

LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL ÁMBITO DE LAS
RELACIONES FAMILIARES EN ESPAÑA

LIABILITY IN THE SPHERE OF FAMILY RELATIONSHIPS IN SPAIN

DR. DR. JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Valencia (España)
J.Ramon.de-Verda@uv.es

PEDRO CHAPARRO MATAMOROS
Becario de investigación F.P.U. en el Departamento de Derecho Civil
Universidad de Valencia (España)
Pedro.Chaparro@uv.es

RESUMEN: En el presente artículo se aborda la delicada cuestión de la responsabilidad civil en las relaciones familiares, haciendo especial hincapié en aquella derivada del incumplimiento de los deberes conyugales, de entre los cuales destaca sobremanera el supuesto de la infidelidad.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad civil; familia; daño moral; promesa de matrimonio; incumplimiento deberes conyugales; lesión del derecho a la intimidad; infidelidad.

ABSTRACT: In this paper the sensitive issue of liability in family relationships is discussed, with particular emphasis on the liability regarding the breach of marital duties, especially, the case of infidelity.

KEY WORDS: Liability; family; moral damage; promise of marriage; breach of marital duties; injury of right to privacy; infidelity.

FECHA DE ENTREGA: 25/03/2016/FECHA DE ACEPTACIÓN: 02/05/2016.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.- II. LA RUPTURA DE LA PROMESA DE MATRIMONIO.- 1. Fundamento de la obligación resarcitoria.- 2. Requisitos de la obligación resarcitoria.- 3. Legitimación procesal.- 4. Los obligados al resarcimiento.- 5. El daño resarcible.- III. LA CAUSACIÓN DOLOSA O NEGLIGENTE DE LA NULIDAD MATRIMONIAL.- IV. EL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES CONYUGALES.- 1. Nuestra posición general sobre la cuestión del resarcimiento del daño moral.- 2. La lesión del derecho fundamental a la intimidad.- 3. El supuesto de la infidelidad.- V. OBSTACULIZACIÓN DE LAS RELACIONES DEL OTRO PROGENITOR CON LOS HIJOS COMUNES.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

Tradicionalmente la responsabilidad civil ha sido una institución extraña al ámbito familiar¹, lo cual encontraba sentido en el marco de una familia de tipo patriarcal, donde el padre y marido ostentaba la jefatura de la misma, por lo que la injerencia del Estado en ella era mínima².

Sin embargo, a medida que la familia evoluciona y que el modelo patriarcal se sustituye por otro, basado en el principio de igualdad de los cónyuges y en el de titularidad y ejercicio conjunto de la patria potestad, la intervención de los Tribunales, para asegurar la efectividad de dicho principio, así como el respeto de los derechos fundamentales e intereses legítimos de los miembros de la familia, parece inevitable³.

Según observa la Sentencia de la Corte de Casación italiana 10 mayo 2005⁴, se asiste a un tránsito de la “familia institución” a la “familia comunidad”, configurada, no ya, como un lugar de compresión y mortificación de

¹ Señala BOSQUES HERNÁNDEZ, G. J.: “Comentario a la STS de 30 de junio de 2009”, *CCJC*, núm. 83/2010, p. 902, que “Son los vínculos de solidaridad y altruismo ligados a un deber de tolerancia intrafamiliar lo que ha servido de escudo, para evitar la entrada de las reclamaciones jurídicas en el ámbito familiar”.

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

³ VARGAS ARAVENA, D.: *Daños civiles en el matrimonio*, La Ley, Madrid, 2009, p. 29, observa, así, que “el hecho de que el daño se produzca entre sujetos pertenecientes a una familia no es obstáculo para la común aplicación de la normativa de responsabilidad civil”, si bien este autor entiende que la vía para pedir el resarcimiento debe ser, no el art. 1902 CC (como nosotros pensamos), sino los arts. 1101 y ss. CC.

⁴ Cass. Civ. 10 mayo 2005 (*Giur. it.*, 2006, abril, c. 693).

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

La jurisprudencia constitucional española ha puesto de manifiesto reiteradamente la conexión entre libertad nupcial y el principio de libre desarrollo de la personalidad consagrado en el art. 10.1 CE. Por ejemplo, el ATC 156/1987, de 11 de febrero de 1987 (RTC 1987, 156 AUTO), afirma que “la libertad de opción entre el estado civil de casado o de soltero es uno de los derechos fundamentales más íntimamente vinculados al libre desarrollo de la personalidad, considerado por la Constitución fundamento del orden político y de la paz social”; y la STC 184/1990, de 15 de noviembre de 1990 (RTC 1990, 184), reitera la misma idea, afirmando que “la posibilidad de optar entre el estado civil de casado o el de soltero está íntimamente vinculada al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE)”.

Las leyes 13/2005, de 1 de julio, y 15/2005, de 8 de julio, que operaron una de las más profundas reformas del Derecho de familia en nuestro Ordenamiento jurídico, tienen, sin duda, un hilo conductor, consistente en la “personalización” del matrimonio.

Las referidas leyes, en efecto, hacen jugar al principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad, consagrado en el art. 10.1 de la CE, una importancia hasta ahora desconocida. Acentúan, así, la función del matrimonio como un medio de desarrollo de la personalidad de los cónyuges, en detrimento de su carácter de institución social, cuya estabilidad se ha considerado, desde siempre, un valor social, lo que ha estado en estrecha relación con la conexión de la institución matrimonial con la procreación y educación de los hijos; y de ahí la exigencia del requisito de la heterosexualidad de los contrayentes.

Las propias Exposiciones de Motivos de las leyes ponen de manifiesto esta idea.

Así, la de la Ley 13/2005, con el fin de justificar la supresión del requisito de la heterosexualidad, permitiendo, así, los matrimonios entre personas del mismo sexo, se refiere a la exigencia del “establecimiento de un marco de

realización personal que permita que aquéllos que libremente adoptan una opción sexual y afectiva por personas de su mismo sexo puedan desarrollar su personalidad”.

Por su parte, la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005, en orden a explicar el nuevo sistema de divorcio, basado en la pura voluntad de cualquiera de los cónyuges de disolver el matrimonio, y desconectado de cualquier idea de culpa, afirma que “se estima que el respeto al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el artículo 10.1 de la Constitución, justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculada con su cónyuge”.

En definitiva, la condición de miembro de una familia no puede servir como criterio de exención de responsabilidad de los daños causados en la misma, lo que nos parece especialmente evidente en el caso de los cónyuges, desde el momento en que la legislación actual acentúa la consideración del matrimonio como un medio al servicio del desarrollo de la personalidad de los contrayentes.

No obstante lo dicho, el principio de responsabilidad civil va, poco a poco, impregnando el ordenamiento jurídico español, en los distintos ámbitos familiares.⁵

II. LA RUPTURA DE LA PROMESA DE MATRIMONIO.

La jurisprudencia ha revitalizado un precepto que parecía muerto. Nos referimos al art. 43 CC.

El art. 42 CC niega a la promesa de matrimonio el carácter de fuente de la obligación de contraerlo. Dice, así, que “La promesa de matrimonio no produce obligación de contraerlo ni de cumplir lo que se hubiera estipulado para el supuesto de su no celebración”. Añadiendo, además, que “No se admitirá a trámite la demanda en que se pretenda su cumplimiento”. No obstante, el art. 43 del referido cuerpo legal afirma que “El incumplimiento, sin causa, de la promesa cierta de matrimonio hecha por persona mayor de edad o por menor emancipado sólo producirá la obligación de resarcir a la otra parte de los gastos hechos y de las obligaciones contraídas en

⁵ Para una visión de conjunto sobre el tema, con recientes aportaciones sobre la materia, puede verse DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (coordinador) y otros: *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*, “Monografías de la Revista de Derecho Patrimonial”, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2012, así como SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, M^a. B. y PÉREZ VALLEJO, A. M^a.: *Valoración y reparación de daños entre familiares. Fundamentos para su reclamación*, Comares, Granada, 2012.

consideración al matrimonio prometido”. Añade, además, que “Esta acción caducará al año contado desde el día de la negativa a la celebración del matrimonio”.

1. Fundamento de la obligación resarcitoria.

Ante todo, debemos precisar nuestra posición sobre la naturaleza jurídica de la naturaleza de la promesa de matrimonio y sobre el fundamento de la obligación resarcitoria establecida por la norma⁶.

A nuestro parecer, la promesa no puede considerarse un contrato especial o un negocio de Derecho de familia, porque, como ya dijimos, la libertad nupcial impide asumir mediante un negocio jurídico la obligación de contraer futuro matrimonio, al ser aquélla un principio de orden público que no puede ser derogado por actos de autonomía privada.

Del art. 42 CC resulta, con total claridad, que los esponsales no son vinculantes en el plano jurídico, porque no obligan a los promitentes a contraer matrimonio, ni tampoco a cumplir lo que se hubiera estipulado para el caso de su no celebración. Por otro lado, es evidente que los efectos resarcitorios determinados por el art. 43 CC, para el caso de ruptura sin justa causa, no son los queridos por los novios, cuando se prometen (recuérdese que la esencia del negocio jurídico radica en ser una declaración de voluntad a la que el Derecho atribuye efectos jurídicos en la medida en que son queridos por el o los declarantes).

¿Por qué, entonces, en virtud del art. 43 CC, el promitente que incumple, sin justa causa, la promesa cierta de matrimonio debe resarcir al promisario de los gastos hechos y de las obligaciones contraídas en atención al matrimonio proyectado?

⁶ En la doctrina científica española existen importantes aportaciones sobre la materia. Véase, así, ORTEGA PARDO: “La ruptura de los esponsales en el derecho español vigente”, *RGLJ*, tomo IX (177 de la colección), junio de 1946, 1945, p. 628; ya, con posterioridad a la reforma operada por la Ley 30/1981, de 7 de julio, BADOSA COLL, F.: “Comentario a los arts. 42-43 CC”, en *Comentarios a las reformas del derecho de familia*, Tecnos, vol. I, Madrid, 1984, pp. 99-117; DELGADO ECHEVERRÍA, J.: “Comentario al art. 43 CC”, en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil* (coord. por J. L. LACRUZ BERDEJO), Civitas, 2ª edición, Madrid, 1994, pp. 45-59; *IDEM*, “Comentario al art. 43 CC”, *Ibidem*, pp. 45-59; y, más recientemente, CARRIÓN OLMOS, S.: “Promesa de matrimonio y resarcimiento de daños”, en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (coordinador) y otros: *Daños en el Derecho de familia*, “Monografías de la Revista de Derecho Patrimonial”, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 117-146; VARGAS ARAVENA, D.: *Daños civiles*, cit., pp. 47-95.

