 04 de junio (RTC 2001, 140 auto); véase también comentarios a la sentencia en SANCO VILLARREAL, *op. cit.*, pág. 77 y ss.; ROMERO COLOMA, ¿Genera responsabilidad..., *cit.*, pág. 544 y ss.; RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, Denegación de indemnización del daño moral causado por infidelidad matrimonial, *CCJC*, t. 52, enero – marzo de 2000, pág. 153 y ss.

³¹⁴ La acción iniciada por el marido, se había sido motivado por el hecho de la impugnación de la paternidad de dos presuntos hijos matrimoniales solicitada por la ex cónyuge y madre, después de declarado el divorcio por cese efectivo de la convivencia e infidelidad conyugal de la mujer, imputando la paternidad a un tercero; el actor, entre las pretensiones que reclamaba, alegaba una cantidad en concepto de daños morales y patrimoniales. El Juzgado de Primera Instancia, acogió parcialmente la demanda, condenando a la demandada a pagar una suma sólo por concepto de daños morales, al considerar que el actor había sufrido un engaño sobre los que creyó que eran sus hijos por lo que había pasado de tener familia a no tenerla, con el sufrimiento psíquico o espiritual que ello conllevaba; dicho fallo fue objeto de apelación a petición exclusiva de esta última, oportunidad en la cual, la Audiencia Provincial respectiva, acogió íntegramente el recurso, rechazando en definitiva la pretensión.

estudiado, los artículos 67 y 68 del Código civil, en relación con el 1101 del mismo”³¹⁵.

³¹⁵ Sobre el particular, nos parece de interés, traer a la vista las consideraciones expuestas por la Audiencia Provincial de Madrid que, conociendo de este libelo, acogió el recurso de apelación interpuesto por la demandada, desestimando las pretensiones del actor, revocando el fallo de 1º instancia, y que conforme al considerando cuarto de la sentencia de casación el Tribunal Supremo hizo suyas, cuyo tenor literal es el siguiente: “Primero. La Sala debe plantearse, en primer lugar, una cuestión tan sugestiva como problemática dentro del marco jurídico en que necesariamente ha de afrontarse y resolverse la litis. La cuestión es la siguiente: ¿son resarcibles jurídicamente los daños morales causados por la infracción del deber matrimonial de fidelidad por uno de los cónyuges y por el alumbramiento, como consecuencia de tal infracción, de hijos extramatrimoniales dentro del matrimonio? Ninguna duda cabe del reproche ético y social de la conducta de la demandada – apelante, como incuestionable es que tal conducta ya mereció el reproche jurídico consistente en que la referida infracción del deber de fidelidad determinó causalmente el divorcio. En efecto, la sentencia de divorcio, de fecha 15 de febrero de 1988, se fundamentó en el artículo 86.3º b) del Código Civil en relación con el artículo 82.1 del mismo ordenamiento sustantivo, que establece como causa de separación del matrimonio la infidelidad conyugal. Es decir, abolida, afortunada y racionalmente, la tipificación penal del adulterio y del amancebamiento y no habiéndose planteado en el supuesto de autos cuestión alguna relativa al derecho al honor y a la intimidad del actor – apelado, es necesario responder jurídicamente al problema inicialmente planteado: la resarcibilidad, al margen del procedimiento de separación y divorcio, bien en concepto de daños contractuales bien de daños o perjuicios extracontractuales, de los daños morales aducidos por el actor – apelado. No habiéndose recurrido por éste la sentencia de instancia, que desestimó sus pretensiones respecto a los daños patrimoniales causados por la atención a los que creía sus hijos y respecto a la pensión que solicitaba, es ésta la única cuestión que es preciso analizar y resolver en esta alzada. Segundo. La referida sentencia de divorcio analizaba, en su fundamento jurídico cuarto, si la reparación del daño moral tenía o no cabida, en concepto de pensión compensatoria, en el artículo 97 del Código Civil, llegando a la conclusión de que la finalidad específica de dicha pensión (superar o subsanar el desequilibrio económico causado a uno de los cónyuges por la separación o el divorcio) no parece compatible con la reparación del daño moral. Aquella sentencia añadía, como reflexión jurídica de Juzgador, que los posibles daños morales causados por la infidelidad y por el nacimiento de dos hijos a los que el actor (hasta la sentencia recaída en el procedimiento de impugnación de la paternidad) creyó suyos, podían tener un encaje sistemático adecuado en el artículo 1902 del Código Civil. La sentencia apelada estima que se trata de daños morales causados por la infracción del deber contractual de fidelidad, resarcibles, por tanto, a través del artículo 1101 del Código Civil, puesto en necesaria relación con el artículo 1902 del propio ordenamiento. La propia resolución recurrida viene a razonar en el sentido de que todos los deberes de los cónyuges enunciados en los artículos 67 y siguientes del Código Civil son deberes contractuales, al ser el matrimonio un contrato. Pero si ello es así, cabe preguntarse si la infracción de los deberes de respeto y ayuda, de actuación en interés de la familia o de vivir juntos o incluso, del principio de igualdad, puedan dar lugar, independientemente de su posible encaje en figuras jurídicas específicas (abandono de familia, obligación de alimentos, separación y divorcio, etc.), un resarcimiento del daño moral causado por tal infracción. Y la Sala entiende que no cabe sino una respuesta negativa, desde el punto de vista, estrictamente jurídico, a tal cuestión. Aún siendo moral y socialmente reprochable cualquier infracción genérica del deber de todo ciudadano de ser justo, respetuoso con el principio de igualdad, defensor de la libertad personal propia y ajena, cumplidor de sus compromisos sociales y éticos, leal con el pacto social, parece evidente que la infracción genérica de esos deberes incluso constitucionalmente consagrados, siempre que no constituyan una violación conculcación específica de una obligación jurídicamente exigible, no pueden servir de base al resarcimiento del daño moral o del pretium doloris producido por aquella genérica infracción. Por expresarlo de forma más plástica y ejemplificadora: si un dirigente político o un representante popular o un candidato electoral formula determinadas promesas a la opinión pública que después incumple flagrantemente, no parece, razonable entender que ese incumplimiento (por demás habitual y hasta, en ocasiones, lacerante) pueda dar lugar a una pretensión de resarcimiento por daño moral. La Sala considera que, en el supuesto de la litis, si el legislador hubiese querido sancionar jurídicamente la infracción del deber de fidelidad conyugal, no sólo con la separación y el divorcio sino también, con un específico resarcimiento del daño moral irrogado por la infidelidad, hubiese de alguna forma recogido tal posibilidad entre los efectos propios del divorcio o de la separación, previniendo, por ejemplo, ese resarcimiento dentro de la pensión compensatoria. Pero no sólo no lo ha hecho así, sino que ha procurado, en lo posible descausalizar o desculpabilizar tanto la separación como el divorcio, que siguen siendo, sin embargo, la sanción jurídica pertinente a la infidelidad conyugal, aparte, en su caso, las acciones que puedan proceder en concepto de defensa del honor y la intimidad”.

Conforme a los considerandos reproducidos, se desprende que la posición del máximo tribunal, se manifiesta por el rechazo de las acciones indemnizatorias de responsabilidad civil, como mecanismo para resarcir los daños morales, y que nosotros hacemos extensivos a los patrimoniales, padecidos por cualquiera de los cónyuges a consecuencia del incumplimiento de los deberes conyugales. Si bien, advierten que dicha infracción es capaz de producir daños patrimoniales y no patrimoniales – morales – distintos del mero incumplimiento, niegan cualquier aplicación destinada a su reparación, sosteniendo que sólo es posible aplicar las consecuencias o efectos jurídicos expresamente tipificados por el legislador, debido, especialmente, a que entienden que éstos, aunque tengan reconocimiento jurídico al ser comprendidos por el legislador, su contenido es más ético y social, que conlleva a que su cumplimiento dependa más de la conciencia de los individuos que de su coercibilidad jurídica.

Producto de lo anterior, estimamos que a través del fallo de 30 de julio de 1999, el Tribunal Supremo consagró al matrimonio como un campo de inmunidad, de exención de responsabilidad civil, ya que reconociendo la existencia de daños padecidos por el actor, imputables a la demandada, antijurídicos, se refugió en el argumento de la especialidad, de la aplicación exclusiva de los efectos expresamente previstos por el legislador para el incumplimiento de los deberes conyugales, en circunstancias que la *causa petendi* era la reparación de los daños consecuencia de la infracción de deberes jurídicos comprendidos dentro del ámbito matrimonial, desestimando en definitiva un justo derecho a indemnización. Se olvidó que la naturaleza jurídica del matrimonio es la de contrato o negocio jurídico de Derecho de familia, y que en ambos casos, su contenido son deberes jurídicos, bajo cuyo escenario, si se produce un incumplimiento del cual se generen daños para una parte, éstos necesariamente deberán ser indemnizados.

Sobre el particular, nos parece oportuno traer a la memoria las palabras de RAGEL SÁNCHEZ³¹⁶, quien analizando la sentencia de 30 de julio de 1999, expresa que “la cuestión que hemos puesto sobre el tapete tiene unos matices que la convierten en exclusivamente masculina. Obviamente, la infidelidad puede provenir

³¹⁶ RAGEL SÁNCHEZ, Denegación de indemnización..., *cit.*, pág. 162 y ss.

del hombre o de la mujer, y en ambos casos es idénticamente reprochable. Pero la infidelidad seguida de embarazo no se manifiesta de la misma manera cuando el cónyuge infiel es hombre o mujer. Si es varón el infiel, su esposa nunca podrá creer que el hijo de la amante es suyo, en la mayoría de los casos no llegará a convivir y encariñarse con ese niño, ni llegará a pagar manutención o alimentos a su favor, en la creencia que es su descendiente. Por el contrario, si la mujer es infiel, puede ocurrir todo lo que sucedió... La mujer casada podrá reprochar a su marido infiel el adulterio y también la mínima diligencia que tuvo..., pero nunca podrá reprocharle que le haya hecho creer que el hijo es suyo y, a través de ese engaño, tomarle cariño y sufragar sus gastos”³¹⁷.

Siguiendo la misma orientación jurisprudencial de la sentencia de 30 de julio de 1999, hallamos el fallo de la Audiencia Provincial de Segovia, de 30 de septiembre de 2003³¹⁸, en el cual, el mencionado tribunal, conociendo de una demanda de indemnización de perjuicios presentada por doña Soledad en contra de su cónyuge, por el sufrimiento ocasionado a la actora por “el abandono del hogar familiar por parte del marido demandado, dada la grave enfermedad que aquélla padecía y padece”, resolvió rechazar en esta parte dicha demanda, fundado en que “el supuesto abandono por el marido del hogar conyugal no está contemplado en el Código Civil como comportamiento que dé lugar a indemnización alguna, sino exclusivamente su concurrencia es causa para solicitar la separación, el divorcio, o también se considera causa de desheredación”, expresando en su fundamento de

³¹⁷ Continúa RAGEL SÁNCHEZ comentándonos que “por el contrario, cuando el Tribunal Supremo, compuesta sólo por magistrados varones (la primera mujer en ser nombrada miembro del Tribunal Supremo español, Sala Social, fue la magistrada Milagros Calvo, el 23 de enero de 2002), se encuentra con una cuestión femenina, como sucedió en la sentencia de 26 de noviembre de 1985, antes mencionada, se concede sin problemas a la mujer una indemnización por daño moral, a consecuencia de la nulidad de su matrimonio puesto que se había frustrado la idea lucrativa o de asistencia material que comporta el matrimonio, así como la esperanza de lograr una familia legítimamente constituida. ¿Por qué razón no se dijo aquí que la indemnización por daño moral no estaba expresamente prevista en sede de nulidad?”

Por último, culmina diciendo que “ante el problema exclusivamente masculino que estamos comentando, la Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo han adoptado una decisión que, como mínimo, demuestra una escasísima sensibilidad hacia el sentido de los varones.... Esa actitud puede ser incluso no deliberada, sino reflejo del aire que se respira en nuestra sociedad, de vigilancia microscópica hacia el problema de la mujer, en la que cualquier decisión desafortunada de un juez tiene inmediatas repercusiones en los medios de comunicación. Si vemos una película que un hombre pega a una mujer, es un melodrama, son malos tratos; pero si la que golpea es la mujer, es una comedia, todo se queda en una carcajada”.

³¹⁸ JUR 2003, 244422.

derecho segundo que “si bien es cierto que los deberes de ayuda y socorro mutuos entre ambos cónyuges están proclamados en los arts. 67 y 68 y son comprensivos no sólo de lo que materialmente pueda entenderse como alimentación, sino de otros cuidados de orden ético y afectivo, se trata de deberes incoercibles que no llevan aparejada sanción económica alguna – con excepción del deber de alimentos, que en este caso no fue incumplido – sino, como decimos, son contemplados exclusivamente como causa de separación, divorcio y desheredación”.

Por último, las sentencias de las Audiencias Provinciales de León de 02 de enero de 2007³¹⁹ y Barcelona de 16 de enero de 2007³²⁰, se limitan a reproducir en el mismo sentido la STS de 30³²¹ de julio de 1999, en cuya parte considerativa dispone que “el quebrantamiento de los deberes conyugales especificados en los arts. 67 y 68 del Código Civil, son merecedores de un innegable reproche ético – social,....., es indudable que la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación sustantiva es la de estimar su ruptura como una de las causas de separación matrimonial en su art. 82 pero sin asignarle, en contra del infractor, efectos económicos”³²².

Asimismo, defensores del principio de especialidad del Derecho de familia frente a los daños causados por los cónyuges entre sí por incumplimiento de los deberes conyugales es el ordenamiento civil alemán, pese a disponer de una especial protección estatal sobre el matrimonio y familia en general (artículo 6³²³ de la Ley

³¹⁹ JUR 2007, 59972.

³²⁰ JUR 2007, 323682; y en *Revista Jurídica de Catalunya*, Jurisprudencia, N°II, Barcelona, 2007, pág. 328 y ss.

³²¹ Según, oportunamente, advierte FARNÓS AMORÓS, Esther, Indemnización del daño moral derivado de ocultar la paternidad, comentario a la SAP Barcelona, Sec. 18, de 16.1.2007, en *InDret*, octubre de 2007, (http://www.indret.com/pdf/482_es.pdf), la referencia a la sentencia del Tribunal Supremo debe entenderse a la citada STS de 30 de julio de 1999 y no de 07 de julio como erróneamente dice.

³²² Sobre estas mismas sentencias volveremos más adelante, cuando estudiemos aquellos casos en los cuales excepcionalmente se ha admitido la reparación, pero no por el incumplimiento de los deberes conyugales, sino que por la ocultación dolosa de la paternidad, como una infracción al deber general de no causar daño del artículo 1902 Cc.

³²³ Artículo 6 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana: “Matrimonio y familia, hijos extramatrimoniales. 1) El matrimonio y la familia se encuentran bajo la protección especial del orden estatal. 2) El cuidado y la educación de los hijos son el derecho natural de los padres y el deber les incumbe

Fundamental de la República Federal de Alemania³²⁴), como la obligación personal de los cónyuges de vivir en comunidad conyugal, parágrafo 1353³²⁵ del BGB (los deberes como fidelidad, socorro o ayuda mutua, y respeto, contemplados expresamente en otros ordenamientos, están sumidos, incorporados dentro de esta obligación genérica).

Como manifiestan ENNECCERUS, KIPP y WOLFF³²⁶, el máximo Tribunal alemán (BGH o *Bundesgerichtshof*), comparte la opinión de rechazar cualquier aplicación del parágrafo 823³²⁷ BGB para este escenario, manteniendo con ello, la posición instaurada por los redactores del BGB, en el sentido que los reclamos por las pérdidas sufridas por cualquiera de los cónyuges como consecuencia de la negligencia de las obligaciones maritales del otro, son incompatibles con la naturaleza del matrimonio, y que de admitirlos, importaría una pena para el divorcio³²⁸; el citado tribunal añade que sólo corresponde el recurso exclusivo y excluyente de los efectos y sanciones expresamente previstos en el Derecho de familia³²⁹, descartando cualquier acción civil entre cónyuges, destinada a la reparación de los daños y perjuicios causados por incumplimiento³³⁰.

prioritariamente a ellos. La comunidad estatal velará por su cumplimiento. 3) En contra de la voluntad de las personas autorizadas para su educación, los hijos sólo podrán ser separados de sus familias en virtud de una ley, cuando las personas autorizadas para su educación no cumplan con su deber o cuando, por otros motivos, los hijos corran peligro de quedar abandonados. 4) Toda madre tiene el derecho a la protección y a la asistencia por parte de la comunidad. 5) La legislación deberá asegurar a los hijos extramatrimoniales las mismas condiciones que para los hijos nacidos dentro del matrimonio en lo que respecta a su desarrollo físico y espiritual y a su posición social”.

³²⁴ Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, del 23 de mayo de 1949 (Boletín Oficial Federal 1, pág. 1) (BGBl III 100-1), enmendada por la Ley de 26 de noviembre de 2001 (Boletín Oficial Federal 1, pág. 3219) (<http://www.constitucion.rediris.es/legis/legextr/ConstitucionAlemana.html>); y también en Ley Fundamental para la República Federal de Alemania, trad. por Ernesto Garzón Valdés con la colaboración de Ricardo García Macho y Kart Peter Sommermann, editada por el Departamento de Prensa e Información del Gobierno Federal, 1997.

³²⁵ Parágrafo 1353 BGB: “La comunidad conyugal. 1. El matrimonio se contrae de por vida. Los esposos están recíprocamente obligados a vivir en comunidad conyugal. 2. Tras la constitución de la comunidad conyugal el cónyuge no estará obligado a atender la exigencia del otro en caso de que ésta constituya abuso de su derecho. Lo mismo se aplicará en caso de ruptura matrimonial”.

³²⁶ ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, *op. cit.*, pág. 196.

³²⁷ Parágrafo 823 BGB: “Obligación de indemnizar por daños. 1. Quien, dolosa o negligentemente, de forma antijurídica dañe la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad u otro derecho de otra persona, está obligado a indemnizarle cualquier daño causado por esto. 2. La misma obligación incumbe a aquel que infrinja una ley que tenga como objeto la protección de otro. Si, de acuerdo con las disposiciones de la ley, la infracción de ésta es posible sin culpa, la obligación de indemnizar sólo aparece en caso de culpa”.

³²⁸ MARKESINIS, B.S., *A comparative introduction to the German Law of torts*, third edition, ed. Clarendon Press, Oxford, 1994, pág. 313.

³²⁹ Ejemplos de esto, lo constituyen lo previsto en los parágrafos 1579 N°6 y 825 del BGB; el primero, posibilita al juez a denegar, reducir o limitar, temporalmente, la prestación alimenticia, cuando supusiera para el obligado a ella una grave falta de equidad, imputable al cónyuge beneficiario, atendida su conducta

Que conforme a la sentencia de 22 de febrero de 1973 del BGH³³¹, el artículo 6 de la Ley Fundamental, sólo tiene por fin proteger y promocionar la unidad del matrimonio y la familia, pero en ningún caso regular ni fundamentar los daños causados por violación, por ejemplo, de la infidelidad marital, ya sea entre éstos mismos o respecto de terceros.

Sobre el particular, RODRÍGUEZ GUITIÁN³³² manifiesta que “la jurisprudencia alemana insiste en negar la indemnización por el parágrafo 823.I BGB al cónyuge que sufre la infidelidad reiterando este mismo argumento, es decir, que el matrimonio es una institución sujeta a sus propias reglas y que se encuentra fuera de la tutela del Derecho de Daños”. Además, hace extensible esta conclusión a los daños causados con ocasión de la infracción de los deberes conyugales, aunque importen una lesión de derechos o bienes de la personalidad, como se observa en la citada sentencia de 22 de febrero de 1973, al rechazar en todas sus instancias, la indemnización solicitada por el marido al amparo del parágrafo 823.1, pese a alegar que la infidelidad de su mujer había vulnerado sus derechos de personalidad y existencia pacífica de su vida matrimonial.

Si bien, algunos interpretes intentan comprender dentro de la expresión “u otro derecho” del parágrafo 823.1 BGB, una posición disonante a la expuesta - pero siempre limitada al resarcimiento de determinados daños patrimoniales, tales como

abiertamente incorrecta y originada exclusivamente en él; y el segundo, establece las consecuencias jurídicas para el caso de infracción a la protección del derecho de autodeterminación sexual, en cuanto dispone que, quién por medio de astucia, amenazas o abusando de una relación de dependencia, induce a otra persona a cohabitar, efectuando o tolerando acciones sexuales, es obligado a pagar una indemnización por el daño que resulte de ello (es menester señalar que el parágrafo 825 del BGB fue modificado el 19 de julio del 2002, extendiendo la protección del derecho a la autodeterminación sexual a cualquier persona, y no sólo a la mujer, como acontecía hasta dicha fecha).

³³⁰ MARKESINIS, *op. cit.*, pág. 60, señala “As the Supreme Court itself remarked in the above decisions, vis – à – vis the parties in the marriage there is no reason for the law of delict to operate, their relationship being the exclusive concern of the provisions of the family law section of the Code”; RODRÍGUEZ GUITIÁN, *op. cit.*, pág. 70, al comentar la sentencia del BGHZ de 8 de enero de 1958 (esta sentencia se encuentra traducida en la obra de MARKESINIS, *op. cit.*, pág. 317 y ss.), agrega que “si la demanda es dirigida por el cónyuge que sufre la infidelidad a su otro cónyuge se desestima, ya que el Tribunal Supremo alemán entiende que no caben como regla general las reclamaciones de daños entre esposos en atención a la naturaleza del matrimonio. Así la sentencia del BGH 19 de diciembre de 1989 niega el derecho del marido a reclamar de su mujer las cantidades entregadas para la manutención del hijo que creía suyo”.

³³¹ Esta sentencia aparece recogida en MARKESINIS, *op. cit.*, pág. 321 y ss., en especial pág. 324.

³³² RODRÍGUEZ GUITIÁN, *op. cit.*, pág. 77.

los costos del procedimiento de divorcio, de impugnación de la paternidad, y las cantidades pagadas por el mantenimiento del hijo fruto de la infidelidad -, ésta ha sido reiteradamente rechazada por la jurisprudencia alemana³³³.

En fin, tal es la fuerza del principio de especialidad defendido por la jurisprudencia alemana, como su interpretación restrictiva del párrafo 823.1 BGB, que, en nuestra opinión, transgrede la privilegiada responsabilidad de los cónyuges que, según los párrafos 1359³³⁴ y 277³³⁵ BGB, los obliga a responder recíprocamente por su negligencia grave en el cumplimiento de sus obligaciones conyugales³³⁶ (al estar sujetos sólo a la diligencia que ponen en sus asuntos propios³³⁷ o diligencia *quam in suis*³³⁸), ya que aún en situaciones como éstas se rechaza al resarcimiento de los daños causados por incumplimiento de los deberes conyugales.

Así pues, la jurisprudencia, excepcionalmente, sólo ha permitido la reparación de los daños y perjuicios causados por los cónyuges entre sí, por incumplimiento del deber de fidelidad conyugal, “cuando hay intención cualificada de causar daño”, pero no por aplicación del párrafo 823 del BGB, sino que por medio del párrafo 826³³⁹, que requiere un comportamiento doloso (excluyendo a las conductas negligentemente graves) contrario a las buenas costumbres, es decir,

³³³ *Ibid*, pág. 73.

³³⁴ Párrafo 1359 BGB: “Alcance del deber de cuidado. En el marco de las obligaciones derivadas de la relación matrimonial los cónyuges están únicamente obligados al cuidado y la diligencia que empleen en sus propios asuntos”.

³³⁵ Párrafo 277 BGB: “Cuidado llevado a cabo en los asuntos propios. Quien esté obligado a llevar a cabo tan sólo el mismo cuidado que esté acostumbrado a tener en los asuntos propios, no está libre de responsabilidad por culpa grave”.

³³⁶ Así lo reconocen FERRER RIBA, Relaciones familiares y límites del derecho de daños, en CABANILLAS SÁNCHEZ..., *cit.*, pág. 1841 y ss.; FERRER RIBA, Relaciones familiares y límites del derecho de daños, en *InDret...*, *cit.*, pág. 4 y ss.; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Remedios indemnizatorios..., *cit.*, pág. 161.

³³⁷ A este mismo tratamiento se sujetan las reglas de la responsabilidad de los padres en lo relativo al ejercicio del cuidado paterno, según el párrafo 1664 BGB: “Responsabilidad de los padres. 1.- Los padres deberán emplear, en el ejercicio del cuidado paterno, el mismo cuidado que emplearen respecto de sus propios asuntos. 2.- En caso de que ambos padres respondan por un daño producido, éstos serán considerados deudores solidarios”.

³³⁸ Algunos autores como FERRER RIBA, Relaciones familiares y límites del derecho de daños, en CABANILLAS SÁNCHEZ..., *cit.*, pág. 1849, intentan justificar la diligencia “*quam in suis* a partir del consentimiento de la víctima y su deber de asumir los actos propios: quien escoge como marido o mujer a alguien poco capacitado o fiable debe asumir las consecuencias de su elección”.

³³⁹ Párrafo 826 BGB: “Daño doloso contrario a las buenas costumbres. Quien dolosamente causa un daño a otra persona de una manera contraria a las buenas costumbres está obligado a indemnizarle por el daño”.

“que además del adulterio, el cónyuge responsable sea culpable de una conducta perjudicial inmoral adicional, caracterizado por una intención, aunque sea restrictiva, de causar daño”³⁴⁰. Así lo expresan FERRER RIBA³⁴¹ y RODRÍGUEZ GUITIÁN³⁴², reiterada esta última por MARÍN³⁴³; RODRÍGUEZ GUITIÁN, al analizar la Sentencia del BGH de 19 de diciembre de 1989³⁴⁴, concluye, en un supuesto en el que el marido reclamó a su antigua mujer las cantidades pagadas por el mantenimiento durante largo tiempo de la que creía su hija, que “el tribunal Supremo alemán sostiene que los daños producidos al otro cónyuge por el incumplimiento de deberes conyugales no encuentran amparo en el parágrafo 823 BGB, debido a las características especiales del matrimonio que sólo puede regirse por las normas del Derecho de Familia y no por las normas del Derecho de Daños. Pero las reclamaciones entre cónyuges podrían encajar en el parágrafo 826 BGB si el cónyuge que incumple el deber conyugal ha tenido una conducta dañosa de carácter inmoral. Por ejemplo, si la mujer infiel ha realizado afirmaciones falsas al marido para disipar sus dudas acerca de su paternidad. No obstante no hay tal conducta inmoral de acuerdo con esta sentencia si el cónyuge infiel guarda silencio acerca de su conducta, ya que no hay un deber de los esposos de dar a conocer al otro su adulterio”³⁴⁵. Para DE VERDA³⁴⁶, la justificación de esta sentencia del

³⁴⁰ Sentencia de 19 de diciembre de 1989, véase MARKESINIS, *op. cit.*, pág. 329, “In exceptional cases, therefore, &826 BGB can apply to disruption of the internal and sexual relationship of husband and wife, especially through adultery, if in addition to the adultery the errant spouse is guilty of further immoral damaging conduct, characterised by an intention, albeit a qualified intention, to cause harm”.

³⁴¹ FERRER RIBA, Relaciones familiares y límites del derecho de daños, en CABANILLAS SÁNCHEZ..., *cit.*, pág. 1858; FERRER RIBA, Relaciones familiares y límites del derecho de daños, en *InDret...*, *cit.*, pág. 16.

³⁴² RODRÍGUEZ GUITIÁN, *op. cit.*, pág. 75.

³⁴³ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Separación y divorcio..., *cit.*, pág. 157; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, ¿Cabe la indemnización..., *cit.*

³⁴⁴ MARKESINIS, *op. cit.*, pág. 324 y ss.

³⁴⁵ En todo caso, según destaca RODRÍGUEZ GUITIÁN, *op. cit.*, pág. 78, 79, este excepcional camino del parágrafo 826 del BGB, sería sólo aplicable a los daños causados entre los cónyuges, ya que frente a los terceros coparticipes en la infidelidad conyugal, el Tribunal Supremo vuelve a reiterar la inaplicabilidad de acciones civiles por el marido engañado contra el verdadero padre, fundándose nuevamente, en la especialidad de las normas del Derecho de familia, conforme se aprecia en la sentencia del BGHZ, de 30 de enero de 1957, al señalar que “en este caso el marido, tras la obtención del divorcio, impugna la paternidad del que creía su hijo y en realidad era fruto de una infidelidad de la esposa. El Tribunal Supremo niega la indemnización que el “ex” marido pide al verdadero padre solicitando los gastos del pleito interpuesto para impugnar la paternidad, argumentando que no cabe demandar este tipo de incumplimiento de deberes conyugales ni por el parágrafo 823 ni por el parágrafo 826 BGB, puesto que las normas relativas al Derecho de Familia ya regulan las consecuencias que posee el incumplimiento de tales deberes”.

BGH, responde a que en el sistema de responsabilidad civil alemán, rige el principio de tipicidad de los ilícitos civiles, conforme dispone el parágrafo 823.

Por último, en cuanto al requisito del comportamiento doloso que exige el parágrafo 826 del BGB, se entiende que éste no se refiere al incumplimiento mismo del deber de fidelidad, que por lo general siempre será doloso, sino que “la valoración del dolo debe ir referida, tal y como aprecian los Tribunales alemanes, a la conducta de la mujer respecto de la paternidad del hijo, teniendo en cuenta que la mera actuación sin prever las consecuencias ya resulta de suyo una actuación gravemente negligente”³⁴⁷.

V.- RECURSO A LA PENSIÓN COMPENSATORIA EN CASO DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO.

El último de los argumentos esgrimidos, fruto de la modificación al Código Civil de 1981, se encuentra en la posible aplicación de la pensión compensatoria prevista en el artículo 97³⁴⁸ Cc., como la herramienta idónea y suficiente para reparar los daños patrimoniales y extrapatrimoniales derivados de la infracción en comento, para los escenarios de separación o divorcio.

Es menester señalar que, hasta antes de la modificación de la Ley 15/2005, de 08 de julio, objeto de constante controversia era la naturaleza jurídica de la figura en referencia, según se aprecia por los ríos de tinta escritos sobre el particular; la

³⁴⁶ DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, *Jurisprudencia reciente sobre daños en el Derecho de familia (incumplimiento de deberes conyugales, nulidad de matrimonio, obstaculización del Derecho de visitas)*, artículo en preparación, facilitado gentilmente por el autor.

³⁴⁷ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Separación y divorcio..., *cit.*, pág. 159; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Remedios indemnizatorios..., *cit.*, pág. 172.

³⁴⁸ Artículo 97 Cc.: “El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.

A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias: 1º Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges. 2º La edad y el estado de salud. 3º La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo. 4º La dedicación pasada y futura a la familia. 5º La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge. 6º La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal. 7º La pérdida eventual de un derecho de pensión. 8º El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge. 9º Cualquier otra circunstancia relevante”.

En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad.

discusión se centraba en una posible naturaleza indemnizatoria, alimenticia – compensatoria, o sólo compensatoria; de más esta decir, que la posibilidad de comprender la reparación de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales causados por el incumplimiento de los deberes, dependía, en gran parte, de la posición final que se acogiese.

Sin embargo, según hemos dicho, con las reformas introducidas por la Ley señalada, parece que se ha puesto punto final a la discusión, prevaleciendo la posición que sostiene una naturaleza jurídica “compensatoria”, como se aprecia en la SAP de Jaén de 22 de marzo de 2006³⁴⁹, validando con ello, todos los argumentos que sobre el particular ya se defendían antes de la modificación.

Sobre el particular, rescatamos las opiniones de autores como LACRUZ³⁵⁰, quien, haciendo referencia a la sentencia de la Audiencia Territorial de Bilbao de 27 de junio de 1987³⁵¹, sostiene que la finalidad y función de la pensión está en el carácter compensatorio o reparador del descenso que la separación o el divorcio, ocasionan en el nivel de vida de uno de los cónyuges en relación con el que conserve el otro y en función del que aquél venía disfrutando anteriormente en el matrimonio, según su posición económica y social, operando como una medida correctora del desequilibrio generado entre éstos como consecuencia inmediata de la separación acordada o del divorcio concedido³⁵².

³⁴⁹ JUR 2006, 231550; en ella se dice, “Pues bien, son varias las posturas doctrinales existentes respecto a la naturaleza jurídica de la pensión que se establece en el artículo 97 del Código Civil. Así, para unos, la pensión tiene un carácter compensatorio, tratándose de evitar con ella que, una vez roto el matrimonio, el cónyuge en peores condiciones económicas note tal ruptura por descender en su jerarquización de nivel de vida en relación con el otro, si bien apuntan ciertas suavizaciones a fin de evitar consecuencias excesivamente objetivas que pudiera atentar a principios de justicia y equidad. Para otros, se trata de una pensión con carácter indemnizatorio, como un resarcimiento para cubrir un desequilibrio. Y algunos autores aproximan tal pensión a la de alimentos en función de los criterios que se le ofrecen al Juez para su determinación. En definitiva, su nota característica fundamental es la del "desequilibrio", y así se dispone en el párrafo 1º del artículo 97 del Código Civil, con lo cual su naturaleza es compensatoria, siendo su requisito primordial que se produzca el desequilibrio económico”.

³⁵⁰ LACRUZ BERDEJO, *et al.*, *Elementos de Derecho Civil IV*, Derecho de familia, vol. I... (1990), *cit.*, pág. 249 y ss.

³⁵¹ Creemos que es nuestro deber poner en conocimiento que, aparentemente en la referencia a la SAT de Bilbao de 27 de junio de 1987 efectuada por Lacruz, existe un error, ya que revisada la mencionada jurisprudencia, ésta es inubicable; sin embargo, a objeto de conservar la literalidad del pensamiento expuesto por el citado autor, lo reproducimos con la advertencia manifestada.

³⁵² En el mismo sentido se ha manifestado el Tribunal Supremo español, con fecha 10 de febrero de 2005 (RJ 2005, 1133), al señalar que “Del precepto se deduce que la pensión compensatoria tiene una finalidad reequilibradora. Responde a un presupuesto básico: el efectivo desequilibrio económico, producido con

Dentro de esta misma posición, pero con un criterio interpretativo quizá más amplio que su precedente, hallamos a GARCÍA CANTERO³⁵³, él cual, si bien defiende la finalidad compensatoria de la pensión, como la forma de corregir el desequilibrio económico que el divorcio o separación puede producir entre los cónyuges derivado de la pérdida de toda clase de ventajas vinculadas al matrimonio y que constituirían el tren de vida del hogar, admite con reservas, también una finalidad indemnizatoria, pero limitada a los daños y perjuicios patrimoniales que sean consecuencia de la sentencia de separación o divorcio, y de éstos, sólo aquellos que sean resultado del desequilibrio económico que aparezca de comparar la situación anterior y posterior a la crisis matrimonial.

De similar parecer se expresa ROCA I TRÍAS³⁵⁴, al reiterar que “la pensión aparece concebida legalmente como un derecho personal del cónyuge a quien el divorcio ha producido un desequilibrio económico, medurado comparando la situación anterior. El derecho a pensión surge por necesidades económicas provocadas por el cese de la convivencia y el consiguiente divorcio” (o separación), rechazando toda vinculación de la pensión con cualquier naturaleza alimenticia, deber de mantenimiento, socorro o ayuda, o de solidaridad posdivorcio entre cónyuges en los supuestos mencionados, ya que ello importaría la continuación del matrimonio más allá de su disolución; destaca que ésta contiene “un supuesto de resarcimiento de daño objetivo, el desequilibrio económico, consecuencia de la separación o divorcio”, advirtiendo en todo caso, que no se trata de un supuesto de indemnización en sentido estricto, sino que simplemente “se trata de compensar a quien más pierde con el divorcio” o separación. Concluye en síntesis, que la pensión “constituye una indemnización por la pérdida de los costes de oportunidad

motivo de la separación o el divorcio (no en la nulidad matrimonial), en uno de los cónyuges, que implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio. Como se afirma en la doctrina, el presupuesto esencial estriba en la desigualdad que resulta de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura. No hay que probar la existencia de necesidad – el cónyuge más desfavorecido en la ruptura de la relación puede ser acreedor de la pensión aunque tenga medios suficientes para mantenerse por sí mismo –, pero sí ha de probarse que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfrutaba el otro cónyuge. Pero tampoco se trata de equiparar económicamente los patrimonios, porque no significa paridad o igualdad absoluto entre dos patrimonios”.

³⁵³ GARCÍA CANTERO, Artículos 42 a 107 del Código Civil..., *cit.*, pág. 436 y ss.

³⁵⁴ ROCA I TRÍAS, *Familia y cambio...*, *cit.*, pág. 141 y ss.; ROCA I TRÍAS, *La responsabilidad civil...*, *cit.*, pág. 547 y ss.; y ROCA I TRÍAS, Encarna, *Comentario al artículo 97*, en AMORÓS GUARDIOLA, Manuel, *et al.*, *Comentarios a las reformas del derecho de familia*, vol. I, ed. Tecnos, Madrid, 1984, pág. 615 y ss.

alcanzados por un cónyuge durante el matrimonio, que se extinguen como consecuencia del divorcio: mientras era eficaz, el matrimonio enmascaraba esta pérdida a través del deber de socorro; desaparecido el matrimonio, la pérdida se manifiesta con toda su crudeza y por ello debe existir la compensación”³⁵⁵.

Las consideraciones anotadas están contestes con la historia fidedigna de la Ley 30/1981, de 07 de julio, como se aprecia de conformidad a los trabajos parlamentarios³⁵⁶ que motivaron la redacción de este artículo, y que vinieron a reformar el Código Civil español estableciendo la figura en comento, coligiendo que el objetivo primero de esta norma, es establecer una pensión compensatoria del desequilibrio económico que la separación o divorcio pueda ocasionar a cualquiera de los cónyuges, a fin de garantizar, en expresiones de la diputada PELAYO DUQUE, “el *modus vivendi* del matrimonio, el equilibrar en la situación de un

³⁵⁵ En el mismo sentido se pronuncian RAGEL SÁNCHEZ, *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho civil: Familia...*, cit., pág. 214 y ss., al expresar, citando a DE LA CÁMARA, que “no cree que el fundamento jurídico de la pensión lo constituya lo que se ha llamado principio de solidaridad postconyugal..., tampoco es una indemnización, porque no descansa en la culpa del deudor ni en una situación de riesgo creada por él... La pensión tiene una naturaleza compensatoria del mayor empeoramiento económico sufrido por la separación o el divorcio”; SANCHO VILLARREAL, *op. cit.*, pág. 106 y ss., quien menciona “procede la pensión en aquellos supuestos en que concurre el dato objetivo del desequilibrio económico con independencia de si el cónyuge favorecido con ella haya sido o no el responsable de la ruptura matrimonial”; DÍEZ – PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. IV..., cit., pág. 139 y ss.; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio*, segunda edición, ed. Editorial Lex Nova, Valladolid, 2003, pág. 129; MONTERO AROCA, Juan, FLORS MATÍES, José y ARENAS GARCÍA, Rafael, *Separación y divorcio tras la Ley 15/2005*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 204; CAÑETE QUEZADA, Agustín, *La pensión compensatoria: una visión de futuro*, 2004, (http://www.porticolegal.com/pa_articulo.php?ref=180); MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, María Teresa, *Temporalidad de la pensión compensatoria en la Ley 15/2005 de 8 de julio*, en DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón (Coord.), *Comentarios a las reformas de derecho de familia de 2005*, ed. Thomson - Aranzadi, Navarra, 2006, pág. 218; MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia, *Comentarios del nuevo artículo 97 del Código Civil*, en GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente (Director), *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio (Ley 15/2005, de 8 de julio)*, ed. Editorial Lex Nova, Valladolid, 2005, pág. 192 y 193; SEOANE PRADO, Javier, *Prestaciones económicas: derecho de alimentos y pensión compensatoria*, en GONZÁLEZ POVEDA, Pedro y GONZÁLEZ VICENTE, Pilar (Coordinadores), *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos y procesales*, ed. Sepín Editorial Jurídica, Madrid, 2005, pág. 431.

No obstante lo expuesto, nuestra opinión corre en sentido diferente al precedente, al entender que la denominada “pensión compensatoria” del art. 97 Cc. tiene una naturaleza jurídica propia, imposible de comprender dentro de las diversas teorías que se han desarrollado en torno a ella, sosteniendo respecto de ésta que se trata de una obligación impuesta por la Ley, que se concede en los eventos previstos por ella, de contenido patrimonial y fundada en la equidad, que tiene por objeto entregarle herramientas al cónyuge más débil para que pueda reiniciar su vida después de la separación o divorcio, según sostenemos en el artículo redactado por CÉSPEDES MUNOZ, Carlos y VARGAS ARAVENA, David, *Acerca de la naturaleza jurídica de la compensación económica. La situación en Chile y en España*, en *Revista Chilena de Derecho* [online], vol. 35, no. 3, 2008, [revisado 29 de marzo de 2009], pág. 439 y ss. (http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372008000300003&lng=es&nrm=iso).

³⁵⁶ SANTAOLALLA, Fernando (Director), *Código Civil (Reformas 1978 – 1983), Trabajos parlamentarios*, t. II, ed. Cortes generales, Madrid, 1985, pág. 1689 y ss.

cónyuge con respecto a otro, el tren de vida, el *status* o situación matrimonial o nivel matrimonial”; y segundo, que la numeración que contempla el art. 97 es amplia y no restrictiva, orientadora o ejemplificadora, en el sentido que permite al juez recurrir a estos factores como a otros no expresamente previstos con la finalidad de fundamentar la cuantía compensatoria.

Si bien, el hecho que la numeración de las circunstancias expresadas en el art. 97, conforme a su historia fidedigna, sea amplia y orientadora - afirmación que se reitera en el nuevo artículo 97 Cc. N°9 al disponer, expresamente, que el Juez determinara su *quantum* teniendo en cuenta “cualquier otra circunstancia relevante” -, podría permitir la posibilidad de que el juez, para la determinación de la cuantía compensatoria, pudiera ponderar la causa de separación o divorcio y, la participación que le cabría a cada uno en la misma, valorando los daños que los cónyuges se hayan causado entre sí por el incumplimiento de los deberes conyugales³⁵⁷, en habida consideración a las discusiones parlamentarias y modificaciones introducidas al proyecto de la norma enviado por el Gobierno de turno, como por la casi unanimidad de la doctrina comentada, debemos descartar esta posibilidad, y con ello el argumento objeto de estudio.

En efecto, si consideramos que el art. 97 incluido en el proyecto inicial enviado a las Cortes para su incorporación en el año 1981, contenía en su N°1 como factor de valoración para la cuantía compensatoria “los hechos que hubieren determinado la separación o el divorcio y la participación de cada cónyuge en los

³⁵⁷ Así por ejemplo lo entiende LACRUZ (LACRUZ BERDEJO, *et al.*, *Elementos de Derecho Civil IV*, Derecho de familia, vol. I... (1990), *cit.*, pág. 249 y ss.), al decir “se hace difícil pensar que nuestro legislador tuviera el propósito de que la concesión de la pensión hubiera de tener lugar, sin más, en todos los casos en que se diera objetivamente el desequilibrio económico entre los esposos por consecuencia de la separación o del divorcio;..., porque hubiera llegado al absurdo de que, negados los alimentos al cónyuge separado por consecuencia de la violación de sus deberes conyugales (art. 152 N°4, en relación con el art. 855 N°1), el mismo cónyuge pudiera, consiguiendo una pensión eventualmente mucho más sustanciosa, alzarse, como he dicho en otro lugar, con la limosna y con el santo”.

Más dudoso se expresa GARCÍA CANTERO, Artículos 42 a 107 del Código Civil..., *cit.*, pág. 436, al referirse a la posibilidad de que el Juez pueda tomar o no en consideración la culpabilidad del cónyuge en la causa de separación o divorcio, y por medio de ella, de los daños causados por el incumplimiento de los deberes conyugales, al decir “el espíritu de la ley es contrario, y ello aparece confirmado por la eliminación de la primera de las circunstancias del proyecto a su paso por el Senado (en referencia a la discusión del proyecto de la ley de 1981). Pero el carácter abierto y la ausencia de limitaciones positivas hacen dudosa la respuesta. Como antes se ha indicado, la numeración de circunstancias a tener en cuenta por el Juez a la hora de fijar el quantum de la pensión es puramente ejemplificadora, pudiendo basarse en otras aquí no contempladas”.

mismos”, su expresa discusión y, en particular, su manifiesta derogación del texto definitivo por parte del Senado, nos obliga a concluir que, pese al amplio criterio de las circunstancias expuestas en la norma en comento, no es posible comprender consideraciones expresamente derogadas por el legislador, so pena de burlar la intención y espíritu querido por éstos, descartando cualquier apreciación de criterios de culpabilidad en la crisis matrimonial.

La conclusión anterior, ha sido refrendada con la discusión de la modificación del artículo 97, a través de la Ley 15/2005; en dicha oportunidad, el Grupo Parlamentario Mixto³⁵⁸, propuso añadir al último párrafo del art. 97 Cc., como circunstancia a tener en consideración por el juez a la hora de fijar la pensión compensatoria, el incumplimiento de las obligaciones y deberes conyugales, lo cual fue nuevamente rechazado, descartando desde todo punto, cualquier alternativa o argumentación en sentido contrario, limitando la finalidad de la norma al aspecto material o económico derivado de la situación de separación o divorcio³⁵⁹.

Corolario de todas y cada uno de los argumentos reseñados, tales como su naturaleza jurídica, nos permitimos afirmar con cierta vehemencia que, dentro de la aplicación de la pensión compensatoria, no es posible comprender noción alguna de indemnización o resarcimiento de daños patrimoniales o extrapatrimoniales causados por incumplimiento de los deberes conyugales, ya sea para conceder derecho a la misma, como para su valoración, confirmando en dicho sentido lo expuesto por el Tribunal Supremo en la sentencia de 30 de julio de 1999³⁶⁰, al indicar en su considerando tercero, que “no es posible comprender dentro del caso de pensión compensatoria que se regula en el artículo 97” efectos económicos por el quebrantamiento de los deberes conyugales especificados en los arts. 67 y 68 Cc.

³⁵⁸ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de Diputados, VIII Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, núm. 16-8, de 15 de marzo de 2005, Enmienda 35 del Grupo Parlamentario Mixto, firmada por doña María Olaia Fernández Davila, presentó la siguiente enmienda de adición a la parte final del N°9 del artículo 97 del Cc., cuyo tenor era “..., entre ellas el incumplimiento de las obligaciones y deberes conyugales”, justificándose para ello que “pese a erradicarse la concepción del divorcio causal, entendemos que el incumplimiento de las obligaciones establecidas en los artículos 67 y 68 del Código Civil puede ser valorado a la hora de fijar las pensiones, sin que ello suponga introducir de nuevo el “divorcio – sanción” en nuestro ordenamiento jurídico”.

³⁵⁹ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Separación y divorcio..., *cit.*, pág. 145 y ss.; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Remedios indemnizatorios en el..., *cit.*, pág. 147 y ss.

³⁶⁰ RJ 1999, 5726.

Sin embargo, es necesario advertir, que esta última conclusión, no significa que aquel cónyuge que haya sufrido algún daño causado por incumplimiento de los deberes conyugales durante la vigencia de su matrimonio, no tenga derecho a indemnización o reparación, sino que de existir éstos, y de conformidad a nuestras conclusiones que más adelante expondremos, creemos que podrá ejercer las respectivas acciones de responsabilidad civil, ya sea en conjunto o no con la pensión compensatoria, por cuanto no existen impedimentos o prohibiciones en tal sentido, ya sea en el art. 97 del texto legal citado, como en el resto del ordenamiento español³⁶¹.

Como bien apunta DE VERDA³⁶², la conclusión anterior se debe a que la pensión compensatoria y la responsabilidad civil tienen finalidades distintas, pero no incompatibles, ya que “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”; además, tienen distintos presupuestos, ya que la pensión “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”; y finalmente, tienen distintos titulares o beneficiarios, “porque es posible que el cónyuge que deba percibir la pensión compensatoria y el que tenga derecho a ser resarcido no sea el mismo”.

³⁶¹ En el mismo sentido se pronuncian PÉREZ MAYOR, *Crisis matrimoniales...*, *cit.*, pág. 165 y ss.; SANCHO VILLARREAL, *op. cit.*, pág. 121 y ss.; GARCÍA CANTERO, Artículos 42 a 107 del Código Civil..., *cit.*, pág. 448, quien reafirma nuestra argumentación, al decir “Pienso que la normativa aquí estudiada (en referencia a los arts. 97 y 98 del Cc.) no veda el ejercicio de otras acciones de indemnización con base en las reglas generales. Así, para exigir la reparación del daño moral contra el causante de la nulidad, separación o disolución del matrimonio, o para exigir la reparación de daños patrimoniales no cubiertos por la normativa legal. Ningún precepto contenido en este capítulo limita las acciones ejercitables en caso de divorcio, separación y nulidad matrimonial, a las aquí reguladas”.

³⁶² DE VERDA Y BEAMONTE, *Responsabilidad civil y divorcio...*, *cit.*

Sobre el particular, nos parece oportuna la crítica que sobre la pensión compensatoria realiza CARRASCO PERERA³⁶³ en relación con el incumplimiento de los deberes conyugales, quizá en extremo pesimista, al decir, “la jurisprudencia rechaza hoy que del incumplimiento del deber matrimonial de fidelidad pueda nacer una pretensión indemnizatoria para el marido engañado. Doctrina que tiene como justificación el propósito de no socavar por vía de indemnización (a favor del marido) la pensión compensatoria que pueda corresponder a la mujer separada. Y como excusa, un pretendido derecho personalísimo a desarrollarse libremente como adúltero... Pues se enseña con ella que tonto es el marido que se *compromete demasiado* con el cuidado y la educación de los hijos de su mujer, ya que muy bien pueden no ser suyos, y luego no habrá nadie que le compense por el chasco y la cara de tonto que se le queda”, presagiando para el futuro que “los varones no querrán devenir maridos y los maridos no querrán tener hijos con sus mujeres. Sólo estarán dispuestos a dejar embarazadas a las mujeres aquellos varones que ya por anticipado tengan previsto que no asumirán compromisos con la prole de la mujer con la que yacen. A éstos les acabará dando igual si los hijos de esa mujer son suyos o de otros”.

En lo que respecta al ordenamiento civil chileno actual, con ocasión de la reforma al Derecho de familia (Nueva Ley de Matrimonio Civil, Ley N°19.947, de 17 de mayo de 2004, que incorporó por primera vez el divorcio como causa de terminación del matrimonio), autores como BARRIENTOS GRANDON y NOVALES ALQUÉZAR³⁶⁴, al estudiar teórica y abstractamente los distintos fundamentos que puede tener la compensación económica (art. 61³⁶⁵ Ley 19.947), plantean la cuestión de si ésta puede comprender, entre otras, la reparación de los daños económicos que los cónyuges se hayan ocasionado directa o indirectamente

³⁶³ CARRASCO PERERA, Ángel, El precio de la infidelidad, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, N° 666/2005, Parte Tribuna, BIB 2005/806, 2005, edición electrónica (<http://www.westlaw.es>).

³⁶⁴ BARRIENTOS GRANDON y ARÁNZAZU NOVALES, *op. cit.*, pág. 404 y ss.

³⁶⁵ Art. 61 Ley 19.947: “Si, como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, uno de los cónyuges no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, tendrá derecho a que, cuando se produzca el divorcio o se declare la nulidad del matrimonio, se le compense el menoscabo económico sufrido por esta causa”.

durante el matrimonio (ya sean resultantes de algún ilícito, de una especie de lucro cesante por lo que se dejó de ganar o adquirir, o por el coste de oportunidad laboral), o los daños morales causados constante matrimonio o como consecuencia de la ruptura imputable a uno de los cónyuges (en caso de divorcio por culpa).

No obstante, nos apresuramos en descartar dicha posibilidad, ya que se opone a los fines previstos por el legislador para esta prestación, que se limita a “compensar el menoscabo económico sufrido” por no poder desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio o hacerlo en menor medida de la que podía y quería, “como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o las labores propias del hogar común”³⁶⁶.

Si bien, el art. 62³⁶⁷ inciso 2° de la Ley 19.947, faculta al juez en caso de divorcio por culpa (art. 54³⁶⁸), denegar la compensación económica o disminuir prudencialmente su monto cuando el peticionario de la misma sea el cónyuge que dio lugar a la causa, esta medida constituye una sanción por la culpabilidad en la

³⁶⁶ En este sentido, la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, en su sentencia de 09 de febrero de 2008, en los autos caratulados “Ildefonso Marciano Toledo Barría con Violeta Santana Peruzovic”, rol N°307-2008, señaló que la compensación económica “tiene un carácter reparatorio, no indemnizatorio, porque no se trata de una responsabilidad civil y tanto así que no exige culpa del demandado. Se trata de una forma de resarcimiento de un cierto daño, es decir, de una cierta pérdida producida al cónyuge beneficiario por el hecho de haber dedicado el esfuerzo de vida al cuidado de los hijos o a las tareas del hogar común y que ha impedido, por lo mismo, una vida de trabajo con resultado económico y que permita así enfrentar la vida futura una vez producida la extinción del matrimonio... La compensación económica viene a ser la reparación de un menoscabo”.

³⁶⁷ Artículo 62 Ley 19.947: “Para determinar la existencia del menoscabo económico y la cuantía de la compensación, se considerará, especialmente, la duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges; la situación patrimonial de ambos; la buena o mala fe; la edad y el estado de salud del cónyuge beneficiario; su situación en materia de beneficios provisionales y de salud; su cualificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral, y la colaboración que hubiere prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge.

Si se decretare el divorcio en virtud del artículo 54, el juez podrá denegar la compensación económica que habría correspondido al cónyuge que dio lugar a la causal, o disminuir prudencialmente su monto”.

³⁶⁸ Artículo 54 Ley N°19.947: “El divorcio podrá ser demandado por uno de los cónyuges, por falta imputable al otro, siempre que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común.

Se incurre en dicha causal, entre otros casos, cuando concurre cualquiera de los siguientes hechos: 1° Atentado contra la vida o malos tratamientos graves contra la integridad física o psíquica del cónyuge o de alguno de los hijos; 2° Tránsito grave y reiterado de los deberes de convivencia, socorro y fidelidad propios del matrimonio. El abandono continuo o reiterado del hogar común, es una forma de transgresión grave de los deberes del matrimonio; 3° Condena ejecutoriada por la comisión de alguno de los crímenes o simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública, o contra las personas, previstos en el Libro II, Títulos VII y VIII, del Código Penal, que involucre una grave ruptura de la armonía conyugal; 4° Conducta homosexual; 5° Alcoholismo o drogadicción que constituya un impedimento grave para la convivencia armoniosa entre los cónyuges o entre éstos y los hijos; y 6° Tentativa para prostituir al otro cónyuge o a los hijos”.

causa de divorcio, pero en ningún caso, el medio de resarcir los daños causados por el incumplimiento de los deberes conyugales

El discutible contenido de la pensión compensatoria, ha llevado a BARRIENTOS y NOVALES³⁶⁹, ha advertir en su mismo libro, que “la discusión en este aspecto debería situarse no en cuanto a la procedencia de la indemnización por el daño moral, sino al mecanismo o procedimiento a través del cual él debería ser exigible, a saber: a) como un contenido singular de la compensación al término del matrimonio; b) por la vía de las reglas generales en materia de responsabilidad extracontractual; o c) por la vía del establecimiento de un régimen especial de responsabilidad en sede matrimonial”. En todo caso, ambos autores se refieren al daño moral causado entre cónyuges durante el matrimonio o con ocasión de su ruptura en términos generales, ya tenga por causa el incumplimiento de un deber conyugal o no, abriendo en ambos supuestos, la aplicación de las reglas generales de responsabilidad civil o como contenido de la compensación económica a falta de un régimen especial.

Si bien las palabras precedentes sólo se refieren al daño moral, éstas son igualmente extensibles a los daños económicos no comprendidos por la compensación económica.

Sobre esta materia DOMINGUEZ HIDALGO³⁷⁰ señala, que el contenido de la compensación económica “comprende sólo una pérdida patrimonial (y nosotros añadimos “limitada” pérdida patrimonial) y no moral como su propia regulación indica. No cubre, desde luego, la indemnización por daño moral y, por ello, no debe ser confundida con ella. Esta última debe ser demandada de manera autónoma”. Agrega³⁷¹ que, en todo caso, no existiría incompatibilidad entre la petición de compensación económica con la de indemnización de perjuicios del Derecho común, ya que frente a la ausencia de una normativa que regule el caso en concreto, “el silencio nos reconduce a los principios generales de la responsabilidad que resultan plenamente procedentes. Si se acredita el ilícito – divorcio por culpa – y el

³⁶⁹ BARRIENTOS GRANDON y ARÁNZAZU NOVALES, *op. cit.*, pág. 407.

³⁷⁰ DOMINGUEZ HIDALGO, Carmen, Seminario: *Compensación...*, *cit.*, pág. 12.

³⁷¹ *Ibid*, pág. 27.

daño material o moral, ese perjuicio debe ser reparado, en conformidad al Derecho Común. Además, dado que la compensación económica no alcanzará jamás a cubrir lo efectivamente perdido por el cónyuge más débil, esta indemnización debiera ser demandada a efectos de dejarla en mejor posición económica hacia el futuro”³⁷².

Sobre lo que aún no existe ningún pronunciamiento doctrinario ni jurisprudencial, es si esta amplia referencia a la aplicación de las reglas de responsabilidad civil del Derecho común, se debe entender a las reglas de la responsabilidad extracontractual (siguiendo la posición mayoritaria que entiende dichas normas como de aplicación común) o contractual (como defiende la posición minoritaria), con las consecuencias que ello acarrea.

Por último, contribuirá al ejercicio de estas reclamaciones ante los órganos jurisdiccionales (hasta el momento, desconocemos una reclamación de esta naturaleza), el art. 2509 inciso final del Cc. chileno, al disponer que “la prescripción se suspende siempre entre cónyuges”; esto permitirá que una vez disuelto el matrimonio por sentencia firme divorcio o declarada su nulidad, los cónyuges

³⁷² En sentido contrario se manifestó el profesor CLARO SOLAR (CLARO SOLAR, *Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado*, t. II..., *cit.*, pág. 31 y ss.), a principios del siglo XX, al estudiar el antiguo art. 133 Cc. [modificado mediante el art. 1 N°7, Ley N°18.802, de 09 de junio de 1989 (GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Código Civil Chileno*, Estudio preliminar y notas, ed. Thomson – Aranzadi, 2006, pág. 113), y que estableció su actual redacción, que dispone que “Ambos cónyuges tienen el derecho y el deber de vivir en el hogar común, salvo que a alguno de ellos le asista razones graves para no hacerlo”], cuyo tenor era que “el marido tiene derecho para obligar a su mujer a vivir con él y seguirle a donde quiera que traslade su residencia. Cesa este derecho cuando su ejecución acarrea peligro inminente a la vida de la mujer. La mujer, por su parte, tiene derecho a que el marido la reciba en su casa”.

El mencionado profesor, citando la doctrina de autores como DURANTON (DURANTON, *Corso di diritto civile, secondo il Codice francese*, Vol. I, 4° edizione Napolitana, Napoli, 1854, pág. 294 y ss.) y DEMOLOMBE [DEMOLOMBE, *Cours de Code civil*, tome deuxième (tomes III et IV de l'édition française), Bruxelles, 1847, pág. 254 y ss.], se cuestionaba la posibilidad de que la mujer, en caso de infracción del mencionado deber, pudiera ser “condenada a pagar al marido una indemnización de perjuicios que se haría efectiva en los bienes de la mujer que el marido podría apropiarse”, recurriendo a este medio sin cometer ninguna ilegalidad. No obstante, y pese a afirmar que el viejo art. 133 comprendía “un deber del matrimonio que no puede ser una palabra vana y de una decisión de la justicia que es preciso hacer respetar y la ley, en su silencio, autoriza todos los medios adecuados para alcanzar este fin”, apoyándose en ZACHARIE, DALLOZ, LAURENT (LAURENT, Francesco, *Principii di diritto civile*, vol. 3°, 1ª traduzione italiana por dell'avv. Giuseppe Trono, ed. Dottor Leonardo Vallardi, Napoli 1879, pág. 109 y ss.) y BAUDRY-LACANTINERIE (BAUDRY – LACANTINERIE et HOUQUES – FOURCADE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, Des personnes, tome III, 3° édition, Paris, 1908, pág. 702 y ss.), rechazaba en definitiva esta posibilidad, manifestado que “no es posible aplicar al deber que tiene la mujer de vivir con su marido los artículos del Código Civil referentes a la indemnización de perjuicios por la pérdida que ha sufrido y el lucro de que ha sido privado el acreedor”.

puedan ejercitar entre sí, todas las acciones por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales causados constante matrimonio o con ocasión de su ruptura.

CAPÍTULO CUARTO.
DE LA RESARCIBILIDAD DE LOS DAÑOS ENTRE CÓNYUGES.

I.- PRECISIONES PREVIAS.

Frente a los tradicionales argumentos de la irresarcibilidad de los daños entre cónyuges, se ha levantado una nueva doctrina y jurisprudencia que, intentando buscar soluciones de fondo al problema en estudio, ha comenzado a acudir a diversos instrumentos y argumentos que permitan el resarcimiento al interior del matrimonio.

Este cambio en el ordenamiento español actual, no es más que la respuesta a la nueva concepción de la familia, del Derecho de familia en general, que en las últimas dos décadas, ha iniciado su apertura al Derecho de daños.

Esta nueva concepción del problema, se extiende a los mismos defensores de la irresarcibilidad, quienes, bajo determinados supuestos, dan cabida al resarcimiento entre cónyuges, aunque sea desvinculándose de los daños causados por incumplimiento de los deberes conyugales, como en los casos de perpetración de un delito o falta, o la infracción de Derechos fundamentales, o la violación del principio general de no causar daño a otro.

Pero también están aquellos que, apoyándose en la naturaleza jurídica de los deberes personales del matrimonio, se manifiestan partidarios de la aplicación de las normas sobre responsabilidad civil frente a los daños causados por los cónyuges entre sí por la infracción de estos deberes en general.

II.- SOLUCIONES FAVORABLES AL RESARCIMIENTO PERO DESVINCULADAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES CONYUGALES.

Bajo esta distinción, comprendemos aquella doctrina y jurisprudencia que estimando irresarcibles los daños causados por incumplimiento de los deberes conyugales, permiten el resarcimiento de otros daños causados entre cónyuges, ocasionados por un hecho (acción u omisión) que es, constitutivo de delito o falta, o infracción de derechos fundamentales, o violación del principio general *neminem laedere*. En otras palabras, la determinación de los daños resarcibles que dan origen a la obligación indemnizatoria, se hace desvinculándose de los daños causados por incumplimiento de los deberes conyugales.

En todo caso, en los supuestos en que el daño sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito o falta, o lesión de derechos fundamentales, la desvinculación es sólo de los daños causados por incumplimiento de los deberes conyugales, pero no a la infracción misma de estos deberes personales, ya que se acepta que el hecho constitutivo de delito o falta, o la infracción de derechos fundamentales, sea consecuencia del incumplimiento de los deberes conyugales.

Si bien, en estos casos el daño causado por incumplimiento de los deberes personales seguirá siendo irresarcible, la infracción de estos deberes puede llevar a la constitución del hecho punible o a la lesión de derechos fundamentales, cuyos daños si serán resarcibles.

Respecto a esta posición, anticipamos nuestra crítica, al desvincularse de los daños causados por incumplimiento de los deberes conyugales, para determinar los daños resarcibles que dan lugar a la obligación indemnizatoria, en circunstancias que se trata de daños originados por infracción de obligaciones jurídicas personales existentes entre dañador y dañado; ¿acaso el daño causado por infracción de los deberes personales del matrimonio carece de consecuencias jurídicas?; ¿por qué limitar, condicionar la reacción del derecho, a que por incumplimiento de los deberes conyugales se perpetre un delito o falta o se lesione un derecho

fundamental?; ¿por qué la jurisprudencia española prefiere ampararse en el deber genérico del *neminem laedere*, cuando el mismo hecho en que se apoya la reclamación indemnizatoria ha infringido especialmente los deberes de fidelidad, respeto, cohabitación, ayuda y socorro mutuo existentes entre demandante y demandado?

A.- Responsabilidad del cónyuge dañador por haber incurrido en delito o falta.

Resulta interesante distinguir como ROCA I TRIAS³⁷³, FERRER RIBA³⁷⁴ y RODRÍGUEZ GUITIÁN³⁷⁵, que aunque desestiman la aplicación de las normas de responsabilidad civil frente a los daños causados entre cónyuges por incumplimiento de los deberes conyugales, sostienen expresamente lo contrario cuando ese daño es consecuencia de un hecho constitutivo de delito o falta previsto en el Código Penal.

En este caso, como la desvinculación es de los daños causados por incumplimiento de los deberes conyugales, reiteramos que nada impide que el hecho constitutivo de delito o falta entre cónyuges, sea por infracción de los deberes personales del matrimonio, como también sostiene la doctrina italiana³⁷⁶.

Ejemplos de hechos constitutivos de delito por incumplimiento de un deber conyugal, son el delito de abandono de familia donde se infringe el deber de socorro o ayuda mutua, o el delito de lesiones donde se infringe el deber de respeto.

Éstos justifican su posición señalando que a través del recurso a los tipos penales, se evitan incertidumbres respecto a la determinación de las conductas que realmente dan lugar a daños resarcibles, como son los provenientes de delitos y faltas, de aquéllas que constituyen simples violaciones de la relación matrimonial, como pueden ser la violación grave de los deberes conyugales, y que no son indemnizables.

³⁷³ ROCA I TRIÁS, La responsabilidad civil..., *cit.*, pág. 561 y ss.

³⁷⁴ FERRER RIBA, Relaciones familiares y límites del derecho de daños, en *InDret...*, *cit.*, pág. 15; FERRER RIBA, Relaciones familiares y límites del derecho de daños, en CABANILLAS..., *cit.*, pág. 1857.

³⁷⁵ RODRÍGUEZ GUITIÁN, *op. cit.*, pág. 73.

³⁷⁶ BONA, *op. cit.*, pág. 412.

En este supuesto, en virtud de lo dispuesto en el art. 1092³⁷⁷ Cc., los daños y perjuicios deberán resarcirse conforme a las normas previstas en el arts. 109 y ss. del texto punitivo, advirtiendo que la acción civil en ningún caso nace del delito ni de la falta, aunque es necesaria la declaración de su existencia, sino de los hechos que lo configuran y que son causantes del daño que se solicita resarcir³⁷⁸.

Y precisamente, al resarcir los daños según la norma del art. 109 Cp., surge la crítica a esta posición, ya que este precepto dispone en términos generales y amplios que la “ejecución de un hecho descrito por la ley como delito o falta obliga a reparar... *los daños y perjuicios por él causados*”, sin distinguir si entre los sujetos involucrados exista o no un vínculo matrimonial, y sin limitar o excluir determinados daños de la obligación resarcitoria (como los daños causados por incumplimiento de los deberes conyugales, que también contribuye al hecho constitutivo de delito o falta).

Esta crítica se reafirma, al observar como para determinados delitos que pueden ser perpetrados por los cónyuges entre sí, el legislador penal reitera expresamente la misma consecuencia jurídica, reafirmando la resarcibilidad de los daños en general, evitando o desterrando cualquier discusión relativa sobre la materia; estos supuestos son:

- Delitos contra la libertad sexual (art. 193³⁷⁹ Cp.), donde sin hacer distinción, obliga al juez a pronunciarse en la sentencia sobre la responsabilidad civil.

³⁷⁷ Artículo 1092 Cc.: “Las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal”.

³⁷⁸ STS de 14 de marzo de 2003 (RJ 2003, 2263), al resolver que “la acción civil «ex delicto» no pierde su naturaleza civil por el hecho de ejercitarse en proceso penal. El tratamiento debe ser parejo, so pena de establecer agravios comparativos, o verdaderas injusticias, según decida el sujeto perjudicado ejercitar su derecho resarcitorio en el propio proceso penal, o lo reserve para hacerlo en el correspondiente civil (art. 110 y 111 de la LECrim y 109.2º Código Penal). Las obligaciones civiles «ex delicto» no nacen propiamente del delito (aunque es necesario la declaración de su existencia) sino de los hechos que lo configuran, en cuanto originadores de la restitución de la cosa, reparación del daño e indemnización de los perjuicios”. Véase también CLIMENT DURÁN, *op. cit.*, pág. 343 y ss.; SÁNCHEZ MELGAR, Julián, *Código Penal*, Comentarios y Jurisprudencia, t. I y II, segunda edición, ed. Sepín Editorial Jurídica, Madrid, 2006, págs. 665 y ss. y 1586 y ss., respectivamente.

³⁷⁹ Art. 193 Cp. “En las sentencias condenatorias por delitos contra la libertad sexual, además del pronunciamiento correspondiente a la responsabilidad civil, se harán en su caso, los que procedan en orden a la filiación y fijación de alimentos”.

- Delito de impago de pensiones alimenticias (art. 227³⁸⁰ Cp.); el precepto en referencia es muy claro al señalar que la reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas, lo que significa que se debe la indemnización por el daño más las pensiones adeudadas, configurando a este delito como un instrumento penal dirigido a obtener el cumplimiento de obligaciones civiles, solucionando así la vieja discusión doctrinal que sobre esta cuestión presentaba el Código penal anterior a 1995.
- Delitos económicos, contra el patrimonio (art. 268.1³⁸¹ Cp.), que declaran sólo la exención de responsabilidad criminal, dejando expresamente subsistente la responsabilidad civil entre cónyuges por los daños causados.

Por último, un problema que creemos ha sido omitido para quienes sostienen esta doctrina, dice relación con el hecho que al recurrir a la declaración de delito o falta para determinar con certeza la resarcibilidad o no de los daños causados entre cónyuges, se olvidan que el art. 268 Cp. establece la exención de responsabilidad criminal entre éstos “por los delitos patrimoniales que se causaren..., siempre que no concurra violencia o intimidación”. A virtud de esta norma, cuando uno de los cónyuges perpetre un hecho constitutivo de delito patrimonial en contra del otro, no podrá ser condenado por éste, y si no hay delito, es decir, condena por razón de un determinado hecho que se declara constitutivo de delito, no es posible condenar al pago de una indemnización derivada de tal hecho, como expresa la STS (Sala de lo Penal) de 19 de enero de 2002³⁸²; y entonces, cabe preguntarse ¿qué sucede con el

³⁸⁰ Art. 227 Cp. dice “1. El que dejare de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica a favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación, o proceso de alimentos a favor de sus hijos, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses. 2. Con la misma pena será castigado el que dejare de pagar cualquier otra prestación económica establecida de forma conjunta o única en los supuestos previstos en el apartado anterior. 3. La reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas”.

³⁸¹ Art. 268.1 Cp. “Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación”.

³⁸² RJ 2002, 1315; Véase también CLIMENT DURÁN, *op. cit.*, pág. 344.

daño causado por ese hecho punible que, a consecuencia de la exención de responsabilidad criminal no se puede declarar como delito o falta, careciendo del requisito señalado por esta posición para determinarlo como resarcible?. Sobre el particular, sostenemos que aún bajo este supuesto la reparación resulta indiscutible, como lo resolvió la sentencia en referencia, al decir que en este caso, la indemnización se podrá reclamar en otra vía jurisdiccional, cuestión que demuestra, asimismo, que la motivación y justificación de aquéllos que limitan el resarcimiento de los daños entre cónyuges a los hechos constitutivos de delitos o faltas resulta insuficiente.

B.- Responsabilidad del cónyuge por la violación de algún derecho fundamental.

B.1.- Descripción de esta posición.

Para los mencionados FERRER RIBA³⁸³ y RODRÍGUEZ GUITIÁN³⁸⁴, no sólo es posible el recurso a las normas de responsabilidad cuando el daño causado por los cónyuges entre sí tenga su origen en la comisión de un delito o falta como acabamos de exponer, sino que también cuando por incumplimiento de los deberes conyugales se lesionen, dañen, derechos fundamentales o derechos o bienes de la personalidad en términos generales. En este supuesto, la obligación resarcitoria no emana del daño que se haya causado por incumplimiento – alternativa que se descarta para esta posición –, sino del daño causado por la lesión de los derechos fundamentales originado como consecuencia de la violación de los deberes personales del matrimonio, desvinculándose de esa forma de los daños originados por infracción de los deberes de fidelidad, cohabitación, respeto, ayuda y socorro mutuo.

En este sentido la segunda de las mencionadas es muy diáfana al expresar “a mi juicio la procedencia de la reparación se halla condicionada a que se produzca un comportamiento conyugal que por su intrínseca gravedad o por su reiteración sea capaz, no sólo de romper el equilibrio de la relación conyugal, sino también de

³⁸³ FERRER RIBA, Relaciones familiares y límites del derecho de daños, en *InDret...*, *cit.*, pág. 15; FERRER RIBA, Relaciones familiares y límites del derecho de daños, en CABANILLAS..., *cit.*, pág. 1857.

³⁸⁴ RODRÍGUEZ GUITIÁN, *op. cit.*, pág. 73.

dañar derechos o bienes del otro cónyuge que no sean considerados indignos de tutela por el ordenamiento. Así el incumplimiento del deber conyugal puede causar daños a la integridad física y psíquica del cónyuge, a su salud, honor e intimidad, libertad sexual o patrimonio”³⁸⁵.

Si bien, ambos autores arriban a idéntica conclusión, es menester indicar que los fundamentos jurídicos de uno y otro son totalmente diversos; así para FERRER RIBA, esta particular excepción está vinculada con el carácter ético - moral que les corresponde a los deberes conyugales, que sólo justifica la reacción del derecho bajo este específico escenario; en cambio, para RODRÍGUEZ GUITIÁN, quien, a diferencia de su precedente, reconoce los deberes conyugales como verdaderos deberes jurídicos, restringe la aplicación de las normas de responsabilidad civil a este contexto por el “principio de la unidad familiar”, evitando con ello una multiplicidad de juicios indeseables.

Igualmente, debemos señalar que la autora recién mencionada, para dar lugar a la aplicación de la tutela aquiliana, no sólo requiere que la lesión del derecho fundamental o bien o derecho de la personalidad sea consecuencia de un incumplimiento conyugal “intrínsecamente grave o reiterado”, sino que además, ello sea fruto de un comportamiento “doloso” imputable al cónyuge autor del daño³⁸⁶.

Dentro de esta posición también se encuentra el ordenamiento italiano; verificada la apertura del Derecho de familia al Derecho de daños, se admite prácticamente sin discusión, el resarcimiento de los daños entre cónyuges cuando por el incumplimiento de los deberes conyugales se lesione algún derecho fundamental.

³⁸⁵ Por su parte FERRER RIBA, *loc. cit.*, habla que excepcionalmente se aplicarán las reglas de la responsabilidad civil, “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”; sólo a través de los ejemplos que cita – integridad física y psíquica, salud, libertad, honor o intimidad, libertad sexual o patrimonio -, colegimos que se refiere a daños a los derechos fundamentales causados con ocasión del incumplimiento de los deberes conyugales.

³⁸⁶ RODRÍGUEZ GUITIÁN, *op. cit.*, pág. 75, “En conclusión, a mi juicio el incumplimiento del deber conyugal genera responsabilidad civil sólo si es de tal magnitud que a través de él se dañan derechos fundamentales o bienes de uno de los cónyuges, y siempre y cuando sea doloso”.

Así FRACCON sostiene, que lo que realmente permite el recurso de la cláusula general de responsabilidad del art. 2043³⁸⁷ del Codice Civile, y por medio de éste, la reparación de los daños patrimoniales y no patrimoniales, es la lesión de derechos fundamentales causados por incumplimiento de los deberes conyugales³⁸⁸, desentendiéndose de esa forma de la limitación dispuesta en el art. 2059 del texto legal sustantivo, que ordena resarcir los daños no patrimoniales sólo en los casos determinados por la ley³⁸⁹, y que como añade BONA³⁹⁰, está condicionado a la comprobación, aunque sea en abstracto, a la hipótesis de delito.

Complementa esta opinión MARÍN³⁹¹, al señalar que la jurisprudencia italiana, conforme al art. 2043 del Codice Civile, ha extendido la reparación de los daños derivados por la violación de los deberes conyugales, “aplicando los esquemas de la responsabilidad civil al Derecho de familia”, como se aprecia en la sentencia del tribunal de Florencia de 13 de junio de 2000³⁹², al igual como ya lo

³⁸⁷ Artículo 2043 del Codice Civile: “Risarcimento per fatto illecito. Qualunque fatto doloso, o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga ocluí che ha comeos il fatto a risarcire il danno”.

³⁸⁸ FRACCON, Nuovi approdi della responsabilità..., *cit.*, pág. 697, “questa decisione, innovativa nell’ambito dei rapporti coniugali, si innesta, quale coerente contributo, nel filone, che va sempre piú predendo corpo e sèguito, della tutela risarcitoria riconosciuta dalla Cassazione ai diritti fondamentali della persona, prima nel solco dell’art.2043 c.c., quale clausola generale di risarcibilità di ogni danno, patrimoniale e non patrimoniale”; pero quizá donde mejor se recoge su opinión sobre esta cuestión es en FRACCON, I diritti della persona nel..., *cit.*, pág. 389, al decir, “Laddove, invece, vengano individuati fatti che, per la loro intrinseca gravità o per la loro reiterazione, siano tali non solo da rompere l’equilibrio del rapporto coniugale, ma anche da ledere diritti fondamentali della persona, non possono esservi dubbi in ordine alle loro conseguenze giuridiche e, in particolare, alla loro riconducibilità all’art.2043 cod. civ.”.

³⁸⁹ FRACCON, Nuovi approdi della responsabilità..., *cit.*, pág. 697, “questa progresiva espansione dell’area del danno ingiusto nel vasto campo dei diritti costituzionalmente garantiti andava di pari passo fino al 2003 con il creceré di una polemica sul ruolo dell’art. 2059 c.c., piú volte sottoposto al vaglio della consulta, a causa del rimando in esso contenuto all’art.185 c.p., in virtú del quale il danno morale soggettivo poteva trovare ristoro solo nei casi previsti come reati. L’ultimo rinvio alla Corte costituzionale dell’art. 2059 c.c. ha stimolato la Cassazione a darne un’interpretazione secundum constitutionem, e cosí con le sentenze gemelle del maggio 2003 ha individuato l’art. 2043 c.c. come previsione del mero danno patrimoniale, e ha attribuito all’art.2059 c.c. il dominio del danno non patrimoniale, escludendo che, in presenza di lesioni riguardanti valori della persona costituzionalmente garantiti, il risarcimento di questa seconda categoria di dan sia soggetto al limite derivante dalla riserva di legge contenuta nell’art. 2059 c.c., e correlata all’art. 185 c.p.”.

³⁹⁰ BONA, *op. cit.*, pág. 450.

³⁹¹ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Separación y divorcio..., *cit.*, pág. 155 y ss.; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Remedios indemnizatorios..., *cit.*, pág. 152 y ss.

³⁹² Podemos hallar comentarios a esta sentencia en BONA, *op. cit.*, pág. 440 y ss., y en DE VERDA Y BEAMONTE, Responsabilidad civil..., *cit.*; en ésta, el Tribunal acogió la demanda interpuesta por la mujer en contra de su marido, por entender que éste había infringido “el deber de asistencia, moral y material”, incurriendo en una conducta antijurídica, ya que frente a los primeros síntomas de esquizofrenia paranoide de su mujer, manifestados en los primeros años de matrimonio, nada hizo, y luego, muy poco, cuando esta dolencia se había agravado al punto de llevar a que la cónyuge permaneciera encerrada en el cuarto de su casa durante 4 años, ya que se había limitado a someterla a un tratamiento de atención pública, negándose, incluso, a recibirla nuevamente en el hogar cuando ésta abandono su internación, en circunstancias que esa era la medida recomendada por los facultativos; el sentenciador al analizar el hecho descrito a la luz de los requisitos del art. 2043 Cc. italiano, señalo que todos éstos concurrían, a saber, una conducta antijurídica

había resuelto la sentencia del Tribunal de Milán, de 10 de febrero de 1999³⁹³; no obstante, matiza esta conclusión con la distinción realizada por FRACCON, al entender que lo que pone en movimiento la acción de resarcimiento, la tutela aquiliana, no es el simple incumplimiento del deber conyugal, ni el eventual perjuicio que de él se pueda derivar, sino el daño a los derechos fundamentales, a los bienes de la personalidad que se puedan causar a cualquiera de los cónyuges como consecuencia del incumplimiento de los deberes conyugales; añade que “podrá decirse la reparación de daños como medio de tutela de un cónyuge en cuanto persona cuando el resultado producido por el incumplimiento de dichos deberes entre dentro de los esquemas de la responsabilidad civil. Lo que se debe considerar es la resarcibilidad del valor de la persona en su proyección no sólo económica y

consistente en el incumplimiento de las obligaciones de asistencia moral y material, injusticia al comprometer el bien de la salud, un daño biológico temporal al periodo de abandono y aislamiento que estuvo en el cuarto de su casa, sin ningún contacto con familiares o el mundo exterior, por las condiciones de degradación física y psíquica en fue reducida a vivir la mujer, y el nexo de causalidad, que se encontraba en el absurdo e injustificado retraso para solicitar la correspondiente atención sanitaria, estimando a este hecho como el único factor determinante en el daño biológico sufrido por la mujer en el periodo de aislamiento y abandono que padeció.

³⁹³ En este caso, la mujer demandaba a su marido por el daño causado por el síndrome ansioso depresivo y la frustración de las expectativas de maternidad, derivados de la indiferencia e incapacidad sexual de su cónyuge, con quien tuvo sólo cuatro relaciones sexuales incompletas, en más de 20 años – en 1965 contrajeron matrimonio, en 1991 se separaron consensuadamente, y en 1997 el marido presentó la solicitud de divorcio -, en circunstancias que ella había conocido de la “carencia de masculinidad” de su cónyuge un año después de celebrado su matrimonio, y del cual sólo había sido consciente después de la separación, debido a la oposición que mostraban a ella los familiares de su marido; FRACCON, Comentario a la sentencia del Tribunale di Milano, 10 febbraio 1999..., *cit.*, pág. 988 y ss., en especial al comentar los motivos para desestimar la pretensión de la actora señala que “Retiene il Collegio che la scelta liberamente effettuata dalla moglie di continuare a convivere con il marito, pur dopo la definitiva rottura dell’intersessuale – se mai vi fosse stata -, rinunciando a tutta la gamma di remedi che l’ordinamento civile e canonico le consentivano per recuperare la propria libertà di statu, o, almeno, quella di potersi ricostruire un rapporto di coppia e formare una nuova famiglia, con l’esperienza della maternità, costituisca, alla luce del principio di responsabilità che governa la materia, un fattore di estrema rilevanza nella configurazione della fattispecie dannosa concreta. Quanto alle assunte presión e diviet del familiari, basti chiarire la loro evidente inidoneità ad inhibire la volontà di un soggetto adulto e dotato di capacità di intendere e volvere, oltre che di autonomia economica, quale la convenuta, in un contesto socio – familiare qual era quello degli Anni ’70 nella città di Milano; mentre il richiamo alle convinzioni religiose e sociali non sembra pertinente. In particolare, la menzionata rilevanza del comportamento della B. non può limitarsi al profilo quantitativo, cioè come concorso nella produzione, nell’aggravamento del danno: si tratta, piuttosto, di una serie causale del tutto autonoma, che si è inserita nel processo eziologico, recidendo un eventuale nesso di causalità con quella posta in essere dal ricorrente..., la sua domanda sarebbe stata rigettata per difetto del nesso di causalità”; en el mismo sentido DE VERDA Y BEAMONTE, Responsabilidad civil..., *cit.*, al agregar que el tribunal al justificar su rechazo, entendió que éste se debió a la falta del nexo de causalidad entre el ilícito atribuido al marido y el daño cuyo resarcimiento se pedía, ya que las presiones de los familiares del marido “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”, concluyendo que “nada sino su libre voluntad impedía a la mujer desligarse de su 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”; también comenta la sentencia BONA, *op. cit.*, pág. 387 y ss., y en lo particular pág. 437 y ss.

objetiva, sino también subjetiva y, por tanto, de la lesión de los derechos primarios, en cuanto inherentes a la persona humana”.

BONA³⁹⁴ agrega que, en virtud de las sentencias de Milán y Florencia citadas, no se debe dudar que cada cónyuge conserva al interior de su relación de pareja, todos los derechos de que es titular en cuanto a persona, tales como derecho a la salud, a la personalidad, a la imagen, a la reputación, al honor, al trabajo, etc., no pareciendo plausible afirmar que tales derechos subjetivos vengán disminuidos por el matrimonio.

La distinción propuesta y defendida por FRACCON, está plenamente conteste con lo resuelto por la Corte de Casación Civil, de 19 de junio de 1975, donde se abrió por primera vez la puerta para admitir la reparación del daño al honor, fama, causado por incumplimiento de un deber conyugal, en el caso, del deber de fidelidad, “como consecuencia del descrédito social que de ella resulte”³⁹⁵, con lo cual, podemos concluir que la exigencia que se lesione un derecho fundamental por incumplimiento de un deber conyugal para que el daño sea resarcible, representa la posición mayoritaria en el ordenamiento italiano.