En nuestra opinión, esta disposición tiene como finalidad tutelar la confianza legítimamente suscitada por la promesa (respecto a la celebración del matrimonio), en consideración a la cual quien la recibe realiza, de buena fe, gastos o asume obligaciones a los que la ruptura convierte en inútiles: una cosa es que se tenga libertad para apartarse de la promesa (la decisión de casarse es libre) y otra, bien diversa, es que, en caso de ruptura (sin causa) de aquélla, no se deba responder por la lesión culpable de la confianza suscitada por los propios actos o declaraciones.

Por lo tanto, con el incumplimiento de la promesa de matrimonio, pasa algo semejante a lo que acontece con la ruptura de los tratos preliminares: no cabe duda de que, si alguien entra en negociaciones con otro, puede apartarse de ellas, sin que esté obligado a concluir el contrato de cuya celebración se trataba (a ello se opone el principio de autonomía privada); ahora bien, si se comporta de mala fe, rompiendo las negociaciones de manera arbitraria o intempestiva, debe resarcir a la persona perjudicada el interés contractual negativo (en este caso, por aplicación del art. 1902 CC).

No obstante, hay que reconocer que el art. 43 CC llega a una solución que armoniza el principio de tutela de la confianza con el de libertad nupcial, el cual quedaría desvirtuado, si la negativa a cumplir la promesa produjera consecuencias patrimoniales tan gravosas, que el promitente se viera constreñido a contraer matrimonio para escapar al pago de una indemnización cuantiosa.

Ello explica la limitación del importe máximo de la indemnización a los conceptos que la propia norma determina (gastos hechos y obligaciones contraídas en atención al matrimonio), cerrando la posibilidad de que el promisorio pueda pedir el resarcimiento de otros daños (al menos, patrimoniales), como, por ejemplo, el consistente en la pérdida del estado civil de casado o de la posibilidad de haberse podido contraer otro matrimonio.

2. Requisitos de la obligación resarcitoria.

La obligación resarcitoria presupone el incumplimiento, sin causa, de una promesa cierta de matrimonio, hecha por un mayor de edad o por un menor emancipado.

a) A nuestro parecer, el carácter cierto de la promesa tiene una doble significación.

De un lado, exige la existencia de un propósito serio de contraer matrimonio en un periodo razonable, sin que sea suficiente una pura relación de noviazgo

entre dos personas, las cuales se representen el futuro matrimonio como una pura hipótesis, pendiente de ulterior concreción. De otro lado, la certeza significa que la promesa debe ser probada, prueba que puede realizarse por cualquiera de los medios admitidos en Derecho⁷.

b) No todo incumplimiento de la promesa de matrimonio origina el nacimiento de la obligación resarcitoria, sino, tan sólo, el incumplimiento de aquella “sin causa”.

En la redacción originaria del art. 43 CC se decía “sin justa causa”, calificativo que desapareció tras la reforma operada por la Ley 30/1981, de 7 de julio.

La locución legal “sin causa” plantea un problema exegético. Desde luego, hay que excluir un criterio interpretativo meramente subjetivo, que identifique la “causa” con los puros móviles internos del sujeto que incumple, pues, si así fuera, el nacimiento de la obligación resarcitoria sería ilusorio.

Creemos que se impone una interpretación objetiva de la locución legal “sin causa”, conforme a la cual hay que excluir la obligación de resarcir, cuando la ruptura sea consecuencia de un cambio sobrevenido de circunstancias (por ejemplo, padecimiento de una enfermedad grave o pérdida del trabajo y, en consecuencia, de la posibilidad de obtener ingresos que permitan mantener una familia) o del conocimiento posterior de una cualidad negativa del otro promitente, que, según los valores generalmente aceptados o imperantes en el ambiente o círculo social al que pertenecen los novios, hagan razonable apartarse del inicial propósito de contraer matrimonio⁸.

c) El art. 43 CC exige que la promesa sea realizada por persona mayor de edad o por menor emancipado.

No es éste un requisito de capacidad, ya que, como se ha dicho antes, la

⁷ La STS 16 diciembre 1996 (RJ 1996, 9020) dedujo la existencia de una promesa cierta de matrimonio de la circunstancia de que se había incoado el oportuno expediente previo y se había fijado un día concreto para la celebración de la boda.

⁸ La SAP Sevilla 30 enero 2001 (JUR 2001, 194405) entendió que, a pesar de que no había quedado probada la ruptura de la promesa matrimonial, el apartamiento de aquella no habría sido arbitrario o injustificado, al exigir la actora como garantía para el matrimonio que el demandado otorgara testamento a su favor. En este sentido, señala la sentencia que “la única posible causa mediata o indirecta de la ruptura que se puede considerar acreditada es una exigencia de la actora extraña al compromiso matrimonial, por lo que sería esta conducta de condicionar el matrimonio al otorgamiento de testamento, imputable exclusivamente a la actora, la que motivó al demandado a apartarse de su celebración”. La SAP Ciudad Real 3 mayo 2005 (JUR 2005, 113247) consideró una agresión a la demandada como causa suficiente para romper la promesa de matrimonio, ya que es claro que “el haber sido víctima de una agresión por parte de quien iba a ser su marido, es causa suficiente, motivada y legítima, para romper la promesa de matrimonio, con lo cual no se da el requisito que exige el art. 43 del CC del incumplimiento sin causa”.

promesa de matrimonio no es un negocio jurídico. Ahora bien, para que el incumplimiento de aquélla pueda dar lugar al reembolso de los gastos efectuados, es necesario que sea capaz de suscitar en quien la recibe la confianza de que se va a cumplir y no parece que pueda suscitar dicha confianza la promesa hecha por quien, por su edad temprana, carece de las condiciones de madurez necesarias como para comprometerse.

3. Legitimación procesal.

En torno a la legitimación para ejercitar la acción de responsabilidad, cabe hacer las siguientes precisiones.

En primer lugar, el art. 43 CC concede legitimación a la parte cuya confianza en la celebración de las nupcias quiebra, como consecuencia de la negativa, sin causa, de la otra, a cumplir la promesa de matrimonio. Sin embargo, la jurisprudencia también concede acción resarcitoria al promitente que incumple la promesa de matrimonio, pero, por una causa imputable al otro, solución ésta, expresamente consagrada por el art. 81 CC italiano, que sujeta a responsabilidad, no sólo al promitente que, sin justo motivo, se niega a cumplir la promesa de matrimonio, sino también al promitente que, con su propia culpa, ha dado justo motivo al otro para negarse a celebrar el matrimonio⁹.

En segundo lugar, la legislación española no contempla que personas distintas a los propios promitentes, como, por ejemplo, los padres y otros familiares de éstos, puedan reclamar el reembolso de los gastos hechos y de las obligaciones contraídas en razón del matrimonio proyectado, lo que no parece excesivamente justo, ya que, en numerosas ocasiones son ellos quienes desprendidamente realizan una serie de gastos que, en principio, debieran ser satisfechos por los promitentes.

En cualquier caso, la SAP Sevilla 8 mayo 2003 (JUR 2003, 267751) admitió la eficacia de la reclamación por parte de los padres de la novia de los gastos efectuados en consideración al matrimonio, señalando que “los padres de Natalia tienen legitimación activa para ejercitar la pretensión procesal, ya que se obligaron de forma solidaria al pago del crédito recibido, junto a su hija y al novio de ésta en el momento de la firma de la escritura pública, y para que el crédito fuese concedido hipotecaron su propia vivienda, donde habitaban”, lo que implica, a juicio del tribunal, que no existía ánimo de lucro en los padres de Natalia, habida cuenta que hipotecan su propia casa para la felicidad de su hija.

Desde luego, queda siempre a salvo la posibilidad de que dichos padres o

⁹ V. en este sentido SAP Almería 24 octubre 1994 (AC 1994, 2380).

familiares puedan hacer valer la ineficacia de las donaciones que hubieran hecho a los promitentes, en razón del matrimonio no celebrado (art. 1342 CC), y, así mismo, podrán, en su caso, acudir a la acción de enriquecimiento cuando se den los requisitos a los que la jurisprudencia subordina su ejercicio¹⁰

4. Los obligados al resarcimiento.

Del art. 43 CC, tal y como resulta de la interpretación que del precepto realiza la jurisprudencia, se deduce que el obligado al resarcimiento es el promitente, que, sin causa, incumple la promesa de matrimonio, así como el que, con su conducta, da motivo razonable a la otra parte para que ésta rehúse la celebración del matrimonio.

Por lo tanto, en virtud del art. 43 CC, no se puede demandar a terceras personas, distintas de los promitentes, el reembolso de desplazamientos patrimoniales realizados a su favor, que tuvieran su causa en el matrimonio proyectado, aunque siempre cabrá la posibilidad de acudir a la doctrina del enriquecimiento injusto para obtener el oportuno resarcimiento¹¹.

5. El daño resarcible.

El art. 43 CC fija, con toda claridad, cuál es el alcance de la obligación resarcitoria, la cual comprende “sólo”, “los gastos hechos y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido”.

La expresión “sólo” indica claramente que estamos ante una norma de carácter restrictivo, que, en aras de la protección de la libertad nupcial, reduce drásticamente el daño resarcible, que queda limitado a los “gastos hechos” y a las “obligaciones contraídas”, que, como expone la STS 16 diciembre 1996 (RJ 1996, 9020), guarden “una relación de causalidad directa” con la promesa de matrimonio.

Parece prudente aplicar la solución del § 1298 *BGB*, que prevé que los daños resarcibles han de ser razonables en atención a las circunstancias, como también el art. 81.I CC italiano, según el cual sólo serán resarcibles aquellos gastos u obligaciones que sean proporcionados a las condiciones de los promitentes.

a) Son gastos indemnizables los hechos en consideración al matrimonio

¹⁰ V. en este sentido SAP Huelva 14 enero 1998 (AC 1998, 2720).

¹¹ V. en este sentido STS 27 marzo 1958 (RJ 1958, 1456).

proyectado, los cuales quedan sin utilidad, dada la negativa del promitente a celebrarlo. Es decir, únicamente se indemnizan aquellos gastos que, de no haber mediado la promesa incumplida, no se habrían realizado. No se indemnizan, en cambio, aquellos otros gastos que, aunque aparezcan vinculados al matrimonio, pudieran tener utilidad con independencia de la celebración de aquél¹².

b) No sólo son indemnizables los gastos hechos, sino también las “obligaciones contraídas en consideración al matrimonio proyectado”. En este sentido la SAP Almería 24 octubre 1994 (AC 1994, 2380) consideró una obligación indemnizable el importe de los intereses del préstamo personal solicitado por la demandada para contribuir al pago del precio del piso donde los litigantes pensaban fijar su domicilio conyugal, el cual era propiedad del demandado. La SAP Badajoz 10 julio 2007 (JUR 2007, 318209) condenó al demandado-apelante, al pago de la cantidad de 10.293'52 euros correspondientes a las obligaciones asumidas por razón del matrimonio, derivadas de la compra de muebles, enseres y una vidriera.

c) Dada la literalidad del art. 43 CC, es claro que ha de excluirse la posibilidad de resarcimiento del lucro cesante, por la pérdida de las ganancias dejadas de obtener como consecuencia de la promesa de matrimonio. Y es que el art. 43 CC se refiere a “gastos hechos y obligaciones contraídas”, no a ganancias dejadas de obtener.

El art. 43 CC sólo contempla la indemnización de los “gastos hechos” y de las “obligaciones contraídas”, debiendo existir un nexo de causalidad preciso entre dichos conceptos y la promesa de matrimonio. Por lo tanto, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos (señaladamente en el alemán, en virtud de lo dispuesto en el § 1298.I *BGB*), el precepto no prevé la indemnización de otros daños patrimoniales indirectos, como puede ser la pérdida de una posición contractual, de un subsidio o de un empleo, por causa del traslado a la localidad donde los promitentes pensaban establecer su

¹² En nuestra jurisprudencia se han considerado indemnizables los gastos originados por los siguientes conceptos: traslado (billetes de avión o tren, así como transporte de efectos propios), compra o reserva del traje de boda y sus complementos (zapatos, pendientes, etc.), reserva de restaurante para el banquete nupcial, reportaje fotográfico, invitaciones de boda, precio fijado para la celebración de la ceremonia civil, compra de enseres, electrodomésticos, elementos de menaje y decoración del futuro hogar, o, por último, compra de la vivienda familiar. V. en este sentido SAP Almería 24 octubre 1994 (AC 1994, 2380), SAP Toledo 3 abril 2000 (AC 2000, 4476), SAP Alicante 2 noviembre 2000 (JUR 2000, 46609), SAP Asturias 15 noviembre 2000 (AC 2000, 2310), SAP Alicante 14 diciembre 2005 (JUR 2008, 140947), SAP Badajoz 10 julio 2007 (JUR 2007, 318209), SAP Valladolid 16 abril 2008 (JUR 2008, 304136), SAP Barcelona 12 junio 2008 (JUR 2008, 317049), SAP Murcia 29 mayo 2009 (JUR 2009, 280024).

domicilio conyugal¹³.

Es evidente que el art. 43 CC no contempla la indemnización del daño moral que pudiera derivar de la ruptura de la promesa de matrimonio para el promitente abandonado¹⁴. No obstante la clara posición de la jurisprudencia española al respecto, que en general compartimos, hay que tener en cuenta que, aunque, en principio el art. 43 CC no contempla la reparación de daños no patrimoniales, hay casos en los cuales el incumplimiento de la promesa, concurriendo ciertas circunstancias, puede ocasionar un daño moral resarcible en virtud del art. 1902 CC o a través del art. 9 de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo (por vulneración del derecho al honor). Piénsese, por ejemplo, en el supuesto en el que el novio no se presenta en el ayuntamiento donde se iba a celebrar la boda o desaparece súbitamente la misma mañana del día de la ceremonia nupcial.

III. LA CAUSACIÓN DOLOSA O NEGLIGENTE DE LA NULIDAD MATRIMONIAL.

Otro supuesto en el que la jurisprudencia aplica, con cautela, el principio de responsabilidad civil es el que tiene lugar cuando uno de los contrayentes causa dolosa o negligentemente la nulidad matrimonial¹⁵.

Existen dos casos típicos en que esto acontece: la nulidad por reserva mental¹⁶ y por error en cualidad personal.

El art. 73.4º CC, redactado por la Ley 30/1981, de 7 de julio, establece como causa de nulidad el error en aquellas cualidades personales del otro contrayente, que “por su entidad, hubieran sido determinantes de la prestación del consentimiento”.

Se trata, pues, de un error que recae sobre cualidades personales del otro contrayente, determinantes de la prestación del consentimiento de quien se equivoca, y de “entidad”, lo que remite a una valoración objetiva que, a nuestro parecer, debe ser realizada con arreglo a un criterio sociológico, teniendo en cuenta el sistema de valores, no sólo de la entera sociedad, sino también el imperante en el círculo social en el que se mueven los contrayentes.

Son varias las sentencias de instancia en las que, además, de declararse la

¹³ V. sin embargo, a este respecto, STS 16 diciembre 1996 (RJ 1996, 9020).

¹⁴ Así lo constata la jurisprudencia. V. en este sentido STS 16 diciembre 1996 (RJ 1996, 9020), SAP Barcelona 17 enero 2000 (AC 2000, 1134) y SAP Toledo 3 abril 2000 (AC 2000, 4476).

¹⁵ V. ya en este sentido STS 21 enero 1957 (RJ 1957, 1133).

¹⁶ V. en este sentido STS 28 noviembre 1985 (J. Civ. 1985, 707).

nulidad de matrimonio por error, se concede una indemnización de daños y perjuicios morales o materiales al demandante, al haber sido causado el vicio del consentimiento por la conducta contraria a la mala fe del otro contrayente, que no le advierte de dicho error.

La SAP Toledo 14 noviembre 2001 (AC 2001, 2509), declaró la nulidad de un matrimonio, al haber prestado el demandante el consentimiento, creyendo equivocadamente que el hijo que esperaba de su futura esposa era suyo, y condenó a la demandada al pago de los gastos de boda.

La SAP Islas Baleares 5 junio 2006 (JUR 2006, 253511), declaró la nulidad de un matrimonio por error, consistente en el desconocimiento, por parte de la mujer, de la orientación homosexual de su marido y condenó a éste al pago de una indemnización de 6.000 euros, que aquélla demandaba por “el grave perjuicio moral y psicológico que le ha producido”.

La SAP Cádiz-Ceuta 4 diciembre 2006 (AC 2007, 1026), declaró la nulidad del matrimonio, por ignorar la demandante que el otro contrayente estaba vinculado por un matrimonio reconocido por las autoridades de la India, condenando a este último al pago de 12.000 euros, en concepto de indemnización.

La SAP Madrid 10 julio 2007 (AC 2007, 1899), condenó al demandado al pago de una indemnización de 30.000 euros, por el daño moral causado a la otra contrayente, a quien había ocultado que, tres años antes de contraer matrimonio, se había sometido a un análisis en el que había dado positivo en el VIH. La declaración de nulidad había sido previamente declarada, según parece, por causa de error, al desconocer la demandante el resultado de dicho análisis. El marido desarrolló la enfermedad un mes después de la celebración del matrimonio y, aunque mantuvo relaciones sexuales con su mujer, ésta no fue contagiada.

IV. EL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES CONYUGALES.

Mucho más discutido es el tema de si es posible el resarcimiento de los daños morales por incumplimiento de los deberes conyugales¹⁷, consagrados en los

¹⁷ Por cuando concierne a la doctrina científica, un número significativo de autores se ha pronunciado a favor del resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de las obligaciones recíprocamente asumidas por los cónyuges. Véanse, en este sentido, GARCÍA CANTERO, G.: “Comentario al art. 67 CC”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dirigidos por M. ALBALADEJO), Edersa, tomo II, arts. 22 a 107 del Código civil, Madrid, 1982, p. 186; *IDEM*, “Comentario al art. 68 CC”, *Ibidem*, pp. 195-196; GETE-ALONSO Y CALERA, M^a. del C.: “Comentario al art. 67 CC”, en *Comentarios a las reformas del derecho de familia*, Tecnos, vol. I, Madrid, 1984, p. 322; LACRUZ BERDEJO, J. L.: “Efectos del

matrimonio”, en LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros: *Elementos de Derecho civil*, IV, *Derecho de familia*, Librería Bosch, 3ª edición, fascículo 1º, Barcelona, 1989, pp. 146-147; *IDEM*, “Comentario al art. 68 CC” (redacción del precepto en la 2ª edición revisada por J. RAMS ALBESA y J. DELGADO ECHEVERRÍA), en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil* (coord. por J. L. LACRUZ BERDEJO), Madrid, Civitas, 2ª edición, 1994, p. 657; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Mª. T.: “Separación y divorcio sin causa. Situación de los daños personales”, *RdP*, 2006-1, nº 16, pp. 154-155; NOVALES ALQUÉZAR, Mª. A.: “Hacia una teoría general de la responsabilidad civil en el Derecho de Familia. El ámbito de las relaciones personales entre los cónyuges”, *RJN*, 2006, nº 60, pp. 201-203 y 207; ROMERO COLOMA, A. Mª.: “El deber de fidelidad conyugal y la responsabilidad civil por su infracción”, *LL*, nº 7646, Sección Doctrina, 7 junio 2011, Año XXXII; y VARGAS ARAVENA, D.: *Daños civiles*, cit., pp. 179-255.

Otros autores se oponen a la posibilidad del resarcimiento del daño moral originado por el incumplimiento de los deberes conyugales.