Sobre los argumentos recién esgrimidos, DE VERDA³⁹⁶ se expresa muy crítico con la postura de este Tribunal, como con la de FRACCON, al mantener una posición diferente, ya que entiende que el incumplimiento del deber de fidelidad constituye una “falta de respeto de quien la comete, el cual defrauda la confianza

³⁹⁴ BONA, *op. cit.*, pág. 443.

³⁹⁵ FRACCON, I diritti della persona nel..., *cit.*, pág. 994, al decir “però, in altre decisione ha riconosciuto l’applicabilità dell’art. 2043 c.c.: Cass. 19 giugno 1975 n.2468, affermando che la violazione dell’obbligo di fedeltà può costituire fonte di danno patrimoniale per l’altro coniuge, per effetto del discredito derivatogli”, añadiendo la misma autora, en FRACCON, Comentario a la sentencia del Tribunale di Milano, 10 febbraio 1999..., *cit.*, pág. 389, que “trattandosi, però di un danno non necessariamente conseguente alla subita infedeltà, né da essa desumibile come potenziale, ma solo possibile nel caso concreto, per la pronuncia di una condanna generica al risarcimento di esso non può ritenersi sufficiente la semplice dimostrazione dell’infedeltà medesima, occorrendo anche la prova delle circostanze che abbiano determinato, nel caso specifico, l’incidenza patrimoniale concreta, o quantomeno potenziale, di quell’illecito. In questa decisione il bene che viene individuato come oggetto di pregiudizio a causa della violazione del dovere di fedeltà da parte del cónyuge, è la reputazione, quella che oggi viene chiamata, con espressione più diffusa, l’immagine pubblica. È certamente un bene fondamentale della persona, meritevole di tutela erga omnes e, quindi, anche nei confronti del comportamento anti-giuridico del cónyuge”.

³⁹⁶ DE VERDA Y BEAMONTE, Responsabilidad civil..., *cit.*, la crítica de éste responde a la defensa de su posición y coherencia con la misma, que entiende que la obligación indemnizatoria nace con el daño causado por el incumplimiento de los deberes conyugales, incumplimiento que debe cumplir los requisitos de gravedad o reiteración, con independencia que se lesionen o no derechos fundamentales, derechos o bienes de la personalidad.

que en él tenía el otro consorte..., por la obligación de exclusividad sexual contraída por el matrimonio”, que puede ser más grave que el descrédito social que se cause, debiéndose dar lugar a la obligación de indemnizar el daño causado por dicho incumplimiento, con independencia que se lesionen derechos fundamentales, derechos o bienes de la personalidad.

Descritos los fundamentos de esta posición, debemos precisar si la aplicación de la tutela aquiliana sufre alguna alteración o modificación, en atención a este particular escenario del Derecho de familia, determinando en última instancia, si el ordenamiento italiano reconoce alguna especie de privilegio por el hecho del matrimonio.

Para FRACCON y MARÍN³⁹⁷, coherentes con su opinión, entienden que para que los daños sean resarcibles, es menester que éstos sean fruto de un incumplimiento “intrínsecamente grave o reiterado” de los deberes conyugales, al punto que no sólo “rompa el equilibrio de las relaciones conyugales” sino que también lesione los derechos fundamentales de la persona, como se desprende *a contrario sensu* de la sentencia del tribunal de Milán de 22 de noviembre de 2002, que rechazó la demanda presentada por el marido en contra de su mujer, por los daños morales causados por la infidelidad de ésta, por no tener la suficiente “gravedad específica y un especial carácter lesivo de la personalidad del cónyuge traicionado”, por cuanto se trataba de “un acto de infidelidad ordinaria, al haber sido mantenida clandestinamente y ocultada al marido y a los hijos”, pese a que por sí sola fuese causa suficiente para hacer inviable la vida en común³⁹⁸.

En este sentido DE VERDA³⁹⁹, pese a abrir el resarcimiento de los daños causados por incumplimiento de los deberes conyugales más allá de la lesión de derechos fundamentales, al comentar la sentencia del Tribunal de Milán de 4 de

³⁹⁷ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Remedios indemnizatorios..., *cit.*, pág. 161 y ss.

³⁹⁸ En similares términos se expresa BONA, *op. cit.*, pág. 448, al señalar que para que el daño sea resarcible es necesario que se verifique un efectivo perjuicio patrimonial o no patrimonial a la persona, el que debe estar conectado axiológicamente a una o más violaciones de las obligaciones conyugales, en síntesis, a un comportamiento ilícito de la pareja, descartando que el simple hecho de sufrir una separación o un divorcio pueda configurar de por sí un daño resarcible.

³⁹⁹ DE VERDA Y BEAMONTE, Responsabilidad civil..., *cit.*

junio de 2002⁴⁰⁰, comparte el criterio o límite mínimo fijado por éste para la determinación de los daños resarcible, exigiendo que deben ser causa de una “violación grave o reiterada de los deberes matrimoniales”, descartando cualquier situación de mera crisis conyugal, que si bien son capaces de producir en general un estado de sufrimiento psico-emotivo, afectivo y de relación, además de otras incomodidades económicas y de comportamiento para uno de los cónyuges, no resultan indemnizables, evitándose por medio del requisito de gravedad o reiteración una expansión desmesurada de demandas por incumplimientos insignificantes o nimios.

BONA⁴⁰¹, además, relacionando los arts. 143 y 2043 Cc. italiano, señala que para poder hablar de daño resarcible es menester que éste sea injusto⁴⁰², pero que dicha determinación resulta compleja (como se observa en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Brescia de 14 de junio de 1995⁴⁰³), ya que se deben equilibrar dos

⁴⁰⁰ En el caso de autos, los cónyuges habían contraído matrimonio después de siete años de noviazgo, luego, transcurridos dos años del matrimonio la mujer quedó embarazada, produciéndose un cambio radical en el comportamiento del marido, quien manifestó el deseo de que abortara, presentándose hostil e indiferente, expresando en último término, su intención de no continuar con la convivencia, todo ello en pleno periodo de gestación; pese a que jamás abandonó el domicilio conyugal, se acreditó que mantenía una relación extraconyugal, dejando en definitiva de prestar toda asistencia afectiva, moral y material, a la madre durante el embarazo, abandonándola, casi a su suerte, junto a su hijo recién nacido, elementos todos que llevaron a que la madre cayera en un grave estado depresivo que motivó el ejercicio de la acción indemnizatoria, acogiendo en definitiva la pretensión, entendiéndose que el marido había “incurrido en una conducta transgresiva de los deberes conyugales especialmente grave”, ya que se comportó con “desprecio manifiesto a 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”.

⁴⁰¹ BONA, *op. cit.*, pág. 444 y ss.

⁴⁰² Pero BONA (*ibid.*, pág. 453), se pregunta, al formular sus conclusiones, si ¿es justo, en el ámbito de la relación conyugal, hacer recaer el daño sobre quien lo padece, a lo mejor en nombre de una suerte de asunción del riesgo al momento de celebrar el matrimonio?

⁴⁰³ En *Il diritto di famiglia e delle persone*, gennaio – marzo, 1996, pág. 116 y ss.; la complejidad de la determinación de lo justo e injusto del daño estuvo motivada por los siguientes hechos: el cónyuge había consentido en la inseminación artificial heteróloga de su mujer, no obstante, luego del nacimiento, ejerció la acción de desconocimiento amparado en su impotencia generandi y en la total imposibilidad de ser el verdadero padre del hijo; frente a lo expuesto la madre se opuso a dicha acción apoyada en el deber jurídico de coherencia de la conducta de su marido, consecuencia del hecho de que él consintió en la inseminación, presentando subsidiariamente y para el evento de que la petición del marido fuera acogida, una acción indemnizatoria por los daños morales y materiales causados por la infracción al deber jurídico señalado (por su incoherente conducta); sin embargo, el tribunal de primera como de segunda instancia, no sólo acogieron la acción de desconocimiento de paternidad formulada por el marido, sino que también desestimaron la acción subsidiaria de daños y perjuicios interpuesta por la mujer; el fundamento para ambas decisiones se encontraba en el carácter absoluto e indisponible por naturaleza de la acción de estado de la persona, el que no puede sufrir límites o ser condicionado en forma alguna a diferencia del deber de coherencia, de rango inferior, descartando que el consentimiento prestado anteriormente por el marido, pueda ser entendido como una renuncia preventiva de la acción de desconocimiento; que en el caso de la inseminación artificial

esferas subjetivas distintas y al mismo tiempo la unidad del vínculo matrimonial, realizando una comparación entre los derechos del cónyuge que se afirma perjudicado, y los otros derechos, que pueden de algún modo justificar el acto o actos perpetrados por el cónyuge incumplidor. Agrega que en el caso del matrimonio, ninguna consecuencia puede hacerse descender de forma automática del comportamiento de un cónyuge contrario a lo dispuesto en el art. 143, si primero no se ha examinado en su complejo “*background*” familiar; ahora, al realizar este examen, se debe considerar de un lado, la conducta transgresiva del cónyuge incumplidor, del otro lado, el daño sufrido por el cónyuge-actor, lo que significa que en el ámbito de la responsabilidad civil será siempre necesario una mirada total a las modalidades con que el cónyuge ha interpretado la vida en pareja: el comportamiento del cónyuge debe ser escrutado insertándolo en el contexto concreto del *modus vivendi* del cónyuge y, de las elecciones que éstos han realizado para la existencia de la vida en común.

En última instancia, debemos señalar que contribuye al desarrollo del resarcimiento de estos daños, el artículo 2941 N°1 del Codice Civile, que suspende la prescripción de las acciones entre los cónyuges, lo que permitiría, incluso, el ejercicio de las acciones indemnizatorias después de disuelto el matrimonio.

B.2.- Situación particular de la Ley Orgánica 1/1982, de 05 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen.

Si bien, los anteriores autores concluyen la aplicación de las normas de responsabilidad civil por los daños originados en la lesión de los derechos fundamentales, bienes de la personalidad en general, no debemos olvidar que el honor, la intimidad personal y familiar, y la propia imagen, tienen una expresa

heteróloga consentida por el marido, la revocación de ese consentimiento, manifestada por medio de la presentación de la acción de negación de paternidad, es por sí misma legítima en relación al ejercicio de la propia acción, y no puede ser objetivamente causa de un daño injusto a la esfera jurídica de la madre o del hijo.

protección a través de la LO 1/1982, debiendo en tal caso pronunciarnos sobre qué acontece cuando por infracción de los deberes conyugales, o al pretender acreditar su cumplimiento o incumplimiento, se infringe cualquiera de estos particulares derechos fundamentales causando un daño a uno de los cónyuges, y en su caso, bajo qué particulares normas deberán responder civilmente.

Antes que nada debemos precisar que cualquier violación del derecho al honor o intimidad personal o familiar o propia imagen, vinculado o no con los deberes conyugales, constituye una infracción a un derecho fundamental, reconocido como un derecho de la personalidad⁴⁰⁴, inicialmente cobijado por la Constitución española en sus arts. 18.1⁴⁰⁵ y 20.4⁴⁰⁶, y especialmente tutelado por la Ley en comento, según consta en su exposición de motivos; reafirman esta alegación, llevándonos en la misma orientación, sus especiales características

⁴⁰⁴ Con respecto a si el honor, intimidad personal y familiar, e imagen constituyen realmente derechos de la personalidad (y con ello, los entienden como verdaderos derechos subjetivos) se pronuncian a favor BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, José, *Construcción jurídica de los derechos de la personalidad*, Discurso leído ante la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 29 de marzo de 1976; CASTÁN TOBEÑAS, José, Los derechos de la personalidad, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1952, pág. 5 y ss.; DE ANGEL YAGÜEZ, La protección de la personalidad..., *cit.*, pág. 7 y ss.; sin embargo, no podemos evitar mencionar las palabras citadas por este último autor en su página 50, quien, con ocasión de analizar la cuestión entorno a la naturaleza jurídica de los derechos de la personalidad, el conceptualismo del mismo, y sus diversas posiciones, concluye que “todo ello no impide, desde luego, que sigamos utilizando la expresión “derechos de la personalidad”, tan arraigada en la literatura jurídica. En último término, si las palabras son manifestación de ideas, el hecho de que aquéllas no sean del todo correctas pasa a segundo plano si, como sucede con la denominación que nos ocupa, todos sabemos qué quieren significar y cuál es su sentido, profundo sentido vital”.

En contra, defienden el tratamiento de bienes de la personalidad (negando así que sean auténticos derechos subjetivos, apoyados principalmente en que carecen de un poder dispositivo sobre los mismos) DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Temas de Derecho civil*, Madrid, 1972, pág. 7 y ss.; DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de...*, *cit.*, pág. 9 y ss.; BUSTOS PUECHE, José Enrique, *Manual sobre bienes y derechos de la personalidad*, ed. Dykinson, Madrid, 1997.

En la misma posición del profesor DE CASTRO Y BRAVO se pronuncia ROGEL VIDE, Carlos, *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, ed. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1985, pero haciendo la distinción que, “respecto de algunos estos bienes, puede hablarse de verdaderos derechos subjetivos, si bien de características especiales. Respecto de otros, en cambio – de los bienes esenciales muy señaladamente; de las libertades, si no se incluyen entre los anteriores, también – no cabe hablar de derechos subjetivos perfectos, sino, cuando más, de derechos “reflejos”, “difusos”, “limitados”, sin que esto, entiéndase bien, redunde – al menos en mi opinión – en una menor protección de los bienes en cuestión”.

⁴⁰⁵ Artículo 18.1 CE: “Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”.

⁴⁰⁶ Artículo 20 CE: “Se reconocen y protegen los derechos:... 4. Estas libertades (de expresión) tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”.

destacadas por CASTÁN, a saber, originarios o innatos⁴⁰⁷, subjetivos privados⁴⁰⁸, absolutos o de exclusión en el sentido de su oponibilidad *erga omnes*⁴⁰⁹, extrapatrimoniales⁴¹⁰, intransmisibles y no susceptibles de disposición por su titular⁴¹¹, irrenunciables e imprescriptibles, los que se encuentran parcialmente recogidos en el art. 1.3º de la citada Ley, al disponer que “el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen es irrenunciable, inalienable e imprescriptible”⁴¹².

⁴⁰⁷ Aunque se advierte que existen derechos de la personalidad que no gozan de dicho carácter, como es el caso de aquellos autores que comprenden entre los mismos el derecho moral de autor.

⁴⁰⁸ Se reconoce, en todo caso, que bajo determinadas circunstancias, algunos derechos de la personalidad pueden ser clasificados entre los derechos subjetivos públicos, además de participar de elementos públicos, como en la situación de los derechos de familia.

⁴⁰⁹ No desde el punto de vista de su contenido, ya que en dicho escenario, están condicionados por exigencias de orden moral y público.

⁴¹⁰ También se pone en duda esta cualidad, atendido el tenor del art. 2.2º y 2.3º de la ley, que permite la intromisión de los derechos del honor, de la intimidad y de la propia imagen, sin considerarla ilegítima, cuando ha mediado consentimiento expreso del titular del derecho, y su eventual obligación de indemnizar los daños y perjuicios, frente a la revocación de la misma.

⁴¹¹ Recordamos que éste es uno de los argumentos esgrimidos por DE CASTRO Y BRAVO, para preferir hablar de “bienes” y no de “derechos” de la personalidad.

⁴¹² La doctrina, en términos generales, está conteste en que los derechos de la personalidad gozan de estas características, así por ejemplo DE ANGEL YAGÜEZ, La protección de la personalidad..., *cit.*, pág. 51 y ss., destaca su carácter extrapatrimonial, innato, intransmisible, irrenunciable e imprescriptible.

Ahora, mirando la doctrina que estudia en específico los caracteres del derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen, conforme a la Ley 1/1982, la opinión es bastante controvertida; así podemos apreciar en ESTRADA ALONSO, Eduardo, *El derecho al honor en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo*, ed. Cívitas S.A., Madrid, 1989, pág. 47 y ss., una ardua crítica de las características que se les debería reconocer a estos derechos y las que realmente se le reconocen por aplicación de la misma ley, por cuanto, estudiando el derecho al honor en particular (e intimidad personal y familiar e imagen en general), y por aplicación de lo dispuesto en el art. 2º, en cuanto a sus límites, y por su eventual facultad dispositiva, que permite entender que no se considerarán intromisiones ilegítimas aquellas expresamente autorizadas por la ley o por el consentimiento expreso del titular del derecho, concluye que su carácter subjetivo privado, innato, absoluto e igual, irrenunciable, inalienable, intransmisible, indisponible y extrapatrimonial, debe entenderse de forma relativa, con matizaciones, al afirmar, en su pág. 80, que “puede advertirse que el derecho al honor, con relación al ámbito de protección, nace como un derecho oponible erga omnes. Posteriormente, si el titular da su consentimiento, puede pasar a configurarse como un derecho relativo”, en su pág. 85, que “tras la entrada en vigor de la Ley de 5 de mayo de 1982 no se puede atribuir al derecho al honor el carácter de irrenunciable, indisponible e inalienable más que con determinadas matizaciones”, y en su pág. 87, que “lo que convierte en patrimoniales estos derechos, es la posibilidad que establece el artículo segundo de la Ley de ser valorados como objeto del tráfico jurídico”, coligiendo en definitiva que “tal resultado, en lo que atañe al derecho al honor, viola claramente lo establecido en los artículos 10 y 18 de nuestra Constitución, y la concepción normativa del honor apoyada en la dignidad humana. En esta línea no sería difícil declarar la inconstitucionalidad de una sentencia que amparase un convenio en el que, a cambio de un precio, estuviese en juego el honor de una persona, lo que pone también en entredicho la propia constitucionalidad de la propia Ley de 5 de mayo de 1982, o al menos de su artículo segundo, apartado dos”. En el mismo sentido se expresa GARCÍA PÉREZ, Carmen, *Titulares de los bienes de la personalidad: legitimación para defenderlos. Especial referencia a la Ley Orgánica 1/1982*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 38 y ss., pero en términos menos severos, al decir que es común caracterizar los derechos de la personalidad como derechos absolutos, indisponibles o intransmisibles, imprescriptibles, no patrimoniales, inalienables, irrenunciables, innatos, pero advirtiendo que estas cualidades se han quebrado de forma paulatina, coligiendo que “el honor, la intimidad y la propia imagen, a pesar de ser calificados expresamente de derechos “irrenunciables, inalienables e imprescriptibles” (artículo 1.3º Ley 1/1982), su posterior régimen jurídico acaso hace dudar respecto a si efectivamente se esté ante derechos con estas cualidades”.

Como hemos enunciado, para dar lugar a este supuesto, la intromisión ilegítima que lesiona uno de estos derechos y del cual proviene el daño que se solicita se resarcir, puede ser consecuencia no sólo de la propia violación de los deberes conyugales, sino que también del resultado de acreditar el mismo cumplimiento o incumplimiento; por ejemplo, al apoderarse de la correspondencia privada, cartas, documentos, mensajes de correo electrónico u otros, de uno de los cónyuges, o interceptar sus telecomunicaciones o utilizar artificios técnicos de escucha para descubrir los secretos o vulnerar su intimidad, para acompañarlos a algún proceso matrimonial, con la finalidad de probar la infidelidad de uno de los cónyuges⁴¹³, o las verdaderas razones de la causa de separación⁴¹⁴, o los ingresos y patrimonio real⁴¹⁵, o el comportamiento del cónyuge respecto al cuidado de los hijos⁴¹⁶, o que revelen la ideología, religión, creencias o vida sexual⁴¹⁷, o simplemente para hacerlos circular entre familiares y amigos con el objeto de humillar al otro, lesionando su honor, menoscabando su intimidad⁴¹⁸, e infringiendo el deber de respeto que impone el matrimonio⁴¹⁹.

⁴¹³ STS de 20 de junio de 2003 (RJ 2003, 4359); SAP de Tarragona de 15 de diciembre de 2001 (JUR 2002, 45891); SAP de Valencia de 04 de junio de 2002 (JUR 2002, 231802); SAP de Cádiz de 29 de diciembre de 2003 (JUR 2004, 110278); SAP de Pontevedra, de 18 de mayo de 2001 (ARP 2001, 602), en la cual se agregó que “el incumplimiento por uno de los cónyuges de los deberes inherentes al matrimonio – ya producido en el momento de realizarse la interceptación – no legitima al otro para esta violación del derecho a la intimidad en la que, además, también resultaría afectado el derecho constitucional del otro interlocutor a la reserva de sus conversaciones telefónicas”, descartando cualquier causa de justificación en quienes acuden a la intervención telefónica como medio para la obtención de pruebas de infidelidad conyugal en función de un ulterior proceso de separación; SAP de Madrid de 11 de enero de 2002 (JUR 2002, 71184), instancia donde se rechazó que el contrato matrimonial deje fuera el derecho a la intimidad personal en el ámbito que afecta al derecho – obligación de fidelidad o constituya un eximente de ejercicio legítimo de un derecho; SAP de Albacete de 21 de noviembre de 2002 (ARP 2002, 855), resolviendo que “resulta sencillamente inadmisibles la alegación del recurrente de que, por tratarse de su esposa, el acusado está exento de la obligación constitucional y penal de respetar el bien jurídico protegido de su cónyuge bajo la excusa de cerciorarse y alegar pruebas de la infidelidad de la esposa”.

⁴¹⁴ SAP de Barcelona de 16 de enero de 2004 (JUR 2004, 61478).

⁴¹⁵ SAP de Valencia de 20 de mayo de 2003 (JUR 2003, 240374); SAP de Granada de 23 de junio de 2006 (JUR 2007, 118890), en la cual el sentenciador resolvió que “en suma, el incumplimiento por uno de los cónyuges de las obligaciones derivadas del matrimonio tendrá las consecuencias establecidas por el ordenamiento jurídico, pero tal incumplimiento no habilita al otro cónyuge para la ejecución de acciones tipificadas como delito por la Ley penal, ni es motivo de exoneración de la responsabilidad penal consecuente”.

⁴¹⁶ SAP de Madrid de 25 de mayo de 2005 (ARP 2005, 321).

⁴¹⁷ SAP de Navarra de 31 de julio de 2003 (JUR 2003, 275626).

⁴¹⁸ SAP de Castellón de 12 de abril de 2004 (ARP 2004, 323).

⁴¹⁹ Deber – derecho de respeto, que según DE VERDA Y BEAMONTE, Responsabilidad civil y divorcio..., *cit.*, también comprende el reconocimiento a un ámbito de privacidad razonable que deben conferirse los cónyuges, como “la prohibición de divulgar aspectos de su vida privada, así como los que afecten la vida

Ahora, el recurso a la LO 1/1982 no sólo es fruto de la preferencia que engloba toda ley especial respecto de los supuestos que regula y de los derechos que tutela, sino que también del abierto planteamiento formulado por autores como LETE DEL RIO⁴²⁰ y ALONSO PÉREZ⁴²¹; este último, al referirse al incumplimiento de los deberes conyugales, y comentando la SAP de Bilbao, expresa que “se ha cometido un ilícito civil evidente que debe sustanciarse en la reparación patrimonial de los daños inferidos, en particular los daños morales...; la infidelidad en el matrimonio separado puede acarrear otras consecuencias negativas... daños y perjuicios por incumplimiento del deber jurídico contemplado en el art. 68 Cc. como medio de reparar el quebranto moral causado, etc....; y, en cualquier caso, agresión a la esfera íntima de la persona y a su dignidad de esposa, para reconocer que existía un ilícito civil del que nace una responsabilidad por daños y perjuicios, incluidos los morales. Aplicación, si se quiere del derecho fundamental al honor y a la intimidad personal (art. 18.1. Constitución española) y su defensa concreta por varios medios en la Ley orgánica de 5 mayo 1982”.

Establecida la preferencia, debemos centrarnos en las consecuencias que se originan por la aplicación de la Ley, donde destaca que para dar lugar al resarcimiento del daño causado por la lesión de uno de estos derechos fundamentales, no se requiere que la violación de los deberes conyugales o que la prueba de su cumplimiento o incumplimiento, sea consecuencia de comportamiento “intrínsecamente grave o reiterado”, imputable a dolo o culpa grave del autor como lo sostiene RODRÍGUEZ GUITIÁN. Conforme a la exposición de motivos del texto en referencia, como a lo dispuesto en su art. 1.1, basta “todo género de intromisión ilegítima” para poner en reacción la tutela protectora, complementando que si bien

íntima de la familia, prohibición que incluso, persiste tras la disolución del matrimonio”, pudiendo inclusive recurrirse a las herramientas de la Ley 1/1982 para el caso de su infracción.

⁴²⁰ LETE DEL RIO, *op. cit.*, pág. 642 y ss., al decir, respecto de la generalidad de los deberes conyugales, que la intimidad personal y familiar, consagrada mediante el art. 18 de la Constitución “encuentra amparo y tutela judicial a través de la Ley orgánica de 05 de mayo de 1982, de protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”, y entre cuyas normas se prevé la íntegra acción por daños y perjuicios por las figuras especialmente comprendidas en su cuerpo normativo, y que de una u otra forma lesionen los derechos que ellas tutelan.

⁴²¹ ALONSO PÉREZ, *Dialéctica entre fidelidad...*, *cit.*, pág. 50 y ss.

el art. 7 intenta describir la tipología de situaciones que se consideran intromisiones ilegítimas, dicho numeral como advierte YZQUIERO TOLSADA⁴²², apoyado en lo resuelto por el Tribunal Supremo en la sentencia de 28 de octubre de 1986⁴²³, no se trata de una lista “*numerus clausus*” ya que siempre cabra imaginar otros supuestos.

La Ley señalada, además, en su art. 9.5 establece un plazo de caducidad de cuatro años para el ejercicio de las acciones de protección en ella previstas⁴²⁴, contados desde que el legitimado pudo ejercitarlas, derogando los plazos de prescripción de las acciones de responsabilidad civil previstos en el Código Civil; en el supuesto de que se trate de intromisiones ilegítimas continuas o de tracto sucesivo, v. gr. emplazamiento de aparatos de escucha o filmación para comprobar la fidelidad de uno de los cónyuges, CASAS VALLÉS⁴²⁵ es partidario de que el plazo no comience a correr mientras no cese la intromisión, afirmación que, en todo caso, no hace extensible a la petición de indemnización de perjuicios.

Pero sin duda, la más importante de las modificaciones introducidas por la referida Ley al sistema general de responsabilidad civil, es la presunción de

⁴²² YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen), en REGLERO CAMPOS, Fernando (Coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, segunda edición, ed. Thomson – Aranzadi, Navarra, diciembre de 2003, pág. 1191 y ss., en lo particular pág. 1194 y ss.

⁴²³ RJ 1986, 6015, donde se expresa que la protección permite “extenderla a supuestos distintos de los casos enunciados en el artículo 7º de la Ley”.

⁴²⁴ IGARTUA ARREGUI, Fernando, Derecho a la imagen: utilización de fotografía para fines electorales. Indemnización del daño moral; revisión del quantum, Comentario a la STS de 11 de abril de 1987, en *CCJC*, N°14, 1987, pág. 4561 y ss., y en lo particular pág. 4567, realiza una interesante distinción entre acciones de daños y de protección, precisando que sólo estas últimas son las que caducarían en el plazo de 4 años previsto en el art. 9.5 de la LO 1/1982, mientras que las de daños seguirían sujetas a las disposiciones del Código civil, al expresar que las modificaciones del citado art. 9.5 “no afectan al régimen normal de la acción de daños. En efecto, el artículo 9.5 señala que el plazo, que en él se recoge, de cuatro años y de caducidad, se refiere a las acciones de protección frente a las intromisiones ilegítimas. Y por estas acciones puede entenderse, solamente, las que conllevan la restauración del derecho lesionado, es decir, que de las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de las que habla el artículo 9.2 de la Ley 1/82 (“...las cautelares encaminadas al cese inmediato de la intromisión ilegítima..., el reconocimiento del derecho a replicar, la difusión de la sentencia y la condena a indemnizar los perjuicios causados) sólo son acciones de protección del derecho lesionado – acciones que lo restauran, propiamente medidas frente a la intromisión ilegítima – fundamentalmente, las medidas preventivas y las medidas de cesación del atentado (acciones de omisión y cesación, si se quiere o inhibitoria y cuasi – inhibitoria, según las terminologías que se empleen)”; sobre esta distinción YZQUIERDO TOLSADA, Daños a los derechos de la..., *cit.*, pág. 1261, expresa que no vería nada mal la sugerencia de IGARTUA, ya que la aplicación literal del precepto por parte de la jurisprudencia, sobre cualesquiera pretensiones, ya sea de daños o protección, está generando “un auténtico *batiburrillo*”.

⁴²⁵ CASAS VALLÉS, Ramón, Defensa del honor. Honor y procesos judiciales. Ámbito de aplicación de la LO 1/1982: Hechos anteriores (¿retroactividad?) Caducidad de la acción, Comentario a la STS de 20 de abril de 1991, en *CCJC*, N°26, 1991, pág. 481 y ss., en lo pertinente pág. 492.

perjuicios dispuesta en el art. 9.3, que sólo exige que se acredite la existencia de la intromisión ilegítima para que éstos se presuman, debatiéndose si su carácter es *iure et de iure* o *iuris tantum* como pone de manifiesto YZQUIERDO TOLSADA⁴²⁶, o que en realidad por medio de dicha norma, solamente se pretendió el establecimiento de un sistema de responsabilidad civil objetiva como manifiesta ESTRADA ALONSO⁴²⁷.

Relacionado con la presunción de perjuicios, debemos determinar la extensión de la misma, ya que se discute en doctrina si sólo comprende el daño moral o también el patrimonial⁴²⁸, pareciendo primar aquella que lo limita exclusivamente al primero, como defienden los autores MARTÍN CASALS y SALVADOR CODERCH⁴²⁹ en razón de las dificultades de su prueba, cuantificación y, costes por la obtención de la información necesaria, que transformarían en prohibitiva a la prueba del punto de vista económico.

En todo caso, el citado art. 9.3 termina indicando los criterios de valoración que servirán para la determinación del *quantum*, entre los cuales se comprende “el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma”; sobre este punto, manifestamos nuestra discrepancia, ya que por medio de él nos alejamos de la finalidad reparadora, indemnizatoria de la responsabilidad civil, extendiéndonos a un objetivo impropio, por mucho que su finalidad sea evitar un enriquecimiento ilícito (acción distinta y ajena a la acción de responsabilidad) que pueda resultar de la lesión en beneficio de su autor, con un objetivo más sancionador o preventivo como manifiesta ROVIRA SUERIO⁴³⁰, y que en definitiva han llevado a ESTRADA ALONSO⁴³¹, a buscar la justificación de este criterio en la detención a la rentabilización de la utilización de la dignidad ajena.

⁴²⁶ YZQUIERDO TOLSADA, Daños a los derechos de la..., *cit.*, pág. 1239.

⁴²⁷ ESTRADA ALONSO, *El derecho al honor...*, *cit.*, pág. 189, entiende que lo que ha establecido el art. 9.3 de la Ley, es un sistema de responsabilidad objetiva.

⁴²⁸ ROVIRA SUERIO, María, *La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, ed. Cedecs, Barcelona, 1999, pág. 237 y ss., pone en evidencia la discusión existente sobre el particular.

⁴²⁹ MARTÍN CASALS, Miquel y SALVADOR CODERCH, Pablo, Derecho al honor. Quantum de la indemnización. Su no revisabilidad en casación, Comentario a la STS de 18 de abril de 1989, en *CCJC*, N°21, 1989, pág. 751 y ss., y en lo tocante pág. 757 y ss.

⁴³⁰ ROVIRA SUERIO, *loc. cit.*

⁴³¹ ESTRADA ALONSO, *El derecho al honor en...*, *cit.*, pág. 193

Especial consideración deberemos tener cuando la violación de los deberes conyugales, como las conductas destinadas a probar su cumplimiento o incumplimiento, no sólo lesionen los derechos especialmente tutelados objeto de este apartado, sino que además, encuadren en alguno de los tipos penales descritos en los arts. 197 y ss. del Código Penal, relativos al descubrimiento y revelación de secretos⁴³², o arts. 205 y ss. del texto citado, que reglamenta los delitos contra el honor, como son la calumnia y la injuria⁴³³.

Como hemos expuesto precedentemente, los cónyuges están sujetos entre sí, a la responsabilidad penal en caso de perpetrar hechos constitutivos de delitos o faltas⁴³⁴ - a excepción de los tipificados en el art. 268 Cp. -, siendo éste uno de aquellos escenarios en que según ROCA I TRIAS, FERRER RIBA y RODRÍGUEZ GUITIÁN, excepcionalmente se acepta la aplicación de las normas de responsabilidad civil, gracias a la certeza que ofrece el recurso a la tipificación penal.

Sin embargo, como aquí se ha lesionado un derecho particularmente tutelado, que además ha dado lugar a un delito, el cónyuge responsable quedará sujeto a la legislación general respecto de su responsabilidad penal, pero seguirá sujeto a las particulares normas previstas en la LO 1/1982 en lo tocante a su responsabilidad civil, según lo expresa la exposición de motivos y lo dispone el art. 1.2⁴³⁵.

⁴³² En sentido contrario hallamos la SAP de Huesca de 21 de septiembre de 2001 (JUR 2001, 291866), que absolvió a la cónyuge del delito previsto en el art. 197 N°1 del Código Penal, al entender que la escucha que ésta realizó de una conversación entre su cónyuge y su cuñada fue “fortuita y casual”; SAP de Madrid de 7 de diciembre de 2005 (ARP 2006, 70) que también absolvió a la cónyuge denunciada del delito previsto en el art. 197 Cp. en atención a que ésta no tuvo ningún ánimo de conocer o descubrir secretos, “cuando en su propio domicilio y a través de su propio ordenador, encuentra la información de carácter privado, afectante a las relaciones fuera del matrimonio que mantenía su esposo, que él mismo ha introducido en la casa común y en el ordenador común, dejando tal información a la libre disposición de la esposa, quien la utiliza en varios procedimientos judiciales... Ella no ha quebrantado la reserva que cubría los datos personales de él, ya que él previamente los había exteriorizado o puesto a disposición de terceros... no ha invadido ni violentado el ámbito de la intimidad personal de Franco, puesto que este último lo había abierto a un amplio círculo de familiares y amigos”.

⁴³³ YZQUIERDO TOLSADA, Daños a los derechos de la..., *cit.*, pág. 1223.

⁴³⁴ Como se observa en la SAP de Burgos de 21 de julio de 1997 (ARP 1997, 1198), que condenó al cónyuge por la falta de injurias del art. 620.2 del Código Penal, al expresar a su cónyuge los términos de “guarra”, “adultera”, “que le iba a quitar el piso”, al constituir un ataque contra la fama y moralidad de ésta, agregando que resulta indiferente que ambos se encuentren consolidadamente separados, con vida y domicilio independiente o que vivan juntos.

⁴³⁵ Pese a la claridad de la disposición en referencia, la SAP de Granada de 23 de junio de 2006 (JUR 2007, 118890), al acoger una indemnización por los daños morales causados a uno de los cónyuges por la comisión del delito previsto en el art. 197 Cp. por el otro, lo hizo apoyado en las normas civiles de los arts. 109 y ss. del Código Penal, olvidándose de la regulación especial prevista en la LO 1/1982, en circunstancias de lo que

En fin, la innegable trascendencia y protección de estos derechos fundamentales, de la personalidad, honor, intimidad personal y familia y propia imagen, amparados constitucional y legalmente, no sufre modificación alguna dentro del ámbito familiar, ya sea en la relación matrimonial como paterno filial, como se ha encargado de pronunciar la jurisprudencia española en la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2001⁴³⁶; en este caso, el sentenciador resolvió condenar al cónyuge por el delito del art. 197 N°1 Cp., por la violación del derecho a la intimidad perpetrado en contra de su mujer, al instalar un mecanismo para interceptar y grabar las conversaciones telefónicas desde el aparato ubicado en el dormitorio del domicilio conyugal, a objeto de comprobar si ésta le era infiel, resolviendo “que ningún tipo de relación paterno – filial, matrimonial, contractual, ni de otra clase, ni las incidencias o vicisitudes que puedan surgir en su desarrollo, constituye excusa absolutoria o causa de justificación que exima de responsabilidad penal a quien consciente y voluntariamente violenta y lesiona el bien jurídicamente protegido por la norma penal que, como sucede en el supuesto actual, no sólo afectaría a la esposa del acusado, sino también a los interlocutores de ésta que habrían visto también quebrantada su intimidad, sus secretos y su derecho a la privacidad de sus comunicaciones telefónicas, captadas, interceptadas, grabadas y conservadas por el acusado. Queremos decir con esto que el incumplimiento – real o sospechado – por una de las partes de las obligaciones derivadas de la relación matrimonial, tendrá las consecuencias establecidas por el Ordenamiento Jurídico en las disposiciones de distinta naturaleza que regulan esa institución, pero, en absoluto, la infracción de tales obligaciones habilitan a la parte perjudicada para la comisión de acciones tipificadas como delito por la Ley Penal ni, desde luego, es motivo de exoneración o de exención de la responsabilidad criminal que la comisión de todo delito acarrea”⁴³⁷.

estaba en juego era el derecho a la intimidad; en el mismo sentido, SAP de Pontevedra de 18 de mayo de 2001 (ARP 2001, 602).

⁴³⁶ RJ 2001, 2719.

⁴³⁷ El cónyuge acusado alegaba su inocencia en la ausencia del elemento subjetivo del tipo, esto es, en la falta del propósito de descubrir secretos o vulnerar la intimidad del otro, sosteniendo que en este caso, que “no se ha lesionado el derecho a la intimidad de la esposa, porque el derecho a la intimidad que ampara el art. 18.1 CE tiene una doble dimensión: personal y familiar, y aquí estaríamos ante la dimensión familiar de aquel

En último lugar, debemos agregar, que la tutela de estos derechos no sólo se prolonga vigente el matrimonio, sino que se extiende más allá del mismo, le trasciende, como se pronuncia en la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 20 de octubre de 2006⁴³⁸ que, conociendo del recurso de apelación interpuesto por el demandado en contra de la sentencia de primer grado, y que acogió la demanda presentada por doña Constanza en contra de don Juan Pedro – su ex marido – y en contra de Producciones 52 S.L., por intromisión ilegítima en su derecho al honor e intimidad, señaló en su considerando segundo que “tampoco se entiende que no deba protegerse a la actora porque el autor del ataque al honor sea o haya sido su marido, pues en todo caso ello supondría una agravación de la ofensa por el conocimiento que se le supone sobre la persona de la actora”, confirmando así, la inexistencia de cualquier campo de inmunidad por el matrimonio, ya sea durante éste o posterior a su disolución, y la máxima protección conferida a estos derechos⁴³⁹.

derecho, porque los hechos imputados afectan única y exclusivamente a una familia. Partiendo de esta base, y recordando el deber que el art. 68 Código Civil impone a los cónyuges de guardarse fidelidad, afirma que la infidelidad no forma parte de la intimidad de un cónyuge frente al otro,... por libre voluntad de las partes, el contrato matrimonial deja fuera del derecho fundamental a la intimidad personal, el ámbito que afecta al derecho/obligación de fidelidad, concluyendo su alegato que, en el seno del matrimonio... el derecho a la intimidad no es personal, sino familiar, de ambos cónyuges frente a terceros, pero no de uno frente a otro..., de donde resultaría que, proyectándose la conducta del acusado en el ámbito de la obligación de fidelidad matrimonial,... no habría en el caso enjuiciado bien jurídico protegido”; en el mismo sentido STS de 20 de junio de 2003 (RJ 2003, 4359); SAP de Albacete de 21 de noviembre de 2002 (ARP 2002, 855).

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, ¿Cabe la indemnización de..., *cit.*, refiriéndose a la coordinación entre el derecho a la intimidad de los esposos y el deber de fidelidad de los mismos, donde se cuestiona qué prevalece si el derecho a la intimidad del cónyuge o el derecho a saber si se ha producido un incumplimiento del deber de fidelidad, señala que “el derecho a la intimidad no se pierde – faltaría más – por el hecho de contraer matrimonio... el deber de guardarse fidelidad lleva, como contrapartida, el derecho a exigir esa fidelidad del otro esposo pero nunca sacrificando otros derechos fundamentales, como lo es, sin duda alguna, el derecho a la intimidad”.

⁴³⁸ JUR 2006,138461; véase CABALLERO GEA, José - Alfredo, *Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen derecho de rectificación calumnia e injuria*, Síntesis y ordenación de la doctrina de los tribunales y fiscalía general del Estado, ed. Dykinson, 2007, pág. 518 y ss.

⁴³⁹ En el mismo sentido SAP de Cádiz de 21 de octubre de 2002 (JUR 2003, 29481), donde el ex - cónyuge acusado se apoderó de una carta de su ex – esposa que presentó como prueba en un proceso civil de modificación de medidas de separación matrimonial, a efectos de demostrar la convivencia de ésta con un tercero.

C.- Responsabilidad del cónyuge por haber infringido el art. 1902 Cc.

Según cierta jurisprudencia española a la que enseguida voy a referirme⁴⁴⁰, la reparación del daño que sufre uno de los cónyuges debe fundamentarse no en la infracción de los deberes conyugales, sino en la infracción o violación del principio general *neminem laedere*.

En este caso, a diferencia de los expuestos en los dos acápites anteriores, la desvinculación no sólo es de los daños causados por incumplimiento de los deberes conyugales, sino que también del incumplimiento mismo de estos deberes, es decir, la obligación indemnizatoria nace de un daño distinto al daño causado por violación de los deberes conyugales, y la infracción que lo origina es un hecho ilícito distinto y ajeno del incumplimiento de los deberes personales del matrimonio.

Es más, según veremos al analizar las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia de 02 de noviembre de 2004, de 05 de septiembre de 2007, de León de 02 de enero de 2007 y de Barcelona de 16 de enero de 2007, entre otras, en todos estos casos el sentenciador no sólo prescindió jurídicamente de la existencia del matrimonio, sino que resolvió que los daños causados al actor por infracción de los deberes conyugales no son resarcibles en ningún caso, a diferencia de los daños originados por violación del art. 1902 Cc.

Pero además, dentro de esta posición, observamos como la jurisprudencia española no se decide respecto al criterio general de imputación de responsabilidad del art. 1902 Cc., ya que en algunos supuestos exige necesariamente un comportamiento doloso, mientras que en otros, sólo basta cualquier culpa o negligencia.

⁴⁴⁰ En la doctrina sólo encontramos por el momento a ROMERO COLOMA, ¿Genera responsabilidad civil..., *cit.*, pág. 548, y en ROMERO COLOMA, Aurelia María, *La separación matrimonial por causa de transgresión de los deberes conyugales y paternofiliales*, Estudio de los apartados 1 y 2 del artículo 82 del Código Civil, ed. Dijusa, Madrid, marzo de 2001, pág. 84, quien, después de defender el principio de tipicidad del Derecho de familia frente al incumplimiento de los deberes conyugales con ocasión de su comentario a la STS de 30 de julio de 1999, agrega que cabría preguntarse si el actor podría haber invocado el art. 1902 Cc. para obtener una indemnización, “pero desconectando esa pretensión de su condición de esposo engañado y no a través de la transgresión de los preceptos 67 y 68 del corpus civil”.

C.1.- Sentencias que exigen una conducta dolosa del cónyuge dañador.

Entrando al desarrollo de este enfoque, nos hallamos con la sentencia pronunciada por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Valencia, de fecha 02 de noviembre de 2004⁴⁴¹ (confirmada mediante Auto del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2008⁴⁴², que declaró inadmisibles los recursos extraordinario y de casación interpuestos por los demandados, y de casación del demandante), quien, realizando una peculiar reinterpretación de la posición del Tribunal Supremo, acogió la acción indemnizatoria de daños en un supuesto, a nuestro parecer, de muy similares características y fundamentos a la de 30 de julio de 1999 ya desarrollada⁴⁴³. Así pues, en el caso que comentamos, los daños patrimoniales y morales alegados por el actor se argumentaban en el hecho que constante matrimonio, tres de los cuatro hijos nacidos dentro del periodo en referencia y, reconocidos por ambos cónyuges, eran fruto de relaciones extramatrimoniales que la mujer había mantenido con un tercero; éstos dos últimos, al igual que en el caso de la sentencia de 30 de julio de 1999, tenían pleno conocimiento desde un comienzo que la paternidad de los citados tres hijos no correspondía al marido, hecho que habría sido ocultado por los demandados, llevando a que el actor los reconociera como hijos suyos y, asumiera las obligaciones y derechos respectivos, creándose el vínculo paterno filial entre éste y los menores, el cual, precisamente a consecuencia de la posterior determinación de la verdadera paternidad, como de la noticia de la infidelidad conyugal de parte de la mujer, habría producido en el demandante los

⁴⁴¹ AC 2004,1994; véase también comentarios a la sentencia en, Responsabilidad extracontractual: daño moral causado tras descubrir que no era el padre de 3 de los 4 hijos nacidos durante su matrimonio, en *Actualidad Civil*, N°9, mayo de 2005, pág. 1109 y ss.; Indemnización a favor de quien descubre que tres de los cuatro hijos nacidos durante su matrimonio eran fruto de una relación extraconyugal de su esposa, en *Práctica Derecho de Daños*, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, N°25, marzo de 2005, pág. 25 y ss.; FARNÓS AMORÓS, Esther, El precio de ocultar la paternidad, Comentario a la SAP Valencia, Sec. 7°, 2.11.2004, en *InDret*, mayo de 2005, (http://www.indret.com/pdf/279_es.pdf).

⁴⁴² JUR 2008, 222445.

⁴⁴³ En dicha oportunidad, el actor también reclamaba la indemnización de los daños morales por la ocultación dolosa de la verdadera paternidad de los hijos, según se desprende de su considerando segundo al referirse a los daños alegados por el demandante, y decir “el recurrente, no sólo ha vivido en engaño permanente, sino que el resultado final del propio engaño ha sido la pérdida de los hijos, ya que los que consideraba como tales no lo eran, así como un sufrimiento psíquico o espiritual de ver venirse abajo todos sus proyectos de futuro”; pese a ello, en dicha oportunidad, la mencionada pretensión fue desestimada por la Audiencia Provincial como por el máximo Tribunal, al entender que dicha ocultación como la concepción extramatrimonial, estaban comprendidas dentro del deber de fidelidad, cuya infracción sólo era prevista por el legislador como causa de separación o divorcio.

siguientes perjuicios: a)daño moral por la pérdida de los tres hijos, b)daño moral por los perjuicios físicos y secuelas psicológicas, c)daño moral por deterioro de la fama, honor, d)daño patrimonial y enriquecimiento injusto y, e)daño patrimonial por las pruebas de paternidad.

De estas pretensiones, el tribunal de primera instancia sólo acogió el resarcimiento “por daño moral, por la pérdida del vínculo biológico respecto de los menores” padecido por el demandante, causados por la negligencia de la concepción extramatrimonial de los tres hijos, condenando solidariamente a los demandados al pago de 50.000 euros, amparado en el artículo 1902 incoado por el actor, desvinculándose expresamente de los daños provenientes del incumplimiento de los deberes conyugales, como se recoge en el fundamento jurídico primero de la sentencia del tribunal *ad quem*, al decir que “sobre las dolencias del demandante, considera que el mayor impacto emocional lo produce la infidelidad, que no puede ser indemnizada”.

Elevado recurso de apelación por todos los sujetos involucrados, la Audiencia Provincial, acogió parcialmente la apelación del actor, incrementando la indemnización concedida por la sentencia de instancia, “porque a la negligencia propia de engendrar a los tres hijos, que así reconoce la sentencia de instancia, hay que sumar el dolo en el ocultamiento de la paternidad verdadera al actor, por ello fijamos como indemnización la suma de 100.000 euros, que deberán satisfacer, solidariamente, ambos demandados, pues el dolo en el ocultamiento de la no – paternidad, puede ser reprochable moralmente, en mayor medida a la que era su esposa, pero jurídicamente lo es a los dos por igual”, siempre apoyado en el art. 1902 Cc. y, especialmente en la conducta dolosa que causó el daño moral, interpretando *a sensu contrario* la STS de 22 de julio de 1999 (y que más adelante veremos en detalle), que dispuso que “no resulta aplicable al caso de autos, en el que, como ha quedado razonado, no era posible hacer aplicación del meritado precepto (art. 1902 Cc.), debido a no haberse apreciado una conducta dolosa en el comportamiento atribuido a Doña María Concepción”.

En este caso, la conducta negligente de los demandados se encontraba en la procreación de tres hijos, en sus relaciones íntimas, conociendo desde un inicio que

los medios anticonceptivos utilizados no eran seguros y, en la conducta dolosa de los demandados en la ocultación de la paternidad, al permitir el reconocimiento por parte del otro cónyuge; precisamente el hecho de que los demandados conocieran desde un comienzo que el primer hijo, como los dos restantes, eran productos de sus relaciones extramaritales, omitiendo toda información y permitiendo el nacimiento del vínculo afectivo entre el demandante y los menores, fue lo que permitió al tribunal de segunda instancia arribar a su conclusión e incrementar la indemnización, según consta en el considerando noveno⁴⁴⁴. Es menester señalar que estos argumentos, fueron nuevamente reiterados por la misma sección séptima de la Audiencia Provincial valenciana, en sentencia de 05 de septiembre de 2007⁴⁴⁵.

Continuando con el desarrollo de la sentencia de 02 de noviembre de 2004, respecto al daño moral indemnizable al actor, señaló que éste tuvo su origen al “romperse el vínculo afectivo que nació entre los menores y el Sr. V. propio de una relación paterno filial” (considerando octavo), al probarse “el padecimiento que ha sufrido el demandante como consecuencia del conocimiento de la no-paternidad de los 3 menores que creía sus hijos, y la pérdida de su contacto, y de los lazos afectivos que mantenía con ellos, que según todos los facultativos que han depuesto, genera un sufrimiento que puede ser superior al de la muerte de los menores al no poder elaborar el duelo como respuesta a la pérdida sufrida”, llegando a la conclusión “que ha existido una dolencia que ha sido muy grave, con riesgo para su

⁴⁴⁴ Nos resulta interesante, la crítica que sobre el considerando noveno de la SAP de Valencia de 02 de noviembre de 2004 realiza CARRASCO PERERA, El precio de la infidelidad..., *cit.*, al decir, que negarse a coger al toro por los *cuernos* genera resultados risibles, como lo ejemplifica el fallo en comento, donde “el lenguaje es tan refinadamente *correcto*, y el argumento de tan exquisito tacto, que el daño moral acaba consistiendo en que el marido “pierde” a tres hijos. Resulta entonces que la fuente del daño no es la conducta infiel, ni el dolo siquiera, sino el descubrimiento de la verdad, “que ha sido el desencadenante del daño”. Hipócritamente, no se reprocha el adulterio, ni el engaño, sino la falta de prudencia que llevó a que todo se supiera”.

⁴⁴⁵ JUR 2007, 340366; ROMERO COLOMA, Aurelia María, Problemática jurídica de las indemnizaciones entre cónyuges (y excónyuges), *Diario La Ley*, N°7008, de 09 de septiembre de 2008; en dicha oportunidad, el tribunal reproduciendo la sentencia de 02 de noviembre de 2004, resolvió acoger la demanda por reclamación de daños morales alegados por el marido en contra de su mujer, “derivados de la situación de depresión, ansiedad y otras dolencias físicas que el actor sufrió al descubrir que, el último hijo que tuvo constante matrimonio con la primera, no era suyo, con una sensación de pérdida asimilable a la muerte de éste”, causados por la “negligencia en la procreación de tal hijo por la demandada y dolo al ocultar al actor y entonces esposo su no paternidad del mismo lo que conocía, según los citados testimonios y, sobre todo, al permitir con ese conocimiento y, aún de tener meras dudas y siendo que se le manifestaron por aquel, que le inscribiera como propio en el Registro, que se le fijaran alimentos en la separación durante su tramitación en primera y segunda instancia y pese a la denuncia de ello por el mismo, y que instara un proceso de impugnación de la paternidad, que sólo admitió inexistente tras las pertinentes pruebas biológicas”.

vida, por sus ideas de suicidio, y todo generado, no por la separación matrimonial, sino por la pérdida de los que consideraba sus hijos, con una entidad semejante a la de la pérdida física de éstos” (considerando noveno).

Como se observa, el Tribunal valenciano para acoger parcialmente la demanda, separó del campo de los deberes conyugales, los daños consecuencia de la negligencia en la concepción como por la ocultación dolosa de la paternidad, entendiéndolas como obligaciones desvinculadas del matrimonio (quizá entendiéndolas como propias del entorno de cualquier relación de la cual nace un hijo), amparándose en la infracción del deber general de no causar daño a otro del art. 1902 Cc., afirmando que el daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales no es susceptible de reparación económica alguna, ya que son aplicables exclusivamente los efectos expresamente previstos en la ley. Asimismo, manifestó en su fundamento séptimo, que en lo que respecta a la infidelidad conyugal “compartimos plenamente los razonamientos de la sentencia de instancia, y 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 de ruptura del vínculo conyugal”, argumentos todos que justifican la distinción de la posición que desarrollamos.

En virtud del considerando séptimo, discrepamos del profesor DE VERDA⁴⁴⁶, que considera pionera a esta sentencia en materia de responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales, en cuanto afirma que por medio de ella se ha indemnizado el daño moral del marido “resultante del estricto incumplimiento del deber de fidelidad por parte de la mujer”. También disentimos de FARNÓS AMORÓS⁴⁴⁷, al señalar que el fallo le “resulta incomprensible”, ya que después de afirmar que el daño moral causado por la infidelidad conyugal no es

⁴⁴⁶ DE VERDA Y BEAMONTE, Responsabilidad civil y divorcio..., *cit.*

⁴⁴⁷ FARNÓS AMORÓS, El precio de ocultar..., *cit.*, pág. 6.

susceptible de reparación, tiene en cuenta la infidelidad de la mujer para valorar el *quantum* indemnizatorio.

La opinión de ambos autores se argumenta en el fundamento noveno que, después de justificar las razones para incrementar la indemnización concedida por la sentencia de primer grado – que a la “negligencia propia de engendrar a los tres hijos, que así...”, ya reproducido -, agrega el siguiente párrafo “y, determinamos esta suma porque, como afirma la sentencia, 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, siendo el acontecimiento que ahora analizamos el que determina el agravamiento de sus dolencias anteriores”.

Sobre el párrafo en cuestión, nosotros lo interpretamos como una justificación más del porqué el sentenciador sólo incrementó la cuantía indemnizatoria a 100.000 euros y no más; si bien, reconoce que el actor ha sufrido otros padecimientos que permitirían una suma superior, como esos daños son imputables al conocimiento de la infidelidad de la cónyuge, no son indemnizables, añadiendo que el acontecimiento que ahora se analiza, “el descubrimiento de su no-paternidad”, es el único que se puede considerar para determinar y justificar el incremento de la indemnización en comparación a las dolencias ya valoradas por la sentencia de primer grado.

Esta interpretación se ajusta y armoniza con el conjunto de la sentencia, como es el fundamento primero, donde se reproduce que, según el fallo de primer grado, el mayor impacto emocional que produce la infidelidad no puede ser indemnizado, el fundamento séptimo ya citado, que resuelve que, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo, “el daño moral generado en uno de los cónyuges por la infidelidad del otro no es susceptible de reparación económica alguna”. Con este sentido, solucionamos los supuestos problemas de contradicción de la sentencia en estudio, aunque advertimos ciertas dificultades de redacción del fundamento noveno que los motiva.

Ahora, siguiendo con el comentario del fallo valenciano, encontramos que éste realiza un pormenorizado análisis – digno de encomio – de las demás

cuestiones controvertidas, cuyas consideraciones estimamos merecen cierta detención.

Para ello, siguiendo el orden establecido por el actor y la misma sentencia, en cuanto a lo pedido y concedido, debemos comenzar por exponer que en lo relativo a los daños patrimoniales y enriquecimiento injusto, el actor reclamaba la suma de 96.000 euros, equivalente a los costos de la pensión alimenticia, educación, gastos de comedor, transporte escolar y seguro médico proporcionado por éste durante todo el periodo de la separación conyugal por los tres hijos que consideraba suyos; en este punto, la sentencia de primera, había resuelto que a la cónyuge demandada no le era posible aplicar la doctrina del enriquecimiento injusto ni la de cobro de lo indebido, omitiendo cualquier referencia respecto del otro demandado. Sobre el particular, la Audiencia resolvió, en su considerando décimo, compartir la decisión de la juzgadora de primera instancia, agregando que los daños patrimoniales alegados no podían ser objeto de restitución ni respecto de la madre ni del tercero (el verdadero padre), aunque los cónyuges se encontraran casados bajo el régimen de separación de bienes; si bien reconoció que no era posible la aplicación de lo dispuesto en el art. 1362 Cc., la situación real vivida en el seno de la familia justificaba una identidad de razón, coligiendo en definitiva “que la alimentación y educación de los hijos de uno sólo de los cónyuges, que convivían en el hogar familiar, correría a cargo de la economía doméstica, en el presente caso, del dinero que aportaba el actor para el sostén de la familia, en el ámbito del deber conyugal de ayuda y socorro mutuo”(fundamento jurídico décimo).

Del párrafo reproducido, lo primero que nos llama la atención, es la desestimación de la acción por enriquecimiento injustificado o sin causa en contra de ambos demandados; si bien, en atención al hecho que la cónyuge demandada no trabajaba ni percibía ingresos de ningún tipo constante matrimonio, y siguiendo una interpretación laxa del contenido de los deberes y derechos conyugales, en especial de socorro y ayuda mutua, podríamos compartir el rechazo de la acción en contra de la mujer (nos olvidándonos por un instante que, a nuestro entender, los daños patrimoniales reclamados eran antijurídicos y culpables), no acontece lo mismo para

con el tercero responsable, padre de los menores. En efecto, respecto de éste, no vemos fundamento alguno que justifique la desestimación de la acción de enriquecimiento, especialmente cuando la doctrina y la jurisprudencia están contestes en sostener que, para que sea admisible la pretensión ni siquiera es necesario la mala fe del demandado, o en otras palabras, que el enriquecimiento se haya producido torticeramente; así pues, según expusimos al tratar la ruptura de la promesa de matrimonio, sólo basta que se produzca un: a) enriquecimiento positivo o negativo del demandado, que en el supuesto del caso comentado era más que manifiesto, toda vez que con la actitud del actor, el verdadero padre se evitó realizar un gasto en su patrimonio; b) empobrecimiento del actor, el cual sin duda se concretó al asumir un gasto en la creencia que cumplía con una obligación que no era tal; c) relación entre el enriquecimiento y empobrecimiento; y d) falta de justa causa del enriquecimiento, requisito que también se cumplía, al carecer el tercero demandado de toda justificación o justa causa que amparara la disminución patrimonial ocasionada al demandante, no pudiendo en caso alguno, presumirse su *animus donandi*.

Sin perjuicio de lo expuesto, nosotros somos partidarios, que debía acogerse la acción patrimonial en contra de ambos demandados conforme a las normas de responsabilidad civil, toda vez que el daño alegado, el hecho de los demandados, la relación de causalidad entre uno y otro, y sobre todo, la imputabilidad de los sujetos pasivos, se encontraban demostradas en estrados; así pues, la intervención de culpa o negligencia de los demandados en el daño patrimonial ocasionado al actor, al ver disminuido su patrimonio por un hecho exclusivo imputable a la contraria, eran fundamentos más que suficientes para acoger dicha acción, ya que como se observa, se trataba de un daño ilícito, antijurídico y culpable, debiendo por ello desestimarse la aplicación de la doctrina del enriquecimiento.

Como bien expone DIEZ – PICAZO⁴⁴⁸, para resolver la relación entre el Derecho de daños y enriquecimiento, se debe tener en consideración que el primero “trata de resolver el problema del resarcimiento debido por quien (por acción o por omisión interviniendo culpa o negligencia) causa daño a otro. Se trata de resolver el

⁴⁴⁸ DÍEZ – PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. 1..., cit., pág. 97.

problema de la imputación del daño... En el genuino fenómeno del Derecho de daños, hay daño y no hay enriquecimiento y la respuesta es una pretensión que se limita al resarcimiento. Si por culpa o negligencia de una persona se incendia un edificio de otro, nos encontraremos en presencia de un puro problema de Derecho de daños, donde en línea de principio puede no existir enriquecimiento de ninguno”; en el mismo sentido DE CUPIS⁴⁴⁹ expresa que “no estamos en presencia de un daño antijurídico. Si el hecho productor del daño y el enriquecimiento fuesen contra *ius*, el daño sería contrario a derecho y no habría necesidad de acudir a la acción de enriquecimiento. El daño se repararía con arreglo a los criterios ordinarios, fuera del ámbito del enriquecimiento”⁴⁵⁰.

En el presente caso, no hay que duda que la cónyuge no se enriqueció a costa del actor, a diferencia del padre biológico, pero sobre ambos demandados pesaba la imputabilidad del daño patrimonial ocasionado, debiendo en consecuencia ser declarada su obligación de resarcimiento.

Igualmente, nos llama la atención que la SAP valenciana, en consideración a la situación real vivida en el seno de la familia y a la supuesta “identidad de razón”, haya acogido la regla del art. 1362 Cc., en circunstancias que la norma esta dispuesta, primero, para la sociedad de gananciales y, en este caso, los cónyuges se encontraban separados totalmente de bienes; segundo, el tenor literal del N°1, párrafo segundo, es muy claro al señalar que cuando el hijo de uno sólo de los cónyuges conviva en el hogar familiar, la alimentación y educación será de cargo de

⁴⁴⁹ DE CUPIS, *El daño...*, *cit.*, pág. 100 y ss.

⁴⁵⁰ CASTAN TOBEÑAS, *Derecho civil Español, común y foral*, t. I, vol. 2°..., *cit.*, pág. 809 y ss., con referencia a la obra de NÚÑEZ LAGOS, *op. cit.*, expone “La anterior idea permite señalar los caracteres diferenciados de la pretensión de enriquecimiento frente a la pretensión por daños y perjuicios. La pretensión por daños se orienta siempre al agente provocador, y son indispensables los conceptos de culpa e imputabilidad para determinar el deber de indemnizar. La pretensión de enriquecimiento se encamina siempre contra el enriquecido sin causa, prescindiendo en absoluto de las nociones de culpa e imputabilidad, y dejando en la penumbra al agente provocador de la atribución patrimonial. La pretensión por daños necesita fijar la relación de causa a efecto entre el agente provocador y el daño. La pretensión por enriquecimiento fija dicha correlación entre el patrimonio del enriquecido y el del empobrecido. En la primera, la reparación se extiende al daño total, sin limitación de derecho, salvo algunas excepciones legales. En la segunda, la restitución tiene su objeto y medida – salvo desviaciones concretas – en la cuantía del enriquecimiento. El daño puede constituir, a la vez, *damnum emergens* (daño positivo) y *lucrum cessans* (lucro frustrado). El enriquecimiento puede producirse por un aumento del patrimonio (*lucrum emergens*) o por una no disminución del patrimonio (*damnum cessans*). La pretensión por daños nace siempre de un hecho ilícito. El daño se puede producir por acción o por omisión. El enriquecimiento – como es secundario el agente provocador –, sólo positivamente, por desplazamiento de valor de un patrimonio a otro”.

la sociedad de gananciales; en caso contrario, los gastos serán asumidos por la sociedad, pero darán lugar a reintegro en la liquidación, siendo en definitiva el cargo obligación del cónyuge padre o madre; quizá, la AP de Valencia se olvidó que los daños patrimoniales reclamados correspondían a los costos de la pensión alimenticia, educación, gastos de comedor, transporte escolar y seguro médico proporcionada durante todo el periodo de la separación conyugal y posteriores al cambio de domicilio de la madre y los menores, o sea, cuando los hijos de la cónyuge ya no convivían en el hogar familiar, debiendo en consecuencia ser de su exclusivo cargo los citados gastos conforme a la norma en comento, pero jamás del actor como, según nuestra posición, fue erróneamente resuelto.

De los demás considerádos, cabe reproducir que, según la Audiencia, se debe “tomar en consideración, la aparición progresiva en la doctrina y jurisprudencia de excepciones a la regla general de inmunidad en el ámbito de las relaciones familiares y conyugales, y que entre tales excepciones, pueden destacarse la exclusión de los daños dolosos. En esta corriente, podemos hacer referencia al Tribunal Supremo Alemán que ha reconocido excepcionalmente el derecho a ser indemnizado, por causación dolosa de daños contra *bonos mores*, si el adulterio va acompañado de una intención cualificada de causar daño”; sobre el particular, debemos indicar que el tribunal valenciano, comenzó su reflexión en el considerando octavo, sobre una supuesta regla general que, según nuestro criterio, aún es muy discutible: la inmunidad en el ámbito de las relaciones familiares y conyugales, a excepción de los daños ocasionados dolosamente; en efecto, al analizar la posición de la doctrina sobre el particular, hemos demostrado con mediana claridad, que el tema es objeto de vigente controversia, debiendo preguntarnos por qué se ha optado por una determinada posición, descartando a las demás, en circunstancias que precisamente éstas se ajustan mucho más con la tendencia actual del Derecho de daños, cuya finalidad y objetivo es la total indemnidad de los daños.

Volviendo al desarrollo de esta posición jurisprudencial, que prefiere acogerse al principio general del art. 1902 Cc. a objeto de resarcir los daños causados entre cónyuges, prescindiendo del contenido de los deberes conyugales, encontramos la SAP de León de 02 de enero de 2007⁴⁵¹, que en parte siguió a la sentencia valenciana precedente, al fundamentarse en la conducta dolosa de los demandados para acoger la demanda resarcitoria. Los hechos que motivaron el presente caso son los siguientes: con fecha 20 de junio de 1985 contrajeron matrimonio Pedro Francisco y Elisa; constante matrimonio nacieron tres hijos, el último de éstos, Lucía, el 03 de septiembre de 1995; el 08 de septiembre de 1999, la cónyuge presentó demanda de separación matrimonial, solicitó la custodia de los hijos, y alimentos para éstos; el 19 de enero de 2000 se atribuyó la guarda y custodia de los tres hijos al padre, reconociéndole a la madre derecho de visitas, además de su obligación de contribuir a las cargas del matrimonio; el 01 de julio de 2000, Elisa y Oscar presentaron demanda en contra de Pedro Francisco impugnando la filiación matrimonial paterna y, reclamando la filiación paterna no matrimonial de la menor Lucía; acreditada la verdadera paternidad mediante diversos exámenes, este mismo tribunal conociendo de la apelación presentada por Pedro Francisco, resolvió que con fecha primero de septiembre de 2004, Lucía pasara a vivir con sus verdaderos padres, Elisa y Oscar, concediéndole derecho de visitas a Pedro Francisco y a sus dos hijos.

En virtud de los hechos expuestos, con fecha 29 de julio de 2005, Pedro Francisco interpuso demanda de indemnización de perjuicios en contra de Elisa y Oscar, reclamando: a)daño moral por la pérdida del vínculo biológico que en la apariencia mantenía con Lucía (hoy Amanda); b)daño moral por el deterioro de su fama y honor, como consecuencia de la concepción extramatrimonial de la menor y de la confabulación existente entre los demandados para que ésta fuera tenida como su hija; c)daño patrimonial, por enriquecimiento injusto del codemandado Oscar, por los alimentos que prestó a la menor sin obligación alguna, al no ser hija suya; d)daño patrimonial por los alimentos que, hasta que la menor sea mayor de edad,

⁴⁵¹ JUR 2007, 59972.

habrá de seguir prestándole durante el tiempo que pase en su compañía por el régimen de visitas.

En primera instancia, el tribunal desestimó íntegramente la demanda. Frente a ello, el actor interpuso recurso de apelación sólo por los daños expuestos en las letras a) y c).

La Audiencia Provincial conociendo del recurso de apelación, y después de reiterar que el daño moral generado por la infidelidad conyugal no es susceptible de reparación económica, en virtud del principio de especialidad reconocido en la STS de 30 de julio de 1999, resolvió acoger por medio del art. 1902 Cc., la demanda indemnizatoria fundado en el “dolo del o de los demandados a la hora de ocultar, de forma continuada, la verdadera filiación de la menor”, interpretando *a contrario sensu* la STS de 22 de julio de 1999, como ya lo había hecho la SAP valenciana precedente.

En este caso, la conducta dolosa de la cónyuge se tuvo por acreditada, al manifestar en estrados, que desde el momento mismo en que conoció que estaba embarazada, sabía que la menor no era hija de Pedro Francisco; en el mismo sentido, demostraba su torticera conducta con el hecho de haber elegido a Oscar como padrino de la menor, e iniciar el procedimiento de impugnación – reconocimiento de filiación justo después de verse privada de la custodia de sus tres hijos y de los alimentos que pretendía. Contestando a la demanda, ésta se limitó a alegar que el actor siempre conoció que la menor no era su hija, ya que a consecuencia de la enfermedad de Hodgkin que se le diagnosticó en 1993, y en especial a su tratamiento paliativo, éste había resultado estéril, afirmación que en ningún caso se probó.

En lo que respecta al codemandado Oscar, su comportamiento doloso se acreditó con el hecho que aceptó ser padrino de la menor, y en particular, con lo afirmado en su demanda de reclamación de paternidad, al decir “D. Oscar, a quien la niña de forma cariñosa llama padrino, desde que nace la niña ha tratado a la menor como a una hija suya aunque legalmente figurara inscrita a nombre del esposo de Dña. Elisa. Y así en el entorno de familiares y amigos es público y notorio que la niña es hija de D. Oscar. En el momento procesal oportuno acreditaremos

testificalmente como D. Oscar se ha relacionado con la menor, a la que ha tratado como si fuera hija suya... D. Oscar ha tratado a la niña con el afecto y cariño con el que ha tratado a cualquiera de sus otros hijos...”.

En cuanto al daño moral resarcible, la Audiencia Provincial resolvió que “no se puede decir atribuible a la desaparición del vínculo biológico⁴⁵², pues éste nunca existió, y si la pérdida de convivencia, de la relación y de lazos afectivos en general con una hija que aquel creía suya”, condenando en definitiva a los demandados a abonar “conjunta y solidariamente” la suma de 30.000 euros al actor.

Sobre este punto, nos llama la atención que, pese a que no se practicó prueba tendente a demostrar el daño moral padecido por el actor (es más, según prueba pericial psicológica practicada ante el Juzgado de primera instancia que conoció de la demanda de impugnación y reclamación de paternidad, y acompañada al proceso, Pedro Francisco se presentaba como “un hombre emocionalmente estable, maduro, tranquilo, sereno y que se enfrenta a la realidad y se ajusta a los hechos”), el sentenciador presumió que sufrió (“es de presumir lo haya hecho y en gran medida”), en consideración a los años que la tuvo por hija, a las atenciones y cuidados prestados, a que disputó con su madre la custodia y, a que defendió inútilmente su paternidad.

Frente a esta presunción, cabe preguntarnos, dónde quedó aquella afirmación de la doctrina y jurisprudencia que señala que todos los daños, incluidos los extrapatrimoniales o morales, deben ser probados por quien los reclama⁴⁵³, como precisa la STS de 22 de mayo de 1995⁴⁵⁴, al decir “lo importante es que se demuestre o pruebe la realidad de tales daños tanto económicos como morales”.

Respecto a los daños patrimoniales reclamados en contra de ambos demandados, por el enriquecimiento injusto del codemandado Oscar, por los

⁴⁵² Como en sentido contrario declaró la sentencia del Juzgado de Primera Instancia N°10 de Valencia, y que la SAP de Valencia de 02 de noviembre de 2004 complementó con la pérdida de los lazos afectivos, entre otros, al fundamentar el daño moral indemnizable en sus considerandos octavo y noveno ya citados.

⁴⁵³ STS de 08 de octubre de 1984 (RJ 1984, 4761); STS 07 de mayo de 1986 (RJ 1986, 2343); STS de 13 de mayo de 1997 (RJ 1997, 3842); STS de 22 de febrero de 2001 (RJ 2001, 2242); por citar algunos.

⁴⁵⁴ RJ 1995, 4089.

alimentos que Pedro Francisco prestó a la menor, sin obligación alguna, al no ser hija suya, el Tribunal leonés, en lo que concierne a Elisa, rechazó la pretensión en consideración a los arts. 1362 y 1438 Cc., ya que supuso que constante matrimonio contribuyó a las cargas al prestar servicios remunerados fuera del hogar.

En lo tocante a Oscar, desestimó la aplicación del fundamento jurídico décimo⁴⁵⁵ de la SAP de Valencia de 02 de noviembre de 2004, ya citado, relacionado con el art. 1362 N°1 Cc. (y que fue el argumento invocado, en su caso, para rechazar la reclamación de los daños patrimoniales), al no existir el conocimiento pleno del cónyuge no progenitor y asunción consciente de que estaba alimentando y educando un hijo sólo de su mujer. Sobre este punto, nos llama la atención que el Tribunal no haya empleado este mismo argumento en contra de la codemandada Elisa, exigiéndole idéntico requisito antes de aplicar en su favor el art. 1362 Cc.

Desestimado el fundamento anterior, y pese a que el actor invocaba preceptos sobre responsabilidad contractual y extracontractual, la Audiencia Provincial resolvió condenar al codemandado a pagar la suma de 16.200 euros (resultado de multiplicar la suma de 150 euros mensuales durante nueve años), solicitados en la demanda, amparada en “los artículos 1895 y siguientes, que es donde se regula el enriquecimiento sin causa”, ya que aparece fuera de toda duda, el enriquecimiento injusto de D. Oscar, como progenitor biológico que durante casi nueve años se mantuvo al margen del cuidado y de los alimentos, en el sentido más amplio de la palabra, de la niña por él engendrada.

Según el sentenciador, en este caso, se cumplían todos los requisitos del art. 1895 Cc., para ejercer la acción de repetición de lo indebido (“1º un pago efectivo con la intención de extinguir una deuda o en general de cumplir un deber jurídico; 2º inexistencia de obligación entre el que paga y el que recibe por la falta de causa, que puede ser motivada, bien cuando falta la relación de obligación entre *solvens* y *accipiens*, bien porque jamás haya existido obligación, porque la deuda ya está pagada, o porque se haya entregado mayor cantidad de la debida; y 3º error por parte

⁴⁵⁵ “Que la alimentación y educación de los hijos de uno sólo de los cónyuges, que convivían en el hogar familiar, correría a cargo de la economía doméstica, en el presente caso, del dinero que aportaba el actor para el sostén de la familia, en el ámbito del deber conyugal de ayuda y socorro mutuo”.

del que hizo el pago, siendo indiferente que el error sea de hecho o de derecho”), ya que Pedro Francisco “empezó asumiendo los alimentos de quien no era hija suya por error, sin obligación legal de hacerlo y en ese mismo error inicial y en sus sentimientos y en su sentido de la responsabilidad tienen su causa los alimentos sufragados incluso después de esclarecido aquél”.

Sobre esta cuestión, si bien no compartimos la afirmación de que el enriquecimiento sin causa esté regulado en los arts. 1895 y ss., no nos cabe duda que estas normas son una clara manifestación de este principio general del Derecho, motivo por el cual, no nos queda más que felicitar y adherirnos a los sentenciadores leoneses, que en un verdadero acierto jurídico, interpretaron adecuadamente las normas del pago de lo indebido al caso particular, reconociendo la acción de restitución en favor de quien, fundado en un error, cumplió una obligación de alimentos inexistente, en contra de quien, sin causa alguna la recibió, enriqueciéndose negativamente por medio de ella.

Como exponen DÍEZ – PICAZO y GULLÓN⁴⁵⁶, el fundamento de los cuasi contratos regulados por el legislador, descansan en “principios de solidaridad social o justicia”, que motivan la necesidad de restituir enriquecimientos o compensar ventajas obtenidas por la actuación de un tercero, como por ejemplo acontece en supuestos como éste, o en el pago de los alimentos hechos por un extraño (en este último caso, a través del cuasi contrato de gestión de negocios ajenos, el tercero que paga los alimentos ajenos puede reclamarlos del obligado a prestarlos, aunque lo haya hecho contra expresa prohibición del *dominus*, presumiéndose la onerosidad de la prestación⁴⁵⁷).

En última instancia, si se desestimara la aplicación particular de las normas del pago de lo indebido, siempre podría acudir al principio general del enriquecimiento sin causa, ya que no dudamos que en situaciones como ésta, concurren todos sus requisitos, a saber a)enriquecimiento positivo o negativo del demandado, b)empobrecimiento del actor, c)relación entre enriquecimiento y

⁴⁵⁶ DÍEZ – PICAZO y GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, vol. II..., *cit.*, pág. 515 y ss.

⁴⁵⁷ Artículo 1894.1 Cc.: “Cuando sin conocimiento del obligado a prestar alimentos, los diese un extraño, éste tendrá derecho a reclamarlos de aquél, a no constar que los dio por oficio de piedad y sin ánimo de reclamarlos”.

empobrecimiento, y d) falta de justa causa del enriquecimiento, según expusimos al comentar la sentencia valenciana precedente.

C.2.- Sentencias que exigen una conducta culpable o negligente del cónyuge dañador.

Dentro de esta posición, que se ampara en la infracción del art. 1902 Cc., desvinculándose de los deberes conyugales para acoger la demanda resarcitoria, pero ahora, exigiendo sólo una conducta culpable o negligente, hallamos la SAP de Baleares de 14 de septiembre de 2001⁴⁵⁸. Resumiendo los hechos que motivaron la presente sentencia, podemos decir que a fines de enero de 1994, demandante y demandado iniciaron una relación sentimental, contrayendo matrimonio el 14 de marzo de 1996; en diciembre de 1996, a la cónyuge demandante se le detectó SIDA, siendo ratificado dicho resultado a principios de 1997; por su parte, la relación sentimental se prolongó hasta finales de 1998 o principios de 1999, oportunidad en la que éstos se separaron de hecho; seis meses más tarde, aproximadamente, la cónyuge ejerció una acción de responsabilidad civil amparada en el art. 1902 en contra de su ex-cónyuge, por la suma de 17 millones de pesetas, por haberle contagiado el virus del SIDA, ocultándole que con anterioridad y durante la convivencia entre ambos, había mantenido relaciones sexuales con hombres y mujeres, lo que debía haberle comunicado para evitar el posible contagio de dicha enfermedad; fundó la culpabilidad del demandado, en que éste se situó voluntariamente en un grupo de alto riesgo de contagio de enfermedades infecciosas, con la mayor responsabilidad que ello implicaba, ya que se podían adoptar medidas preventivas e higiénicas más rigurosas, además, que resultaban previsibles y de dominio público las probables consecuencias y riesgos derivados de la pertenencia a dichos grupos, todo ello según consta en el fundamento de derecho primero.

⁴⁵⁸ AC 2001, 2221; y en BARRAL VIÑALS, Inmaculada, Pertenencia a un grupo de riesgo y responsabilidad por el contagio del SIDA al cónyuge, *Práctica Derecho de Daños*, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, N°15, abril de 2004, pág. 6 y ss.

Frente a las referidas alegaciones, tanto el tribunal de primera instancia como la Audiencia Provincial acogieron parcialmente la demanda, condenando al demandado a abonar a la actora la suma de cinco millones de pesetas, considerando el carácter permanente de la enfermedad, el desconocimiento de un tratamiento curativo, y a la imposibilidad de fijar las consecuencias precisas y determinadas para el futuro⁴⁵⁹, fundado en la infracción del principio “*neminem laedere* del artículo 1902 del CC”, conforme textualmente se expresa en el fundamento cuarto. Añadieron que “en este sentido es muy reiterada la doctrina jurisprudencial que señala que el principio de responsabilidad por culpa es básico en nuestro ordenamiento jurídico, encontrándose recogido en el artículo 1902 del CC, cuya aplicación requiere, por regla general, la necesidad ineludible de un reproche culpabilístico al eventual responsable de un resultado dañoso”; concluyeron que “el juicio de reprochabilidad no es mantener relaciones continuadas conociendo que padecía el SIDA, sino el hallarse en un grupo de riesgo de padecimiento de la enfermedad y no advertirlo a su pareja estable”, donde “el juicio de reproche según el estándar de un buen padre de familia, es que antes de mantener relaciones sexuales reiteradas o en el curso de las mismas en un marco normal de estabilidad de pareja (no ocasionalmente), debió advertir a su pareja de que se hallaba en una situación de riesgo respecto a dicha enfermedad, hecho que el demandado conocía perfectamente, a fin de evitar un posible contagio de tan conocida y grave enfermedad con el simple empleo de un medio anticonceptivo que evite el contagio de enfermedades de transmisión sexual”.

Centrándonos en la culpabilidad del demandado, y en específico, en la omisión del deber de informar como la conducta negligente que dio lugar a la responsabilidad civil, se entendió que su omisión se hallaba comprendida dentro del principio genérico *neminem laedere*, el que unido al artículo 1104 Cc., y su remisión al estándar de diligencia exigible del buen padre de familia, configuraba su

⁴⁵⁹ Según BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, *El resarcimiento por daño moral en España y Europa*, ed. Ratio Legis Librería Jurídica, Salamanca, 2007, pág. 90, en supuestos como éste, lo que se intenta reparar es el perjuicio sexual o préjudice sexuel o pretium voluptatis, es decir, “el daño moral atinente a este aspecto de la vida de una persona. Se relaciona con la merma en la capacidad para tener una vida sexual, que tendría cualquier persona media en su situación, de no haber mediado un daño producto de un ataque sexual, accidente o negligencia culpable”.

infracción, dando lugar a la aplicación del artículo 1902 Cc., argumentos que posteriormente fueron reiterados en la SAP de Madrid de 10 de julio de 2007⁴⁶⁰.

Dentro de esta misma posición comprendemos a la SAP de Barcelona de 16 de enero de 2007⁴⁶¹, ya citada como argumento de aquellas sentencias que rechazan la reparación de los daños causados por incumplimiento de los deberes conyugales, por aplicación del principio de especialidad. En el caso, y pese al fundamento inicial señalado por el fallo en comento, la citada Audiencia Provincial concedió una indemnización por daño moral de 15.000 euros a favor del cónyuge-actor, por la pérdida de afectos y el vacío emocional equivalente o muy próximo a la pérdida definitiva de un ser querido, al descubrir la verdad biológica de su hija de cuatro años, causado por el comportamiento culpable de su cónyuge a la luz del art. 1902 Cc.

Lo anterior consta en su considerando segundo, que reza “puede afirmarse que la señora... no tenía la certeza o no sabía que el padre de la menor no era su marido, pero pudo y debió sospechar que podía ser otro el padre de la menor, al haber mantenido relaciones sexuales con dos personas al mismo tiempo de su concepción y debió adoptar las medidas tendentes a su veraz determinación. La omisión en la adopción de dichas medidas debe calificarse como un comportamiento o conducta negligente a los efectos de lo dispuesto en el art. 1902 del Código Civil, por lo que de su actuación u omisión se deriva responsabilidad extracontractual. No resulta cuestionable la concurrencia del nexo causal entre la conducta negligente de la madre que no hizo en su día las comprobaciones pertinentes en cuanto a la

⁴⁶⁰ AC 2007, 1899; en este caso, la Audiencia también se refugió en el art. 1902 Cc. para conceder una indemnización por daño moral a una cónyuge por el sufrimiento psíquico, zozobra, ansiedad, angustia, etc., que padeció hasta que pudo constatar que no estaba contagiada con VIH, por haber mantenido relaciones sexuales sin las precauciones debidas al desconocer que su cónyuge era portador de dicha enfermedad; el demandado consciente de ser portador del VIH antes de casarse, no realizó ninguna prueba para confirmarlo o desvirtuarlo, ni tampoco se lo comunicó a la actora antes o después de las nupcias; ésta sólo tuvo noticia una vez desarrollada la enfermedad por su marido; en este caso, al igual que en el de 14 de septiembre de 2001, la culpabilidad del demandado estaba en no haber comunicado su enfermedad a su cónyuge, exponiéndola a un riesgo previsible de contagiarla, información que corresponde a un deber de cualquier persona con respecto de otra, con quien se pretende hacer una vida en común, culpa que no puede preterirse por el hecho de que en definitiva la cónyuge no resultara contagiada.

⁴⁶¹ JUR 2007, 323682; y en *Revista Jurídica de Catalunya*, Jurisprudencia, N°II, Barcelona, 2007, pág. 328 y ss.

paternidad y el resultado producido cual es la extinción de la relación paternofilial”⁴⁶².

FARNÓS AMORÓS⁴⁶³, comentando esta sentencia, concluye que en lo relativo al daño moral en el ámbito de las relaciones familiares, sólo es indemnizable el descubrimiento de la no paternidad, es decir, la ocultación negligente de la paternidad al marido, ya que por medio de él se repara un daño autónomo del incumplimiento del deber conyugal, por infracción del deber general de no causar daño a otro, rechazando cualquier reparación del daño moral causado por el incumplimiento del deber de fidelidad, afirmación que en ningún caso compartimos.

III.- DEL RESARCIMIENTO POR INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES CONYUGALES.

Ahora, pasando al estudio de aquella posición doctrinaria que acepta la aplicación de las normas sobre responsabilidad civil en términos generales, por los daños causados por incumplimiento de los deberes conyugales, como respuesta a la forma de cómo se deben resarcir los daños y perjuicios derivados de la infracción, como medio de tutela de los mismos, encontramos a autores como SANCHO REBULLIDA⁴⁶⁴, LETE DEL RIO⁴⁶⁵, GETE – ALONSO Y CALERA⁴⁶⁶, GARCÍA

⁴⁶² Como resume FARNÓS AMORÓS, *Indemnización del daño moral...*, *cit.*, pág. 8, con respecto al comportamiento de la cónyuge demandada, “en el caso, es difícil calificar la conducta de la esposa de “mera reticencia”, ya que ésta: i) durante los primeros años de matrimonio se sometió a tratamientos de fertilidad para tener un hijo con su marido; ii) fue consciente de la posibilidad que su marido no fuera el padre biológico de la menor durante cuatro años; iii) no actuó inmediatamente para que se realizaran las pruebas biológicas que hubiesen permitido determinar la paternidad antes de persistir en la ocultación”.

⁴⁶³ *Ibid*, pág. 20.

⁴⁶⁴ SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, 117 y ss., quien manifiesta que “los deberes son en algún caso incoercibles: sería preciso recurrir, para forzar su cumplimiento, a medios indirectos, como el resarcimiento de los daños y perjuicios causados – también a la familia – por su incumplimiento, a la tipificación como causa de separación y hasta como delito”; el mismo autor menciona, al analizar el incumplimiento del deber de fidelidad mutua de los cónyuges, que “en buenos principios, este tipo de infracciones deberían dar lugar también a la acción indemnizatoria de daños y perjuicios”.

⁴⁶⁵ LETE DEL RIO, *op. cit.*, pág. 642 y ss., al decir, respecto de la generalidad de los deberes que “el cumplimiento sólo puede ser forzado por medios indirectos, en cuanto la transgresión de los deberes puede dar lugar a un resarcimiento de daños y perjuicios, a veces incluso de difícil concreción, o es tipificada como causa de separación y de divorcio”.

⁴⁶⁶ GETE – ALONSO Y CALERA, *op. cit.*, pág. 322 y ss., según da cuenta al exponer “su infracción, o lesión, si bien es de difícil coercibilidad, no implica la inexistencia de sanciones. Sanciones que – en términos generales – van desde la posibilidad, dejada en manos de uno de los cónyuges, de solicitar la disolución del

CANTERO⁴⁶⁷, RAGEL SÁNCHEZ⁴⁶⁸, ALONSO PÉREZ⁴⁶⁹, PÉREZ MAYOR⁴⁷⁰,
IGARTUA ARREGUI⁴⁷¹.

vínculo matrimonial o su suspensión (suspensión de la vida en común: separación; divorcio), hasta la imposición de las consecuencias económicas que pudieran derivarse de la producción de un daño moral”; igualmente cuando analiza el deber de respeto mutuo señala “en cuanto al incumplimiento de este deber, siendo – como todos los de índole personal – de difícil coercibilidad, la sanción se manifiesta a través de vías indirectas... en las relaciones personales puede originar, en todo caso, una acción de carácter indemnizatorio dirigida a resarcir los daños (morales y materiales) y perjuicios causados”. Lo mismo cabe decir, para cuando analiza los deberes de ayuda y socorro mutuo, de convivencia (vivir juntos), fidelidad y, hasta para la actuación en interés de la familia, que bajo ciertas circunstancias lo llega a considerar como deber jurídico.

⁴⁶⁷ GARCÍA CANTERO, Artículos 42 a 107 del Código Civil..., *cit.*, págs. 185 y ss. y 195 y ss., al comentar los arts. 67 y 68 del Cc., en específico al tratar los deberes de respeto y fidelidad mutua que vinculan a los cónyuges, dice, respectivamente, que “la doctrina se ha esforzado por encontrar sanciones al incumplimiento de este deber..., pienso, además, que con carácter general se dará lugar a una acción de daños y perjuicios, con especial proyección sobre los de naturaleza moral, con base en el artículo 1902”; continuando, agrega “que al no haberse eliminado la fidelidad del artículo 68, el legislador ha mantenido su carácter jurídico, lo que se confirma, de alguna manera, con la amplitud de la sanción civil vinculada a cualquier violación grave o reiterada de la misma..., si bien no puede urgirse jurídicamente de modo directo, no están exentas de sanciones civiles..., y, eventualmente, con carácter autónomo, podría dar lugar a una indemnización de daños y perjuicios al amparo del artículo 1902 Cc., especialmente los de carácter moral”.

⁴⁶⁸ RAGEL SÁNCHEZ, *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho civil: Familia...*, *cit.*, pág. 130 y ss.; éste es muy claro al defender la aplicación de las normas de responsabilidad civil como efecto del incumplimiento de los deberes conyugales; argumenta precisamente, en contra de la sentencia de 30 de julio de 1999, pronunciada por el Tribunal Supremo, que bajo ciertas circunstancias, el incumplimiento de los deberes no sólo da origen a ser causal de separación o divorcio, sino que bajo ciertos respectos puede constituir un delito como el de “abandono de familia, agresión sexual, abuso sexual, injuria, calumnia, etc.”, y que “en el supuesto analizado por la sentencia que estamos criticando, había elementos suficientes para conceder una indemnización por daño moral al demandante, derivada de la imputabilidad del incumplimiento de la obligación contractual de fidelidad – lealtad por parte de la esposa”.

⁴⁶⁹ ALONSO PÉREZ, *Dialéctica entre fidelidad...*, *cit.*, pág. 50 y ss., quien, comentando la sentencia pronunciada por la Audiencia Provincial de Bilbao, cuyos hechos acontecieron el 28 de Febrero de 1984, defiende que es aplicable la acción indemnizatoria como medida de respuesta frente a los posibles daños y perjuicios que dicha infracción ocasione a uno de los cónyuges, al expresar muy claramente “en cualquier caso, existe un incumplimiento del deber de respeto mutuo exigido por el art. 67 Cc., con los agravantes que supone herir la dignidad y la integridad humana, como valores constitucionales (arts.10 y 15 CE). Se ha cometido un ilícito civil evidente que debe sustanciarse en la reparación patrimonial de los daños inferidos, en particular los daños morales...; la infidelidad en el matrimonio separado puede acarrear otras consecuencias negativas... daños y perjuicios por incumplimiento del deber jurídico contemplado en el art. 68 Cc. como medio de reparar el quebranto moral causado, etc....”.

⁴⁷⁰ PÉREZ MAYOR, *Crisis matrimoniales...*, *cit.*, pág. 168 y ss., quien se refiere indirectamente al tema en cuestión, al tratar la situación del daño moral en los supuestos de nulidad, separación y divorcio, y decir, fundamentando el recurso a la responsabilidad civil contractual en los escenarios de crisis conyugales antedichos, que “y no ya porque el matrimonio sea el contrato instuito personae por naturaleza, sino por la debida exigencia, para que exista un daño moral reparable, del incumplimiento de los deberes y obligaciones que le son propios..., entendiendo que la responsabilidad contractual no se funda en el incumplimiento sino en el daño producido por el incumplimiento”; como se aprecia, este autor pone el acento en el daño derivado del incumplimiento, el cual da lugar o movimiento al Derecho a través del recurso a la responsabilidad civil, según éste, de clase contractual, justificando su concreción.

⁴⁷¹ IGARTUA ARREGUI, Fernando, *Responsabilidad por nulidad de matrimonio; Daño material y moral; Indemnización al cónyuge de buena fe*, Comentario a la sentencia de 26 de noviembre de 1985, en *CCJC*, N°10, enero – marzo 1986, pág. 3227 y ss., sostiene en referencia a la sentencia que “la infidelidad, el abandono de hogar, las imputaciones difamatorias, las vejaciones o la violencia física y en general las diversas violaciones de los deberes del matrimonio, así como los atentados al honor de los cónyuges serán las causas normales de la reclamación de daños fundada ex artículo 1902 CC.”; véase la STS de 26 de noviembre de 1985 en RJ 1985, 5901.

Sin embargo, quien más destaca como uno de los precursores de esta posición es LACRUZ⁴⁷², al analizar el alcance del deber de fidelidad contenido en el art. 68 Cc., conforme a los criterios de la antigua legislación, señalando que bajo dicho prisma “su infracción más grave constituía hasta 1978 el delito de adulterio,.... El deber se extendía extendido a la observancia, por cada cónyuge, de una conducta inequívoca, absteniéndose de cualquier relación que resultase lesiva para los sentimientos y dignidad del otro. Y su infracción podía dar lugar a una acción de reclamación de daños; así la sentencia de 24 de octubre de 1959, que en un caso de adulterio funda la reparación del daño moral en el art. 104 del Código Penal”. De estas palabras, colegimos que para el autor en comento, la aplicación de las normas de responsabilidad civil, era una medida plenamente aplicable dentro de la antigua legislación, para hacer frente a los daños de alguno de los cónyuges, consecuencia de la comisión del delito de adulterio o de amancebamiento, en circunstancias que éstos se encontraban plenamente tipificados como tal, recurriendo al amparo del art. 104⁴⁷³ Cp. para justificar la acción indemnizatoria.

En la actualidad, y pese a la derogación el delito de adulterio y amancebamiento, LACRUZ⁴⁷⁴ sigue sosteniendo la vigencia de la aplicación de las normas de responsabilidad civil, como tutela de los deberes recíprocos, en los casos que el incumplimiento de los deberes conyugales ocasione a cualquiera de los cónyuges un daño patrimonial o moral, al decir muy claramente “el abandono, como el adulterio son actos ilícitos...., 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...., se trata de deberes concretos impuestos por una norma, que no podrían tener consideración inferior o trato inferior a los impuestos mediante un contrato, obligaciones legales sin carácter patrimonial, pero

⁴⁷² LACRUZ BERDEJO, Comentario al artículo 68..., *cit.*, pág. 651 y ss.

⁴⁷³ El art. 104 del Código Penal de la legislación anterior disponía “La indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado, por razón del delito, a su familia o a un tercero. Los tribunales regularán el importe de esta indemnización en los mismos términos prevenidos para la reparación del daño en el artículo precedente”. Por su parte, el art. 105 del citado cuerpo legal ordenaba “Toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente”.

Es menester indicar que, hoy en día estos dos preceptos han sido igualmente recogidos en la nueva regulación penal, en sus arts. 113 y 109.1, respectivamente.

⁴⁷⁴ LACRUZ BERDEJO, Comentario al artículo 68..., *cit.*, pág. 662 y ss.; LACRUZ BERDEJO, *et al.*, *Elementos de Derecho Civil IV*, Derecho de familia, vol. I... (1990), *cit.*, pág. 143.

cuya infracción produce a veces consecuencias económicas y en todo caso un daño moral resarcible, y a ellas habremos de aplicar las reglas generales sobre el incumplimiento de las obligaciones – las de la llamada culpa contractual, pero que no sólo se aplican al incumplimiento de las obligaciones contractuales -, y en último término las reglas relativas al ilícito civil”.

Sin perjuicio de lo anterior, creemos que es SANCHO VILLARREAL⁴⁷⁵, quien, a nuestro parecer, destaca la principal característica de este grupo de comentadores – y no sólo por el hecho de hacer suyas todas y cada una de las razones y consideraciones expuestas por LACRUZ -, al decir “ello no quiere decir que todo incumplimiento de un deber conyugal pueda generar una acción de indemnización. Se trata de una mera posibilidad sin que esa infracción suponga automáticamente el nacimiento de un daño... En todo caso, la existencia de una lesión del derecho de fidelidad conyugal – como en general ocurre con la lesión de cualquier derecho – debe abrir al cónyuge perjudicado la indemnización cuando el daño se haya producido”; en efecto, al resaltar el daño que “puede” ocasionar el incumplimiento de los deberes conyugales, será éste – “el daño padecido por el cónyuge no infractor” – el que pondrá en reacción y justificará la aplicación de las normas de responsabilidad civil.

El mismo autor en referencia, realiza una distinción que nos parece de suma trascendencia, en cuanto separa, por una parte, las sanciones a la infracción del deber de fidelidad conyugal, entre los cuales estudia y determina su idónea aplicación, como causa de separación, divorcio (recordamos que sus palabras fueron expuestas antes de la Ley 15/2005), desheredación, pérdida del derecho de alimentos, revocación de donaciones, y por otra, las demás consecuencias que se pueden derivar del incumplimiento, como es la cuestión de la reparación del daño causado por la infidelidad, ya que con ello evidencia la existencia y argumentos de esta posición.

⁴⁷⁵ SANCHO VILLARREAL, *op. cit.*, pág. 111 y ss.

Un nuevo apoyo a este enfoque, partidaria de la aplicación de las normas de responsabilidad en el supuesto en estudio, resulta de la derogación de las causas de separación y divorcio por la Ley 15/2005 de 08 de julio, que a hecho resurgir el debate sobre la naturaleza jurídica de los deberes conyugales, y los alcances de su infracción; resulta innegable al día de hoy, que casi todos aquellos autores que sostienen que los deberes y derechos maritales son jurídicos - sin perjuicio de su carácter ético y moral -, se inclinan en defender y sostener al mismo tiempo, que la principal consecuencia de los daños causados por su incumplimiento es la aplicación de las normas de responsabilidad civil, poniendo el acento en el recurso a dichos preceptos como la forma de reafirmar el carácter jurídico de dichos deberes, frente al desaparecido efecto de la causa de separación o divorcio.

Un claro ejemplo de lo anterior, lo podemos encontrar en los comentarios de MARÍN⁴⁷⁶, DE VERDA y ATIENZA NAVARRO⁴⁷⁷; la primera de las citadas, junto con describir las distintas posiciones que actualmente se presentan en la doctrina sobre el tema en cuestión⁴⁷⁸, destaca una de las conclusiones formuladas por la Asociación de mujeres juristas Themis con ocasión del Anteproyecto de reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio, quienes, frente a la derogación, y en apoyo de los principios de libertad y dignidad de la persona que han presidido la reforma, agregan que “si uno de los cónyuges considera y prueba que el otro ha incumplido las obligaciones que impone el matrimonio podrá solicitar al Juzgado una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados al otro;

⁴⁷⁶ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, ¿Cabe la indemnización..., *cit.*; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Separación y divorcio..., *cit.*, pág. 145 y ss.; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Remedios indemnizatorios..., *cit.*, pág. 147 y ss.

⁴⁷⁷ ATIENZA NAVARRO, La incidencia de las reformas..., *cit.*, pág. 160 y ss., al decir “por último, cabría también hacer una última reflexión en relación con las consecuencias de la infracción de los deberes conyugales: como los principales efectos de su incumplimiento (esto es, ser causa de separación o de divorcio), han desaparecido con la Reforma de 2005, quizá en la actualidad cobren mayor interés las cuestiones relacionadas con la posibilidad de obtener una indemnización de daños y perjuicios por ese motivo..., como decía, una vez se han eliminado las causas de separación y divorcio por este motivo, tal vez los Tribunales se animen a conceder estas indemnizaciones, porque de lo contrario los deberes conyugales no tendrán más que un valor moral y, por consiguiente, en caso de incumplimiento sólo cabría un reproche ético – social, sin ninguna consecuencia jurídica fuera de los casos apuntados en el párrafo anterior”.

⁴⁷⁸ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Remedios indemnizatorios..., *cit.*, pág. 167, junto con hacer referencia a los argumentos y posiciones ya referidas en este capítulo, la comentarista agrega otro fundamento para rechazar el recurso a las normas de responsabilidad civil frente a los daños causados entre cónyuges, basado en el “error de elección” del otro contrayente, y en las consecuencias del consentimiento válido; sin embargo, ella misma rechaza esta posición, ya que parte de una grave confusión al entender que lo que se indemniza es el “error de elección”, en circunstancias que lo se intenta reparar a través de las normas de responsabilidad civil es el perjuicio o daño causado y no otra cosa.

indemnización que es independiente de la pensión compensatoria cuyo fundamento es el desequilibrio económico de los cónyuges al momento de la separación”; no obstante, la autora en comentario aclara que, conforme a su opinión y, siguiendo en este punto a la doctrina italiana, no todo daño en el ámbito del derecho de familia debe ser reparado, “se parte de que la simple violación de un deber conyugal no puede conducir por sí mismo a una declaración de responsabilidad, porque habrá que tener en cuenta si la conducta es dolosa o gravemente culposa, si hay nexo causal y fundamentalmente el daño producido... La violación de un deber conyugal – que no es automáticamente indemnizable – hay que situarla en el “*background familiar*”, en el que se inserta la conducta lesiva de uno de los cónyuges y el daño sufrido por el otro”⁴⁷⁹.

Por su parte, DE VERDA, en referencia a la idea que nos convoca, señala que “una vez suprimida la causa de separación basada en el incumplimiento de los deberes conyugales, parece inevitable hacer entrar en juego el art. 1902 del Código Civil, para asignarles alguna consecuencia, sino se les quiere privar de trascendencia jurídica y convertirlos en meros imperativos éticos”, siempre que el daño resarcible, objetivamente imputable a dolo o culpa de uno de los cónyuges, sea consecuencia de un incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones conyugales⁴⁸⁰.

Sin embargo, no podemos desatender la observación que sobre esta materia nos presenta el profesor LLAMAS⁴⁸¹, al expresar que no le parece tan obvio, que frente a la citada derogación por la Ley 15/2005, “forzosamente haya que acudir a la “aspirina” (remedio para todo) de la responsabilidad civil”, aplicando sin más a las relaciones conyugales el remedio indemnizatorio, fundado en que esta última es una “institución cuyo origen, evolución y contornos, nada tienen que ver con las

⁴⁷⁹ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO (*ibid*, pág. 160), imputa éstas palabras a CASSANO, sin embargo, éstas corresponden a BONA, *op. cit.*, pág. 397 y ss., y en específico en la página 446.

⁴⁸⁰ DE VERDA Y BEAMONTE, Responsabilidad civil..., *cit.*; DE VERDA Y BEAMONTE, *Jurisprudencia reciente...*, *cit.*; sobre el particular, es menester mencionar que el autor en comentario, aún antes de la reforma de la Ley 15/2005 que estableció la separación y divorcio sin causa, ya era partidario y defensor de la aplicación de las normas de responsabilidad civil, a objeto de resarcir los daños que dieran lugar al incumplimiento de los deberes conyugales, en específico a través del art. 1902 Cc., criticando aquella postura que sostenía el recurso exclusivo y excluyente de los efectos expresamente previstos por el legislador, como era la causa de separación.

⁴⁸¹ LLAMAS POMBO, Divorcio y responsabilidad..., *cit.*

relaciones familiares; y que la atribución de una función “multiusos” a la responsabilidad civil, no sirve precisamente para aclarar esos contornos sino más bien para confundirlos; y que por más que se esté produciendo un tránsito de la “familia institución” a la “familia comunidad”, la peculiar juridicidad de la familia admite mal los remedios indemnizatorios pensados y contruidos para otro tipo de perjuicios y relaciones humanas”. No obstante, el mismo autor al finalizar su comentario, reconoce que la cuestión dista mucho de ser diáfana, y que sin duda merece ser estudiada.

En lo que respecta al Derecho francés, también han optado por aplicar directamente las normas de responsabilidad civil, frente a la ausencia de normas particulares que reglamenten la situación de los daños causados entre cónyuges por incumplimiento de los deberes conyugales.

Así lo ponen de manifiesto BÉNABENT y CORNU⁴⁸²; el primero, al estudiar las sanciones que se pueden aplicar por incumplimiento del deber de cohabitación, señala que la jurisprudencia frente a esta infracción abre dos caminos, uno, motivando el pronunciamiento del divorcio o separación de cuerpos por culpa, y dos, justificando una condena de daños y perjuicios⁴⁸³; esta idea vuelve a ser reiterada por el mismo autor en referencia, al comentar que las indemnizaciones que pueden tener lugar con ocasión del divorcio, tienen dos posibles fundamentos jurídicos: a) el art. 266 por el perjuicio de la disolución misma del matrimonio, pero sólo en los casos de divorcio en él previstos; y b) el artículo 1382⁴⁸⁴ para todos los otros perjuicios⁴⁸⁵. El segundo autor citado, al estudiar las sanciones a la infracción

⁴⁸² CORNU, *op. cit.*, págs. 56 y 58.

⁴⁸³ BÉNABENT, *op. cit.*, pág. 120 y ss.

⁴⁸⁴ Artículo 1382: “Cualquier hecho del hombre que cause daño a otro obliga a aquel por cuya culpa sucedió, a repararlo”.

⁴⁸⁵ BÉNABENT, *op. cit.*, pág. 284 y ss.; también en LINDON, Raymond y BÉNABENT, Alain, *Le droit du divorce*, ed. Litec, Paris, noviembre 1984, pág. 511 y ss., en cuanto manifiestan que, antes de que los textos específicos se hayan referido a la materia, ya se admitía que se pudiera conceder una indemnización por daños y perjuicios acordada a uno de los esposos en caso del pronunciamiento de separación de cuerpos, en reparación de los perjuicios morales y materiales causados por el incumplimiento del otro esposo; en estas situaciones, el perjuicio que se demandaba reparar tenía que ser independiente de lo que concedía por la disolución de la unión matrimonial y, el fundamento de estos daños y perjuicios residía en el artículo 1382 del Código civil.

del deber de comunidad de vida y fidelidad, alcanza las mismas conclusiones que su homólogo, expresando que en ambos casos se origina un ilícito civil que abre las puertas a la aplicación del derecho común de la responsabilidad delictual.

El precedente de esta posición, quizá se halla en autores como DURANTON⁴⁸⁶ y DEMOLOMBE⁴⁸⁷, quienes, comentando el viejo y modificado art. 214 del Code (que establecía la obligación de la mujer de cohabitar con su marido y de seguirlo donde residiera, y la obligación de éste a recibirla, y a proveerle de todo lo necesario para las necesidades de su vida, según sus facultades y estado), señalaban entre las posibles sanciones por su incumplimiento, una condena por daños y perjuicios (art. 1382 Code), especialmente cuando era la mujer quien lo violaba, ya fuera por cada día, semana, o mes de retraso, como instrumento para constreñirla a cumplir con su obligación, ya que la ley, con su silencio, autorizaba el recurso de todos los medios que fueran estimados necesarios para la concreción de este deber, que no constituye una simple palabra, sino un deber del matrimonio que es menester respetar⁴⁸⁸.

En el mismo sentido a BÉNABENT y CORNU, DE VERDA⁴⁸⁹ al referirse a este ordenamiento, destaca que “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”, sin perjuicio que el mismo Code contemple en su art. 266, la posibilidad que en caso de divorcio por alteración definitiva del vínculo

⁴⁸⁶ DURANTON, *op. cit.*, pág. 294 y ss.

⁴⁸⁷ DEMOLOMBE, *op. cit.*, pág. 254 y ss.

⁴⁸⁸ DURANTON, *op. cit.*, pág. 297, N°1026, “... Comprendiamo benissimo che la moglie avrebbe potuto essere condannata ai dan ed interessi per effetto dell’inadempimento delle sue obbligazioni”; DEMOLOMBE, *op. cit.*, pág. 261, N°106.

En sentido contrario se manifestaban LAURENT, *op. cit.*, pág. 109 y ss., en particular el párrafo N°92, al preguntarse si la mujer podía ser condenada a daños y perjuicios hasta que se reintegrara al domicilio conyugal; si bien, reconocía que existían sentencias y autores que admitían esta vía de ejecución, agregaba que en realidad no era una vía de ejecución, sino que era una pena, una multa, que debía llevarnos a recordar que no existen penas sin una ley penal previa, colacionando que, en términos del art. 1149, los daños y perjuicios debidos al acreedor eran por la pérdida que él había sufrido y por los intereses de que había sido privado, interrogándose si ¿es el marido un acreedor?, ¿cuál es la pérdida que sufre?, cuestiones que resultaban tan absurdas cuando al sujeto de una obligación moral se le querían aplicar las reglas de las deudas pecuniarias (en todo caso, es menester señalar que para este autor, el deber de la mujer de cohabitar con su marido no era solamente un deber moral, sino también una obligación civil); BAUDRY – LACANTINERIE et HOUQUES – FOURCADE, *op. cit.*, pág. 702 y ss., especialmente el párrafo 2171, quienes también participaban de que aquí no se encontraba el crédito que permitía pensar en aplicar las reglas de los arts. 1142 y 1149, sino solo un derecho de naturaleza propia, y que en realidad, bajo el concepto de daños y perjuicios se pretendía aplicar una verdadera multa contra el cónyuge incumplidor.

⁴⁸⁹ DE VERDA Y BEAMONTE, Responsabilidad civil..., *cit.*

conyugal sin haber formulado, a su vez, ninguna demanda de divorcio o por culpa exclusiva de uno de los cónyuges, este último sea condenado a reparar “las consecuencias particularmente graves sufridas por el hecho de la disolución del matrimonio”.

Claras son las palabras de este autor, al resumir la posición actual de la práctica judicial, en cuanto el art. 266, en nada obsta a la “aplicación del principio general de responsabilidad civil extracontractual contenido en el art. 1382 del mismo Código” frente a un daño distinto al derivado por el divorcio, como puede ser el causado por incumplimiento de los deberes conyugales, según se aprecia en la Sentencia de la Sala Primera de la Corte de Casación de 11 de enero de 2005, al resolver que la cónyuge debía ser condenada a una indemnización de daños y perjuicios por aplicación del art. 1382 del Code, ya que “se le atribuía un comportamiento violento, injurioso y humillante, incluso en presencia de terceros, respecto de su marido”, sin perjuicio de ser también condenada a la reparación de las consecuencias del divorcio declarado por su exclusiva culpa⁴⁹⁰.

⁴⁹⁰ DE VERDA Y BEAMONTE, nos ofrece otros ejemplos de lo expuesto mediante la Sentencia de la Corte de Apelación de Douai de 30 de abril de 2003, recurso n° 01/6335 (disponible en <http://www.legifrance.gouv.fr>), que además de disolver el matrimonio mediante el divorcio por culpa del marido, quién no sólo expulsó a su cónyuge del domicilio conyugal, introduciendo a su amante en él, sino que también la dejó en desamparo económico y sin ningún tipo de ayuda por varios meses, condenó en definitiva a éste a pagar a la mujer una indemnización de 1.500 euros apoyado en el art. 1382 del Code; el mismo autor también destaca la Sentencia de la Corte de Apelación de Agen de 16 de mayo de 2002, recurso n° 01/00320 (disponible en <http://www.legifrance.gouv.fr>), que, aunque disolvió el matrimonio por divorcio imputable a culpa exclusiva del marido, condenándolo por su comportamiento durante el matrimonio, en especial por sus relaciones extraconyugales, a indemnizar a su mujer con 4.000 euros a virtud del art. 266 del Code Civil francés, agregó que como no existía ningún otro perjuicio verificable separado del anterior, como lo es el derivado de la violación de los deberes conyugales, no era posible aplicar el art. 1382, distinguiendo de esa forma la diversa finalidad de uno y otro precepto.

También demuestran la independencia de las acciones de los arts. 266 y 1382 del Cc. francés, las sentencias de la Corte de Casación de 13 de abril de 1992, recurso n° 90-21490 (disponible en <http://www.legifrance.gouv.fr>) que, declarando el divorcio por culpas compartidas de los cónyuges y desestimando la acción de daños y perjuicios solicitada por la mujer al amparo del art. 266, acogió la acción resarcitoria interpuesta por ésta a virtud del art. 1382 a objeto de indemnizar los daños y perjuicios morales causados a la mujer en atención que se había acreditado que su cónyuge tuvo otra pareja y que ejerció violencia sobre la actora durante el matrimonio, como la de la Corte de Apelación de Rennes de 06 de noviembre de 2006, (disponible en <http://www.legifrance.gouv.fr>) que, declarando disuelto el matrimonio por divorcio imputable a culpa exclusiva de la mujer, concedió al varón una indemnización por el daño moral que la disolución le causó después de 38 años de matrimonio, pero desestimó la petición de otra indemnización amparada en el art. 1382 del Code.

En el mismo sentido se expresa MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, ¿Cabe la indemnización de daños..., *cit.*, al decir “en los países como Francia, cuyo régimen jurídico ha sido reformado recientemente, a pesar de contemplarse la posibilidad de acordar una indemnización de daños y perjuicios como reparación de las consecuencias de particular gravedad que sufra uno de los esposos por el hecho de la disolución del matrimonio, se admite la aplicación del art. 1382 del Code civil (equivalente al art. 1902 del CC español) para los daños que no encuentran su causa en el pronunciamiento mismo de divorcio”.

En fin, como ya apuntaba HAUSER⁴⁹¹ en 1996, es posible distinguir distintos tipos de daños que pueden sufrir los cónyuges entre sí, con diversos fundamentos jurídicos cada uno: a) el “daño – ruptura” que es reparado por la prestación compensatoria (arts. 270 y ss.); b) el “daño – circunstancias de la ruptura” que es indemnizable a través del art. 266 y a cargo del cónyuge culpable y; c) el “daño a las circunstancias de la vida en pareja” que es resarcible por medio del art. 1382 del Code (comprendiéndose aquí los daños causados por incumplimiento de los deberes conyugales); si las condiciones de cada caso son reunidas, cumplidas, se puede producir un cúmulo de indemnizaciones⁴⁹².

En todo caso, como pone de relieve MARÍN⁴⁹³, el resarcimiento de los daños y perjuicios causados entre cónyuges por aplicación del art. 1382 del Code, en ningún caso esta condicionada ni “subordinada a una demanda de divorcio causal”.

Así también lo observa HAUSER⁴⁹⁴, al comentar la sentencia que resolvió, con posterioridad a la disolución del matrimonio, condenar a la mujer a indemnizar a su ex-cónyuge sobre el fundamento de los arts. 1382 y 1383 del Code, por haber hecho creer a éste que era el padre de un hijo que no era suyo, transgrediendo la obligación de lealtad, agregando que si bien el matrimonio no es un contrato, también tiene el deber de ser ejecutado de buena fe; en el mismo sentido, la Corte de Apelación de Nimes de 12 de febrero de 2008⁴⁹⁵ que, junto con declarar la nulidad del matrimonio por bigamia del marido, condenó a éste a pagar a su ex-cónyuge,

⁴⁹¹ HAUSER, Jean, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, N°2, avril / juin, 1996, pág. 372 y ss.

⁴⁹² En todo caso, el mismo HAUSER, Jean, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, N°2, avril / juin, 2007, pág. 321, después de reiterar que el art. 266 repara los perjuicios nacidos de la disolución conyugal, y el art. 1382 indemniza los perjuicios distintos, advierte que esta clara distinción sobre el papel, presenta grandes dificultades para los jueces del fondo al momento de justificar y fundamentar sus sentencias; esta complicación, la podemos observar en la sentencia de la Corte de Paris de 30 de abril del 2003 (comentada por HAUSER, Jean, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, N°3, juillet / septembre, 2003, pág. 486), oportunidad en que dicho tribunal acogió la indemnización a virtud del art. 1382 del Code, fundado en la culpa del marido, en el desprecio y humillaciones padecidas por la mujer, que estuvo sumida bajo el carácter dominante de su cónyuge, y que finalmente fue abandonada después de 40 años de vida en común, y cuando ella se aproximada a los 60 años; sin duda, el fundamento del abandono es más propio del art. 266 que del art. 1382, ya que se trataba de una consecuencia de la disolución del matrimonio (sobre el particular, volveremos en el próximo capítulo, cuando estudiemos esta indemnización).

⁴⁹³ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, ¿Cabe la indemnización..., *cit.*

⁴⁹⁴ HAUSER, Jean, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, N°2, avril / juin, 1998, pág. 355 y ss.

⁴⁹⁵ Número de recurso 05/02931 (disponible en <http://www.legifrance.gouv.fr>).

una indemnización por los daños y perjuicios morales que ese hecho le causó, equivalente a 2.500 euros⁴⁹⁶.

Por su parte, la jurisprudencia francesa ha admitido la reparación de los daños derivados del incumplimiento de los deberes conyugales en las más diversas situaciones, siendo quizá una de las más llamativas, la resuelta por el Tribunal de Grande Instance de Caen, el 28 de mayo de 2001⁴⁹⁷, donde, producto del cambio de sexo de uno de los cónyuges, se generó una situación de incumplimiento marital; en el caso, el marido, después de 40 años de vida común y, el nacimiento y educación de dos hijos, decidió someterse a un procedimiento de cambio de sexo, motivo por el cual, abandonó el domicilio conyugal en 1994, modificó su estado civil, cambió su nombre al de “*Sylvie*”, y se trasladó, en último término, a vivir con otra persona. Si bien, para el ordenamiento francés, el cambio de sexo no es contrario a derecho como para constituir por sí mismo una causa de divorcio, MARÍN⁴⁹⁸ comenta, basada en los considerandos de la sentencia, que el problema se centró en la incidencia que esta situación tuvo en la vida conyugal, dado que aquí hubo una violación grave y reiterada de las obligaciones del matrimonio, ya que el marido abandonó voluntariamente el domicilio conyugal, sin tener en cuenta las implicaciones de su elección para con su cónyuge, que por estas circunstancias se vió privada de una pareja en el marco de la institución del matrimonio; en este caso el marido se sumió en un estado de egocentrismo tal, que se olvidó de su vida de familia y, por supuesto, del lugar en el que quedaba su cónyuge, quien tuvo que soportar cómo en 1998 el marido organizó una recepción en la que participó a las amistades el “nacimiento civil” de Silvia; esto motivó a la mujer abandonada a solicitar el divorcio por culpa exclusiva de su marido e indemnización de los daños y perjuicios, por el abandono del domicilio conyugal, por el cambio de sexo y modificación del estado civil, cuestiones todas que importaban para ella un comportamiento injurioso, además de alterar su habitual tren de vida, obligándola a

⁴⁹⁶ También puede verse a MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Separación y divorcio..., *cit.*, pág. 157.

⁴⁹⁷ *Petites Affiches*, 29 avril 2002, N°85, pág. 16 y ss.; también en comentario de HAUSER, Jean, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, N°2, avril / juin, 2002, pág. 274 y ss.

⁴⁹⁸ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, ¿Cabe la indemnización..., *cit.*

un radical cambio en el contexto, muy particular, que significa que su cónyuge se haya convertido en mujer; por todas estas consideraciones el Tribunal de Caen concedió la suma de 50.000 francos (7.622,45 euros), a objeto de resarcir los daños y perjuicios en aplicación de los arts. 266 y 1382 del Code.

Si bien, la doctrina y jurisprudencia se hallan contestes en admitir la reparación de los daños causados entre cónyuges por incumplimiento de los deberes conyugales a través del art. 1382, y con independencia de los perjuicios que eventualmente se puedan imputar al divorcio en el especial escenario previsto en el art. 266 del Code, no sucede lo mismo con respecto a la determinación del *quantum* resarcitorio, ya que como destacan BOULANGER⁴⁹⁹ y CORNU⁵⁰⁰, en muchos casos, sólo se otorga una indemnización simbólica, como lo hizo la Corte de Paris el 21 de febrero del 2002, al conceder la suma de 1 franco al marido por los daños y perjuicios demandados por la brutal salida de su cónyuge del hogar al amparo del art. 1382 del Code⁵⁰¹; esta situación ha llevado a RODRÍGUEZ GUITIÁN⁵⁰², a pensar que “detrás de la concesión de una indemnización simbólica se esconde la idea de que en realidad no hay tal daño, de que no hay intromisión digna de tutela jurídica. Quizá subyace también el pensamiento de que el daño es irreparable o de que es repugnante la obtención de una cantidad de dinero por la vulneración de un deber tan íntimo y personal, de manera de que sólo se busca el simple reconocimiento judicial de una intromisión ilegítima”⁵⁰³.

Por último, no debemos olvidar, que constituye un factor esencial para que el ordenamiento francés se pronuncie favorablemente por la aplicación de las normas

⁴⁹⁹ BOULANGER, *op. cit.*, pág. 266.

⁵⁰⁰ CORNU, *op. cit.*, pág. 58.

⁵⁰¹ Esta sentencia simbólica de un franco, comentada por HAUSER, Jean, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, N°2, avril / juin, 2002, pág. 278, se justifica por el hecho que, si bien, la mujer había abandonado el domicilio conyugal en 1998 para instalarse con otro hombre, por otro lado, el marido había mantenido una relación (romance) bastante conocida, lo que motivó a que el matrimonio se declarara disuelto por culpas compartidas de ambos cónyuges; la Corte de Paris, al confirmar la sentencia de primer grado, concluye que el art. 1382 permite rodear el art. 266 en aquellos casos de divorcio en que la culpa ha desaparecido, y los cónyuges se demanden daños entre sí.

⁵⁰² RODRÍGUEZ GUITIÁN, *op. cit.*, pág. 73.

⁵⁰³ En la jurisprudencia española, no son desconocidas las indemnizaciones simbólicas, como se aprecia en las SSTs de 23 de febrero de 1989 (RJ 1989,1250), y 14 de diciembre de 1993 (RJ 1993, 9886).

sobre responsabilidad civil extracontractual (art. 1382 del Code), a fin de resarcir los daños causados entre cónyuges por incumplimiento de los deberes conyugales, lo dispuesto en la sección II (De las causas que suspenden el curso de la prescripción), del capítulo IV (De las causas que interrumpen o suspenden el curso de la prescripción), del título XX (De la prescripción y de la posesión), del libro III, art. 2253, que ordena suspender la prescripción, al decir que “tampoco corre en absoluto entre los cónyuges”.

IV.- ALGUNAS PRECISIONES ACERCA DE LA NATURALEZA Y PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL CÓNYUGE INCUMPLIDOR.

Aceptada la doctrina que entiende a los deberes conyugales como verdaderas obligaciones jurídicas, cuyo incumplimiento, en caso de causar daño a uno de los cónyuges, da lugar a la respectiva obligación indemnizatoria, debemos centrarnos en el estudio de sus presupuestos, a fin de precisar si por encontrarnos en el particular escenario del matrimonio, éstos sufren alguna modificación, es decir, si reconocen la existencia de un privilegio conyugal.

Sobre el particular, y considerando que la doctrina que se manifiesta partidaria de la aplicación de las normas de responsabilidad civil por los daños causados por incumplimiento de los deberes conyugales, muy poco o casi nada nos dice, a excepción de autores como MARÍN o DE VERDA según tendremos oportunidad de revisar, creemos oportuno comenzar este apartado planteando nuestra opinión, en cuanto sostenemos que sólo existe obligación de resarcir los daños causados por “incumplimiento grave o reiterado” de los deberes conyugales, cuando éstos sean imputables a “dolo o culpa grave”, se acredite el nexo causal, y el camino utilizado para obtener la respectiva indemnización sea a través de las normas del “artículo 1101 y ss.” del Código Civil; esto último, como inmediatamente veremos, en consideración a que seguimos la posición que concibe

dichas normas de responsabilidad aplicables a cualquier obligación preexistente, y no sólo cuando éstas emanen de un contrato.

Recordamos que estas palabras son exclusivamente aplicables cuando nos encontremos ante daños provenientes del incumplimiento de los deberes conyugales, y no cuando por violación de éstos, el daño que se pretende indemnizar sea causado por la perpetración de un delito o falta o por la lesión de un derecho fundamental, ya esté recogido o no dentro de la LO 1/1982, en cuyo caso se aplicarán las normas civiles previstas en sus códigos y leyes particulares.

A.- Naturaleza del resarcimiento.

Dentro de los que aceptan la aplicación de las normas de responsabilidad civil por los daños causados por incumplimiento de los deberes conyugales, parece predominar la tesis que el resarcimiento debe realizarse siguiendo las normas de los artículos 1902 y ss., como sostienen GARCÍA CANTERO⁵⁰⁴, IGARTUA ARREGUI⁵⁰⁵, entre otros; el fundamento de su opinión se halla en que el matrimonio, al carecer de naturaleza jurídica contractual, los daños originados por infracción de los deberes conyugales no pueden tener cabida dentro del art. 1101 y ss. Cc. que, según éstos, reglamentan exclusivamente la responsabilidad civil por incumplimientos contractuales⁵⁰⁶; muy expresivas y pertinentes nos resultan las palabras de DE VERDA⁵⁰⁷, al decir, “parece innecesario justificar que la indemnización del daño deba discurrir por la vía del art. 1902 del Código Civil, y no

⁵⁰⁴ GARCÍA CANTERO, Artículos 42 a 107 del Código Civil..., *cit.*, págs. 185 y ss., y 195 y ss.

⁵⁰⁵ IGARTUA ARREGUI, Responsabilidad por nulidad..., *cit.*, pág. 3227 y ss.

⁵⁰⁶ También así lo entienden PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho civil*, t.II, vol. III, Enriquecimiento injusto, Responsabilidad extracontractual, Derecho a la intimidad, ed. Bosch, Barcelona, 1983, pág. 77, al decir “Dentro del ordenamiento civil, la responsabilidad se clasifica tradicionalmente en contractual y extracontractual o aquiliana. La primera, expuesta en otro lugar, consiste en la infracción de una obligación resultante de un contrato. La segunda deriva del daño producido a otra persona, sin que exista una previa relación jurídica convenida entre el autor del daño y el perjudicado”; DÍEZ – PICAZO y GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, vol. II..., *cit.*, pág. 591, al expresar “Tal responsabilidad genérica se clasifica tradicionalmente en contractual y aquiliana o extracontractual. La primera supone la transgresión de un deber de conducta impuesto en un contrato. La aquiliana, por el contrario, responde a la idea de la producción de un daño a otra persona por haber transgredido el genérico deber *neminem laedere*, es decir, el de abstenerse de un comportamiento lesivo para los demás”.

⁵⁰⁷ DE VERDA Y BEAMONTE, Responsabilidad civil..., *cit.*; DE VERDA Y BEAMONTE, *Jurisprudencia reciente sobre...*, *cit.*

por la del art. 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”.

Sobre este punto, si bien compartimos la afirmación de que el matrimonio no es un contrato⁵⁰⁸, sino un negocio jurídico de Derecho de familia según hemos expuesto a lo largo de este trabajo, todavía sostenemos que los daños causados por incumplimiento de sus deberes personales, de sus obligaciones jurídicas, se deben resarcir a través del art. 1101 y ss., apoyados en que dichas normas no sólo son aplicables cuando la obligación violada tenga un origen contractual, sino siempre que exista entre las partes un vínculo obligacional preexistente a la propia afirmación de responsabilidad, cualquiera sea su fuente, como lo aseveran JORDANO FRAGA⁵⁰⁹, RAGEL SÁNCHEZ⁵¹⁰, LACRUZ⁵¹¹.

En virtud de lo anterior, PANTALEÓN⁵¹² y ALBALADEJO⁵¹³ entre otros, más que hablar de responsabilidad contractual, prefieren más exacto hablar de responsabilidad obligacional que, conforme al último de los autores citados, es aquella que “alcanza al deudor por no cumplir exactamente la obligación que pesa sobre él”, en contraposición a la extracontractual, que debería llamarse

⁵⁰⁸ Por ello rechazamos la opinión de PÉREZ MAYOR, *Crisis matrimoniales...*, *cit.*, pág. 168 y ss., que defiende el recurso a la responsabilidad civil contractual fundado en que el matrimonio es un contrato, *intuitu personae* por naturaleza.

⁵⁰⁹ JORDANO FRAGA, Francisco, *La responsabilidad contractual*, ed. Cívitas, S.A., Madrid, 1987, pág. 28 y ss., al decir, “con la expresión responsabilidad contractual se designa la responsabilidad dimanante de obligaciones preexistentes a la propia afirmación de la responsabilidad, cualquiera sea su fuente. Es decir, en la responsabilidad contractual se incluye la responsabilidad derivante de las obligaciones ya constituidas, aunque no tengan su origen en un contrato”.

⁵¹⁰ RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, *Estudio legislativo y jurisprudencial del Derecho civil: obligaciones y contratos*, ed. Dykinson, Madrid, 2000, pág. 503 y ss., quien, después de reiterar las palabras de Jordano Fraga, concluye que “las normas contenidas en los arts. 1101 y ss. del Cc. tiene la misión de establecer las consecuencias del incumplimiento de una obligación, cualquiera que sea su origen, cuando ese incumplimiento es imputable al deudor”.

⁵¹¹ LACRUZ BERDEJO, José Luis, *et al.*, *Elementos de Derecho Civil II*, Derecho de obligaciones, vol. I, Parte general. Teoría general del contrato, cuarta edición revisada y puesta al día por Francisco Rivero Hernández, ed. Dykinson, Madrid, 2007, pág. 164 y ss., al expresar que el art. 1101 Cc. se refiere a las “deudas civiles nacidas de cualquier causa que ponga en relación directa a deudor y acreedor, y no sólo a los contratos”.

⁵¹² PANTALEÓN PRIETO, Fernando, en *Comentario a SSTS de 26 de enero de 1984*, en *CCJC*, N°4, enero-marzo, 1984, pág. 1263.

⁵¹³ ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil*, t.II, Derecho de obligaciones, duodécima edición, ed. Edisofer, Madrid, 2004, pág. 172.

extraobligacional, como también lo hace BELTRAN DE HEREDIA Y CASTAÑO⁵¹⁴.

En el mismo sentido CASTAN TOBEÑAS⁵¹⁵, al estudiar la culpa contractual, expresa que ésta debería llamarse con más propiedad “culpa obligacional, ya que se refiere a la transgresión de una relación obligatoria previa, que puede nacer de un contrato o de cualquier otra fuente como, por ejemplo, la ley”; esta opinión es reiterada por ESPÍN CÁNOVAS⁵¹⁶, también refiriéndose al dolo y culpa contractuales, precisando que el calificativo de contractual “no implica el que necesariamente la transgresión se produzca en una obligación nacida de contrato, sino que igualmente comprende la referida a obligaciones surgidas de otro modo, como por medio de la ley. La denominación usual de culpa (comprensiva del dolo y la culpa en sentido estricto) contractual hay que referirla ampliamente a la existencia de un vínculo obligacional previo”⁵¹⁷.

⁵¹⁴ BELTRAN DE HEREDIA Y CASTAÑO, José, Concepto de fraude civil, Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 29 de marzo de 1965, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XVI, ed. Reus, S.A., Madrid, 1968, pág. 201, quien, para hablar de la acción aquiliana recogida en el art. 1902 Cc., emplea la expresión “responsabilidad extraobligacional, entendido el término como carencia de toda obligación precedente, que impusiese el deber de ser respetada, salvo el genérico de *neminem laedere*”.

⁵¹⁵ CASTAN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral*, t.III, Derecho de obligaciones, La obligación y el contrato en general, decimosexta edición, revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero, ed. Reus, S.A., Madrid, 1992, pág. 245.

⁵¹⁶ ESPÍN CÁNOVAS, Diego, *Manual de Derecho civil español*, vol. III, Obligaciones y contratos, sexta edición revisada y ampliada, ed. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1983, pág. 197.

⁵¹⁷ En la doctrina italiana, en el mismo sentido se pronuncian RESCIGNO, Pietro, *Manuale del Diritto Privato Italiano*, ottava edizione, ristampa con appendice di aggiornamento, ed. Jovene Editore, Napoli, 1989, pág. 654 y ss., al decir “La parola contrattuale, in verità, non è del tutto pertinente, poiché il regime dell'inadempimento (art. 1218 ss.) non riguarda solamente le obbligazioni nate da contratti ma piuttosto tutte le obbligazioni già costituite e correnti tra soggetti determinati, quale che sia la fonte”; DE RUGGIERO y MAROI, *op. cit.*, pág. 87, al señalar “si distingue infine la colpa contrattuale dalla colpa extracontrattuale detta anche detta anche aquiliana dalla romana lex Aquilia, che regolò i casi di danno dato alle cose altrui. La distinzione, anche dopo che il nuovo codice ha avvicinate le due specie di colpa (art. 2056), ha una sua ragion d'essere, pur essendo di ridotta utilità pratica: essa si fonda sull'esistenza o meno di un rapporto obbligatorio tra colui che ha provocato il danno e colui che l'ha subito. Dove un vincolo obbligatorio preesiste e il contegno illecito e colpevole s'attua nella violazione di questo vincolo, la colpa dicesi contrattuale, con termine del resto affatto improprio, perchè essa abbraccia ogni caso d'inadempimento di uno specifico obbligo preesistente (e quindi anche se questo derivi da fonte diversa dal contratto: ad es. da promessa unilaterale o dalla legge); dove un'obbligazione manca, e il contegno illecito costituisce violazione dell'obbligo generico del *neminem laedere* e cioè della norma generale che vieta di ledere l'altrui sfera giuridica, la colpa dicesi per contrapposto extracontrattuale”; DE CUPIS, Adriano, *Il danno*, Teoria generale della responsabilità civile, ristampa inalterata, ed. Giuffrè Editore, Milano, 1951, pág. 38 y ss., al expresar “Siffatto danno assume la denominazione di contrattuale. Questa denominazione, per quanto consacrata ormai da un lungo uso, non cessa perciò di essere imprecisa: il contratto, invero, non è che una delle fonti di obbligazione, e non è corretto assegnare l'attributo “contrattuale” al danno che può derivare dall'inadempimento di qualsiasi obbligazione, nascente da contratto o da altra fonte (art. 1173)”, agregando el

En cuanto a la jurisprudencia española, la misma opinión aparece recogida en la sentencia de 26 de enero de 1984 del Tribunal Supremo⁵¹⁸, al decir “que la culpa contractual puede ir precedida de una relación jurídica que no sea un contrato sino de otra clase, como la comunidad de bienes o una relación de derecho público similar a un contrato de derecho privado”, o v.gr. la relación paterno filial⁵¹⁹ o el matrimonio según nosotros.

Todas estas afirmaciones concuerdan con el título en que se encuentra ubicada la citada disposición dentro del texto sustantivo, como con su tenor literal, según nos advierte LINACERO DE LA FUENTE⁵²⁰; así pues, el capítulo II, del título I, del libro IV del Código Civil, que comprende al art. 1101, se rúbrica “De la naturaleza y efecto de *las obligaciones*” en general, generalidad que también se aprecia en su particular contenido, al disponer que “quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de *sus obligaciones* incurren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieran al tenor de aquéllas”, sin exigir en ningún caso que la obligación incumplida deba tener por fuente exclusiva un contrato para su aplicación.

autor en comentario, y nosotros añadimos lamentablemente, que “Il concetto di tal imprecisione può dirsi ormai acquisito alla dottrina”.

Sobre el particular, el art. 1173, ubicado en las disposiciones preliminares del capítulo I, del título I De las obligaciones en general, del libro IV De las obligaciones, del Código Civil italiano dispone “Fonti delle obbligazioni. Le obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito, o da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell’ordinamento giuridico”.

⁵¹⁸ RJ 1984, 386; también en *CCJC*, N°4, enero-marzo 1984, pág. 1257 y ss.; en el mismo sentido se pronuncia la SAP de Cádiz de 30 de enero de 2004 (AC 2004, 792).

En sentido contrario parece pronunciarse la STS de 18 de octubre de 1983 (RJ 1983, 5332), al resolver que la responsabilidad contractual “presupone la existencia de un contrato”, sin embargo, nos quedan dudas, ya que el mismo sentenciador al referirse a la responsabilidad extracontractual se expresó en términos generales, al decir, que es la “establecida precisamente para los supuestos en que “no exista relación alguna” entre el responsable y el perjudicado”.

⁵¹⁹ En este sentido, LINACERO DE LA FUENTE, María Asunción, *Régimen patrimonial de la patria potestad*, ed. Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1990, pág. 361 y ss., entiende que si la “responsabilidad contractual no obstante su denominación, incluye la relativa al incumplimiento de toda obligación cualquiera que sea su fuente y no exclusivamente el contrato”, no hay inconveniente de calificar a la responsabilidad derivada de la administración paterna sobre los bienes de los hijos, como contractual o con más precisión de obligacional.

⁵²⁰ *Ibid*, pág. 367.

A virtud de los fundamentos expuestos, creemos oportuno reiterar la citada opinión de LACRUZ⁵²¹, donde sostiene que en el caso de daños económicos o morales originados por violación de los deberes conyugales, obligaciones legales sin carácter patrimonial, se deben aplicar las “reglas generales sobre el incumplimiento de las obligaciones – las de la llamada culpa contractual, pero que no sólo se aplican al incumplimiento de las obligaciones contractuales -, y en último término las reglas relativas al ilícito civil”.

Si bien compartimos la opinión de LACRUZ, disentimos de la parte final de su afirmación, cuando expresa que en último término se podrá recurrir a las reglas del ilícito civil para el resarcimiento de los daños causados del incumplimiento; como hemos dicho, creemos que el camino adecuado para la correspondiente indemnización son las normas de los arts. 1101 y ss., que reglamentan la responsabilidad obligacional aplicable al supuesto que nos convoca, ya que la pretensión indemnizatoria es por un daño causado por violación de un deber jurídico vinculante entre dañador y dañado, dentro de la órbita de lo pactado, deber legal o de negocio jurídico de Derecho de familia, pero obligación jurídica preexistente, careciendo de justificación el recurso a las normas del art. 1902 y ss. aunque sea como última *ratio*.

Ahora, muy distinta es la cuestión, si consideramos que la pretensión resarcitoria por el daño causado por infracción de los deberes conyugales, pueda ser alcanzada a través de las dos vías, es decir, que un único daño puede ser indemnizado por las normas reguladoras de la responsabilidad contractual (obligacional) como extracontractual (extraobligacional), al concurrir los presupuestos necesarios para ambos casos, en la medida que se acredite que no solamente se ha incumplido la obligación conyugal sino que también el deber general *neminem laedere*⁵²².

⁵²¹ LACRUZ BERDEJO, Comentario al artículo 68..., *cit.*, pág. 662 y ss.; LACRUZ BERDEJO, *et al.*, *Elementos de Derecho Civil IV*, Derecho de familia, vol. I... (1990), *cit.*, pág. 143.

⁵²² LARENZ, Karl, *Derecho de obligaciones*, t. I, versión española y notas de Jaime Santos Briz, ed. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, pág. 196 y, SANTOS BRIZ, Jaime (Director), *et al.*, *Tratado de Derecho civil*, Teoría y práctica, t. III, Derecho de obligaciones, ed. Bosch, Barcelona, 2003, pág. 460,

Planteada en estos términos la discusión, no vemos inconveniente que el actor, a falta de un sistema que reconozca el concurso de normas de responsabilidad civil como el que predomina en la doctrina alemana (que obligue al actor sólo a exponer los hechos en que se apoya, como su pretensión indemnizatoria, y al juez, en virtud del principio *iura novit curia*, aplicar las normas que estime pertinentes, considerando a los dos conjuntos de reglas de responsabilidad civil como un simple concurso de normas de una única pretensión), se aproveche de la que parece ser la tendencia actual en la jurisprudencia española que, resolviendo que se trata de dos alternativas distintas, autónomas, permiten optar en este concurso de acciones, fijando la *causa petendi* para todos sus efectos y con todas las consecuencias que ello implica, especialmente en materia de prescripción⁵²³.

B.- De la descripción del hecho dañoso: incumplimiento grave o reiterado de los deberes conyugales.

La doctrina que se ocupa de la materia⁵²⁴, de forma unánime señala que para que el daño sea indemnizable, es necesario que el ilícito civil emane del

señalan sobre el particular que “mediante la contravención no son infringidos dos deberes, sino un solo y único deber que tiene un doble fundamento”, sin decirnos cuál es ese solo y único deber infringido; agregan que “el crédito por indemnización de daños, ya se base en infracción de contrato o en acto ilícito, en cuanto a su contenido sea el mismo, es un solo crédito con varios fundamentos o causas, pero que sólo una vez puede ser cumplido, sólo una vez reclamado judicialmente y sólo una vez cedido”.

⁵²³ Véase LINACERO DE LA FUENTE, *op. cit.*, pág. 376 y ss; LACRUZ BERDEJO, *et al.*, *Elementos de Derecho Civil II*, Derecho de obligaciones, vol. I..., *cit.*, pág. 165 y ss.; PANTALÉON PRIETO, en Comentario a STS de 26 de enero de 1984..., *cit.*, pág. 1263 y ss.; PANTALÉON PRIETO, Fernando, en Comentario a STS de 10 de mayo de 1984, en *CCJC*, N°5, abril-agosto 1984, pág. 1651 y ss.; YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, La zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y la aquiliana. Razones para una moderada unificación, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, t.I, 1991, pág. 443 y ss.; DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, *El daño moral*, t. II, ed. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, noviembre de 2002, pág. 598 y ss.; CAVANILLAS MUGICA, Santiago y TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel, *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual*, Tratamiento sustantivo y procesal, ed. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1992, quienes en su página 130, en lo relativo a la jurisprudencia española, opinan que “En suma, si hubiera que resumir en una sola frase la conclusión a la que puede llegarse tras el análisis jurisprudencial desarrollado, ésta sería la siguiente: la falta de compromiso del Tribunal Supremo impide la formación de una doctrina jurisprudencial concorde y segura, por lo que sólo le cabe al intérprete concluir, en términos de mera previsión estadística y basándose en una “lectura entre líneas”, que dicho Tribunal viene a inclinarse, tendencialmente, por la posición de la víctima, bien reconociéndole, a veces expresamente, un derecho de opción, bien calificando los hechos en aquella forma (responsabilidad contractual o extracontractual) que conduce a resultado condenatorio”.

⁵²⁴ RODRÍGUEZ GUITIÁN, *op. cit.*; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Separación y divorcio..., *cit.*; DE VERDA Y BEAMONTE, Responsabilidad civil..., *cit.*

incumplimiento “grave” o “reiterado”, por acción u omisión, de los deberes conyugales.

El objetivo que se busca con la exigencia de la gravedad o reiteración, es evitar las acciones entre cónyuges por simples molestias o nimiedades, no resarcibles en ningún caso, como la proliferación de las mismas.

Lo anterior concuerda con el hecho que cuando el legislador ha querido reconocer algún efecto a la violación de los deberes conyugales, siempre ha exigido el calificativo de grave o reiterado, como se aprecia en el artículo 855 N°1, al establecer como justa de desheredación “haber incumplido grave o reiteradamente los deberes conyugales”⁵²⁵, o como lo dispuesto en el antiguo artículo 82 del Código Civil, vigente hasta la ley 15/2005 de 08 de julio, que establecía como causa de separación, entre otras, “cualquier violación grave o reiterada de los deberes conyugales”. Sobre esta última norma, la jurisprudencia siempre interpretó que constituía una limitación a la separación, en el sentido que no era suficiente para configurar la causa “alguna leve agresión o pequeña violencia que responda a momentáneos arrebatos surgidos por incidentes vulgares de la vida matrimonial o como reacción natural de un cónyuge ante la conducta o las ofensas del otro (STS de 05 de marzo 1957⁵²⁶), sin que tenga entidad un simple acto de maltrato de obra no reiterado (STS de 28 de febrero de 1963⁵²⁷) y tampoco es suficiente que no reine la mejor armonía en el hogar conyugal (STS de 30 de diciembre de 1975⁵²⁸)”, según consta en STS de 10 de febrero de 1983⁵²⁹.

⁵²⁵ BERCOVITZ RODRIGUEZ – CANO, Rodrigo (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, ed. Aranzadi, Navarra, 2001, pág. 1009, señala que en la norma en comento, “se tratan de dos conductas que se configuran como alternativas, de manera que, tanto el incumplimiento grave, como el incumplimiento menos grave – el mero incumplimiento – pero de forma reiterada de los deberes conyugales enunciados en los artículos 67 y 68 habilitan al cónyuge para desheredar al otro; en el mismo sentido O’CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Comentarios al art. 855 Cc.*, en SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio (Presidente y Coord.), *Comentario del Código Civil*, t. IV, ed. Bosch, Barcelona, mayo de 2000, pág. 740.

⁵²⁶ RJ 19857, 747.

⁵²⁷ RJ 1963, 1624.

⁵²⁸ RJ 1975, 4845.

⁵²⁹ RJ 1983, 959. En el mismo sentido se ha pronunciado la SAP de Barcelona, de 24 de diciembre de 1998 (AC 1998, 8641), de 08 de octubre de 1996 (AC 1996, 1988), SAP de Córdoba de 30 de abril de 1996 (AC 1996, 801); GARCÍA VARELA, Román, *Comentario al art. 82 Cc.*, en SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio (Presidente y Coord.), *Comentario al Código Civil*, t. I, artículos 1 al 89, 1º edición, ed. Bosch, Barcelona, 2000, pág. 820 y ss.

Lo expuesto está en armonía con el comparado ordenamiento italiano y francés; así pues, según hemos señalado precedentemente, el Tribunal de Milán en sus sentencias de 04 de junio y 22 de noviembre de 2002, resolvió que el daño resarcible es el que proviene de violación grave o reiterada, descartando meras situaciones de crisis conyugal o nimiedades, rechazándose la pretensión indemnizatoria de daños morales demandada por un cónyuge en contra del otro basada en su infidelidad conyugal, al carecer el hecho ilícito de la suficiente gravedad específica y un especial carácter lesivo de la personalidad del actor, al ser “un acto de infidelidad ordinaria, al haber sido mantenida clandestinamente y ocultada al marido y a los hijos”.

En el mismo sentido se pronuncia la doctrina y jurisprudencia francesa apoyados en el art. 242 del Code, que dispone como causa del divorcio por culpa los “hechos imputables al otro cuando estos hechos constituyan una infracción grave o reiterada de los deberes y obligaciones del matrimonio...”⁵³⁰.

C.- Del daño resarcible⁵³¹.

Sin duda éste es el elemento clave, indispensable, para que las normas de responsabilidad civil puedan tener aplicación en el escenario que nos ocupa; sino se acredita la existencia de un daño ilícito, antijurídico, e imputable, patrimonial o extrapatrimonial⁵³², por mucho que exista un incumplimiento grave o reiterado, ya sea por acción u omisión de los deberes conyugales, no habrá razón que justifique el empleo a las normas de responsabilidad civil, como reiteradamente ha afirmado la

⁵³⁰ DE VERDA Y BEAMONTE, *La personalización del matrimonio...*, *cit.*, pág. 25.

⁵³¹ Véase CASTAN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t.III..., *cit.*, pág. 273 y ss.; ESPÍN CÁNOVAS, *op. cit.*, pág. 216 y ss., 512 y ss., y 521 y ss.; PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 179 y ss.; RAGEL SÁNCHEZ, *Estudio legislativo y jurisprudencial del Derecho civil: obligaciones...*, *cit.*, pág. 544 y ss.; SANTOS BRIZ, (Director), *et al.*, *Tratado de Derecho civil*, Teoría y práctica, t. III..., *cit.*, pág. 455 y ss.; LACRUZ BERDEJO, *et al.*, *Elementos de Derecho Civil II*, Derecho de obligaciones, vol. I..., *cit.*, pág. 202 y ss.; DÍEZ – PICAZO y GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, vol. II..., *cit.*, pág. 209 y ss. y 545 y ss., entre otros.

⁵³² Según SANTOS BRIZ, (Director), *et al.*, *Tratado de Derecho civil*, Teoría y práctica, t. III..., *cit.*, pág. 457, entre otros autores, se entiende por daño “todo menoscabo material o moral causado contraviniendo una norma jurídica, que sufre una persona y del cual haya de responder otra”.

doctrina y jurisprudencia, debiendo el actor probar la existencia y extensión de los mismos⁵³³.

El daño no es sólo un presupuesto sino que el elemento imprescindible para que se ponga en marcha el mecanismo de la responsabilidad civil y de la reparación, tanto en la vía contractual como en la extracontractual. Es la pieza clave del sistema ya que sin daño o perjuicio no existe obligación de resarcir⁵³⁴.

Sólo el daño pone en movimiento o reacción al Derecho, cuya finalidad o función tiene carácter indemnizatorio, resarcitorio, reparatorio de los daños y perjuicios, ya sea mediante equivalencia o satisfacción⁵³⁵, según se trate de perjuicios patrimoniales o extrapatrimoniales, descartando cualquier función punitiva o simplemente declarativa de derechos⁵³⁶.

⁵³³ STS de 08 de octubre de 1984 (RJ 1984, 4761); STS 07 de mayo de 1986 (RJ 1986, 2343); STS de 22 de mayo de 1995 (RJ 1995, 4089); STS de 13 de mayo de 1997 (RJ 1997, 3842); STS de 22 de febrero de 2001 (RJ 2001, 2242); por citar algunas.

⁵³⁴ VICENTE DOMINGO, Elena, El Daño, en REGLERO CAMPOS, Fernando (Coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, segunda edición, ed. Thomson – Aranzadi, Navarra, diciembre de 2003, pág., 220; YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad...*, cit., pág. 118 y ss. y 143; por citar algunos.

⁵³⁵ Como dice, entre otros autores, PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 186, “en relación con los daños morales, la palabra indemnización ha de tener el sentido de *satisfacción* al ofendido”.

⁵³⁶ En este sentido REGLERO CAMPOS, Fernando, Conceptos generales y elementos de delimitación, en REGLERO CAMPOS, Fernando (Coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, segunda edición, ed. Thomson – Aranzadi, Navarra, diciembre de 2003, pág. 69 al decir “la función primaria de todo sistema de responsabilidad civil es de naturaleza reparatoria o compensatoria: proporcionar a quien sufre un daño injusto los medios jurídicos necesarios para obtener una reparación o una compensación. En principio, la responsabilidad civil no está llamada a cumplir una función preventiva ni punitiva, sin perjuicio de que una y otra desempeñen un papel secundario o complementario”; DÍEZ – PICAZO, *Derecho de daños...*, cit., pág. 44 y ss., quienes exponen “toda la evolución del Derecho europeo continental consistió a lo largo de los siglos, en separar las normas con función indemnizatoria de la primitiva función punitiva que pudiera haber tenido. En los Derecho europeos continentales, la función punitiva la cumplen exclusivamente las normas penales, acompañadas a veces por lo que se ha llamado el Derecho administrativo sancionatorio... Las normas sobre responsabilidad civil no pueden llegar más allá del alcance económico del daño efectivamente producido y no pueden entrar en funcionamiento si el daño no ha existido, por muy reprochable que haya sido la conducta del acusado o demandado”. YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad...*, cit., pág. 163 y ss, expresa que en el caso del daño moral “la función no puede cumplir una función punitiva ni meramente declarativa derechos. Pero tampoco pensemos que su cometido es verdaderamente resarcitorio: el dinero no puede aquí resarcir - en referencia al daño moral. Pero ese dinero del dolor, si no hace la felicidad, en algo ayuda. Lo más correcto es dar a la indemnización, si no un carácter propiamente indemnizatorio (pues no deja indemne a la víctima), sí compensatorio”. PANTALEÓN PRIETO, Fernando, El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate), en *ADC*, t. XLIV, fascículo III, Julio – Septiembre, 1991, pág. 1020 y ss., es categórico al afirmar “La función de la responsabilidad contractual es puramente indemnizatoria. No tiene una función preventivo – punitiva: no trata de castigar los incumplimientos para así desincentivarlos”.

Es más, debemos advertir que no basta cualquier daño, sino que éste debe tener relativa certeza⁵³⁷, relevancia y consideración, se “debe comprobar la existencia de un daño objetivo imputable a otro cónyuge”⁵³⁸, en especial cuando se aleguen daños no patrimoniales; así pues, las nimiedades, las meras o simples molestias no constituyen daños resarcibles, más aún cuando en el matrimonio, atendido la convivencia de los cónyuges, al máximo grado de interrelación personal, éstos se encuentran expuestos a mayores conflictos que pueden acarrear ciertas molestias o desavenencias, pero que en ningún caso, constituyen daños o perjuicios a derechos subjetivos o intereses jurídicamente protegidos⁵³⁹.

Por último, debemos tener presente que, aunque normalmente serán los daños morales los más demandados por incumplimiento grave o reiterado de los deberes conyugales, los daños patrimoniales causados por esta infracción también deben ser resarcidos; así, por ejemplo, serán indemnizables, los alimentos entregados por un padre a un hijo que resultó ser de otro, los costos médicos para la comprobación de la paternidad, los costos médicos y farmacéuticos por los tratamientos psicológicos y psiquiátricos, entre otros.

⁵³⁷ VICENTE DOMINGO, *op. cit.*, pág. 228 y ss.; YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad...*, *cit.*

⁵³⁸ DE VERDA Y BEAMONTE, *Responsabilidad civil...*, *cit.*, al comentar la sentencia del Tribunal de Milán de 04 de junio de 2002.

⁵³⁹ Sobre el particular, estimamos oportuno recordar dos cuestiones: la primera, resumidas por las palabras de MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, *Separación y divorcio...*, *cit.*, pág. 154, donde señala que está superada aquella vieja posición que entendía que los deberes jurídicos que no tenían contenido patrimonial, en caso de incumplimiento, no podían ser resarcidos mediante instrumentos que otorguen una satisfacción económica al dañado; como apuntan DÍEZ – PICAZO y GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, vol. II..., *cit.*, pág. 121 y ss., “se ha negado que la prestación haya de ser necesariamente patrimonial. Basta que responda a un interés serio y digno de tutela, aunque no tenga valor económico”, agregando que “la prestación en sí misma puede no tener valor patrimonial siempre que vaya acompañada de medios o instrumentos a través de los cuales se logre una satisfacción económica por su incumplimiento... Piénsese también en una indemnización en los casos en que el incumplimiento origine un daño moral al acreedor”. Y segundo, que el Código Civil español contiene un principio general de resarcibilidad que, en palabras de MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, *Remedios indemnizatorios...*, *cit.*, pág. 147 y ss., está desvinculado de la “preexistencia de un derecho subjetivo, absoluto o relativo o de otra situación caracterizada por una positiva tutela por parte del ordenamiento”, cuestión que ya había afirmado PANTALEON PRIETO, Fernando, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t.II, Madrid, 1991, pág. 1972, manifestando sobre el artículo 1902 Cc. que “la protección de los derechos subjetivos absolutos no es función de la responsabilidad extracontractual, sino de acciones como la reivindicatoria, la negatoria, las de cesación o eliminación de la actividad o el estado de cosas lesivo, etc., cuyo supuesto de hecho requiere sólo la existencia de una situación contraria al ámbito típico de poder garantizado por el derecho subjetivo en cuestión, que su titular no tenga el deber de soportar”.

D.- Del nexo de causalidad entre el incumplimiento y el daño.

Otro de los presupuestos necesarios para la aplicación de las normas de responsabilidad, es la prueba de la relación de causalidad entre el daño y la infracción que lo origina, es decir, entre el perjuicio y el incumplimiento grave o reiterado de los deberes conyugales.

Si bien, se dice que la distinción de la causalidad (autoría y extensión del daño) sólo se presenta en materia extracontractual, ya que en la contractual la autoría estaría predeterminada por el deudor de la obligación, ello no sería correcto, ya que como dice el profesor LEÓN GONZÁLEZ⁵⁴⁰, el problema de la autoría también se presenta en materia contractual, cuando en el comportamiento del deudor interviene un tercero o el propio acreedor.

Antes que nada, sobre esta materia, nos remitimos a los diversos estudios realizados por la doctrina⁵⁴¹ que, desarrollando distintas teorías, intentan explicar los criterios que se deben seguir para determinar si un hecho es o no causa de un acontecimiento posterior, como también los límites de la obligación resarcitoria, v.

⁵⁴⁰ LEÓN GONZÁLEZ, José María, Acotaciones históricas al artículo 1107 del Código Civil, en GARCÍA SÁNCHEZ, Justo, *et al.*, *Estudios jurídicos in memoriam del profesor Alfredo Calonge*, vol. II, ed. por Asociación Iberoamericana de Derecho Romano, Salamanca, 2002, pág. 582.

⁵⁴¹ Véase PANTALEON PRIETO, Fernando, Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación, en *Centenario del Código Civil (1889 – 1989)*, t. II, ed. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pág. 1565, quien realiza una crítica general a la doctrina y jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, respecto a la confusión existente entre relación de causalidad e imputación objetiva, al decir que “desgraciadamente, tan importante distinción no suele encontrarse en los civilistas españoles quienes, en consecuencia, rechazan hoy mayoritariamente la teoría de la equivalencia de las condiciones como vía correcta para la determinación de la relación de causalidad. No podía ser de otra forma: si las cuestiones de causalidad en sentido propio no se diferencian de las de imputación objetiva, es claro que aquella teoría no puede ser aceptada, porque conduciría a una indeseable, por ilimitada, extensión de la responsabilidad. Cuando lo cierto es que la dificultad surge al pretender utilizar la teoría de la equivalencia de las condiciones, o la fórmula de la *condicio sine qua non*, en algo para lo que no sirven ni han servido nunca: para determinar los límites de imputación objetiva de las consecuencias dañosas a la conducta del responsable”; LEÓN GONZÁLEZ, José María, *op. cit.*, pág. 579 y ss.; DE CUEVILLAS MATOZZI, Ignacio, *La relación de causalidad en la órbita del Derecho de daños* (Su perspectiva desde la doctrina del Tribunal Supremo), ed. Tirant’lo Blanch, Valencia, 2000; DE COSSIO, Alfonso, La causalidad en la responsabilidad civil: Estudio del Derecho español, en *ADC*, t. XIX, 1966, pág. 527 y ss.; REGLERO CAMPOS, Fernando, El nexo causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas, en REGLERO CAMPOS, Fernando, *Tratado de responsabilidad civil*, 2ª edición, ed. Thomson – Aranzadi, Navarra, diciembre de 2003, pág. 303 y ss.; CASTAN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. III..., *cit.*, pág. 278 y ss.; ESPÍN CÁNOVAS, *op. cit.*, pág. 217 y ss., 517 y ss.; PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 92 y ss.; RAGEL SÁNCHEZ, *Estudio legislativo y jurisprudencial del Derecho civil: obligaciones...*, *cit.*, pág. 413 y ss.; SANTOS BRIZ, (Director), *et al.*, *Tratado de Derecho civil, Teoría y práctica*, t. III..., *cit.*, pág. 478 y ss.; DÍEZ – PICAZO y GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, vol. II..., *cit.*, pág. 548 y ss.; LARENZ, *op. cit.*, pág. 197 y ss., entre otros.

gr. la teoría de la equivalencia de las condiciones o *condicio*⁵⁴² *sine qua non*, teoría de la causa próxima, teoría de la causa eficiente y de la causa preponderante, teoría de la acción humana, entre otras.

De las diversas teorías enunciadas, hoy en día se reconoce la preferencia de la teoría de la causalidad adecuada⁵⁴³ formulada por Von Kries, que permite atribuir objetivamente al autor del hecho las consecuencias “adecuadas” al evento dañoso, en función a un criterio de posibilidades y probabilidades de un resultado, según lo que generalmente acontece conforme la experiencia habitual, según lo que cualquier hombre razonable podía haber previsto⁵⁴⁴, relación de causalidad que comprende siempre un juicio anterior y desvinculado a una imputación subjetiva a título de culpa⁵⁴⁵.

⁵⁴² Siguiendo a PANTALEON PRIETO, Causalidad e imputación objetiva..., *cit.*, pág. 1561, escribimos “*condicio* y no, como muchos autores españoles y extranjeros, *conditio*, porque aquella es la forma correcta en latín clásico, en el que “condición” era *condicio*, -onis, mientras que *conditio*, -onis significaba “fundación” o “creación” (del verbo *condo*, is, -ere, -didi, -ditum; post Roman *conditam*: después de la fundación de Roma). Véase, por ejemplo, D. 28,7 (De *condicionibus institutionum*) y D. 35,1 (De *condicionibus et demonstrationibus...*) Alguna vez he leído *condictio sine qua non*, lo que ya es un error grosero sin paliativos”.

⁵⁴³ En la jurisprudencia española, el Tribunal Supremo viene aplicando el principio de la causalidad adecuada desde la STS de 31 de enero de 1992 (RJ 1992, 535), reiterado en STS de 04 de julio de 1998 (RJ 1998, 5414), STS 17 de septiembre de 1998 (RJ 1998, 6544), STS 05 de abril de 2006 (RJ 2006, 2081), entre otras.

⁵⁴⁴ Como expresa LARENZ, *op. cit.*, pág. 200, “en este punto no interesa el conocimiento y previsión personal del responsable del daño, sino la apreciación hecha según la experiencia media de un juzgador u observador perspicaz, para el que, en el momento de ocurrir el hecho generador de la responsabilidad, fueran cognoscibles ya todas las circunstancias, y no *solamente* las que sean notorias (el denominado *pronóstico objetivo ulterior*)”; en el mismo sentido DE COSSIO, La causalidad en la responsabilidad..., *cit.*, pág. 531 y ss.

⁵⁴⁵ LARENZ, *op. cit.*, pág. 201.

Sobre el particular, nos parece oportuno transcribir las palabras del profesor LEÓN GONZÁLEZ (LEÓN GONZÁLEZ, José María, *op. cit.*, pág. 580), quien al distinguir las funciones de la causalidad, separa muy bien el nexo causal de la culpabilidad y el momento de cada uno, al decir “el nexo causal cumple en el orden civil una doble función: primero, como criterio de imputación material del hecho generador de responsabilidad, enlazando, por así decirlo, la conducta con el evento y, segundo, como criterio para determinar, a partir del evento lesivo, qué consecuencias dañosas son resarcibles y cuáles no. Según este punto de vista, por tanto, hay una primera fase, del *an respondeatur*, en la que la causalidad sirve para decidir si el resultado antijurídico puede ser atribuido o no a una determinada persona o bien a una o varias y, en este caso, si a todas ellas de forma conjunta o sólo a alguna o algunas, por separado. La indagación sobre el nexo causal se presenta en este momento como una tarea estrechamente ligada con el análisis de la culpabilidad. No obstante, son dos cuestiones diferentes que de ningún modo pueden confundirse. Así, la primera tiene por objeto establecer cuándo y bajo qué condiciones un resultado dañoso debe ser imputado *objetivamente* a la acción u omisión de una persona. Es decir, se refiere a lo que los juristas medievales llamaban la *imputatio facti* y responde a la siguiente pregunta: ¿debe ser considerado este o aquel sujeto como autor del daño? La segunda cuestión, en cambio, la de la culpabilidad, se propone determinar si ese resultado dañoso debe ser imputado *subjetivamente*. Se trata, entonces, de establecer la *imputatio iuris*, cuestión ésta que responde a una pregunta bien diferente: el autor del daño ¿ha de ser considerado también como culpable, a efectos de la declaración de responsabilidad? La solución del primer problema es, como bien puede advertirse, previa a la del segundo en el sentido de que antes de calificar si el daño se debió a la acción u omisión *culposa* de una determinada persona, hay que establecer que fue realmente *su* conducta la que lo produjo. El adjetivo, como siempre, presupone el sustantivo. Pero el papel de la causalidad no se agota aquí, sino que también opera en

Al acreditar la relación de causalidad, debemos tener en cuenta que ésta puede ser interrumpida o fracturada producto del caso fortuito o fuerza mayor o por la intervención de un tercero, como aconteció en los hechos conocidos por la Corte de Apelaciones de Agen, de 30 de abril de 2002⁵⁴⁶. En ella, la mujer interpuso una demanda en contra de su marido en base al art. 1382 Cc. francés, por daños y perjuicios por la conducta difamatoria e injuriosa padecidos por la publicación de un aviso en un periódico, donde se informaba que éste ya no respondería más de las deudas de su cónyuge; posteriormente la mujer amplió su demanda, solicitando que su suegra fuera condenada solidariamente junto a su hijo a indemnizarle; antes que el tribunal de primer grado dictara sentencia, la actora desistió de la pretensión respecto de su marido, manteniéndola en contra de su suegra, quien, en definitiva, fue condenada a resarcir los daños y perjuicios causados por la publicación; esta resolución fue confirmada por el Tribunal de Agen, agregando que por medio del mencionado aviso, la demandada publicó la disolución del matrimonio a terceros, lesionando el respeto y atentando culpablemente a la vida privada de la actora.

En este caso, apreciamos como producto del hecho de un tercero, la suegra de la actora, se interrumpió la relación de causalidad que se intentaba probar entre el daño reclamado y el supuesto hecho imputado al cónyuge demandado; en realidad, el marido siempre fue ajeno a la relación de causalidad entre el daño reclamado y el hecho que lo originó, la publicación del aviso, el que había sido efectuado únicamente por la suegra de la demandante.

Igualmente, debemos tener presente, que la conducta o culpa de la víctima también puede concurrir conjuntamente con la del autor del hecho a la producción del daño⁵⁴⁷, debiendo en dicho caso reducirse la obligación indemnizatoria por

un segundo plano o momento, el de la fijación del *quantum respondeatur*. Es decir, una vez afirmada la existencia de la responsabilidad y determinados, por ende, el sujeto o sujetos que habrán de asumirla mediante la obligación de indemnizar, entra de nuevo en juego para delimitar hasta dónde se extiende aquella o, lo que es lo mismo, para definir qué efectos dañosos pueden considerarse, desde el punto de vista jurídico, como una derivación normal o regular del incumplimiento o del hecho ilícito extracontractual”.

⁵⁴⁶ Recurso n° 00/00801 (disponible en <http://www.legifrance.gouv.fr>).

⁵⁴⁷ Véase MONTÉS PENADÉS, Vicente, Causalidad, imputación objetiva y culpa en la concurrencia de culpas, en CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *et al.* (Comité Coordinador), *Estudios Jurídicos en*

aplicación de la compensación de culpas, limitándose a las consecuencias previsibles y evitables atribuibles objetivamente al demandado.

Incluso la conducta o culpa del perjudicado puede ser tal, que no sólo justifique reducir la cuantía resarcitoria, sino que destruya totalmente el nexo de causalidad, exonerando de cualquier responsabilidad al autor del hecho⁵⁴⁸, como podemos constatar en la citada sentencia del Tribunal de Milán de 10 de febrero de 1999⁵⁴⁹; en dicho caso la actora pretendía el resarcimiento de los daños causados por el síndrome nervioso depresivo y por la frustración de las expectativas de ser madre, imputables a la indiferencia e incapacidad sexual de su cónyuge fruto de su carencia de masculinidad, perjuicios de los cuales sólo había sido consciente después de separarse de su marido, tras 26 años de matrimonio aproximadamente; no obstante, su pretensión fue rechazada en consideración a que los daños que reclamaba eran consecuencia de su exclusiva conducta, faltando la necesaria relación de causalidad de éstos con el hecho atribuido al demandado, ya que conociendo desde el primer año de matrimonio la enfermedad de su marido, como el abandono por parte de éste del tratamiento médico respectivo a los tres años siguientes, nada hizo por cambiar la situación, resultando que sólo su libre voluntad impidió desligarse de su marido, y que si no lo realizó antes, fue una opción suya.

E.- Del criterio de imputación de responsabilidad del agente dañoso.

Como anticipamos, entre los autores que aceptan la aplicación de la responsabilidad civil por los daños causados por incumplimiento grave o reiterado de los deberes conyugales, existe controversia acerca de cuál es el criterio de

homenaje al profesor Luis Díez – Picazo, t.II, Derecho civil, Derecho de obligaciones, primera edición, ed. Thomson – Cívitas, 2003, pág. 2591 y ss.

⁵⁴⁸ Un buen ejemplo lo constituye la STS de 29 de mayo de 1999 (RJ 1999, 4382), que aplicando el principio de la causalidad adecuada y de la conducta o culpa de la víctima, desestimó la reclamación indemnizatoria presentada por éste; en dicho caso, el actor, pretendía el resarcimiento por la lesiones causadas como consecuencia de la explosión de una bengala de señales marítimas, que él mismo había sustraído de las dependencias de un Ayuntamiento, siendo menor de edad.

⁵⁴⁹ FRACCON, Comentario a la sentencia del Tribunale di Milano, 10 febbraio 1999..., *cit.*, pág. 988 y ss.; BONA, *op. cit.*, pág. 387 y ss., y en lo particular pág. 437 y ss.; DE VERDA Y BEAMONTE, Responsabilidad civil..., *cit.*

imputación exigible; así de DE VERDA⁵⁵⁰, sostiene que se debe seguir el criterio general de la culpa sin distinción de grados, según se desprende del art. 1902 Cc.

Por su parte MARÍN⁵⁵¹, no obstante advertir que la responsabilidad civil extracontractual no reconoce la graduación de la culpa, defiende que en el ámbito del Derecho de familia, sólo es posible la declaración de responsabilidad cuando la conducta es dolosa o gravemente culposa, como se desprende de algunas normas sustantivas que marcan la relevancia de los distintos modelos de conducta (arts. 168, 246, 1390 y 1391 Cc.) o del ejemplo que proporciona el ordenamiento alemán al reconocer la diligencia *quam suis*⁵⁵², o sea, la que uno emplea en sus asuntos propios, aplicable a las obligaciones que nacen de la relación conyugal como en el ejercicio de la patria potestad⁵⁵³.

Para pronunciarnos sobre este punto, creemos menester recordar que, a diferencia de lo que sostiene la doctrina mayoritaria, nosotros participamos que el resarcimiento de los daños debe hacerse por medio de la responsabilidad civil obligacional, ya que como dijimos, se trata de consecuencias causadas por incumplimiento de deberes jurídicos emanados de un negocio jurídico de Derecho de familia, dentro de la órbita de lo pactado.

Recordado lo anterior, debemos señalar que para resolver esta cuestión, es necesario precisar cuál es el grado de diligencia, el modelo de conducta exigible a los cónyuges en el cumplimiento de sus obligaciones personales, ya que como dispone el art. 1104.1 Cc. la culpa o negligencia es la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

⁵⁵⁰ DE VERDA Y BEAMONTE, Responsabilidad civil..., *cit.*

⁵⁵¹ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, ¿Cabe la indemnización..., *cit.*; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Remedios indemnizatorios en el..., *cit.*, pág. 160 y ss.