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

Otros autores son igualmente contrarios a la indemnización de daños morales derivados del incumplimiento de los deberes conyugales, si bien, cuando concurre culpa grave, admiten la reparación de daños morales ocasionados por ilícitos civiles que tienen lugar en otros ámbitos de la familia diversos del matrimonio, como, por ejemplo, en el supuesto de obstaculización de relaciones paterno-filiales e, incluso, en el específico caso del incumplimiento del deber de fidelidad, cuando éste vaya acompañado del ocultamiento de la verdadera paternidad del hijo que el marido creía ser suyo. Véase, en este sentido, RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. Mª.: “Indemnización del daño moral al progenitor por la privación de la relación personal con el hijo (A propósito de la STS de 30 de junio de 2009)”, *ADC*, tomo LXII, fasc. IV, 2009, pp. 1831-1832; *IDEM*, “De nuevo sobre la reparación de los daños en el ámbito del matrimonio (A propósito de la STS de 14 de julio de 2010)”, *LL*, nº 7582, Sección Doctrina, 4 marzo 2011, Año XXXII.

Por último, hay quien admite el resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de las obligaciones conyugales, cuando el mismo se resuelva en la vulneración de un derecho fundamental del otro consorte o de “aquellos principios básicos que identifican el matrimonio en nuestro ordenamiento jurídico”. Tal es la posición de LÓPEZ DE LA CRUZ, L.: “El resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales”, *Indret*, octubre de 2010, pp. 30, 32-35, quien, en particular, se refiere a la posibilidad de indemnizar los comportamientos que afecten a la “dignidad de la persona, la

arts. 67 y 68 CC.

1. Nuestra posición general sobre la cuestión del resarcimiento del daño moral.

A nuestro parecer, es posible el resarcimiento del daño moral por incumplimiento de los deberes conyugales por la vía del art. 1902 CC.

Para que dicha responsabilidad surja no bastará, desde luego, la sola constatación del ilícito civil, sino que, además, será necesario la existencia de un daño moral que deba ser resarcido, el nexo de causalidad entre el incumplimiento y el daño, y el dolo o culpa del infractor¹⁸.

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

El daño resarcible *ex* art. 1902 CC surgirá por la lesión del derecho que tiene cada cónyuge a que el otro cumpla las obligaciones, que, libre y recíprocamente, asumieron al tiempo de contraer el matrimonio, con el fin de desarrollar en él su personalidad¹⁹.

Hay que insistir en que la finalidad de la responsabilidad civil no es sancionar

libertad, el honor, la intimidad o la propia imagen”. Con este argumento, excluye la posibilidad de resarcimiento, en el caso de infidelidad, a no ser que la misma vaya acompañada de la ocultación de la verdadera filiación del hijo aparentemente matrimonial. Afirma, así, que lo que “no debe quedar impune es la conducta desleal de la esposa que de forma dolosa oculta la paternidad originada por la relación extramatrimonial”.

¹⁸ Desde nuestro punto de vista, la indemnización del daño deba discurrir por la vía del art. 1902 CC, y no, por la del art. 1101 CC, ya que las obligaciones conyugales no tienen carácter contractual por la sencilla razón de que el matrimonio no es un contrato, sino un negocio jurídico de Derecho de familia, constitutivo de *status*, del que surge para los cónyuges una plena comunidad de vida (material y espiritual), con los derechos-deberes de convivencia, fidelidad, respeto y socorro mutuo. VARGAS ARAVENA, D.: *Daños civiles*, cit., pp. 234-236, afirma, sin embargo, con argumentos consistentes, que los daños causados por incumplimiento de los deberes personales del matrimonio deben resarcirse a través del art. 1101 y ss. CC, con base 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 que sea su fuente”.

¹⁹ Sobre la valoración y reparación del daño originado en el ámbito de las relaciones familiares, en general, v. SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, M^a. B. y PÉREZ VALLEJO, A. M^a.: *Valoración y reparación*, cit., pp. 209 y ss.

comportamientos ilícitos (aquí, el incumplimiento de los deberes conyugales), sino reparar los daños que éstos ocasionen. En este caso, se tratará de un daño moral, el cual deberá ser probado, por quien lo invoca, por ejemplo, el sentimiento de abandono, ansiedad o baja estima, ocasionado por la violación de los deberes por parte de su cónyuge, o el quebranto emocional sufrido por el varón, que se creía padre de un niño nacido constante el matrimonio, y que no lo es. Se excluyen, pues, los daños patrimoniales, provocados por el divorcio, que deberán encauzarse, en su caso, a través de la prestación compensatoria del art. 97 CC.

b) El criterio general de imputación de responsabilidad civil en Derecho español es la culpa, sin distinción de grados, según resulta del art. 1902 CC.

Sin embargo, con apoyo en los arts. 168 y 1390 CC, autorizada doctrina sostiene que en el ámbito de las relaciones familiares sólo se debe responder por dolo o culpa grave²⁰.

Ahora bien, en realidad, sólo el segundo de dichos preceptos supedita la responsabilidad del infractor (en este caso, la del cónyuge, cuya administración de los bienes gananciales causa daño a la sociedad) a su actuación dolosa. Por el contrario, el art 168.II CC se limita a precisar que “En caso de pérdida o deterioro de los bienes por dolo o culpa grave, responderán los padres de los daños y perjuicios sufridos”.

Este precepto no se puede interpretar sin tener en cuenta que el art. 164.I CC exige a los padres administrar los bienes de los hijos, “con la misma diligencia que los suyos propios”. Por lo tanto, los padres responderán de los daños causados en el patrimonio de los hijos, por administrarlo sin haber desplegado una diligencia regular o media, si éste era el grado de diligencia con el que gestionaban su propio patrimonio. En definitiva, la finalidad del art. 168.II CC es la de hacer responder, en todo caso, a los padres que administran los bienes de los hijos de manera dolosa o gravemente culposa, sin que éstos puedan eximirse alegando que eran igualmente descuidados en la gestión de sus propios asuntos.

Hay que tener en cuenta que una cosa es que la responsabilidad sólo surja por incumplimientos graves o reiterados de los deberes conyugales, lo que nos parece imprescindible en orden a evitar una proliferación de demandas basadas en incumplimientos nimios, y otra cosa, diversa, es que se aplique un criterio subjetivo de atribución de responsabilidad civil, más rígido que el

²⁰ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M^a. T.: “Remedios indemnizatorios en las relaciones conyugales”, en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (coordinador) y otros: *Daños en el Derecho de familia*, “Monografías de la Revista de Derecho Patrimonial”, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 160-161.

ordinario, lo que ya no nos parece correcto²¹.

c) Ha de quedar acreditada la existencia de un nexo de causalidad entre el incumplimiento de los deberes conyugales y el daño moral, cuya reparación se pide²².

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

d) El hecho dañoso no tiene por qué constituir un delito penal, por ejemplo, de lesiones o de abandono de familia; de hecho, si lo fuera, la responsabilidad civil del infractor no se regiría por los arts. 1902 y ss. CC, sino por los arts. 107 y ss. CP, o, en su caso, si se tratase de un delito contra la intimidad o el honor (calumnia o injurias), por el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo.

El hecho dañoso puede ser un mero ilícito civil, consistente en el incumplimiento de los deberes conyugales, que objetivamente ha de ser grave o reiterado, como decía el art. 82.1º CC en su anterior redacción²³.

Esto no significa exigir una culpabilidad reforzada al cónyuge que incumple, sino excluir que los tribunales se vean obligados a conocer de demandas de responsabilidad civil dirigidas a obtener la reparación de daños morales, basadas en la alegación de incumplimientos nimios de las obligaciones conyugales²⁴.

²¹ V. en este sentido SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, M^a. B. y PÉREZ VALLEJO, A. M^a.: *Valoración y reparación*, cit., pp. 98-103.

En el sentido de considerar bastante la culpa como criterio de imputación de la responsabilidad en las relaciones familiares parece orientarse la reciente STS 30 junio 2009 (RJ 2009, 5490), la cual reconoce el resarcimiento por daño moral resultante de haber quedado privado el padre de la posibilidad de relacionarse con la hija, a la cual se hará referencia más adelante, en texto.

²² SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, M^a. B. y PÉREZ VALLEJO, A. M^a.: *Valoración y reparación*, cit., pp. 129 y ss., estudian, con gran detalle, esta materia.

²³ Sobre el tema de los deberes conyugales, en general, puede consultarse NOVALES ALQUÉZAR, M^a. A.: *Las obligaciones personales del matrimonio en el Derecho comparado*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, I y II, Madrid, 2009.

²⁴ Cass. Civ. 10 mayo 2005 (Giur. it., 2006, abril, c. 694) afirma que no deben tomarse en consideración comportamientos de mínima eficacia lesiva, susceptibles de encontrar solución en el interior de la familia, a través del espíritu de comprensión y tolerancia, que es

Los deberes conyugales son las obligaciones recíprocas contempladas en los arts. 67 y 68 CC, que constituyen la causa del negocio jurídico matrimonial²⁵, esto es, las de convivencia, respeto, asistencia y fidelidad.

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

La constitucionalidad de esta disposición²⁶ suscita dudas, en la medida en que supone una injerencia pública en un ámbito íntimo de la persona, como es el de la libre decisión de los cónyuges acerca de la asignación y distribución de las tareas domésticas, lo que, además, parece estar en contradicción con el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad, el cual implica el reconocimiento, como principio general inspirador del ordenamiento jurídico, de la autonomía de la persona para elegir entre las diversas opciones vitales, de acuerdo con sus propios intereses y preferencias²⁷.

Este intervencionismo estatal, calificado como “una norma de pedagogía social”²⁸, que pretende imponer a los cónyuges un modelo de organización de las tareas domésticas, basado en la igualdad (aunque expresamente no se

parte del deber de recíproca asistencia, sino únicamente aquellas conductas, que por su intrínseca gravedad, sean agresiones a derechos fundamentales de la persona.

²⁵ Como constata CARRIÓN OLMOS, S.: “Reflexiones de urgencia en torno a las Leyes 13 y 15/2005, por las que se modifica el Código civil en materia de separación y divorcio y derecho a contraer matrimonio”, *LL*, 19 de julio de 2005, p. 3.

²⁶ CARRIÓN OLMOS, S.: “Separación y divorcio tras la Ley 15/2005, de 8 de julio”, en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (coordinador) y otros: *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia de 2005*, “Colección Monografías Aranzadi”, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p. 180, juzga esta disposición “quizá no del todo afortunada, al menos, por cuanto a su ubicación se refiere”.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, *Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, Tecnos, 10ª edición, Madrid, 2006, p. 93, consideran que se trata de “un precepto difícil de integrar en el sistema legal, pues utiliza frases muy generales, susceptibles de todas las interpretaciones posibles”. SERRANO GÓMEZ, E.: “Efectos del matrimonio”, en SERRANO ALONSO, E. y otros: *El nuevo matrimonio civil. Estudio de las leyes 13/2005, de 1 de julio, y 15/2005, de 8 de julio, de Reforma del Código Civil. Con formularios*, Edisofer, Madrid, 2005, p. 70, entiende que “esta referencia ‘a compartir las responsabilidades domésticas’, se trata de una concesión legal del legislador a determinados movimientos feministas”.

²⁷ Tiene razón PARADISO, M.: *I rapporti personali tra coniugi*, en *Il codice civile. Commentario* (dir. Pietro SCHLESINGER), artículos 143 a 148, Giuffrè, Milano, 1990, p. 6, cuando habla de la necesidad de individualizar en los deberes conyugales el contenido mínimo para garantizar la identidad sustancial del matrimonio, respetando, al mismo tiempo, la legítima diferenciación de las diversas realidades familiares.

²⁸ ATIENZA NAVARRO, M^a. L.: “La incidencia de las reformas de 2005 en materia de efectos personales del matrimonio”, en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (coordinador) y otros: *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia de 2005*, “Colección Monografías Aranzadi”, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 160-161, p. 153.

utilice esta palabra), resulta paradójico²⁹, si se tiene en cuenta que, precisamente, el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad es el hilo conductor de la reforma introducida por la Ley 15/2005, al establecer como causa de separación y disolución del matrimonio la mera voluntad de los cónyuges, así como también lo es de la reforma operada por la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se admite el matrimonio entre personas del mismo sexo.

A nuestro entender, una vez proclamado en el art. 66 CC, que “El marido y la mujer son iguales en derechos y deberes”, proclamación seguramente necesaria al tiempo de promulgarse la Ley 30/1981, dados los antecedentes históricos de sumisión de la mujer al marido (que, por supuesto, no son exclusivos de nuestro Derecho), el Estado no tiene por qué predeterminar legalmente la distribución de las funciones que cada uno de los cónyuges asumirá en el matrimonio, sino que debe respetar los acuerdos a los que ambos lleguen libremente a este respecto, por ejemplo, que uno de ellos se dedique a las labores del hogar y el otro trabaje fuera de casa, opción, que, desde un punto de vista constitucional, es tan perfectamente legítima, como aquella en la que se pacta una distribución por igual de las tareas domésticas³⁰.

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

Al inicio de este epígrafe decíamos que la cuestión del resarcimiento del daño moral por incumplimiento de los deberes conyugales era discutible. No obstante, hay que tener en cuenta que las discusiones no se plantean por igual en todos los casos. Es, así, indudable el resarcimiento del daño moral provocado por el incumplimiento de un deber conyugal, si éste provoca una lesión de un derecho fundamental, en particular, si tiene carácter delictivo (por ejemplo, una vulneración del derecho al respeto mutuo, que da lugar a un delito contra los derechos al honor, a la intimidad o a la propia imagen). En realidad, el supuesto que ha hecho correr ríos de tinta en la doctrina española es el de la infidelidad.

En este breve estudio, una vez expuesta nuestra posición general sobre el

²⁹ ATIENZA NAVARRO, M^a. L.: “La incidencia”, cit., p. 156; y MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M^a. T.: “Remedios indemnizatorios”, cit., p. 157, llaman la atención sobre este punto.

³⁰ LACRUZ BERDEJO, J. L.: “Efectos del matrimonio”, cit., p. 135, afirma, así, “la necesidad de respetar, junto al ‘libre desarrollo’, las bases sobre las cuales establecieron libremente los cónyuges la vida familiar”.

tema, nos centraremos en dos casos que creemos ilustran bien la práctica jurisprudencial española: en primer lugar, el del incumplimiento del deber de respeto, que origina una intromisión ilegítima en el derecho fundamental a la intimidad del otro cónyuge; y, en segundo lugar, el del incumplimiento del deber de fidelidad.

2. La lesión del derecho fundamental a la intimidad.

En España, en la práctica de los Tribunales no son infrecuentes los procesos por lesión del derecho a la intimidad de uno de los cónyuges, procedente de una intromisión ilegítima del otro consorte.

Sin embargo, se trata de una tema poco tratado por los tribunales civiles, porque, por razones puramente procesales, existe una tendencia a encauzar este tipo de intromisiones hacia la vía penal, concretamente, a través del delito de descubrimiento y revelación de secretos, regulado en el art. 197 CP, solicitándose, en su caso, en dicha vía el resarcimiento pertinente.

La mayoría de las causas se tramitan por el tipo básico del art. 197.1 CP. Conforme a dicho precepto, “El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses”.

La jurisprudencia observa que nos encontramos ante un delito de intención, que requiere un especial elemento subjetivo, consistente en apoderarse de efectos personales, interceptar las comunicaciones o utilizar artificios técnicos, con la finalidad precisa de “descubrir secretos o vulnerar la intimidad del otro”³¹, delito que se consuma con el mero apoderamiento, interceptación o utilización del aparato, cualificado por dicha finalidad, sin que sea necesario, que, como consecuencia de ello, se descubran datos secretos o íntimos de la víctima³².

³¹ V. en este sentido STS (Sala 2ª) 20 junio 2003 (RJ 2003, 4359) y STS 21 marzo 2007 (RJ 2007, 2244), AAP Huesca 21 septiembre 2001 (JUR 2001, 291866), SAP Barcelona 22 noviembre 2006 (JUR 2007, 181899), AAP Barcelona 18 enero 2008 (JUR 2008, 106746), SAP Barcelona 17 enero 2011 (JUR 2011, 149292) y SAP Toledo 22 marzo 2011 (JUR 2011, 178595).

³² V. en este sentido STS (Sala 2ª) 20 junio 2003 (RJ 2003, 4359) y STS 30 abril 2007 (RJ 2007, 3724), SAP Barcelona 22 noviembre 2006 (JUR 2007, 181899), AAP Barcelona 18

En no pocos casos, el infractor pretende apoderarse de documentos para poder aportarlos en juicio (por ejemplo, cartas en que consta el importe de nóminas³³ o pensiones³⁴, o declaraciones de renta³⁵) y, así, probar la capacidad económica del otro cónyuge en orden a fijar la cuantía de una pensión compensatoria o de alimentos. La jurisprudencia ha declarado reiteradamente que este propósito de servirse de los documentos personales en procesos familiares no exime de responsabilidad penal a quien comete el delito.

En este sentido se pronuncia, por ejemplo, la STS (Sala 2ª) 21 marzo 2007 (RJ 2007, 2244), que confirmó la condena del marido (si bien apreciando la atenuante analógica del art. 21.6 en relación con el art. 23.1 CP) a una pena de prisión y multa de seis meses.

El acusado compró un ordenador y lo instaló en su casa, introduciendo su nombre de usuario y su propia contraseña. Posteriormente, observó que las facturas mensuales de la compañía telefónica se incrementaban notablemente, porque se estaba disparando el consumo de internet. Con el fin de averiguar quién utilizaba su ordenador, adquirió un programa para monitorizar la actividad informática y de internet desde una ubicación alejada, de modo que, cada 30 minutos, volcaba copia de todas las comunicaciones telemáticas realizadas a través de su ordenador particular en la cuenta de correo del ordenador que utilizaba en su oficina. Al comprobar que la usuaria era su mujer, que ésta entraba en chats como casados/infieles, en los que se mantenían conversaciones de contenido sexual, y que, además, tenía un amante, procedió a apoderarse de varios correos electrónicos, que posteriormente aportó en un juicio de separación, ante la angustia y el temor a perder la custodia de su hija de tres años y de que ésta se educara en un ambiente inadecuado.

El Tribunal Supremo considera que no puede considerarse ilícita “la acción consistente en la instalación de un programa que permite conocer los movimientos u operaciones realizados desde un determinado ordenador [...] pues parece claro que el propietario del ordenador puede instalar un programa que le permita verificar el uso que se da a ese instrumento, cuando sospecha razonablemente que está siendo utilizado de forma no autorizada”.

enero 2008 (JUR 2008, 106746), SAP Albacete 27 octubre 2009 (ARP 2010, 40) y SAP Toledo 22 marzo 2011 (JUR 2011, 178595).

³³ V. en este sentido SAP Huesca 26 noviembre 2009 (JUR 2010, 315775).

³⁴ V. en este sentido STS (Sala 2ª) 23 octubre 2000 (RJ 2000, 8791) y SAP Huesca 26 noviembre 2009 (JUR 2010, 315715).

³⁵ V. en este sentido SAP Madrid 10 septiembre 2010 (JUR 2011, 25821), si bien quien se apodera de la declaración de la renta no es el cónyuge, sino el conviviente de hecho, con el fin de utilizarla en un juicio civil para pedir una pensión compensatoria para ella y una pensión de alimentos para el hijo común de la pareja.

Por el contrario, sí considera ilícita la conducta del recurrente “consistente en apoderarse del contenido de las conversaciones y comunicaciones privadas de su esposa, una vez que había comprobado que era ella quien utilizaba el citado ordenador para comunicarse con terceros. La cuestión no permite albergar duda alguna una vez que el recurrente conoció el contenido del primero de los correos, pues desde ese momento pudo tener, y sin duda tuvo, la seguridad de que se trataba de comunicaciones íntimas de su esposa, que afectaban al ámbito de su intimidad más estricta, a las que no podría pretender tener acceso legítimamente aun cuando se realizaran desde su ordenador personal, a pesar de lo cual continuó apoderándose de las dichas comunicaciones”³⁶.

Además del tipo delictivo básico del art. 197.1 CP, hay que considerar el tipo cualificado del art. 197.4 CP, según el cual “Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores”³⁷.