⁵⁵² En doctrina se usan indistintamente los términos *quam suis* o *quam in suis*, BADOSA COLL, Ferran, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, ed. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1987, pág. 34.

⁵⁵³ PEÑA LÓPEZ, Fernando, *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, ed. Comares, S.L., Granada, 2002, pág. 447, al estudiar el deber de diligencia exigible en la responsabilidad civil extracontractual, prescinde de la discusión relativa a la utilización del modelo de diligencia *quam in suis*, en consideración a que “ha sido unánimemente rechazado, por la doctrina y la legislación española y la de los ordenamientos comparados más avanzados, entre otras razones por la desigualdad que produce entre los hombres más cuidadosos y los demás, y por su incapacidad para satisfacer óptimamente las finalidades reparadoras y preventivas del Derecho de Daños”.

Según el art. 1104.2 Cc. y siguiendo la doctrinaria mayoritaria⁵⁵⁴, cuando no se precise por las partes ni por la ley, la diligencia que haya de prestarse en el cumplimiento de la obligación “se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia”, es decir, la de un sujeto normalmente cuidadoso en el ámbito de su actividad, modelo objetivo o abstracto y externo⁵⁵⁵.

Sin embargo, siguiendo a BADOSA, esta diligencia exigible del art. 1104.2, “viene dada por el modelo y grado de diligencia que la obligación exprese o en su defecto, el modelo y grado establecido por la propia ley (ex art. 1104,2), los cuales deben siempre hallarse en función de la naturaleza de la prestación debida y de las circunstancias de su cumplimiento (art. 1104,1). La diligencia pasa por el doble matiz de los criterios *a priori* en el sentido de no resultantes de los datos que la obligación proporciona y de los criterios *a posteriori*, que, en cambio, proporciona la propia obligación que se trata de regular”⁵⁵⁶; en otras palabras, el modelo

⁵⁵⁴ JORDANO FRAGA, *op. cit.*, pág. 119; SANTOS BRIZ, (Director), *et al.*, *Tratado de Derecho...*, *cit.*, pág. 407; BADOSA COLL, *La diligencia y la culpa...*, *cit.*, pág. 291; CARRASCO PERERA, Ángel, Comentario al artículo 1104 Cc, en ALBALADEJO, Manuel (Director), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, vol. 1º, ed. Edersa, Madrid, 1989, pág. 609; entre otros.

⁵⁵⁵ En cuanto al elemento subjetivo que pone en movimiento la responsabilidad civil en general, debemos señalar que al interior de la doctrina, hallamos cierta tendencia a rechazar todo reconocimiento de la gradación de la culpa en el ordenamiento español, sosteniendo la aplicación las citadas normas cuando el daño causado sea imputable a cualquier comportamiento culposo o negligente; sin embargo, creemos que la cuestión aún es controvertida, toda vez que también encontramos otros comentaristas que defienden que sólo la culpa leve, aquella del buen padre de familia, es la que motiva la acción indemnizatoria, fundados entre otras consideraciones, en los arts. 1094, y en particular el 1104 Cc. Como expone DÍAZ ALABART, Silvia, Comentario al artículo 1.103 Cc., en ALBALADEJO, Manuel (Director), *Comentarios al Código Civil y compilaciones Forales*, t. XV, vol. 1º, ed. Edersa, Madrid, 1989, pág. 492, “Aunque ya he dicho más arriba que la gradación de culpas no ha pasado a nuestro Código civil, creo que ésta es una afirmación que conviene matizar. No ha pasado con el sentido que tenía antes, pero no es posible eliminarla totalmente porque va en la naturaleza de la negligencia que pueda ser más o menos grave”.

Sobre el estudio de la culpa pueden consultarse, entre otras, las siguientes obras: DE CUPIS, *El daño...*, *cit.*; SANTOS BRIZ, Jaime, *La responsabilidad civil*, Derecho sustantivo y Derecho procesal, séptima edición nuevamente revisada y actualizada, ed. Montecorvo, S.A., Madrid, 1993; FISCHER, Hans, *Los daños civiles y su reparación*, trad. por W. Roces, ed. Biblioteca de la Revista de Derecho Privado, Madrid, 1927; YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad...*, *cit.*; CHIRONI, *La Culpa en el derecho civil moderno*, Culpa extracontractual, trad. de la segunda edición italiana por C. Bernaldo De Quiroz, t.II, ed. Hijos de Reus, Madrid, 1906; ROCA I TRÍAS, Encarna, *Derecho de daños*, textos y materiales, quinta edición, con la colaboración de Ana Latorre Armero, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007; MAZEAUD y TUNC, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, t. I, vol. 1º, traducción de la quinta edición por Luis Alcalá – Zamora Castillo, ed. Ediciones jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1961; DÍEZ – PICAZO, *Derecho de daños...*, *cit.*; DÍEZ – PICAZO y GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, vol. II..., *cit.*; PANTALEON PRIETO, *Comentario del Código Civil...*, *cit.*, pág. 1971 y ss; DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo, *Lecciones sobre responsabilidad civil*, ed. Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 1978; PEÑA LÓPEZ, *op. cit.*

⁵⁵⁶ BADOSA COLL, *La diligencia y la culpa...*, *cit.*, pág. 295; el autor señala que ésta es la única interpretación que permite unificar y armonizar el art. 1104 del Código Civil en su conjunto.

abstracto y externo del buen padre de familia previsto en el art. 1104.2, se debe concretar a través del criterio de adaptación del verdadero modelo dispuesto en el art. 1104.1 Cc., atendiendo a las exigencias de la naturaleza de la obligación y la que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar⁵⁵⁷.

Ahora, concretando estas palabras a la cuestión que nos motiva, creemos que al aplicar los criterios subjetivos del art. 1104.1, la diligencia del buen padre de familia se rebaja o degrada, concretándose en un modelo de conducta que obliga a los cónyuges sólo a responder de los daños causados por dolo o culpa grave.

Así pues, el primer argumento lo hallamos al pasar el modelo de conducta del art. 1104.2, por la particular naturaleza de la obligación - que “tiene como finalidad acabar con los criterios abstractos de la diligencia, sustituyéndolos por criterios específicos e inherentes a la concreta obligación de que se trate”, entendiéndola “como algo peculiar y propio de cada vínculo”⁵⁵⁸ -, es decir, por el contenido de los deberes de fidelidad, respeto, cohabitación, ayuda y socorro mutuo, donde se entremezclan prestaciones de dar, hacer y no hacer, de origen legal, personal, indisponibles en su esencia (al menos inicialmente), y de Derecho de familia.

Un segundo fundamento que también legitima la disminución del nivel de conducta exigible, lo encontramos en el criterio de las circunstancias de las personas, como demostramos a través de las palabras de CARRASCO PERERA⁵⁵⁹, al señalar que “a menos que su real capacidad haya sido previamente legitimada por una conducta del acreedor, que lo “acepta” como tal”, las circunstancias de las

⁵⁵⁷ Sobre el particular, participan de la opinión que a través de los criterios previstos del art. 1104.1 Cc., el legislador permite determinar una diligencia subjetiva al caso concreto: JORDANO FRAGA, *op. cit.*, pág. 120, al expresar que el carácter objetivo o abstracto del art. 1104.2 Cc. no se menoscaba ni “es incompatible con su carácter elástico, en el sentido de dar cabida en la valoración de la conducta debida a las diversas circunstancias en que ésta se produce”; RAGEL SÁNCHEZ, *Estudio legislativo y jurisprudencial del Derecho civil: obligaciones...*, *cit.*, pág. 521, al decir que cuando el legislador dispone que la diligencia será la que exija “la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”, esta reconociendo “un criterio de diligencia subjetivo, adecuado a la personalidad de las partes y circunstancias concurrentes”; CASTAN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t.III..., *cit.*, pág. 247 y ss., agrega que “es de tener en cuenta que al definir la culpa el artículo 1.104, ap. 1º, en los términos ya expuestos, parte de un punto de vista subjetivo, que hará que sean los Tribunales en cada caso particular los que habrán de resolver cuál era la diligencia procedente y, por ende, cuál es la culpa de que ha de responder el deudor”.

⁵⁵⁸ BADOSA COLL, *La diligencia y la culpa...*, *cit.*, pág. 280.

⁵⁵⁹ CARRASCO PERERA, *Comentario al artículo 1104 Cc...*, *cit.*, pág. 621.

personas no puede, con todo, “llegar a legitimizar una *degradación de la diligencia* debida”.

En el caso del matrimonio, no cabe duda que no sólo la identidad de la persona del contrayente es esencial, sino que también sus cualidades personales, “las circunstancias de las personas”, las cuales son conocidas y expresamente “aceptadas” por matrimonio, como se demuestra al ser un negocio jurídico *intuitu personae*, donde el error en la identidad como en las cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento, sean causas de nulidad según el art. 73 N°4 Cc.

Además, no debemos olvidarnos que el grado de diligencia que deben observar los cónyuges en el cumplimiento de los deberes, se desarrolla bajo un escenario de convivencia conyugal, donde en palabras de FERRER I RIBA⁵⁶⁰ al justificar la diligencia *quam suis* del ordenamiento alemán, añade que “en las relaciones de convivencia, las personas *se comportan e interaccionan tal como son, de acuerdo con sus aptitudes naturales y adquiridas, sin sujeción a especiales deberes de precaución*. La propia intimidad propicia que la persona adopte una actitud relajada y favorece el desarrollo de la libertad personal sin particulares restricciones. A esta libertad se corresponde el deber entre convivientes de aceptar a cada cual con sus cualidades y defectos, sin poder exigir a los demás una conducta más precavida que la que adoptan en sus propios asuntos (*quam suis*)... Ello justifica que, en este tipo de relaciones se aplique un estándar de diligencia subjetiva, a diferencia de lo que ocurre en el tráfico y en la mayoría de actividades de la vida social, donde los estándares de precaución son objetivos, en las relaciones de convivencia se tienen en cuenta aptitudes y limitaciones individuales”. En el mismo sentido BONA⁵⁶¹, citado precedentemente al revisar la doctrina italiana, ya nos señalaba que las consecuencias del incumplimiento de los deberes conyugales deben examinarse dentro de las modalidades de convivencia que los cónyuges hayan establecido en su relación de pareja, de su “*background*” familiar.

⁵⁶⁰ FERRER RIBA, Relaciones familiares y límites del derecho de daños, en *InDret...*, *cit.*, pág. 11.

⁵⁶¹ BONA, *op. cit.*, pág. 444 y ss.

Si bien, en el Código Civil español no podemos llegar al sostenimiento de la diligencia *quam suis* del parágrafo 1359 del BGB⁵⁶², creemos que la convivencia conyugal también debe ser un criterio de adaptación del verdadero modelo de conducta entre los cónyuges por aplicación de lo dispuesto en el art. 1104.1 Cc., y que obra en favor de nuestra posición.

Es más, creemos que esta disminución de los niveles de diligencia, este “privilegio doméstico”, no es particular del matrimonio, sino que es una regla o principio del Derecho de familia en general; así, por ejemplo, en lo relativo a los daños causados por incumplimiento del régimen de visitas⁵⁶³, o en lo concerniente al régimen patrimonial de la patria potestad (art. 168.2 Cc.), se dispone que los padres responderán de los daños y perjuicios causados a los bienes de sus hijos “en caso de pérdida o deterioro de los bienes por dolo o culpa grave”.

En efecto, el régimen patrimonial de la patria potestad, al igual que los deberes y derechos conyugales, son obligaciones impuestas a los padres en el primer caso, y a los cónyuges en el segundo, por el sólo hecho de serlos o de celebrarlo, estableciendo con carácter irrenunciable el poder-deber que contiene la relación paterno filial, o como expresa CASTÁN VASQUEZ⁵⁶⁴ imponiendo sobre los padres con patria potestad “una función de interés público y carácter social”. Al enfrentarnos con esta situación, en la cual, el legislador ha impuesto sobre los padres la obligación o poder-deber de administrar los bienes del hijo, esta misma imposición justifica el contrapeso de rebajar el grado de diligencia exigible, que los

⁵⁶² LACRUZ BERDEJO, *et al.*, *Elementos de Derecho Civil II*, Derecho de obligaciones, vol. I..., *cit.*, pág. 170, si bien confirma que la diligencia o culpa *in concreto* (*diligencia quam in suis rebus adhibere solet*) no ha sido recogida por el Código Civil, plantea sus dudas en el caso de lo dispuesto en el art. 164 -1 Cc. (“los padres administrarán los bienes de los hijos con la misma diligencia que los suyos propios”).

En todo caso, no debemos olvidar que en el Código de Comercio, art. 255, si se encuentra acogida la diligencia *quam suis*.

⁵⁶³ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, *Aplicación del derecho de daños...*, *cit.*, pág. 193 y ss.

⁵⁶⁴ CASTÁN VASQUEZ, José María, De los bienes de los hijos y de su administración, en ALBALADEJO, Manuel (Director), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. III, vol. 2º, segunda edición revisada y adaptada a la reforma del Código Civil, ed. Edersa, Madrid, 1982, pág. 206 y ss.

lleva a responder sólo bajo dolo o culpa grave de los daños y perjuicios ocasionados al hijo por la pérdida o deterioro de sus bienes⁵⁶⁵.

Por último, al establecer la imputación de la responsabilidad de los cónyuges en el dolo o culpa grave, ésta se constituye en una herramienta más, que unido a la exigencia de gravedad o reiteración del incumplimiento del deber conyugal que causa el daño, contribuye a evitar la proliferación de demandas de reparación entre cónyuges, cuestión que preocupa al Tribunal Supremo según expresó en la sentencia de 30 de julio de 1999.

⁵⁶⁵ En el mismo sentido, y apoyado en el tenor literal del art. 168.2 del Cc. se manifiesta CASTÁN VASQUEZ, (*ibid*, pág. 242 y ss.), quien distingue la diligencia o comportamiento que se impone a los padres según el art. 164 del texto legal sustantivo – y que atiende a la diligencia que éstos mismos emplean en los suyos propios -, y por otra parte, la responsabilidad que a éstos se les exige, y que según la norma primera citada, se limita a los daños y perjuicios por la pérdida o deterioro de los bienes del hijo debidos a su dolo o culpa grave.

En sentido contrario se expresan ROCA I TRÍAS, La responsabilidad civil..., *cit.*, pág. 550 y ss.; LINACERO DE LA FUENTE, *op. cit.*, pág. 380 y ss.; LLAMAS POMBO, Eugenio, *El patrimonio de los hijos sometidos a la patria potestad*, ed. Trivium, S.A., Madrid, 1993, pág. 106 y ss., quienes sostienen que, los padres administradores de los bienes del hijo sometidos a patria potestad, no sólo responden de los daños y perjuicios ocasionados con dolo o culpa grave, sino que también de aquellos debidos a su culpa leve, por extensión de la norma 164.1 Cc. que obliga a los padres administrar los bienes de los hijos con la misma diligencia que los suyos propios, cumpliendo las obligaciones generales de todo administrador.

CAPÍTULO QUINTO.
DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS TERCEROS POR SU
INTERFERENCIA EN EL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES
CONYUGALES.

I.- DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA.

Cualquier tercero puede intervenir en el matrimonio causando, eventualmente, daños a uno o ambos cónyuges; no obstante, en caso afirmativo, es posible distinguir dos escenarios muy claros, que nos presentan diversas características, condiciones y soluciones, a saber, si el perjuicio es por acto simple, aislado o exclusivo del tercero o, por el contrario, éste es fruto de complicidad o inducción con uno de los cónyuges al incumplimiento de los deberes conyugales.

Ahora bien, en este apartado, no pretendemos comprender aquellos daños causados a cualquiera de los cónyuges por un acto aislado del tercero, ya que en estos supuestos, se aplicarán las normas generales de responsabilidad civil extracontractual, sin que sufran modificación alguna por el particular escenario del matrimonio.

Nuestra investigación se centrará, por lo tanto, en los daños causados a un cónyuge por incumplimiento de los deberes conyugales, por un acto realizado por un tercero en complicidad o inducción con el otro miembro del matrimonio.

II.- SENTENCIAS ESPAÑOLAS QUE HAN RECONOCIDO LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS TERCEROS POR SU INTERFERENCIA EN EL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES MATRIMONIALES.

Creemos oportuno comenzar este estudio, haciendo referencia a la inédita SAP de Valencia de 02 de noviembre de 2004, ya comentada en el capítulo anterior, que reconoció la responsabilidad civil del tercero por su participación con la cónyuge en la producción del daño causado al marido.

En este caso, tanto el tribunal de primera como de segunda instancia, condenaron a los demandados (cónyuge y tercero “amante”), a responder solidariamente de los daños y perjuicios causados al demandante por la negligencia en la concepción de tres hijos extramatrimoniales y por la ocultación dolosa de la paternidad, por infracción del art. 1902 Cc.

Así, el tribunal *ad quem* señaló en su considerando noveno, que la indemnización “deberán satisfacerla, solidariamente, ambos demandados, pues el dolo en el ocultamiento de la no – paternidad, puede ser reprochable moralmente, en mayor medida a la que era su esposa, pero jurídicamente lo es a los dos por igual”.

En el mismo sentido, la SAP de León de 02 de enero de 2007, igualmente citada en el capítulo anterior, también resolvió que “ambos demandados deberán abonar conjunta y solidariamente al actor”, la suma de 30.000 euros, por los daños causados por el dolo “a la hora de ocultar, de forma continuada, la verdadera filiación de la menor”, apoyándose en el art. 1902 Cc.

Recordamos que, en ambos casos, se exigió una conducta dolosa de los demandados en la causa del daño, la cual se tuvo por acreditada con el hecho que, conociendo desde el primer momento que los menores no eran hijos del actor, conscientemente permitieron que éste los inscribiera como propios y pasaran a formar parte de su familia, con todas las obligaciones, derechos y vínculos inherentes a ello, amparándose en el deber general de no causar daño a otro para acoger la demanda resarcitoria, desvinculándose del matrimonio, al considerar irresarcibles los daños causados entre cónyuges por incumplimiento de los deberes conyugales.

Sobre el particular, reiteramos una vez más nuestra crítica manifestada a lo largo de este trabajo sobre la jurisprudencia española, al preferir ampararse en la infracción del deber general de no causar daño a otro, separándose del matrimonio como de sus deberes personales, para justificar la condena indemnizatoria del cónyuge como del tercero, en circunstancias que bajo otros supuestos, como la

nulidad matrimonial (STS de 21 de febrero de 1957⁵⁶⁶) según veremos más adelante, si un tercero, por sí sólo, infringe determinados derechos o intereses emanados del matrimonio, causando daño a cualquiera de los cónyuges, es obligado a su reparación.

Es más, nuestra crítica se reafirma al observar que tratándose de daños indirectos o *préjudice par ricochet*⁵⁶⁷ (en donde por acción u omisión exclusiva de un tercero que causa un daño corporal a uno de los cónyuges, ya consista en su muerte o lesión, se produce además y a consecuencia de ello, un perjuicio para el otro cónyuge, distinto y separado del anterior, *iure proprio*, o lo que es lo mismo, se ocasiona un daño por rebote a uno de los cónyuges), si se tutelan los deberes personales del matrimonio, y las facultades e intereses que emanan de ellos, al estimarlos como fundamento suficiente para justificar una obligación indemnizatoria.

Así lo podemos constatar por medio de la STS de 09 de febrero de 1988⁵⁶⁸, donde la cónyuge, en atención a la parálisis y carencia de apetencia sexual que sufrió su marido producto de un accidente laboral, fue indemnizada por el daño moral, por los “sufrimientos en el orden de los sentimientos afectivos más elementales” padecidos directamente por ella, y que se tradujo “en una situación de mujer conviviente especialmente penosa y sacrificada en orden a los gravosos “deberes” de atención al enfermo y “pérdida” de un importante elemento de las relaciones afectivas” (deberes de atención que sólo nacen con el matrimonio, al igual que la pérdida de las relaciones afectivas que están comprendidas dentro del deber y derecho de fidelidad). En el mismo sentido, la STS de 08 de abril de

⁵⁶⁶ RJ 1957, 1133; en este caso, el matrimonio se declaró nulo por vicio del consentimiento del marido, que alegó haber celebrado un matrimonio que jamás quiso, por miedo “miedo reverencial” a su madre que lo obligó a ello; declarada la nulidad por causa imputable a esta tercera, la madre del marido fue condenada a resarcir a la ex cónyuge de su hijo, los daños causados al “ver rotos los lazos matrimoniales en razón y circunstancias que normalmente no le permiten rehacer su vida, en verse privada del menguado auxilio que antes y en el curso del proceso le era facilitado, y hasta en haber sufrido los comentarios equívocos sobre cierta causa de disenso matrimonial”, al amparo del art. 1902 Cc., tutelando de esta forma un interés originado con el matrimonio.

⁵⁶⁷ Sobre el daño por rebote, por repercusión, por carambola, o *préjudice par ricochet* puede consultarse, entre otros a VICENTE DOMINGO, *op. cit.*, pág. 273 y ss., BARRIENTOS ZAMORANO, *op. cit.*, pág. 184 y ss., DE ANGEL YAGUEZ, Ricardo, *Tratado de responsabilidad civil*, ed. Editorial Cívitas, Madrid, 1993, pág. 898, DOMÍNGUEZ HIDALGO, *El daño moral*, t. II..., *cit.*, pág. 728 y ss., entre otros.

⁵⁶⁸ RJ 1988, 771.

2002⁵⁶⁹, permitió el resarcimiento del daño moral causado a la cónyuge por los 825 días de incapacidad de su marido anteriores a su muerte, “consistente en la dedicación total de la esposa a un marido afectado de gran invalidez”, al señalar que “una cosa es el daño moral producido por la muerte de una persona y otra el daño moral sufrido por la esposa durante los tres años en los que un marido completamente inmovilizado se vio sometido a sucesivas intervenciones quirúrgicas, y que dichos conceptos son indemnizables de forma separada”. Como podemos observar, en los dos casos citados, el daño moral alegado tenía por causa las graves lesiones padecidas por aquéllos con quienes se encontraban unidas por matrimonio, como en los deberes personales del mismo, en la medida que les conferían determinados derechos de los cuales fueron privadas (fidelidad, ayuda, socorro), consideraciones que precisamente les sirvieron para acreditar y justificar la existencia de los perjuicios demandados y su calidad de perjudicadas⁵⁷⁰.

⁵⁶⁹ RJ 2002, 2534.

⁵⁷⁰ En similar sentido, e incluso con más claridad, se ha pronunciado la jurisprudencia italiana, como puede verse en la sentencia del Tribunal de Casación de 11 de noviembre de 1986; los hechos que motivan la sentencia pueden resumirse en los siguientes: el 13 febrero 1974 Marcella Santandrea fue sometida, en el hospital de Zagarolo, a una cistoscopia, ejecutada por el doctor Tito Santarelli, él que, habiendo practicado mal las maniobras de tal examen, causó problemas en la pared vesical; que, sometida Santandrea el 1 abril 1974 a una intervención, los sanitarios del mismo hospital determinaron que ésta padecía de "zampoña vesico - cutánea" y de necrosis completa de la mucosa "vesical"; que el 14 mayo 1974 Santandrea habiendo sido dada de alta por el hospital de Zagarolo, tuvo que ser hospitalizada en el de Tivoli, dónde le fue reemplazada la vejiga, ya completamente esclerotizada, con una "neovesica" extrayendo una parte del colon; que en octubre de 1974 Santandrea fue hospitalizada cerca del policlínico "Géminis" de Roma, dónde sufrió la remoción del útero para hacer sitio al "neovesica", quedándose hospitalizada hasta el 31 diciembre 1974; luego hubo otras hospitalizaciones en abril y en septiembre de 1975; que el matrimonio Lucidi - Santandrea, iniciaron juicio resarcitorio en contra del doctor Santarelli y el hospital de Zagarolo, aceptando en el verano del 1976, por medio de transacción, un reembolso de 7.500.000 liras; que al final del mismo año las condiciones de Santandrea se agravaron notablemente a causa de frecuentes infecciones al conducto urinario, comprometiendo la función renal; que, avanzada la denuncia por lesiones graves respecto al doctor Santarelli, por medio de pericia médico - legal dispuesta por el Juez de primera instancia de Tivoli, se determinó la necrosis de la vejiga por la introducción de un líquido cáustico en el curso de la cistoscopia ejecutada el 13 febrero 1974; que la acción penal se declaró extinguida por amnistía.

Frente a lo anterior Santandrea solicitó el reembolso de los daños consecuencia del rebelde empeoramiento, y su cónyuge Lucidi demandó el reembolso de los gastos de naturaleza médica y asistencial sostenidos para la mujer además, por “iure proprio”, el resarcimiento de los daños por no haber tenido, y por no poder tener, relaciones sexuales con su mujer.

Sobre el particular PATTI, Salvatore, La lesione del diritto all'attività sessuale e gli attuali confini del danno risarcibile, en comentario a la sentencia de Casación de 11 de noviembre de 1986, en *Giurisprudenza italiana*, I, 1º parte, 1987, pág. 2044 y ss., señala que por medio de la sentencia de 11 de noviembre de 1986, la Corte de Casación abrió la tutela aquiliana a la relación familiar, a la vida de relación, por la interferencia dañosa del tercero solicitada por un cónyuge por la lesión producida a su mujer, al entender que la existencia de la relación conyugal constituye una posición jurídicamente tutelada del cual emana el injusto del daño, resarcible conforme a las reglas del ilícito civil, y no según las reglas específicas del Derecho de familia.

En el mismo sentido PRINCIGALLI, en comentario a la sentencia de la Corte de Casación de 11 de noviembre de 1986, *Il Foro Italiano*, I, 1987, pág. 834 y ss., añade que el tribunal de Casación afirma por primera vez el derecho al marido a la indemnización del daño por una lesión física, impeditiva de la actividad

Por último, volviendo sobre las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia y León, debemos observar que éstas dejan un sinnúmero de cuestiones por resolver, como por ejemplo, ¿cuál es la fuente de la solidaridad que consideró el tribunal al acoger la demanda?, ¿acaso estimó que ambos demandados concurren en la misma proporción a la concurrencia del daño?, entre otras cuestiones, justificando de esa forma este estudio.

III.- REVISIÓN DE LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA COMPARADA, FRENTE A LOS DAÑOS CAUSADOS POR ACTO DE COMPLICIDAD O INDUCCIÓN DEL TERCERO CON UNO DE LOS OBLIGADOS CONYUGALES.

Frente a los escasos fundamentos que acepten o rechacen la responsabilidad de los terceros por su interferencia en el incumplimiento de los deberes conyugales, hemos optado por revisar la posición de la doctrina y jurisprudencia comparada, en especial italiana y francesa, donde esta materia ha tenido mayor desarrollo, a fin de determinar una posible aplicación de dichos argumentos al ordenamiento español⁵⁷¹.

sexual, padecida por su mujer por obra de un tercero. Si bien, el médico que le provocó a la mujer una seria afección al conducto genito – urinario, por su grave negligencia, ya fue condenado a resarcir los daños a la víctima directa del accidente, ello no impide al tribunal de Casación afirmar que, la imposibilidad de tener relaciones sexuales con su pareja es consecuencia normal de la culpa del médico. El razonamiento se mueve a través del reconocimiento de la tutela aceptada a nivel constitucional de la compleja situación subjetiva de pareja en el ámbito familiar, reconocimiento del que es posible deducir, en primer lugar, la relevancia externa de los derechos y los deberes recíprocos nacientes del matrimonio. Se continúa subrayando que la lesión, concerniendo un derecho inherente a la persona, regresa a la previsión del art. 2043 Cc., al mismo criterio del daño biológico. En cuanto a la pérdida de la capacidad sexual, señala que un acontecimiento de tal género compromete, la adquisición o, la conservación del estado conyugal. El peligro del derretimiento del matrimonio constituye, en efecto, un daño patrimonialmente valorable, ya que de la relación conyugal nacen recíprocos derechos de asistencia, sea moral que, material. PATTI manifiesta como el sentenciador de casación para el caso de autos, prefirió distanciarse de las consideraciones anteriores, optando por una argumentación negativa de la reparación del daño alegado, evitando así la limitación impuesta por el art. 2059 Cc. italiano (y que permite la reparación del daño no patrimonial sólo en los casos determinados por la ley), resolviendo en definitiva que “el comportamiento doloso o culposo del tercero que causa a una persona casada la imposibilidad de la relación sexual es inmediata y directamente lesivo, suprimiendo el derecho del otro cónyuge a tal relación, cual derecho – deber recíproco, inherente a la persona, estructurante, junto a los otros derechos – deberes recíprocos, de la relación de cónyuge. La supresión de tal derecho, menoscabando la persona del cónyuge, en su modo de ser y en su modo de desarrollar su familia, es de por sí resarcible, cual modo de reparación de la lesión de aquel derecho de la persona, calificable como daño que no es patrimonial ni no patrimonial, en todo caso entrante, en la previsión del art. 2043 Cc.”.

⁵⁷¹ En el Derecho romano, hasta antes de la lex julia de adulteriis coercendis (año 736 de la fundación de Roma o 18 a.c.), ya se sancionaba penalmente al varón (tercero) que era cómplice o co-reo de la mujer casada

A.- Italia.

Sobre el particular⁵⁷², la primera sentencia que hallamos en este país, es la de la Corte de Casación de 19 de junio de 1975, instancia donde, originalmente, se reconoció la posibilidad que el tercero fuera responsable civilmente por los daños causados por inducción a uno de los cónyuges al incumplimiento de los deberes conyugales, en específico al deber de fidelidad. En ella se afirma que no se puede excluir *a priori*, que en el particular ambiente en que conviven los cónyuges, el adulterio pueda ser causa de tanto descrédito para constituir fuente de daño a la vida de relación - es decir, “*al danno che il soggetto subisce in conseguenza della lesione subita e che consiste nella diminuzione delle possibilità del soggetto di esplicare normalmente la sua personalità nell’ambiente sociale*”⁵⁷³ -; la misma sentencia precisa, que este daño patrimonial es meramente posible, no probable, ni tampoco consecucional. Como reproduce FRACCON del fallo en comentario, “*trattandosi di illecito non incidente naturalmente nella sfera patrimoniale altrui, è necessaria la prova dell’esistenza del danno o, quantomeno, delle particolari circostanze che hanno attribuito al fatto (che naturalmente ne era sprovvisto) la caratteristica potenziale di produrre un pregiudizio patrimoniale*”.

Si bien, la sentencia de término desestimó la pretensión del actor por falta de prueba de la existencia del perjuicio, no podemos negar que abrió la puerta de la responsabilidad civil contra los terceros, en aquellos casos que, excepcionalmente, por medio de la inducción a la infracción de un deber conyugal, se produzca un

en el delito de adulterio (sólo se castigaba el adulterio de la mujer casada). En dicho supuesto, el marido ofendido, o su padre, o el padre de la mujer adúltera, que los sorprendía in flagranti, podía no sólo matar a la mujer, sino que también vengarse en contra del varón adúltero como mejor le pluguiera, “lo más frecuente era matarlo, mutilarlo, castrarlo”. Si no los sorprendía in flagranti, el marido podía convocar al consilium o tribunal familiar, que normalmente declaraba el divorcio y otras sanciones familiares, o repudiar a la mujer, mientras que el varón adúltero era juzgado por su propio tribunal familiar; sin embargo, en caso de que éste no estuviera sometido a la patria potestad de un pater familias, el castigo “era la indefensión en que quedaba si era atacado por el marido ofendido, pues era muy raro que un adúltero agredido acusara a su atacante, y si lo hacía, no se le prestaba generalmente caso”; véase MACHADO CARRILLO, Mario, *El adulterio en el Derecho penal*, pasado, presente y futuro, tesis dirigida por el profesor Manuel Cobo del Rosal, ed. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Valencia, 1977, pág. 26 y ss., entre otros.

⁵⁷² FRACCON, Comentario a la sentencia del Tribunale di Milano, 10 febbraio 1999..., *cit.*, pág. 367 y ss.

⁵⁷³ BIANCA, Massimo, Dell’inadempimento delle obbligazioni, en SCIALOJA, Antonio e BRANCA, Giuseppe (Direttori), *Commentario del Codice civile*, libro IV, Delle obbligazioni, art. 1218 – 1229, seconda edizione, Bologna – Roma, 1979, págs. 305 y ss.; PATTI, La lesione del diritto..., *cit.*, pág. 2045.

daño patrimonial a la vida de relación como consecuencia del descrédito causado al cónyuge dañado.

El precedente jurisprudencial citado fue nuevamente reiterado por el Tribunal de Roma, el 17 de septiembre de 1988⁵⁷⁴; si bien, también rechazó la pretensión del actor por falta de prueba de la existencia de los daños y perjuicios demandados, encontramos en ella un minucioso análisis de la cuestión debatida, con un desarrollo de los requisitos y fundamentos, que permiten determinar bajo qué escenarios los terceros son responsables por los daños causados por su inducción, contribución, al incumplimiento de los deberes conyugales.

En este caso, el marido descubrió en marzo - abril de 1978, que su mujer mantenía una relación con un tercero, empleado del demandante; entre ambos, no sólo le habían causado daños de tipo patrimonial por la nefasta administración de la empresa que tenían a su cargo, sino que a consecuencia de la relación, el hijo que suponía propio, nacido el 29 de abril de 1977, resultó ser del tercero, “amante de su cónyuge”, conforme a los hechos que expresamente se tuvieron por confesos por los mismos responsables, en los respectivos juicios de separación de matrimonio y paternidad. Por lo anterior, el actor presentó exclusivamente demanda de indemnización de perjuicios en contra del tercero, por los daños patrimoniales y morales, consecuencia de la relación adulterina, amparado en la tutela aquiliana. Por su parte, el demandado solicitó el rechazo de la demanda, alegando que después de la declaración de inconstitucionalidad del delito de adulterio, ya no puede discutirse la reclamación de daños morales, los cuales sólo derivan de la ejecución de un crimen, añadiendo que la infracción del deber de fidelidad sólo importa como causa de separación del matrimonio, pero en ningún caso, como fuente de daños.

Conforme al libelo de autos, el tribunal desarrolló las siguientes consideraciones:

i) La primera cuestión que se planteó el órgano jurisdiccional, fue precisar si la infracción de la obligación del deber de fidelidad de uno de los cónyuges, puede ser fuente de responsabilidad por daños en favor del otro. Sobre el particular expuso,

⁵⁷⁴ *La nuova giurisprudenza civile comentata*, parte prima, 1989, pág. 559 y ss.

que después de la derogación del delito de adulterio, gracias a la declaración de inconstitucionalidad resuelta en las sentencias de 1968 y 1969, no es posible alegar la vigencia de la acción civil para el resarcimiento de los daños morales que de él emanaban, y como pretendía el actor, debiendo en definitiva rechazarse el resarcimiento de los daños morales.

Sin embargo, continuando con el desarrollo de la interrogante inicial, el tribunal recordó que, pese a la derogación del delito de adulterio, la obligación del deber de fidelidad es una real y verdadera obligación privada, sancionada por la ley, plenamente vinculante, cuya eficacia va destinada a reglamentar la relación de los cónyuges en su vida familiar y, a la exigencia de salvaguardar la unidad y la estabilidad de éste grupo. Estas afirmaciones lo llevaron a concluir, que en el caso de la violación de este deber, unido a otras circunstancias concurrentes, también puede ser fuente de una responsabilidad por daños, agregando en tal sentido, que la jurisprudencia de la Corte de Casación de 19 de junio de 1975, ya estableció que la violación de la obligación de fidelidad de uno de los cónyuges, a parte de las consecuencias sobre la relación personal, puede también constituir, en concurso de particulares circunstancias, fuente de daño patrimonial para el otro cónyuge por efecto del descrédito consiguiente, y con ello, fuente de daños a la vida de relación.

En todo caso, distinguió, que una cosa es que la infracción del deber de fidelidad, como tal, constituya un ilícito civil en la medida que importa la violación de un deber impuesto por una norma civil, y otra muy distinta, que ese sólo requisito sea suficiente para acoger una condena de resarcimiento de daños como lo solicitó el demandante; añadió que para que esto última suceda, es menester, además de la violación del deber, que se acredite la existencia del daño patrimonial, del daño a la vida de relación, producto del descrédito al cónyuge, y que se plantea como una simple hipótesis o muy eventual probabilidad, aparte del necesario vínculo causal entre éstos, los cuales, en ningún caso se probó en estrados.

ii) Pese al rechazo de todas las pretensiones interpuestas por el actor en contra del tercero exclusivamente, “amante de su cónyuge”, el tribunal pasó a analizar en términos generales la responsabilidad aquiliana de éstos, en los supuestos que inducen al incumplimiento de los deberes conyugales, señalando que sería fácil

descartar cualquier acción dirigida en contra de ellos, si se entendiera que no están afectados por los mismos deberes, y que la fidelidad sólo constituye una carga sobre la mujer, y no del tercero demandado.

Por ello, la sentencia del Tribunal de Roma, se encargó de señalar que conforme a la doctrina más avanzada, se ha elaborado la responsabilidad de los terceros por inducción al incumplimiento, donde la figura en examen se caracteriza por el comportamiento del tercero que, voluntariamente, persuade al deudor a no cumplir con la prestación en contra del acreedor; que dicha conducta de inducción se concreta, de un lado, en una acción síquica directa, que lleva al deudor a un estado psicológico de decidir a no cumplir, y por otro, a la lesión de un derecho de crédito del acreedor que le impide realizar sus reales intereses. Si bien reconoce el tribunal, que la doctrina sobre la inducción al incumplimiento no es pacífica por la ausencia de una norma específica que la recoja, y de esa forma proteja la relevancia de los derechos de crédito, añade que, no obstante, se debe enfatizar como se ha utilizado el art. 2043 Cc. italiano, en base al cual, se ha reconocido en favor del acreedor dañado una acción extracontractual en contra del tercero, culpable de inducir al deudor al incumplimiento, estableciendo sobre éstos un deber general de abstención también en la relación de crédito, independiente de una norma específica que lo imponga, otorgándole al acreedor una tutela inmediata y directa en contra del tercero que perjudique su derecho, haciendo plenamente extensible dicho razonamiento y justificación al ámbito matrimonial.

Así pues, el tribunal estimó que en el caso de las obligaciones derivadas del matrimonio, en particular la fidelidad, es posible concluir, indiscutiblemente, que el sujeto que induce o instiga a la mujer de un tercero a tener una relación sexual, contribuye o coopera con su comportamiento a producir el hecho lesivo de la obligación de fidelidad, concurriendo así con la mujer a la violación de tal obligación. En ese contexto, el comportamiento del tercero que induce a la mujer de otro al adulterio, puede calificarse como injusto e íntegra – ya sea doloso o culposo y causante del daño – la figura del ilícito aquiliano, en cuanto lesiona intereses que, conforme al ordenamiento, son merecedores de tutela. Añade que la actividad de inducción o instigación que desarrolla el tercero, debe presentar ciertas

características, en el sentido que debe concretarse no ya en una conducta puramente pasiva, sino materializándose en un comportamiento activo y positivo, adquiriendo importancia en la inducción a un cónyuge a la traición del otro.

Agregó, que se debe tener presente a estos propósitos, que un sujeto, al contraer matrimonio, se expone al riesgo que el cónyuge no respete la obligación de fidelidad; ahora, el tercero que interfiere en una relación matrimonial de otro, determina un aumento de la probabilidad que se verifique el incumplimiento, y luego, una ampliación del riesgo asumido por el cónyuge con el matrimonio: tal ampliación será mayor en la hipótesis que el tercero, por ejemplo, instigue o induzca a la mujer de otro a cometer adulterio (v.gr., con un cortejo obsesivo, costosos regalos, continuas llamadas), mientras tenderá a disminuir en el caso de que el tercero se limite a padecer las propuestas amorosas de una mujer insatisfecha (sexual y afectivamente) del propio marido (lógicamente, lo mismo debe decirse para un marido hecho objeto de una asidua galantería de parte de otra mujer).

En fin, termina manifestando el sentenciador, que el problema de la responsabilidad del tercero dañante, subsiste sólo en el caso que este último, con su conducta, determine una ampliación de la probabilidad que se verifique la violación de la obligación de fidelidad; por tanto, la tutela del marido en contra del “amante de su cónyuge” puede configurarse exclusivamente en esta hipótesis, pero no cuando sea la mujer la que toma la concreta iniciativa de traicionar al marido aceptando la relación sexual o afectiva con el tercero⁵⁷⁵.

⁵⁷⁵ Comparte su opinión PALETTO, Valentina, Comentario a la sentencia del Tribunal de Roma de 17 de septiembre de 1988, en *La nuova giurisprudenza civile comentata*, parte prima, 1989, pág. 563 y ss., aun cuando reconoce que los fundamentos expuestos no están apoyados por la doctrina, destacando que conforme a la nueva perspectiva del art. 143,2 Cc. italiano, adquiere un significado sustancial esta obligación, porque interesa como un “recíproco vínculo de responsabilidad del cónyuge”, derivado de un real y verdadero principio puesto a salvaguardar la unidad y estabilidad del grupo familiar, el cual tiene como directa consecuencia, siguiendo al Tribunal, en la configuración de una responsabilidad por daño en caso de violación del deber de fidelidad, donde la relación adulterina de un cónyuge puede alterar de tal forma la relación personal y social del otro, que lleve a configurar un daño de naturaleza patrimonial y como tal resarcible.

Muy crítico con esta postura jurisprudencial hallamos a CENDON, GAUDINO, y ZIVIZ⁵⁷⁶, al expresar que esta sentencia demuestra como no siempre los tribunales siguen el correcto camino, al reflejarse en ella una serie de divagaciones y tomas de posición, que no revisten efectivamente ningún peso, formulando en contra de ésta las siguientes críticas:

- a) En cuanto a las características y requisitos que deben concurrir, según el sentenciador, para acoger la responsabilidad del tercero derivada de la inducción al incumplimiento de la obligación de fidelidad, sostienen que dicha afirmación se debe a la difusa inclinación al moralismo de vieja estampa, unido a la tendencia vigilante de las reglas censorias que muestra la jurisprudencia italiana, que la llevan a formular argumentos más éticos que jurídicos, mirando más al público que al derecho.
- b) Que el perjuicio consistente en el descrédito que el vínculo extraconyugal produce en el cónyuge engañado, aparece reconducido por los jueces bajo la etiqueta de daño a la vida de relación, dentro del ámbito de la cláusula general de responsabilidad civil por hecho ilícito, lo que implica una tutela reparatoria continua que se intenta defender pese al derogado delito de adulterio, abriéndose el tribunal a una sanción, mediante la *lex aquilia*, frente a cualquier violación de la obligación de fidelidad, en circunstancias que el daño sufrido por el cónyuge traicionado, debiera reputarse admisible sólo cuando el comportamiento del cónyuge infractor integre los extremos del ilícito bajo aspectos diversos y separados con aquella infidelidad, tales como la lesión de la reputación, del decoro, de la privacidad, del honor, etc.
- c) Que en lo relativo al comportamiento del tercero que induce real y propiamente al incumplimiento, el tribunal entiende que existe una suerte de obligación general para éstos de abstenerse de cualquier influencia significativa sobre la relación entre los cónyuges, lo que llevaría a transformar la pretensión de cada cónyuge (a obtener el respeto de la obligación de fidelidad) en una prerrogativa muy similar a la otorgada al

⁵⁷⁶ CENDON, Paolo, GAUDINO, Luigi, ZIVIZ, Patrizia, La moglie infedele, l'amante, i danni del coniuge tradito, en ALLETTO *et al.*, *La responsabilità extracontrattuale*, La nuove figure di risarcimento del danno nella giurisprudenza, ed. Giuffrè Editore, Milano, 1994, pág. 541 y ss.

derecho absoluto, lo que en ningún caso se puede aceptar. Además de la inoponibilidad formal de semejante consideración, no se justifica en estos tiempos (con todos los cambios que el derecho comparado señala) ampliar en este sentido los daños resarcibles, estableciendo que quienquiera tener algo con una persona casada, debe abstenerse de ello, de cualquier tipo de intimidad y confianza, para evitar incurrir en una futura sanción de tipo resarcitorio.

- d) Por último, agregan que tampoco cabe comprender el comportamiento del tercero como una “lesión de la tranquilidad familiar”, aunque haya experimentado un mayor desarrollo en la jurisprudencia con ocasión del sufrimiento de un familiar. Agregan que, en todo caso, la valoración del injusto debe surgir del prudente balance de los opuestos intereses en juego, no de cualquier violación de la tranquilidad familiar, como en el supuesto en referencia, y aunque de ella se derive la ruptura de la relación familiar, que en cualquier caso, sería exclusivamente imputable a la libre elección de uno de los cónyuges, aun cuando esté inspirada, motivada, en el juego seductivo de una tercera persona. Incluso advierten, que una responsabilidad por la lesión de la tranquilidad familiar, sólo sería imaginable en situaciones extremas, es decir (y quizá algo novelescas), en hipótesis en que la conducta aparece caracterizada por un real y verdadero dolo específico.

También contrario a la sentencia del Tribunal de Roma de 17 de septiembre de 1988, se encuentra el fallo del Tribunal de Monza, que en su resolución de 15 de marzo de 1997⁵⁷⁷, rechazó la demanda presentada por el cónyuge en contra del tercero por el daño biológico y patrimonial causado, afirmando que: a) la conducta de éstos, en relación al adulterio de la mujer del actor, es expresión de la libertad de autodeterminación en la relación interpersonal⁵⁷⁸; b) que no existe un derecho absoluto al interior de la familia, fuente como tal, de un deber general de abstención

⁵⁷⁷ *Repertorio del Foro Italiano*, 1997, voz Responsabilità civile, N° 136.

⁵⁷⁸ La misma conclusión se constata en la sentencia del Tribunal de Milán de 22 de noviembre de 2002, comentada por DE VERDA Y BEAMONTE, *Responsabilidad civil...*, *cit.*, instancia en la cual se afirmó 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.

de interferencia de parte de los otros; c) que tampoco tiene reconocimiento la inducción a la violación de los deberes conyugales, en consideración al principio de la autorresponsabilidad, limitado al comportamiento del cónyuge adúltero; finalmente agregó, que “*se la signora M. ha eventualmente violato gli obblighi coniugali, instaurando una relazione con un terzo e consentendo a questi di abitare nella casa assegnatale dal giudice, sarà essa a dover rispondere di tale violazione e, una volta però che sia provato il nesso causale secondo il metro della causalità adeguata, delle relative conseguenze dannose*”⁵⁷⁹.

La dicotomía que presenta la jurisprudencia italiana en esta materia, es fruto de otra división más profunda existente en la doctrina, y que dice relación con la admisibilidad o rechazo de la tutela aquiliana de los derechos de crédito en general⁵⁸⁰, y que se encuentra representada por las opiniones antagónicas de BUSNELLI y FEDELE respectivamente.

⁵⁷⁹ FRACCON, I diritti della persona..., *cit.*, pág. 392 y ss.

⁵⁸⁰ ROCA – SASTRE MUNCUNILL, Luis, El perjuicio del derecho de crédito por acto de tercero, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1962, pág. 586 y ss.; VATTIER FUENZALIDA, Carlos, La tutela aquiliana de los derechos de crédito: algunos aspectos dogmáticos, en *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, ed. Universidad de Murcia, Murcia, 1989, pág. 850 y ss.; DE CUNTO ALDO, Luis, La responsabilidad extracontractual por lesión al crédito, *Anuario 2003*, disponible en <http://www.economicasunp.edu.ar/06-publicaciones/informacion/anuario%2003/De%20cunto.pdf> - ; GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, En torno a los llamados contratos en daño de tercero, en *Revista de Derecho Notarial*, vol. XX, abril – junio, 1958, pág. 111 y ss.

Para BUSNELLI⁵⁸¹ y BELLINI⁵⁸², entre otros, existe un deber general de respeto de todos los derechos, absolutos o relativos⁵⁸³, que permite sostener la responsabilidad extracontractual de los terceros, ya que la lesión de éstos importa la violación del *neminem laedere*⁵⁸⁴; lo destacable, según el último autor en comentario, es que el elemento causal del proceso dañoso consista en un comportamiento antijurídico, que el hecho dañoso lesione un interés jurídicamente protegido (y el crédito es un interés patrimonial), que la lesión provoque un daño cierto y efectivo al titular de dicho interés, y que por último, entre el daño y el evento dañoso exista un necesario nexo de causalidad⁵⁸⁵. En el mismo orden de ideas, BUSNELLI agrega, que las consideraciones precedentes se conforman con el principio de indistinción (entre contrato eficacia real y contrato eficacia obligatoria) en materia

⁵⁸¹ BUSNELLI, Francesco, *La lesione del credito da parte di terzi*, ed. Giuffrè Editore, Milano, 1964; BUSNELLI, Francesco, La tutela aquiliana del credito: evoluzione giurisprudenziale e significato attuale del principio, *Rivista Critica del Diritto Privato*, anno V – 2, giugno 1987, pág. 273 y ss.; la crítica de este último artículo corre a cargo de CENDON, Paolo, *Rivista Critica del Diritto Privato*, anno V – 2, giugno 1987, pág. 301 y ss.

⁵⁸² BELLINI, Luigi, Lesione e tutela extracontrattuale del rapporto personale, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, vol. 2º, 1953, pág. 1183 y ss.; este autor construye su posición por medio de la sentencia del Tribunal de Roma, de 18 de agosto de 1952, que desestimó la demanda interpuesta por la empresa constructora S.I.C.E.S.I. en contra de la compañía aérea T.W.A., por la pérdida de las prestaciones futuras de uno de sus trabajadores, fallecido en un accidente mientras era transportado por la demandada; sobre el particular, el tribunal rechazó la pretensión en consideración a que la muerte del trabajador no era la “causa única y necesaria” de la resolución de su contrato de trabajo y de la consecuente pérdida de expectativas del empleador, sino que ella también dependía de la voluntaria continuación del dependiente o que no se verificara la muerte natural de éste, exigencia que nacía de la aplicación de las normas de los arts. 2043, 2056 y 1223 del Código civile; frente a esta última consideración, el citado autor señala, que si bien es posible que el contrato de trabajo pudiera terminar por la renuncia o muerte natural del trabajador, en el hecho ello no ocurrió, y al derecho no le puede interesar las categorías de lo meramente posible o no, sino que debe atender a criterios de normalidad, y en el caso, lo normal era que el trabajador siguiera prestando servicios para el actor.

⁵⁸³ BELLINI, *op. cit.*, pág. 1189, “Nel riconosciuto generico dovere di risarcimento del danno a carico di colui che lo ha procurato non si può dire contenuta o prevista una limitazione della tutela in ordine ai titolari di un diritto personale a differenza dei titolari di un diritto assoluto: per questo - in linea generale - anche il diritto di credito deve essere ammesso alla tutela aquiliana, poiché anche nei suoi confronti vige il generico dovere del *neminem laedere* disposto dall'art. 2043 c.c...”

...Per rispondere a tali interrogativi è necessario confrontare il diritto reale e il diritto di credito, per concludere che le due figure sono parificabili sotto il punto di vista dell'oggetto della loro lesione (in che consiste e contro che cosa si dirige) e sotto il punto di vista della loro tutela (come e da quale norma cioè, sono protetti).

...Ora, sarebbe inammissibile sostenere che l'interesse che è substrato del diritto reale, sia di natura diversa da quello che è substrato del diritto di credito, poiché questo interesse è un *prius* del diritto, nel senso che è un valore umano anteriore alla considerazione giuridica: e quindi la lesione del primo finisce ad essere sostanzialmente identica a quella del secondo”.

⁵⁸⁴ Según BUSNELLI, *La lesione del credito...*, *cit.*, pág. 57, el deber genérico del *neminem laedere* debería ser asumido como una expresión de un “principio que sta a tutelare tutta la sfera giuridica di ogni persona, e non solo dei suoi diritti, siano essi assoluti o relativi, ma anche delle sue capacità, posizioni, qualità, interessi giuridici”.

⁵⁸⁵ BELLINI, *op. cit.*, pág. 1193.

de tutela aquiliana de los contratos, que permite fundamentar la responsabilidad del tercero en la relevancia externa de la relación obligatoria, y que responde al abandono creciente de la vieja regla de la relevancia meramente interna del derecho de crédito⁵⁸⁶; que en todo caso, quienes niegan relevancia jurídica a la actividad del tercero que influye sobre el derecho de crédito bajo el aspecto de su lesión, deberían por coherencia negar la actividad del tercero que influye sobre el mismo derecho bajo el perfil de la realización, y que se encuentra expresamente reconocido en el art. 1180⁵⁸⁷ del Codice, ya que cumplimiento y lesión de parte del tercero no son, en última instancia, más que dos etapas del mismo fenómeno: la incidencia de la actividad del tercero sobre el derecho de crédito⁵⁸⁸.

⁵⁸⁶ BUSNELLI, *La tutela aquiliana...*, cit., pág. 288; BUSNELLI, *La lesione del credito...*, cit., pág. 5 y ss., dice, "È stato così osservato che, del credito, la communis opinio ha preso in considerazione unicamente il rapporto che lega il creditore e il debitore (rapporto indubbiamente relativo), traslaciando di tener conto del fatto, in realtà assai importante, che detto rapporto, in quanto oggettivamente esistente, ha anch'esso "una sua proiezione erga omnes, ed è in questa proiezione che... tutti sono tenuti al dovere di non lederlo". Per tradurre in termini concreti questo duplice atteggiarsi del rapporto obbligatorio, si è parlato di un suo aspetto interno (nei confronti del debitore), riservando al primo il carattere di relatività, e attribuendo al secondo il crisma dell'assolutezza". A la misma conclusión llega BELLINI, *op. cit.*, pág. 1190 y ss., al distinguir el efecto interno "relativo" y externo "erga omnes" de los contratos, al decir, "Infatti nel momento in cui il legislatore concede che il contratto abbia forza di legge tra le parti, contemporaneamente ammette che dentro il "grande" ordinamento giuridico statuale esistano svariati "regolamenti" giuridici privati, i cui soggetti sono i contraenti e le cui norme sono le clausole particolari dello stesso contratto, non deroganti e consentite dalla legge generale.

Da questa situazione ne viene che tutte le volte che il creditore non consegue soddisfazione, egli si appellerà alle leggi del contratto, qualora chi viola il suo diritto alla soddisfazione sia il debitore, e si appellerà invece alle leggi fuori del contratto, ma facenti parte del diritto oggettivo generale, qualora il suo diritto sia violato da un terzo, che per il fatto stesso di essere terzo, non può sottostare alle regole del particolare regolamento contrattuale.

Quindi anche il credito possiede un suo riflesso erga omnes, sotto il punto di vista della sua tutela.

... Nell'ambito del rapporto, pertanto, è la regola del contratto che tutela il contraente: al di fuori, contro un'aggressione esterna, è la legge esterna e generale che lo tutela".

⁵⁸⁷ Artículo 1180 Codice Civile: "Adempimento del terzo. L'obbligazione può essere adempiuta da un terzo, anche contro la volontà del creditore, se questi non ha interesse a che il debitore esegua personalmente la prestazione. Tuttavia il creditore può rifiutare l'adempimento offertogli dal terzo, se il debitore gli ha manifestato la sua opposizione".

En el Código civil español, al igual que el art. 1180 del Codice, también encontramos disposiciones que regulan expresamente la intervención del tercero en el cumplimiento de una obligación, como lo son los arts. 1158, 1161.

⁵⁸⁸ BUSNELLI, *La lesione del credito...*, cit., pág. 31 y ss.

En sentido contrario, FEDELE⁵⁸⁹ descarta cualquier aplicación de las normas de responsabilidad extracontractual, ya que la lesión dolosa o culposa de un derecho de crédito por un tercero, no constituye por ese solo hecho un acto ilícito que obligue a su resarcimiento; que en todo caso, estas situaciones deben resolverse por medio de las reglas de la imposibilidad sobrevenida (art. 1256⁵⁹⁰) y de la cesión de acciones aplicables a las obligaciones en general (art. 1259⁵⁹¹); que si bien, el art. 2043 exige la violación de un derecho subjetivo absoluto, por aplicación de los arts. 2056⁵⁹² y 1223⁵⁹³ del Codice, para que el daño sea resarcido es necesario que éste sea consecuencia “inmediata y directa” de la violación de la obligación contractual o del *neminem laedere*, requisitos últimos, que en el común de los casos, no concurren en la infracción del tercero⁵⁹⁴; que todas estas consideraciones encuentran su fundamento en la tradición del Derecho romano, en el principio de la relatividad de los efectos del contrato, en la distinción esencial entre derechos absolutos y relativos, en la justificación de la acción subrogatoria, en la falta de nexo causal en

⁵⁸⁹ FEDELE, Alfredo, *Il problema della responsabilità del terzo per pregiudizio del credito*, ed. Giuffrè Editore, Milano, 1954, en especial, pág. 93 y ss.

Esta posición se apoya en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Turín, de 23 de enero de 1952, (conocida como la tragedia de Superga), donde el equipo de fútbol Club Torino presentó una demanda en contra de una empresa de aviación por la muerte de todos sus jugadores, la cual fue rechazada por los fundamentados que han servido de sustento a esta posición; el tribunal de primera instancia había sido claro al resolver que "Soltanto i calciatori, non i piloti dell'Ali potevano violare i diritti patrimoniali del Torino, poichè nessun vincolo, all'infuori di quello della prestazione d'opera, li legava, e il preteso collaterale rapporto d'appartenenza non ha la consistenza di un diritto reale, valevole erga omnes, e in quello si confonde e si esaurisce".

⁵⁹⁰ Artículo 1256 Codice Civile: “Impossibilità definitiva e impossibilità temporanea. L’obbligazione si estingue quando, per una causa non imputabile al debitore, la prestazione diventa impossibile. Se l’impossibilità è solo temporanea, il debitore, finché essa perdura, non è responsabile del ritardo nell’adempimento. Tuttavia l’obbligazione si estingue se l’impossibilità perdura fino a quando, in relazione al titolo dell’obbligazione o alla natura dell’oggetto, il debitore non può più essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla”.

⁵⁹¹ Artículo 1259 Codice Civile: “Subingresso del creditore nei diritti del debitore. Se la prestazione che ha per oggetto una cosa determinata è divenuta impossibile, in tutto o in parte, il creditore subentra nei diritti spettanti al debitore in dipendenza del fatto che ha causato l’impossibilità, e può esigere dal debitore la prestazione di quanto questi abbia conseguito a titolo di risarcimento”.

⁵⁹² Artículo 2056 Codice Civile: “Valutazione dei danni. Il risarcimento dovuto al danneggiato si deve determinare secondo le disposizioni degli artt. 1223, 1226 e 1227. Il lucro cessante è valutato dal giudice con equo apprezzamento delle circostanze del caso”.

⁵⁹³ Artículo 1223 Codice Civile: “Risarcimento del danno. Il risarcimento del danno per l’inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta”.

⁵⁹⁴ En la sentencia de 23 de enero de 1952 de la Corte de Apelaciones de Turín, y que sirve de base para esta posición, se resolvió que no sólo la muerte de los jugadores podía poner término al contrato, sino que también la propia voluntad de los jugadores, deudores de la prestación; sobre el particular, BELLINI señala que una cosa es que el art. 1223 establezca que el daño sólo será resarcible cuando sea consecuencia inmediata y directa del hecho dañoso, y otra muy distinta que ese daño sea la consecuencia única y necesaria como erróneamente lo resolvió la sentencia del Tribunal de Roma de 18 de agosto de 1952, ya comentada.

la violación mediata del crédito, y en las funestas consecuencias prácticas que daría lugar la teoría opuesta.

Por último, en una posición intermedia se halla TRIMARCHI⁵⁹⁵, quien, si bien rechaza con carácter general la tutela aquiliana al obstaculizar la fluidez del tráfico, justifica su excepcional aplicación para aquellos casos en que el tercero induzca al deudor al incumplimiento, mediante declaraciones falsas del acreedor o cuando tenga un interés específico en lesionar los intereses del acreedor.

B.- Francia.

Por su parte, la doctrina francesa, generalmente manifestada al estudiar las consecuencias de la infracción del deber de fidelidad, admite la responsabilidad civil delictual de los terceros - es decir, por medio del art. 1382 del Code -, cuando inducen a cualquiera de los cónyuges a incumplir sus deberes conyugales, causando daño al otro miembro, bajo condición de que se pruebe que actúan con conocimiento de la existencia del matrimonio, y desarrollen un comportamiento activo a la inducción de dichas obligaciones, condenando *in solidum* a cónyuge y tercero a resarcir los perjuicios que causen⁵⁹⁶.

⁵⁹⁵ TRIMARCHI, Pietro, Sulla responsabilità del terzo per pregiudizio al diritto di credito, *Rivista di Diritto Civile*, anno XXIX-1983, parte prima, pág. 217 y ss.

⁵⁹⁶ BÉNABENT, *op. cit.*, pág. 119, al hablar de las sanciones por la infracción del deber de fidelidad, expresamente comprende la posibilidad de que ésta de lugar a una acción de daños y perjuicios no sólo contra el cónyuge incumplidor, sino que también respecto del tercero cómplice del mismo, en la medida que se demuestre que éste ha actuado sabiendo la existencia del matrimonio; PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, pág. 256, hablando sobre el deber de fidelidad, añaden que “según la jurisprudencia se concede también una indemnización pecuniaria al esposo víctima del engaño de su cónyuge”, “las mismas resoluciones permiten al marido pedir daños y perjuicios al cómplice solidariamente responsable”; CORNU, *op. cit.*, pág. 58, con ocasión de las consecuencias del incumplimiento del deber de fidelidad, expresa que el ilícito del adulterio se desarrolla sobre el terreno de la responsabilidad civil delictual: el adulterio constituye un delito civil, no solamente para aquel de los cónyuges que lo comete, sino que también para su cómplice; el esposo engañado puede obtener de la justicia la indemnización de los daños y perjuicios no sólo de su contraparte, sino que de los terceros que participen en la violación de la fe conyugal, y que de esta forma, concurren a su ofensa; BOULANGER, *op. cit.*, pág. 266, al comentar las prerrogativas de los deberes de fidelidad y asistencia, expresa que el cónyuge ofendido (independiente de la acción del art. 266 Cc.) puede actuar en contra de su contraparte adúltera y su cómplice, en base al art. 1382 Cc. francés, para el resarcimiento de los daños y perjuicios morales.

En el mismo sentido se ha manifestado la jurisprudencia, desde el inédito fallo del 13 de mayo de 1997 de la Corte de Apelaciones de Bordeaux⁵⁹⁷, oportunidad donde la cónyuge presentó demanda de indemnización de perjuicios en contra de la amante de su marido, refugiándose, al decir de HAUSER, en el Derecho privado a objeto de rescatar y defender la moralidad del matrimonio; si bien, con ocasión del procedimiento de divorcio, la actora ya había sido indemnizada por su marido, por los daños morales causados por el carácter público de la relación adultera que éste mantenía (vivía con su amante), la cónyuge completó su ofensiva contra la tercera mediante una acción de responsabilidad civil conforme al art. 1382 del Code, por las mismas consideraciones antedichas, añadiendo además, que en atención a la culpa de ésta, el marido se había alejado del hogar familiar, motivando con ello la disolución del matrimonio. Sin embargo, el citado juzgador, rechazó en definitiva todas las peticiones alegadas, en atención a que los hechos en que ésta se fundaba, ya habían sido resarcidos en la instancia de disolución matrimonial, siendo condenado por ellos exclusivamente el marido, y no solidariamente la tercera cómplice; añadió, que en todo caso, el comportamiento de ambos, sólo demostraba una simple falta de discreción de la amante, y en ningún caso una culpa que diera lugar a una responsabilidad delictual, como lo pudiera ser el que ella se haya hecho pasar públicamente como cónyuge del demandado; agregó en último término, que para que se acepte una demanda de tal naturaleza no sólo hace falta demostrar por el cónyuge demandante la prueba del adulterio - la cual no sería una culpa suficiente sobre el cómplice -, sino que es menester demostrar una relación de causalidad con la disolución del matrimonio, cuya ruptura constituye el único perjuicio analizado, verificable y, aceptado por la jurisprudencia⁵⁹⁸.

⁵⁹⁷ HAUSER, Jean, L'article 1382, dernier rempart de la morale?, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, N°4, octubre / décembre, 1997, pág. 909, al comentar la sentencia de la Corte de apelaciones de Bordeaux, de 13 de mayo de 1997; HAUSER, Jean, Sanctions de l'obligation de fidélité, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, N°4, octubre / décembre, 2000, pág. 810 y ss., al comentar la sentencia de la sala 1° de lo civil de la Corte de Casación, de 04 de mayo de 2000.

⁵⁹⁸ La necesidad de un comportamiento activo de parte del tercero, induciendo al incumplimiento de los deberes conyugales, a objeto de que pueda ser condenado a resarcir los daños por medio del artículo 1382 Code, queda de manifiesto en la sentencia de la sala 2° de lo civil de la Corte de Casación, de 5 de julio de 2001, comentada por HAUSER, Jean, Le tiers complice de la violation de l'obligation de fidélité, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, N°4, octubre / décembre, 2001, pág. 856, donde se aprecia que la demanda se desestimó en atención que no había sido la amante quien buscó al marido antes o después del matrimonio, que no hubo escándalo, no se buscó dañar específicamente a la cónyuge, y que no tuvo, por los hechos

Esta uniformidad de criterios de la doctrina como de la jurisprudencia francesa, en el sentido de aceptar la responsabilidad civil extracontractual por los daños derivados del incumplimiento de los deberes conyugales, por actos realizados en complicidad o connivencia por un tercero y uno de los cónyuges en perjuicio del otro, tiene explicación en la común o general aceptación de la tutela aquiliana de los derechos de crédito en materia contractual⁵⁹⁹, y especialmente en materia laboral⁶⁰⁰, como oportunamente ha puesto de manifiesto GARÉ⁶⁰¹, al señalar que si se quieren aplicar ciertos principios muy difundidos al matrimonio de la materia contractual (sin que la comparación vaya más allá de la oportunidad técnica), se recordará que la doctrina y jurisprudencia tienen por admitido hace mucho tiempo

demostrados, influencia sobre el marido ni sobre el incumplimiento de los deberes conyugales; que en suma, el marido fue el único responsable de la ruptura, excluyéndose a la amante de la misma, aun cuando conociera de la existencia del matrimonio.

⁵⁹⁹ SAVATIER, René, *Traité de la responsabilité civile*, t. I, Les sources de la responsabilité civile, deuxième édition, ed. Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1951, pág. 187 y ss.; LALOU, Henry, *Traité pratique de la responsabilité civile*, cinquième édition, ed. Dalloz, Paris, 1955, pág. 490 y ss.; ROCA – SASTRE MUNCUNILL, *op. cit.*, pág. 583 y ss.; VATTIER FUENZALIDA, *op. cit.*, pág. 849 y ss.; DE CUNTO ALDO, *op. cit.*; si bien, dentro de los autores citados, se reconoce que se ha tratado de dirigir la protección de los derechos del acreedor respecto de la responsabilidad de los terceros a través de la acción pauliana, la competencia desleal, el abuso del derecho o la colisión de derechos de crédito, ha continuado prevaleciendo el camino de la tutela aquiliana del acreedor amparada en el art. 1382 del Code

⁶⁰⁰ Véase la sentencia de la sala 2º de lo civil de la Corte de Casación, de 5 de julio de 2001, comentada por HAUSER, *Le tiers complice de la violation...*, *cit.*, pág. 856, y el artículo L1237-3 del Code du Travail que dispone “Lorsqu'un salarié ayant rompu abusivement un contrat de travail conclut un nouveau contrat de travail, le nouvel employeur est solidairement responsable du dommage causé à l'employeur précédent dans les cas suivants: 1º S'il est démontré que le nouvel employeur est intervenu dans la rupture; 2º Si le nouvel employeur a engagé un salarié qu'il savait déjà lié par un contrat de travail; 3º Si le nouvel employeur a continué d'employer le salarié après avoir appris que ce dernier était encore lié à un autre employeur par un contrat de travail. Dans ce cas, sa responsabilité n'est pas engagée si, au moment où il a été averti, le contrat de travail abusivement rompu par le salarié était venu à expiration, soit s'il s'agit de contrats à durée déterminée par l'arrivée du terme, soit s'il s'agit de contrats à durée indéterminée par l'expiration du préavis ou si un délai de quinze jours s'était écoulé depuis la rupture du contrat”.

En España, el Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, en su artículo 21 Nº4, contempla una norma algo similar a la expresada en el Código del Trabajo francés, en cuanto obliga al trabajador a indemnizar los daños y perjuicios causados al empleador en caso de infringir el plazo mínimo de permanencia, después de haber sido especializado profesionalmente por éste, al disponer “Cuando el trabajador haya recibido una especialización profesional con cargo al empresario para poner en marcha proyectos determinados o realizar un trabajo específico, podrá pactarse entre ambos la permanencia en dicha empresa durante cierto tiempo. El acuerdo no será de duración superior a dos años y se formalizará siempre por escrito. Si el trabajador abandona el trabajo antes del plazo, el empresario tendrá derecho a una indemnización de daños y perjuicios”; sin embargo, como se observa del texto, la responsabilidad de indemnizar se limita al trabajador, omitiendo el legislador el supuesto que la infracción en el plazo de permanencia sea motivada, inducida por otro empleador, asumiendo ambos solidariamente la obligación resarcitoria; sobre el particular, sería interesante pasar revista a una posible extensión de la interpretación de la norma por la doctrina como por la jurisprudencia laboral.

⁶⁰¹ Citado por HAUSER, *Sanctions de l'obligation...*, *cit.*, pág. 810 y ss., al comentar la sentencia de la sala 1º de lo civil de la Corte de Casación, de 04 de mayo de 2000.

que toda persona, que en conocimiento de causa ayuda a otro a infringir sus obligaciones contractuales, incurre en una culpa delictual en contra de la víctima de la infracción; hay una “obligación de inviolabilidad” impuesta sobre los terceros, y si bien el matrimonio no puede reducirse a un contrato, no se ve porque el matrimonio sería menos inviolable que un contrato.

Si bien, en la actualidad, aún no existe unanimidad en cuestiones tales como, si la responsabilidad del deudor como del tercero cómplice es o no solidaria (aunque esta última es el criterio que se prefiere), o si la responsabilidad contractual de uno arrastra la extracontractual del otro, sí hallamos dos requisitos comunes y necesarios para dar lugar a la tutela aquiliana, como son que el tercero conozca la existencia del contrato, de la relación obligacional, y segundo, que éste realice un comportamiento activo, que colabore con el deudor al incumplimiento de su obligación, es decir, que asuma su rol de cómplice, en el entendido que con su intervención se ocasionará un perjuicio al acreedor, sin llegar al extremo de exigírsele una intencionalidad en dichos daños, no bastando en ningún caso, una simple culpa del tercero, ya que ello sería contrario a la relatividad de los contratos.

C.- Alemania.

Muy distinta es la cuestión en la doctrina y jurisprudencia germana, donde se rechaza cualquier acción que el cónyuge interponga en contra de un tercero, por el daño causado por un acto suyo en complicidad con el otro cónyuge, que importe el incumplimiento de un deber conyugal; el fundamento de esta posición se apoya en que, como expusimos al comentar la situación de los daños entre cónyuges por incumplimiento de los deberes conyugales, la regla general en esta materia, es la especialidad de las reglas del Derecho de familia previstas por el ordenamiento (salvo el excepcional caso que éste sea el resultado de un comportamiento doloso contra las buenas costumbres, amparado en el párrafo 826 BGB), limitando su aplicación exclusivamente a los cónyuges, descartando cualquier pretensión en contra de terceros ya sea a través de los párrafos 823 u 826 BGB, ya que no se

comprende ni justifica que éstos respondan más allá que los propios cónyuges, únicos obligados por los deberes conyugales⁶⁰². Como exponen ENNECCERUS, KIPP y WOLF, si el cónyuge que incumple su deber conyugal no es obligado a indemnizar los daños que con ello cause al otro integrante del matrimonio, mucho menos lo puede ser el tercero cómplice en la infracción; distinta es la situación cuando el tercero, individualmente y por su culpa, impide a uno de los cónyuges el cumplimiento de sus deberes conyugales, en circunstancias que éste está dispuesto a cumplirlos, ya que en este supuesto (daño por rebote o *préjudice par ricochet*) sí se permitiría la acción resarcitoria en su contra⁶⁰³.

Lo anterior es coherente con el hecho que tanto doctrina y jurisprudencia alemana, rechazan la tutela aquiliana de los derechos de crédito; esta afirmación se justifica en que el BGB es un sistema de aquellos en que los ilícitos civiles están establecidos mediante un principio de tipicidad, con un criterio restrictivo, donde la tutela aquiliana se limita a un *numerus clausus* de bienes o intereses protegidos según se aprecia en el parágrafo 823, y entre los cuales no es posible comprender los derechos de crédito⁶⁰⁴, pese a la opinión contraria y menor que algunos intentan sostener amparados en el carácter residual de los términos “u otro derecho” del precepto en comento; en el mismo sentido, LARENZ⁶⁰⁵ considera que la expresión “otros derechos” está limitada a los “derechos absolutos asimilables al de propiedad”⁶⁰⁶, y que en cambio, sobre los derechos de crédito no es posible reconocer tal derecho (de propiedad)⁶⁰⁷, restringiéndose el incumplimiento de la relación obligacional sólo al deudor⁶⁰⁸.

⁶⁰² RODRÍGUEZ GUITIÁN, *op. cit.*, pág. 75 y ss., y en especial, al comentar la sentencia del BGHZ (Tribunal Supremo Alemán), de 30 de enero de 1957.

⁶⁰³ ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, *op. cit.*, pág. 196, nos dan el siguiente ejemplo, “si un padre tiene encerrada a su hija, a pesar de que ésta quiere ir con su marido, éste puede, conforme al §823 ap. 1, demandar del padre la reposición natural, o sea que permita a la hija abandonar el domicilio del padre y le indemnice los daños causados”.

⁶⁰⁴ VATTIER FUENZALIDA, *op. cit.*, pág. 845 y ss., en especial, pág. 848 y 849.

⁶⁰⁵ LARENZ, *op. cit.*, pág. 577 y 578.

⁶⁰⁶ ROCA – SASTRE MUNCUNILL, *op. cit.*, pág. 581 y ss.

⁶⁰⁷ LARENZ, *op. cit.*, pág. 449 y ss., señala que la expresión “propiedad sobre el crédito” sólo denota, significa, la pertenencia jurídica de un crédito, el derecho de una persona determinada, perteneciente a ella.

⁶⁰⁸ En contra de esta posición, como expone DE CUNTO ALDO, *op. cit.*, reiterando lo expuesto por FEDELE, *op. cit.*, pág. 42, se defiende que el derecho de crédito sólo en su aspecto interno se limitaría a la relación entre acreedor y deudor, pero que en su aspecto externo tendría una protección absoluta, lo que

Sobre el particular, FEDELE⁶⁰⁹ resume que los argumentos de esta posición dominante se encuentran en la tradición del Derecho común; en los trabajos preparatorios que dieron origen al parágrafo 823 BGB; en la naturaleza relativa del derecho de crédito prevista en el parágrafo 241 BGB; en la autorización que el legislador le concede al acreedor para exigir de su deudor, la cesión de la acción indemnizatoria que pueda tener contra terceros conforme el parágrafo 281; en las normas de los párrafos 504 y ss., que disciplinan el derecho de retracto o tanteo de un modo que se diferencia del derecho real de preferencia de los párrafos 1094 y ss.; en la ausencia en el BGB de la figura del “*ius ad rem*”; y a las dos situaciones previstas en el texto sustantivo que permiten, excepcionalmente al acreedor, demandar el resarcimiento del daño causado por un tercero, como es el caso del titular de un derecho de alimentos en contra del autor de la muerte de su alimentante (& 844 BGB), y a los acreedores de la prestación de servicios contra el responsable del homicidio, lesión o privación de la libertad de su deudor (& 845 BGB), supuestos que carecerían de sentido si esa fuese la regla general.

IV.- POSICIÓN DE LA DOCTRINA ESPAÑOLA FRENTE A LOS DAÑOS CAUSADOS POR ACTO DE COMPLICIDAD O INDUCCIÓN DEL TERCERO CON UNO DE LOS OBLIGADOS CONYUGALES.

Pese a que sólo un exiguo grupo de autores se han planteado la interrogante que nos motiva, todos ellos se han manifestado a favor de la responsabilidad civil de los terceros; así por ejemplo, DE CASTRO Y BRAVO⁶¹⁰, quien al hablar de la distinción entre derechos absolutos y relativos, y manifestarse partidario de la tutela aquiliana de los derechos de crédito al amparo del art. 1902 Cc., agrega que “de modo semejante, los derechos de familia relativos y los derivados de las relaciones

significaría “un deber general de los terceros de abstenerse de perjudicar al crédito y el correlativo derecho subjetivo del acreedor, todo lo cual deriva en que en realidad para esta doctrina el acto del tercero no debería ser considerado como una lesión del derecho de crédito sino como lesión de un derecho distinto absoluto correspondiente al acreedor”.

⁶⁰⁹ FEDELE, *op. cit.*, pág. 48 y ss.; también en DE CUNTO ALDO, *op. cit.*

⁶¹⁰ DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España...*, *cit.*, pág. 592 y ss.

de cooperación pueden ser base de acciones contra los terceros, que impidan o dificulten indebidamente su cumplimiento”.

En el mismo sentido LACRUZ⁶¹¹, coherente con su posición que entiende a los deberes conyugales como verdaderas obligaciones jurídicas, expresa que “no creo que pueda 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 de los daños que cause”.

No obstante, en nuestra opinión, es DE VERDA⁶¹² quien desarrolla esta cuestión, al comentar la sentencia del Tribunal de Milán de 22 de noviembre de 2002, que si bien resolvió rechazar en términos generales la responsabilidad civil de los terceros, excepcionalmente la admite cuando éstos hayan sido los inductores de la lesión de los derechos de créditos ajenos. Este autor, al criticar el fallo en comentó, sostiene que en virtud del deber general de respeto de los derechos ajenos (fruto de su reconocimiento constitucional en el art. 10 al ser expresión del principio *neminem laedere*), la responsabilidad civil de los terceros que interfieren en el cumplimiento de los deberes conyugales se debe admitir siempre que éste haya realizado una “cooperación maliciosa o negligente a dicho incumplimiento”, sabiendo o debiendo saber que el deudor estaba casado⁶¹³, con independencia de que ello sea consecuencia de un comportamiento activo o inductivo al cónyuge incumplidor, y ya sea imputable a culpa o dolo; agrega, que reconocidos los derechos conyugales como auténticos derechos subjetivos, los terceros se encuentran obligados a respetarlos aunque no sean los destinatarios directos de los mismos, no existiendo argumentos para defender exigencias extraordinarias que

⁶¹¹ LACRUZ BERDEJO, *et al.*, *Elementos de Derecho Civil IV*, Derecho de familia, vol. I... (1990), *cit.*, pág. 143.

⁶¹² DE VERDA Y BEAMONTE, *Responsabilidad civil...*, *cit.*

⁶¹³ Sobre el particular, la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1955, en *Jurisprudencia Civil*, nueva serie, t. LII (52), julio – octubre, 1955, ed. Reus, Madrid, 1958, pág. 1539 y ss., al pronunciarse sobre la eficacia respecto de terceros de un contrato de venta con exclusiva, resolvió que “el pacto de exclusiva despliega su eficacia sólo en las relaciones de los contratantes, no pudiendo ser opuestos a los terceros, respecto a los cuales son válidas las ventas concluídas violando el pacto, correspondiendo indudablemente al comprador una acción de indemnización de daños y perjuicios contra el vendedor, si éste, vendiendo a otros, ha descuidado dar a conocer la prohibición consiguiente a la precedente venta con exclusiva”; de éste considerando colegimos a contrario sensu que, si el vendedor ha cumplido con su obligación de dar a conocer a los terceros la existencia de la cláusula de exclusiva, estos últimos también serán responsables de los daños y perjuicios causados al acreedor, entendiéndose además que, en ningún caso, sería suficiente un conocimiento presunto de la misma para hacer responsables a los terceros.

limiten el accionar directo del acreedor en contra del tercero que interfiere con uno de los cónyuges en el cumplimiento de los deberes conyugales.

Si bien compartimos la opinión del profesor valenciano de extender la responsabilidad sobre los terceros, de conformidad a la doctrina y jurisprudencia italiana y francesa, creemos que ella se debe limitar a aquellas situaciones en que éstos hayan realizado un comportamiento activo, ya sea induciendo o confabulando con el cónyuge deudor al incumplimiento de los deberes conyugales, no siendo suficiente en ningún caso, el simple saber o deber saber que el deudor se hallaba obligado por matrimonio, ni mucho menos cualquier cooperación culpable o negligente, y aún por omisión, al incumplimiento; sostener lo contrario, produciría un número ilimitado y desmesurado de acciones en contra de terceros⁶¹⁴, ya que bastaría alegar que éstos, sabiendo o debiendo saber que una persona se encuentra casada, no se han comportado con su máxima diligencia (bastaría imputarles cualquier culpa), contribuyendo con su acción u omisión al incumplimiento de los deberes conyugales⁶¹⁵.

⁶¹⁴ MORENO QUESADA, Bernardo, Problemática de las obligaciones de hacer, en *Revista de Derecho Privado*, t. LX, enero – diciembre, 1976, pág. 489, señala como éste es uno de los principales argumentos, por sobre los teóricos y de derecho positivo, que se invocan por la doctrina tradicional y jurisprudencia para rechazar el principio de responsabilidad de los terceros por perjuicios causados al crédito.

⁶¹⁵ Imaginémonos el siguiente supuesto: un hombre soltero acude a un lugar público; en dicho recinto conoce a una mujer casada con un supervisor de una empresa, pero que, según información proporcionada por unos amigos, su matrimonio se encuentra en crisis, próximo a la separación; fruto de los manifiestos coqueteos e insinuaciones de la mujer, ambos comienzan un breve romance que se extiende durante un par de días, y que expresan públicamente; precisamente al acudir a un lugar público, un grupo de trabajadores que se desempeñan bajo los servicios del supervisor, se encuentran con la cónyuge y el tercero abrazándose, besándose, y fotografían dicha situación; los trabajadores hacen circular las fotografías en comento por la empresa, incluso por medio de emails, donde se aprecia de forma indiscutible la infidelidad de la mujer; es menester señalar que durante el par de días que se prolongó el romance, el tercero jamás le preguntó a la mujer la situación en que estaba su matrimonio; después de que las fotografías de la mujer y el tercero circularan por más de dos semanas entre los distintos trabajadores de la empresa, llegan a manos de su cónyuge, quien frente a los hechos decide solicitar el divorcio de su matrimonio que hasta esa fecha jamás había estado en crisis alguna, según él por lo menos; asimismo el cónyuge ejerce una acción de responsabilidad civil en contra de su mujer y el tercero por los daños causados por el incumplimiento del deber de fidelidad y por los daños a su propia imagen, honor y fama, ya que la infidelidad de la mujer fue conocida por todos sus compañeros y trabajadores donde él se desempeñaba, siendo objeto de los más diversos comentarios, ridiculizado, satirizado, mofado, privada y públicamente; el tercero solicitó el rechazo de la demanda en su contra basado en que si bien él sabía que la mujer estaba casada, él creía que el matrimonio se encontraba en crisis, próximo a la separación, y que por ello jamás se lo consultó a la codemandada, además que nunca desarrolló un comportamiento activo para con la mujer, ya sea para inducirla o confabularse con ella, al incumplimiento de sus deberes conyugales, que muy por el contrario, fue la cónyuge demandada quien lo sedujo a este breve romance. Con el ejemplo citado, nos interesa destacar que conforme a nuestra posición el tercero no sería responsable por los daños y perjuicios reclamados por el actor, afirmación que probablemente sería totalmente distinta de seguirse la postura del profesor De Verda y

Asimismo, sostenemos que a los responsables del hecho ilícito, cónyuge y tercero, se les debe imputar dolo o culpa grave; al primero, en la acción u omisión que infringe los deberes conyugales, y al segundo, en su acción de inducción o concierto al incumplimiento de los mismos, y por medio del cual, infringe el deber general de respeto impuesto por aplicación del principio *neminem laedere*. Nuestra posición la fundamos en las conclusiones desarrolladas a lo largo del presente trabajo, en el sentido que, por el particular escenario en que nos encontramos – “el matrimonio” –, las reglas de responsabilidad civil sufren modificaciones, al reconocer un privilegio conyugal que limita su tutela a una acción u omisión imputable a culpa grave o dolo de cualquiera de los cónyuges, el cual se hace extensivo a los terceros que participen en el incumplimiento; carecería de toda lógica jurídica pretender que un hecho ilícito causado por dos responsables – un cónyuge y un tercero – exigiera distintos grados de culpabilidad para el reconocimiento de la obligación resarcitoria: al cónyuge dolo o culpa grave y al tercero culpa o negligencia, resultando precisamente menos gravosa la responsabilidad civil para el directa y personalmente obligado por los deberes personales del matrimonio.