Sin embargo, la jurisprudencia considera que no se da la conducta típica contemplada en el art. 197.4 CP, cuando uno de los cónyuges se limita a poner a disposición del Tribunal un dato secreto o un aspecto íntimo en el marco de un juicio de carácter familiar; y ello, aunque dichos extremos hayan sido indebidamente descubiertos, mediante un apoderamiento, interceptación o utilización de artefactos técnicos, penalmente ilícitos y, por tanto, subsumibles en el tipo básico del art. 197.1 CP. Es, así, usual afirmar que en estos casos falta el “dolo de divulgación, al tratarse de un procedimiento de publicidad restringida a las propias partes, a sus letrados y a los profesionales que integran el órgano judicial”³⁸.

No obstante lo dicho, esto es, que la mayoría de los casos de vulneración de intimidad en el ámbito de las relaciones conyugales se encauzan a través del art. 197.1 CP, nada impide acudir a la vía civil, en particular, cuando se trate de intromisiones ilegítimas que no constituyan un ilícito penal; y, en cualquier paso, las normas que regulan el resarcimiento del daño moral por vulneración del derecho a la intimidad son las mismas, con independencia de que se trate de un ilícito penal o civil, esto es, las contenidas en el art. 9 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

³⁶ V. en el mismo sentido SAP Valencia 4 junio 2002 (JUR 2002, 231802), SAP Huesca 26 noviembre 2009 (JUR 2010, 315775) y SAP Madrid 10 septiembre 2010 (JUR 2011, 25821).

³⁷ El art. 197.4 CP tiene un segundo párrafo, cuyo tenor es el siguiente: “Será castigado con las penas de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses, el que, con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta descrita en el párrafo anterior”.

³⁸ V. en este sentido SAP Madrid 11 mayo 2001 (JUR 2001, 198207), SAP Madrid 25 mayo 2005 (ARP 2005, 321) y SAP Barcelona 22 noviembre 2006 (JUR 2007, 181899).

En cualquier caso, es obvio que no toda intromisión en la intimidad del otro cónyuge, entendida ésta en el sentido estricto del término que se ha expuesto, es ilegítima.

A este respecto, nos parece oportuno realizar dos precisiones.

En primer lugar, serán legítimas las intromisiones que hayan sido consentidas por el cónyuge que las sufre, quien, de este modo, estaría ejercitando la facultad positiva que forma parte del contenido del derecho fundamental de la intimidad, la cual consiste –como explica la jurisprudencia constitucional– “en un poder jurídico sobre la publicidad de la información relativa al círculo reservado de su persona”.

Téngase en cuenta que el art. 197.1 CP sanciona, exclusivamente, las intromisiones ilegítimas en la intimidad ajena realizadas sin el consentimiento de la víctima, pues, de mediar, dicho consentimiento constituirá una causa de exclusión de la tipicidad, por lo que no habrá delito alguno.

No cabe, sin embargo, que un cónyuge realice una renuncia general a su derecho a la intimidad en favor del otro, ya que, como resulta del art. 1.3 LO 1/1982, se trata de un derecho indisponible. Pero sí es posible, que, como prevé el artículo 2.2 LO 1/1982, un cónyuge consienta “expresamente” un acto de intromisión en su intimidad, por ejemplo, que se le grabe desnudo o que se abra la correspondencia que llegue al domicilio conyugal.

Este consentimiento, aunque sea expresión de un acto de autonomía de la persona, no puede ser considerado como fuente de una obligación contractual, sino que opera como causa de exclusión de la ilegitimidad de una intromisión, que, de no darse dicho consentimiento, sería antijurídica y, en consecuencia, generaría una obligación de resarcir el daño moral causado.

El consentimiento, según el art. 2.2 LO 1/1982, ha de ser “expreso”. Por lo tanto, el hecho de que un cónyuge consienta una vez en que el otro le fotografíe desnudo no significa que le autorice para volver a hacerlo posteriormente; y ese consentimiento para captar una imagen no significa, necesariamente, autorización para publicarla, por ejemplo, colgándola en una página de internet.

La SAP Barcelona 17 enero 2011 (JUR 2011, 149292) condenó a una mujer separada de hecho por delito de descubrimiento de secretos del 197.1 CP, por haberse apoderado de correspondencia que, con consentimiento del marido, le era remitida a éste al antiguo domicilio conyugal, donde, además, compartía con la acusada una estancia que ambos usaban como despacho y en la que se guardaban documentos de uno y de otro.

Afirma la Audiencia que “yerra la apelante cuando mantiene que existía entre los todavía cónyuges una esfera de intimidad familiar que, tácitamente, autorizaba a la esposa a acceder a la información que recibía su marido en el domicilio, pues el hecho de que siguiera constando la dirección [del antiguo domicilio conyugal] en el correo a él dirigido o que siguiera habiendo en la vivienda un despacho común para ambos, no permiten inferir, como se pretende en el recurso, que se le permitía [a la mujer] tácitamente, acceder a la información dirigida al marido”.

En segundo lugar, en orden a determinar el carácter legítimo o ilegítimo de la intromisión, no puede dejarse de valorar el comportamiento de la víctima.

El derecho a la intimidad, ciertamente, se proyecta sobre una realidad objetiva, esto es, el “ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás”, necesario “para mantener una calidad mínima de la vida humana”.

Ahora bien, la protección de la intimidad de cada cual tiene un aspecto relativo, que depende de la propia voluntad, exteriorizada no sólo por el consentimiento expreso a concretos actos de intromisión, sino también por los propios actos, esto es, por conductas libres, que, de hecho, permiten que terceros conozcan aspectos de la vida personal o familiar sobre los que, en principio, se tiene un derecho de reserva.

Es, por ello, que, como dice el art. 2.1 LO 1/1982, la protección de la intimidad debe realizarse, teniendo en cuenta el ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia. Este precepto, en nuestra opinión, es una aplicación de la doctrina de los propios actos a la protección del derecho a la intimidad³⁹.

A nuestro entender, la previsión de la norma es correcta, si se le da una interpretación adecuada y proporcionada, que no cuestione el poder jurídico que el derecho a la intimidad atribuye sobre la publicidad de la información relativa al círculo reservado de la persona y de su familia. Creemos que debe entenderse en el sentido de que, cuando una persona hace público cierto aspecto de su intimidad, por ejemplo, divulgándolo en un programa de televisión o en un círculo significativo de personas, éste, objetivamente, deja de formar parte de su “ámbito, propio y reservado”; si se nos permite la expresión, “ya no cabe marcha atrás”, porque ha perdido el poder de control sobre el mismo; y, de ahí, que no pueda lamentarse de que lo que voluntariamente ha divulgado sea después reproducido o comentado en otros medios de comunicación. Como tiene dicho el Tribunal Constitucional en fallos constantes “a cada persona corresponde acotar el ámbito de su

³⁹ V. en este sentido VIDAL MARTÍNEZ, J.: *El derecho a la intimidad en la Ley Orgánica de 5-5-1982*, Montecorvo, Madrid, 1984, p. 72.

intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno”.

La SAP Madrid 7 diciembre 2005 (ARP 2006, 70) ilustra esta idea, al absolver del delito de descubrimiento y revelación de secretos a la mujer que había aportado a un procedimiento de separación unas fotos y grabaciones, tomadas del ordenador usado por ambos cónyuges en el domicilio conyugal, el cual no tenía ninguna clave de acceso. La acusada declaró que había descubierto las fotos, en las que su marido aparecía con otra mujer, cuando iba a imprimir una foto del hijo común y en el mismo fichero donde se encontraban tales fotos del hijo común y de su familia, no creyendo que tuviera que pedir permiso a nadie para coger dichas fotos.

La Audiencia estimó especialmente significativa la conducta del marido denunciante, considerando “acreditado que en los específicos círculos familiares, de amistad y profesionales permitió y facilitó la divulgación de aspectos de su vida personal y privada que luego intenta achacar a la acusada. Por un lado [...] difundió la noticia de su relación extramatrimonial entre sus hermanos y entre sus cuñados, quienes posteriormente la propagaron a otras personas del círculo familiar, tanto del esposo como de la esposa, hasta el punto de exhibir el supuesto perjudicado, cuatro meses antes de la definitiva ruptura matrimonial, un CD con fotos de la mujer con la que mantenía relaciones, que dejó en casa de un cuñado. Además, el socio [...] declara que conocía tales relaciones”. Dice la Audiencia que “Ningún ánimo de conocer o de descubrir secretos se aprecia en la conducta de la acusada 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 [...] 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 [su marido], puesto que este último lo había abierto a un amplio círculo de familiares y de amigos”.

El art. 7 LO 1/1982 recoge un elenco no cerrado de conductas que dan lugar a una intromisión ilegítima en los derechos de la personalidad. Concretamente, afectan al derecho a la intimidad las conductas descritas en el art. 7.1 y 3.

Con apoyo en dichos preceptos y en la práctica jurisprudencial, analizaremos una serie de supuestos típicos de intromisión en el derecho a la intimidad del otro cónyuge, realizados con vulneración del deber de respeto mutuo.

a) El art. 7.1 LO 1/1982 considera intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad “El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de

filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas”; ello, lógicamente, sin el consentimiento de la víctima.

El bien jurídico que se quiere proteger aquí es el derecho a la intimidad, siendo la imagen o la voz el medio a través del cual se produce la intromisión; y ello, sin perjuicio de que, en estos supuestos, se pueda originar, además, una vulneración en dichos bienes de la personalidad.

A diferencia de lo que establece el art. 197.1 CP, el cual para la existencia de un delito de descubrimiento de secretos exige que se utilicen los artificios técnicos, el art. 7.1 LO considera un ilícito civil el mero emplazamiento de los mismos; y es por ello que, producida la conducta típica, debe reconocerse a las personas afectadas el derecho a hacer cesar la intromisión (es lo que se denomina tutela inhibitoria).

Utilizando el tenor del art. 9.2 LO 1/1982, de 5 de mayo, se trata de una medida básica “para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones ulteriores”.