En todo caso, esta posición que acoge la responsabilidad civil de los terceros por su complicidad o inducción con uno de los cónyuges al incumplimiento de los deberes conyugales, encuentra su principal fundamento, tanto en Italia, Francia o España, en la propia naturaleza jurídica de las relaciones personales que vinculan a los cónyuges, deberes y derechos jurídicos, subjetivos de familia, que también gozan de la tutela aquiliana, al ser ordenamientos que establecen un sistema de atipicidad de ilícitos civiles, una cláusula general de responsabilidad civil, como inmediatamente pasamos a demostrar.

Beamonte, ya que el tercero sabía que el deudor se encontraba casado y cooperó negligentemente al incumplimiento, aunque sea levísimamente, al no realizar ninguna diligencia para averiguar si era efectivo que el matrimonio de la mujer se hallaba en crisis o no.

A.- De nuevo sobre la naturaleza jurídica de los derechos y deberes familiares.

Así pues, al desarrollar las posiciones que se manifestaban en contra de la admisión de las normas de responsabilidad civil en el matrimonio, en específico al estudiar aquellos que entendían los deberes y derechos conyugales como simples deberes éticos – morales, ya tuvimos la oportunidad de referirnos a su naturaleza jurídica, instancia donde colegimos, apoyados especialmente en los antecedentes históricos y doctrinarios, que se trataba de verdaderos deberes y derechos en su más estricto sentido jurídico.

Recapitulado lo anterior, queremos extender nuestra conclusión, complementando que no sólo tienen el carácter de jurídicos, sino que constituyen verdaderos derechos subjetivos privados de familia; así lo exponen, entre otros ya citados, DÍEZ – PICAZO y GULLÓN⁶¹⁶, al decir “son derechos atribuidos a la persona como consecuencia de la posición en que ésta se encuentra dentro de relaciones de naturaleza familiar”⁶¹⁷, o como precisan MARÍN⁶¹⁸ y DE VERDA⁶¹⁹, son “derechos subjetivos de un cónyuge frente al otro” para que se comporten conforme a dichos deberes, según desprenden de la sentencia del Tribunal de Milán de 10 de febrero de 1999⁶²⁰.

Ahora bien, el sujeto de este derecho subjetivo descansaría en la persona de los cónyuges, el objeto en el comportamiento o conducta del otro cónyuge, en la

⁶¹⁶ DÍEZ – PICAZO y GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, vol. I..., *cit.*, pág. 440 y ss.

⁶¹⁷ En el mismo sentido hallamos a LACRUZ BERDEJO, José Luis, *et al.*, *Elementos de Derecho Civil I*, Parte general, vol. 3, Derecho subjetivo. Negocio Jurídico, tercera edición revisada y puesta al día por Jesús Delgado Echeverría, ed. Dykinson, Madrid, 2005, pág. 69 y ss., quien expresamente comprende en su pág. 78, a los derechos de los cónyuges entre sí como derechos subjetivos privados de familia. Difiere de la posición precedente, CICU, *op. cit.*, 1947, al señalar que en el caso de los derechos subjetivos en el ámbito del derecho familiar, éstos presentan sus propias características, distintas a las expresadas en el cuerpo central de este escrito, al decir en su pág. 131 que “Esto es, nosotros afirmamos que en el derecho familiar todo derecho subjetivo, o es poder de voluntad no referido a un interés propio del titular, o está simplemente dirigido a actuar el cumplimiento de un deber, esto es una mera acción”.

⁶¹⁸ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, *¿Cabe la indemnización... cit.*

⁶¹⁹ DE VERDA Y BEAMONTE, *Responsabilidad civil... cit.*

⁶²⁰ FRACCON, Comentario a la sentencia del Tribunale di Milano, 10 febbraio 1999..., *cit.*, pág. 988 y ss., es muy clara al expresar “la dottrina prevalente, desumendola anche dalle conseguenze che l’ordinamento ricollega alla loro violazione, riconosce la natura pienamente giuridica, e non soltanto morale, dei doveri derivanti dal matrimonio, dimodoché può affermarsi come da essi discenda una posizione giuridica tutelata, o, addirittura, un diritto soggettivo di un cónyuge, nei confronti dell’altro, a comportamenti rispondenti a tali obblighi”; en el mismo sentido se pronunció la sentencia de la Corte de Casación Civil italiana de 10 de mayo de 2005, al afirmar 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.

medida que por medio de ella, se alcanza, logra, la consecución de un interés y, donde su contenido radica en los mismos derechos que integran los efectos personales del matrimonio, o sea, en la fidelidad, ayuda y socorro mutuo, cohabitación y, respeto, con el correlativo deber como contrapartida al derecho establecido⁶²¹.

Finalmente, reconocidos los derechos conyugales como derechos subjetivos, y siguiendo a BUSNELLI y BELLINI, podemos distinguir respecto de éstos, su elemento interno, de carácter relativo, que regula el vínculo jurídico entre los cónyuges; pero también, su elemento externo, de carácter absoluto, que permite su oponibilidad frente a la generalidad de las personas (*erga omnes*), de quienes no sólo se exige el debido respeto, sino que su exclusión en el ejercicio de los mismos.

B.- Admisión de la tutela aquiliana de los derechos de crédito.

Ahora, establecida la precedente conclusión, nos limitamos a reproducir las palabras expresadas por el citado profesor DIEZ - PICAZO, que justifican la tutela aquiliana de los derechos de crédito, de los derechos subjetivos en general, como por ejemplo, los derechos conyugales, señalando que “se ha observado que la

⁶²¹ Aquí reiteramos que, conforme los mencionados autores, DÍEZ – PICAZO y GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, vol. I..., *cit.*, pág. 454, el derecho subjetivo está definido “como una situación de poder que el ordenamiento jurídico atribuye o concede a la persona como un cauce de realización de legítimos intereses y fines dignos de la tutela jurídica” (para CASTAN TOBEÑAS, José, El concepto de Derecho subjetivo, en *Revista de Derecho Privado*, junio de 1940, pág. 121 y ss., después de hacer un estudio resumido acerca de la teoría de la naturaleza jurídica y fundamentos del Derecho subjetivo, concluye que éste “es la facultad de obrar válidamente, dentro de ciertos límites, y de exigir de los demás, por un medio coactivo, en la medida de lo posible, el comportamiento correspondiente, otorgada por el ordenamiento jurídico a un sujeto de voluntad capaz o de voluntad suplida por la representación, para la satisfacción de sus fines e intereses”, comprendiéndose así, todos los distintos elementos que lo integran), donde la única idea que lo califica correctamente es la de “poder”, donde lo decisivo para su existencia, con apoyo en el concepto de JHERING (para quien, “*los derechos son intereses jurídicamente protegidos*”, JHERING, Rudolf Von, *El espíritu del Derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, versión español con la autorización del autor y notas de Enrique Príncipe y Satorres, t. IV, segunda edición, ed. Librería Editorial, Madrid, 1895, pág. 364 y ss.), “estriba en que la protección y la tutela jurídica del interés sean puestas a disposición del sujeto”. En el mismo sentido se manifiesta BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, *Construcción jurídica...*, *cit.*, pág. 68 al decir “Ahora bien, lo decisivo en un sistema jurídico en relación con los intereses no es que existan como tales en cuanto consustanciales con la naturaleza humana, sino que sean reconocidos válidamente, con posibilidad de ejercicio lícito y consiguiente defensa legal. En otras palabras, que obtengan protección jurídica, momento a partir del cual adquieren la categoría de *derecho subjetivo*, puesto que es entonces cuando el titular goza de facultad o poder de hacer valer su interés en la dirección que indique su contenido – de modo absoluto o relativo – y obtener la adecuada tutela en el caso que fuese controvertido por los demás”.

existencia de un deber de respeto general frente al derecho no es una característica peculiar del derecho real, sino que se da también en el derecho de crédito, como en general en todos los derechos subjetivos. En todos aquellos casos en que el derecho de crédito pueda ser violado por un tercero distinto del deudor (v.gr.: violación del derecho derivado de un contrato con cláusula de exclusiva, de un derecho de opción, etc.), el acreedor puede dirigirse contra el tercero para reclamar que su derecho sea satisfecho”, es decir, ejercer su derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios por la violación del elemento externo del derecho, consecuencia del *neminem laedere*, y amparado en el art. 1902 Cc.⁶²².

En el mismo sentido, LACRUZ⁶²³ distingue respecto del deber jurídico, como contrapartida del derecho subjetivo del otro, que sobre éste existe un deber jurídico general, que “se traduce en el respeto que alcanza en principio a todos” para el adecuado ejercicio del titular del derecho, siendo más relevante en los derechos absolutos y, uno especial, “que afecta a una persona determinada, que puede ser compelida a un comportamiento determinado”, todo ello en armonía con los dos lados o facetas que constituyen los elementos del derecho subjetivo, y que según CASTAN⁶²⁴, reproduciendo las palabras de DEL VECCHIO⁶²⁵ de su obra *Filosofía del Derecho*, “uno, es la *posibilidad de hacer o de querer* conforme al imperativo y dentro de sus límites, que puede llamarse elemento *interno*; el otro, está constituido por la *imposibilidad de todo impedimento ajeno* y por la posibilidad correspondiente de reaccionar contra éste, según el mismo orden de imperativos del cual depende la primera delimitación. Existe, pues, *una posibilidad de exigir de otros el respeto*,

⁶²² DÍEZ – PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. 1..., *cit.*, pág. 80; DÍEZ – PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. 2, Las relaciones obligatorias, cuarta edición, ed. Cívitas, Madrid, 1993, pág. 604 y ss.; y DÍEZ – PICAZO y GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, vol. II..., *cit.*, pág. 205 y ss.

⁶²³ LACRUZ BERDEJO, *et al.*, *Elementos de Derecho Civil I*, Parte general, vol. 3..., *cit.*, pág. 83 y ss.

⁶²⁴ CASTAN TOBEÑAS, *El concepto de Derecho...*, *cit.*, pág. 121 y ss.

⁶²⁵ DEL VECCHIO, Giorgio, *Filosofía del derecho*, segunda edición corregida y aumentada y extensas adiciones por Luis Recasens Siches, t. II, ed. Bosch, Barcelona, 1936, pág. 6 y ss., en ella el autor italiano nos señala que “Ambos elementos – interno y externo – son necesarios para el concepto del derecho subjetivo, el cual no consiste simplemente en una posibilidad de hacer, porque se confundiría con la posibilidad física. Esta (la llamada libertad natural) es más amplia que la posibilidad jurídica, la cual, aunque más restringida, tiene, sin embargo, un valor infinitamente mayor, porque va, y en tanto que va, acompañada de la exigencia de respeto”; también en DEL VECCHIO, Giorgio, *El concepto del derecho*, traducción de la segunda edición italiana por Mariano Castaño, ed. Hijos de Reus, Madrid, 1914, pág. 98 y ss.

elemento al cual podemos denominar *externo*, porque se desenvuelve frente a los demás”.

En fin, como resume VATTIER FUENZALIDA⁶²⁶ al manifestarse partidario de la tutela aquiliana de los derechos de crédito, pero limitada a las obligaciones de hacer y no hacer en caso de ser incumplidas parcial o totalmente por un acto de tercero, y después de agregar a la buena fe que se debe buscar en “el equilibrio entre la libertad contractual y el respeto debido a los derechos de los otros”, junto al aspecto externo de los derechos como fundamentos de la misma, señala que ésta posición se justifica: a) en el deber jurídico genérico de respeto a todos los derechos subjetivos, b) en la relevancia y oponibilidad del derecho de crédito ante los terceros, c) en la generalidad del art. 1902, que no excluye el daño causado por el tercero al acreedor, d) en la falta de relatividad de los efectos del contrato, e) en que la pretendida subrogación *ex art. 1186* no permite resolver el problema porque se refiere sólo a las acciones del deudor contra el tercero causante de la imposibilidad de cumplir, pero no a la acción del acreedor contra éste último, f) en que los daños del acreedor son distintos de la pérdida o destrucción de la cosa debida y acaso de cuantía muy superior y, g) en que aparte de ser dudoso que la subrogación aludida sea de aplicación a las obligaciones de hacer – y de no hacer –, la acción del acreedor contra el tercero no puede entrar en el *commodum repraesentationis*, puesto que no compete al deudor en la medida en que el riesgo de pérdida de la cosa debida o de imposibilidad sobrevenida de la prestación incumbe al propio acreedor⁶²⁷.

⁶²⁶ VATTIER FUENZALIDA, *op. cit.*, pág. 851 y ss.

⁶²⁷ En el mismo sentido MORENO QUESADA, *op. cit.*, pág. 489, admite la tutela aquiliana de los derechos de crédito fundada en “la existencia de un deber de respeto del derecho de crédito por parte de los terceros, que no es sino consecuencia del deber general de respeto de todos los derechos subjetivos y de todas las situaciones jurídicas que forman la esfera jurídica ajena”, compartiendo en parte la posición de VATTIER FUENZALIDA, al sostener que ella se da generalmente en las obligaciones de hacer y excepcionalmente en las obligaciones de dar, “ya que el problema se plantea solamente respecto de aquellas que por su naturaleza son intransmisibles a los herederos, por estar la prestación estrechamente ligada a la persona del deudor, de tal manera que su muerte y, en muchos casos, su impedimento para actuar es causa de extinción del vínculo obligatorio. Y tales caracteres figuran típicamente en las obligaciones de hacer infungibles, respecto de las cuales el hecho del tercero que incide sobre la persona del deudor resulta idóneo para producir una lesión del derecho del acreedor”.

También favorable a la tutela aquiliana de los derechos de crédito, pero sin entrar en la controversia de si ésta se debe limitar o no las obligaciones de hacer o no hacer, se expresa PANTALEÓN PRIETO, Fernando, Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1983, en *CCJC*, N°70, 1983, pág. 789 y ss., que, desestimando el recurso de casación interpuesto en contra de la sentencia de la Audiencia Territorial

Sobre el particular, GULLÓN⁶²⁸ agrega que el principio de la relatividad de los contratos no constituye un obstáculo para acoger la tutela aquiliana de los derechos de crédito, ya que no significa que los terceros puedan ignorarlo, sino que sólo el deudor es el único obligado por el contenido de la prestación, y sólo a éste el acreedor puede exigirle la satisfacción de la misma, según precisaba POLACCO⁶²⁹.

de Valladolid de 10 de abril de 1978, confirmó el fallo de segunda instancia que acogió parcialmente la demanda del Abogado del Estado en contra de los demandados, por los daños y perjuicios causados al Estado derivados del accidente que sufrió el sargento de la Guardia Civil, quien resultó lesionado por 180 días, condenándolos a pagar solidariamente la suma de 14.899 ptas. correspondientes a los costos sufragados por el Estado en concepto de asistencia hospitalaria, desestimando por el contrario, la petición de 300.006 ptas. correspondientes a los salarios abonados al lesionado como funcionario público; el motivo señalado por el sentenciador de segunda instancia para desestimar esta última alegación se halla en “que en el presente caso no consta que el Estado – aquí recurrente – haya sufrido perjuicio por consecuencia del servicio que dejó de prestarle subjetivamente uno de sus funcionarios que, por causa de las lesiones sufridas, no lo desempeñó, al no constar que objetivamente la función a realizar por dicho lesionado haya resultado dañada ni que precisare para su cumplimiento de contraprestación complementaria alguna de las presupuestariamente asignadas al servicio”; sobre el particular, rescatamos tres afirmaciones expuestas por el autor en comentario a través de una interesante conversación entre dos juristas imaginarios, Primus y Secundus, que resumen sus argumentos para defender la tutela aquiliana de los derechos de crédito, a saber 1) “naturalmente que admito la llamada “tutela aquiliana de los derechos de crédito” entre otras cosas porque el artículo 1902 habla de “el que causare daño a otro”, sin hacer distinción de ningún tipo”, 2) “las acciones de resarcimiento de daños no forman parte del *commodum repraesentationis* y el acreedor no se subroga en ellas por la sencilla razón de que no hay nada en qué subrogarse.... Pretender fundamentar la reclamación de la Administración en el artículo 1186 del Código Civil es falaz, en cuanto supone caer en un círculo vicioso sin salida. Presupuesto para que el citado artículo funcione es que la Administración haya seguido abonando efectivamente sus salarios al Guardia Civil, pese a la incapacidad transitoria de éste... Pero, como antes vimos, si el Guardia Civil sigue recibiendo sus salarios no ha sufrido daño patrimonial / lucro cesante alguno. Y, consecuentemente, no ha nacido en su cabeza acción alguna de resarcimiento contra el causante de la lesión en la que la Administración pueda subrogarse *ex* artículo 1186” y, 3) “Efectivamente. El daño por el que la Administración puede reclamar no reside en el hecho de haber tenido que continuar abonando sus salarios al Guardia Civil durante el período en que éste no pudo prestar sus servicios, sino, cabalmente, en la privación en sí de dichos servicios; privación que, evidentemente, es causalmente atribuible a tu defendido. Porque dichos servicios son, sin duda alguna, un bien patrimonial (se compran y venden por dinero en el mercado de trabajo...), y la privación de un bien patrimonial es, en principio, un daño patrimonial... Si los restantes Guardias Civiles son tan amables como para trabajar más para cubrir la baja de su compañero, sin cobrar horas extraordinarias, sería absurdo que ello sirviera para exonerarle al dañante. Porque entonces habría que sostener – y nadie lo sostiene – que si A rompe un cristal de B, éste no sufre daño y A no tiene que indemnizarle si el cristalero C, amigo de B, le regala y coloca otro cristal idéntico”.

En sentido contrario se expresa ROCA – SASTRE MUNCUNILL, *op. cit.*, pág. 587 y ss., apoyado en a) que sólo los derechos reales y demás derechos absolutos se imponen a terceros erga omnes, es decir, contienen el deber universal negativo de abstención, b) la existencia de la acción subrogatoria que el art. 1111 y demás del Cc., permiten dar solución a los derechos de crédito del acreedor lesionados por un tercero, c) que el art. 1902 Cc. no ampara los derechos de crédito, sino que sólo a los bienes y propiedad, d) que la lesión de los derechos de crédito de los acreedores no afecta, en ningún caso, a la personalidad misma de éstos, la cual sí es digna de respeto por todo el mundo, y e) que aceptar la tutela aquiliana, ocasionaría el absurdo de múltiples acciones de resarcimiento por culpa extracontractual a favor de muchas personas más o menos relacionadas con el deudor; excepcionalmente se permitiría en caso de privación por un tercero de la pertenencia jurídica de un derecho de crédito y, cuando se produce una interferencia contractual nociva de un tercero frente a un contrato anterior.

⁶²⁸ GULLÓN BALLESTEROS, *op. cit.*, pág. 147 y ss.

⁶²⁹ POLACCO, Vittorio, *Le obbligazioni nel Diritto civile italiano*, vol. I, Roma, 1914, pág. 25 y ss.

Esto es coherente con lo expuesto hasta este momento; el derecho de crédito o quizá mejor dicho los derechos subjetivos en general, están compuestos de dos elementos, uno interno, que comprende el contenido de la prestación de cargo siempre del deudor, y otro externo, que refleja el deber general de respeto del derecho que se impone a los terceros por aplicación del *neminem laedere*, dos deberes jurídicos distintos que se imponen a sujetos diferentes pero que son fruto de un mismo derecho⁶³⁰.

En síntesis, considerando estas claras palabras, junto a las ya expresadas por la doctrina y jurisprudencia italiana, como francesa y, establecido que los derechos conyugales son derechos subjetivos privados de familia, con un elemento interno de carácter relativo, y otro externo de carácter absoluto, deducimos lógicamente y necesariamente, que éstos también se encuentren amparados por la tutela aquiliana, por el deber general de respeto, incluida su protección frente a la lesión de cualquier tercero, como a la protección especial que pesa sobre los obligados: los cónyuges⁶³¹.

⁶³⁰ En sentido contrario se expresa CARNELUTTI, *Appunti sulle obbligazioni*, en *Revista del Diritto Commerciale*, 1, 1915, pág. 553 y ss., al rechazar que la responsabilidad del tercero cómplice se encuentre fundada en la tutela aquiliana causada por la violación del *neminem laedere*; para él, la responsabilidad del tercero nace de la colaboración de éste a la infracción del deber jurídico del deudor, descartando la construcción de una obligación diversa a la obligación violada del deudor; tanto el tercero como el deudor violan una misma obligación, el mismo deber jurídico del deudor, por medio de la ayuda del primero al segundo, siendo éste único deber suficiente para fundar la responsabilidad de ambos.

⁶³¹ En este sentido se ha manifestado RODRÍGUEZ GUTIÁN, *op. cit.*, pág. 75 y 76, quien, precisamente invocando la jurisprudencia española que ha admitido en ciertos casos la tutela aquiliana de los derechos de crédito, o sea, la responsabilidad civil del tercero que participa con el deudor en el incumplimiento de un contrato, concluye que, pese a la peculiaridad de la naturaleza jurídica de los derechos conyugales, existe una similitud con los derechos de crédito, que permitiría hacer extensible la tutela aquiliana de estos últimos a los primeros; no obstante lo señalado, la mencionada autora, coherente con su posición para admitir la responsabilidad civil entre cónyuges desarrollada precedentemente en este trabajo, establece dos límites para acoger esta responsabilidad, a saber, que el tercero haya actuado con dolo, en cuanto conocía la existencia del matrimonio, y que a consecuencia del incumplimiento del deber conyugal se haya lesionado un derecho fundamental o un bien del cónyuge demandante, de manera que este último pueda demandar directamente al tercero no por el incumplimiento sino por la lesión del derecho fundamental o por el bien de que se trate.

V.- DIFICULTADES QUE PUEDE PRESENTAR LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR LOS ACTOS DE COMPLICIDAD O INDUCCIÓN DEL TERCERO CON UNO DE LOS CÓNYUGES EN EL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES CONYUGALES.

Hasta el momento hemos sostenido y justificado que para que el tercero pueda ser declarado responsable, es menester que éste tenga un comportamiento activo, ya sea de complicidad o inducción, con un cónyuge al incumplimiento de los deberes conyugales, junto al particular grado de culpabilidad de ambos sujetos, culpa grave o dolo, en atención al particular escenario en que nos encontramos.

Pero además, la aplicación de la tutela aquiliana para el supuesto en estudio, nos presenta otros dos problemas: primero, la determinación de la vía resarcitoria, ya que por un lado, tenemos al cónyuge sujeto a la responsabilidad civil contractual (obligacional) al incumplir un deber conyugal, y por otro, a un tercero sujeto a la responsabilidad civil extracontractual (extraobligacional) al infringir el deber general de respeto; y segundo, la naturaleza de la responsabilidad, precisando si cónyuge y tercero responden subsidiaria, mancomunada o solidariamente.

Sobre la primera cuestión, GULLÓN⁶³² nos señala que la responsabilidad del deudor debe ser contractual, a diferencia de lo que acontece con el tercero, ya que al no estar vinculado por “una obligación de carácter concreto y específico”, su falta es extracontractual⁶³³, consecuencia de la infracción de un deber general de respeto de todos los derechos – cualquiera sea su clase -, de su elemento externo, en fin, del *neminem laedere* extensible a todos los terceros, ya obren en complicidad, inducción o separadamente con el deudor.

El mismo autor en comentario advierte que el hecho de que existan dos obligados, uno contractual y otro extracontractualmente, no significa que el lesionado pueda pretender el resarcimiento de los daños y perjuicios por cada uno de ellos, ya que deudor y tercero en conjunto⁶³⁴, por acto de complicidad o inducción,

⁶³² GULLÓN BALLESTEROS, *op. cit.*, pág. 152 y ss.

⁶³³ DÍEZ – PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. 2..., *cit.*, pág. 605.

⁶³⁴ Así lo añade MORENO QUESADA, *op. cit.*, pág. 491.

han causado un mismo perjuicio al titular del derecho de crédito, el primero al incumplir su prestación a la que estaba obligado y, el segundo al contribuir a dicho incumplimiento mediante la infracción del *neminem laedere*⁶³⁵. Y es precisamente esta unidad del daño la que obliga a un resarcimiento también unitario, en aplicación del principio *non bis in idem*⁶³⁶ como expresa DÍEZ – PICAZO⁶³⁷, estimando a esta infracción conjunta del derecho de crédito como un “acto unitario sometido a un régimen también unitario de responsabilidad”.

Ahora, en lo que a nosotros nos concierne, en consideración que se ha causado un único daño o perjuicio a un cónyuge, imputable al incumplimiento del contenido de un deber conyugal del otro, y al cual, a contribuido como cómplice o inductor el tercero a través de la infracción del deber general de respeto, creemos que el camino a seguir a fin de obtener el resarcimiento es necesariamente el contractual⁶³⁸ (obligacional), arrastrando el deudor al tercero a dicho campo, con todas sus desventajas (plazo de prescripción) y ventajas (la existencia del privilegio conyugal) para este último; la razón que nos motiva, la encontramos en el hecho que tanto el actuar del deudor como del tercero giran en relación al incumplimiento de una obligación, donde el tercero, aun cuando no está obligado por la prestación del deber conyugal, contribuye a su incumplimiento a través de la infracción del *neminem laedere*, causando por medio de ello un único perjuicio al cónyuge lesionado.

No obstante lo expuesto, y sin olvidar que muchos podrán disentir del camino propuesto, defendiendo que la vía correcta es la extracontractual (extraobligacional)

⁶³⁵ Por el contrario, si el acreedor lesionado puede demostrar que el tercero, por medio de la infracción del *neminem laedere* ha causado un daño distinto al incumplimiento de la prestación del deudor, sin duda podrá demandar a ambos separada e individualmente, por el perjuicio imputable a cada uno.

⁶³⁶ No se puede juzgar algo que ya está juzgado, no se puede repetir dos veces lo mismo.

⁶³⁷ DÍEZ – PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. 2..., *cit.*, pág. 606.

⁶³⁸ Sobre el particular MAZEAUD, Henry, Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, t. XXVIII, Paris, 1929, pág. 607 y ss., señala que, establecida la responsabilidad civil del tercero en delictual, y la del deudor principal en contractual, se pueden sostener dos alternativas: una, que la responsabilidad del tercero influya sobre la del deudor transformando la responsabilidad de este último en delictual o, dos, que se defienda la situación inversa, y que sea la responsabilidad del deudor la que influya sobre el tercero transformándola en contractual, justificando esta última postura en el carácter accesorio de la responsabilidad del tercero, que accede a la del deudor principal, y en las resoluciones judiciales que, en virtud de la unidad del daño, han declarado la responsabilidad solidaria del deudor y el tercero, aun cuando advierte que ambos argumentos no son suficientes para resolver esta cuestión.

– cuestión que podemos discutir -, sí rechazamos que el cónyuge lesionado tenga que recurrir a las dos alternativas para obtener de los responsables su reparación, contractual para el deudor y extracontractual para el tercero, como precisamente resolvió (en nuestra opinión, equivocadamente) el Tribunal Supremo en la sentencia de 23 de marzo de 1921⁶³⁹; en ella, el acreedor demandó el resarcimiento de un único perjuicio causado por un acto culposo colectivo, imputable al incumplimiento contractual del deudor y a la intervención de un tercero, resolviéndose dividir la obligación resarcitoria en dos partes iguales, reputando las dos deudas distintas, tesis jurisprudencial que como advierte MORENO QUESADA⁶⁴⁰, “conduce a dificultades de orden práctico muy importantes”, al establecer responsabilidades bajo regímenes distintos, sin solidaridad, con diferentes plazos de prescripción, valoración del daño y culpa.

El fundamento de la unidad del daño, nos permite solucionar también el segundo de nuestros problemas, ya que podemos justificar la naturaleza solidaria de la obligación resarcitoria, aunque sea impropia, imperfecta o *in solidum* según advertimos⁶⁴¹, salvando así la imposibilidad para determinar un porcentaje del daño

⁶³⁹ *Jurisprudencia Civil*, t. CLII (152), 1923, pág. 585 y ss.

⁶⁴⁰ MORENO QUESADA, *op. cit.*, pág. 490.

⁶⁴¹ MAZEAUD, Henry et Léon, et MAZEAUD, Jean, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. II, sixième édition, ed. Éditions Montchrestien, Paris, 1970, pág. 1096 y ss., dicen expresamente que “la distinction entre la solidarité, qui unit les codébiteurs contractuels, et l'obligation in solidum, qui atteint les codébiteurs délictuels, soulève une difficulté dans le cas où un tiers est responsable de l'inexécution d'un contrat, qu'il soit ou non complice du contractant. On sait que le contractant et le tiers son l'un et l'autre obligés au tout. Mais cette obligation est-elle in solidum ou solidaire? Pas de doute pour le tiers responsable. Sa responsabilité est délictuelle. Il ne peut encourir, sauf disposition contraire de la loi, qu'une obligation in solidum. C'est aussi une obligation in solidum qui, sauf disposition contraire, pèse sur le contractant. Celui-ci est bien un débiteur contractuel, mais il n'est pas un codébiteur contractuel. Il n'est pas, en effet, tenu avec un cocontractant. Or, les règles de la solidarité contractuelle ne sont applicables, on l'a vu, qu'aux codébiteurs contractuels, c'est-à-dire aux cocontractants”. YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad...*, *cit.*, pág. 407 y ss., respecto de la obligación in solidum o solidaridad impropia señala que “constituye un esfuerzo doctrinal y jurisprudencial que trata de hallar una fórmula de vinculación solidaria que no sólo refuerce la tutela del perjudicado, sino que permita, por un lado, salvar la ausencia de norma y la consiguiente presunción de mancomunidad, y por otro, evitar que se den determinadas consecuencias propias de la solidaridad pasiva que tampoco convencen en la solidaridad propia... La diferencia de objeto con la obligación solidaria se encontraría así en que en ésta los obligados deben *una sola prestación*, mientras que en la situación in solidum lo que deben son *prestaciones idénticas* (naturalmente, no repetibles)”. DE COSSIO, *La causalidad en la responsabilidad...*, *cit.*, pág. 550, distingue la obligación in solidum de la teoría de la solidaridad, señalando que ésta “es una cosa muy distinta, pues cada uno de los deudores responde por entero, con independencia de los demás, ya que el vínculo del que su responsabilidad deriva, es un vínculo independiente, que ha nacido por sí solo”.

imputable a cada uno, él que no sólo sería injustificado, sino que lo más probable, arbitrario.

Es por ello, que pese a que el art. 1137 Cc. disponga como fuente exclusiva de la solidaridad su expresa determinación en la obligación, se ha entendido que el principio de no presunción de solidaridad, sólo puede ser aplicable a las obligaciones que nacen de la convención, como expresamente se resolvió en la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 1903⁶⁴², al establecer que las normas de los arts. 1137 y 1138 Cc., no son aplicables al presente caso, “ya porque no cabe pacto alguno en obligaciones que no tienen su fuente en la convención, ya también porque la naturaleza del acto jurídico, consistente en el cobro de lo indebido, impone la necesidad del total reintegro al perjudicado, en cuanto sea dable, sustrayéndole de las contingencias que de la mancomunidad puedan derivarse, contingencias que deben recaer, en todo caso, sobre los que se aprovecharon del error ajeno”, siendo en definitiva absurda la exigibilidad de su expreso establecimiento en supuestos de responsabilidad civil extracontractual, donde es imposible su estipulación (como lo es en el caso del tercero). Como ya afirmaban los MAZEAUD⁶⁴³, “si en un caso de más deudores contractuales se puede prever que el uno no cumplirá y puede tomarse la garantía estipulando la solidaridad, ¿cómo suponer que un tercero intervendrá para oponerse a la ejecución del contrato o para hacerse cómplice de la inejecución? La solidaridad es imposible de estipular también en los supuestos de deudores todos delictualmente obligados”⁶⁴⁴.

⁶⁴² *Jurisprudencia Civil*, t. XCVI (96), (Nº2º de 1903), julio – diciembre, 1904, pág. 941 y ss.

⁶⁴³ MAZEAUD et MAZEAUD, *op. cit.*, pág. 1085; en todo caso, hemos seguido la traducción del párrafo en comento realizada por GULLÓN BALLESTEROS, *op. cit.*, pág. 158.

⁶⁴⁴ En sentido contrario a la solidaridad de los responsables, hallamos la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1921, en *Jurisprudencia Civil*, t. CLII (152), 1923, pág. 585 y ss., en donde el máximo tribunal revocando la sentencia de segundo grado, resolvió que “las obligaciones que el fallo recurrido impone a Doña Francisca Márquez López (conocida como Raquel Meller) y a la Compañía antedicha (Compañía Española del Gramófono S.A.), nacieron, respectivamente, de actos culposos colectivos que realizaron, con los cuales la primera cometía infracciones contractuales, y la segunda incurría en responsabilidades civiles extracontractuales; y ambas obligaciones no pueden estimarse solidarias, ya que sólo deben tener ese carácter, a tenor del último apartado del art. 1137, las que expresamente así lo determine su título y aquellas otras de cuyo texto resultare, según establece la condicional excepción con que empieza el 1138, procediendo aplicar la regla de este último precepto a fin de presumir la deuda dividida en dos partes iguales y reputar las dos deudas distintas”.

Por último, quizá la forma más adecuada para poner fin a este capítulo, y que resume casi todos los fundamentos expuestos, sea a través de la reproducción de un considerando de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 1957⁶⁴⁵, donde se resolvió que “cuando existe connivencia de defensor y padre para adjudicar a éste con perjuicio de los menores de mejor y más valor de la herencia, despojándoles de sus bienes mediante una actuación unida y solidaria, porque sin ella no lograría tan injusto fin, ello no puede menos de engendrar una responsabilidad de igual naturaleza, si ha de ser garantizada la reparación del daño causado”. Siguiendo la orientación de este fallo, y llevándola al terreno que nos convoca, el resultado debería ser el siguiente: cuando existe connivencia de un tercero y un cónyuge para incumplir un deber conyugal con perjuicio del otro cónyuge, lesionando su derecho subjetivo mediante una actuación unida y solidaria, porque sin ella no se lograría tan injusto fin, ello no puede menos de engendrar una responsabilidad de igual naturaleza, si ha de ser garantizada la reparación del daño causado.

⁶⁴⁵ *Jurisprudencia Civil*, nueva serie, t. LX (60), marzo – abril 1957, 1960, pág. 893 y ss.

CAPÍTULO SEXTO.
DE LOS DAÑOS CIVILES CONSECUENCIA DE LAS SITUACIONES
DE CRISIS CONYUGAL.

I.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

Aclarada nuestra posición frente a los daños causados constante matrimonio, debemos centrarnos en las situaciones de crisis conyugal, escenario más que complejo, al darse término a un negocio jurídico de Derecho de familia entre personas que han estado sujetas a vínculos patrimoniales, pero sobre todo, personales.

Ciertamente, en virtud de las consideraciones personales, nos preguntamos si por la declaración de nulidad de matrimonio, o por la disolución del matrimonio por la declaración de divorcio, se pueden producir en alguno de los cónyuges un daño indemnizable, patrimonial o especialmente moral, al verse obligado a aceptar una ruptura que no se desea, frustrando sus expectativas futuras de familia, entre otros.

II.- DIVORCIO.

Comencemos imaginándonos el siguiente supuesto: A (mujer) contrae matrimonio con B (varón); durante la vigencia del vínculo, A incumple el deber de fidelidad, resultando embarazada producto de la relación extramatrimonial; el hecho es ocultado por la mujer por más de diez años, periodo durante el cual, el marido asumió una paternidad ajena como propia; conocida la realidad de los hechos, no sólo se deberá corregir la filiación del menor, sino que se deberá indemnizar a B por el daño patrimonial causado, al asumir unos gastos de educación y crianza que no le correspondían, como por el daño extrapatrimonial originado por incumplimiento del deber de fidelidad, como por la pérdida del vínculo afectivo con el menor que creía su hijo.

Para obtener el íntegro resarcimiento, B tendrá las siguientes alternativas:

- a) demandar a A por el resarcimiento de los daños causados durante el matrimonio, amparado en las normas de responsabilidad civil contractual (obligacional), dejando subsistente el matrimonio;
- b) demandar a A por la reparación de los daños en la forma señalada y, pedir, además, el divorcio.

Si B opta por esta última alternativa, nos preguntamos si la disolución del matrimonio por la declaración de divorcio, le puede causar otros daños, como por ejemplo, un daño extrapatrimonial originado por la frustración de la esperanza de lograr una familia legítimamente constituida, y que el Tribunal Supremo, a través de la sentencia de 26 de noviembre de 1985⁶⁴⁶, ya reconoció como un interés jurídicamente tutelado.

Sobre el problema que nos motiva, veremos como influye la naturaleza jurídica del divorcio, sobretodo después de la modificación de la Ley 15/2005, de 08 de julio, determinando si es una facultad, derecho o sanción, de cualquiera de los cónyuges y, si en uno u otro caso, ello es causa suficiente que justifique la inaplicación de las normas de responsabilidad civil frente a la existencia de un daño proveniente de ella⁶⁴⁷.

Es menester señalar que hasta antes de la citada modificación, conforme a la reiterada STS de 30 de julio de 1999, como por los escasos autores que se habían referido al tema – v.gr. ROCA I TRÍAS -, el enfoque que primaba, se inclinaba por el rechazo de la aplicación de las normas de responsabilidad civil, fundados en que el legislador español, según se argumentaba, había optado por el “divorcio remedio” o “solución”, desatendiendo cualquier alegación de daños ocasionados por la respectiva declaración, como de la valoración de toda circunstancia de culpabilidad en esta instancia de crisis conyugal.

⁶⁴⁶ RJ 1985, 5901.

⁶⁴⁷ Para un estudio sobre las consecuencias económicas introducidas por el divorcio abstracto, se puede consultar a ALASCIO CARRASCO, Laura y MARÍN GARCÍA, Ignacio, Contigo a sin ti: regulación del divorcio e incentivos a pedirlo, Aproximación al análisis económico del divorcio en la Ley 15/2005, *InDret*, enero de 2007, (http://www.indret.com/pdf/395_es.pdf), donde los autores “defienden que la nueva legislación abarata la disolución del vínculo matrimonial por divorcio, favorece las rupturas eficientes y elimina comportamientos oportunistas en contratos de matrimonio simétricos”.

Ahora, la actual redacción del art. 86 Cc. dispone que se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera haya sido la forma de su celebración, a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el art. 81 Cc., es decir, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio, a excepción que se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio, en cuyo caso no será exigible el plazo de tres meses.

Conforme a estos preceptos, se pueden distinguir cuatro formas para motivar la declaración de divorcio:

- a) A petición de ambos cónyuges.
- b) A petición de uno de los cónyuges con el consentimiento del otro

En estos dos casos (a y b), se requiere acompañar a la respectiva demanda de divorcio, una propuesta de convenio regulador en los términos previstos en el art. 90 Cc.

- c) A petición de uno solo de los cónyuges.

Para estos tres supuestos señalados (a, b y c), es preciso que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio para ejercitar la correspondiente acción.

- d) A petición de uno solo de los cónyuges, sin necesidad de la exigencia del transcurso del plazo de tres meses para su presentación, cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge actor o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio.

En el caso de que la petición de divorcio sea por uno solo de los cónyuges, haya transcurrido o no el plazo de tres meses contados desde la fecha de celebración del matrimonio (entiéndase los supuestos expuestos en letras c y

d), es necesario que se acompañe a la demanda, una propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación⁶⁴⁸.

De estas distintas alternativas, centraremos nuestro estudio en las expuestas en las letras c) y d), ya que las otras dos, al estar motivadas en ambos cónyuges o en uno de ellos con el consentimiento del otro, han manifestado su consentimiento, su anuencia al divorcio, impidiéndoles el ejercicio de una acción posterior en tal sentido.

A.- Divorcio a petición de uno solo de los cónyuges, transcurridos tres meses desde la celebración matrimonial.

Sobre el particular, el Informe al anteproyecto de Ley de modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio del Consejo General del Poder Judicial, al igual como se observa en las Conclusiones de la Asociación de Mujeres Juristas Themis⁶⁴⁹, contienen una dura crítica a la incorporación en el ordenamiento español, del llamado divorcio abstracto o sin causa, como a las eventuales consecuencias que se puedan derivar de su ejercicio. Ambos concluyen, que bajo el escenario del divorcio a petición de uno solo de los cónyuges, eventualmente se pueden causar daños y perjuicios indemnizables, al expresar, que “la ruptura del contrato jurídico matrimonial contra la voluntad de la otra parte signataria del negocio sinalagmático, debe dar derecho a ésta a obtener la compensación que le es debida”, donde “debería analizarse la trascendencia que una eventual conducta dolosa o culposa de una de las partes puede tener, por ejemplo forzando una separación unilateral de hecho, sin mayores explicaciones o una separación o divorcio judicial, frustrando las legítimas expectativas, espirituales y materiales, de

⁶⁴⁸ SERRANO ALONSO, *op. cit.*, pág. 127: “No necesita el demandante invocar causa alguna que justifique su petición, pero a su demanda debe acompañar una propuesta de medidas reguladoras de los efectos del divorcio... Para el legislador esta propuesta de medidas reguladoras tiene una triple finalidad: que el demandado conteste a las medidas solicitadas por el cónyuge demandante; que el cónyuge demandado a su vez proponga las medidas que estime convenientes y que el juez pueda propiciar que los cónyuges lleguen a un acuerdo respecto a todas o el mayor número de ellas”.

⁶⁴⁹ Conclusiones del taller de trabajo realizado por la Asociación de Mujeres Juristas Themis, del 17 de noviembre de 2004..., *cit.*, conclusión 4.1.-

la otra parte en cuanto a su vida futura”⁶⁵⁰; y que la decisión de separarse o divorciarse por voluntad unilateral de uno de los cónyuges, “puede causar perjuicios al otro cónyuge quien podía tener unas razonables expectativas de convivencia que pueden haber condicionado su situación laboral, geográfica o de residencia, social, económica... En este caso, sin que se niegue el derecho a separarse o divorciarse, igual que cuando una persona quiere resolver unilateralmente un contrato cuya resolución causa perjuicios, tendrá el deber de repararlos”⁶⁵¹.

MARÍN⁶⁵² después de reiterar que conforme los principios que han presidido la reforma de la Ley 15/2005, “el ejercicio del derecho a no continuar casado no debe hacerse depender de la demostración de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud”, se cuestiona de qué pasa si en el ejercicio de esta libertad se causa un perjuicio injusto al otro, o si fruto del desarrollo de la personalidad de un cónyuge se conculcan derechos dignos de protección del otro cónyuge, más aún si consideramos que el legislador al regular el desistimiento unilateral por la sola voluntad de una de las partes, como las consecuencias de la resolución por incumplimiento de los contratos

⁶⁵⁰ El Informe al anteproyecto de ley de modificación del Código civil en materia de separación y divorcio, concluye en su pág. 15 y ss. que “en materia jurídica, no se concibe un contrato sin causa. Así como sería una aberración jurídica la cancelación unilateral de un contrato (por definición sinalagmático), así también lo es un “divorcio sin causas justificativas”: no causas morales, sino causas que jurídicamente justifiquen la denuncia y subsiguiente rescisión del contrato bilateral, que es el matrimonio. La ruptura del contrato jurídico matrimonial contra la voluntad de la otra parte signataria del negocio sinalagmático, debe dar derecho a ésta a obtener la compensación que le es debida. Eso es lo que la actual Ley de divorcio cuidó de establecer en términos, no por razones de tal o cual moral, sino por indispensable rigor jurídico sin dejar de ser por ello una ley progresista. La modernización y actualización de las leyes no tiene por qué estar reñida con la pérdida del sentido ético, ni, tampoco dar lugar a que ambos planos se puedan confundir”.

⁶⁵¹ La conclusión 4.1.- reza que “desde la perspectiva del Derecho Civil el matrimonio es un contrato entre dos personas con capacidad de disponer, al que la jurisprudencia aplica con carácter subsidiario las normas generales relativas a las obligaciones y contratos, siendo los requisitos imprescindibles para la validez del matrimonio el consentimiento de las partes, el objeto del contrato y la causa de la obligación que se establece. Los contratos sin causa no producen efecto alguno. Sí se suprimen todas las causas para la separación o el divorcio pierden su sentido los deberes y derechos de los cónyuges regulados en el propio Código Civil”; por su parte la conclusión 4.3.-, relativa a la indemnización por los perjuicios causados, añade que “con esta regulación desaparece la necesidad de alegar una causa de separación o de divorcio para cualquiera de los cónyuges, pero sí uno de los cónyuges considera y prueba que el otro ha incumplido las obligaciones que le impone el matrimonio podrá solicitar al Juzgado una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados al otro, que deberá ser fijada por el Juzgado teniendo en cuenta, entre otras, las circunstancias establecidas. Esta indemnización es independiente de la pensión compensatoria que su fundamento es el desequilibrio económico de los cónyuges al momento de la separación. La razonabilidad de la desaparición de la culpabilidad no excluye la existencia de responsabilidad por la ruptura no consensuada”.

⁶⁵² MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Separación y divorcio..., *cit.*, pág. 145, y ss.; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, ¿Cabe la indemnización..., *cit.*

sinalagmáticos, siempre prevé una responsabilidad jurídica; si bien, descarta que la mera ruptura pueda producir consecuencias jurídicas indemnizatorias, añade que “lo que sí habrá que analizar son las posibles consecuencias jurídicas cuando se produzca un daño injusto en la esfera personal”⁶⁵³.

En todo caso, en lo que respecta a los daños materiales provenientes de la declaración de divorcio, la autora en comento, abre la posibilidad de recurrir a la pensión compensatoria, a objeto de indemnizar el “perjuicio o daño de naturaleza objetiva” que pueda resultar de la petición de divorcio de uno solo de los cónyuges, pero limitado al aspecto económico y no personal.

Por nuestra parte, no compartimos las opiniones antedichas, ya que creemos que se deben a ciertos errores, a saber, el primero, al entender la naturaleza jurídica del matrimonio como la de un contrato sinalagmático y, segundo, al confundir los daños y perjuicios causados por incumplimiento de los deberes conyugales - indemnizables en los términos ya expuestos en este trabajo -, con los daños causados por la declaración de divorcio; dichos errores, confusión de ideas, quedan patentes en MARÍN⁶⁵⁴, como al igualmente acontece al examinar las conclusiones 4.1 y 4.3 de la Asociación de Mujeres Juristas Themis, y el Informe del Consejo General del Poder Judicial, donde se evidencia el rechazo al divorcio abstracto o sin causa, y se defiende la obligación de resarcir los daños y perjuicios causados por la declaración de divorcio solicitada unilateralmente.

Al respecto, nos limitamos a reiterar todos y cada uno de los argumentos expuestos cuando estudiamos los deberes y derechos conyugales, oportunidad donde concluimos que la naturaleza jurídica del matrimonio no es la de un “contrato” o “similar a un contrato”, sino que es un negocio jurídico de derecho de familia, con sus propios caracteres y fines.

Ahora bien, en lo relativo a los daños y perjuicios causados por la declaración de divorcio solicitada unilateralmente por cualquiera de los cónyuges – cuestión muy distinta de los daños y perjuicios causados por incumplimiento de los deberes

⁶⁵³ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Separación y divorcio..., *cit.*, pág. 151 y ss.

⁶⁵⁴ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO (*ibid.*, pág. 148), señala, “realmente dado que el matrimonio es un negocio jurídico sinalagmático, no se explica la razón por la que su ruptura no deba tener causa alguna”.

conyugales -, descartamos su reparación en el evento de que éstos se produzcan. Si bien, eventualmente, la disolución del matrimonio por la declaración de divorcio puede causar en el cónyuge pasivo daños y perjuicios, al ver frustrada su esperanza de lograr una familia legítimamente constituida, las proyecciones de una vida futura tanto en sus aspectos materiales o personales, o simplemente, al verse expuesto a la disolución de un matrimonio que conforme a sus creencias personales es indisoluble, entre otras alternativas, creemos firmemente, que en ningún caso, estos daños deban ser resarcidos por el cónyuge solicitante de la declaración, por cuanto, el derecho al divorcio, consagrado por la Ley 15/2005, se convierte en una causa de justificación de los mismos y de exclusión de responsabilidad, transformándolos en “lícitos y justos”, y que de no existir, conduciría a la correspondiente obligación resarcitoria.

El legislador, al permitir el divorcio a petición de uno solo de los cónyuges transcurridos tres meses desde la fecha de celebración, consagró al mismo como un derecho subjetivo de familia, un poder que prima por sobre los otros derechos o intereses que puedan verse lesionados con el ejercicio del mismo, descartando con ello cualquier tutela indemnizatoria de este escenario.

Si bien, de DE VERDA⁶⁵⁵ también se cuestiona si la Ley 15/2005 no estará consagrando una especie de repudio⁶⁵⁶, “colocando al cónyuge abandonado en una situación de indefensión frente a un mero cambio de voluntad del que, unilateral y sorpresivamente, decide divorciarse”, al estudiar los presupuestos de la responsabilidad civil, en específico al hablar del daño resarcible, expone que “el primero de los presupuestos de la responsabilidad es la existencia de un daño resarcible, el cual no puede ser identificado con el que estrictamente resulte del

⁶⁵⁵ DE VERDA Y BEAMONTE, Responsabilidad civil y divorcio..., *cit.*

⁶⁵⁶ RAMOS CHAPARRO, *op. cit.*, pág. 1157 y ss., y en lo particular en su pág. 1160 y 1161, se manifiesta muy crítico de la reforma, al decir que “al legislador de 2005 parece no importarle nada que el Derecho permita, sin sanción ni consecuencia alguna, la disolución injustificada del matrimonio. Casi se diría que no concibe tal concepto, puesto que prescinde del criterio valorativo externo de “causa” legal. Ha configurado una especie de divorcio – repudio, enteramente semfítico (aunque por supuesto judicializado), posiblemente inimaginable, en 1978, para los padres de la Constitución”, añadiendo en su pág. 1163 y ss., que “para evitar el cumplimiento de la “amenaza de divorcio”, el cónyuge económicamente débil o interesado aún en la convivencia, tal vez haya de tolerar muchas cosas que no estaría dispuesto a soportar si el otro no pudiese de hecho obtener el divorcio tan fácilmente”.

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, el incumplimiento de las obligaciones conyugales del otro consorte)”, distinguiendo así claramente, el daño resarcible causado por incumplimiento de los deberes conyugales, del daño no resarcible – valga la redundancia - originado por la declaración de divorcio, o lo que es lo mismo, diferenciando el daño ilícito e injusto del lícito y justo, respectivamente. Como oportunamente recordamos, “el que usa de su derecho no causa daño a nadie” (*neminem laedit qui suo iure utitur o qui iure suo utitur, neminem laedit*).

Así pues, en la actualidad, no nos cabe duda que el divorcio constituye un derecho subjetivo⁶⁵⁷, una manifestación de la libertad que el ordenamiento jurídico español reconoce a cualquier persona casada (podríamos decir, a todo cónyuge), permitiéndole solicitar la disolución de su matrimonio fundado en su exclusiva voluntad individual, sin necesidad de alegación o expresión de causa o motivación alguna⁶⁵⁸. Como destaca PASTOR VITA⁶⁵⁹, la principal consecuencia de la

⁶⁵⁷ DÍEZ – PICAZO y GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, vol. I..., *cit.*, pág. 433 y ss., “podemos decir que el derecho subjetivo está compuesto por un conjunto o haz de facultades unitaria y armónicamente agrupadas”, que “permite y posibilita a la persona obrar o actuar de una determinada manera. Por ello, la única idea que califica correctamente al derecho subjetivo es la de “poder”.

⁶⁵⁸ En este sentido se expresan SERRANO ALONSO, *op. cit.*, pág. 108, al decir, “para la nueva ley la voluntad de los cónyuges es tanto la causa que determina el nacimiento del matrimonio como la que le pone fin a su vigencia; pero mientras que el matrimonio no surge sin la concurrencia de dos voluntades conformes, para la separación o el divorcio es suficiente con la voluntad unilateral de cualquiera de los cónyuges”; ATIENZA NAVARRO, *La incidencia de las reformas de 2005...*, *cit.*, pág. 159 y ss., al expresar “esa reacción, sin embargo, se ha visto sustancialmente alterada tras la reforma del CC por la Ley 15/2005, de 8 de julio, y ello por varios motivos. De un lado, porque se introduce la mera voluntad personal como única causa para instar la separación o el divorcio... En suma, el incumplimiento de los deberes conyugales ya no se recoge en los arts. 82 y 86 CC como causa específica para solicitar la separación o el divorcio, pues hoy no es necesario alegar ni justificar motivo alguno: basta, insisto, la voluntad de los contrayentes en no continuar casados o conviviendo maritalmente”; CAÑETE QUESADA, Agustín, *El anteproyecto de ley por el que se modifica el código civil en materia de separación y divorcio*, (http://www.porticolegal.com/pa_articulo.php?ref=183), al manifestar que “es por ello por lo que se aboga ahora por un sistema de libertad absoluta donde los contrayentes puedan romper el vínculo matrimonial sin más excusa que su propia voluntad individual y el transcurso de un perentorio plazo de tres meses desde la celebración del matrimonio. Este cambio legislativo se justifica... principalmente, en el respeto al libre desarrollo de la personalidad que se eleva por encima de la idea que se pudiera ostentar sobre la institución del matrimonio o la necesidad de implicación de los poderes públicos mediante una labor tuitiva de la familia asentada sobre una interpretación tradicionalista y religiosa de dicha institución”; LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Merecido adiós al sistema causalista en las crisis matrimoniales*, *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 655, Parte Comentario, ed. Aranzadi, S A. (BIB 2005\153), Pamplona, 2005, al señalar que “la segunda idea que late en la reforma que se avecina es muy fácil de formular: se abandonan de raíz las causas de separación

Reforma, al permitir la separación o divorcio teniendo como causa determinante la propia voluntad expresada en la solicitud, es el reconocimiento de “un derecho de la persona, en aras de potenciar la libertad de ésta y el libre desarrollo de su personalidad”, que pertenece a los derechos de familia, y que en definitiva, faculta a cualquiera de los cónyuges de poder solicitar unilateralmente su divorcio sin necesidad de causa alguna.

Es más, para los defensores del reconocimiento de los derechos potestativos o de modificación jurídica dentro de la clasificación de los derechos subjetivos, el divorcio sería un derecho potestativo extintivo, en cuanto “permite dar por terminada la relación jurídica preexistente”, el matrimonio, “por medio de una declaración unilateral de voluntad de cualquiera de los cónyuges, y sin que realmente exista una obligación correlativa de la otra parte, sino más bien un estado de sujeción”⁶⁶⁰.

Igualmente, descartamos entender al divorcio como una facultad, como se expresa en el párrafo 10 de la exposición de motivos de la Ley 15/2005, facultad quizás comprendida dentro del mal llamado derecho a contraer matrimonio – según

y divorcio, en el entendimiento de que quienes libre y voluntariamente decidieron casarse, de igual manera pueden dejar de estar vinculados por el lazo matrimonial, sin necesidad de airear o explicitar ante terceras personas, aunque algunas de ellas revistan la toga judicial y sean, por tanto, respetabilísimas, sus propias miserias, desavenencias y frustraciones. Donde hubo consenso matrimonial - *solus consensus obligat*, decía la enseñanza clásica en materia contractual originador del matrimonio, aparece el disenso, sea mutuo, sea unilateral, como causa única y suficiente, sin necesidad de relatar en qué se fundamenta, de qué amarguras y conflictos se nutre el desafecto y la ruptura convivencial. Y aquí nace el problema. ¿Qué hacer cuando uno de los componentes de la pareja no desea seguir viviendo en común y, libre y voluntariamente, ha decidido poner fin a la convivencia matrimonial? Pues, a estas alturas de civilización, la verdad es que lo mejor es certificar la defunción del matrimonio, sin ambages, y permitir que, con la mayor celeridad posible, los cónyuges procuren rehacer su vida lejos el uno del otro, pues naturalmente si se les reconoció madurez suficiente para comprometerse matrimonialmente, ¿cómo se le va a negar capacidad y serenidad suficiente para poner fin a la situación matrimonial?”; DE VERDA Y BEAMONTE, *La personalización del matrimonio...*, *cit.*, pág. 22 y ss., en referencia a la Ley 15/2005, señala que “se ha admitido, pues, no sólo el divorcio por mutuo consentimiento, sino el divorcio por mera voluntad de uno solo 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”.

⁶⁵⁹ PASTOR VITA, Francisco Javier, Estudios Doctrinales, en *Revista de Derecho de Familia*, N°28, julio-septiembre de 2005, pág. 25 y ss., y en particular en su pág. 38.

⁶⁶⁰ DÍEZ – PICAZO y GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, vol. I..., *cit.*, pág. 441 y ss.; LACRUZ BERDEJO, *et al.*, *Elementos de Derecho Civil I*, Parte general, vol. 3°..., *cit.*, pág. 79 y ss.; estos autores, en todo caso, ponen de manifiesto sus cuestionamientos sobre si realmente estos derechos potestativos o de modificación jurídica son realmente derechos subjetivos, en la medida que sólo serían el reflejo de la capacidad general de obrar de la persona o de su autonomía privada, o simples facultades jurídicas que forman parte de otro derecho o de una situación jurídica más amplia, que carecerían de los caracteres y contenido típico de lo que se entiende por derecho subjetivo.

cita en el párrafo 3 del texto en comentario -; en nuestra opinión, el art. 32 CE sólo consagra un principio de libertad nupcial, y no un derecho o un poder a contraer matrimonio, como se observa, entre otras razones, al carecer de medidas o normas destinadas a obtener su cumplimiento; es por ello que, conforme a todos los argumentos esgrimidos, lo entendemos como un derecho subjetivo de familia, comprensivo de una sola facultad: divorciarse.

En todo caso, una cosa es que formalmente la petición de divorcio no requiera expresión de causa o motivación, y otra distinta, que esté prohibida su alegación para los cónyuges, como distingue CARRIÓN OLMOS⁶⁶¹; aun cuando el sentenciador no pueda entrar a su acreditación o valoración a efectos de la declaración de divorcio (salvo en el caso del art. 81.2 *in fine*), advertimos que, eventualmente, si puede tener trascendencia para otras materias, como expondremos en el acápite siguiente.

Por último, en consideración a que hoy en día y, para el supuesto en estudio, el divorcio no requiere de expresión de causa, nos resulta inaplicable la teoría del abuso del derecho prevista en el art. 7.2 Cc., ya que al ser abstracta la petición, resulta imposible entrar a valorar o enjuiciar si corresponde a un ejercicio antisocial del derecho a divorciarse o, lo que es lo mismo, si corresponde a un ejercicio normal o anormal.

Quizá, la solución para aquellos casos en que uno de los cónyuges se cuestione el ejercicio del derecho al divorcio demandado por su homólogo, por una petición formulada inmediatamente cumplido el plazo de tres meses contados desde la fecha de celebración, v.gr. a los tres meses y un día - cumpliendo así el requisito del plazo establecido para el correcto ejercicio del derecho -, se encuentre, según palabras del profesor ALONSO PÉREZ⁶⁶², en el recurso a la nulidad de matrimonio,

⁶⁶¹ CARRIÓN OLMOS, Separación y divorcio..., *cit.*, pág. 163 y ss.

⁶⁶² ALONSO PÉREZ, Mariano, Instauración y restauración del divorcio en España (1981 – 2005): Mis confesiones; ponencia realizada en el *Curso Extraordinario sobre 25 años de divorcio en España*, organizado por la Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Privado, de la Universidad de Salamanca, del 21 al 24 de marzo del 2007.

en la falta del consentimiento necesario para la celebración de este negocio jurídico, pero nunca en la teoría del abuso del derecho por las razones antedichas.

B.- A petición de uno solo de los cónyuges, sin necesidad de la exigencia del transcurso del plazo de tres meses para la presentación, art. 81.2 *in fine* Cc.

Sin duda, siguiendo a autores como PASTOR VITA⁶⁶³ y MARÍN⁶⁶⁴, nos asiste el convencimiento de que la situación prevista en el art. 81.2 parte final en relación con el art. 86 Cc., contiene una excepción a la regla general del divorcio abstracto, estableciendo un conjunto de causas tasadas, cuyo único objetivo es la omisión, preterición del plazo de tres meses establecido por la ley, para que el cónyuge en riesgo por los hechos descritos en la norma o en beneficio de los hijos de ambos o de cualquiera de sus miembros, pueda ejercitar el derecho al divorcio inmediatamente⁶⁶⁵.

La justificación de esta excepción, creemos se encuentra en que aquí se han amenazado bienes o derechos de la personalidad, recogidos en su mayoría en la carta constitucional por medio de los derechos fundamentales, y cuya infracción, en la mayoría de los casos, también comporta la comisión de un delito penal y el correlativo ejercicio de la acción civil del mismo.

Si bien, la regla general en el ordenamiento jurídico español es el divorcio abstracto o inmotivado, no podemos desconocer, según advertimos en el acápite anterior al seguir a CARRIÓN OLMOS⁶⁶⁶, que el legislador no prohíbe en ningún

⁶⁶³ PASTOR VITA, *op. cit.*, pág. 25 y ss., y en particular en su pág. 39, quien al referirse al apartado final del art. 81 del Cc. señala que con ello, se vuelve al causalismo, que no termina de desaparecer.

⁶⁶⁴ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Separación y divorcio..., *cit.*, pág. 149 y ss. “En efecto, los arts. 81 y 86 CC establecen la posibilidad de que no sea preciso el transcurso de dicho plazo cuando “se acredite la existencia de un riesgo.....”. ¿No supone esto la introducción de unas causas de separación y divorcio? Parece existir un sistema causal para el caso que la separación o divorcio se pretenda antes de los tres meses contados desde la celebración del matrimonio”.

⁶⁶⁵ Sobre el particular, compartimos la duda que nos plantea MARÍN GARCÍA DE LEONARDO (*ibid*), en cuanto si ¿será suficiente la mera denuncia o hará falta que se haya iniciado la instrucción del correspondiente procedimiento?, más aún si no nos olvidamos del porcentaje de denuncias que se retiran, de las que se absuelven, o que simplemente resultan casi imposibles de acreditar.

⁶⁶⁶ CARRIÓN OLMOS, Separación y divorcio..., *cit.*, pág. 163 y ss. “Una cosa es que el sistema no sea formalmente causal y otra bien distinta que en las demandas de separación o divorcio no puedan invocarse “causas” (aunque éstas ya no vengan recogidas en el articulado del Código). Nada lo prohíbe. Otra cosa es

caso, que cualquiera de los cónyuges al formular su petición, exprese la causa del mismo aun cuando formalmente no se requiera; lo importante es que dicha causa sólo tendrá relevancia en materia de disolución matrimonial para el caso del art. 81.2 *in fine* en relación con el art. 86 Cc., es decir, cuando se demande el divorcio antes de transcurrir los tres meses contados desde la fecha de su celebración; en este caso, la alegación y acreditación de la causa tasada por el legislador, tiene por fin la omisión del requisito procesal necesario para la petición.

Adicionalmente, la importancia u objetivo que pueda tener el expresar una causa al momento de solicitar el divorcio, ya sea de aquellas tasadas por el legislador en el art. 81.2 parte final, una vez transcurridos o no los tres meses contados desde la fecha de celebración, o la expresión de otra cualquiera siempre después del plazo de tres meses, creemos que se halla estrictamente vinculada a los efectos de los hijos, para materias como guarda y custodia, patria potestad, etc., como ponen de relieve autores como MARÍN⁶⁶⁷, DE PABLO MURILLO⁶⁶⁸, ATIENZA NAVARRO⁶⁶⁹ o SERRANO ALONSO⁶⁷⁰.

que, cualesquiera que sean las causas que, en su caso, se aleguen, lo relevante ahora para el juzgador sea en definitiva la voluntad de separarse o de divorciarse”.

⁶⁶⁷ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, *loc. cit.*: “En lo debates parlamentarios los defensores de la supresión han reconocido que cuando no sea posible el mutuo acuerdo, el juez tendrá que tener conocimiento de la situación familiar y se tendrá que dar una motivación para poder regular los efectos. ¿Para qué la supresión entonces de las causas? En definitiva, hay que reconocer que en la práctica se va a tener que dar al juzgador la información que se hubiera podido hacer efectiva por parte del legislador a través de las causas, para que pueda adoptar las resoluciones oportunas fundamentalmente en lo que afecta a los hijos; es decir, la patria potestad, la guarda y custodia, comunicación con el progenitor no custodio, etc. En la medida en que las causas tienen que ver con los efectos si el juez no tiene conocimiento de las mismas ello incidirá en sus decisiones con lo que se puede generar indefensión e inseguridad jurídica”.

⁶⁶⁸ DE PABLO MURILLO, *op. cit.*, pág. 21601 y ss., “No obstante, y aunque hayan desaparecido totalmente las causas legales de separación y divorcio, entiendo que deberán continuar alegándose en las demandas y ser tenidas en cuenta en las resoluciones que se dicten las conductas que en algunas de ellas se recogían (así, la violación grave o reiterada de los deberes respecto de los hijos comunes o respecto de los de cualquiera de los cónyuges, el abandono del hogar, el alcoholismo, la toxicomanía o las perturbaciones mentales, los diversos tipos de violencia, etc.), pues no pueden obviarse a la hora de resolver sobre las medidas a adoptar en relación con los hijos sujetos a patria potestad (como lo señala expresamente el reformado artículo 92)”.

⁶⁶⁹ ATIENZA NAVARRO, *La incidencia de las reformas...*, *cit.*, pág. 151, “Según el portavoz el grupo parlamentario vasco, “en las situaciones de ruptura, de cara a la petición de una custodia compartida, tendrá relevancia poder acreditar si una parte concreta de la pareja ha tenido especial cuidado en cumplir con estos deberes de realización de las tareas domésticas o responsabilidad respecto de ellas y de la atención de ascendientes y descendientes”. Se trata, no obstante, de una apreciación muy subjetiva, no recogida por la ley, con lo que habrá que ver si efectivamente los jueces, a la hora de atribuir una custodia compartida tienen en cuenta – como pretendía el parlamentario vasco – el incumplimiento de los deberes del nuevo párrafo del art. 68 CC”.

⁶⁷⁰ SERRANO ALONSO, *op. cit.*, pág. 130, “Aunque los padres estén de acuerdo en compartir la guarda no procederá según establece el n°7 del artículo 92 cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el

La precisión anterior la realizamos fundados en el sentido que creemos que debemos ser muy cuidados y estrictos en orden a señalar, que cualquiera sea el escenario en que se exprese la causa para la petición de divorcio, y ya sea o no de las tasadas que permiten prescindir del plazo de tres meses, sólo tiene exclusiva trascendencia para los escenarios señalados; en ningún caso se puede pretender que por medio de ellas se reabra la puerta a una posible búsqueda o declaración de culpas o sanciones, que permita, hipotéticamente, a cualquiera de los cónyuges solicitar o a un juez resolver, un divorcio por culpa imputable a uno de los miembros del matrimonio; el divorcio, con la modificación introducida por la ley 15/2005, desterró total y absolutamente los viejos y pequeños resabios de culpas y sanciones que aún permitía la ley 30/1981 de 7 de julio, como se observaba en el derogado art. 82 Cc., todo según consta en su exposición de motivos, párrafo 4⁶⁷¹.

La norma del art. 81.2 *in fine* constituye una norma de excepción, que debe ser interpretada restrictivamente, y dentro de los límites y fines previstos por el legislador, el cual, conforme a su tenor literal y espíritu expresados en su exposición de motivos, párrafo 15⁶⁷², no es más que servir de fundamento para la omisión del plazo de tres meses establecidos como regla general para la petición de divorcio.

Esta precisión tiene trascendencia para la materia que nos importa, en cuanto nos permite hacer extensivas las conclusiones expresadas en el acápite anterior, en el sentido que por la declaración de divorcio, incluso en el caso que ella fuera motivada bajo el excepcional escenario del art. 81.2 *in fine* en relación con el art. 86 Cc., no existen daños y perjuicios indemnizables; los eventuales daños que se puedan originar, tales como los señalados, en la esperanza de lograr una familia

juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica”.

⁶⁷¹ Exposición de motivos de la Ley 15/2005, de 08 de julio, párrafo 4: “La determinación de tales causas y, en concreto, la admisión del divorcio como causa de disolución del matrimonio constituyó el núcleo de la elaboración de la ley (entiéndase en referencia a la ley 30/1981, de 07 de julio), en la que, tras un complejo y tenso proceso, aún podían advertirse rasgos del antiguo modelo de la separación – sanción”.

⁶⁷² Exposición de motivos de la Ley 15/2005, de 08 de julio, párrafo 15: “Para la interposición de la demanda, en este caso, sólo se requiere que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio, salvo (situación excepcional limitada sólo al plazo) que el interés de los hijos o del cónyuge demandante justifique la suspensión o disolución de la convivencia con antelación, y que en ella se haga solicitud y propuesta de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación”.

legítimamente constituida, entre otros, siguen siendo consecuencia del ejercicio de un derecho, y por tanto, son daños lícitos y justos que, como hemos concluido, están amparados en una causa de justificación y exclusión de responsabilidad civil.

Ahora, esto no significa que los daños y perjuicios que justifican la alegación de la causa en los términos previstos en los artículos en comento no sean resarcidos, pero lo serán en la medida que la fuente u origen de dichos daños sean anteriores y desvinculados del divorcio, es decir, que se trate de daños y perjuicios causados constante matrimonio, de ahí que sirvan para motivar su petición, debiendo en definitiva ser indemnizados conforme a las conclusiones expuestas para dichos escenarios, pero en ningún caso se puede pretender que por la declaración de divorcio, nazca una fuente adicional o extraordinaria de daños indemnizables, transformándolo así en una sanción.

La legislación española, en este caso, difiere sustancialmente de la francesa, donde el divorcio puede ser declarado, ya sea, por mutuo consentimiento o acuerdo (art. 230 Code Civil), por aceptación del principio de ruptura del matrimonio (art. 233), por alteración definitiva del vínculo conyugal (art. 237), o por culpa (art. 242)⁶⁷³. Además, el derecho galo contiene una norma particular, como el art. 266 del Code⁶⁷⁴ que, bajo los supuestos de divorcio por alteración del vínculo conyugal sin

⁶⁷³ PETERKA, Nathalie, El divorcio francés tras la Ley de 26 de mayo de 2004 un divorcio bajo la influencia de la voluntad, en LASARTE, Carlos (Director), *Familia, Matrimonio y Divorcio en los albores del siglo XXI*, Jornadas internacionales sobre las reformas de Derecho de familia. Ponencias y Comunicaciones. Madrid 27-29 junio 2005, ed. Idadfe, Uned y El Derecho Editores, Madrid, octubre de 2006, pág. 17 y ss., quien realiza un breve estudio acerca de la evolución del divorcio en Francia hasta el presente.

⁶⁷⁴ Artículo 266 Cc. francés: “Sin perjuicio de la aplicación del artículo 270 (relativo a la prestación compensatoria), puede acordarse una indemnización de daños y perjuicios a favor de uno de los cónyuges, en reparación de las consecuencias particularmente graves sufridas por el hecho de la disolución del matrimonio, ya cuando hubiera sufrido una demanda de divorcio por alteración definitiva del vínculo conyugal sin haber formulado, a su vez, ninguna demanda de divorcio, o cuando el divorcio se hubiera declarado por culpa exclusiva de su cónyuge.

Esta petición sólo podrá formularse con ocasión de la acción de divorcio”.

La actual redacción de este precepto pertenece a la ley n°2004-439, de 26 de mayo de 2004, art. 17. Es oportuno señalar que este artículo 266 fue introducido por primera vez en la legislación francesa por medio de la Ley N°75-617, de 11 de julio de 1975, art. 1°, y que estableció el siguiente contenido: “Cuando el divorcio se dictara por culpas exclusivas de uno de los esposos, éste podrá ser condenado a daños y perjuicios como reparación del perjuicio material o moral que la disolución del matrimonio hubiera causado a su cónyuge. Éste último sólo podrá solicitar daños y perjuicios con ocasión de la acción de divorcio”.

haber formulado, a su vez, ninguna demanda de divorcio o por culpa exclusiva de uno de los cónyuges, permite la “reparación de las consecuencias particularmente graves sufridas por el hecho de la disolución del matrimonio”, tanto materiales como morales⁶⁷⁵, siempre que se trate de daños y perjuicios causados exclusivamente con el divorcio⁶⁷⁶, debiendo para tal efecto formularse la demanda resarcitoria conjuntamente al divorcio que está vinculado.

En el caso español, en atención a la sustancial diferencia de los diversos supuestos de divorcio, como de la naturaleza jurídica del mismo, sumado a la ausencia de una norma expresa como el art. 266 de su homólogo francés, y al destierro del principio de la culpa en materia de divorcio, nos es imposible sostener que los daños y perjuicios causados por la disolución del matrimonio por la declaración de divorcio, puedan ser resarcidos.

Asimismo, mencionamos que en el ordenamiento francés, la jurisprudencia se ha manifestado de forma unánime por la aplicación conjunta del art. 266 y 1382 del Code, en la medida que ambos tienen objetivos distintos, pero complementarios; el primero, al permitir la reparación de las consecuencias particularmente graves sufridas por el hecho de la disolución del matrimonio, y el segundo, la reparación de cualquier otro daño y perjuicio que haya sufrido cualquiera de los cónyuges, como por ejemplo, los derivados del incumplimiento de los deberes conyugales, a través de la responsabilidad civil extracontractual. Así lo reitera HAUSER⁶⁷⁷, al señalar que sobre el papel la distinción es clara⁶⁷⁸: el art. 266 repara los perjuicios nacidos de la disolución conyugal, y el art. 1382 indemniza los perjuicios distintos⁶⁷⁹.

⁶⁷⁵ Así lo manifiesta HAUSER, Jean, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, N°2, avril / juin, 2000, pág. 303, al señalar que el art. 266 comprende la reparación de los perjuicios de orden material y moral, y que no se pueden comprender normalmente a través de la prestación compensatoria.

⁶⁷⁶ Comentarios de HAUSER, Jean, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, N°4, octobre / décembre, 1995, pág. 869 y ss., al decir que son requisitos del art. 266 la exigencia de una “culpa destacable” en la disolución de la unión conyugal, y la existencia de un perjuicio material o moral. A los dos requisitos expuestos conviene lógicamente añadir el vínculo de causalidad entre la culpa destacable constatada y el daño. Además, hay un tercer elemento que debe ser constatado, no solamente el perjuicio debe estar en relación causal con las culpas cometidas, sino también en relación coyuntural con la disolución del matrimonio.

⁶⁷⁷ Comentarios de HAUSER, Jean, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, N°2, avril / juin, 2007, pág. 321.

⁶⁷⁸ El mismo autor reconoce, en todo caso, que esta distinción se hace más difícil de apreciar al momento de examinar el fondo y fundamentos de las sentencias pronunciadas sobre el particular.

⁶⁷⁹ En el mismo sentido se expresan BÉNABENT, *op. cit.*, pág. 284 y ss., al estudiar las indemnizaciones excepcionales que se pueden dar con ocasión del divorcio, expresa, en referencia al art. 266 Code, que “en

III.- NULIDAD MATRIMONIAL.

Continuando con las situaciones de crisis conyugal, debemos determinar si por la declaración de nulidad matrimonial, se pueden causar daños y perjuicios para alguno de los cónyuges; en el supuesto afirmativo, si éstos son o no resarcibles, y en su caso, si lo son por medio de la aplicación de la indemnización prevista en el art. 98 Cc. o por medio de las reglas generales de la tutela aquiliana.

A.- De los daños causados por la declaración de nulidad matrimonial.

Ya sea que nos enfrentemos a cualquier situación de crisis conyugal, divorcio o nulidad, creemos que siempre se pueden causar daños y perjuicios para alguno de los cónyuges⁶⁸⁰; llegamos a esta afirmación, convencidos de que en la generalidad de los casos, nadie contrae matrimonio con el objetivo de buscar la quiebra del mismo; por el contrario, las personas que lo celebran, lo hacen con la finalidad de un

primer lugar cuando el divorcio es pronunciado por culpa exclusiva de uno de los cónyuges, el cónyuge inocente puede demandar la reparación de los daños e intereses por los perjuicios que la ruptura del matrimonio le causa por culpa del otro. Esto es independiente de lo acordado por una pensión de alimentos o por una prestación compensatoria, el cónyuge inocente puede demandar por los daños por culpa de la ruptura del matrimonio. Este daño puede ser de naturaleza material o moral”. Lo dicho por este autor, debe hacerse extensible al cónyuge demandado de divorcio por alteración definitiva del vínculo conyugal, incorporado mediante la modificación de la Ley N°2004-439, de 26 de mayo. Por último, es pertinente recordar, como se indicó al estudiar la doctrina francesa que, además de la indemnización del art. 266, BÉNABENT participa que también procede la del art. 1382, de los delitos y cuasi delitos civiles, o sea, de la responsabilidad civil extracontractual, para el resarcimiento de todo otro perjuicio que se haya podido causar entre cónyuges; DE VERDA Y BEAMONTE, Responsabilidad civil..., *cit.*, al decir que “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 art. 267 del Code – observamos que solo se trata de un error de transcripción de parte del autor, ya que conforme al fondo de la cuestión, es claro que la referencia es al art. 266 -, 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, a consecuencia 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). 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 art. 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, las habían denegado una pretensión resarcitoria, formulada al amparo del art. 1382, con el argumento de que en el ámbito del divorcio este precepto quedaba desplazado por el art. 267 (ambos del Code)”; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, ¿Cabe la indemnización..., *cit.*: “En los países como Francia, cuyo régimen jurídico ha sido reformado recientemente, a pesar de contemplarse la posibilidad de acordar una indemnización de daños y perjuicios como reparación de las consecuencias de particular gravedad que sufra uno de los esposos por el hecho de la disolución del matrimonio, se admite la aplicación del art. 1382 del Code Civil (equivalente al art. 1902 del CC español) para los daños que no encuentran su causa en el pronunciamiento mismo de divorcio”.

⁶⁸⁰ En este sentido véase a PÉREZ MAYOR, Crisis matrimoniales..., *cit.*, pág. 163 y ss.

proyecto de vida común, estable y duradero, de ahí que cualquiera sea el argumento de su ruptura, divorcio o nulidad, se van a producir daños y perjuicios para sus miembros y, que consistirán entre las muchas alternativas posibles, “en ver rotos los lazos matrimoniales en razón y circunstancias que normalmente no le permiten rehacer su vida..., en haber sufrido los comentarios equívocos sobre cierta causa de disenso matrimonial”, o “en la frustración de lograr una familia legítimamente constituida”, o “en truncar las expectativas de vida en común”, como respectivamente acogió, en su minuto, el Tribunal Supremo en las sentencias de 21 de enero de 1957⁶⁸¹ y 26 de noviembre de 1985⁶⁸², y la SAP de Madrid de 10 de julio de 2007⁶⁸³, reconociendo con ello que se trata de intereses jurídicamente tutelados.

Ahora bien, establecidas estas consecuencias comunes a las situaciones de crisis conyugal, es necesario distinguir, que sólo los daños y perjuicios causados por la declaración de nulidad de matrimonio pueden ser resarcidos, a diferencia de lo que sucede en el caso de la disolución por declaración de divorcio, conforme lo expusimos en el apartado anterior y, donde concluimos que, según la nueva concepción introducida mediante la ley 15/2005, el divorcio se configura como un verdadero derecho subjetivo de toda persona casada.

En el caso de la nulidad, conforme a la opinión indiscutida de la doctrina y jurisprudencia, es una sanción civil, que en el caso particular del matrimonio, tiene sus causas en vicios de forma o de fondo que concurrieron al acto de celebración, según previene el art. 73 Cc.

Ahora bien, el hecho que sea una sanción, nos lleva a colegir, que los daños patrimoniales (v.gr. los gastos de la boda, los costos por traslado de domicilio, etc., originados en la causa que motiva la nulidad) y extrapatrimoniales (como por ejemplo, la frustración de formar una familia, en ver truncadas las expectativas de una vida común), causados por la declaración de nulidad matrimonial, son daños

⁶⁸¹ RJ 1957, 1133.

⁶⁸² RJ 1985, 5901.

⁶⁸³ AC 2007, 1899.

que merecen ser resarcidos, no por el carácter sancionatorio de la nulidad, sino porque son daños ilícitos e injustos⁶⁸⁴, antijurídicos, imputables a una conducta culpable o dolosa.

Sobre estas últimas cuestiones, conforme a lo sostenido a lo largo de este trabajo, reiteramos una vez más, que para que los daños sean resarcibles, deben ser ciertos, relevantes y considerables, descartándose aquellos que consistan en meras nimiedades o simples molestias, en especial, en lo concerniente a los morales; si bien, toda situación de crisis conyugal lleva implícito cierto detrimento y relativo sufrimiento, menoscabo para los cónyuges, propio, típico y, quizá normal del escenario vivido, no significa que éstos deban ser resarcidos, quedando el campo restringido a situaciones que importen la lesión de derechos subjetivos o intereses jurídicamente protegidos; como dice MARÍN⁶⁸⁵, comentando la sentencia del Tribunal de Casación italiano de 26 de mayo de 1995⁶⁸⁶ para las situaciones de separación y divorcio - afirmación que nosotros hacemos extensible a la nulidad -, “el simple hecho de sufrir una separación o un divorcio no puede configurarse *“per se”* como un daño resarcible”.

B.- Posibles alternativas para la reparación de los daños y perjuicios causados por la declaración de la nulidad de matrimonio.

Demostrado que por la declaración de nulidad matrimonial se pueden causar daños y perjuicios, debemos precisar las alternativas o herramientas que el cónyuge perjudicado dispone para ser resarcido, centrándonos en la indemnización prevista en el art. 98 Cc., y en la acción de responsabilidad civil.

⁶⁸⁴ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, ¿Cabe la indemnización..., *cit.*, “el régimen de la nulidad es un sistema autónomo en orden a los vicios que lo invalidan y a los efectos propios del aniquilamiento del acto. Los actos anulados aunque no produzcan los efectos de los actos jurídicos producen sin embargo, los efectos de los actos ilícitos o de los hechos en general, cuyas consecuencias deben ser reparadas. Aunque en materia de matrimonio nada se hubiera dicho sobre tales efectos de la nulidad,....., no obsta a ello a que deban repararse los daños y perjuicios que la ilicitud del comportamiento de una parte hubiere causado al otro sujeto vinculado por el acto”.

⁶⁸⁵ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Separación y divorcio..., *cit.*, pág. 155.

⁶⁸⁶ En *Giurisprudenza Italiana*, 1997, I, pág. 843. También existe comentario de la sentencia en FRACCON, I diritti della persona..., *cit.*, pág. 391 y ss.

B.1.- Eventual aplicación de la Indemnización prevista en el artículo 98 Cc.

Acorde con la metodología empleada a lo largo de este trabajo, creemos que la forma más adecuada para determinar si por medio de la indemnización prevista en el art. 98⁶⁸⁷ Cc., se pueden reparar o no los daños patrimoniales y extrapatrimoniales causados por la declaración de nulidad de matrimonio, es comenzar con un breve estudio sobre la naturaleza jurídica de esta prestación, precisando por medio de ella, el contenido y finalidad de la misma.

Advertimos, en todo caso, que el art. 98 Cc. reglamenta una indemnización *inter* cónyuges como efecto de la declaración de nulidad, a condición de que haya existido convivencia conyugal, excluyendo los matrimonios aparentes.

B.1.1.- Determinación de la naturaleza jurídica, contenido y finalidad de la indemnización del art. 98 Cc.

Sobre el particular, y vista la opinión de la doctrina y cierta jurisprudencia, lo primero que corresponde poner de manifiesto, es la confusión que éstas presentan sobre el tema, debido en particular, a su ubicación dentro del Código Civil, a su redacción inicial por el proyecto del Gobierno, al contenido final expresado por el legislador, a sus precedentes en la legislación comparada y, a la finalidad postrera perseguida por ésta. Ello a motivado que existan corrientes que la entiendan, entre otras, como: a) una indemnización de carácter sancionatorio o punitivo, con una dicotomía de interpretaciones en cuanto a su cuantía: tasada o abierta; b) una indemnización por el desequilibrio económico que puede derivarse de la nulidad matrimonial; y c) una indemnización resarcitoria, en especial, asistencial y compensatoria, en similares términos a la pensión que se prevé para los casos de separación o divorcio regulada en el art. 97 Cc.⁶⁸⁸.

⁶⁸⁷ Artículo 98 Cc.: “El cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo tendrá derecho a una indemnización si ha existido convivencia conyugal, atendidas las circunstancias previstas en el artículo 97”.

⁶⁸⁸ GARCÍA CANTERO, Artículos 42 a 107 del Código Civil..., *cit.*, pág. 448, no sólo ha puesto de manifiesto la existencia de la confusión sobre esta peculiar indemnización, sino que ella la ha atribuido a la falta de precisión y claridad de parte del legislador, y a su falta de empleo de sus precedentes italianos.

ROCA I TRÍAS⁶⁸⁹, defiende el criterio sancionador, punitivo de la indemnización, mediante una valoración tasada, objetiva, en la cual no se atiende a los reales daños que haya padecido uno de los cónyuges, sino sólo a su buena fe y, a las circunstancias previstas en el art. 97 Cc. para su cuantificación. Según ella, el art. 98 “atribuye al cónyuge de buena fe un derecho a una indemnización, que tiene un fundamento objetivo; es decir, que el cónyuge que no provoca la causa de nulidad matrimonial, tiene derecho a ser resarcido por quien ha observado una conducta contraria a las normas de la buena fe. El fundamento objetivo es importante porque el cónyuge de buena fe no deberá probar la existencia de un daño, sino sólo su buena fe”.

Sostiene que el legislador español, ha establecido una serie de indemnizaciones que comportan sanciones para aquel de los cónyuges que ha creado una apariencia de matrimonio, atentando contra la buena fe del otro e infringiendo el art. 7.1⁶⁹⁰ Cc. Consecuencia de lo anterior, entiende que esta indemnización sólo procede en favor del cónyuge de buena fe en contra del de mala fe, descartando su aplicación cuando ambos sean de mala o buena fe.

Cuando los dos consortes son de mala fe no requiere mayor explicación, el precepto otorga la prestación al cónyuge de buena fe; si éste no existe, será irrealizable esta figura. Sin embargo, cuando ambos son de buena fe, la citada autora también sostiene la inaplicabilidad del art. 98 Cc., ya que faltaría aquel de los cónyuges – el de mala fe – que el ordenamiento, a través de este precepto, busca sancionar por haber creado esta apariencia de matrimonio.

Rechaza aquella interpretación que explica la remisión al art. 97, como el establecimiento de una figura similar a la pensión compensatoria para el escenario de nulidad, argumentando que ese no habría sido el objetivo definitivo dispuesto por el legislador; para ROCA I TRÍAS, la remisión en comento, tiene por finalidad servir de instrumento para la determinación objetiva o tasada de la indemnización, ya que sólo es a las circunstancias que éste prevé; tanto pensión compensatoria, para los supuestos de separación o divorcio, como la indemnización en favor del cónyuge

⁶⁸⁹ ROCA I TRÍAS, Comentario al artículo 97..., *cit.*, pág. 629 y ss.; ROCA I TRÍAS, La responsabilidad civil en el Derecho de familia..., *cit.*, pág. 549 y ss.

⁶⁹⁰ Art. 7.1 Cc.: “Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”.

de buena fe, para las hipótesis de nulidad matrimonial, pese a ser, según sus palabras, dos figuras de naturaleza jurídica y finalidad diversa, su cuantía se determinaría en base a unas mismas y únicas circunstancias, que serían las numeradas en el art. 97 Cc.

Por último, agrega que el hecho que el cónyuge de buena haya optado por aplicar la norma del art. 1395 Cc., liquidando el régimen económico matrimonial de conformidad al régimen de participación, “no tiene influencia en orden a la indemnización” del art. 98, ya que su finalidad es “resarcir la buena fe”, y no reestablecer un desequilibrio económico⁶⁹¹.

En similar sentido se pronuncia IGARTUA ARREGUI⁶⁹², al defender la posición de ROCA; sin embargo, presenta un matiz diferente cuando se refiere a la remisión del art. 98 al art. 97 Cc., ya que se aleja del criterio tasado u objetivo de la indemnización, sosteniendo que el carácter amplio y orientador de las mencionadas circunstancias, no impide que se puedan comprender también dentro de ella, la reparación de los daños morales consecuencia de la nulidad matrimonial. En todo caso, el mencionado autor, reconoce que su posición es minoritaria al interior de la doctrina, donde predomina el carácter restrictivo, cuestión que en postrera instancia, le lleva adherirse a la indemnización de forma objetiva como sostiene ROCA I TRÍAS.

Por su parte, LASARTE ALVAREZ y VALPUESTA FERNÁNDEZ⁶⁹³, alejándose de la doctrina recién expuesta, conciben esta figura como una indemnización destinada a reparar el desequilibrio económico que la nulidad pueda acarrear a uno de los cónyuges, obviamente de buena fe. Se fundamentan en que la remisión que el art. 98 hace al art. 97 Cc., no sólo debe ser referida a las circunstancias que sirven para la determinación de la cuantía, sino que también al

⁶⁹¹ En similar sentido se expresa RAGEL SÁNCHEZ, *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho civil: Familia...*, cit., pág. 142 y ss., al manifestar “el precepto no trata de reparar el desequilibrio económico, sino de sancionar al que actuó de mala fe y beneficiar al cónyuge de buena fe que dedicó unos años de su vida a un matrimonio que posteriormente fue anulado, renunciando durante ese tiempo a otras perspectivas sociales, profesionales o económicas”.

⁶⁹² IGARTUA ARREGUI, *Responsabilidad por nulidad...*, cit., pág. 3227 y ss.

⁶⁹³ LASARTE ALVAREZ, Carlos y VALPUESTA FERNÁNDEZ, María del Rosario, *Comentario al artículo 98*, en LACRUZ BERDEJO, José Luis (Coord.), *Matrimonio y divorcio*, Comentarios al título IV del libro primero del Código Civil, segunda edición, ed. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1994, pág. 1187 y ss.

presupuesto que la hace aplicable: el desequilibrio económico; citan “parece claro que la remisión al artículo 97 hay que entenderla referida ante todo al desequilibrio económico..., cabe pensar también que entre las circunstancias previstas en el artículo 97, la primera y fundamental es el desequilibrio económico y que, sin que se dé éste, no debiera nacer la indemnización”. Ello lleva a los citados autores, a entender que la pensión no sólo debe existir cuando uno de los cónyuges sea de buena fe y el otro de mala fe (aunque reconocen que este último sería el deudor nato de la indemnización), sino que también cuando ambos sean de buena fe, y se constate un desequilibrio económico como consecuencia de la declaración de nulidad.

Sostienen que si el legislador se ha alejado de la idea de culpabilidad para los casos de separación y divorcio (desvinculando a la culpa de los escenarios de crisis matrimonial, elevándola como “estrella polar del sistema instaurado”), “resultaría cuanto menos inconsecuente concluir que, en los casos de nulidad, sólo habría de indemnizar el cónyuge de mala fe”, resucitando a la culpabilidad y estableciendo una indemnización sancionatoria o punitiva por la apariencia matrimonial creada.

Defienden por tanto, que habiendo un cónyuge de buena fe y otro de mala fe, o siendo ambos de buena fe, y existiendo un desequilibrio económico derivado de la declaración de nulidad, habrá lugar a la indemnización prevista en el art. 98 Cc. Es más, llegan a concluir que, si existiendo un cónyuge de buena fe y otro de mala fe, el primero opta por liquidar el régimen de bienes conforme a la facultad que le otorga el art. 95.2⁶⁹⁴ o 1395⁶⁹⁵ Cc., lo más probable es que con ello desaparezca el desequilibrio económico que la nulidad produce, siendo en definitiva inaplicable la indemnización del art. 98.

⁶⁹⁴ Art. 95.2 Cc.: “Si la sentencia de nulidad declara la mala fe de uno sólo de los cónyuges, el que hubiere obrado de buena fe podrá optar por aplicar en la liquidación del régimen económico matrimonial las disposiciones relativas al régimen de participación y el de mala fe no tendrá derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte”.

⁶⁹⁵ Art. 1395 Cc.: “Cuando la sociedad de gananciales se disuelva por nulidad de matrimonio y uno de los cónyuges hubiera sido declarado de mala fe, podrá el otro optar por la liquidación del régimen matrimonial según las normas de esta Sección o por las disposiciones relativas al régimen de participación, y el contrayente de mala fe no tendrá derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte”.

En último término, LEÓN GONZÁLEZ⁶⁹⁶, amparado en el objetivo inicial que esta prestación tenía en el proyecto del Gobierno, en la desvinculación de la culpabilidad que inspiraba al legislador para las situaciones de crisis conyugal, su ubicación en el texto legal sustantivo, y su precedente italiano (arts. 129 y 129 bis del Codice civile), deduce que el art. 98 ha venido a establecer “una indemnización de carácter resarcitorio, y afinando aún más, asistencial – compensatoria en inevitable paralelismo con la pensión prevista para los casos de separación y divorcio”.

Señala que la redacción inicial del precepto enviado por el Gobierno (cuyo tenor era que “el cónyuge cuyo matrimonio haya sido declarado nulo tendrá también derecho a la pensión a que se refiere el artículo anterior si por la convivencia marital, la sentencia produce una situación análoga”⁶⁹⁷), evidenciaba su naturaleza jurídica y finalidad, las cuales no fueron modificadas con la incorporación del concepto de buena fe y por la sustitución del vocablo pensión por indemnización, ya que su objetivo se limitó a “corregir las deficiencias del proyecto y su falta de acomodación al ordenamiento español”. Es más, precisa que “el hecho de que el Proyecto del Gobierno sufre la modificación de las enmiendas de los dos grupos parlamentarios ya referidos – Comunista⁶⁹⁸ y Nacionalista Vasco⁶⁹⁹ -, no obliga a

⁶⁹⁶ LEÓN GONZÁLEZ, Manuel, La indemnización del artículo 98 del Código Civil (comentario a la sentencia de 10 de marzo de 1992), en *ADC*, t. XLVI, fascículo II, abril – junio, 1993, pág. 968 y ss.

⁶⁹⁷ Véase *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, I Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, N°123-I, de 13 de marzo de 1980, art. 98 de la modificación de la regulación del matrimonio en el Código Civil y determinación del procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

⁶⁹⁸ El contenido de la enmienda N°127, presentada por el Grupo parlamentario Comunista, era de sustitución al proyecto del art. 98 del Cc., proponiendo la siguiente redacción: “El cónyuge cuyo matrimonio haya sido declarado nulo tendrá derecho a una indemnización si ha existido convivencia marital, atendidas las circunstancias previstas en el artículo anterior”; la motivación de este grupo se encontraba en que “bajo el mismo fundamento de necesidad, en concordancia con la enmienda anterior, se establece en el supuesto de declaración de nulidad la sustitución de la pensión por una indemnización; lo que se corresponde mejor, de un lado, con el supuesto de nulidad, que posee contornos específicos respecto de la separación o el divorcio, dada la posible convalidación, y de otro, con la idea de sanción a un acto nulo”. Informe de la Ponencia de la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, *Boletín Oficial de las Cortes Generales – Congreso de los Diputados*, I Legislatura, serie A, pág. 72.

⁶⁹⁹ El contenido de la enmienda N°376, presentada por el Grupo parlamentario Vasco, proponía la siguiente redacción para el proyectado art. 98 Cc.: “El cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo no tendrá el derecho a la pensión a que se refiere el artículo anterior, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 95 de su derecho a reclamar daños y perjuicios que le hubieren sido causados, si por la convivencia marital la sentencia produce una situación análoga”; su motivación se amparaba en que “estimaban que no cabe establecer una pensión entre cónyuges en el caso de la nulidad porque nunca han sido cónyuges, nunca existió el matrimonio. Es una aberración jurídica. Lo que sí cabe es la existencia, en su caso, de una indemnización por daños y perjuicios, cosa a la que lógicamente sólo tendrá derecho el cónyuge de buena fe

concluir que el artículo en su actual redacción se apartara necesariamente de la idea concebida por el mismo de compensar el perjuicio, ni por otro lado, que haya de concluirse que la indemnización del art. 98 tenga carácter sancionador”.

Asimismo, sostiene que el precedente italiano que sirvió de base, no sólo corresponde al art. 129⁷⁰⁰ bis del Codice - como argumenta ROCA I TRÍAS⁷⁰¹ -, que se funda en criterios de culpabilidad estableciendo la indemnización a modo de sanción, sino que también en el art. 129⁷⁰² del mismo cuerpo legal que, desvinculado de la culpa en la causa de nulidad, y para el supuesto en que concurren los requisitos del matrimonio putativo en ambos cónyuges, confiere una indemnización en favor de aquel que no tenga rentas propias o no haya pasado a nuevas nupcias, por un tiempo máximo limitado a tres años. Reflexiona que, al ser ambas normas las que sirvieron de inspiración al proyecto inicial, no es propio que la indemnización tenga una exclusiva finalidad sancionatoria, olvidándose así de su carácter resarcitorio, compensatorio⁷⁰³.

Como consecuencia de lo expuesto, LEÓN GONZÁLEZ añade que no sólo el cónyuge de buena fe tendría derecho a percibir esta indemnización en contraposición al de mala fe (sancionado con la privación de este derecho), sino que también cuando ambos sean de buena fe, ya que no existiría un precepto prohibitivo en tal sentido, ajustándose así al propósito querido por el legislador, “establecer una indemnización de tipo objetivo, desprovista de la exigencia de la probanza de daño”.

contra el de mala fe, y además del derecho que ya le atribuye el artículo 95”. Informe de la Ponencia de la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, Boletín Oficial de las Cortes Generales – Congreso de los Diputados, I Legislatura, serie A, pág. 183 y ss.

⁷⁰⁰ Artículo 129 bis del Codice civile: “Responsabilità del cónyuge in mala fede e del terzo. Il cónyuge al quale sia imputabile la nullità del matrimonio è tenuto a corrispondere all’altro cónyuge in buona fede, qualora il matrimonio sia annullato, una congrua indennità, anche in mancanza di prova del danno sofferto. L’indennità deve comunque comprendere una somma corrispondente al mantenimento per tre anni. È tenuto altresì a prestare gli alimenti al cónyuge in buona fede, sempre che non vi siano altri obbligati.

Il terzo al quale sia imputabile la nullità del matrimonio è tenuto a corrispondere al cónyuge in buona fede, se il matrimonio è annullato, l’indennità prevista nel comma precedente.

In ogni caso il terzo che abbia concorso con uno dei coniugi nel determinare la nullità del matrimonio è solidalmente responsabile con lo stesso per il pagamento dell’indennità”.

⁷⁰¹ Conforme a ROCA I TRÍAS, Comentario al artículo 97..., *cit.*, pág. 629, el antecedente legislativo que empleo el legislador español para ilustrarse, habría sido exclusivamente, el art. 129 bis del Código Civil italiano, después de su reforma de 1975.

⁷⁰² Artículo 129 del Codice civile: “Diritti dei coniugi in buona fede. Quando le condizioni del matrimonio putativo si verificano rispetto ad ambedue i coniugi, il giudice può disporre a carico di uno di essi e per un periodo non superiore a tre anni l’obbligo di corrispondere somme periodiche di denaro, in proporzione alle sue sostanze, a favore dell’altro, ove questi non abbia adeguati redditi propri e non sia passato a nuove nozze. Per i provvedimenti che il giudice adotta riguardo ai figli, si applica l’art. 155”.

⁷⁰³ En el mismo sentido GARCÍA CANTERO, Artículos 42 a 107 del Código Civil..., *cit.*, pág. 420.

Que la remisión al art. 97 sólo significa que la cuantía de esta indemnización se determinará en base a sus circunstancias, pero no que ambas tengan una misma finalidad; mientras que la pensión del art. 97 tiene como objetivo “compensar el desequilibrio que puede provocar la separación o el divorcio”, la indemnización del art. 98 “resarce la situación de desamparo que puede provocar la nulidad en quien no allegó bienes para atender a su nueva situación personal, debido a las ocupaciones matrimoniales y familiares”.

Esta falta de claridad sobre la naturaleza jurídica y finalidad de esta indemnización también se extiende a la jurisprudencia española; así, la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1992⁷⁰⁴, resolvió que “la indemnización que dicho art. 98 del Código Civil reconoce no es de naturaleza alimenticia, ni tampoco se corresponde a la pensión compensatoria que refiere el precepto 97 de aquel cuerpo legal, sino que más bien se trata de que en cierto sentido una equitativa reparación económica equilibradora de los amplios y variados desajustes que pueda ocasionar la nulidad de un matrimonio por extinción de un proyecto común de vida de los esposos afectados, que no ha ido consolidándose en los años de convivencia, hasta producir su desaparición. No trata el precepto de imponer sanciones, aunque en un principio así pueda entenderse por cargar al cónyuge de mala fe la indemnización..., sino que más bien la norma se proyecta a reducir distancias económicas sociales y derivadas entre los que en su día estuvieron unidos por legítimo vínculo matrimonial, polarizándose sobre los principios de autosuficiencia y neutralidad de costes”.

En el mismo fundamento de derecho primero añade, que “en estos casos de buena fe concurrente y coincidente no opera el alegado art. 98. Ningún esposo podrá reclamar indemnización al otro, al producirse una compensación de las respectivas pretensiones, conforme al art. 1195 del Cc., pues el derecho indemnizatorio asiste al cónyuge cuya mala fe no resulte probada”.

⁷⁰⁴ RJ 1992, 2014.

Al analizar esta sentencia, si bien se descarta que su objetivo sea sancionatorio, por otro, se establece que el único deudor obligado a esta indemnización es el cónyuge de mala fe, poniendo en duda la primera afirmación.

Asimismo, al señalar que en el caso de buena fe concurrente se produce una compensación de las respectivas pretensiones conforme el art. 1195 Cc., no queda claro qué es lo que se está compensado, la buena fe o los créditos - “pretensiones” - que los cónyuges tenían uno respecto del otro (reconociendo tácitamente que ambos tenían derecho a la indemnización, pero que ésta se extinguió por la compensación legal, cuyos montos al ser iguales no dejaron saldo que pagar⁷⁰⁵).

Esta ausencia de uniformidad se incrementa al revisar las sentencias de los tribunales de segunda instancia; así por ejemplo, la SAP de Valencia de 14 de noviembre de 1997⁷⁰⁶ que, con ocasión de un juicio de homologación de una sentencia de nulidad matrimonial eclesiástica, resolvió mantener en beneficio de la mujer, la pensión por desequilibrio económico concedida en 1989 junto a la declaración de divorcio, pero ahora como indemnización del art. 98 Cc.; la SAP de Álava de 27 de febrero de 1995⁷⁰⁷, que entendiendo que la remisión al art. 97 es a todo el precepto, desestimó la indemnización solicitada por el marido al no haberse demostrado que la nulidad le causó algún tipo de desequilibrio económico en relación al matrimonio, pese a la declaración de mala fe de la mujer en la causa de

⁷⁰⁵ En este sentido, LUNA SERRANO, Agustín, Matrimonio y divorcio, en LACRUZ BERDEJO, José Luis, *et al*, *El nuevo régimen de la familia*, primera edición, ed. Cívitas S.A., Madrid, 1982, pág. 173, señala que en caso de buena fe de ambos cónyuges, éstas “no se compensan”, sino que “el eventual montante del derecho de cada uno a la indemnización deberá calcularse con arreglo a las circunstancias indicadas, si bien, una vez fijadas ambas cantidades, operará una compensación legal que determinará a cargo de qué cónyuge queda la satisfacción del saldo resultante”

⁷⁰⁶ AC 1997, 2236. En su fundamento tercero señala que: “La indemnización, consecuente a la declaración de nulidad conyugal, no es de naturaleza alimenticia, sino que implica una reparación económica que pretende equilibrar los desajustes que puede ocasionar la desaparición de un proyecto de vida en común, que no ha llegado a consolidarse. Su finalidad se proyecta, también, en un intento de reducir las distancias económicas que puede provocar la disolución del vínculo conyugal, intentando paliar las consecuencias de renunciaciones laborales o profesionales de imposible recuperación. Por ello, a pesar de la mencionada exigencia de buena fe de quien cree tener derecho a ella, su naturaleza no es sancionadora sino reparadora, pues en materia de sanciones puede quedar aún libre la posibilidad de acudir a la vía del artículo 1902 del Código Civil”. Este fallo fue íntegramente confirmado por el Tribunal Supremo español al desestimar el recurso de casación interpuesto, mediante sentencia de 25 de noviembre de 2003 (RJ 2004, 293).

⁷⁰⁷ AC 1995, 858. En este caso, el marido solicitó la nulidad matrimonial en base al error de las cualidades personales del otro contrayente (art. 73.4), y que viciaron su consentimiento, ya que contrajo matrimonio en la creencia que la mujer esperaba un hijo suyo, en circunstancias que era de un tercero; la mujer se opuso a dicha petición, alegando que el actor conoció antes de contraer matrimonio que el hijo era de un tercero; el tribunal acogió la petición del marido, declarando de mala fe a la mujer en la causa de nulidad.

nulidad; la SAP de Pontevedra de 04 de abril de 2002⁷⁰⁸ que, después de opinar que ella es partidaria de aplicar esta indemnización también en los casos de buena fe concurrente, pese a lo expresado en contrario por el Tribunal Supremo, rechazó la pretensión de la mujer al no apreciarse la existencia de una situación de desequilibrio económico; por citar algunas.

En fin, de las diversas opiniones y argumentos reseñados, nos quedamos con la posición de LASARTE ALVAREZ y VALPUESTA FERNÁNDEZ, haciendo nuestros todos sus fundamentos, entendiendo la indemnización del art. 98 Cc. como una indemnización destinada a reparar el desequilibrio económico que la nulidad pueda acarrear a uno de los cónyuges, como una medida equiparable a la establecida en el art. 97 para los casos de separación y divorcio, que resulta aplicable no sólo en contra del cónyuge declarado de mala fe, sino que también en caso de buena fe concurrente⁷⁰⁹.

B.1.2.- Conclusión: rechazo de la indemnización del art. 98 como medio resarcitorio de los daños generales objeto de estudio.

Cumplido nuestro objetivo instrumental, y centrándonos en la interrogante inicial que nos hemos planteado, podemos concluir que existe acuerdo casi unánime de que por medio de la aplicación de la indemnización prevista en el art. 98 Cc., no es posible reparar los eventuales daños patrimoniales y no patrimoniales que los cónyuges se hubiesen causado entre sí, que sean consecuencia de la declaración de nulidad matrimonial, como tampoco los realizados constante matrimonio, a excepción de los particulares daños patrimoniales previstos en las circunstancias contempladas en la numeración del art. 97 Cc.

En efecto, ya se entienda la reiterada indemnización de naturaleza sancionatoria, o restablecedora del desequilibrio económico, o resarcitoria, en

⁷⁰⁸ AC 2002, 896 y JUR 2002, 163861.

⁷⁰⁹ En el mismo sentido, REYES LÓPEZ, María José, El resarcimiento derivado de la declaración de nulidad matrimonial, en DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón (Coord.), *Daños en el Derecho de Familia*, Revista de Derecho Patrimonial, N°17, Monografía Asociada a Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, ed. Thomson – Aranzadi, Navarra, 2006, pág. 211.

especial, asistencial y compensatoria, o mixta, la conclusión sigue siendo la misma: el art. 98 Cc. no tiene por objeto, ni puede comprenderse dentro de ella, el resarcimiento o indemnización de los daños causados por la declaración de nulidad de matrimonio al igual que los producidos durante la unión conyugal.

Ello es fruto de que la mayoría concuerda que la cuantía de esta prestación se determina conforme a las circunstancias previstas en el art. 97 Cc., precepto dentro del cual, no se comprende más que una indemnización parcial, limitada de ciertos daños patrimoniales, que pudieran producirse únicamente a raíz de la declaración de nulidad. Es más, como expusimos en el capítulo tercero, aunque se interprete la numeración del art. 97 como simplemente ejemplificadora u orientadora, no se puede comprender dentro de su contenido la íntegra reparación de los daños patrimoniales o morales, sino que sólo ciertas y limitadas circunstancias económicas que la separación, divorcio o nulidad son capaces de producir.

Se exceptúan de lo anterior, IGARTUA ARREGUI según ya citamos, y las sentencias de la Audiencia Provincial de Toledo de 14 de noviembre de 2001⁷¹⁰ y, de Islas Baleares de 05 de junio de 2006⁷¹¹. El fundamento de éstos surge de la misma errada interpretación de las circunstancias previstas en el art. 97 Cc., y que sirven para determinar la cuantía de la indemnización del art. 98, comprendiendo daños que exceden a los límites de la norma, tales como gastos de la boda, o daños morales⁷¹².

Sobre el particular, DE ANGEL YAGÜEZ⁷¹³ rechazando esta última opinión, reitera de acuerdo a la posición mayoritaria, que el objetivo de la

⁷¹⁰ AC 2001, 2509.

⁷¹¹ JUR 2006, 253511.

⁷¹² El profesor DE VERDA Y BEAMONTE, *Jurisprudencia reciente sobre daños...*, cit., añade que la SAP de Cádiz de 04 de diciembre de 2006 (AC 2007, 1026), es también un supuesto donde se aplica el art. 98 Cc. para indemnizar el daño causado derivado de la nulidad matrimonial; sin embargo, no compartimos su opinión, ya que el fundamento de derecho tercero señala que para calcular la indemnización del art. 98 concedida a la actora “tomamos como referencia los distintos parámetros aplicables al caso contenidos en el citado art. 97, y fundamentalmente el tiempo de convivencia, así como las indemnizaciones que se han podido dar en casos análogos por los tribunales.... Once años de convivencia, y el nivel económico de las partes, nos hacen considerar como prudencialmente aceptable la cantidad de 12000 € establecida en la sentencia recurrida”, circunstancias que nos permiten sostener que la indemnización concedida se ajusta a los fines y límites previstos en el art. 97 Cc. según la posición mayoritaria.

⁷¹³ DE ANGEL YAGUEZ, Ricardo, Indemnización del daño moral resultante de la declaración de nulidad de matrimonio, (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1985), *Revista La Ley*, t. 1986-2, pág. 716 y ss.

indemnización del art. 98 Cc. es compensar las naturales consecuencias que resultan de toda declaración de nulidad de matrimonio, o dicho en otras palabras, “que la regla del art. 98 no alcanza a la finalidad de reparar el daño moral causado al cónyuge de buena fe, cuando la circunstancia determinante de aquella nulidad hubiera deparado a este último consorte daños distintos de los normalmente resultantes de una situación como ella”.

B.2.- Por medio de la tutela aquiliana.

Se manifiestan partidarios de la aplicación de las normas de la responsabilidad civil como la correcta vía resarcitoria, autores tales como, IGARTUA ARREGUI⁷¹⁴, DÍEZ – PICAZO y GULLÓN⁷¹⁵, LACRUZ⁷¹⁶, SANCHO VILLARREAL⁷¹⁷, GARCÍA CANTERO⁷¹⁸, DE ANGEL YAGÜEZ⁷¹⁹, MARÍN⁷²⁰, RODRÍGUEZ GUITIÁN⁷²¹, REYES LÓPEZ⁷²², quienes sostienen que el recurso del art. 98 Cc. no obsta a la aplicación de otras normas, como el art. 1902 del texto legal sustantivo⁷²³, como herramienta para obtener la indemnización de otros daños que pudiera haber padecido cualquiera de los cónyuges por la declaración de nulidad matrimonial, agregando que la alegación de uno no impide el empleo del otro.

Como resume LEÓN GONZÁLEZ⁷²⁴, “es necesario destacar las diferencias entre estos dos tipos de indemnizaciones..., para evitar cualquier asomo de intención de vetar la vía del art. 98 con la excusa de reservar a las partes el recurso al art. 1902. El art. 1902 del Código Civil, queda reservado – y así se deduce de la, por

⁷¹⁴ IGARTUA ARREGUI, Responsabilidad por nulidad..., *cit.*, pág. 256.

⁷¹⁵ DÍEZ – PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. IV..., *cit.*, pág. 141.

⁷¹⁶ LACRUZ BERDEJO, *et al.*, *Elementos de Derecho Civil IV*, Derecho de familia... (2008), *cit.*, pág. 83.

⁷¹⁷ SANCHO VILLARREAL, *op. cit.*, pág. 125.

⁷¹⁸ GARCÍA CANTERO, Artículos 42 a 107 del Código Civil..., *cit.*, pág. 448.

⁷¹⁹ DE ANGEL YAGUEZ, Indemnización del daño moral..., *cit.*, pág. 717.

⁷²⁰ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, ¿Cabe la indemnización..., *cit.*

⁷²¹ RODRÍGUEZ GUITIÁN, *op. cit.*, pág. 78.

⁷²² REYES LÓPEZ, *op. cit.*, pág. 220 y ss.

⁷²³ PÉREZ MAYOR, Crisis matrimoniales..., *cit.*, pág. 165; PÉREZ MAYOR, Adrián, Revolución en el Derecho de familia: indemnización por daño moral, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, N°766, 2009, pág. 14 y 15, si bien sostiene la aplicación de las normas de responsabilidad civil, se manifiesta partidario de la vía contractual, al entender al matrimonio “como el contrato intuitu personae por excelencia”.

⁷²⁴ LEÓN GONZÁLEZ, Manuel, *op. cit.*, pág. 968 y ss.

demás, escasa jurisprudencia al respecto – para supuestos en los que se interese una indemnización para la reparación de un daño moral; de un daño patrimonial no cubierto con el art. 98; o por la frustración de un proyecto de vida o de la expectativa a una familia estable”.

Además, creemos que el lógico deudor de la obligación de resarcimiento de los daños y perjuicios causados por la declaración de la nulidad matrimonial, es siempre el cónyuge de mala fe – requiriéndose que la sentencia que declara la nulidad lo resuelva expresamente, en consideración al art. 79.2⁷²⁵ Cc. -, que celebró el matrimonio sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalida⁷²⁶, por contraposición al de buena fe, que en términos de DÍEZ – PICAZO y GULLÓN⁷²⁷ al tratar el matrimonio putativo, es aquel que ignora la causa determinante de la nulidad matrimonial, o en los supuestos de coacción o miedo grave, la falta o ausencia de voluntad de estar contrayendo un matrimonio nulo, la cual se presupone al pedir la declaración de nulidad.

El hecho de que sólo pueda ser responsable el cónyuge de mala fe, es consecuencia de que concurrió al acto sabiendo o debiendo saber el vicio de forma o de fondo que lo invalidaba, lo cual, por su parte, nos permite demostrar su grado de culpabilidad en la causa de los daños y perjuicios, que como hemos señalado anteriormente, en materia de matrimonio, requiere la concurrencia de dolo o culpa grave.

Resumiendo lo expuesto hasta ahora, podemos decir que para que tenga lugar la acción indemnizatoria, es necesario que uno de los cónyuges sea declarado de mala fe, en términos que nos permitan apreciar su culpa lata o dolo en la causa de los daños y perjuicios ciertos que importen la lesión de derechos fundamentales, o derechos subjetivos, o intereses jurídicamente tutelados, originados como

⁷²⁵ Artículo 79.2 Cc.: “La buena fe se presume”.

⁷²⁶ Esta expresión “sabido o debiendo saber el vicio que lo invalida”, la hemos recogido del art. 1683 del Código civil chileno, que importa un conocimiento real y efectivo del vicio que afecta al acto o contrato que se realiza, y no el conocimiento presunto de la ley, regulado en el art. 8 del mismo texto (“Nadie podrá alegar ignorancia de la ley después que ésta haya entrado en vigencia”), similar al art. 6.1 Cc. español (“La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento”).

⁷²⁷ DÍEZ – PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. IV..., *cit.*, pág. 126.

consecuencia de la declaración de nulidad matrimonial, o dicho de otra forma, defendemos también aquí la aplicación de las reglas de responsabilidad civil, pero reconociendo la existencia del privilegio conyugal respecto a la culpa, establecido por el particular escenario en que éste se verifica: el matrimonio.

En todo caso, lo dicho es aplicable sólo cuando la acción resarcitoria es ejercida por los cónyuges entre sí, cuando uno de ellos sea declarado de mala fe en la causa de nulidad.

Cuando la causa de nulidad es imputable a un tercero extraño al matrimonio, como se aprecia en la sentencia del tribunal Supremo de 21 de enero de 1957⁷²⁸, deberemos volver al establecimiento y defensa de las reglas generales de la responsabilidad civil extracontractual, por cuanto el privilegio conyugal sólo puede beneficiar a los cónyuges por los daños causados entre sí, pero no a los terceros ajenos al matrimonio (salvo que actúen como cómplices o inductores), según hemos expuesto precedentemente.

B.2.1.- Naturaleza jurídica del resarcimiento.

Debemos advertir que el recurso al art. 1902 Cc. hasta aquí planteado, o sea a la tutela aquiliana, sólo se justifica para los daños patrimoniales no comprendidos en el art. 98 en relación con la numeración del art. 97 Cc. y, para los daños morales, que sean consecuencia de la nulidad matrimonial.

En cuanto a los daños, cualquiera sean éstos – patrimoniales o morales -, ocasionados durante la vigencia del matrimonio, anteriores a la declaración de nulidad, expresamos nuestras dudas sobre la aplicación del art. 1902 Cc.; es más, nos inclinamos a pensar que el camino adecuado para obtener la indemnización de estos daños, es a través del art. 1101 y ss. Cc., es decir, por medio de la

⁷²⁸ En dicha sentencia, se declaró la responsabilidad de la madre del marido en la causa de nulidad matrimonial, por el temor reverencial infundido a éste en orden a manifestar el consentimiento matrimonial, imponiéndole el matrimonio, debiendo en definitiva responder de los daños y perjuicios causados a la cónyuge con la sentencia de nulidad al “ver rotos los lazos matrimoniales en razón y circunstancias que normalmente no le permiten rehacer su vida, en verse privada del menguado auxilio que antes y en el curso del proceso le era facilitado, y hasta en haber sufrido los comentarios equívocos sobre cierta causa de disenso matrimonial”.

responsabilidad civil contractual (obligacional). Esta distinción la fundamos en el hecho que, constante el matrimonio, y en consideración a que el actor de la respectiva acción indemnizatoria será, presuntamente, siempre un cónyuge de buena fe, se entenderán subsistentes para él los efectos del matrimonio, según previene el art. 79 Cc., al reglamentar el matrimonio putativo.

Así pues, esta norma reza “la declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe”, cuestión que nos motiva a pensar que, tratándose de daños patrimoniales o extrapatrimoniales ocasionados durante la vigencia del vínculo conyugal, y siendo un cónyuge de buena fe quien ejercita la pretensión, la declaración de nulidad no le afectará, ya que para él los efectos ya producidos (el derecho a obtener la indemnización por los daños verificados constante matrimonio), no se verán alterados por la declaración de nulidad, sin olvidar además, que el hecho causante del daño seguramente estará vinculado con el incumplimiento de los deberes conyugales.

C.- Posición de la jurisprudencia española.

Sobre el particular, si nos limitados al estudio de las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1957, 26 de noviembre de 1985, o de la Audiencia Provincial de Madrid de 10 de julio de 2007, de Toledo de 14 de noviembre de 2001 y, de Islas Baleares de 05 de junio de 2006, constatamos una clara posición, en el sentido de acoger la demanda presentada por el cónyuge de buena fe en contra del de mala fe, destinada a resarcir los daños patrimoniales (v.gr. los gastos de la boda, los costos por traslado de domicilio, etc., originados en la causa que motiva la nulidad) y extrapatrimoniales (como por ejemplo, la frustración de formar una familia, en ver truncadas las expectativas de una vida común), causados por la declaración de nulidad matrimonial, imputables a culpa.

Si bien destacamos a estas sentencias por permitir el resarcimiento de los daños causados por la declaración de nulidad de matrimonio, no podemos dejar de criticar a las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1985 o de las

Audiencias Provinciales de Toledo de 14 de noviembre de 2001, y de Islas Baleares de 05 de junio de 2006, por haber recurrido a la doctrina del dolo como vicio del consentimiento matrimonial, o la indemnización prevista en el art. 98 Cc., para acoger el resarcimiento de los daños, distanciándose de las normas sobre responsabilidad civil.

En cuanto a los hechos que motivaron la sentencia de 26 de noviembre de 1985⁷²⁹, y que justificaron al Tribunal Supremo para desestimar el recurso de casación interpuesto por el demandado recurrente, podemos resumirlos de la siguiente forma: el 16 de octubre de 1971 contrajeron matrimonio canónico doña Marina Abella y don Ángel Dorrego; luego de un periodo de normalidad, acontecieron los conflictos, cuestión que motivó a la cónyuge a presentar demanda de separación el 04 de marzo de 1976 por adulterio y abandono de hogar de su marido; don Ángel, por su parte, interpuso libelo de nulidad matrimonial ante el Tribunal Eclesiástico el 12 de junio del mismo año, amparado en que había accedido al matrimonio como única posibilidad para que doña Marina accediese a tener relaciones sexuales, que el contrato matrimonial era para él un medio de vencer la resistencia de su novia y así lograr su apetencia carnal, agregando que “mantendría su unión mientras la atracción física que sentía por su esposa perdurase, o al menos mientras se encontrase a gusto con ella, pero sin considerarse atado permanentemente”; el 08 de julio de 1978, el Tribunal Eclesiástico N°3 acogió la nulidad solicitada, la cual fue confirmada por el Tribunal de la Rota.

Con posterioridad a la sentencia de nulidad, doña Marina presentó demanda de indemnización de perjuicios por los daños materiales y morales, fundada en el art. 1902 Cc. y de todas las acciones que se deriven de los hechos expuestos, alegando que al ser engañada para contraer matrimonio había sufrido una frustración de sus ilusiones y trastornos físicos, económicos y morales.

Dicha petición fue acogida íntegramente por el tribunal de primera instancia, reduciéndose el montante por el tribunal de apelación. Conociendo el recurso de

⁷²⁹ RJ 1985, 5901; también en DE ANGEL YAGUEZ, Indemnización del daño moral..., *cit.*, pág. 697 y ss.; e IGARTUA ARREGUI, Responsabilidad por nulidad..., *cit.*, pág. 3227 y ss.

casación interpuesto por el demandado recurrente, el Tribunal Supremo resolvió desestimarlos, expresando en su considerando tercero, que “los hechos expuestos y los demás probados revelan una conducta del recurrente que ha de ser calificada de dolosamente grave, pues si bien la Sala de instancia ha de apreciar los hechos que constituyen el dolo, éste es un concepto jurídico que este Tribunal de casación revisa para llegar a la misma conclusión que la Sala a quo..., puesto que el recurrente se sirvió indudablemente de la astucia de celebrar un matrimonio para lograr sus apetencias sexuales exclusivamente, circunstancia que de haber sido conocida por la contrayente recurrida hubiera impedido la celebración de la boda. Como variedad dentro de la conducta dolosa seguida por el recurrente, puede considerarse que aquélla incidió en clara reserva mental como vicio de la declaración de voluntad al contraer matrimonio..., de modo que resultó su conducta un lazo tendido a la buena fe de la otra parte. Fue una conducta de mala fe, que, aún sin intención de dañar, cabe incluirla en la descripción que hace a estos efectos el artículo 1269 del Código Civil”. Con respecto a los daños a indemnizar, añadió en el considerando cuarto, que “el recurrente, amparándose en la realidad sociológica actual, pluralista, liberal y abierta, en casos como el ahora contemplado origina sin duda para la parte perjudicada y engañada un evidente daño moral, como consecuencias de carácter patrimonial resultantes de la conducta dolosa de la otra parte, y ello sin considerar la unión matrimonial como únicamente determinada de una perspectiva de ganancias o adquisiciones para la mujer, en cuanto que para ésta, a la idea lucrativa o de asistencia material, ha de añadirse el daño no patrimonial que se origina con la frustración de la esperanza de lograr una familia legítimamente constituida. De ahí que la indemnización haya de determinarse en estos casos no sólo atendiendo a criterios puramente materiales, sino que éstos muchas veces tendrán menos importancia que los espirituales. Todo lo cual, añadido a lo ya expuesto, abunda en la gravedad del dolo que determinó la conducta del recurrente, y en el acierto de la Sala de Instancia al aplicar el artículo 1270, según su recto sentido, a un contrato tan peculiar como el matrimonio”.

De los considerandos expuestos, podemos colegir que el mencionado órgano, recurrió a la doctrina del dolo como vicio del consentimiento matrimonial (arts.

1269⁷³⁰, 1270⁷³¹, 1265⁷³² y 73 N°1⁷³³, todos del Cc.), confirmando los fundamentos del tribunal *a quo*, como el camino idóneo para conceder la reparación de los daños materiales y morales dolosamente causados a ésta.

Sin embargo, lo que nos parece de mayor trascendencia conforme a la finalidad de nuestro estudio, es que estimó como plenamente resarcibles los perjuicios originados “con la frustración de la esperanza de lograr una familia legítimamente constituida”, confirmando con ello el criterio establecido en la sentencia de 21 de enero de 1957⁷³⁴, en la cual ya había resuelto, que el daño producido a la actora “no consiste, como equivocadamente se sostiene en haber quedado libre del vínculo que la ligaba, sino lo que es muy distinto, en ver rotos los lazos matrimoniales en razón y circunstancias que normalmente no le permiten rehacer su vida, en verse privada del menguado auxilio que antes, y en el curso del proceso le era facilitado, y hasta en haber sufrido los comentarios equívocos sobre cierta causa de disenso matrimonial, que si no tuvieron expresión en las sentencias de los Tribunales eclesiásticos, lo han tenido en el curso de este pleito, y en la pública opinión”, recurriendo a las disposiciones de la responsabilidad civil extracontractual para justificar el otorgamiento de la pretensión resarcitoria.

La SAP de Madrid de 10 de julio de 2007⁷³⁵, es otro ejemplo donde se admitió la reparación de los daños morales causados por la declaración de nulidad de matrimonio; en este caso, declarada la nulidad matrimonial, la mujer presentó demandada de indemnización de perjuicios en contra del varón, por los daños patrimoniales (gastos derivados de la celebración de la boda, los gastos del procedimiento de nulidad, y los gastos de sesiones de psicoterapia, honorarios profesionales, consultas psiquiátricas por el trauma psicológico) y morales, al

⁷³⁰ Artículo 1269 Cc.: “Hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho”.

⁷³¹ Artículo 1270 Cc.: “Para que el dolo produzca la nulidad de los contratos, deberá ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes. El dolo incidental sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios”.

⁷³² Artículo 1265 Cc.: “Es nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo”.

⁷³³ Artículo 73 Cc.: “Es nulo, cualquiera que sea la forma de su celebración: N°1 El matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial”.

⁷³⁴ RJ 1957, 1133.

⁷³⁵ AC 2007, 1899.

amparo del art. 1902 Cc.; en este caso, la culpa del demandado se tuvo por acreditada al no haber comunicado a su cónyuge, ni antes ni después de casarse, la enfermedad que padecía (VIH) y que conocía antes del matrimonio, exponiéndola a un riesgo previsible de contagio, información que corresponde a un deber de cualquier persona con respecto de otra, con quien se pretende hacer una vida en común, culpa que no puede preterirse por el hecho de que en definitiva la cónyuge no resultara contagiada. Si bien, la Audiencia desestimó los daños patrimoniales por falta de prueba, acogió el resarcimiento de los daños morales causados por el sufrimiento psíquico, zozobra, ansiedad, angustia, etc., que padeció la actora hasta que pudo constatar que no estaba contagiada con VIH, al haber mantenido relaciones sexuales sin las precauciones debidas al desconocer que su cónyuge era portador de dicha enfermedad, como también por el “hecho de truncar las expectativas de vida común”, la formación de una familia y los deseos de maternidad expresados por la actora, condenando al demandado a pagar la suma de 30.000 euros por este concepto.

Por su parte, la SAP de Toledo de 14 de noviembre de 2001⁷³⁶, junto con declarar la nulidad matrimonial por error invalidante, sustancial del consentimiento del marido, al haber contraído matrimonio creyendo que el hijo que esperaba la mujer era suyo, condenó a la demandada a resarcir los gastos de la boda, al ser daños causados por la declaración de nulidad imputables a su mala fe, al amparo del art. 98 Cc.

De la misma forma, la SAP de Islas Baleares de 05 de junio de 2006⁷³⁷, al acoger la acción de nulidad solicitada por la mujer por error en las cualidades esenciales del otro, al haber prestado su consentimiento desconociendo la condición de homosexual, también acogió a través del art. 98 Cc., el resarcimiento de los daños morales y psicológicos causados por la declaración de nulidad matrimonial, imputables a la mala fe del demandado, condenándolo a pagar la suma de 6.000 euros.

⁷³⁶ AC 2001, 2509.

⁷³⁷ JUR 2006, 253511.

Esta inicial claridad de la jurisprudencia, respecto al resarcimiento de los daños causados por la declaración de nulidad de matrimonio, se disipa al examinar la sentencia de 01 de julio de 1994⁷³⁸, cuando a instancias de un juicio de homologación de una sentencia eclesiástica que declaró la nulidad de matrimonio, por haber incurrido el marido en un error en las cualidades personales del otro determinantes de su consentimiento (la mujer le hizo creer que aún podía tener hijos), el Tribunal Supremo manifestó en su considerando segundo de los fundamentos de derecho, que “efectivamente, la sentencia recurrida razona que en aplicación de la normativa general que rige nuestro ordenamiento en materia de contratos (para esta jurisdicción el matrimonio lo es), la persona incumplidora de sus obligaciones, interviniendo dolo, está obligada al resarcimiento de daños y perjuicios (arts. 1101 y sigs. del Código Civil), que el propio legislador los señala, para este supuesto concreto, en el artículo 95, párrafo segundo, del mencionado texto legal, expresando que el que fue cónyuge de buena fe a la hora de liquidar el régimen económico matrimonial pueda optar entre que se realice de la forma normal o que se haga con arreglo a las normas que rigen el régimen de participaciones en las ganancias”. Según estas palabras, en caso de existir daños y perjuicios para uno

⁷³⁸ RJ 1994, 6420. En cuanto a los hechos que nos interesan y que motivaron esta sentencia de 01 de julio de 1994, podemos sintetizarlos en los siguientes: El marido había demandado la nulidad matrimonial eclesiástica, por falta de consentimiento, motivado por engaño doloso de la demandada, quien le había hecho creer que todavía tenía o estaba en edad para engendrar hijos, cuando no era cierto, cuestión que fue acogida por dicho tribunal, siendo homologada civilmente esta sentencia por auto de 28 de septiembre de 1987. Ahora, en lo que respecta a que el Tribunal eclesiástico resolviera acoger la nulidad matrimonial en base a estos fundamentos de hecho – dolo de la mujer al inducir a su cónyuge de que podía tener hijos pese a su avanzada edad -, DURÁN RIVACOBÁ, Ramón, Comentario a la Sentencia de 1 de julio de 1994, en *CCJC*, t. 37, enero – marzo 1995, pág. 55, expresa sus dudas de que desde el punto de vista civil el matrimonio pueda ser declarado nulo por este simple dato, “a mi juicio resulta inverosímil incluir la menopausia de la mujer dentro de los errores “en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento” (art. 73.4 CC)”, en el mejor de los casos, agrega, que ese simple dato “puede reconducirse a una condición, que sirve para excluir errores posiblemente no esenciales de suyo conforme al artículo 73 del Código Civil, pero elevado a esta categoría por las partes”. Sobre estas afirmaciones, creemos necesario realizar algunas matizaciones, a objeto de evitar confusiones, distinguiendo dos supuestos: 1) si se contrae matrimonio con una persona bajo la condición de tener hijos durante el mismo y, 2) si celebra el matrimonio con una persona considerando su facultad natural para procrear en atención a su edad; sin duda, en el primer caso, no sólo debe tenerse por no puesto al expresarse el consentimiento matrimonial conforme al art. 45.2 Cc., sino que nunca podría ser causa suficiente para alegar su nulidad; frente al segundo caso, y aun entendiendo que la facultad de procrear es una cualidad natural, normal de toda persona entre determinados parámetros de edad, debemos distinguir: a) si la ausencia de ella es desconocida, ignorada, no creemos que constituya un error en la cualidad personal con la suficiente entidad como exige el art. 73 N°4 Cc. para viciar el consentimiento y, b) cuando dicha ausencia si es conocida anticipadamente por uno de los consortes y omitida a su contraparte, instancia donde si defendemos se debe dar lugar a la acción de nulidad por medio del error o del dolo, dependiendo de los fines expresados por los propios consortes para su matrimonio.

de los cónyuges causados por la declaración de nulidad, imputables a dolo del otro, la forma prevista por el legislador para el resarcimiento de los mismos, es por medio de la aplicación de lo dispuesto en el art. 95 inciso 2º Cc., consagrando un principio de especialidad (tipicidad).

En este sentido compartimos la crítica que sobre el particular realiza DURÁN RIVACOBÁ⁷³⁹, al señalar que la regla prevista en el artículo 95 Cc. (al igual que la dispuesta en el art. 1395⁷⁴⁰ Cc.) constituye una sanción en contra del cónyuge que actuó de mala fe, “pero sin el alcance restitutorio que se postula para las normas contenidas en los artículos 1101 y sgs.”, es decir, que el precepto en referencia no sería la forma de resarcir los daños y perjuicios, ya que para este objeto, están las normas de la responsabilidad civil, rechazando con ello el argumento de tipicidad defendida por el órgano jurisdiccional.

En el mismo sentido, acrecienta la confusión generada con el fallo anterior, la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1999⁷⁴¹, donde el actor reclamaba los daños patrimoniales correspondientes a los alimentos abonados a la demandada por un hijo que resultó no ser suyo, más otra cantidad, por los daños morales debidos “a la actitud y comportamiento doloso de la demandada al ocultar la verdadera paternidad de aquél” (del falso hijo matrimonial), todo ello fundado en el art. 1902 Cc., en aplicación al principio “alterum non laedere” consagrado en la citada norma.

En este caso, a raíz de que la pretensión del actor fue presentada con posterioridad a la declaración de nulidad de matrimonio (hecho resuelto por sentencia de 17 de noviembre de 1977 por el Tribunal Eclesiástico de Rabat), una vez conocida la verdadera paternidad del hijo (hecho ocurrido el 17 de enero de 1990, según prueba realizada por el Laboratorio de Biología Forense de la Escuela de Medicina Legal de la Universidad Complutense de Madrid), y resuelta la

⁷³⁹ *Ibid*, pág. 47 y ss.

⁷⁴⁰ Artículo 1395 Cc.: “Cuando la sociedad de gananciales se disuelva por nulidad del matrimonio y uno de los cónyuges hubiera sido declarado de mala fe, podrá el otro optar por la liquidación del régimen matrimonial según las normas de esta Sección o por las disposiciones relativas al régimen de participación, y el contrayente de mala fe no tendrá derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte”.

⁷⁴¹ RJ 1999, 5721; y en *RC Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, Noviembre de 1999, pág. 563 y ss.

impugnación de paternidad por el Juzgado de Primera Instancia de Madrid, de 23 de julio de 1992, el actor no pudo alegar la infracción del respectivo deber matrimonial como causa de los daños reclamados, en especial los morales, como resultado del incumplimiento de los deberes conyugales; sin embargo, no es menos cierto que se trataba de daños derivados del reconocimiento de un hijo matrimonial que, con posterioridad a la declaración de nulidad de matrimonio, se demostró que no era del actor, sino de un tercero, con quien la cónyuge había mantenido relaciones extramatrimoniales, incumpliendo de dicha forma, el deber de fidelidad, deber jurídico legal al que se encontraba vinculada por matrimonio.

Si bien, los hechos causantes de los daños demandados se habían originado constante matrimonio, vinculados especialmente con los deberes conyugales – fidelidad -, y no por la declaración de nulidad matrimonial, aún así estimamos pertinente incorporarlo en este acápite, fundado en que su petición se produjo una vez verificada la situación de crisis conyugal, sirviéndonos, además, para distinguir claramente cuales son los fundamentos jurídicos que se deben invocar, dependiendo de si los daños se produjeron constante matrimonio o a consecuencia de la declaración de nulidad.

En lo pertinente del caso, el tribunal de primera como el de segunda instancia, rechazaron las pretensiones del actor, cuestión confirmada por el máximo tribunal al desestimar el recurso de casación interpuesto, resolviendo en definitiva que “ciertamente, los supuestos que comportan la aplicación del artículo 1902 del Texto Legal sustantivo, vienen a originar, como consecuencia de esa aplicación, una reparación por el daño moral causado, que puede hacerse extensiva al doble ámbito patrimonial y moral, pero ello no resulta aplicable al caso de autos, en el que, como ha quedado razonado, no era posible hacer aplicación del meritado precepto, debido a no haberse apreciado una conducta dolosa en el comportamiento atribuido a la señora” demandada.

Sobre el particular, y aun cuando podamos compartir con el distinguido tribunal el resultado definitivo, no acontece lo mismo con sus fundamentos; así pues, al resolver que no se apreció una conducta dolosa de la demandada, se realizó un estudio limitado, ya que se olvidó que la culpa grave también es suficiente para

tener por acreditado, el especial grado de imputabilidad necesario para acoger una demanda de responsabilidad civil entre cónyuges. Asimismo, discrepamos con el camino a través del cual se pretendió el resarcimiento, ya que hubiésemos preferido que se invocaran los arts. 1101 y ss. Cc., por cuanto, al tratarse de daños y perjuicios causados en el matrimonio, y al ser el actor un cónyuge de buena fe (recordar que salvo declaración expresa en contrario, ésta se presume), la nulidad transformó al matrimonio en putativo, entendiéndose subsistentes todos los efectos para el demandante.

CAPÍTULO SÉPTIMO.

DE LOS DAÑOS CIVILES EN LAS UNIONES DE HECHO⁷⁴².

I.- DELIMITACIÓN DEL CAMPO DE ESTUDIO.

La creciente multiplicación de las uniones de hecho⁷⁴³, que las ha transformado en una realidad social, unido a la ausencia de una legislación estatal que las regule, ha motivado que en los últimos veinte años, la doctrina y

⁷⁴² La doctrina y jurisprudencia emplean diversos términos para referirse a esta figura, tales como, familia no matrimonial, familia de hecho, familia no fundada en el matrimonio (CERDA GIMENO, José, La situación actual de las parejas no casadas ante el Derecho, en *Estudios sobre Derecho de Familia*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España Centro de Estudios Registrales, ed. J. San José, S.A., Madrid, 1993, pág. 550 y ss.), convivencia marital, la pareja en relación de afectividad análoga a la conyugal, matrimonio sin papeles, matrimonio informal (GARCÍA – POSADA GÓMEZ, Elda, El concepto de convivencia no matrimonial en Derecho español, en *ADC*, t. LVI, fascículo III, julio-septiembre, 2003, pág. 1045, 1097), uniones conyugales de hecho (Expresión recogida en la nota 2 a la tabla I del anexo a la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, en texto refundido y aprobado por Decreto 632/1968, de 21 de Marzo), unión matrimonial de hecho (REINA y MARTINELL, *Curso de derecho matrimonial...*, cit., pág. 67 y ss. Los mismos autores, critican los términos “matrimonio de hecho, convivencia more uxorio, vida marital, matrimonio no registrado” fundados en que en el ánimo de la pareja, lo que con frecuencia se pretende evitar, lo que se rehúye, es precisamente la idea de matrimonio. Sin embargo, no podemos evitar señalar que ellos prefieren usar el término “uniones matrimoniales de hecho” que, sin duda, igualmente contiene la idea de matrimonio), uniones more uxorio (DÍEZ – PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. IV..., cit., pág. 71), concubinato, estado de mancebía, manceba o concubina (ESTRADA ALONSO, Eduardo, *Las Uniones Extramatrimoniales en el Derecho Civil Español*, segunda edición, ed. Civitas, S.A., Madrid, 1991, pág. 46, señala y crítica el uso de estos términos por parte de la doctrina y juristas, ya que se trata de vocablos descalificadores que recuerdan la etapa de persecución penal. El mismo autor, pág. 45, cita la expresión “Barraganía” como el término más usado en el Derecho Medieval español para describir la institución que se correspondía con el fenómeno social en comento, y “barragana” el que se atribuía a la mujer que vivía en dicho estado. Según GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel, Notas sobre la problemática jurídica de la pareja no casada, en *Estudio de Derecho Civil en Homenaje al profesor J. Beltrán De Heredia y Castaño*, ed. Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1984, pág. 216, la “barraganía” era una especie de sociedad conyugal constituida por un hombre y una mujer con el objeto de hacer vida en común, cuyos caracteres de unidad, permanencia, fidelidad, fines de convivencia y procreación eran similares a los del matrimonio, faltando sólo el requisito esencial de la consagración de tal unión por la Iglesia), entre otros.

⁷⁴³ Si bien, la doctrina advierte que el concepto y caracterización de la convivencia more uxorio es un concepto jurídico difuso, destacamos dos, que a nuestro entender, reúnen casi todas sus características, a saber, la de GARCÍA – POSADA GÓMEZ, *op. cit.*, pág. 1102 y ss., para quien es “aquella compuesta por dos personas de distinto o (en las aproximaciones más avanzadas) del mismo sexo, que conviven de modo semejante a como lo hacen los cónyuges en el matrimonio, pero sin formalizar su convivencia acudiendo a esta institución legal”, y de ESTRADA ALONSO, *Las Uniones Extramatrimoniales...*, cit., pág. 76, quien la define como “la unión duradera, exclusiva y estable de dos personas de sexo diferente (sin duda, después de la Ley 13/2005, de 01 de julio, por la que se modificó el Cc. en materia de Derecho a contraer matrimonio, esta unión puede comprender a dos personas del mismo sexo) y capacidad suficiente, que con ausencia de toda formalidad y desarrollando un modelo de vida en comunidad como cónyuges, cumplen espontánea y voluntariamente los deberes de responsabilidad y solidaridad recíprocos”.

La jurisprudencia por su parte, la ha definido en la STS de 18 de mayo de 1992 (RJ 1992, 4907), entendiéndola como aquella que se “desarrolla en régimen vivencial de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años, practicada de forma externa y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados, creándose así una comunal vida amplia, intereses y fines, en el núcleo de un mismo hogar”.

jurisprudencia se preocupen de este tema⁷⁴⁴, desarrollando diversas soluciones para la multiplicidad de problemas que ésta presenta, aspiración que también es compartida por las crecientes leyes autonómicas y forales⁷⁴⁵.

Ahora, del sinnúmero de dificultades que se pueden presentar, nos vamos a centrar en aquellas que vienen motivadas con ocasión de su disolución; las parejas felices no tienen problemas⁷⁴⁶.

Si bien, la ruptura no produce en general ninguna obligación alimenticia, compensatoria o indemnizatoria entre los convivientes, la doctrina y la jurisprudencia reconocen que la disolución de esta familia de hecho tiene consecuencias patrimoniales que de alguna forma deben ser resueltas, al igual que ciertos menoscabos patrimoniales del conviviente abandonado, que bajo determinadas circunstancias, deben ser reparados.

Es por ello, que verificada la ruptura, los convivientes pueden plantear diversas reclamaciones, que dependiendo del objetivo que por medio de ella pretendan, podemos separarlas en tres grupos: uno, liquidación del régimen de bienes existente entre ellos; dos, pretensiones compensatorias por la prestación de

⁷⁴⁴ En el mismo sentido se expresa GARCÍA – POSADA GÓMEZ, *op. cit.*, pág. 1043 y ss., al exponer que “Resulta ya tópico señalar cómo en los últimos veinte años el fenómeno social de la convivencia no matrimonial ha dado lugar a una suerte de “big – bang” jurídico. El punto de inflexión puede con toda probabilidad situarse en la celebración en Messina del primer (y único) Congreso Internacional de Parejas no Casadas en el año 1982: a partir de entonces la atención por parte del legislador y los operadores jurídicos ha ido en aumento, y la profusión de estudios doctrinales sobre el tema, tanto en nuestro país como en el extranjero, ha hecho de él una materia inabarcable”. Comparte la misma idea CERDA GIMENO, *op. cit.*, pág. 549 y ss.

⁷⁴⁵ El estudio de las uniones de hecho o convivencia *more uxorio*, lo hemos realizado con exclusión de las Leyes autonómicas y forales, a saber, Ley 10/1998 Catalana de uniones estables de pareja, Ley 6/1999 Aragonesa de parejas estables no casadas, Ley Foral 6/2000 de Navarra para la igualdad jurídica de las parejas estables, Ley 1/2001 de Valencia de uniones de hecho, Ley 11/2001 de Madrid de uniones de hecho de la comunidad de Madrid, Ley 18/2001 de Baleares de parejas estables, Ley 4/2002 de Asturias de parejas estables, Ley 5/2002 de Andalucía de parejas de hecho, Ley 5/2003 de Canarias para la regulación de las parejas de hecho en la comunidad autónoma de Canarias, Ley 5/2003 de Extremadura de parejas de hecho de la comunidad autónoma de Extremadura, Ley 2/2003 del País Vasco reguladora de las parejas de hecho y, Ley 1/2005 de Cantabria de parejas de hecho, por su carácter particular, aplicable a un determinado sector de la población y no a la generalidad de los españoles, como pretende ser el enfoque de este trabajo.

⁷⁴⁶ NOIR-MASNATA, Catherine, *Los efectos patrimoniales del concubinato y su influencia en el deber de sostenimiento entre esposos separados*, traducción realizada por Juan De Dios Campos Cobo, ed. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1986, pág. 56 cita “Las parejas felices no tienen historia”.

servicios realizados por uno en beneficio del otro durante la convivencia; y tres, indemnización de perjuicios al conviviente abandonado por la ruptura.

Para dar respuesta a estos objetivos, la doctrina y jurisprudencia, han recurrido a diversas soluciones del Derecho patrimonial, que van desde la aplicación de las normas que expresamente hayan estipulado los convivientes, de las que se deduzcan de hechos o circunstancias demostrativas de su voluntad tácita, o de las que resulten de los principios generales del Derecho.

No obstante, antes de entrar al estudio de las soluciones planteadas, debemos determinar qué lugar ocupan las uniones de hecho en el Derecho de familia en general, y en particular con el matrimonio, a objeto de establecer si es posible aplicar alguna de las conclusiones expuestas precedentemente, en materia de responsabilidad civil, sobretodo si consideramos que no existe nada que obstaculice la aplicación de dichas normas (arts. 1101 y ss. y 1902 y ss. Cc.), como por el hecho de que el legislador penal considera a ambas como circunstancia mixta de parentesco (art. 23⁷⁴⁷ Cp.).

II.- PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL A LA FAMILIA EN GENERAL.

Pese a que las uniones de hecho carecen hasta el día de hoy de una regulación estatal propia, ello no es obstáculo para defender su reconocimiento constitucional a través del art. 39.1.

En efecto, la doctrina mayoritaria sostiene que “la protección social, económica y jurídica” que el artículo en referencia confiere a la familia, es a la familia natural, ya que emplea términos genéricos, amplios, sin calificativos, comprendiéndose a la matrimonial y de hecho, pese a que autores como FERRER ORTIZ sostengan lo contrario⁷⁴⁸.

⁷⁴⁷ Artículo 23 Código Penal: “Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente”.

⁷⁴⁸ FERRER ORTIZ, Javier, Familia y Derecho, en *XV Jornadas de la Asociación Española de Canonistas en el XXV Aniversario de su fundación*, Madrid 19 – 21 de Abril de 1995, ed. Publicaciones Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca, 1997, pág. 197 y ss., quien manifiesta “No por obvio es menos cierto

Apoya la posición mayoritaria, el hecho de que el constituyente cuando quiso referirse exclusivamente al matrimonio, lo hizo en un capítulo, título y artículo distinto, de aquel concerniente a la familia en general; si quería referirse sólo al matrimonio en ambas normas, lo más lógico es que los hubiera regulado conjuntamente, como sucedía en el art. 43 CE de 1931.

Llegamos a la misma afirmación al examinar las sentencias del Tribunal Constitucional; si bien, no olvidamos que la STC 184/1990, de 15 de noviembre dispuso lo contrario⁷⁴⁹, todas las posteriores a ella, han extendido la protección del art. 39.1 a la familia matrimonial y de hecho. Así se observa en la STC 222/1992, de 11 de diciembre⁷⁵⁰, al declarar, “ningún problema de constitucionalidad existiría si el concepto de familia presente en el art. 39.1 de la Constitución hubiera de entenderse referido, en términos exclusivos y excluyentes, a la familia fundada en el matrimonio. No es así, sin embargo. Nuestra Constitución no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se impone no sólo por la regulación bien diferenciada de una institución y otra (arts. 32 y 39), sino también, junto a ello, por el mismo sentido

que la Constitución cuando alude a la familia está pensando en la familia española por antonomasia, fundada en el matrimonio y formalidad por el marido, la mujer y los hijos en común, a los que a veces se añade alguno de sus ascendiente. Así viene a confirmarlo la garantía constitucional de la que goza el matrimonio (art. 32) y de la que carece la familia no matrimonial... En esta misma línea, se ha argumentado que el artículo 39 consta de dos partes netamente diferenciadas: un primer párrafo, donde tutela a la familia basada en el matrimonio, y tres párrafos más donde protege a una serie de personas, constituyan o no una familia, que pueden ser injustamente marginadas. Pero, como regla general, la familia fundada en el matrimonio debe ser objeto de un trato preferencial”.

⁷⁴⁹ RTC 1990, 184. En ella se declaró que “el matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución, y el derecho del hombre y de la mujer a contraerlo es un derecho constitucional (art. 32.1) cuyo régimen jurídico corresponde a la Ley por mandato constitucional (art. 32.2). Nada de ello ocurre con la unión de hecho *more uxorio*, que ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento”; no obstante, hubo un voto particular del magistrado Vicente Gimeno Sendra, que defendía lo contrario, al sostener que “mi única y respetuosa discrepancia se ciñe a determinadas afirmaciones efectuadas en su fundamento jurídico 3.º, conforme a las cuales las denominadas «uniones conyugales de hecho» carecen de protección constitucional alguna. Ciertamente el «derecho a contraer matrimonio» es un derecho expresamente reconocido en la Constitución (art. 31.1), pero de esa declaración no se infiere, en mi opinión, que la Constitución no reconozca «un pretendido derecho a formar una unión de hecho», ni que la familia no matrimonial permanezca, a nivel constitucional, desprotegida. Para alcanzar esta conclusión se haría preciso identificar el concepto de «familia» del art. 39.1 con el de familia «matrimonial» (o lo que es lo mismo, proyectar el art. 32.1 sobre el 39.1); pero esta identificación, no sólo no se coherente con la protección de los hijos ilegítimos o de las madres solteras que el párrafo segundo del mismo precepto también declara, sino tampoco la impone la redacción de la norma constitucional que utiliza simplemente el término «familia» (y no el de familia fundada en el matrimonio) y tan familia es la unión de dos cónyuges que, en su día, suscribieron el correspondiente convenio de matrimonio, como la unión afectiva y estable de una pareja (o de un padre o madre viuda, soltera, separada o divorciada, con sus hijos)”.

⁷⁵⁰ RTC 1992, 222.

amparador o tuitivo con el que la Norma fundamental considera siempre a la familia y, en especial, en el repetido art. 39, protección que responde a imperativos ligados al carácter “social” de nuestro Estado (arts. 1.1 y 9.2) y a la atención, por consiguiente, de la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen. El sentido de estas normas constitucionales no se concilia, por tanto, con la constricción del concepto de familia a la de origen matrimonial, por relevante que sea en nuestra cultura -en los valores y en la realidad de los comportamientos sociales- esa modalidad de vida familiar.... Del propio art. 39.1 no cabe derivar, por tanto, una diferenciación necesaria entre familias matrimoniales y no matrimoniales”⁷⁵¹. En el mismo sentido se ha pronunciado el citado tribunal, en las sentencias 6/1993, de 18 de enero⁷⁵², 47/1993, de 08 de febrero⁷⁵³, y 116/1999, de 17 de junio⁷⁵⁴.

Establecida la extensión de la protección constitucional a la familia matrimonial y de hecho, el contenido de la misma, es la consagración de “una especie de *Derecho fundamental de la persona*, con todo lo que ello conlleva de facultad para su titular y correspondiente exigencia de ésta a los Poderes públicos para su real efectividad”⁷⁵⁵, en los ámbitos económicos, sociales y jurídicos.

III.- FALTA DE EQUIPARACIÓN ENTRE EL MATRIMONIO Y LA UNIÓN DE HECHO.

Ahora bien, el hecho de que matrimonio y convivencia *more uxorio* estén amparados por la misma protección social, económica y jurídica constitucional del art. 39.1, nos lleva a preguntarnos si el privilegio conyugal en materia de

⁷⁵¹ No obstante, hubo dos votos particulares a la sentencia en referencia, de los magistrados Álvaro Rodríguez Bereijo y José Gabaldón López, quienes sostuvieron que la protección del art. 39.1 CE estaba limitada a la familia matrimonial, excluyendo a las uniones de hecho.

⁷⁵² RTC 1993, 6.

⁷⁵³ RTC 1993, 47.

⁷⁵⁴ RTC 1999, 116.

⁷⁵⁵ MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis, La familia en la Constitución española, en *Revista de Derecho Privado*, noviembre de 1981, pág. 967.

responsabilidad civil, que obliga a los cónyuges a responder sólo de los daños que se causen entre sí por incumplimientos graves o reiterados, cuando éstos sean imputables a culpa grave o dolo, según hemos defendido en los capítulos anteriores, puede ser extendido a las uniones de hecho o no, transformándose en un “privilegio familiar” y no meramente “conyugal”, por aplicación del art. 14 CE.

Para responder a esta cuestión, creemos oportuno recordar que los fundamentos expuestos para defender la existencia del privilegio conyugal, y que permiten rebajar el grado de imputación exigible, se encuentran en la existencia de una obligación previa entre los cónyuges, en la naturaleza de los deberes jurídicos de fidelidad, cohabitación, respeto, ayuda y socorro mutuo, impuestos por el legislador por medio del matrimonio, en las circunstancias de las personas y, en la convivencia conyugal.

Si bien, en las uniones de hecho también concurre la convivencia, como la consideración a las circunstancias de las personas, no existe ninguna obligación jurídica entre los convivientes que establezca deberes y derechos personales, y cuyo incumplimiento, como las demás consecuencias que de él emanen, estén sancionados por el legislador⁷⁵⁶.

En atención a estas consideraciones, estamos convencidos que el privilegio conyugal no puede extenderse a las uniones de hecho, por mucho que ambas figuras estén amparadas por la misma protección del art. 39 CE, debiéndose aplicar las reglas generales de la responsabilidad civil extracontractual por los daños que los convivientes se causen entre sí, arts. 1902 y ss. Cc.

⁷⁵⁶ Como afirma ESTRADA ALONSO, *Las Uniones Extramatrimoniales...*, cit., pág. 229 y ss., en la unión libre no puede hablarse de imposición legal de deberes y efectos personales similares al matrimonio a los miembros de la unión, los artículos 67 y 68 son inaplicables a esta figura jurídica. En sentido contrario, autores como GANDOLFI y LIPARI (GANDOLFI, “Alcune considerazioni sulla famiglia naturale” y LIPARI, “La categoria giuridica della famiglia di fatto e il problema dei rapporti personali al suo interno”, ambos citados por ESTRADA ALONSO, *Las Uniones Extramatrimoniales...*, cit., pág. 55) creen que los deberes y derechos conyugales son igualmente obligatorios para el caso de las uniones de hecho; sin embargo, como advertimos, dicha posición es minoritaria. Sólo un deber moral podría justificar su aplicación en los casos de convivencia *more uxorio*, cuyo cumplimiento quedaría entregado a la mera voluntad de los convivientes, pero fuera de toda obligación, y en general, del campo de lo jurídico, según expresa LACRUZ BERDEJO, *et al.*, *Elementos de Derecho Civil IV, Derecho de familia...* (2008), cit., pág. 289.

Ahora bien, esta diferencia en el tratamiento jurídico, se encuentra justificada en la mayor protección que el legislador otorga a la familia matrimonial (STC 66/1994, de 28 de febrero⁷⁵⁷), como al hecho que matrimonio y unión de hecho no sean realidades equivalentes, según ha resuelto el Tribunal Constitucional en Auto 156/1987, de 11 de febrero⁷⁵⁸, al decir, “el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes, siendo posible, por ello, que el legislador dentro de su amplísima libertad de decisión, deduzca razonablemente consecuencias de la diferente situación de partida”, posición que ha sido mantenida por el mismo tribunal, como se aprecia en las sentencias 184/1990, de 15 de noviembre⁷⁵⁹; 222/1994, de 11 de julio⁷⁶⁰; 188/2003, de 03 de junio⁷⁶¹; 204/2003, de 16 de junio⁷⁶²; entre otras⁷⁶³.

A virtud de la interpretación del art. 39.1 CE, como a los fundamentos expuestos en estas resoluciones, las consideraciones que justifican la diversidad del tratamiento jurídico entre matrimonio y unión de hecho, en lo concerniente a la responsabilidad civil por los daños que se causen los convivientes entre sí, están plenamente argumentadas y no pueden ser estimadas contrarias al principio de igualdad establecido en el art. 14 CE⁷⁶⁴, debiéndose aplicar las normas de responsabilidad civil, art. 1902 Cc., sin obstáculo ni privilegio alguno.

⁷⁵⁷ RTC 1994, 66; en ésta se declaró que «no serán necesariamente incompatibles con el art. 39.1 CE, ni tampoco con el principio de igualdad, las medidas de los poderes públicos que otorgan un trato distinto y más favorable a la unión familiar que a otras unidades convivenciales, ni aquellas otras medidas que favorezcan el ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio (art. 32.1 CE), siempre claro es, que con ello no se coarte ni se dificulte irrazonablemente al hombre y la mujer que decidan convivir more uxorio»

⁷⁵⁸ RTC 1987, 156; en ella se solicitaba que la unión de hecho se equiparara al matrimonio a efectos de poder percibir la pensión de viudez.

⁷⁵⁹ RTC 1990, 184.

⁷⁶⁰ RTC 1994, 222. Auto.

⁷⁶¹ RTC 2003, 188 Auto.

⁷⁶² RTC 2003, 204 Auto.

⁷⁶³ La misma orientación ha seguido el Tribunal Supremo, como se aprecia en STS de 24 de noviembre de 1994 (RJ 1994, 8946), STS de 04 de junio de 1998 (RJ 1998, 3722), STS de 19 de octubre de 2006 (RJ 2006, 8976), entre otras.

⁷⁶⁴ En la actualidad, en virtud del principio de igualdad jurídica, ya son varias las materias en las se han equiparado matrimonio y unión de hecho, otorgando a sus integrantes los mismos derechos; tal es el caso, en materia de pensiones de viudedad, de arrendamiento urbanos, y de beneficiarios por muerte en caso de accidentados de vehículos a motor.

En materia de pensiones de viudedad, por medio de la Ley 40/2007, de 04 de diciembre de 2007, de medidas en materia de seguridad social, se modificó la Ley General de Seguridad Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20 de junio de 1994, concediendo derecho a pensión de viudedad a la pareja de hecho, que acredite cierta dependencia económica y una duración mínima de cinco años, disponiendo en el art. 174.3 actual que, “tendrá asimismo derecho a la pensión de viudedad quien se encontrase unido al causante en el momento de su fallecimiento, formando una pareja de hecho, y acreditara que sus ingresos durante el año

IV.- SOLUCIONES PROPUESTAS POR LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA A LA DISOLUCIÓN DE LA UNIÓN DE HECHO.

Para materializar el principio de protección constitucional del art. 39.1, como para llenar la anomia que regule esta materia, la jurisprudencia y doctrina han recurrido a diversas alternativas del Derecho patrimonial, a fin de determinar la normativa aplicable a los problemas que se plantean con la disolución; para tal efecto, podemos distinguir tres escenarios posibles, a saber, que los convivientes mediante pacto expreso las hayan estipulado; que éstas se deduzcan de hechos o circunstancias que demuestren su voluntad tácita de sujetarse a una figura jurídica en particular; en defecto de las opciones anteriores, y en última instancia, recurrir a las herramientas comprendidas en los principios generales del Derecho.

A.- Convenio o pacto expreso de los convivientes.

Debemos destacar que la primera regla para liquidar los efectos económicos, se encuentra en la propia autonomía de la voluntad de la pareja⁷⁶⁵; los convivientes,

natural anterior no alcanzaron el 50 por ciento de la suma de los propios y de los del causante habidos en el mismo periodo. Dicho porcentaje será del 25 por ciento en el caso de inexistencia de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad... A efecto de lo establecido en este apartado, se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años. La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante la certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante”.

En materia de arrendamientos urbanos, al considerar inconstitucional el viejo art. 58.1 LAU, en cuanto establecía un tratamiento jurídico diverso entre el matrimonio y unión de hecho, al excluir “del beneficio de la subrogación mortis causa a quien hubiera convivido de modo marital y estable con el arrendatario fallecido”, según resolvió el Tribunal Constitucional en STC 222/1992, de 11 de diciembre (RTC 1992, 222), cuestión que motivó que en la vigente LAU, de 24 de noviembre de 1994, art. 16.2 se dispusiera la expresa igualdad jurídica.

En materia de beneficiarios por muerte en caso de accidentes de vehículos a motor, el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, al determinar en su Tabla 1, los perjudicados, beneficiarios de la indemnización básica por muerte (incluidos los daños morales), asimila al cónyuge al conviviente al disponer que “las uniones conyugales de hecho consolidadas se asimilaren a las situaciones de derecho”.

⁷⁶⁵ La doctrina es uniforme en resaltar que, los convivientes son los primeros quienes pueden regular los efectos patrimoniales de su relación mediante pactos o convenios; véase; TORRES GARCÍA, Teodora, Régimen económico matrimonial y uniones de hecho, en MARTÍNEZ GALLEGU, Eva María (Coord.), *Matrimonio y Uniones de Hecho*, primera edición, ed. Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca,

mediante el otorgamiento de “pactos o convenciones”⁷⁶⁶ expresos, que algunos han denominado “capitulaciones concubinarias”⁷⁶⁷, son los primeros que pueden determinar cómo se regularán los conflictos que se susciten a la disolución de la unión, la forma de distribuir las adquisiciones y utilidades, y en general, todos y cada uno de los efectos y obligaciones patrimoniales que asuman al término de ésta. Precisamente, sólo a falta de convenios o pactos de los convivientes o cuando éstos no regulen todos los efectos económicos patrimoniales derivados de la disolución, podremos recurrir a las demás alternativas de solución⁷⁶⁸.

Si bien, existe uniformidad en cuanto a la admisibilidad de los convenios o pactos, no podríamos decir lo mismo respecto a su contenido; lo anterior, debido a que cierto sector de la doctrina, durante cierto tiempo, discutió la alternativa de que los concubinos, mediante estas estipulaciones, pudieran hacer aplicable cualquiera de los regímenes matrimoniales, en especial, el de sociedad de gananciales.

Así pues, en consideración a que matrimonio y unión de hecho son figuras totalmente distintas, que producen diversos efectos, según ha reconocido

2000, pág. 44 y ss; LACRUZ BERDEJO, *et al.*, *Elementos de Derecho Civil IV*, Derecho de familia... (2008), *cit.*, pág. 291 y ss.; REINA y MARTINELL, *Curso de derecho...*, *cit.*, pág. 76, 92 y ss. (ambos autores reiteran las mismas ideas en REINA, Víctor y MARTINELL, Josep, *Las uniones matrimoniales de hecho*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1996); CERDA GIMENO, *op. cit.*, pág. 589 y ss.; GITRAMA GONZÁLEZ, *op. cit.*, pág. 225 y ss.; MESA MARRERO, Carolina, *Las uniones de hecho*, Análisis de las relaciones económicas y sus efectos, tercera edición actualizada y aumentada, ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, pág. 82 y ss.; NOIR-MASNATA, *op. cit.*, pág. 94 y ss.; PUGA GÓMEZ, Santos, La convivencia more uxorio y la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 17 de enero de 2003 (RJ 2003, 4), *Boletín Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 49/2002, (Boletín), ed. Editorial Aranzadi S.A., (BIB 2003/428), Pamplona, 2003, pág. 1.

⁷⁶⁶ No podemos dejar de mencionar que, casi toda la doctrina recién citada, emplea la terminología de “pactos o convenciones” para referirse a esta figura jurídica, la cual, si bien empleamos a lo largo de este trabajo, no compartimos por ser un término impreciso. Así pues, si consideramos que la unión de hecho o convivencia more uxorio no genera ningún tipo de efectos jurídicos patrimoniales, es decir, derechos y obligaciones –entiéndase al menos inicialmente– entre sus miembros, mediante estos “pactos o convenciones” sólo se podrán “crear”, “originar”, “generar” dichos derechos y obligaciones, los cuales serán producto del acuerdo de voluntades de sus integrantes, y esto, desde el punto de vista de la doctrina clásica se llama y denomina “Contrato”, que es una especie dentro del género “Convención”. No se puede modificar o extinguir aquello que no existe. (véase a DÍEZ – PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. 1..., *cit.*, pág. 115 y ss.). Corrobora nuestra posición, el concepto de “pacto” que se tenía en el Derecho romano, como acuerdo de voluntades desprovisto de acción para exigir su cumplimiento; sin embargo, nadie duda que, un “pacto” otorgado de mutuo acuerdo por los convivientes, a objeto de reglar sus efectos jurídicos patrimoniales, ya sea para la vigencia o disolución de la convivencia, goza de acción, permitiendo a cualquiera de sus otorgantes demandar, exigir el cumplimiento de lo estipulado.

⁷⁶⁷ CERDA GIMENO, *op. cit.*, pág. 579 y ss., no considera adecuada la denominación “capitulaciones concubinarias”, la estima como una calificación indebida, prefiriendo optar por la designación de “convención especial”.

⁷⁶⁸ Mediante pactos o convenios otorgados al inicio de la convivencia o después de iniciada ésta, también pueden establecer las reglas que regirán sus relaciones patrimoniales durante la vigencia de la unión de hecho.

reiteradamente el Tribunal Supremo⁷⁶⁹, se concluía que no era posible aplicar, aún por disposición expresa de los concubinios, cualquiera de los regímenes económicos matrimoniales, ya que se trataba de regímenes normativos previstos exclusivamente para el matrimonio y no para otras figuras jurídicas, sean afines o no⁷⁷⁰. Se agregaba que, la falta de publicidad y constancia formal de la existencia de los pactos, contribuían a negar eficacia jurídica a cualquier convenio en que se haya estipulado la aplicación de un régimen económico matrimonial.

Sin embargo, desde la STS 21 de octubre de 1992⁷⁷¹, reafirmada hoy en día por la jurisprudencia del Tribunal Supremo expresada en sus SSTS de 22 de enero de 2001⁷⁷², 12 de septiembre de 2005⁷⁷³ y, 05 de diciembre de 2005⁷⁷⁴, entre otras, la tendencia actual de la doctrina es prácticamente indiscutible; en efecto, hoy en día se admite la estipulación de cualquiera de los regímenes económicos matrimoniales; su argumentación radica en que la estipulación de los convivientes debe ser respetada, ya que en ella se contiene la libre elección y voluntad de los convivientes, valor superior que debe ser protegido y respetado por el ordenamiento jurídico⁷⁷⁵.

⁷⁶⁹ SSTS de 11 de octubre de 1994 (RJ 1994, 7476); de 20 de octubre de 1994 (RJ 1994, 7492); de 30 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 10391); de 04 de marzo de 1997 (RJ 1997, 1640); y de 04 de junio de 1998 (RJ 1998, 3722).

⁷⁷⁰ TORRES GARCÍA, *op. cit.*, pág. 45 y ss.

⁷⁷¹ RJ 1992, 8589; mediante esta sentencia, el Tribunal Supremo expresó de forma clara, que las reglas que se deben aplicar a los convivientes al disolverse esta unión de hecho son las previstas por ellos mismos, al decir, “Por ello, entendemos que la normativa reguladora del régimen económico-matrimonial (Título III del Libro Cuarto del Código Civil) no puede considerarse automáticamente aplicable a toda unión libre, por el mero hecho del surgimiento de la misma, ello sin perjuicio de que, atendidas las circunstancias de cada caso concreto, pueda predicarse la aplicabilidad (no por «analogía legis», que aquí no se da, sino por «analogía iuris») de algún determinado régimen económico de los diversos que, para el matrimonio regula el citado Título del Código Civil, siempre que quede patentizado, por pacto expreso o tácito (deducido éste de sus hechos concluyentes e inequívocos) que la voluntad de los convivientes fue someterse al mismo, por lo que esta Sala entiende que no cabe la posibilidad de considerar que toda unión paramatrimonial («more uxorio»), por el mero y exclusivo hecho de iniciarse, haya de llevar aparejado el surgimiento automático de un régimen de comunidad de bienes (llámese gananciales, sociedad universal de ganancias, condominio ordinario o de cualquier otra forma), sino que habrán de ser los convivientes interesados los que, por su pacto expreso o por sus «facta concludentia» (aportación continuada y duradera de sus ganancias o de su trabajo al acervo común) los que evidencien que su inequívoca voluntad fue la de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos (suponemos que a título oneroso) durante la duración de la unión de hecho”.

⁷⁷² RJ 2001, 1678.

⁷⁷³ RJ 2005, 7148; en ésta se declaró que “los efectos económicos serán únicamente, en su caso, los que los propios miembros de la pareja hayan previsto mediante pacto, con la misma libertad con la que decidieron unirse y con los límites generales del art. 1255 CC.”, reiterando el principio que “a falta de pacto entre los miembros de la unión, cada uno asume las consecuencias económicas de la ruptura, porque, si libre fue la unión, igualmente libre tiene que ser la ruptura para cualquiera de ellos”.

⁷⁷⁴ RJ 2005, 10185.

⁷⁷⁵ CERDA GIMENO, *op. cit.*, pág. 590, manifiesta su conformidad con esta opinión.

En este sentido MESA MARRERO⁷⁷⁶ expresa, refiriéndose a la actual posición del Tribunal Supremo, que “son plenamente válidos los convenios mediante los cuales las partes acuerden someter sus relaciones patrimoniales a un régimen económico de los previstos por la ley para el matrimonio”, siendo en definitiva plenamente aplicables, siempre que los convivientes lo hayan pactado. Comparte la misma conclusión PANTALEÓN⁷⁷⁷ al comentar la SAP de Córdoba de 21 de abril de 1986, y señalar que “la sentencia analizada se limita a afirmar la licitud y eficacia (naturalmente *inter partes*: art. 1257 del CC) de los pactos con los que las parejas no casadas tratan de reglamentar los aspectos patrimoniales (no los personales) de su relación de convivencia. En concreto, la licitud y eficacia del convenio consistente en someter sus relaciones patrimoniales al régimen de comunidad de gananciales, como si de marido y mujer se tratara. Habida cuenta que dos personas capaces de obrar a las que no esté prohibido otorgarse recíprocamente alguna donación o ventaja (art. 1677 del CC) pueden pactar con plena libertad en nuestro Derecho una sociedad universal de ganancias (art. 1675 del CC), la decisión nos parece absolutamente correcta”.