La acción de cesación pretende impedir la persistencia de la vulneración del derecho de la personalidad producida por el hecho ilícito (en nuestro caso, el emplazamiento de los artificios técnicos). En ocasiones, esta acción será bastante para la defensa del derecho a la imagen del ofendido, pero en otras muchas no, en cuyo caso procederá la reparación del daño moral subsiguiente a la intromisión, daño moral que el art. 9.3 LO presume.

El 9.3 LO 1/1982 afirma, así, que “La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima”.

La razón de ser de esta presunción, que se aparta de la regla general de la responsabilidad civil, según la cual quien reclama el resarcimiento de un daño debe probarlo, estriba en el hecho de que estamos ante un tipo de daños, que, por su subjetividad, es difícil demostrar, por lo que establecer la carga de la prueba sobre el ofendido supondría dificultar extraordinariamente la posibilidad de obtener el resarcimiento.

La STS (Sala 2^o) 14 mayo 2001 (RJ 2001, 2719) condenó al marido, el cual había grabado conversaciones íntimas mantenidas por su mujer desde el teléfono del dormitorio, con el fin de averiguar si le era infiel, y posteriormente las divulgó en el círculo de los familiares y amigos. Así mismo, la STS (Sala 2^a) 20 junio 2003 (RJ 2003, 4359) condenó a la mujer, que había encargado a dos detectives que colocaran unos aparatos para interceptar y grabar las conversaciones mantenidas por su marido desde el

teléfono instalado en el despacho del colegio que ella dirigía y en donde él trabajaba; así mismo, le condenó a pagar, en concepto de responsabilidad civil, 1.000.000 de pesetas a su cónyuge (solidariamente con su secretaria, cómplice de la misma).

b) El art. 7.3 LO 1/1982 considera una intromisión ilegítima “la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo”, por ejemplo, correos electrónicos intercambiados por uno de los cónyuges con un tercero.

También hay que considerar un ilícito civil el mero apoderamiento o interceptación de dichos escritos personales, lo que posibilitaría una acción de cesación de esa conducta ilícita, así como la restitución de los mismos, sin perjuicio, en su caso, de la posible acción para obtener el resarcimiento del daño moral originado por el conocimiento, por parte del infractor, de los datos íntimos o de su revelación a terceros.

Normalmente, como ya se ha dicho, la mayoría de los casos se han dado en la jurisprudencia penal y versan sobre apoderamiento de cartas o de correos electrónicos.

La SAP Valencia 4 junio 2002 (JUR 2002, 231802) condenó a la pena de prisión de un año (y de pago de multa) al marido que, aprovechando un momento de ausencia de su mujer, se había apoderado de diversos documentos guardados en una carpeta; entre ellos, cartas de carácter personal, que posteriormente aportó a un proceso matrimonial con el propósito de probar su infidelidad.

Así mismo, la SAP Albacete 21 noviembre 2002 (ARP 2002, 855), en un supuesto semejante, condenó al acusado a la misma pena, además de al pago de una indemnización de 900 euros por daño moral, afirmando que resultaba “inadmisible la alegación del recurrente de que, por tratarse de su esposa [...] está exento de la obligación constitucional de respetar el bien jurídico protegido de su cónyuge, bajo la excusa de cerciorarse y alegar pruebas de la infidelidad” del mismo.

Cada vez es más frecuente que la intromisión ilegítima se lleve a cabo mediante la interceptación y apoderamiento de correos electrónicos⁴⁰.

A este respecto es ilustrativa la SAP Albacete 27 octubre 2009 (ARP 2010, 40), que condenó al acusado a la pena de prisión de un año (y pago de multa), si bien la intromisión enjuiciada no se produjo en el seno de un matrimonio, sino en el de una unión de hecho rota. Observa la Audiencia que el varón “aprovechando la confianza que propicia la convivencia y como represalia

⁴⁰ V. en este sentido, por ejemplo, SAP Jaén 12 mayo 2011 (ARP 2011, 1004).

por la ruptura no asumida se apropió de datos íntimos y personales” de su antigua compañera sentimental, en concreto, de su clave de correo electrónico que tenía anotada en una libreta, modificándola para bloquear su acceso; y, haciéndose pasar por ella, cambió su presentación por la siguiente frase visible para todos sus contactos: “Soy una gran puta y lo sabéis todos y todas y no tengo compasión por nadie me follo a quien más meta la pata pero soy una perra”. Así mismo, colgó dos fotos de ella, semidesnuda, y otra, con su silueta completamente desnuda. De todo ello deduce que incurrió en el delito sancionado en el art. 197.1 CP, “vulnerando su intimidad y vejándola e injuriándola”.

c) La captación o difusión de imágenes de desnudos del otro cónyuge, sin su consentimiento, constituyen una intromisión en su derecho a la intimidad en su dimensión corporal.

En algunas ocasiones, se ha dado el caso de que personas que mantuvieron una relación conyugal o de análoga relación de afectividad, una vez rota ésta, por deseo de venganza, difunden a través de la red fotografías en las que el otro aparece desnudo.

Es evidente que este comportamiento es una intromisión ilegítima en los derechos a la intimidad y a la propia imagen de la víctima, pues, el consentimiento para captar una imagen no significa, necesariamente, autorización para difundirla, pues, a tenor del art. 2.1 LO, el consentimiento ha de ser expreso para cada concreto acto de intromisión (captar y difundir una imagen son conductas diversas).

La SAP Asturias 1 septiembre 2010 (ARP 2010, 1177) condenó a la pena de un año de prisión y a pagar a su mujer 6.000 euros en concepto de daño moral. Observa la Audiencia que el acusado puso al alcance de la página de internet, denominada *sexo-casero.com*, bajo el título “Paula la golfa de Oviedo”, tres fotografías de la denunciante, sin su permiso, en dos de las cuales aparecía con los pechos descubiertos y en una tercera sin ropa, lo que “motivó la recepción por su parte de diversas llamadas telefónicas con la intención de conectar con ella”.

d) Es evidente que sobre cada cónyuge pesa la prohibición de divulgar entre terceros aspectos de la vida íntima del otro, de los que tenga conocimiento por razón de la convivencia o de la relación de confianza que se establece entre los cónyuges, así como de los que afecten a la vida íntima de la familia.

Es más, parece que el deber de sigilo respecto de datos de la intimidad del otro cónyuge, conocidos como consecuencia de confidencias o de la convivencia, persiste tras la disolución del matrimonio.

Es ilustrativo el caso contemplado por la SAP Gerona 18 marzo 2004 (AC 2004, 709). En el origen del proceso se halla la publicación de un libro, titulado “Hasta la libertad”, en el que el autor, en clave autobiográfica narraba sus experiencias vitales y su personal visión de la situación carcelaria española. En algunas de sus páginas se contenían referencias a la demandante, desde su primera toma de contacto hasta su ruptura, pasando por su matrimonio. La Audiencia consideró probado que en el libro se revelaron detalles de la vida privada de la demandante que constituyen atentados a su intimidad; se descubrieron aspectos de su salud; se divulgó el contenido de cartas y se narraron encuentros íntimos de ambos. Concluye: “No importa si se trata de informaciones ciertas o no; lo importante es constatar que mientras que nada en las alegaciones de las partes permite inducir que la demandante había traficado con su intimidad o con su imagen, y en consecuencia no hay motivos para afirmar que sus derechos han quedado debilitados como consecuencia de su propia actuación, el demandado sí que divulga extremos que objetivamente carecen de interés público. Para describir la vida en la cárcel o denunciar el sistema penitenciario (si es eso lo que pretendía), no hace falta entrar en pormenores de un ‘vis a vis’ ni dar noticia de las relaciones personales pasadas de la demandante”.

3. El supuesto de la infidelidad.

El deber de fidelidad es el que ha suscitado mayor controversia en nuestra doctrina, habiendo sido contemplado en diversos fallos, en los que dicho incumplimiento ha ido acompañado de la ocultación de la verdadera filiación paterna del hijo del matrimonio.

La cuestión ha ido siendo abordada por la jurisprudencia de manera diversa, existiendo tres importantes sentencias del Tribunal Supremo en esta materia.

De ellas, la más conocida es la STS 30 julio 1999 (RJ 1999, 5726), la cual negó, tajantemente, que la infracción del deber de fidelidad constituyera un ilícito civil susceptible de dar lugar a un supuesto de responsabilidad civil. En su fundamento jurídico tercero, a propósito de una demanda de reparación del daño moral sufrido por el marido por la infidelidad de la mujer, que tuvo dos hijos de un amante durante el matrimonio, se afirma que “el quebrantamiento de los deberes conyugales especificados en los artículos 67 y 68 del Código Civil son merecedores de innegable reproche ético-social”; más adelante, añade que “no cabe comprender su exigibilidad dentro del precepto genérico del artículo 1001, por más que se estimen como contractuales tales deberes en razón de la propia naturaleza del matrimonio, pues lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la

convivencia matrimonial, obligaría a indemnizar”.

En definitiva, el argumento en el que se basa el fallo es el de que los deberes conyugales tienen un carácter puramente ético o moral, es decir, no son una obligación jurídica en sentido estricto, por lo que su falta de cumplimiento no da lugar a un daño resarcible.

Este planteamiento nos parece incorrecto. 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 tienen que asumirlos, al tiempo de prestar su consentimiento, ya que, en caso contrario, el matrimonio sería nulo: la exclusión de los deberes conyugales constituye, en puridad, la exclusión de la causa del negocio jurídico matrimonial y, de ahí, la relevancia de la simulación y de la reserva mental como causas de invalidez del matrimonio (art. 73.1 CC).

La supresión, como causa de separación, del incumplimiento de los deberes conyugales, operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, no es argumento para negar la juridicidad⁴¹ de los deberes conyugales, pues esta nueva orientación legal se explica en un planteamiento general, de eliminación de todas las causas de separación o divorcio, distintas de la mera voluntad de los cónyuges de seguir conviviendo.

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

⁴¹ V. en este sentido RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M^a.: “De nuevo sobre la reparación”, cit., quien considera que “La razón de tan profunda modificación legal no radica seguramente tanto en una pérdida absoluta del carácter jurídico de los deberes conyugales como en que el legislador ha buscado reconocer una mayor trascendencia a la voluntad de una persona de no seguir vinculada a su cónyuge, en virtud del respeto al libre desarrollo de la personalidad del art. 10 CE de 1978”.