Además, debemos indicar, que no sólo se pueden hacer aplicables cualquiera de los regímenes económicos matrimoniales mediante convención, sino que también, cualquiera de los cuerpos normativos de carácter patrimonial previstos por la legislación española – v. gr. comunidad de bienes, sociedad universal de bienes o particular de hecho, etc. –; asimismo, pueden otorgar convenciones innominadas, *sui generis*, que tengan por finalidad regular las consecuencias patrimoniales de la pareja de hecho; e incluso, pueden renunciar anticipadamente a la compensación económica que pudiera corresponderles a cualquiera de los convivientes en caso de ruptura, ya que no contraviene lo dispuesto en el art. 6 Cc.⁷⁷⁸

⁷⁷⁶ MESA MARRERO, *op. cit.*, pág. 172.

⁷⁷⁷ PANTALEÓN PRIETO, Fernando, La autorregulación de la unión libre, en *Revista del Poder Judicial*, N°4, Diciembre de 1986, pág. 119 y ss.

⁷⁷⁸ MESA MARRERO, *op. cit.*, pág. 95.

En todo caso, se debe tener presente, que mediante pacto o convenio sólo se pueden regular los aspectos patrimoniales entre los convivientes, pero no se puede pretender crear o regular aspectos personales que rijan su convivencia, como los de los art. 67 y 68 Cc. para el matrimonio, ya que éstos son inexistentes⁷⁷⁹.

Determinado el contenido que los convivientes pueden estipular en sus pactos o convenciones, éstos deben tener igualmente presente, ciertos límites impuestos, a fin de que sean plenamente válidos⁷⁸⁰.

Éstos emanan en particular del artículo 1255 del Código Civil, y vienen a constituir deslindes al principio general de la autonomía de la voluntad; a saber que, no sean contrarios, a las leyes, o sea, que no afecten normas prohibitivas ni constituyan renuncia de bienes indisponibles o irrenunciables, por ejemplo, renuncia a contraer matrimonio; a la moral, como los pactos patrimoniales que se acordaran bajo la condición de comenzar o continuar relaciones sexuales; ni al orden público, como la infracción de normas imperativas, v.gr., la contravención al artículo 14 de la Constitución⁷⁸¹.

En el mismo sentido, se debe tener presente el art. 1271 Cc., que permite declarar nulos los pactos suscritos que afecten a la persona o su intimidad, por estar

⁷⁷⁹ *Ibid*, pág. 89; RODRÍGUEZ GUITIÁN, *op. cit.*, pág. 83.

En sentido contrario se manifiesta PÉREZ VALLEJO, Ana María, *Autorregulación en la convivencia de hecho* (a propósito de las recientes disposiciones prelegislativas y legislativas tendencialmente más dispositivas), ed. Universidad de Almería, Servicio de Publicaciones, Almería, 1999, pág. 73 y ss., (aunque reconoce que su opinión es minoritaria), al decir “Recapitulando consideramos que un convenio en que los convivientes asumieran libre y responsablemente las recíprocas obligaciones que contienen los arts. 67 y 68 del Cc. no podría estimarse ilícito. Y es que, ciertamente no contraviene ninguna ley que expresamente lo prohíba, no puede estimarse ya contrario a la moral, ni tampoco conculca el orden público. Si bien, la celebración de estos pactos nunca tendrán la consideración de capitulaciones. Tanto es así que el incumplimiento de dichos convenios sobre relaciones personales daría lugar a una suerte de obligación natural, que al momento de la ruptura se torna en obligación jurídica, constituyendo de esta forma causa de la indemnización que voluntariamente prestase uno de los convivientes al otro por incumplimiento del contrato, preferentemente a la disolución de la convivencia”.

⁷⁸⁰ No podemos dejar de mencionar que, la actual doctrina y jurisprudencia, superó sancionar a estos pactos o convenios como nulos, por ilicitud de la causa por inmoralidad, al admitir y reconocer a las uniones de hecho como forma de desarrollo de la familia, lo cual es concorde con el artículo 39.1 de la carta fundamental, que “asegura la protección social, económica y jurídica” de la familia en general y no del matrimonio. En el mismo sentido, la Recomendación N°R-3 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 07 de Marzo de 1988, señala que no pueden ser estimados como nulos, por el sólo hecho de haberse otorgado bajo la condición de constituir una unión de hecho, los pactos de regulación de las relaciones patrimoniales o los contratos de la misma naturaleza otorgados por éstos.

⁷⁸¹ GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio, Pactos entre convivientes, enriquecimiento injusto y libre ruptura de las uniones no matrimoniales, en *Diario La Ley*, N°5861, de 01 de Octubre de 2003; DÍEZ – PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. 1..., *cit.*, pág. 128 y ss; MESA MARRERO, *op. cit.*, pág. 229; entre otros.

fuera del comercio de los hombres, además de vulnerar la Constitución española, que proclama entre los derechos fundamentales de la persona, la dignidad de las mismas y el derecho a la intimidad⁷⁸².

Especialmente, se debe tener en cuenta, que el pacto jamás puede estar destinado a que el conviviente que disuelve la unión tenga que pagar una indemnización al otro para poder disolverla, ya que sería como estar comprando su libertad, pagando un “precio de ruptura”⁷⁸³, constituyendo un obstáculo a la libertad de disolución, facultad irrenunciable emanada del libre derecho de la personalidad constitucionalmente garantizada, además de adolecer de causa ilícita.

Una cosa es que se admita que los convivientes estipulen las consecuencias económicas de la ruptura, en particular, “que prevean una indemnización por los perjuicios que la ruptura de la convivencia pueda ocasionar a uno de los convivientes”⁷⁸⁴, y otra muy distinta, que acuerden el pago de una indemnización para poder dar término a su unión de hecho⁷⁸⁵.

Un buen ejemplo de lo anterior, lo constituye la STS de 02 de abril de 1941⁷⁸⁶, al declarar que “el móvil determinante del contrato no es otro que el rompimiento de los vínculos inmorales e ilícitos que habían atado por largo tiempo a los contratantes, como lo revela el texto del propio documento, en el cual se hace constar que de don F... parte la iniciativa para la ruptura, mediante la proposición que a la demandante hace y que ésta acepta, pero tan sólo a condición de que el demandado consigne en un Banco la cantidad necesaria para que durante dos años

⁷⁸² MESA MARRERO, *op. cit.*, pág. 87 y ss.

⁷⁸³ RODRÍGUEZ GUITIÁN, *op. cit.*, pág. 84.

⁷⁸⁴ *Ibid*, pág. 84.

⁷⁸⁵ En este sentido, DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, Efectos económicos de la ruptura de uniones de hecho, en DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón (Coord.), *Daños en el Derecho de Familia*, Revista de Derecho Patrimonial, N°17, Monografía Asociada a Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, ed. Thomson – Aranzadi, Navarra, 2006, pág. 232.

GAVIDIA SÁNCHEZ, Pactos entre convivientes..., *cit.*, quien expresa sobre el particular que “Desde la primera vez que abordé la cuestión me pronuncié en el sentido de considerar nulos aquellos pactos entre convivientes que hicieran ilusoria la libre ruptura de la unión no matrimonial, por entender que estamos ante una exigencia (irrenunciable) del libre desarrollo de la personalidad, en relación con el derecho a no ser considerado casado.... Por lo tanto, tales exigencias constitucionales limitan no sólo la libertad del legislador, sino también la de los particulares, de manera que ni por ley ni por pacto se pueden prever prestaciones para el caso de ruptura de las uniones no matrimoniales, que impliquen obstaculizar su libre ruptura, aunque, ciertamente no impongan la obligación de continuarlas”.

⁷⁸⁶ RJ 1941, 493. También existe comentario a la sentencia en FOSAR BENLLOCH, Enrique, Análisis de la Jurisprudencia española sobre las relaciones económicas en las uniones extramatrimoniales, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, N°3, marzo 1983, pág. 246 y ss.

pueda la actora retirar mensualmente la suma de dos mil pesetas para sus gastos, obligación de la que quedaría liberado dicho demandado si la otra parte llegare a residir en Europa durante ese mismo plazo”. Si bien, el sentenciador declaró nulo el mencionado contrato por objeto y causa ilícita⁷⁸⁷, creemos que también vulneraba el principio de libertad de ruptura, ya que según los términos estipulados, se trataba del pago de un precio por liberación⁷⁸⁸.

Por el contrario, disuelta la unión de hecho, los convivientes son libres para estipular todo lo que quieran, respetando los límites generales⁷⁸⁹.

Por último, en virtud del principio de libertad de forma consagrado en el art. 1278 Cc., estos pactos no están sujetos a formalidad alguna, a diferencia de las capitulaciones matrimoniales que necesitan constar por escritura pública, según dispone el art. 1327 Cc.

B.- Hechos o circunstancias que permiten deducir la voluntad tácita de los convivientes de sujetarse a determinadas normas.

Frente a la ausencia de pactos expresos de los convivientes, la doctrina y jurisprudencia recurren a los hechos o circunstancias que permitan deducir las normas a las cuales se han sujetado tácitamente (*facta concludentia*⁷⁹⁰), resolviendo así las pretensiones económicas planteadas por éstos después de la ruptura de la unión de hecho.

Lógicamente, aquel de los convivientes que alegue la aplicación de una normativa en particular, deberá probarla, demostrando la concurrencia y

⁷⁸⁷ El Tribunal Supremo señaló, que “en mérito de lo expuesto, resulta indudable que el condicionar la parte actora la ruptura de un estado, no sólo anormal, sino contrario a las leyes y a los dictados de la moral menos exigente, a la entrega de una cantidad, prevaliéndose de la sugestión e influencia que ejercía sobre la voluntad de la otra parte, equivale a contratar sobre un acto inmoral e ilícito, estipulándose el pago de cantidad determinada a cambio de una obligación de hacer, consistente en dejar a aquella parte en libertad para el cumplimiento de sus deberes legales y morales, lo cual no puede menos de viciar el objeto y la causa del contrato”.

⁷⁸⁸ RODRÍGUEZ GUTIÁN, *op. cit.*, pág. 84.

⁷⁸⁹ GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio Vicente, Analogía entre el matrimonio y la unión libre en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y principio de libre ruptura de la uniones no matrimoniales, en *Aranzadi Civil*, núm. 6/2002 (Estudio), ed. Editorial Aranzadi S.A. (BIB 2002/655), Pamplona, 2002, pág. 21.

⁷⁹⁰ “Esto es, cuando los hechos realizados por los convivientes en el transcurso de su vida en común demuestran la voluntad negocial de los sujetos en este sentido”, MESA MARRERO, *op. cit.*, pág. 173.

cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la ley para su constitución y validez⁷⁹¹.

B.1.- Constitución de una sociedad irregular universal o particular de bienes.

Para que pueda ser aplicada esta alternativa, es menester que se acredite la existencia de todos y cada uno de los requisitos previstos por el legislador para su constitución. Entre éstos, el de mayor dificultad probatoria, según opinión de la doctrina y jurisprudencia, se encuentra en la *affectio societatis*, requisito que en ningún caso se presume por la sola existencia de la unión de hecho⁷⁹².

Sobre el particular, DE VERDA⁷⁹³ agrega, apoyado en las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1992⁷⁹⁴, 27 de mayo de 2004⁷⁹⁵, entre otras, como, sin embargo, la jurisprudencia “es muy reacia a considerar tácitamente constituida una sociedad universal de ganancias..., ya que comprendería todo lo que ambos integrantes de la unión de hecho adquirieran durante la duración de ésta, con su trabajo o industria”, a diferencia de lo que sucede cuando lo que se alega es una

⁷⁹¹ De ahí que la doctrina recomiende que los pactos sean lo más expresos posibles, a fin de evitar discusiones una vez disuelta la convivencia *more uxorio*, obligando a las partes a quedar entregadas a la interpretación de los tribunales, como ocurre bajo este escenario.

⁷⁹² STS de 27 de mayo de 1994 (RJ 1994, 3753); en ésta se expresó “que las posibles consecuencias económicas de tal convivencia al tiempo de su ruptura pueden en algún caso asemejarse a las sociedades cuando se acredite la «*affectio societatis*», que no puede inferirse sólo de la convivencia «*more uxorio*», porque en éstas cabe también aceptar la plena independencia económica de quienes la practican”. Véase, además, MESA MARRERO, *op. cit.*, pág. 173 y ss. donde trata la sociedad universal de ganancias, y pág. 178 y ss., en las cuales analiza la sociedad particular de hecho; NOIR - MASNATA, *op. cit.*, pág. 61 y ss.

⁷⁹³ DE VERDA Y BEAMONTE, Efectos económicos de la ruptura..., *cit.*, pág. 237 y ss.

⁷⁹⁴ RJ 1992, 9733; en ella, el Tribunal Supremo resolvió desestimar la alegación de la recurrente, que sostenía la existencia de una sociedad universal de ganancias durante el tiempo de convivencia en unión extramatrimonial (años 1979 a 1985), “por las siguientes razones: a) La sociedad, cuyo carácter contractual ha de afirmarse -si bien se halle matizado por su naturaleza asociativa derivada de su propia finalidad-, requiere el consentimiento de los contratantes -que ha de ser claro e inequívoco-, el cual, en cierta manera, se identifica con el tradicional requisito de la «*affectio societatis*» que, en puridad, tiene significación teleológica; b) La existencia de este consentimiento no es una inferencia necesaria de la situación de unión extramatrimonial que, aun siendo susceptible de generar algunos derechos de contenido patrimonial entre quienes la integran, no siempre ha de estimarse concurrente, ya que puede, sin duda, suceder que, en las uniones que dan lugar a la convivencia «*more uxorio*» prefieran, quienes las forman, mantener su independencia económica, supuesto, por otra parte más conforme con la elusión de la formalidad matrimonial; c) En el caso que nos ocupa, la sentencia impugnada declaró que los incrementos patrimoniales se adquirieron y titularon para cada uno de los litigantes individualmente, y lo cierto es que sus actividades se desarrollaron en ámbitos perfectamente diferenciados sin que se haya probado acuerdo alguno para que las respectivas adquisiciones se atribuyeran a ambos; y d) Consecuentemente, ha de concluirse que no existió la sociedad universal de ganancias, por ausencia del requisito esencial de consentimiento (art. 1261-1.º del Código Civil), de donde se sigue la desestimación del motivo”.

⁷⁹⁵ RJ 2004, 3577.

sociedad particular de bienes, donde es más fácil apreciar la concurrencia de la *affectio societatis* “cuando uno de los convivientes ha participado en la actividad empresarial o comercial del otro, durante tiempo prolongado y de manera permanente”⁷⁹⁶, según se ha resuelto en las sentencias de 18 de marzo de 1995⁷⁹⁷, SAP de Alicante de 17 de mayo de 2001⁷⁹⁸, entre otras.

Pero además de la *affectio societatis* , es menester que se acredite que los convivientes han puesto en común bienes, dinero o industria, es decir, que han realizado aportaciones al fondo común⁷⁹⁹, demostrando, asimismo, su intención de conseguir un lucro común, repartible entre sí.

Por último, como estamos en el supuesto de que no existe pacto expreso, el reparto de las utilidades o pérdidas será en proporción a lo aportado por cada socio conviviente, según lo previene el art. 1689 Cc.

B.2.- Existencia de una comunidad de bienes.

Otra de las formas que la jurisprudencia admite para liquidar el régimen económico patrimonial de los convivientes, es mediante las reglas de la comunidad

⁷⁹⁶ Cuando sólo se ha apreciado una colaboración pasajera u ocasional del conviviente en las actividades empresariales o comerciales del otro, se ha desestimado la concurrencia de la *affectio societatis* , descartando la existencia de una sociedad particular de bienes, como se observa en la STS de 11 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 9733), ya citada.

⁷⁹⁷ RJ 1995, 1962; en ella se declaró probado que los miembros de la unión “convivieron como si de un matrimonio se tratara hasta, por lo menos, el año 1974, período de tiempo prolongado en el que ambos ejercieron juntos diversas actividades industriales y adquirieron bienes conjuntamente o individualmente uno de ellos pero para la sociedad que su prolongada convivencia y trabajo en común había consolidado”.

⁷⁹⁸ AC 2001, 1177.

⁷⁹⁹ En la STS de 18 de febrero de 1993 (RJ 1993, 1246), pese haberse acreditado el requisito de la *affectio societatis* , la demanda fue desestimada al declarar que “no puede olvidarse que además de la voluntad asociativa, la Ley exige en el art. 1665 del Código Civil la puesta en común de dinero, bienes o industria, para que toda sociedad pueda tener existencia; y aquí es donde quiebra la tesis de la parte recurrente. En la sentencia recurrida se establecen como hechos de partida, deducidos del material probatorio, que doña Teresa F. sólo contribuyó al primitivo negocio de piel denominado «LM Shop», y después al que lo sustituyó, «Heladería Escala», cooperando con su trabajo personal, sin que conste en autos ninguna otra aportación patrimonial, ni intervención personal, en el resto de los negocios que su oponente venía explotando antes de la unión; siendo indispensable, como antes se apuntaba, que aparezca demostrada con actos inequívocos, la voluntad de los convivientes de hacer comunes todos los bienes y ganancias adquiridos por cada uno de ellos durante la convivencia; actos que deben de consistir, bien en una aportación patrimonial al negocio productor de los beneficios, o en otro caso la cooperación con su trabajo personal en las ganancias; circunstancias que no se han acreditado en autos, salvo en el negocio de heladería”.

de bienes; para ello es necesario acreditar que los miembros de la unión han manifestado su voluntad en tal sentido, pudiendo recurrir a hechos positivos que demuestren dicho consentimiento, ya sea mediante aportaciones recíprocas, personales o económicas para la adquisición de bienes, siempre con la finalidad de hacerlos comunes⁸⁰⁰.

Al igual que en el caso de la sociedad universal o particular de bienes, la simple existencia de la convivencia *more uxorio* no es suficiente para presumir la aplicación del régimen de comunidad⁸⁰¹.

Un hecho muy demostrativo de la existencia del régimen de comunidad, son las cuentas corrientes conjuntas a nombre de ambos convivientes, y con cargo a la cual, por ejemplo, se paga el precio de una vivienda o se amortiza el préstamo otorgado para su adquisición⁸⁰²; sin embargo, creemos que lo que realmente demuestra la vigencia del régimen de comunidad no es la titularidad conjunta, sino que la contribución real y efectiva de fondos y aportes de ambos convivientes a

⁸⁰⁰ STS de 17 de mayo de 2004 (RJ 2004, 3477), que acogiendo el recurso de casación, declaró que, “Ha sido reiterada la jurisprudencia que ha estimado la demanda de la conviviente *more uxorio* frente al conviviente que reclama una parte de los bienes adquiridos durante el período de convivencia, que están bajo la titularidad del demandado. Este caso es el inverso: durante el período de convivencia, se adquiere un bien por mitad pro indiviso de los dos –la vivienda común– y, tras la ruptura, uno de ellos pretende que se declare su exclusiva propiedad; la sentencia recurrida estima su demanda, por entender que la verdadera voluntad era que fuera él el único adquirente, lo cual es absurdo pues en el negocio bilateral ella nunca tuvo esta voluntad, y por estimar la falta de causa porque ella «no aportó en su compra su parte correspondiente» e ignora que una convivencia es no sólo una comunidad económica, sino además una comunidad de vida y las aportaciones personales de la convivencia –además de tener un indiscutible valor económico (así, artículo 103, medida 3ª, segundo párrafo)– no pueden obviarse al determinar la propiedad de una cosa común”.

⁸⁰¹ STS 17 de enero de 2003 (RJ 2003, 4).

⁸⁰² SAP de Zaragoza de 23 de enero de 2001 (AC 2001, 749); SAP de Asturias de 26 de junio de 2001 (AC 2001, 2380); SAP de A Coruña de 10 de junio de 2002 (AC 2002, 1310), donde se resolvió que “En el presente caso, se ha acreditado de la prueba practicada como vimos, que doña Alejandra Montserrat N. H. y don Jesús F. C. convivieron durante siete años aproximadamente, manteniendo una relación análoga a la matrimonial, con una permanencia consolidada en la que no se probaron interrupciones, creando además de los naturales vínculos afectivos, una comunidad de intereses económicos derivando así en un estado de hecho semejante al generado por una unión matrimonial, aperturando cuenta corriente de la que ambos eran titulares, ingresando en la misma sus percepciones económicas derivadas de su trabajo personal, de la que disponían para hacer frente a los gastos comunes, y precisamente residían en la vivienda sita en la calle Pedro Carvajal núm. ..., ... de Ferrol, que decidieron adquirir precisamente con patrimonio común, si bien haciendo constar en la escritura de compraventa como única adquirente a doña Alejandra, dado el vínculo matrimonial que unía a don Jesús con otra persona, y con ello, intentar evitar posibles reclamaciones de esta última, ... En definitiva ha existido una comunidad de bienes durante el período de siete años aproximadamente de convivencia”.

dicha cuenta⁸⁰³, como se aprecia en la SAP de Pontevedra de 6 de abril de 1998⁸⁰⁴, que resolvió aplicar el régimen de comunidad de bienes sobre un inmueble, aunque éste hubiese sido adquirido con cargo a una cuenta individual de una de las partes y a cuyo nombre aparecía exclusivamente la propiedad, ya que se probó que ambos convivientes habían contribuido con recursos a la referida cuenta individual.

Cumplido lo anterior, se podrá alegar la existencia de una comunidad, copropiedad o condominio, procediéndose a la división de los bienes comunes, reputándose para tal efecto, iguales las cuotas de los comuneros – salvo prueba en contrario –, y aun cuando dichos bienes figuren inscritos a nombre de uno sólo de ellos, prescindiendo así de la titularidad formal⁸⁰⁵. Entre los defensores de este régimen se encuentra ESTRADA ALONSO⁸⁰⁶, quien hace aplicable plenamente las normas de los artículo 392 y siguientes del Código Civil.

B.3.- Existencia de una relación laboral.

Algunos autores⁸⁰⁷ sostienen que a fin de proteger los intereses del conviviente que ha prestado servicios en beneficio del otro, dentro o fuera del hogar, se puede alegar la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, ya que es posible que concurren todos los requisitos para ello, a saber, relación de subordinación y dependencia entre los partícipes de la unión, prestación de servicios por una parte y, retribución económica, en una situación similar a la prevista en el

⁸⁰³ SAP de Salamanca de 29 de junio de 1995 (AC 1995, 1200), que resolvió, apoyada en las SSTS de 24 de marzo de 1971 (RJ 1971, 1447), de 19 de octubre de 1988 (RJ 1988, 7589), de 8 de febrero de 1991 (RJ 1991, 1156), de 23 de mayo de 1992 (RJ 1992, 4280) y de 15 de diciembre de 1993 (RJ 1993, 9987), que “la circunstancia de que haya varios titulares de un depósito bancario es más bien operativa para la dinámica del contrato, de forma que cualesquiera de dichos titulares ostenta facultad de disposición frente al banco, bien individual o conjuntamente, pero sin establecer la existencia de un condominio, ya que éste lo fijan las relaciones internas de los titulares y más en concreto la originaria pertenencia de los fondos depositados”.

⁸⁰⁴ AC 1998, 4691.

⁸⁰⁵ STS de 29 de octubre de 1997 (RJ 1997, 7341), instancia que declaró que cuando cesa la convivencia *more uxorio*, “surge la necesidad de la disolución y adjudicación de la cotitularidad compartida sobre los bienes comunales, sin que represente obstáculo eficiente el que la titularidad de todos o algunos de dichos bienes aparezca a favor de alguno de los componentes de la unión de hecho, debiéndose efectuar en posiciones igualitarias, y a la que se debe aplicar sin duda el régimen que establecen los artículos 392 y siguientes del Código Civil”.

⁸⁰⁶ ESTRADA ALONSO, *Las Uniones Extramatrimoniales...*, cit., pág. 210.

⁸⁰⁷ Véase, *ibid*, pág. 210 y ss.

art. 1438 Cc. que demuestra la onerosidad de los servicios prestados por un cónyuge dentro del hogar.

A favor de esta postura, inicialmente podemos agregar, que conforme a la legislación laboral ello es perfectamente posible, ya que no existe impedimento ni prohibición legal que limite o restrinja la celebración de un contrato de trabajo expreso entre convivientes. Sólo se exceptúan del ámbito laboral, a virtud del artículo 1.3.e) de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, de 29 de Marzo de 1995, los trabajos familiares, entendiéndose por tales, aquellos realizados entre parientes próximos⁸⁰⁸, que conviven, bajo un vínculo de subordinación (sujeción) y dependencia, y en cuya relación no media salario; en este sentido la STS de 24 de febrero de 2000⁸⁰⁹, ha sido muy clara al resolver que “la convivencia de hecho o *“more uxorio”* no encaja dentro del tipo legal contemplado en el art. 1.3.e) del ET. Es cierto que en el caso de autos hay convivencia entre la actora y el empresario, sin embargo está ausente la condición de familiar. La norma se está refiriendo cuando habla de familia a la nacida del matrimonio; no prevé la convivencia *“more uxorio”*”⁸¹⁰.

Si bien, no nos cabe duda que, en virtud del principio de autonomía de la voluntad que rige la relación entre los convivientes, éstos son libres de celebrar un contrato de trabajo que regule su situación, el que incluso puede existir aún antes de que se inicie la convivencia, el problema radica en determinar, si a falta de contrato

⁸⁰⁸ Por parientes próximos se comprende al cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción.

⁸⁰⁹ RJ 2000, 2236.

⁸¹⁰ En este mismo sentido, se han pronunciado las STSJ de Andalucía, Sevilla, de 13 de septiembre de 2002 (AS 2002, 1068); STS de 11 de marzo de 2005 (RJ 2005, 3867); no obstante, en este último fallo, el sentenciador desestimó la existencia de la relación laboral porque no se cumplían los requisitos legales necesarios, especialmente el de ajenidad y dependencia.

En sentido contrario se manifiesta ORCARAY REVIRIEGO, Javier, Convivencia *“more uxorio”*. A propósito de la STS de 24 febrero 2000 (RJ 2000, 2236), que otorga el derecho a la prestación por desempleo a trabajadora despedida por el empresario con el que convive, en *Boletín Aranzadi Laboral*, núm. 7/2002 (parte Boletín), ed. Editorial Aranzadi, S.A., (BIB 2002/1261), Pamplona, 2002, al señalar que la sentencia comentada pierde “a nuestro juicio, la oportunidad de efectuar una interpretación extensiva, más allá de la aplicación literal del precepto cuestionado, poniendo en relación el concepto de trabajos familiares con la incuestionable realidad que se le planteaba y que no era otra que la situación de convivencia de hecho estable”, pudiendo extender el art. 1.3.e) del ET por aplicación de la “analogía iuris”; concluye en definitiva que “no parece que pueda existir esta condición laboral entre los convivientes, llámense o no familiares en sentido estricto”.

laboral expreso, éste se puede presumir de hechos o circunstancias acaecidos durante la unión.

Sobre el particular, ESTRADA ALONSO⁸¹¹ sostiene que se debe desestimar dicha alternativa, en consideración a que a falta de estipulación expresa, no se puede presumir la voluntad de los integrantes para la celebración de un contrato de trabajo, ni tampoco de que uno de los convivientes perciba algún tipo de retribución por los servicios prestados al otro, en una situación análoga al art. 1438 Cc.

En apoyo de esta postura, a la que nos adherimos, encontramos en el art. 1.3.d) del Estatuto en referencia, otro argumento que sirve para desestimar la existencia de una relación laboral entre convivientes, al disponer que se excluyen de éste ámbito, “los trabajos realizados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad” (más aún, cuando en virtud del art. 1.3.g) se reconoce que la enumeración del art. 1.3 es enunciativa y no taxativa); sin duda que entre los miembros de una unión libre, existe afecto, sentimientos particulares, entre otras consideraciones personales, que nos hacen suponer justificadamente, un vínculo de amistad íntima, que conforme a la norma citada, lleva a que los servicios prestados por uno de ellos en beneficio del otro, fuera o dentro del hogar, estén exentos de ser considerados como servicios prestados dentro de la vigencia de una relación laboral.

C.- Aplicación analógica de las normas sobre liquidación de los regímenes económicos matrimoniales.

Conforme a lo dicho hasta este momento, no cabe duda que la aplicación de las normas de cualquiera de los regímenes económicos es perfectamente posible cuando los convivientes lo hayan pactado expresamente o cuando de sus hechos o circunstancias (*facta concludentia*) se demuestre su voluntad tácita en tal sentido⁸¹².

⁸¹¹ ESTRADA ALONSO, *Las uniones extramatrimoniales...*, cit., pág. 210 y ss.

⁸¹² Nos remitimos a la STS de 21 de octubre de 1992 (RJ 1992, 8589), ya citada.

Pero frente a la ausencia de pacto expreso o tácito de los convivientes, ¿es posible su aplicación analógica?

Sobre esta cuestión, la doctrina mayoritaria citada en este apartado, conforme con lo resuelto por el Tribunal Constitucional y Supremo, esta conteste en que, a falta de convención, expresa o tácita, no se pueden aplicar a las uniones de hecho las reglas de los regímenes matrimoniales, en particular, el régimen de gananciales, amparados en una interpretación analógica⁸¹³. Esta posición se fundamenta en el hecho, que como los convivientes han huido voluntaria y libremente del matrimonio, se presume su voluntad de rechazo a aplicar cualquiera de los regímenes que lo regulan; sostienen que si la pareja quisiera los mismos efectos del matrimonio, simplemente se habrían sometido a dicha figura; el que no se casa es porque no quiere que se le aplique el régimen de derechos y obligaciones del matrimonio; además de lo anterior, añaden que para el Derecho, el matrimonio y la unión de hecho constituyen dos figuras jurídicas distintas, cuyos efectos personales y patrimoniales de una no son susceptibles de ser aplicados a la otra. Lo anterior se puede resumir citando a JORDANO BAREA⁸¹⁴, quien, reiterando la jurisprudencia del máximo tribunal, expone que “la decisión personal, libremente tomada, de

⁸¹³ Véase DE VERDA Y BEAMONTE, Efectos económicos de la ruptura..., *cit.*, pág. 229; REINA y MARTINELL, *Curso de derecho...*, *cit.*, pág. 90 y ss.; CERDA GIMENO, *op. cit.*, pág. 589; TORRES GARCÍA, *op. cit.*, pág. 50; MESA MARRERO, *op. cit.*, pág. 169 y ss.; ESTRADA ALONSO, *Las uniones extramatrimoniales...*, *cit.*, pág. 172 y ss.; DÍEZ – PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. IV..., *cit.*, pág. 72; LACRUZ BERDEJO, *et al.*, *Elementos de Derecho Civil IV*, Derecho de familia.... (2008), *cit.*, pág. 292 y ss.; GAVIDIA SÁNCHEZ, Analogía entre el matrimonio..., *cit.*, pág. 33.

En cuanto a la jurisprudencia, véase STS 21 de octubre de 1992 (RJ 1992, 8589), al declarar que, “Sin dejar de reconocer la plena legalidad de toda estable unión de hecho entre un hombre y una mujer [como manifestación del derecho fundamental al «libre desarrollo de la personalidad»: art. 10 de la Constitución] y la susceptibilidad de constituir con ella una familia tan protegible como la creada a través de unión matrimonial (art. 39 de la citada Constitución), no es menos cierto que dicha unión libre o de hecho no es una situación equivalente al matrimonio [STC 184/1990, de 15 noviembre ([RTC 1990\184](#)) y Auto 156/1987 del mismo Tribunal] y, al no serlo, no puede ser aplicada a aquélla (en cuanto a las relaciones personales y patrimoniales entre los convivientes) la normativa reguladora de éste, pues los que en tal forma se unieron, pudiendo haberse casado, lo hicieron, precisamente (en la generalidad de los casos), para quedar excluidos de la disciplina matrimonial y no sometidos a la misma”. En el mismo sentido, véanse SSTS de 18 de febrero de 1993 (RJ 1993, 1246); de 22 de julio de 1993 (RJ 1993, 6274); de 27 de mayo de 1994 (RJ 1994, 3753); de 11 de octubre de 1994 (RJ 1994, 7476); de 30 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 10391); de 4 de marzo de 1997 (RJ 1997, 1640); de 23 de julio de 1998 (RJ 1998, 6131); de 22 de enero de 2001 (RJ 2001, 1678); o la jurisprudencia menor, SAP de Asturias de 22 de Junio de 1994 (AC 1994, 1156) que resolvió, “esta diferencia de trato se justifica tanto por razones de certidumbre y seguridad jurídica, como por la coherencia de la opción elegida por la pareja, pues parece lógico que si se ha decidido libremente no someterse a los derechos y obligaciones inherentes a la institución del matrimonio, no cabrá luego imponerlos por vía coactiva cuando surjan dificultades o quiebre la convivencia.... Esta falta de identidad de razón excluye, en términos generales, la posibilidad de aplicar las normas del matrimonio a las uniones de hecho por vía analógica”; entre otras.

⁸¹⁴ JORDANO BAREA, Juan, Matrimonio y unión libre, en *Actualidad Civil*, 1999-1, N°IX, pág. 187.

unirse prescindiendo del vínculo legal del matrimonio, ha dado origen a un instituto sustancialmente distinto, en cuanto a la generación de derechos y deberes interpersonales y patrimoniales”.

Pese a lo expuesto, RIVERO HERNÁNDEZ⁸¹⁵ sostiene lo contrario, al expresar que sí son aplicables en virtud de una interpretación analógica, ciertas y determinadas normas de los regímenes matrimoniales a las uniones de hecho, en específico, aquellas que encuentran su justificación en la “convivencia” que existe entre hombre y mujer, la que se da tanto en las parejas de hecho como matrimoniales. Agrega, en todo caso, que “sólo pretende que se apliquen por analogía a una pareja conviviente las normas existentes previstas para otro tipo de convivencia y sólo en cuanto tal: la semejanza se da en la convivencia y sus necesidades y consecuencias, no entre las respectivas instituciones”⁸¹⁶.

C.1.- Aplicación analógica del art. 97 Cc.

Sobre el particular, DE LA HAZA DÍAZ⁸¹⁷ sostiene al estudiar la pensión compensatoria en el matrimonio, que si el artículo 101 del Código Civil dispone que la convivencia *more uxorio* es causa de extinción de la pensión, es defendible mantener que ésta tenga alguna incidencia en su nacimiento; agrega en su apoyo la SAT de Valencia de 03 de junio de 1987 (Sala Primera)⁸¹⁸, que frente a la anomia que regule las uniones de hecho, y en virtud de la analogía, resolvió aplicar las normas del “régimen económico matrimonial con el fin de resolver las cuestiones suscitadas por demandante y demandado”, incluyendo la aplicación del art. 97 Cc.⁸¹⁹.

⁸¹⁵ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, Comentario a la sentencia de 29 de Octubre de 1997, en *CCJC*, t. 46, enero - marzo de 1998, pág. 189 y ss.

⁸¹⁶ En apoyo de su opinión, podríamos citar a LACRUZ y SANCHO REBULLIDA que sostienen, según veremos a continuación, la aplicación analógica de ciertas y limitadas normas del matrimonio a la unión de hecho, como el artículo 1438 del Código Civil.

⁸¹⁷ DE LA HAZA DÍAZ, Pilar, *La pensión de separación y divorcio*, ed. La Ley, Madrid, 1989, pág. 31, nota de pie de página N^o4.

⁸¹⁸ *Revista General de Derecho*, 1987, pág. 5131 y ss.

⁸¹⁹ En el caso de autos, y frente a la ausencia de pacto entre los convivientes, el sentenciador resolvió liquidar la unión de hecho de conformidad a las normas del régimen de la sociedad de gananciales. Sin embargo, no

No obstante, el argumento anterior ha sido rechazado por MESA MARRERO⁸²⁰, al señalar que la razón que ha tenido el legislador para establecer a la convivencia *more uxorio* como causa de extinción de la pensión compensatoria, se encuentra en que con ello se quiere evitar situaciones fraudulentas de quienes intencionadamente no quieren contraer matrimonio para no perder su derecho a pensión, pero en ningún caso la unión de hecho se puede equiparar al matrimonio para dar nacimiento a este derecho⁸²¹.

Ahora, si pasamos revista a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, observamos como hasta julio de 2001, éste también rechazaba la aplicación del art. 97 por analogía, momento en que cambio su orientación⁸²².

En efecto, mediante sentencia de 05 de julio de 2001⁸²³, el máximo órgano jurisdiccional cambió su posición, aceptando por medio de la analogía *legis* prevista en el art. 4.1 Cc., la aplicación del art. 97 a las uniones de hecho, al resolver que “ante la ausencia de normativa reguladora de las parejas de hecho..., ha de acudirse a la fuerza expansiva del ordenamiento jurídico, a través de la aplicación analógica del Derecho y precisamente en estos casos de uniones de hecho “*more uxorio*” encuentra su semejanza en su disolución y final por la voluntad unilateral de una de las partes, con algunos efectos recogidos para las sentencias de separación o divorcio por el Código Civil y así su art. 97 atribuye al cónyuge, al que tal contingencia produzca un desequilibrio económico con relación al otro y que

podemos dejar de recordar según hemos expuesto, que el Tribunal Supremo es contrario a la aplicación analógica de los regímenes matrimoniales, salvo pacto expreso o tácito de los convivientes en contrario, como se aprecia en las SSTs de 11 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 9733), de 30 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 10391), entre otras.

⁸²⁰ MESA MARRERO, *op. cit.*, pág. 211 y ss.

⁸²¹ ESTRADA ALONSO, *Las Uniones Extramatrimoniales...*, *cit.*, pág. 310 y ss., por su parte, argumenta que se extingue el derecho a pensión compensatoria por la convivencia *more uxorio*, según previene el art. 101 Cc., porque entre los convivientes existiría una obligación natural, un deber moral y social presumible, que otorgaría el derecho – deber de ser atendido económicamente por su pareja, el cual respondería a principios de equidad, justicia y solidaridad. Sin embargo, esta opinión es igualmente rechazada por MESA MARRERO, quien sostiene que al no existir un deber legal de alimentos entre convivientes, no existiría fundamento legal que permita amparar la presunción argumentada por ESTRADA ALONSO.

⁸²² Sobre el particular, puede verse la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en LÓPEZ JIMÉNEZ, David, La aplicación analógica de la pensión compensatoria como criterio de resolución de las reclamaciones económicas entre los convivientes, en *Aranzadi Civil*, num. 16/2006 (Estudio), ed. Editorial Aranzadi, S.A. (BIB 2006/1685), Pamplona, 2006.

⁸²³ RJ 2001, 4993.

implique un empeoramiento con relación a su situación anterior al matrimonio, el derecho a una pensión, pudiendo convenir en cualquier momento la sustitución de la misma por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero (art. 99)”; esta postura fue reiterada mediante sentencia de 16 de julio de 2002⁸²⁴ por el mismo tribunal⁸²⁵.

Sin embargo, esta nueva orientación fue nuevamente abandonada mediante STS de 12 de septiembre de 2005⁸²⁶, oportunidad donde acogiendo el recurso de casación, se revocó la indemnización concedida a la mujer, declarándose en su fundamento de derecho tercero, que “es preciso proclamar que la unión de hecho es una institución que no tiene nada que ver con el matrimonio, aunque las dos estén dentro del derecho de familia. Es más, hoy por hoy, con la existencia jurídica del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de

⁸²⁴ RJ 2002, 6246; en este caso, el tribunal acogió el recurso de casación interpuesto y revocó la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada que había aceptado la petición subsidiaria de la acción de enriquecimiento sin causa, y resolvió “más adecuada la aplicación analógica (artículo 4.1 del Código Civil) del artículo 97 del Código Civil” como lo había expresado el Juzgado de Primera Instancia.

⁸²⁵ GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio Vicente, Comentario a la sentencia de 16 de julio de 2002, en *CCJC*, N°61, enero-abril de 2003, pág. 119 y ss., rechaza el recurso a la analogía legis para aplicar el art. 97 Cc. a las uniones de hecho, fundado en la “inexistencia del requisito de identidad de razón” y “la posible inconstitucionalidad por vanificación de la libre ruptura de las uniones no matrimoniales”. El autor en comentario sostiene el recurso a la analogía iuris, “a un posible principio general, del que la norma contenida en el art. 97 CC sería concreción, al menos, en una parte de su potencial aplicativo, para las rupturas matrimoniales, conforme al cual, ha de ser compensado el enriquecimiento que se ha obtenido a costa de otro, que ve empeorada su situación tras la ruptura y que se ha empobrecido como consecuencia de inversiones de dinero o de tiempo en el mantenimiento de comunidades de vida, exclusivas y duraderas, con cuidados y responsabilidades recíprocos, que van más allá del hecho de compartir un hogar y una economía”; agrega que si se interpreta el art. 97 Cc. como manifestación de un principio general del Derecho, aplicable en defecto de Ley o costumbre a relaciones no matrimoniales, “sólo tendría derecho a percibir una compensación aquel que se hubiera empobrecido, generando un enriquecimiento para el otro, resultando, además, perjudicado por la ruptura de la unión, matrimonial o no. De esta forma, tan sólo se desincentivaría la ruptura oportunista de uniones, por decisión del que se ha enriquecido a costa del otro, cuando ya nada tiene que perder por romper, mientras que es el que se ha empobrecido el que sí resulta perjudicado por esa ruptura”, pero siempre con el límite de no tener que pagar más que aquello a lo que ascienda a ese enriquecimiento, para no obstaculizar la libre ruptura de estas uniones.

Sin embargo, el mismo GAVIDIA SÁNCHEZ, *Analogía entre el matrimonio...*, *cit.*, pág. 46, reconoce que la realidad del art. 97 Cc. está muy lejos de comprender un principio general del Derecho, al decir “para mí está claro que las normas contenidas en los artículos 97 y 1438 CC no son manifestación de un principio general de Derecho, consistente en la obligación de compensar enriquecimientos sin causa en las relaciones entre quienes mantienen una comunidad de vida, esto es, de cuidados y responsabilidades recíprocos que vaya más allá del hecho de compartir un hogar y unos gastos y tareas domésticos”, añadiendo que “en el artículo 97 CC no es decisivo para tener derecho a la pensión compensatoria que el obligado a prestarla se haya enriquecido a costa del otro, sino que basta con que la separación o el divorcio haya generado una situación de desequilibrio, de manera que uno haya quedado peor que el otro y peor de lo que estaba antes de la crisis conyugal. Se trata, por lo tanto, de normas que favorecen a los casados, respecto a los que mantienen comunidades de vida no matrimoniales. Y, una vez más, la libre ruptura de estas uniones, frente a su exclusión en los matrimonios, justifica la diferencia de trato e impide apreciar identidad de razón, de manera que no son aplicables analógicamente a las uniones no matrimoniales”.

⁸²⁶ RJ 2005, 7148.

hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias. Por ello debe huirse de la aplicación por “analogía *legis*” de normas propias del matrimonio como son los arts. 97, 96 y 98 CC, ya que tal aplicación comporta inevitablemente una penalización de la libre ruptura de la pareja, y más especialmente una penalización al miembro de la unión que no desea su continuidad. Apenas cabe imaginar nada más paradójico que imponer una compensación económica por la ruptura a quien precisamente nunca quiso acogerse al régimen jurídico que prevé dicha compensación para el caso de ruptura del matrimonio por separación o divorcio”⁸²⁷.

En fin, la misma doctrina que niega la aplicación analógica de los regímenes matrimoniales en general, rechaza la aplicación analógica del art. 97 Cc. apoyada en la vigente jurisprudencia, amparada en los mismos fundamentos expuestos, al sostener que los convivientes por su propia decisión y voluntad han querido huir de

⁸²⁷ En definitiva, determinó recurrir a objeto de solucionar el problema causado con ocasión de la disolución de hecho, a la figura del enriquecimiento sin causa.

No obstante, no podemos dejar de mencionar que en el fallo en referencia existen dos votos particulares: uno, del magistrado O’Callaghan Muñoz, quien era partidario de aplicar el principio general de protección al conviviente más perjudicado, desestimando el recurso de casación, manteniendo la indemnización concedida a la mujer en primera instancia; y dos, de los magistrados Ferrándiz Gabriel y Roca I Trías, quienes compartiendo el fallo de instancia, discreparon de sus argumentos, al sostener “que debería considerarse que, en ciertos casos, pueden aplicarse reglas relativas a los efectos de la ruptura matrimonial y más concretamente las que regulan el derecho a una pensión compensatoria, sin necesidad de utilizar las reglas del enriquecimiento injustificado, que no siempre serán el remedio más adecuado para solucionar el problema planteado”. Estos últimos (Ferrándiz y Roca), justifican su opinión señalando que “la aplicación de una regla prevista para las consecuencias de la ruptura matrimonial, como es la pensión compensatoria, no significa necesariamente aplicar analógicamente las reglas del matrimonio, ni tampoco las del enriquecimiento injustificado. Existen tres razones para llegar a esta conclusión: a) Que solo se contempla la ruptura del matrimonio o la disolución de la unión de hecho. b) Que existe una semejanza evidente entre la ruptura del matrimonio y la disolución de la unión de hecho, aunque hay una diferencia esencial: la falta de régimen económico en estas situaciones no formales, que sin embargo, puede semejarse al caso que se haya pactado un régimen de separación de bienes. c) Que la compensación, independientemente del enriquecimiento injustificado, está ya contemplada en otros supuestos, además del artículo 97 CC, el artículo 98 CC que aplica el mismo principio de compensación en la nulidad del matrimonio, es decir, cuando no ha habido relación matrimonial por concurrir causa de nulidad, y el artículo 1438 CC cuando existe régimen de separación de bienes, es decir, falta de comunidad o lo que es lo mismo, lo más parecido a la falta de régimen”; concluyen que “en todos los casos regulados en las disposiciones citadas hay tres elementos que existen también en las situaciones de uniones de hecho y que son: a) la cesación de la convivencia; b) el posible perjuicio que esta cesación produce en una de las partes de la relación, ya sea matrimonial o no matrimonial, y c) la comparación de la situación resultante con la existente durante el matrimonio o la convivencia de hecho. Sólo cuando se den estas circunstancias podrá acordarse la compensación”; por último añaden que “estos requerimientos no deben confundirse con los que esta Sala ha exigido reiteradamente como requisitos del enriquecimiento injustificado”, ya que si bien, no niegan que “puedan existir casos en los que la convivencia haya producido un enriquecimiento que pueda calificarse de injustificado”, ello no justifica confundir los dos institutos.

los efectos del matrimonio, y en su caso, de la aplicación de la norma en comento, sumado al innegable argumento manifestado por el Tribunal Constitucional en la sentencia de 15 noviembre de 1990⁸²⁸, que declaró que ante el Derecho, unión de hecho y matrimonio son dos figuras distintas, donde no existe identidad de razón que permita la aplicación de las normas de una a la otra.

Agregan que el mismo tenor literal del precepto corrobora esta posición, al establecer como supuestos en que opera este derecho el de “separación o divorcio”, los cuales sólo pueden acontecer dentro del matrimonio; a igual conclusión lleva la expresión “cónyuge” empleada por el legislador, limitando el campo de aplicación de esta pensión. En el mismo sentido, añaden, si en el caso del matrimonio nulo, que ha tenido apariencia de tal, el legislador no ha concedido el derecho a la pensión compensatoria, menos se justifica concederlo en el supuesto de una convivencia *more uxorio*.

C.2.- Aplicación analógica del art. 1438 Cc.

Esta posición es principalmente defendida por LACRUZ⁸²⁹, quien concede un derecho de compensación al conviviente que preste servicios, labores, en forma exclusiva para el hogar⁸³⁰; dicho autor hace aplicable a *maiore* la norma del artículo 1438, para el caso de que uno de los convivientes se dedique en forma exclusiva al trabajo de la casa, excluyendo el empleo de otros preceptos del régimen matrimonial a esta convivencia *more uxorio*⁸³¹.

El fundamento de su posición se encuentra en que cualquier tipo de prestaciones o servicios realizados por uno de los convivientes en beneficio del otro,

⁸²⁸ RTC 1990, 184.

⁸²⁹ LACRUZ BERDEJO, José Luis, *et al.*, *Elementos de Derecho Civil IV*, Derecho de familia, vol. II, tercera edición actualizada, ed. José María Bosch Editor S.A., Barcelona, 1989, pág. 20.

⁸³⁰ La norma del artículo 1438 del Código Civil exige para su aplicación, que los servicios se hayan prestado, por una de las partes, al interior del hogar, al hablar de “trabajo para la casa”, limitando con ello, el tipo de servicios que puede dar origen a la compensación.

⁸³¹ En el mismo sentido se expresa RAMS ALBESA, Joaquín, al revisar y poner al día la obra de LACRUZ BERDEJO, *et al.*, *Elementos de Derecho Civil IV*, Derecho de familia... (2008), *cit.*, pág. 293 y ss., pero se limita a manifestar sobre esta cuestión, que “no veo excesivos inconvenientes en la generalización de las reglas sobre levantamiento de cargas familiares por la vía analógica del art. 1438 Cc.”, añadiendo, al referirse a la recuperación de las prestaciones realizadas por un conviviente en beneficio del otro relativas a las faenas del hogar, que “en mi opinión, cuando la situación es típicamente familiar, la cooperación de los convivientes puede traducirse, como he apuntado, por la vía de la aplicación analógica del art. 1438 Cc.”.

se deben presumir onerosos, manifestando que “la equidad requiere que las aportaciones de cada conviviente al hogar y la vida en común e incluso el trabajo del otro tengan una consideración onerosa, sin distinguir entre el trabajo del hogar y las prestaciones profesionales o industriales”.

Al existir un precepto como el objeto de comentario, que dispone en su fracción pertinente que “el trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación”, aplicable al matrimonio, no se observa justificación que impida su aplicación a las uniones de hecho, por cuanto los servicios prestados son los mismos, “el trabajo para el hogar”, ya lo preste un cónyuge o un conviviente.

A favor de esta posición, podemos recordar, que en la unión de hecho no existen efectos personales, con lo cual, no existe un deber de ayuda y socorro mutuo que obligue jurídicamente a prestar este tipo de servicios a uno de sus miembros, y que justifique o ampare su gratuidad; es más, sino se presume la gratuidad de la prestación de esta clase de servicios en el matrimonio, donde existe el deber jurídico que obliga a los cónyuges a cumplirlos, y dentro de los cuales cabe comprender el trabajo para la casa, menos podría presumirse dicha gratuidad en la convivencia *more uxorio*.

Sin embargo, esta posición es igualmente rechazada por la doctrina dominante, como por la jurisprudencia⁸³², amparados en los mismos razonamientos que hacen inaplicable por analogía las normas de los regimenes matrimoniales, y a los cuales nos remitimos. Particular relevancia merece la opinión de ESTRADA

⁸³² Véase STS de 24 de noviembre de 1994 (RJ 1994, 8946), que resolvió que “en cuanto denuncia la aplicación del artículo 1438, debe partirse de la jurisprudencia reiterada y constante de esta Sala en materia de uniones de hecho, según la cual [SSTS 21 octubre 1992 (RJ 1992, 8589), 11 diciembre 1992 (RJ 1992, 9733), 18 febrero 1993 (RJ 1993, 1246) y 27 mayo 1994 (RJ 1994, 3753)] no es posible aplicar a las uniones «more uxorio», las normas reguladoras del régimen legal de la sociedad de gananciales, pues aun reconociéndose la libertad para crear aquellas uniones libres, no pueden ser equiparables al matrimonio, ni pueden serles aplicables sus normas reguladoras [STC 15 noviembre 1990 (RTC 1990, 184)]”; SAP de Madrid de 27 de enero de 1997 (AC 1997, 1681).

ALONSO⁸³³, que si bien rechaza la aplicación del artículo 1438 Cc., si comparte la opinión de LACRUZ, en el sentido que las prestaciones y servicios para el hogar realizados por “la conviviente” deben tener naturaleza onerosa, debiendo ser remunerados.

D.- Aplicación del principio general de prohibición de enriquecimiento sin causa.

Rechazada la interpretación analógica de las normas de los regímenes matrimoniales, la doctrina y actual jurisprudencia, sostienen la aplicación del principio de prohibición de enriquecimiento injustificado o sin causa, como el camino idóneo para indemnizar el enriquecimiento patrimonial de uno de los convivientes en perjuicio del otro, toda vez que, existiendo relación de causalidad entre ambos hechos, la unión libre no constituye causa justificada que ampare tal situación⁸³⁴.

Si bien, según hemos expuesto en los capítulos anteriores, la acción en comento no tiene un reconocimiento expreso en la legislación civil española actual, sus fundamentos han sido recogidos por la doctrina y jurisprudencia, quienes destacando el principio de equidad, defienden su vigencia.

Es más, en virtud del principio general de prohibición de enriquecimiento sin causa, las Leyes autonómicas y forales, de Cataluña (Ley 10/1998, de uniones estables de pareja⁸³⁵), de Aragón (Ley 6/1999, de parejas estables no casadas⁸³⁶), y

⁸³³ ESTRADA ALONSO, *Las Uniones Extramatrimoniales...*, cit., pág. 218.

⁸³⁴ Véase a GAVIDIA SÁNCHEZ, *Pactos entre convivientes...*, cit.; ESTRADA ALONSO, *Las Uniones Extramatrimoniales...*, cit., pág. 220 y ss.; JORDANO BAREA, *op. cit.*, pág. 181 y ss.; TORRES GARCÍA, *op. cit.*, pág. 49; CERDA GIMENO, *op. cit.*, pág. 586 y ss.; MESA MARRERO, *op. cit.*, pág. 221 y ss.; DE VERDA Y BEAMONTE, *Efectos económicos de la ruptura...*, cit., pág. 244 y ss; entre otros.

En cuanto a la jurisprudencia, la STS de 12 de septiembre de 2005 (RJ 2005, 10185), junto con descartar la aplicación del art. 97 Cc., recurrió “al principio general del derecho – artículo 1-1 del CC – y a la figura del enriquecimiento injusto recogida en el artículo 10-9 y en el artículo 1887, ambos de dicho Código, que siempre servirá como «cláusula de cierre» para resolver la cuestión”; STS de 22 de febrero de 2006 (RJ 2006, 831); entre otras.

⁸³⁵ Art. 13: “Cuando la convivencia cesa en vida de los dos convivientes, aquel que, sin retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado para el hogar común o para el otro conviviente, tiene derecho a recibir una compensación económica en caso de que se haya generado por este motivo una situación de desigualdad entre el patrimonio de los dos que implique un enriquecimiento injusto”.

⁸³⁶ Art. 7: “1.- En caso de extinción de la pareja estable no casada por causa distinta a la muerte o declaración de fallecimiento, y si la convivencia ha supuesto una situación de desigualdad patrimonial entre ambos

de Navarra (Ley Foral 6/2000, de igualdad jurídica de las parejas estables⁸³⁷), expresamente establecen un derecho a compensación a la disolución de la unión de hecho, evitando de esa forma situaciones de enriquecimiento injusto que podrían darse a raíz de la vigencia de la convivencia.

Ahora, sobre su aplicación a las uniones de hecho, primero la doctrina, y segundo la jurisprudencia, la admiten plenamente en el caso de cumplirse los requisitos necesarios para ella, a recordar, enriquecimiento patrimonial de uno de los convivientes, empobrecimiento correlativo del actor, relación de causalidad entre uno y otro, es decir, que el empobrecimiento de uno sea la causa determinante del enriquecimiento del otro, y falta de causa que la justifique.

Concretando éstos, el hecho que uno de los convivientes haya prestado gratuitamente servicios al otro, ya sean de índole doméstico, como el cuidado de los hijos, o el trabajo de la casa, o hubiera colaborado en las actividades profesionales o laborales, produce en el conviviente beneficiado con dichos servicios, un enriquecimiento en su patrimonio, en forma positiva, incrementándolo, o negativa, evitándose un gasto, el cual, correlativamente ha causado en la otra parte una disminución patrimonial, al no percibir ninguna o la equitativa contraprestación por el trabajo realizado.

Así se aprecia en la STS 17 de junio de 2003⁸³⁸, donde se declaró que “las circunstancias específicas del supuesto de autos revelan que doña Josefa C. durante los cincuenta y tres años de convivencia con don José María C. se dedicó en exclusiva a la atención del mismo y del hogar familiar prestándole total ayuda moral y material, lo que repercutió positiva y significativamente en la formación del patrimonio de aquél, al tiempo que acarreó un desentendimiento de su propio

convivientes que implique un enriquecimiento injusto, podrá exigirse una compensación económica por el conviviente perjudicado en los siguientes casos: a) Cuando el conviviente ha contribuido económicamente o con su trabajo a la adquisición conservación o mejora de cualquiera de los bienes comunes o privativos del otro miembro de la pareja estable no casada; b) Cuando el conviviente, sin retribución o con retribución insuficiente, se ha dedicado al hogar, o a los hijos comunes o del otro conviviente, o ha trabajado para éste”.

⁸³⁷ Art. 5.5: “En defecto de pacto, cuando la convivencia cesa en vida de los dos convivientes, aquel que, sin retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado para el hogar común o para el otro conviviente, tiene derecho a recibir una compensación económica en caso de que se haya generado por este motivo una situación de desigualdad entre el patrimonio de ambos que implique un enriquecimiento injusto”.

⁸³⁸ RJ 2003, 4605.

patrimonio, pues tal dedicación no sólo no le supuso ninguna retribución o compensación económica, sino que le impidió obtener beneficios privativos mediante el desarrollo de otra actividad en provecho propio.... No cabe negar que de la composición fáctica expresada se desprenda una situación de enriquecimiento injusto. Esta situación tiene lugar cuando se ha producido un resultado por virtud del cual una persona se enriquece a expensas de otra que, correlativamente, se empobrece careciendo de justificación o de causa (base) que lo legitime, de tal manera que surge una obligación cuya prestación tiende a eliminar el beneficio del enriquecimiento indebido (“*in quantum locupletiores sunt*”). El enriquecimiento, como ya advierte la mejor doctrina, se produce, no sólo cuando hay un aumento del patrimonio, o la recepción de un desplazamiento patrimonial, sino también por una no disminución del patrimonio (“*damnum cessans*”). El empobrecimiento no tiene por qué consistir siempre en el desprendimiento de valores patrimoniales, pues lo puede constituir la pérdida de expectativas y el abandono de la actividad en beneficio propio por la dedicación en beneficio de otro. La correlación entre ambos es la medida en que uno determina el otro, y la falta de causa no es otra cosa que la carencia de razón jurídica que fundamente la situación. La causa (en el sentido de “razón” o “base” suficiente) no es, desde el punto de vista jurídico, otra cosa – como sostiene un importante sector doctrinal – que un concepto-válvula para poder introducir elementos de carácter valorativo, y decidir de tal manera acerca de la justificación, o falta de la misma, en un supuesto determinado... La comunidad de vida, o el haber gozado de una consideración social y material equiparada a la de su compañero (a que se hace referencia en la resolución de la instancia), no constituyen justificación del desequilibrio patrimonial producido en virtud de las respectivas actividades y circunstancias específicas del caso, sumamente significativas. Bueno es apuntar finalmente que se está haciendo referencia a un enriquecimiento producido en el patrimonio del señor C., que genera una obligación resarcitoria ya nacida en vida del mismo, y en absoluto compensada. No se hace referencia a ningún derecho sucesorio, ni se toma en cuenta el enriquecimiento de la demandada”⁸³⁹.

⁸³⁹ En el mismo sentido, STS de 06 de octubre de 2006 (RJ 2006, 6650), que desestimando el recurso de

Según ESTRADA ALONSO⁸⁴⁰, en estos supuestos, la falta de causa se demuestra en la ausencia de un negocio jurídico válido y eficaz, como en la inexistencia de una expresa disposición legal que autorice aquella consecuencia; por su parte, GAVIDIA SANCHEZ⁸⁴¹, entiende que para dar por acreditado el requisito de la falta de causa que justifique esta acción, se puede invocar el principio general de protección del conviviente perjudicado por la situación de hecho⁸⁴², empleándolo como una herramienta eficaz para despejar los obstáculos que ésta pudiera plantear⁸⁴³.

En todo caso, es menester destacar que tanto el empobrecimiento como el enriquecimiento deben haberse producido durante la vigencia de la unión de hecho, no a raíz de su disolución; ello es muy significativo, porque nos permite concluir que, el conviviente menoscabado en su patrimonio no tendrá que esperar a la ruptura para el ejercicio de la acción, reafirmando la regla general, en orden a que la disolución no es fuente de daño, lícito o ilícito; la finalización de la unión libre, sólo sirve para evidenciar el enriquecimiento y el correlativo empobrecimiento, el cual, no se hacía patente por las normales relaciones de la convivencia *more uxorio*.

casación, confirmó el fallo de segunda instancia que condenó al demandado a pagarle a la actora la cantidad que se fijará en ejecución de sentencia, por el enriquecimiento injusto merced a los servicios a él prestados por aquélla durante los años de convivencia comprendidos entre agosto de 1987 y febrero de 1993; entre otras.

⁸⁴⁰ ESTRADA ALONSO, *Las Uniones Extramatrimoniales...*, *cit.*, pág. 225.

⁸⁴¹ GAVIDIA SÁNCHEZ, *Pactos entre convivientes...*, *cit.*

⁸⁴² Este principio ha sido reconocido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como se aprecia en la sentencia de 10 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1272), declarando que “deriva de normas constitucionales (artículo 10, principio de dignidad de la persona, artículo 14, principio de igualdad, artículo 39, principio de protección a la familia), de normas de Derecho privado, como el Código Civil (el propio artículo 96) y la Ley 29/1994, de 24 noviembre ([RCL 1994\3272](#) y [RCL 1995\1141](#)), de Arrendamientos Urbanos [cuyo artículo 16.1, b), entre otros, reconoce expresamente la protección al conviviente], de las sentencias del Tribunal Constitucional (todas las citadas anteriormente) y de las mismas sentencias de esta Sala, en las que prácticamente todas ellas reconocen derechos al conviviente perjudicado”; STS de 05 de febrero de 2004 (RJ 2004, 213); SAP de Vizcaya de 11 de diciembre de 1998 (AC 1998, 2598); Sentencia del Juzgado de Primera Instancia N°1 de Santander (Provincia de Cantabria), de 07 de febrero de 2005 (AC 2005, 331); entre otras.

⁸⁴³ No obstante, el mismo GAVIDIA SÁNCHEZ, Comentario a la sentencia de 16 de julio de 2002..., *cit.*, pág. 131, y en GAVIDIA SÁNCHEZ, *Analogía entre el matrimonio...*, *cit.*, pág. 40, al comentar la STS de 11 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 9733), plantea dudas respecto de que por el sólo hecho de no existir una obligación que vincule a los convivientes a realizarse prestaciones, éstas carezcan de justificación, ya que cuando se trata de prestaciones realizadas para crear y mantener la comunidad de vida, “sería justa causa el mantenimiento de una comunidad de vida, como la que constituye una unión libre (arg. art. 1901 CC, “otra justa causa”)”.

Según DE VERDA⁸⁴⁴, del examen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁸⁴⁵, se puede concluir que los supuestos en que se ha admitido la aplicación de este principio, generalmente ha “existido una larga convivencia *more uxorio* con dedicación exclusiva de la mujer a las tareas domésticas”, donde la ruptura de la unión puede ser motivada por la decisión unilateral del hombre o su muerte, ya que el objetivo que se pretende es “compensar económicamente al conviviente perjudicado por el enriquecimiento sin causa de su compañero”, pero no sancionarlo por la disolución de la misma. Así se observa en la SAP de Valencia (Sección 9), de 21 de octubre de 2002⁸⁴⁶, al resolver que “este Tribunal entiende que la actora debe percibir una compensación económica de la herencia del señor M., por razón del empobrecimiento que ha significado la dedicación de veinte años de su vida a ser ama de casa con el señor M., facilitando a éste de este modo la dedicación exclusivamente a pintar y conseguir la comercialización de sus cuadros”.

Idénticamente a lo sostenido a lo largo de este trabajo, esta acción sólo puede tener por finalidad indemnizar el empobrecimiento patrimonial padecido por el conviviente, aunque el enriquecimiento sea superior al empobrecimiento; ahora, si el enriquecimiento es menor al empobrecimiento, el actor sólo podrá ser resarcido hasta el tope del primero, aunque el segundo lo exceda.

Si bien, reconocemos que la acción de enriquecimiento es una acción subsidiaria, advertimos que frente a la anomia, no encontramos otra vía más adecuada que ésta; descartada la aplicación analógica de las normas relativas a la liquidación de los regimenes matrimoniales, como sus arts. 97 y 1438 Cc., sostenemos que el principio de prohibición del enriquecimiento sin causa debe ser estimado como principal para el reestablecimiento del desequilibrio patrimonial ocasionado bajo este escenario.

⁸⁴⁴ DE VERDA Y BEAMONTE, Efectos económicos de la ruptura..., *cit.*, pág. 245 y ss.

⁸⁴⁵ Se apoya en las SSTS de 11 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 9733); de 27 de marzo de 2001 (RJ 2001, 4770); de 17 de enero de 2003 (RJ 2003, 4); y de 17 de junio de 2003 (RJ 2003, 4605).

⁸⁴⁶ JUR 2003, 11793.

Para culminar este punto, creemos que lo más oportuno es hacerlo citando un fragmento de la sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de diciembre de 1992⁸⁴⁷, que fue pionera en acoger esta orientación, al decir en su considerando cuarto, que “no se halla justificado el enriquecimiento del demandado, al menos en la parte apreciada por el Tribunal *a quo*, porque el ordenamiento jurídico no determina que la convivencia extramatrimonial constituya a quienes optan por ella en la obligación de prestarse determinadas atenciones – en sus relaciones profesionales o sociales, vida doméstica, etc. – en la forma que está probado lo vino realizando la señora M. Es evidente, por último, que no existe precepto legal que excluya, para este caso, la consecuencia indemnizatoria adecuada al enriquecimiento sin causa”.

V.- APLICACIÓN DEL ART. 1902 CC. A LA DISOLUCIÓN UNILATERAL DE LA UNIÓN DE HECHO.

Impuesta la ruptura de la convivencia por uno de sus miembros, las normas de responsabilidad civil extracontractual se han convertido en otra de las alternativas (hasta la fecha no muy generalizada) invocadas por los convivientes, que pretenden una indemnización de perjuicios por los daños causados entre sí, ya sea, al inicio, desarrollo de la unión de hecho, o por la situación de abandono originada por la disolución.

Si bien, la doctrina⁸⁴⁸ y jurisprudencia según veremos, han aceptado para ciertos supuestos la aplicación del art. 1902 y ss. del Código Civil, siempre lo han hecho bajo la condición de que se acredite un comportamiento culpable o doloso imputable a uno de los convivientes⁸⁴⁹. Se sostiene que los convivientes no están al margen de su responsabilidad civil por los daños que se causen entre sí; sin

⁸⁴⁷ RJ 1992, 9733.

⁸⁴⁸ MESA MARRERO, *op. cit.*, pág. 221; LACRUZ BERDEJO, *et al.*, *Elementos de Derecho Civil IV*, Derecho de familia... (2008), *cit.*, pág. 293; RODRÍGUEZ GUTIÁN, *op. cit.*, pág. 82; ESTRADA ALONSO, *Las Uniones Extramatrimoniales...*, *cit.*, pág. 237; entre otros.

⁸⁴⁹ LÓPEZ AZCONA, Aurora, *La ruptura de las parejas de hecho*. Análisis comparado legislativo y jurisprudencial, ed. Aranzadi, Navarra, 2002, pág. 65 y ss., al decir, “de las sentencias extractadas resulta que el reconocimiento de una compensación al conviviente perjudicado por la vía del artículo 1902 CC requiere, en todo caso, una conducta culposa o negligente por parte del otro miembro de la pareja, no bastando con el mero hecho de romper la relación”.

embargo, entender la ruptura unilateral de la convivencia por cualquiera de ellos, como causa suficiente de daños resarcibles, es otra cosa.

Sólo se exceptúa de esta opinión FOSAR BENLLOCH⁸⁵⁰, al expresar que el mero perjuicio, aun carente del elemento subjetivo, es decir, sin culpa, debe ser reparado por el varón a fin de resarcir a su compañera – sólo concede derecho a la mujer, quien se encontraría en un estado de desigualdad frente al hombre –, citando “debe ser extendida a los supuestos en que no se dan los requisitos de la seducción (es decir, a los casos en que no existe culpa o negligencia imputable al demandado), siempre que la mujer haya sufrido un perjuicio *latu sensu*, que se obliga a indemnizar al hombre”. Para este autor, sólo basta que la mujer haya sufrido un perjuicio a consecuencia de la separación o abandono, para que le asista el derecho a la correspondiente acción indemnizatoria, independiente que el referido daño o perjuicio sea imputable a culpa o negligencia del otro conviviente, alejándose de lo dispuesto en el art. 1902 del Cc., siguiendo con ello, un manifiesto criterio objetivo de responsabilidad, fundado en una supuesta desigualdad desfavorable de la mujer, que no se armoniza con los principios constitucionales que consagran y fomentan precisamente lo contrario.

Creemos, siguiendo a ESTRADA ALONSO⁸⁵¹, que ésta es una posición extrema, que se aleja de la doctrina subjetiva sostenida en este capítulo, que acarrearía perniciosas consecuencias, ya que permitiría a la mujer alegar cualquier daño, aún injustificado e imaginario, o al cual haya contribuido con su culpa, conllevando a un obligado pleito al varón que se oponga a su demanda, con las desastrosas secuelas para la fama y honra de éste, coartando con ello el principio de libertad sobre el cual descansa esta unión libre, incentivando la desigualdad entre hombre y mujer.

Pero antes de entrar al estudio de la aplicación del art. 1902 Cc. a la disolución unilateral de la unión de hecho, recordemos que según hemos expuesto al

⁸⁵⁰ FOSAR BENLLOCH, *op. cit.*, pág. 258 y ss.

⁸⁵¹ ESTRADA ALONSO, *Las uniones extramatrimoniales...*, *cit.*, pág. 251.

inicio de este capítulo, el privilegio conyugal sostenido a lo largo de este trabajo, aplicable a los daños que se causen los cónyuges entre sí, no es defendible en el caso de las uniones de hecho, ya que no concurren los fundamentos que lo justifican, especialmente los deberes de fidelidad, cohabitación, respeto, ayuda y socorro mutuo, obligaciones jurídicas legales y personales sobre las cuales se construye el privilegio doméstico.

Por estas mismas consideraciones, toda reclamación de daños y perjuicios planteada entre convivientes, debe estar desvinculada, directa o indirectamente, de cualquier deber personal conyugal, ya que éstos no tienen existencia jurídica ni mucho menos amparo legal⁸⁵² en la convivencia *more uxorio*.

A.- Regla general: principio de libertad de ruptura.

“La ruptura de la convivencia *more uxorio* es un acto de libertad de quienes la forman, del mismo modo que lo es su constitución”⁸⁵³, que emana de los art. 10.1 y 32 CE, como exigencia del libre desarrollo de la personalidad, en su faceta de libertad de elección entre el matrimonio y la soltería, es decir, del “derecho a permanecer soltero, a no ser considerado casado, aunque uno integre una unión libre, mientras no haya prestado consentimiento matrimonial en alguna de las formas (expresas) previstas por la ley, con independencia de la duración de esa convivencia y, por supuesto, de lo mucho o poco que se amen los convivientes”⁸⁵⁴.

La unión de hecho descansa sobre la base de la libertad individual de sus miembros, quienes voluntaria e independientemente, optan por esta forma de familia natural, alejada de toda reglamentación, de derechos u obligaciones impuestas por el legislador estatal⁸⁵⁵. La libertad que envuelve el inicio, como el término de la

⁸⁵² Incluso para aquellos que sostienen que mediante pacto expreso o tácito los convivientes pueden someterse a los mismos deberes personales del matrimonio, advierten que en dicho supuesto constituirían meras obligaciones morales; véase *ibid*, pág. 55 y ss.

⁸⁵³ DE VERDA Y BEAMONTE, Efectos económicos de la ruptura..., *cit.*, pág. 244.

⁸⁵⁴ GAVIDIA SÁNCHEZ, Analogía entre el matrimonio..., *cit.*, pág. 1 y ss.

⁸⁵⁵ REINA y MARTINELL, *Curso de derecho...*, *cit.*, pág. 84 y ss. señalan que, excepcionalmente, las uniones de hecho tienen reconocimiento en el ordenamiento español en materia penal, en el artículo 11 y 18

convivencia *more uxorio*, es lo que permite a los convivientes disolverla a su libre arbitrio, sin expresión de causa, ni de formas⁸⁵⁶.

Consecuencia de lo anterior, la disolución impuesta por cualquiera de los convivientes, en cualquier época, y por cualquier causa, no es un comportamiento culpable o doloso, que justifique por sí sola un deber u obligación de indemnizar a aquél de los convivientes que resulte abandonado, aunque se sienta más perjudicado por la ruptura, cuestión que descarta en términos generales la aplicación del art. 1902 y ss. Cc. para este escenario⁸⁵⁷.

Como expone RODRÍGUEZ GUITIÁN⁸⁵⁸, “la decisión personal de romper la unión de hecho puede ser más o menos acertada, incluso más o menos moral, pero nunca culpable: ningún conviviente tiene la culpa de abandonar una convivencia que ya no considera adecuada, por la razón que sea, para su programa de vida”.

Si bien, la unión de hecho requiere de una convivencia estable⁸⁵⁹, con voluntad de permanencia, la libertad de ruptura la convierte en una situación inestable, pero que es asumida voluntariamente por sus miembros como el “riesgo del concubinato”⁸⁶⁰.

del Código Penal; en materia civil, en los artículos 101, 320 del Código Civil; en materia procesal; laboral; política; orgánico judicial; entre otras.

⁸⁵⁶ MESA MARRERO, *op. cit.*, pág. 221; GAVIDIA SÁNCHEZ, *Pactos entre convivientes...*, *cit.*; LACRUZ BERDEJO, *et al.*, *Elementos de Derecho Civil IV*, Derecho de familia... (2008), *cit.*, pág. 295.

⁸⁵⁷ Véase SAP de Asturias de 22 de Junio de 1994 (AC 1994, 1156) que dispone en su considerando cuarto “Por otra parte, la culpa extracontractual o aquiliana exigiría que se apreciara una conducta negligente o culposa en la actuación del demandado, conducta que ni siquiera se concreta cuál pueda ser y que, desde luego, no cabe referir a la ruptura de esa convivencia, pues precisamente al tratarse de una unión de hecho o unión libre, la posibilidad de poner fin a la misma en cualquier momento sin las trabas del matrimonio es una de las características esenciales”; STS de 12 de septiembre de 2005 (RJ 2005, 7148), en cuyo fundamento de derecho segundo expuso “finalmente, no cabe excluir radicalmente la aplicabilidad del art. 1902 CC., pero siempre exigiendo la plena concurrencia de todos sus requisitos, y, naturalmente, rechazando que la simple decisión de ruptura, aún sin causa alguna, constituya culpa o negligencia determinante de un deber de indemnizar, pues en tal caso se estaría creando algo muy parecido a la indisolubilidad de la unión de hecho o a su disolubilidad solamente previo pago”.

⁸⁵⁸ RODRÍGUEZ GUITIÁN, *op. cit.*, pág. 81.

⁸⁵⁹ ESTRADA ALONSO, *Las Uniones Extramatrimoniales...*, *cit.*, pág. 76.

⁸⁶⁰ RODRÍGUEZ GUITIÁN, *op. cit.*, pág. 82.

B.- Supuestos en que se reclama una indemnización de perjuicios por aplicación del art. 1902 Cc.

Como hemos dicho, producida la ruptura de la convivencia, el art. 1902 y ss. se ha convertido en un recurso por medio del cual, los convivientes, pretenden el resarcimiento de los daños y perjuicios causados entre sí, al inicio, desarrollo, o por la ruptura misma de la unión de hecho; sin embargo, los casos en que la doctrina y jurisprudencia han aceptado la aplicación de las normas de responsabilidad civil extracontractual, concediendo una indemnización de perjuicios, son sólo aquellos en que se han acreditado los requisitos legales para ello, especialmente, cuando se ha demostrado un comportamiento culpable o doloso imputable a uno de los convivientes, transformando a éste en el presupuesto esencial para su admisión.

En todo caso, debemos tener presente que, en el supuesto en que el hecho ilícito del cual emana el daño, realizado ya sea al inicio, desarrollo o con ocasión de la ruptura de la convivencia (distinto del daño que la ruptura misma puede ocasionar en el conviviente abandonado, que no es indemnizable en términos generales), configure un delito o falta o lesión de Derechos fundamentales, se deberán aplicar preferentemente las acciones civiles reguladas en las respectivas leyes especiales, entiéndase, arts. 109 y ss. del Código Penal o Ley 1/1982, de 05 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen.

B.1.- Comportamiento imputable a culpa o dolo de uno de los convivientes al inicio de la convivencia.

En este supuesto nos encontramos con un conviviente que por medio de un hecho, generalmente doloso, es decir, ilícito, induce a otro a dar inicio a la convivencia.

Ahora, no basta que el conviviente sea responsable del hecho ilícito, sino que es menester que éste sea determinante, que sea el verdadero motivo por el cual se haya dado inicio a la convivencia, que sin él jamás se hubiera iniciado.

Siguiendo a la doctrina, MESA MARRERO⁸⁶¹, MENDIETA JARAMILLO⁸⁶², RODRÍGUEZ GUITIÁN⁸⁶³, se trataría de casos en los que ha mediado, entre otras posibles causas, engaño, seducción, promesa de matrimonio, abuso de autoridad, intimidación, por parte uno de los miembros, que ha motivado determinante en el otro al inicio de la unión de hecho.

En estos supuestos no sólo se acepta la aplicación de las normas de responsabilidad civil extracontractual para resarcir los daños y perjuicios causados al conviviente lesionado por estar frente a hechos ilícitos, imputables a dolo, sino que además, en la actualidad, se busca proteger por medio de ellos “la libertad sexual de aquel conviviente que es inducido mediante maniobras dolosas a la convivencia”⁸⁶⁴, y que está sancionada en el art. 184 Cp., motivada en los derechos de intimidad y dignidad de la persona⁸⁶⁵, recogidos en los arts. 18.1 y 10 CE.

Además de los requisitos señalados, debemos precisar si para el ejercicio de la acción indemnizatoria, es necesaria la ruptura de la unión o sólo basta que el conviviente lesionado conozca el hecho ilícito inicial que motivó la convivencia.

Si bien, RODRÍGUEZ GUITIÁN⁸⁶⁶ al tratar el supuesto de engaño por medio de promesa de matrimonio que induce al inicio de la convivencia, reconoce que el ejercicio de la acción será generalmente con posterioridad a la ruptura de la unión, sostiene que “nada impide que pueda exigirse la responsabilidad en un tiempo anterior”, es decir, cuando el conviviente lesionado adquiriera conocimiento del hecho ilícito, ya que sólo el daño resultante de este hecho es resarcible a virtud del art. 1902 Cc., pero no la ruptura de la convivencia, “que es un derecho de los convivientes y, por tanto, un acto no reprochable”.

⁸⁶¹ MESA MARRERO, *op. cit.*, pág. 217 y ss.

⁸⁶² MENDIETA JARAMILLO, Luz, *Las consecuencias jurídicas de la familia de hecho en Colombia. Paralelo con España*, tesis doctoral dirigida por Manuel Gitrama González, ed. Editorial de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1990, pág. 89 y ss.

⁸⁶³ RODRÍGUEZ GUITIÁN, *op. cit.*, pág. 84.

⁸⁶⁴ *Ibid*, pág. 85.

⁸⁶⁵ SÁNCHEZ MELGAR, *op. cit.*, pág. 1080 y ss.

⁸⁶⁶ RODRÍGUEZ GUITIÁN, *op. cit.*, pág. 86.

No obstante lo expuesto, nosotros sostenemos que la ruptura de la unión, si bien no es un requisito para la responsabilidad civil, sí es necesaria para el ejercicio de la acción siguiendo un criterio lógico, en el sentido de que nadie que convive libre y voluntariamente con otra persona, interpondrá una reclamación de daños en contra de ésta y continuara conviviendo con ella como si nada hubiera pasado.

Es más, creemos que la ruptura en el caso de provenir del conviviente lesionado, es indispensable para expresar su falta de consentimiento, de conformidad, de voluntad con el hecho ilícito que motivó la convivencia, y del cual emana el daño que se solicita resarcir. De lo contrario, su permanencia o continuidad en la unión de hecho por tiempo prolongado después de conocido el hecho ilícito, puede ser interpretada como que éste (el hecho ilícito) no fue determinante para dar inicio a la convivencia *more uxorio*, y por tanto, no indemnizable.

Ahora, en el caso que sea el conviviente autor del hecho ilícito doloso quien disuelve la unión de hecho, debemos determinar si entre ambos sucesos (hecho ilícito y ruptura) existe alguna vinculación.

Según ESTRADA ALONSO⁸⁶⁷, se pueden distinguir dos alternativas: una, que estima que se deben separar el hecho ilícito y la ruptura; conforme a esta posición, entre el hecho ilícito y la ruptura no habría relación de causalidad, debiendo repararse los daños causados por el primero independiente de la licitud de la ruptura, pero sin olvidar que sin ésta no se puede accionar. Y dos, la por él defendida, que entiende que hecho ilícito y ruptura no pueden ser separadas, que una y otra están vinculadas, que no puede haber ruptura sino hay previamente un hecho ilícito negligente que inicie la convivencia *more uxorio*; fundamenta su opinión, en que el conviviente responsable del hecho ilícito doloso que ha sido determinante para iniciar la convivencia, conserva su ánimo e intención de aprovechamiento, que también se extiende a la separación.

⁸⁶⁷ ESTRADA ALONSO, *Las Uniones Extramatrimoniales...*, cit., pág. 238 y ss.

De las posiciones referidas, nos inclinamos por la segunda sostenida por ESTRADA ALONSO, ya que creemos que la ruptura por el autor del hecho ilícito es un elemento de éste, es la manifestación final del engaño, del abuso de autoridad, de la intimidación, que motivó determinantemente el inicio de la convivencia; además, la relación de causalidad entre hecho ilícito y ruptura permite una mayor coherencia con la eventual aplicación de otras normas de responsabilidad civil, en especial, con las normas sobre prescripción de la acción – art. 1968 N°2 Cc., que dispone que prescriben por el transcurso de un año la acción para exigir la responsabilidad civil por injuria o calumnia, y por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que trata el art. 1902, desde que lo supo el agraviado. Si la ruptura es parte del hecho ilícito, cuya ejecución se inicio con la convivencia, sin duda el plazo de la prescripción comenzará a correr con la disolución de la unión.

Ahora, pasaremos a revisar algunos supuestos conocidos por la jurisprudencia, donde ha existido un comportamiento reprochable de uno de los convivientes hacia el otro, que ha motivado determinantemente el inicio de la convivencia.

B.1.1.- Por inducción a la convivencia mediante engaño.

i) a través de promesa de matrimonio.

No hay duda de que la persona que realiza una promesa de matrimonio sin ánimo de cumplirla, y con el objetivo exclusivo de influir determinantemente en la voluntad de la otra parte para que acceda a dar inicio a la convivencia *more uxorio*, debe responder de los daños y perjuicios materiales y morales causados por su engaño, por aplicación de las normas de responsabilidad civil extracontractual.

Es importante destacar que, quien motiva la convivencia amparado en la promesa de matrimonio, no debe tener intención de cumplirla, lo que significa que ésta no cumple el requisito de certeza dispuesto por el art. 43 Cc.

Insistimos que los daños y perjuicios cuyo resarcimiento se solicitan, deben estar centrados en el engaño, y no en la ruptura de la unión de hecho, aunque esta última sea necesaria para el ejercicio de la acción según hemos expresado.

Muy distinta es la situación, cuando la convivencia ha sido motivada por una promesa cierta de matrimonio, y con posterioridad, ésta se incumple sin causa (justa), ya que nos encontramos en el caso previsto en el citado art. 43, que limita la acción de reembolso a los gastos hechos y obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido, y eventualmente, a la acción de enriquecimiento sin causa, pero desestima la aplicación de los arts. 1902 y ss. Cc., siguiendo a la doctrina mayoritaria conforme hemos concluido en el capítulo relativo a los esponsales.

Sobre el particular, no podemos dejar de comentar la STS de 16 de diciembre de 1996⁸⁶⁸, la cual, en nuestra opinión, es un fallo digno de ser olvidado, que refleja la gran confusión existente sobre la materia, aún para el máximo tribunal español, en una situación que combina una unión de hecho y una promesa de matrimonio, en la cual, se reclamaba la indemnización de unos determinados daños y perjuicios.

Antes que nada, es menester que comencemos por realizar una breve y sucinta descripción de los hechos que motivaron la resolución del máximo tribunal. Estos dicen relación con una convivencia de hecho entre hombre y mujer, iniciada y mantenida bajo la promesa de futuro matrimonio; dicha convivencia se extendió por más de tres años, de forma estable, concurriendo los requisitos para ser estimada como una convivencia *more uxorio*; se estableció y probó que la mujer, aceptó iniciar y mantener la unión de hecho, fundada en la promesa de matrimonio alcanzada entre los miembros de la pareja, cuestión que, además, la motivó a trasladarse de ciudad junto a sus tres hijos de un precedente matrimonio, en particular, al domicilio de su prometido; es de mencionar, que el traslado de ciudad significó para la prometida entregar la vivienda que alquilaba, en la cual, recibía un número limitado de huéspedes, que significaban un ingreso para su sustento; la

⁸⁶⁸ RJ 1996, 9020; véase también GARCÍA RUBIO, *op. cit.*, pág. 401 y ss.

certidumbre de la promesa de matrimonio se encontraba acreditada con el hecho que se había incoado el respectivo expediente matrimonial, llegando inclusive, a fijarse fecha para la supuesta celebración, la cual, por diversas razones jamás se materializó.

Amen a los antecedentes expuestos, la prometida ejercitó una acción civil, pretendiendo la atribución del uso y disfrute de ciertos bienes del demandado e indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de promesa matrimonial, entre los cuales se reclamaba el resarcimiento del daño moral.

Obviamente el demandado se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la actora.

El Tribunal de primera instancia resolvió condenar al demandado a abonar a la actora la suma de cinco millones de pesetas, concediéndole, además, el uso y disfrute por un año de un vehículo, y por dos años el uso y disfrute de un piso, ambos de propiedad del vencido.

Recurrida la sentencia, la Audiencia Provincial se limitó a rebajar la suma ordenada pagar, limitándola a la cantidad de tres millones de pesetas por concepto de daños y perjuicios por incumplimiento de promesa matrimonial, confirmando el resto de la sentencia apelada.

Interpuesto recurso de casación por el demandado, el Tribunal Supremo resolvió cambiar el fundamento jurídico de la suma ordenada pagar, eliminando el argumento del art. 43 Cc., ya que éste sólo se limita a los gastos hechos y obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido, “conceptos que se avienen mal con la relación de causalidad directa que deben guardar aquéllos y éstos con la promesa de matrimonio, conceptos que además no pueden incluir una especie de indemnización por daños morales ya que no existe ninguna obligación de indemnizar a la novia o novio abandonado, ni introducir reproches culpabilísticos en la libre decisión de no contraer matrimonio pese a la promesa, con las limitaciones que este precepto entraña en orden a las consecuencias económicas del incumplimiento”. En síntesis, el Tribunal Supremo estimó que la argumentación de la demandante no podía encontrar asilo en el art. 43, cuestión que motivaba a

resolver la controversia sin atender a la existencia o no de la promesa de matrimonio.

Siguiendo lo expuesto, el máximo tribunal estimó que los daños y perjuicios que se reclamaban encontraban su fundamento en la convivencia *more uxorio* mantenida por los convivientes, y en particular, en la falta de imprevisión de ambos, que debieron establecer con claridad los derechos y deberes recíprocos que los regirían, aún en caso de ruptura de la convivencia, aunque nunca para el supuesto de la no celebración del matrimonio, ya que según el art. 42 constituye cláusula nula. Añadió, que si bien en la falta de previsión de los deberes y derechos concurrió la culpa de ambos convivientes, la conducta del hombre se notaba especialmente negligente, ya que indujo con su promesa a establecer la convivencia, sin reparar en las consecuencias que podían acarrearle a la mujer el abandono de su hogar y de sus medios de vida.

Resolvió en definitiva, que los daños alegados eran reparables mediante el art. 1902 Cc., advirtiendo en todo caso, que se excluían los daños morales demandados, ya que la frustración del proyecto matrimonial no es indemnizable bajo ninguna cobertura legal, al igual que el estado de depresión reflejado y alegado por la actora; sin perjuicio de lo anterior, estimó que, aún considerando la culpa de la demandante, y excluyendo los daños morales, la suma de tres millones de pesetas se confirmaba, atendido que sólo los daños materiales sufridos por la actora excedían a dicha cantidad.

Por último, confirmó en favor de la demandante, el uso y disfrute de los bienes del demandado, incluido el piso que servía de vivienda familiar; en todo caso, en un argumento complejo y algo falto de claridad, señaló que a las uniones de hecho no se le podían aplicar analógicamente las mismas reglas que para la disolución de los matrimonios, por tratarse de dos figuras distintas, pero, que en el caso planteado, “la vivienda familiar es el reducto donde se asienta y desarrolla la persona, que sirve como refugio elemental a sus necesidades primarias, al tiempo que cuando existen hijos es también auxilio indispensable para el amparo y educación de éstos. De aquí, que las normas sobre el uso de la vivienda familiar, que contiene el Código Civil en relación con el matrimonio y sus crisis, entre ellas la

ruptura del vínculo, se proyectan más allá de su estricto ámbito de situaciones como la convivencia prolongada de un hombre y una mujer como pareja ya que las razones que abonan y justifican aquéllas valen también en este último caso. Así, el artículo 96 del Código Civil, párrafo tercero, permite integrado con el artículo 4.1 una solución como la adoptada por ambas sentencias de instancia”.

Concluida la exposición de los antecedentes, estamos en condiciones de realizar un comentario de la misma, conforme a nuestra opinión, y en consideración a los argumentos esgrimidos a lo largo de este trabajo.

Lo primero que nos llama la atención es la afirmación sostenida por el Tribunal Supremo, en el sentido de considerar que los daños y perjuicios reclamados por la actora tienen su origen en “la imprevisión de ambos convivientes”, en la omisión de establecer con claridad los derechos y deberes recíprocos, aún para el caso de ruptura, siendo estimada de mayor gravedad la del hombre, ya que con su promesa, habría inducido a establecer la convivencia, sin reparar en las consecuencias perniciosas que ello podría significar para la mujer. Ahora bien, conforme a lo expuesto por nosotros, en especial a la “facultad” y “libertad” que los convivientes tienen para celebrar convenios que regulen sus efectos patrimoniales, es claro y categórico que la falta de la referida “imprevisión” jamás puede ser fuente de daño o perjuicio alguno. Los convivientes son libres para otorgar o no capitulaciones que regulen sus derechos, deberes y demás efectos de carácter patrimonial (nunca personales, ya que carecerían de obligación). Esta afirmación tan simple, aparentemente fue preterida por los miembros del Tribunal Supremo, al resolver lo contrario. Más aún, llegaron a establecer que en la falta de imprevisión tenía mayor grado de culpa - “especialmente negligente” fueron sus palabras – el hombre, por haber motivado la convivencia en base a una promesa de matrimonio, que más tarde no cumplió, sin tomar en consideración los perjuicios que ello le ocasionaría a su conviviente.

En segundo orden, y siguiendo las reflexiones efectuadas por el sentenciador, la indemnización concedida por la Audiencia Provincial al amparo del art. 43 Cc., fue descartada, creemos que acertadamente por el máximo Tribunal; en efecto,

teniendo en cuenta el contenido y alcance de este artículo, la naturaleza jurídica de la promesa de matrimonio y el fundamento de la obligación resarcitoria, resulta inequívoco que la indemnización otorgada por el tribunal de segunda instancia, por los daños y perjuicios reclamados, no podía fundarse en el precepto en comento. En efecto, la indemnización comprendía la reparación de los daños patrimoniales y morales alegados por la actora al amparo del art. 43, cuestión que como ya hemos indicado, no se ajusta a la interpretación mayoritaria, y se aleja de los criterios de la doctrina sobre la materia en particular.

De ahí, que por lo menos en este sentido, no podemos negar nuestra conformidad con el Supremo Tribunal, ya que, en nuestra opinión, acertadamente modificó los fundamentos jurídicos, que erróneamente había incoado la Audiencia Provincial, alejándose de la figura de la promesa de matrimonio, como fundamento de la obligación indemnizatoria. Sin embargo, nuestra conformidad, sólo se limita a esta pequeña corrección, ya que, si bien recurrió a la norma del art. 1902 Cc., lo hizo para determinar que la causa de la responsabilidad se encontraba en haber dado origen a una convivencia de hecho sin haber establecido las reglas que regulen los efectos de la convivencia, según recién expusimos en los párrafos precedentes, concluyendo que el comportamiento del hombre era más negligente, ya que éste había motivado la convivencia a través de la promesa de matrimonio.

La tercera reflexión a que nos motiva la sentencia en comentó, es que después de haberse decidido aplicar el art. 1902 para conceder y declarar el derecho a indemnización por los daños y perjuicios incoados por la actora, en base a la convivencia *more uxorio*, y en particular a la especial negligencia del varón, el Tribunal haya retomado la figura de la promesa de matrimonio – y que ya había descartado como fundamento de la reparación – y haya resuelto que “desde luego el daño moral, causado por la frustración del proyecto matrimonial no es indemnizable bajo ninguna cobertura legal y lo mismo cabe decir del estado de depresión reflejado en el informe forense que consta en las actuaciones”. Como se observa, se aprecia, la gran confusión del tribunal, en orden a buscar los argumentos adecuados para justificar su resolución, pero, aún más, se aprecia la falta de coherencia, al expresar en un minuto que, para el caso en cuestión, se desinteresa de

la promesa y se atiende exclusivamente a la unión de hecho y al comportamiento de los convivientes, para más adelante, volver sobre la promesa de matrimonio, para rechazar mediante ella la indemnización por el daño moral alegado por la actora.

Esta confusión permitió, en definitiva al Tribunal Supremo llegar a resolver, sin ningún miramiento, que conforme al art. 1902 se acogían las pretensiones indemnizatorias por los perjuicios y daños patrimoniales ocasionados a la demandante, acaecidos por medio del establecimiento y permanencia de la unión de hecho, pero que rechazaba la alegación del daño moral, ya que el art. 43 no permitía la indemnización por los daños derivados de la frustración del proyecto matrimonial.

Nuestra opinión como alternativa de solución para este caso, y siendo consecuente con la posición acogida a lo largo de este trabajo, era que siendo la promesa de matrimonio cierta (se tramitó el respectivo expediente matrimonial y hasta se fijó la fecha para la respectiva celebración), se debía descartar la existencia de engaño de parte del conviviente que la realizó y motivó de esa forma la unión de hecho, debiéndose aplicar el art. 43 Cc., que permite compensar sólo los gastos hechos y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido, y a la acción de enriquecimiento sin causa, en la medida que concurrieran los requisitos para ella.

Ahora, si en virtud de dicha aplicación, quedaban sin ser indemnizadas determinadas pretensiones de la actora (v.gr. la pérdida de los ingresos por los inquilinos que recibía en la antigua propiedad), debían considerarse imputables a la propia mujer, que debiendo preverlas no lo hizo, atribuibles en definitiva a su propia culpa. En este punto, GAVIDIA SÁNCHEZ⁸⁶⁹ sostiene que “esa negligencia era imputable, sobre todo, a la parte que más tenía que perder, si no llegaba a culminar su propósito matrimonial, por lo que era ella quien debía haber sido más cuidadosa con sus propios intereses, negándose a iniciar esa convivencia y, por supuesto, manteniendo sus actividades económicas, entre tanto no se celebrara el matrimonio. Entre adultos no me parece que dejarse llevar por ciertos cantos de sirena pueda

⁸⁶⁹ GAVIDIA SÁNCHEZ, Analogía entre el matrimonio..., *cit.*, pág. 41.

generar derecho a percibir indemnización alguna, si luego no se consigue lo esperado y prometido, cuando esto es algo tan incoercible y libérrimo como contraer matrimonio. Por lo tanto, la ruptura de esa convivencia no debió generar derecho de resarcimiento alguno, a menos que hubiera existido mala fe del que decidió ponerle fin, puesto que también el derecho a la libre ruptura de una unión no matrimonial está sujeto a las exigencias de la buena fe (art. 7.1CC), ya que no puede dejarse resquicio alguno a la duda acerca de la facultad de cada uno de los convivientes de poner fin sin más a la unión no matrimonial, por cierto, con independencia de que se mantuviera o no una promesa de futuro matrimonio.... Esta sentencia rezuma, pues, un paternalismo absolutamente fuera de lugar, como siempre”.

Por último, nos limitamos a poner en evidencia la falta de coherencia de la sentencia en referencia, al expresar que el matrimonio y las uniones de hecho constituyen dos figuras totalmente distintas, a las cuales no se les puede aplicar por analogía las normas de una a la otra, (considerando 7°), para luego olvidarse de ello, y concluir que, en el caso del uso de la vivienda familiar, las normas que el Código Civil prevé para las crisis matrimoniales, como el art. 96, son aplicables a las uniones de hecho por medio del art. 4.1, o sea, a través de la interpretación analógica, ya que la vivienda familiar constituye el reducto o refugio de la familia, en especial de los hijos, que son ajenos a las crisis de la pareja, sean o no matrimoniales. En este caso, el Tribunal Supremo, aparentemente, olvidó que los hijos (y en cuya protección concedió el uso del disfrute y goce de la vivienda familiar por dos años y de un vehículo por un año, ambos de propiedad exclusiva del demandado), no eran fruto de la convivencia mantenida con su pareja, sino que eran hijos exclusivos de la demandante, de su precedente matrimonio⁸⁷⁰.

⁸⁷⁰ Sobre esta cuestión GAVIDIA SÁNCHEZ (*ibid*, pág. 9), señala que no se respeta el derecho a la libre ruptura de las uniones matrimoniales “cuando se atribuye al no titular, a cuyo cargo no quedan hijos comunes menores de edad, el derecho a usar la vivienda o cuando se impone el pago de una pensión por desequilibrio, a menos que por estas vías se esté compensando el enriquecimiento que uno obtuvo a costa del otro, no previamente compensado de otra forma”.

ii) sobre la condición del estado civil.

En este supuesto se comprende a aquella persona que, valiéndose de engaño sobre su condición de casado, ya sea mintiendo u ocultando dicha información, motiva determinantemente a otra a dar inicio a la convivencia.

Para que se puedan aplicar las normas de responsabilidad civil extracontractual, es menester que el conviviente engañado no conozca o no haya podido conocer fácilmente según RODRÍGUEZ GUITIÁN, la condición de casado del otro conviviente, ya que ello descartaría la existencia de engaño.

En el mismo sentido, también suprimiría el engaño, y con ello la aplicación de las normas de los arts. 1902 y ss., el hecho que el conviviente persistiera en la convivencia *more uxorio* una vez conocida la condición de casado del otro, ya que demostraría que ese factor no ha sido determinante para dar inicio a la convivencia. Éste es uno de los argumentos que nos sirvieron para demostrar, que por mucho que el hecho ilícito se haya producido para dar inicio a la convivencia, la ruptura es necesaria, en este caso del conviviente lesionado, para que pueda pretender el resarcimiento de los daños y perjuicios.

Un buen ejemplo de lo anterior lo constituye la STS de 09 de abril de 1979⁸⁷¹, que rechazó la pretensión de daños morales alegados por la conviviente amparados en el art. 1902 Cc., ya que tuvo por acreditado que la demandante continuó en convivencia después de conocer que el otro conviviente estaba casado, concluyendo que no existía culpa del demandado, al exponer “la reclamación indemnizatoria entablada por la hoy recurrente, con apoyo en el artículo 1902 CC, por pretendido daños morales causados por quien ahora figura como recurrido, a consecuencia de las relaciones sexuales que éste había tenido con aquélla, cuestión que, jurídicamente y a los efectos de la aplicabilidad del indicado precepto, se reduce a averiguar si la actuación del varón deba reputarse culposa o negligente que obligue a la reparación del daño...; siendo de observar al respecto que la sentencia recurrida declara descartada la violencia, así como el engaño o sugestión, lo que no se

⁸⁷¹ RJ 1979, 1277.

contradice con el hecho de que el mencionado varón estuviese casado con otra mujer, pues su conocimiento por quien ahora recurre no impidió la continuidad de las relaciones, ni tampoco por la circunstancia de ser Jefe administrativo de la empresa en que aquélla prestaba sus servicios laborales; lo único que resulta es el hecho de unas relaciones sexuales mantenidas voluntariamente por dos personas mayores de edad ... interrumpidas bastante tiempo después de que la demandante (recurrente) supiese que él estaba casado”⁸⁷².

B.1.2.- Por inducción a la convivencia aprovechándose de la posición de superioridad.

En este supuesto, al igual que los anteriores, la convivencia ha sido motivada por un sujeto que, valiéndose de su posición de superioridad o posición dominante, ha influido determinadamente en la voluntad del otro para acceder a ella.

Además de cumplirse los requisitos generales sobre responsabilidad civil extracontractual, cuya aplicación no presenta obstáculo alguno según hemos dicho, debemos tener en cuenta que, eventualmente este hecho puede ser constitutivo del delito de acoso sexual previsto en el art. 184.2 Cp., que en ningún caso es taxativo, sino que comprensivo de cualquier situación de desigualdad, ya sea económica, social y cultural⁸⁷³, en cuyo caso no se deberán aplicar las normas del art. 1902 y ss. Cc., sino que las previstas en los arts. 109 y ss. del texto punitivo.

Un ejemplo donde apreciamos la existencia de abuso de superioridad económica y social aprovechado por un sujeto para dar inicio a la convivencia *more uxorio*, es la STS de 17 de octubre de 1932⁸⁷⁴, que conoció de “los amores ilícitos iniciados y mantenidos entre un hombre culto de edad madura, con pleno sentido de

⁸⁷² FOSAR BENLLOCH, *op. cit.*, pág. 259, comentando esta sentencia señala que “por lo visto el Tribunal exige a la mujer que convive o mantiene relaciones íntimas con un hombre a separarse en el acto cuando conoce la condición de casado de éste. Si no lo hace, pierde los posibles beneficios que la seducción pueda concederle y es considerada como mujer que libremente ha consentido, sin engaño ninguno, a unirse, a su riesgo, con el hombre”.

⁸⁷³ RODRÍGUEZ GUITIÁN, *op. cit.*, pág. 90.

⁸⁷⁴ *Colección de Jurisprudencia Civil*, t.205 (4º de 1932), julio a octubre, 1933, pág. 631 y ss.

sus responsabilidades conyugales, y una joven huérfana, de dieciséis años, que al fin de atender su subsistencia ejercía un modesto empleo, abandonado luego por ceder al capricho de la seducción, al desplazar a la mujer del ámbito de una vida honesta para situarla en el rango de concubina”. En este caso, el tribunal no se amparó en la seducción (comprendida dentro del abuso de autoridad), ni tampoco en el art. 1902 Cc., sino que justificó el pago de la prestación en la existencia de una obligación natural, en un deber moral, de conciencia, que al cumplirse voluntariamente por el conviviente responsable, y ser reconocido por éste, se transformó en una obligación civil, perfectamente coercible, declarando válida la declaración de voluntad, por medio de la cual, se asumió el compromiso de pagar cierta cantidad de dinero realizada por el oferente inductor a la convivencia.

B.2.- Comportamiento imputable a culpa o dolo de uno de los convivientes en el desarrollo de la convivencia.

Con ocasión de la ruptura de la unión de hecho, se puede plantear el problema de los daños causados entre los convivientes durante la vigencia de la convivencia. En este caso, según hemos dicho, en la medida que se cumplan los requisitos previstos en el art. 1902 y ss. Cc., no existe inconveniente para su debida aplicación, ya que se trata de daños anteriores a la disolución, bastando cualquier culpa para acoger la acción indemnizatoria.

Sin perjuicio, debemos recordar, que en caso de que el hecho causante del daño sea constitutivo de delito, falta o lesione Derechos fundamentales, v.gr. contagio del VIH⁸⁷⁵ (constitutivo del delito de lesiones), se deberán aplicar las normas civiles particulares previstas en sus respectivos ordenamientos.

En el mismo sentido, debemos recordar que al no existir efectos jurídicos personales, cualquier convención expresa o tácita por medio de la cual los convivientes se hayan sujetado a deberes similares a los del matrimonio, su incumplimiento carece de relevancia para el Derecho, no gozan de protección

⁸⁷⁵ SAP de Madrid, de 02 de enero de 2004 (JUR 2004, 20872).

jurídica. Es por ello, que cualquier pretensión de daños y perjuicios no puede tener por causa el incumplimiento de estos deberes, morales según ESTRADA ALONSO, pero irrelevantes desde un punto de vista jurídico.

Por último, en lo relativo a la necesidad de ruptura para que el conviviente lesionado pueda ejercer la respectiva acción indemnizatoria, nos remitimos a lo expuesto precedentemente en este capítulo.

B.3.- Comportamiento imputable a culpa o dolo de uno de los convivientes a la finalización de la convivencia: ruptura intempestiva.

Ya hemos dicho que, en virtud del principio de libertad de ruptura, la disolución de la unión de hecho impuesta unilateralmente por cualquiera de los convivientes, no constituye un comportamiento reprochable o negligente que permita el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por este hecho al conviviente abandonado.

No obstante, LACRUZ⁸⁷⁶, ESTRADA ALONSO⁸⁷⁷, sostienen que en caso que la ruptura sea intempestiva, abrupta, inesperada, abusiva, el conviviente que ha disuelto la convivencia de tal forma, con el objeto de crear en el abandonado una situación de desamparo económico, sumiéndolo en un estado de necesidad, puede ser obligado a indemnizar los daños y perjuicios que ella cause. El primero de los autores citados agrega, “dejar a ese conviviente, por el hecho de la ruptura, de la noche a la mañana, sin recursos y sin que pueda hacer frente a la nueva situación, supone un daño de cuya causación es responsable quien abandona el hogar común”; la justificación de dicha afirmación la encuentra, en que si el conviviente permite que su pareja dependa de él económicamente, éste pasa a ser responsable de su mantenimiento mientras no salga del estado de necesidad.

⁸⁷⁶ LACRUZ BERDEJO, *et al.*, *Elementos de Derecho Civil IV*, Derecho de familia... (2008), *cit.*, pág. 296.

⁸⁷⁷ ESTRADA ALONSO, *Las uniones extramatrimoniales...*, *cit.*, pág. 235 y ss.

En este supuesto, la obligación de indemnizar se origina en la culpa, mejor dicho en el dolo, que radica en el conviviente que decide disolver abruptamente la relación de convivencia, con el único objeto de hacer caer en un estado de necesidad a su pareja que, con su consentimiento, depende económicamente de él. En esta situación, podríamos concluir que la culpabilidad se refugia en el conviviente, que si bien, voluntaria y libremente resuelve la ruptura ejerciendo la libertad que el ordenamiento le garantiza, lo hace de mala fe (art. 7.1 Cc.), con la intención exclusiva, querida y deseada de ocasionar un daño, perjuicio a su pareja, al sumergirla en un desamparo económico⁸⁷⁸.

Apoyado en el principio de libertad de ruptura, en sentido contrario se manifiesta DE VERDA⁸⁷⁹, quien destaca como la SAP de Madrid de 15 de enero de 2002⁸⁸⁰ desestimó la reclamación de daños morales pretendidos por la actora, causados por “el abandono brusco de la situación estable y duradera de futuro en el ámbito emocional y patrimonial de ella y de su hijo”⁸⁸¹.

Por nuestra parte, nos adherimos a esta última posición, agregando que los fundamentos expuestos por LACRUZ intentan dar respuesta a un problema económico patrimonial, que en nada tienen relación con el art. 1902 Cc., aunque la ruptura haya sido dolosa o intencionada, buscando dejar a la otra parte en una situación de desamparo económico; las normas de responsabilidad civil tienen por fin resarcir los daños causados entre los convivientes imputables a culpa o dolo, pero no solucionar un problema de desequilibrio económico patrimonial derivado de la ruptura de la unión de hecho.

⁸⁷⁸ Descartamos que se trate de un caso de abuso de derecho, ya que no existe un derecho a disolver la unión de hecho; lo que reconoce el ordenamiento, es la libertad de terminar o disolver esta unión en cualquier época y por cualquier causa.

⁸⁷⁹ DE VERDA Y BEAMONTE, Efectos económicos de la ruptura..., *cit.*, pág. 244; en el mismo sentido RODRÍGUEZ GUITIÁN, *op. cit.*, pág. 91 y ss.

⁸⁸⁰ JUR 2002, 121529.

⁸⁸¹ No obstante, es oportuno señalar que en este caso, la actora no había quedado en una situación de desamparo económico, ni mucho menos en un estado de necesidad, ya que durante la convivencia como después de la ruptura, conservó su trabajo de azafata, por lo que nunca dependió económicamente del conviviente demandado.

CONCLUSIONES.

I

La nueva concepción de la familia, el principio de libre desarrollo de la personalidad, y la protección de los derechos fundamentales frente a todos, incluidos los propios familiares, consagrados en la Constitución española de 1978, están permitiendo que el Derecho de familia se abra al Derecho de daños en los más diversos escenarios.

II

El principio de libertad nupcial, unido a los términos del artículo 43 del Código Civil, impiden la aplicación de las normas de responsabilidad por los daños causados entre los esposos, a causa de la ruptura unilateral de la promesa de matrimonio, que excedan de los gastos hechos y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido.

III

En el ordenamiento jurídico español, entre las normas sobre responsabilidad civil, previstas ya sea en el Código Civil, o Penal, o en las leyes especiales, no existe ninguna regla expresa que modifique, restrinja o suprima su normal aplicación, en consideración a la eventual relación familiar, y en especial, matrimonial, existente entre dañador y dañado.

IV

Se admite con carácter general por la doctrina y la jurisprudencia, el resarcimiento de los daños causados entre cónyuges por hechos constitutivos de

delitos o faltas, o por la lesión de derechos fundamentales, o por infracción del principio *neminem laedere* (aunque se discute el criterio de imputación: dolo o culpa), pero excluyendo en todo caso, los daños causados por incumplimiento de los deberes conyugales.

V

El matrimonio es un negocio jurídico de Derecho de familia, del que nacen en su ámbito personal, derechos y deberes privados en su más estricto sentido técnico jurídico, pues, aunque estos últimos carecen de coercibilidad directa, son vinculantes para los cónyuges, como para los terceros.

VI

Tanto por la razón precedente como por la expuesta en la conclusión III, no parecen aceptables aquellas opiniones doctrinales ni aquellos fallos jurisprudenciales que rechazan el resarcimiento de los daños por incumplimiento de los deberes conyugales, argumentando que las únicas sanciones posibles en estos casos son las específicas de Derecho de familia (cesación del derecho de alimentos, causa de desheredación, causa de revocación de donaciones).

VII

En cambio, si nos parece mucho más defendible, aunque sea minoritaria, la tesis de quienes sostienen la aplicación de las normas sobre responsabilidad civil ante dichos incumplimientos.

Bien entendido, que esta responsabilidad es de naturaleza contractual (obligacional), y sólo podrá exigirse en caso de incumplimientos graves o reiterados de los deberes conyugales, imputables a dolo o culpa grave.

VIII

Los terceros que mediante un comportamiento activo, contribuyen o inducen a uno de los cónyuges al incumplimiento de sus deberes, ocasionando un daño al otro, quedan obligados al resarcimiento por infracción del deber general de respeto, que tutela en su aspecto externo los derechos subjetivos en general.

El tercero, al igual que el cónyuge incumplidor, sólo es responsable cuando los daños causados son imputables a su dolo o culpa grave.

En virtud del principio de la unidad del daño, ambos infractores son responsables solidarios, *ex* artículo 1101 del Código Civil.

IX

A diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos como el francés, y dado que el divorcio se ha convertido en un auténtico derecho subjetivo, los posibles daños derivados de su ejercicio son irresarcibles.

Lo contrario ocurre tratándose de la declaración de nulidad matrimonial, siempre que los daños cuya reparación se reclama, sean imputables a dolo o culpa grave.

X

El artículo 97 del Código Civil no tiene naturaleza resarcitoria, y sólo tiene por objeto la compensación del desequilibrio económico que la separación o divorcio produce a un cónyuge, que implique un empeoramiento en la situación que tenía durante el matrimonio.

Por esta razón, se debe rechazar que el artículo 97 sea el instrumento para indemnizar los daños derivados del incumplimiento de los deberes conyugales, como pretende algún sector de la doctrina española.

Asimismo, tampoco la remisión que el artículo 98 del Código Civil hace a su precedente, permite sostener que tal sea el cauce para la reparación de los daños que pueda dar lugar la declaración de nulidad matrimonial.

XI

En virtud del principio de libertad de ruptura, son irresarcible los daños ocasionados por la disolución unilateral de la unión de hecho.

Los demás daños, causados al inicio de la convivencia mediante engaño, o aprovechándose de una posición de superioridad, o durante el desarrollo de la misma, son resarcibles a través de las normas generales sobre responsabilidad civil extracontractual.

XII

La acción de enriquecimiento sin causa constituye el remedio jurídico aplicable subsidiariamente, en defecto de las normas sobre responsabilidad civil, en todos aquellos casos en que se acredite que uno de los esposos, o cónyuge, o conviviente, ha sufrido un empobrecimiento de su patrimonio, enriqueciendo el patrimonio del otro o de un tercero, sin una causa que lo justifique.

BIBLIOGRAFÍA CITADA.

ALASCIO CARRASCO, Laura y MARÍN GARCÍA, Ignacio, Contigo a sin ti: regulación del divorcio e incentivos a pedirlo, Aproximación al análisis económico del divorcio en la Ley 15/2005, *InDret*, enero de 2007, (http://www.indret.com/pdf/395_es.pdf).

ALBALADEJO, Manuel, *Curso de Derecho Civil IV*, Derecho de familia, novena edición, ed. Bosch, Barcelona, 2002.

- *Derecho civil*, t.II, Derecho de obligaciones, duodécima edición, ed. Edisofer, Madrid, 2004.

- *El negocio jurídico*, ed. Librería Bosch, Barcelona, 1958.

ALONSO PÉREZ, Mariano, Comentario al art. 86, en LACRUZ BERDEJO, José Luis, (Coord.), *Matrimonio y divorcio, Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil*, segunda edición, ed. Civitas, Madrid, 1994.

- Dialéctica entre fidelidad matrimonial y libertad sexual: el delito de violación entre esposos separados y el llamado debito conyugal, en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. 1º, ed. Bosch, Barcelona, 1992.

- *El divorcio y la reforma del derecho matrimonial español*, ed. Ediciones Universidad de Salamanca, serie rectorado N°1, 1981.

- Separación consensual, acuerdo para divorciarse y convenio regulador en el derecho matrimonial español, en *Estudio de Derecho civil en homenaje al profesor J. Beltrán De Heredia y Castaño*, ed. Ediciones Universidad de Salamanca, 1984.

- Instauración y restauración del divorcio en España (1981 – 2005): Mis confesiones; ponencia realizada en el *Curso Extraordinario sobre 25 años de divorcio en España*, organizado por la Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Privado, de la Universidad de Salamanca, del 21 al 24 de marzo del 2007.

ARECHEDERRA, Luis, *El matrimonio es heterosexual*, en sitio web del departamento de Derecho Civil de la Universidad de Navarra (<http://www.unav.es/civil/nsd/default.html>).

- El matrimonio es heterosexual, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, N°658, de 24 de febrero de 2005.

ATIENZA NAVARRO, María Luisa, La incidencia de las reformas de 2005 en materia de efectos personales del matrimonio, en DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón (Coord.), *Comentarios a las Reformas de Derecho de familia de 2005*, ed. Thomson – Aranzadi, Navarra, 2006.

- La responsabilidad civil de los padres por las enfermedades o malformaciones con que nacen sus hijos en el ámbito de la procreación natural, en DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón (Coord.), *Daños en el Derecho de Familia*, Revista de Derecho Patrimonial, N°17, Monografía Asociada a Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, ed. Thomson – Aranzadi, Navarra, 2006, pág. 41 a 74.

AZAGRA MALO, Albert y FARNÓS AMORÓS, Esther, La violencia doméstica en los derechos estatales y federal de los EE.UU., en *InDret*, octubre de 2006, (http://www.indret.com/pdf/374_es.pdf).

BADOSA COLL, Ferran, Comentario de los artículos 42 y 43 del Código Civil, en AMORÓS GUARDIOLA, Manuel, *et al.*, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, ed. Tecnos S.A., Madrid, 1984, pág. 99 a 117.

- *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, ed. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1987.

BARRAL VIÑALS, Inmaculada, Pertenencia a un grupo de riesgo y responsabilidad por el contagio del SIDA al cónyuge, *Práctica Derecho de Daños*, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, N°15, abril de 2004.

BARRIENTOS GRANDON, Javier y ARÁNZAZU NOVALES, Alquézar, *Nuevo Derecho Matrimonial Chileno*, Ley N°19.947: Celebración del matrimonio, separación, divorcio y nulidad, segunda edición, ed. LexisNexis, Santiago, 2004.

BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, *El resarcimiento por daño moral en España y Europa*, ed. Ratio Legis Librería Jurídica, Salamanca, 2007.

BAUDRY – LACANTINERIE et HOUQUES – FOURCADE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, Des personnes, tome III, 3° édition, Paris, 1908.

BELLINI, Luigi, Lesione e tutela extracontrattuale del rapporto personale, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, vol. 2°, 1953.

BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, José, *Construcción jurídica de los derechos de la personalidad*, Discurso leído ante la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 29 de marzo de 1976.

- Concepto de fraude civil, Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 29 de marzo de 1965, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XVI, ed. Reus, S.A., Madrid, 1968, pág. 177 a 227.

BÉNABENT, Alain, *Droit civil*, La famille, troisième édition, ed. Litec, Paris, 1988.

BERCOVITZ RODRIGUEZ – CANO, Rodrigo (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, ed. Aranzadi, Navarra, 2001.

BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, traducción y concordancias con el Derecho español por A. Martín Pérez, ed. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1930.

BIANCA, Massimo, Dell'inadempimento delle obbligazioni, en SCIALOJA, Antonio e BRANCA, Giuseppe (Direttori), *Commentario del Codice civile*, libro IV, Delle obbligazioni, art. 1218 – 1229, seconda edizione, Bologna – Roma, 1979.

BLACKSTONE, William, Sir, *Commentaries on the laws of England*, Book the first, Biblioteca virtual Miguel De Cervantes, Alicante, 2003, reproducción digital del microfilm de la edición de Oxford, At the Clarendon Press; printed for William Strahan, Thomas Cadell, and Daniel Prince, 8th ed., 1778, (<http://www.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=10786>).

BONA, M., Famiglia e responsabilità civile: la tutela resarcitoria nelle relazioni parentali, en CASSANO, G. (Director), *Manuale del nuovo diritto di famiglia*, seconda edizione, ed. CasaEditricelLaTribuna, Piacenza, 2003.

BONASI BENUCCI, *La responsabilidad civil*, trad. y notas de Derecho Español por Juan V. Fuentes Lojo y José Peré Raluy, ed. Bosch, Barcelona, 1958.

BOULANGER, Francois, *Droit civil de la famille*, t.I, Aspects Internes et Internationaux, ed. Economica, Paris, 1990.

BUSNELLI, Francesco, *La lesione del credito da parte di terzi*, ed. Giuffrè Editore, Milano, 1964.

- La tutela aquiliana del credito: evoluzione giurisprudenziale e significato attuale del principio, *Rivista Critica del Diritto Privato*, anno V – 2, giugno 1987, pág. 273 a 312.

BUSTO LAGO, José Manuel, De la desheredación, artículos 848 a 857, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ – CANO, Rodrigo (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, segunda edición, ed. Thomson – Aranzadi, Navarra, 2006.

BUSTOS PUECHE, José Enrique, *Manual sobre bienes y derechos de la personalidad*, ed. Dykinson, Madrid, 1997.

CABALLERO GEA, José - Alfredo, *Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen derecho de rectificación calumnia e injuria*, Síntesis y ordenación de la doctrina de los tribunales y fiscalía general del Estado, ed. Dykinson, 2007.

CALVO GONZÁLEZ, José, Reforma matrimonial, adopción y sociedad, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, N°686, octubre de 2005.

CAMARERO SUÁREZ, Victoria, El Derecho a contraer matrimonio en la reforma actual, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, N°707, junio de 2006.

CAÑETE QUESADA, Agustín, La pensión compensatoria: una visión de futuro, 2004, (http://www.porticolegal.com/pa_articulo.php?ref=180).

- *El anteproyecto de ley por el que se modifica el código civil en materia de separación y divorcio*, (http://www.porticolegal.com/pa_articulo.php?ref=183).

CAPITANT, Henry, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 10 édition, par Francois Terré et Yves Lequette, ed. Dalloz, Paris, 1994.

CARBONE, Enrico, Réquiem per un'immunità: violazione dei doveri coniugali e responsabilità civile, en *Giurisprudenza Italiana*, abril, 2006.

CARIOTA FERRARA, Luigi, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, ed. Morano Editore, Napoli, 1947.

CARNELUTTI, Appunti sulle obbligazioni, en *Revista del Diritto Comérciale*, 1, 1915.

CARRASCO PERERA, Ángel, El precio de la infidelidad, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, N° 666/2005, Parte Tribuna, BIB 2005/806, 2005, edición electrónica (<http://www.westlaw.es>).

- Comentario al artículo 1104 Cc, en ALBALADEJO, Manuel (Director), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, vol. 1º, ed. Edersa, Madrid, 1989, pág. 585 a 630.

CARRIÓN OLMOS, Salvador, Promesa de matrimonio y resarcimiento de daños, en DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, (Coord.), *Daños en el Derecho de Familia*, Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, ed. Aranzadi, Pamplona, 2006, pág. 117 a 146.

- Separación y divorcio tras la Ley 15/2005, de 8 de julio, en DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón (Coord.), *Comentarios a las reformas de Derecho de familia de 2005*, ed. Thomson – Aranzadi, Navarra, 2006, pág. 163 a 187.

CASAS VALLÉS, Ramón, Defensa del honor. Honor y procesos judiciales. Ámbito de aplicación de la LO 1/1982: Hechos anteriores (¿retroactividad?) Caducidad de la acción, Comentario a la STS de 20 de abril de 1991, en *CCJC*, N°26, 1991.

CASTAN TOBEÑAS, José, *Derecho civil Español, común y foral*, t. I, vol. 2º, decimocuarta edición revisada y puesta al día por José Luis De Los Mozos, ed. Reus, Madrid, 1984.

- *Derecho civil español, común y foral*, t.III, Derecho de obligaciones, La obligación y el contrato en general, decimosexta edición, revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero, ed. Reus, S.A., Madrid, 1992.

- Los derechos de la personalidad, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1952.

- El concepto de Derecho subjetivo, en *Revista de Derecho Privado*, junio de 1940, pág. 121 a 131.

CASTÁN VASQUEZ, José María, De los bienes de los hijos y de su administración, en ALBALADEJO, Manuel (Director), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. III, vol. 2º, segunda edición revisada y adaptada a la reforma del Código Civil, ed. Edersa, Madrid, 1982, pág. 201 a 244.

CAVANILLAS MUGICA, Santiago y TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel, *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual*, Tratamiento sustantivo y procesal, ed. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1992.

CENDON, Paolo, GAUDINO, Luigi, ZIVIZ, Patrizia, La moglie infedele, l'amante, i danni del coniuge tradito, en ALLETTO *et al.*, *La responsabilità extracontrattuale*, La nuove figure di risarcimento del danno nella giurisprudenza, ed. Giuffrè Editore, Milano, 1994.

CERDA GIMENO, José, La situación actual de las parejas no casadas ante el Derecho, en *Estudios sobre Derecho de Familia*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España Centro de Estudios Registrales, ed. J. San José, S.A., Madrid, 1993.

CÉSPEDES MUNOZ, Carlos y VARGAS ARAVENA, David, Acerca de la naturaleza jurídica de la compensación económica. La situación en Chile y en España, en *Revista Chilena de Derecho* [online], vol. 35, no. 3, 2008, [revisado 29 de marzo de 2009], pág. 439 a 462, (http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372008000300003&lng=es&nrm=iso).

CICU, A., *El Derecho de familia*, traducido por Santiago Sentis Melendo, ed. Ediar, Soc. Anón. Editores, Buenos Aires, 1947.

CHIRONI, *La Culpa en el derecho civil moderno*, Culpa extracontractual, trad. de la segunda edición italiana por C. Bernaldo De Quiroz, t.II, ed. Hijos de Reus, Madrid, 1906.

CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil y Comparado*, t.I, segunda edición, ed. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1978.

- *Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado*, t. II, De las personas, segunda edición, ed. Editorial Jurídica de Chile, 1978.

CLIMENT DURÁN, Carlos, *Código Penal con Jurisprudencia Sistematizada*, segunda edición, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.

COBACHO GÓMEZ, José Antonio, Comentario a los artículos 1336 a 1343, en PAZ – ARES RODRÍGUEZ, Candido, *et al.*, (Directores), *Comentario del Código Civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

CONDE – PUMPIDO FERREIRO, *Código Penal comentado*, con concordancias y jurisprudencia, segunda edición, ed. Bosch, Barcelona, 2004.

CORNU, Gérard, *Droit civil*, La Famille, ed. Montchrestien, 7^o édition, Paris, 2001.

CORRAL TALCIANI, Hernán, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, ed. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003.

COSTAS RODAL, Lucía, De las donaciones por razón de matrimonio, Artículos 1336 a 1343, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ – CANO, Rodrigo, (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, segunda edición, ed. Thomson – Aranzadi, Navarra, 2006.

COURT MURASSO, Eduardo, *Nueva ley de matrimonio civil*, Ley 19.947 de 2004 Analizada y Comentada, ed. Legis, Colombia, 2004.

DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo, La protección de la personalidad en el derecho privado, en *Revista de Derecho Notarial*, T. I, ed. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Enero – Marzo, 1974.

- *Lecciones sobre responsabilidad civil*, ed. Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 1978.

- Indemnización del daño moral resultante de la declaración de nulidad de matrimonio, (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1985), *Revista La Ley*, t. 1986-2, pág. 697 a 717.

- *Tratado de responsabilidad civil*, ed. Editorial Cívitas, Madrid, 1993.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho civil de España*, ed. Civitas S.A., Madrid, 1984.

- *El negocio jurídico*, ed. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967.

- *Temas de Derecho civil*, Madrid, 1972.

DE COSSÍO Y CORRAL, Alfonso, *Instituciones de derecho civil*, 2, Derechos reales. Derecho de Familia y sucesiones, ed. Alianza Editorial, Madrid, 1975.

- La causalidad en la responsabilidad civil: Estudio del Derecho español, en *ADC*, t. XIX, 1966, pág. 527 a 554.

DE CUEVILLAS MATOZZI, Ignacio, *La relación de causalidad en la órbita del Derecho de daños* (Su perspectiva desde la doctrina del Tribunal Supremo), ed. Tirant'lo Blanch, Valencia, 2000.

DE CUNTO ALDO, Luis, La responsabilidad extracontractual por lesión al crédito, *Anuario 2003*, disponible en <http://www.economicasunp.edu.ar/06-publicaciones/informacion/anuario%2003/De%20cunto.pdf> – (visitado por última vez el 03 de julio de 2008).

DE CUPIS, Adriano, *El daño*, Teoría general de la responsabilidad civil, traducción de la 2º edición italiana y estudio preliminar por Ángel Martínez Sarrión, ed. Bosch, Barcelona, 1969.

- *Il danno*, Teoria generale della responsabilità civile, ristampa inalterata, ed. Giuffrè Editore, Milano, 1951.

DE LA HAZA DÍAZ, Pilar, *La pensión de separación y divorcio*, ed. La Ley, Madrid, 1989.

DE PABLO MURILLO, Beatriz, La reforma matrimonial (II): La nueva regulación de la separación y divorcio, en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, N°14/2005, parte estudio, vol. VII, 2005.

DE RUGGIERO, Roberto y MAROI, Fulvio, *Istituzioni di Diritto Civile*, vol. II, Diritti di obbligazione e contratti – Tutela dei diritti, ristampa della nona edición interamente riveduta dal Prof. Carlo Maiorca, ed. Casa Editrice Giuseppe Principato, Milano, 1965.

DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales, *Diario La Ley*, N°6676, 21 de marzo de 2007, edición electrónica (<http://www.laley.net>).

- El libre desarrollo de la personalidad como principio inspirador de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, en DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón (Coord.), *Comentarios a las reformas de Derecho de familia de 2005*, ed. Thomson – Aranzadi, Navarra, 2006, pág. 29 a 53.

- Efectos económicos de la ruptura de uniones de hecho, en DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón (Coord.), *Daños en el Derecho de Familia*, Revista de Derecho Patrimonial, N°17, Monografía Asociada a Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, ed. Thomson – Aranzadi, Navarra, 2006, pág. 223 a 254.

- *Jurisprudencia reciente sobre daños en el Derecho de familia (incumplimiento de deberes conyugales, nulidad de matrimonio, obstaculización del Derecho de visitas)*, artículo en preparación, facilitado gentilmente por el autor.
- La personalización del matrimonio en las reformas de 2005, en DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón (Coord.), *Comentarios a las reformas de Derecho de familia de 2005*, ed. Thomson – Aranzadi, Navarra, 2006, pág. 17 a 26.
- *Un estudio de la promesa de matrimonio en el derecho francés, desde Pothier hasta nuestros días*, artículo en preparación, facilitado gentilmente por el autor.

DEGNI, F., *Il diritto di famiglia*, ed. Cedam, Padova, 1943.

DEL VECCHIO, Giorgio, *Filosofía del derecho*, segunda edición corregida y aumentada y extensas adiciones por Luis Recasens Siches, t. II, ed. Bosch, Barcelona, 1936.

- *El concepto del derecho*, traducción de la segunda edición italiana por Mariano Castaño, ed. Hijos de Reus, Madrid, 1914.

DELGADO ECHEVERRIA, Jesús, Comentarios a los artículos 42 y 43, en LACRUZ BERDEJO, José Luis, (Coord.), *Matrimonio y divorcio, Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil*, segunda edición, ed. Civitas, Madrid, 1994.

DEMOLOMBE, *Cours de Code civil*, tome deuxième (tomes III et IV de l'édition française), Bruxelles, 1847.

DÍAZ ALABART, Silvia, Comentario al artículo 1.103 Cc., en ALBALADEJO, Manuel (Director), *Comentarios al Código Civil y compilaciones Forales*, t. XV, vol. 1º, ed. Edersa, Madrid, 1989, pág. 475 a 584.

DÍAZ DE GUIJARRO, Concepto y naturaleza del acto jurídico familiar, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, mayo de 1966.

- Nuevos aportes a la introducción al estudio del acto jurídico familiar, en *Estudios de Derecho civil en honor del Prof. Castán Tobeñas*, t.VI, ed. Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1969.

DÍEZ – PICAZO, Luis, *Derecho de daños*, ed. Civitas, Madrid, 1999.

- El negocio jurídico del Derecho de familia, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, N°6, junio de 1962.

- *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. 1, Introducción, teoría del contrato, quinta edición, ed. Civitas, Madrid, 1996.

- *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. 2, Las relaciones obligatorias, cuarta edición, ed. Cívitas, Madrid, 1993.

DÍEZ – PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de derecho civil*, vol. I, Introducción, derecho de la persona, autonomía privada, persona jurídica, séptima edición, ed. Tecnos, Madrid, 1990.

- Antonio, *Sistema de derecho civil*, vol. II, El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual, novena edición, ed. Tecnos, Madrid, 2002.

- *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, Derecho de familia. Derecho de sucesiones, décima edición, ed. Tecnos, Madrid, 2006.

DOGLIOTTI, M., Le persone fisique, en RESCIGNO, Pietro (Direttore), *Trattato di diritto privato*, 2. Persone e famiglia, tomo primo, ed. Utet, Torino, 1982.

DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, *El daño moral*, t. I, ed. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000.

- *El daño moral*, t. II, ed. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.

- Seminario: *Compensación económica en la Nueva Ley de Matrimonio Civil*, organizado por el Colegio de Abogados de Chile A.G., 13 de octubre de 2005.

DURÁN RIVACOBA, Ramón, Comentario a la Sentencia de 1 de julio de 1994, en *CCJC*, t. 37, enero – marzo 1995.

DURANTON, *Corso di diritto civile, secondo il Codice francese*, Vol. I, 4° edizione Napolitana, Napoli, 1854.

ELORRIAGA DE BONIS, Fabián, *Régimen jurídico de la vivienda familia*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1995.

EMERY, George Frederick, *The law relating to husband and wife, Engagements to marry, divorce and separation, etc.*, ed. Effingham Wilson, London, 1929.

ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor, y WOLFF, Martin, *Tratado de Derecho civil*, t. IV Derecho de familia, vol. 1° El matrimonio, trad. de la 20° edición alemana por Blas Pérez González y José Alguer, segunda edición, ed. Bosch, Barcelona, 1953.

ESPÍN CÁNOVAS, Diego, *Manual de Derecho civil español*, vol. III, Obligaciones y contratos, sexta edición revisada y ampliada, ed. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1983.

ESTRADA ALONSO, Eduardo, *El derecho al honor en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo*, ed. Cívitas S.A., Madrid, 1989.

- *Las Uniones Extramatrimoniales en el Derecho Civil Español*, segunda edición, ed. Civitas, S.A., Madrid, 1991.

FARNÓS AMORÓS, Esther, El precio de ocultar la paternidad, Comentario a la SAP Valencia, Sec. 7°, 2.11.2004, en *InDret*, mayo de 2005, (http://www.indret.com/pdf/279_es.pdf).

- Indemnización del daño moral derivado de ocultar la paternidad, Comentario a la SAP Barcelona, Sec. 18, de 16.1.2007, en *InDret*, octubre de 2007, (http://www.indret.com/pdf/482_es.pdf).

FEDELE, Alfredo, *Il problema della responsabilità del terzo per pregiudizio del credito*, ed. Giuffrè Editore, Milano, 1954.

FERRER ORTIZ, Javier, Familia y Derecho, en *XV Jornadas de la Asociación Española de Canonistas en el XXV Aniversario de su fundación*, Madrid 19 – 21 de Abril de 1995, ed. Publicaciones Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca, 1997, pág. 197 a 229.

FERRER RIBA, Josep, Relaciones familiares y límites del derecho de daños, en *InDret* (http://www.indret.com/pdf/065_es.pdf), Barcelona, octubre 2001.

- Relaciones familiares y límites del derecho de daños, en CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *et al.* (Comité Coordinador), *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez – Picazo*, t.II, Derecho civil, Derecho de obligaciones, primera edición, ed. Thomson – Cívitas, Madrid, 2003.

FISCHER, Hans, *Los daños civiles y su reparación*, trad. por W. Roces, ed. Biblioteca de la Revista de Derecho Privado, Madrid, 1927.

FOSAR BENLLOCH, Enrique, Análisis de la Jurisprudencia española sobre las relaciones económicas en las uniones extramatrimoniales, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, N°3, marzo 1983, pág. 219 a 284.

FRACCON, Adalgisa, Comentario a la sentencia del Tribunale di Milano, 10 febrero 1999, en *Il diritto di famiglia e delle persone*, vol. XXX, luglio – setiembre 2001.

- I diritti della persona nel matrimonio. Violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno, en *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, vol XXX, gennaio – marzo 2001.
- Nuovi approdi della responsabilità civile. Anche la Cassazione oltrepassa la soglia dei rapporti tra coniugi, en *Giurisprudenza Italiana*, abril, 2006.

GARCÍA CANTERO, Gabriel, Artículos 42 a 107 del Código Civil, en ALBALADEJO, Manuel, (Director), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. II, 2º edición, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982.

- *El vinculo de matrimonio civil en el Derecho español*, ed. Cuadernos del Instituto Jurídico Español, Roma – Madrid, 1959.
- Chile estrena divorcio, en *Actualidad Civil*, N°5, marzo de 2005.

GARCÍA GÁRATE, Alfredo, Hacia una reforma radical del derecho matrimonial, en CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *et al.* (Comité Coordinador), *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez – Picazo*, t.III, Derecho civil, Derechos reales, Derecho de familia, ed. Thomson – Cívitas, Madrid, 2003.

GARCÍA LÓPEZ, Eloy, Crisis jurídica y crisis política de la inmunidad parlamentaria, *Revista De Las Cortes Generales*, N°18, tercer cuatrimestre, ed. Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1989, pág. 67 a 118.

GARCÍA MORILLO, Joaquín, Contenido, finalidad constitucional y control de la inmunidad parlamentaria, en *Inmunidad parlamentaria y jurisprudencia constitucional*, Debate celebrado en el centro de estudios constitucionales con la colaboración del Congreso de los Diputados y del Senado, Madrid, 1994, pág. 73 a 113.

GARCÍA PÉREZ, Carmen, *Titulares de los bienes de la personalidad: legitimación para defenderlos. Especial referencia a la Ley Orgánica 1/1982*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001.

GARCÍA RUBIO, María Paz, comentario a la STS de 16 de diciembre de 1996, en *CCJC*, t. 43, enero-marzo 1997, pág. 401 a 413.

GARCÍA VARELA, Román, Comentario al art. 82 Cc., en SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio (Presidente y Coord.), *Comentario al Código Civil*, t. I, artículos 1 al 89, 1º edición, ed. Bosch, Barcelona, 2000, pág. 820 a 840.

GARCÍA – POSADA GÓMEZ, Elda, El concepto de convivencia no matrimonial en Derecho español, en *ADC*, t. LVI, fascículo III, julio-septiembre, 2003.

GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio, Pactos entre convivientes, enriquecimiento injusto y libre ruptura de las uniones no matrimoniales, en *Diario La Ley*, N°5861, de 01 de Octubre de 2003.

- Analogía entre el matrimonio y la unión libre en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y principio de libre ruptura de las uniones no matrimoniales, en *Aranzadi Civil*, núm. 6/2002 (Estudio), ed. Editorial Aranzadi S.A. (BIB 2002/655), Pamplona, 2002.

- Comentario a la sentencia de 16 de julio de 2002, en *CCJC*, N°61, enero-abril de 2003.

GETE – ALONSO Y CALERA, Mª Del Carmen, Comentarios a los artículos 67 y 68, en AMORÓS GUARDIOLA, Manuel, *et al.*, *Comentarios a las reformas del derecho de familia*, vol. I, ed. Tecnos, Madrid, 1984.

GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel, Notas sobre la problemática jurídica de la pareja no casada, en *Estudio de Derecho Civil en Homenaje al profesor J. Beltrán De Heredia y Castaño*, ed. Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1984, pág. 209 a 247.

GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro y MONTALBAN, Juan Manuel, *Elementos del derecho civil y penal de España precedidos de una reseña histórica*, t. III, cuarta edición, ed. Imprenta de la Compañía de Impresores y Libreros del Reino, Madrid, 1851.

GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz, Seminario: *Compensación económica en la Nueva Ley de Matrimonio Civil*, organizado por el Colegio de Abogados de Chile A.G., 20 de octubre de 2005.

GUBERN SALISACHS, *La ruptura de promesa matrimonial y la seducción de la mujer ante el derecho y la ley*, ed. Bosch, Barcelona, 1947.

GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, En torno a los llamados contratos en daño de tercero, en *Revista de Derecho Notarial*, vol. XX, abril – junio, 1958, pág. 111 a 160.

GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Código Civil Chileno*, Estudio preliminar y notas, ed. Thomson – Aranzadi, 2006.

HAUSER, Jean, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, N°4, octobre / décembre, 1995.

- *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, N°4, octobre / décembre, 1999.

- *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, N°1, enero / marzo, 2005.

- *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, N°4, octobre / décembre, 2000, pág. 810.

- *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, N°2, avril / juin, 2000, pág. 303.

- *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, N°2, avril / juin, 1996.

- L'article 1382, dernier rempart de la morale?, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, N°4, octobre / décembre, 1997, pág. 909.

- Sanctions de l'obligation de fidélité, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, N°4, octobre / décembre, 2000.

- Le tiers complice de la violation de l'obligation de fidélité, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, N°4, octobre / décembre, 2001, pág. 856.
- *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, N°3, juillet / septembre, 2003, pág. 486.
- *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, N°2, avril / juin, 2002.
- *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, N°2, avril / juin, 1998.
- *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, N°2, avril / juin, 2007, pág. 321.

HEGEL, *Principios de la filosofía del Derecho o Derecho natural y ciencia política*, en trad. de Juan Luis Vermal, ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1975.

- *Rasgos fundamentales de la filosofía del Derecho o compendio de derecho natural y ciencia del estado*, trad. directamente del alemán por Eduardo Vásquez, ed. Biblioteca Nueva, 2000.

IGARTUA ARREGUI, Fernando, Derecho a la imagen: utilización de fotografía para fines electorales. Indemnización del daño moral; revisión del quantum, Comentario a la STS de 11 de abril de 1987, en *CCJC*, N°14, 1987.

- Responsabilidad por nulidad de matrimonio; Daño material y moral; Indemnización al cónyuge de buena fe, Comentario a la sentencia de 26 de noviembre de 1985, en *CCJC*, N°10, enero – marzo 1986, pág. 3227 a 3244.

JEMOLO, *El matrimonio*, traducción de Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redin, ed. Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1954.

JHERING, Rudolf Von, *Bromas y veras en la jurisprudencia*, trad. del alemán por Tomás A. Banzhaf, ed. Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1974.

- *El espíritu del Derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, versión español con la autorización del autor y notas de Enrique Príncipe y Satorres, t. IV, segunda edición, ed. Librería Editorial, Madrid, 1895.

JORDANO BAREA, Juan, Matrimonio y unión libre, en *Actualidad Civil*, 1999-1, N°IX, pág. 181 a 198.

JORDANO FRAGA, Francisco, *La responsabilidad contractual*, ed. Cívitas, S.A., Madrid, 1987.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, Comentario al artículo 68, revisado para la 2ª edición por Joaquín Rams Albesa y Jesús Delgado Echeverría, en LACRUZ BERDEJO, José Luis, (Coord.), *Matrimonio y divorcio, Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil*, segunda edición, ed. Civitas, Madrid, 1994.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, *et al.*, *Elementos de Derecho Civil I*, Parte general, vol. 3, Derecho subjetivo. Negocio Jurídico, tercera edición revisada y puesta al día por Jesús Delgado Echeverría, ed. Dykinson, Madrid, 2005.

- *Elementos de Derecho Civil IV*, Derecho de familia, tercera edición revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, ed. Dykinson, Madrid, 2008.

- *Elementos de Derecho Civil IV*, Derecho de familia, vol. I, tercera edición actualizada, ed. José María Bosch Editor S.A., Barcelona, 1990.

- *Elementos de Derecho Civil IV*, Derecho de familia, vol. II, tercera edición actualizada, ed. José María Bosch Editor S.A., Barcelona, 1989.

- *Elementos de Derecho Civil II*, Derecho de obligaciones, vol. I, Parte general. Teoría general del contrato, cuarta edición revisada y puesta al día por Francisco Rivero Hernández, ed. Dykinson, Madrid, 2007.

LALOU, Henry, *Traité pratique de la responsabilité civile*, cinquième édition, ed. Dalloz, Paris, 1955.

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho Civil*, T.VI, Derecho de familia, sexta edición, ed. Marcial Pons, Madrid, 2007.

- Merecido adiós al sistema causalista en las crisis matrimoniales, *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 655, Parte Comentario, ed. Aranzadi, S A. (BIB 2005\153), Pamplona, 2005.

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos y VALPUESTA FERNÁNDEZ, María del Rosario, Comentario al artículo 98, en LACRUZ BERDEJO, José Luis (Coord.), *Matrimonio y divorcio*, Comentarios al título IV del libro primero del Código Civil, segunda edición, ed. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1994, pág. 1187 a 1192.

LARENZ, Karl, *Derecho de obligaciones*, t. I, versión española y notas de Jaime Santos Briz, ed. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.

LAURENT, Francesco, *Princippii di diritto civile*, vol. 3º, 1ª traduzione italiana por dell'avv. Giuseppe Trono, ed. Dottor Leonardo Vallardi, Napoli 1879.

LEÓN GONZÁLEZ, José María, Acotaciones históricas al artículo 1107 del Código Civil, en GARCÍA SÁNCHEZ, Justo, *et al.*, *Estudios jurídicos in memoriam del profesor Alfredo Calonge*, vol. II, ed. por Asociación Iberoamericana de Derecho Romano, Salamanca, 2002, pág. 579 a 595.

LEÓN GONZÁLEZ, Manuel, La indemnización del artículo 98 del Código Civil (comentario a la sentencia de 10 de marzo de 1992), en *ADC*, t. XLVI, fascículo II, abril – junio, 1993.

LETE DEL RIO, José Manuel, Comentarios a los artículos 66 y 67, en LACRUZ BERDEJO, José Luis, (Coord.), *Matrimonio y divorcio, Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil*, segunda edición, ed. Civitas, Madrid, 1994.

LILLO, Pasquale, Aspetti giuridici e sociali della promessa di matrimonio, en *Il diritto di famiglia e delle persone*, gennaio – marzo, 1990.

LINACERO DE LA FUENTE, María Asunción, *Régimen patrimonial de la patria potestad*, ed. Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1990.

LINDON, Raymond y BÉNABENT, Alain, *Le droit du divorce*, ed. Litec, Paris, noviembre 1984.

LLAMAS POMBO, Eugenio, Divorcio y responsabilidad civil, en *Práctica Derecho de Daños*, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, año V, N°49, mayo 2007.

- *El patrimonio de los hijos sometidos a la patria potestad*, ed. Trivium, S.A., Madrid, 1993.

LÓPEZ AZCONA, Aurora, *La ruptura de las parejas de hecho*. Análisis comparado legislativo y jurisprudencial, ed. Aranzadi, Navarra, 2002.

LÓPEZ JIMÉNEZ, David, La aplicación analógica de la pensión compensatoria como criterio de resolución de las reclamaciones económicas entre los convivientes, en *Aranzadi Civil*, num. 16/2006 (Estudio), ed. Editorial Aranzadi, S.A. (BIB 2006/1685), Pamplona, 2006.

LUNA SERRANO, Agustín, Matrimonio y divorcio, en LACRUZ BERDEJO, José Luis, *et al*, *El nuevo régimen de la familia*, primera edición, ed. Cívitas S.A., Madrid, 1982.

- La reforma de la legislación matrimonial, en LACRUZ BERDEJO (coord.), *Matrimonio y divorcio, Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil*, segunda edición, ed. Civitas S.A., Madrid, 1994.

MACHADO CARRILLO, Mario, *El adulterio en el Derecho penal*, pasado, presente y futuro, tesis dirigida por el profesor Manuel Cobo del Rosal, ed. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Valencia, 1977.

MALO GONZÁLEZ, Fernando, Estudios sobre la objeción de conciencia a la celebración del matrimonio entre personas del mismo sexo, en MARTÍNEZ-

CALCERRADA, Luis, *La homosexualidad y el matrimonio*, Ley 1 de julio de 2005, N°13-2005, ed. Ediciones Académicas, Madrid, 2005.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, María Teresa, ¿Cabe la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de deberes conyugales?, en *Sentencias de TSJ y AP y Otros Tribunales* núm. 15/2004, Parte Estudio, ed. Editorial Aranzadi (BIB 2004/1732), Pamplona, 2004, edición electrónica (<http://www.westlaw.es>).

- Remedios indemnizatorios en el ámbito de las relaciones conyugales, en DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón (Coord.), *Daños en el Derecho de Familia*, Revista de Derecho Patrimonial, N°17, Monografía Asociada a Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, ed. Thomson – Aranzadi, Navarra, 2006, pág. 147 a 177.

- Aplicación del derecho de daños al incumplimiento del régimen de visitas, en DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón (Coord.), *Daños en el Derecho de Familia*, Revista de Derecho Patrimonial, N°17, Monografía Asociada a Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, ed. Thomson – Aranzadi, Navarra, 2006, pág. 179 a 201.

- Separación y divorcio sin causa. Situación de los daños personales, en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, N°16, ed. Aranzadi, Pamplona, 2006, pág. 145 a 162.

- Temporalidad de la pensión compensatoria en la Ley 15/2005 de 8 de julio, en DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón (Coord.), *Comentarios a las reformas de derecho de familia de 2005*, ed. Thomson - Aranzadi, Navarra, 2006.

MARKESINIS, B.S., *A comparative introduction to the German Law of torts*, third edition, ed. Clarendon Press, Oxford, 1994.

MARTÍN CASALS, Miquel y SALVADOR CODERCH, Pablo, Derecho al honor. Quantum de la indemnización. Su no revisabilidad en casación, Comentario a la STS de 18 de abril de 1989, en *CCJC*, N°21, 1989.

MARTÍNEZ – CALCERRADA GÓMEZ, Luis, Comentario al artículo 1342, en SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio, (Coord.), *Comentario del Código Civil*, t. VII, ed. Bosch, 2000.

- La familia en la Constitución española, en *Revista de Derecho Privado*, noviembre de 1981, pág. 963 a 986.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos “Matrimonio homosexual ¿por qué no?”, en sitio web del departamento de Derecho Civil de la Universidad de Navarra, noviembre de 2004, pág. 5, disponible en <http://www.unav.es/civil/nsd/nosindebate/mhmdaguirre.doc>.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia, Comentarios del nuevo artículo 97 del Código Civil, en GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente (Director), *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio (Ley 15/2005, de 8 de julio)*, ed. Editorial Lex Nova, Valladolid, 2005.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Nieves, Del divorcio causal al divorcio Express ¿una reforma necesaria?, ponencia realizada en el *Curso Extraordinario sobre 25 años de divorcio en España*, organizado por la Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Privado, de la Universidad de Salamanca, del 21 al 24 de marzo del 2007.

MARTINIC GALETOVIC, María Dora y WEINSTEIN WEINSTEIN, Graciela, Nuevas tendencias de las uniones conyugales de hecho, en URREJOLA SCOLARI, Bárbara (Coord.), *Instituciones de Derecho de familia*, ed. LexisNexis, Santiago, marzo 2004.

MAZEAUD, Henry, Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, t. XXVIII, Paris, 1929.

MAZEAUD, Henry et Léon, et MAZEAUD, Jean, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*”, t. II, sixième édition, ed. Éditions Montchrestien, Paris, 1970.

MAZEAUD y TUNC, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, t. I, vol. 2º, traducción de la quinta edición por Luis Alcalá – Zamora Y Castillo, ediciones jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1962.

- *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, t. I, vol. 1º, traducción de la quinta edición por Luis Alcalá – Zamora Castillo, ed. Ediciones jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1961.

MENDIETA JARAMILLO, Luz, *Las consecuencias jurídicas de la familia de hecho en Colombia. Paralelo con España*, tesis doctoral dirigida por Manuel Gitrama González, ed. Editorial de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1990.

MESA MARRERO, Carolina, *Las uniones de hecho*, Análisis de las relaciones económicas y sus efectos, tercera edición actualizada y aumentada, ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006.

MONTERO AROCA, Juan, FLORS MATÍES, José y ARENAS GARCÍA, Rafael, *Separación y divorcio tras la Ley 15/2005*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

MONTÉS PENADÉS, Vicente, Causalidad, imputación objetiva y culpa en la concurrencia de culpas, en CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *et al.* (Comité Coordinador), *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez – Picazo*, t.II, Derecho civil, Derecho de obligaciones, primera edición, ed. Thomson – Cívitas, 2003, pág. 2591 a 2627.

MORENO QUESADA, Bernardo, Problemática de las obligaciones de hacer, en *Revista de Derecho Privado*, t. LX, enero – diciembre, 1976, pág. 467 a 502.

MORENO VELASCO, Víctor, La indemnización de daños y perjuicios por daños patrimoniales y morales derivados del incumplimiento del régimen de visitas, *Diario La Ley*, N°7163, sección tribuna, 28 de abril de 2009.

NOIR-MASNATA, Catherine, *Los efectos patrimoniales del concubinato y su influencia en el deber de sostenimiento entre esposos separados*, traducción realizada por Juan De Dios Campos Cobo, ed. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1986.

NÚÑEZ LAGOS, Rafael, *El enriquecimiento sin causa en el derecho español*, ed. Reus, Madrid, 1934.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Compendio de Derecho civil*, t. IV, Derecho de familia, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1983.

- Comentarios al art. 855 Cc., en SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio (Presidente y Coord.), *Comentario del Código Civil*, t. IV, ed. Bosch, Barcelona, mayo de 2000, pág. 740 a 741.

ORCARAY REVIRIEGO, Javier, Convivencia “more uxorio”. A propósito de la STS de 24 febrero 2000 (RJ 2000, 2236), que otorga el derecho a la prestación por desempleo a trabajadora despedida por el empresario con el que convive, en *Boletín Aranzadi Laboral*, núm. 7/2002 (parte Boletín), ed. Editorial Aranzadi, S.A., (BIB 2002/1261), Pamplona, 2002.

ORTEGA PARDO, La ruptura de los esponsales en el derecho español vigente, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t.IX (177 de la colección), Junio de 1945.

ORREGO ACUÑA, Juan Andrés, *Análisis de la Nueva Ley de Matrimonio Civil*, ed. Metropolitana, Santiago, 2004.

PALETTO, Valentina, Comentario a la sentencia del Tribunal de Roma de 17 de septiembre de 1988, en *La nuova giurisprudenza civile comentata*, parte prima, ed. Padova, 1989.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando, Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1983, en *CCJC*, N°70, 1983, pág. 789 a 799.

- Comentario a SSTS de 26 de enero de 1984, en *CCJC*, N°4, enero-marzo 1984, pág. 1261 a 1267.

- Comentario a STS de 10 de mayo de 1984, en *CCJC*, N°5, abril-agosto 1984, pág. 1651 a 1659.

- El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate), en *ADC*, t. XLIV, fascículo III, Julio – Septiembre, 1991.

- *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t.II, Madrid, 1991.

- Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación, en *Centenario del Código Civil (1889 – 1989)*, t. II, ed. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pág. 1561 a 1591.

- La autorregulación de la unión libre, en *Revista del Poder Judicial*, N°4, Diciembre de 1986, pág. 119 a 125.

PASTOR VITA, Francisco Javier, Estudios Doctrinales, en *Revista de Derecho de Familia*, N°28, julio-septiembre de 2005.

PATTI, Salvatore, *Famiglia e responsabilità civile*, ed. Giuffrè Editore, Milano, 1984.

- La lesione del diritto all'attività sessuale e gli attuali confini del danno risarcibile, en comentario a la sentencia de Casación de 11 de noviembre de 1986, en *Giurisprudenza italiana*, I, 1° parte, 1987.

PEÑA LÓPEZ, Fernando, *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, ed. Comares, S.L., Granada, 2002.

PÉREZ MAYOR, Adrián, Crisis matrimoniales e indemnización por daño moral, en *Revista Jurídica de Catalunya*, N°1, 2004.

- Revolución en el Derecho de familia: indemnización por daño moral, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, N°766, 2009, pág. 14 a 15.

PÉREZ VALLEJO, Ana María, *Autorregulación en la convivencia de hecho* (a propósito de las recientes disposiciones prelegislativas y legislativas tendencialmente más dispositivas), ed. Universidad de Almería, Servicio de Publicaciones, Almería, 1999.

PETERKA, Nathalie, El divorcio francés tras la Ley de 26 de mayo de 2004 un divorcio bajo la influencia de la voluntad, en LASARTE, Carlos (Director), *Familia, Matrimonio y Divorcio en los albores del siglo XXI*, Jornadas internacionales sobre las reformas de Derecho de familia. Ponencias y Comunicaciones. Madrid 27-29 junio 2005, ed. Idadfe, Uned y El Derecho Editores, Madrid, octubre de 2006.

PIZARRO WILSON, Carlos, Responsabilidad civil por no reconocimiento voluntario del hijo de filiación extramatrimonial, en DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón (Coord.), *Daños en el Derecho de Familia*, Revista de Derecho Patrimonial, N°17, Monografía Asociada a Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, ed. Thomson – Aranzadi, Navarra, 2006, pág. 101 a 116.

PLANIOL y RIPERT, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, t.II, La familia, matrimonio, divorcio, filiación, trad. de Mario Díaz Cruz y Eduardo Le Riverend Brusone, ed. Cultural S.A., Habana, 1946.

POLACCO, Vittorio, *Le obbligazioni nel Diritto civile italiano*, vol. I, Roma, 1914.

POTHIER, Robert Joseph, *Oeuvres complètes de Pothier*, tome septième, Traité du contrat de mariage et de la puissance du mari, ed. Langlois et Durand, Paris, 1844.

PRINCIGALLI, en comentario a la sentencia de la Corte de Casación de 11 de noviembre de 1986, *Il Foro Italiano*, I, 1987.

PUGA GÓMEZ, Santos, La convivencia more uxorio y la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 17 de enero de 2003 (RJ 2003, 4), *Boletín Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 49/2002, (Boletín), ed. Editorial Aranzadi S.A., (BIB 2003/428), Pamplona, 2003.

PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho civil*, t.II, vol. III, Enriquecimiento injusto, Responsabilidad extracontractual, Derecho a la intimidad, ed. Bosch, Barcelona, 1983.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director) y MORALES PRATS, Fermín (Coord.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, segunda edición (revisada, actualizada y puesta al día), ed. Aranzadi, Navarra, 2001.

RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, Denegación de indemnización del daño moral causado por infidelidad matrimonial, *CCJC*, N°52, enero – marzo de 2000, pág. 153 a 163.

- *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho civil: Familia*, ed. Dykinson, Madrid, 2001.

- *Estudio legislativo y jurisprudencial del Derecho civil: obligaciones y contratos*, ed. Dykinson, Madrid, 2000.

- El perdón de conductas ofensivas en la donación y en la sucesión mortis causa, en *Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de Extremadura*, vol. XVI, Cáceres, 1998, pág. 173 a 190.

RAMOS CHAPARRO, Enrique, Objeciones jurídico – civiles a las reformas del matrimonio, en *Actualidad Civil*, N°10, 2005, pág. 1157 a 1176.

REINA, Víctor y MARTINELL, Josep, *Curso de derecho matrimonial*, ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1995.

- *Las uniones matrimoniales de hecho*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1996.

REGLERO CAMPOS, Fernando, Conceptos generales y elementos de delimitación, en REGLERO CAMPOS, Fernando (Coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, segunda edición, ed. Thomson – Aranzadi, Navarra, diciembre de 2003.

- El nexa causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas, en REGLERO CAMPOS, Fernando, *Tratado de responsabilidad civil*, 2ª edición, ed. Thomson – Aranzadi, Navarra, diciembre de 2003, pág. 303 a 414.

RESCIGNO, Pietro, *Persona e comunita*, Saggi di diritto privato, ed. Il Mulino, Bologna, 1966.

- *Manuale del Diritto Privato Italiano*, ottava edizione, ristampa con appendice di aggiornamento, ed. Jovene Editore, Napoli, 1989.

REYES LÓPEZ, María José, El resarcimiento derivado de la declaración de nulidad matrimonial, en DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón (Coord.), *Daños en el Derecho de Familia*, Revista de Derecho Patrimonial, N°17, Monografía Asociada a Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, ed. Thomson–Aranzadi, Navarra, 2006, pág. 203 a 222.

RIBÓ DURÁN, Luis (Coord.), *Derecho de daños*, Ponencias y coloquios en la jornada sobre Derecho de daños celebrada en Barcelona el 12 de diciembre de 1991, ed. Bosch, Barcelona, 1992.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, Comentario a la sentencia de 29 de Octubre de 1997, en *CCJC*, t. 46, enero - marzo de 1998.

ROCA I TRÍAS, Encarna, Comentario al artículo 97, en AMORÓS GUARDIOLA, Manuel, *et al.*, *Comentarios a las reformas del derecho de familia*, vol. I, ed. Tecnos, Madrid, 1984, pág. 615 y ss., pág. 615 a 629.

- La responsabilidad civil en el Derecho de familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil, en MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (coord.), *Perfiles de la Responsabilidad civil en el nuevo milenio*, ed. Dykinson, Madrid, 2000, pág. 531 a 563.

- *Familia y cambio social*, De la casa a la persona, primera edición, ed. Cívitas, Madrid, 1999.

- *Derecho de daños*, textos y materiales, quinta edición, con la colaboración de Ana Latorre Armero, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

ROCA – SASTRE MUNCUNILL, Luis, El perjuicio del derecho de crédito por acto de tercero, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1962, pág. 571 a 601.

ROCES, W., Breves acotaciones sobre el régimen de reparación de Daños en el Derecho español, en FISCHER, Hans, *Los Daños Civiles y su reparación*, trad. esp. por Rocés, ed. Biblioteca de la Revista de Derecho Privado, Madrid, 1928.

RODRÍGUEZ GUTIÁN, Alma M^a, Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre los miembros de la pareja de hecho, *Revista de Derecho Patrimonial*, N^o10, ed. Aranzadi, Pamplona, 2003, pág. 65 a 94.

ROGEL VIDE, Carlos, *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, ed. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1985.

ROMERO COLOMA, Aurelia María, *El matrimonio y sus crisis jurídicas: problemática civil y procesal*, ed. Ediciones Jurídicas Serlipost, Barcelona, 1990.

- ¿Genera responsabilidad civil la violación de los artículos 67 y 68 del Código Civil?, en *RC Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, Noviembre de 2000.

- *La separación matrimonial por causa de transgresión de los deberes conyugales y paternofiliales*, Estudio de los apartados 1 y 2 del artículo 82 del Código Civil, ed. Dijusa, Madrid, marzo de 2001.

- Problemática jurídica de las indemnizaciones entre cónyuges (y excónyuges), *Diario La Ley*, N°7008, de 09 de septiembre de 2008.

ROVIRA SUERIO, María, *La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, ed. Cedecs, Barcelona, 1999.

RUIZ LARREA, Nekane, El daño de procreación: ¿Un caso de responsabilidad civil de los progenitores por las enfermedades y malformaciones transmitidas a sus hijos?, en *La Ley*, Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía, t.1, 1998, pág. 2039 a 2046.

SALVADOR CODERCH y RUIZ GARCÍA, Els efectes del matrimoni, en EGEA I FERNÁNDEZ, Joan y FERRER I RIBA, Josep, (Directores), *Comentaris al codi de família, a la llei d'unions estables de parella i a la llei de situacions convivencials d'ajuda mutua*, ed. Tecnos, Madrid, 2000.

SÁNCHEZ MELGAR, Julián, *Código Penal*, Comentarios y Jurisprudencia, t. I y II, segunda edición, ed. Sepín Editorial Jurídica, Madrid, 2006.

SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, en ALBALADEJO, Manuel, (Director), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. II, ed. Edersa (Editorial Revista de Derecho Privado), Madrid, 1978.

SANCHO VILLARREAL, El deber de fidelidad conyugal como obligación jurídica y consecuencias de su infracción, en *Revista de Derecho de familia*, N°11, Abril 2001.

SANTAOLALLA, Fernando (Director), *Código Civil (Reformas 1978 – 1983), Trabajos parlamentarios*, t. II, ed. Cortes generales, Madrid, 1985.

SANTOS BRIZ, Jaime, *La responsabilidad civil*, Derecho sustantivo y Derecho procesal, séptima edición nuevamente revisada y actualizada, ed. Montecorvo, S.A., Madrid, 1993.

SANTOS BRIZ, Jaime (Director), *et al.*, *Tratado de Derecho civil*, Teoría y práctica, t. III, Derecho de obligaciones, ed. Bosch, Barcelona, 2003.

SAVATIER, René, *Traité de la responsabilité civile*, t. I, Les sources de la responsabilité civile, deuxième édition, ed. Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1951.

SAVIGNY, *La escuela Histórica del Derecho*, documentos para su estudio, en traducción del alemán por R. Atard, ed. Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1908.

- *Sistema del Derecho Romano Actual*, t. I, traducido del alemán por Ch. Guenoux, vertido al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley, ed. Góngora y Compañía, Madrid, 1878.

SCANDURRA, en Comentario a la sentencia del Tribunale di Roma, de 13 de giugno 2000, con notas de Massimo Dogliotti, en *Il diritto di famiglia e delle persone*, vol. XXXI, gennaio – marzo 2002.

SEOANE PRADO, Javier, Prestaciones económicas: derecho de alimentos y pensión compensatoria, en GONZÁLEZ POVEDA, Pedro y GONZÁLVEZ

VICENTE, Pilar (Coordinadores), *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos y procesales*, ed. Sepín Editorial Jurídica, Madrid, 2005.

SERRANO ALONSO, Eduardo, *El nuevo matrimonio civil: estudio de las leyes 13/2005, de 1 julio, y 15/2005, de 8 julio de Reforma del Código Civil con formularios*, ed. Edisofer, Madrid, 2005.

SERRANO GÓMEZ, Eduardo, Efectos del matrimonio, en SERRANO ALONSO, Eduardo, *El nuevo matrimonio civil: estudio de las leyes 13/2005, de 1 julio, y 15/2005, de 8 julio de Reforma del Código Civil con formularios*, ed. Edisofer, Madrid, 2005, pág. 67 a 87.

TORRES GARCÍA, Teodora, Régimen económico matrimonial y uniones de hecho, en MARTÍNEZ GALLEGO, Eva María (Coord.), *Matrimonio y Uniones de Hecho*, primera edición, ed. Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2000, pág. 39 a 52.

TRIMARCHI, Pietro, Sulla responsabilità del terzo per pregiudizio al diritto di credito, *Rivista di Diritto Civile*, anno XXIX-1983, parte prima, pág. 217 a 236.

VATTIER FUENZALIDA, Carlos, La tutela aquiliana de los derechos de crédito: algunos aspectos dogmáticos, en *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, ed. Universidad de Murcia, Murcia, 1989, pág. 845 a 857.

VÉLIZ MÖLLER, Patricio, *Divorcio, nulidad y separación. Los caminos frente a la ruptura*, ed. Cerro Manquehue, Santiago, mayo 2004.

VICENTE DOMINGO, Elena, El Daño, en REGLERO CAMPOS, Fernando (Coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, segunda edición, ed. Thomson – Aranzadi, Navarra, diciembre de 2003.

VON TUHR, Andreas, *Derecho civil*, teoría general del derecho civil alemán, vol. II, t.1, los hechos jurídicos, traducido directamente del alemán por Tito Ravà, ed. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1947.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen), en REGLERO CAMPOS, Fernando (Coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, segunda edición, ed. Thomson – Aranzadi, Navarra, diciembre de 2003.

- *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, ed. Dykinson, Madrid, 2001.

- La zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y la aquiliana. Razones para una moderada unificación, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, t.I, 1991, pág. 443 a 489.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio*, segunda edición, ed. Editorial Lex Nova, Valladolid, 2003.

ZATTI, Paolo, I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi, en RESCIGNO, Pietro (Direttore), *Trattato di diritto privato*, 3. Persone e famiglia, tomo secondo, ed. Utet, Torino, 1982.

TEXTOS LEGALES CITADOS.

Codice civile e leggi collegate, por Giorgio De Nova, ed. Zanichelli, Bologna, 2002.

Código Civil Alemán, BGB, comentado por Emilio Eiranova Encinas, ed. Marcial Pons, Madrid, 1998.

Código Civil Alemán y Ley de Introducción al Código Civil, trad. Albert Lamarca Marquès, ed. Marcial Pons, Madrid, 2008.

Código Civil Francés / Code Civil, trad. por Álvaro Nuñez Iglesias, Edición bilingüe, ed. Marcial Pons, Madrid, 2005.

Código Civil Chileno, décima sexta edición, ed. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, actualizado al 20 de octubre de 2004.

Costituzione Della Republica Italiana, publicada el 27 de diciembre de 1947, y vigente desde el 01 de enero de 1948.

Digesta Iustiniani Augusti, *Recognovit Adsumpto in operis societatem* KRUEGERO, Paulo, MOMMSEN, Th., vol. I, ed. Editio Altera Lucis Ope Expressa, Berlin, 1962.

El Digesto de Justiniano, t. III, libros 37 – 50, versión castellana por D'ORS, Alvaro, *et al.*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1975.

Ley Fundamental para la República Federal de Alemania, trad. por Ernesto Garzón Valdés con la colaboración de Ricardo García Macho y Kart Peter Sommermann, editada por el Departamento de Prensa e Información del Gobierno Federal, 1997.

Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, del 23 de mayo de 1949 (Boletín Oficial Federal 1, pág. 1) (BGBl III 100-1), enmendada por la Ley de 26 de noviembre de 2001 (Boletín Oficial Federal 1, pág. 3219) (<http://www.constitucion.rediris.es/legis/legextr/ConstitucionAlemana.html>).

INFORMES JURÍDICOS CITADOS.

Conclusiones del taller de trabajo realizado por la Asociación de Mujeres Juristas Themis, del 17 de noviembre de 2004, sobre el Anteproyecto de la Reforma del Código civil en materia de separación y divorcio, disponible en <http://www.mujaresjuristasthemis.org/documentos/CONCLUSIONES%20taller%20noviembre%202004.pdf>.

Dictamen del Consejo de Estado 2628/2004, de 16 de diciembre de 2004, sobre el expediente de anteproyecto de Ley por la que se modifica el Código Civil en materia de Derecho a contraer matrimonio, (http://www.boe.es/g/es/iberlex/bases_datos_ce/doc.php?coleccion=ce&id=2004-2628).

Informe del Consejo General del Poder Judicial en referencia al estudio sobre la reforma del Código Civil en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo, de 26 de enero de 2005, disponible en http://www.apmagistratura.com/apm/matrim_homo/01.PDF.

Informe emitido por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación acerca del Proyecto de Modificación del Código Civil en materia de Derecho a contraer matrimonio, de 30 de marzo de 2005, disponible en <http://www.unav.es/civil/nsd/nosindebate/mhinformeraj.doc>.