Actualmente se establece como única causa de separación o divorcio la voluntad de ambos cónyuges o de uno sólo de ellos, con tal de que ésta se manifieste, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio, plazo, que no es necesario que se cumpla, cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad o indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio, según resulta de la actual redacción del art. 86 CC.

Se ha admitido, pues, no sólo el divorcio por mutuo consentimiento, sino el divorcio por mera voluntad de uno sólo de los cónyuges, el cual podrá imponer al otro su decisión de disolver el matrimonio, en cualquier momento, sin necesidad de acreditar ninguna situación objetiva de cese efectivo de la convivencia.

En la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005 se justifica esta nueva regulación del divorcio en el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad y en la idea de que cuando una persona ha llegado a la convicción de que su matrimonio ya no es cauce de desarrollo de su personalidad, se le debe permitir acudir al divorcio de manera inmediata, afirmándose en ella que “el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna”.

Contra lo que a veces se afirma, creemos que la sentencia a la que nos estamos refiriendo, no creó jurisprudencia, porque la anterior STS 22 julio 1999 (RJ 1999, 5721), esto es, la segunda de las existentes en la materia que nos ocupa, aunque resolvió un caso semejante a aquélla, no contenía la misma *ratio decidendi*.

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

El Tribunal Supremo no estimó el recurso interpuesto por quien se había creído padre sin serlo, pero no fundamentó su fallo en la afirmación de que el incumplimiento de los deberes conyugales no puede dar lugar a una reparación de daños y perjuicios, como, en cambio, haría la posterior sentencia de 30 de julio, sino en la consideración de que no habían quedado acreditados los hechos aducidos por el demandante y recurrente, esto es, que

la mujer había sabido y ocultado la filiación extramatrimonial del hijo. Por otro lado, parece que en este supuesto no podía alegarse la infidelidad de la mujer, cuando el propio demandante había incurrido en la misma conducta, ya que la sentencia canónica de separación tuvo como causa sus sevicias y adulterio.

A nuestro parecer, la tesis sustentada por la STS 30 julio 1999 es errónea, porque la obligación de fidelidad, que tiene evidente conexión con la de respeto mutuo, es un auténtico deber jurídico.

Es verdad que el adulterio fue despenalizado por la Ley de 28 de mayo de 1978, pero una cosa es que se suprima la tutela penal de la obligación de fidelidad (lo que es razonable, en atención al carácter subsidiario y de último remedio que ha de tener el Derecho penal) y otra cosa, muy distinta, es que se le prive de tutela civil, a través del art. 1902 CC.

La más reciente STS 14 julio 2010 (RJ 2010, 5152), tercera de las sentencias del alto Tribunal sobre la materia, es especialmente importante en la materia, tanto por lo que dice como, sobre todo, por lo que no dice. El actor y recurrente solicitaba, entre otros conceptos, una indemnización de 100.000 euros por daño moral derivado del deterioro de su fama y honor por el conocimiento de la infidelidad de su ex esposa y la pérdida del vínculo con su hija.

El Tribunal Supremo, confirmando la sentencia recurrida, desestima el recurso, pero no por razones de fondo. De hecho, a diferencia de lo que había declarado la STS 30 julio 1999 en ningún momento, excluye la posibilidad de resarcimiento del daño moral provocado por el incumplimiento de la obligación de fidelidad, sino que decide el caso por entender prescrita la acción ejercitada.

A nuestro parecer, la infidelidad, siempre que no sea recíproca, puede dar lugar a un daño moral resarcible, tal y como está empezando a admitir la jurisprudencia española de instancia, que ha estimado diversas pretensiones de resarcimiento por daño moral por incumplimiento del deber de fidelidad.

En los fallos existe una línea argumental que se repite, que es la de considerar que, en sí mismo, el incumplimiento de la obligación de fidelidad (a diferencia de lo que nosotros sostenemos) no puede dar a un daño moral resarcible, sino que tiene que ir acompañado de un elemento que, de algún modo, lo cualifique, elemento referido (según los fallos), bien a la exigencia de un criterio de culpabilidad reforzado (dolo), bien a la concurrencia de otro acto ilícito concomitante (señaladamente, el ocultamiento de la paternidad biológica del hijo que el marido cree erróneamente cree ser suyo), o bien a circunstancias que permitan calificar como grave el incumplimiento del deber

conyugal.

a) La cualificación de la infidelidad basada en la exigencia de dolo como criterio de imputación de responsabilidad está presente en la resolución pionera en la materia, esto es, en la SAP Valencia 2 noviembre 2004 (AC 2004, 1994), que entendió de una demanda de resarcimiento del daño moral resultante del incumplimiento del deber de fidelidad, condenando solidariamente a su reparación, tanto al cónyuge infiel, como a su amante habitual.

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

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

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

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

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

No obstante, la jurisprudencia de instancia posterior parece haber ido orientándose en el sentido de considerar indemnizable, no el daño moral

producido por la infidelidad, sino el originado por la pérdida del vínculo de paternidad del marido con quien creía ser su hijo, exigiendo, además, tal y como hace la sentencia expuesta, el dolo como criterio de imputación de responsabilidad (ocultación maliciosa de la paternidad biológica⁴²).

b) Hay fallos que, si bien también afirman que la mera infidelidad no puede dar lugar a un daño moral resarcible, rechazan que deba requerirse el comportamiento doloso del infractor, pero sí la concurrencia de otro ilícito civil, junto al mero comportamiento infiel (señaladamente el ocultamiento, que puede ser puramente negligente, de la falta de paternidad del marido respecto del hijo que creía suyo).

La SAP Barcelona 16 enero 2007 (JUR 2007, 323682) no exige, así, el dolo como criterio de imputación de la responsabilidad extracontractual. En este sentido, entiende la Audiencia que “la culpa o negligencia a que se refiere el artículo 1.902 del Código Civil constituye un concepto más amplio que el dolo o intención maliciosa. Puede afirmarse que la Sra. María Luisa 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 tiempo de su concepción y debió adoptar las medidas tendentes a su veraz determinación”.

Esta negligencia se ve acentuada por el hecho de que el embarazo se produjo tras diecisiete años de matrimonio, durante los cuales no quedó embarazada pese a los tratamientos seguidos a tal efecto, y que durante la época de la concepción mantuvo relaciones sexuales con el verdadero padre, con lo que debía haberse planteado la posibilidad de que el padre de la niña no fuera su marido.

En conclusión, afirma la Audiencia que “La omisión en la adopción de dichas medidas debe calificarse como un comportamiento o conducta negligente a los efectos de lo dispuesto en el artículo 1.902 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 paternidad y el resultado producido cual es la extinción de la relación paterno-filial”.

Esta sentencia merece ser destacada, porque, tras situar la cuestión litigiosa en su exacto ámbito, esto es, en el de la responsabilidad civil extracontractual, entiende, a nuestro parecer, correctamente, que el criterio de imputación de responsabilidad no tiene por qué ser el dolo, sino que, conforme a la regla general del art. 1902 CC, basta la mera culpa o negligencia del autor del

⁴² V. en este sentido SAP León 2 enero 2007 (JUR 2007, 59972), SAP Valencia 5 septiembre 2007 (JUR 2007, 340366) y SAP León 30 enero 2009 (JUR 2009, 192431).

hecho dañoso.

c) Otra línea jurisprudencial es la que sostiene una cualificación de la infidelidad por la gravedad del incumplimiento.

Especialmente interesante nos parece la SAP Cádiz 3 abril 2008 (JUR 2008, 234675), que, sin duda, se aproxima más a los postulados que mantenemos, en el sentido de considerar la fidelidad como un deber jurídico indemnizable *per se* y de no exigir el dolo para fundamentar un fallo condenatorio por daño moral derivado de ser otro el padre del hijo que el actor creía suyo.

El supuesto es análogo a los anteriores: la esposa del actor había mantenido relaciones sexuales con un compañero de trabajo, de las que nacería una niña que se inscribió como hija matrimonial. La sentencia recurrida consideró que no había existido dolo en el ocultamiento por parte de la demandada, al no quedar acreditado que ésta tuviera pleno conocimiento de que su hija no fuera de quien por entonces era su esposo, por lo que no procedía la indemnización por daño moral instada. Asimismo, dicha sentencia entendió que el quebrantamiento de los deberes conyugales carece de sanción específica, fuera del hecho de ser considerados como causas de separación matrimonial.

La Audiencia rechaza, de manera clara, que deba exigirse un criterio imputación de responsabilidad basada en el dolo, sino que refiere la gravedad, exclusivamente, al incumplimiento del deber conyugal.

Respecto de la cuestión del resarcimiento del daño moral proveniente de la infidelidad, expone que las obligaciones conyugales no constituyen “deberes naturales relacionados con la ética personal de cada uno de los contrayentes, sino deberes jurídicos por muy peculiares que puedan ser”, por lo que nada puede oponerse al resarcimiento por la infidelidad, ya que “quien contrae matrimonio adquiere la legítima expectativa a que su cónyuge lleve a efecto los compromisos que adquirió al prestar su consentimiento y debe tener derecho a obtener una indemnización si el incumplimiento cualificado de aquéllos le ha causado un daño. Ello debería legitimar las acciones indemnizatorias que entable cualquiera de los cónyuges por la infidelidad del otro si acredita que con ello se le ha causado un daño moral o económico apreciable, fuera del padecimiento psicológico ordinario que sigue a cualquier ruptura de pareja”.

Por tanto, según esta sentencia, cualquier infidelidad cualificada por su gravedad que cause un daño moral puede dar lugar al resarcimiento (sin necesidad de que vaya acompañada de un ocultamiento doloso o negligente de la verdadera filiación del hijo).

Estamos de acuerdo en esta idea, pero la cuestión es determinar cuándo una infidelidad puede ser considerada grave.

En su lugar, hemos expuesto que no cualquier incumplimiento de los deberes conyugales puede dar lugar al resarcimiento de un daño moral, sino que el mismo ha de ser grave o reiterado.

Sin embargo, a nuestro entender, el hecho de que uno de los cónyuges mantenga una relación sexual con un tercero es, en sí mismo, un incumplimiento grave de la obligación de fidelidad, que puede dar lugar a un daño moral resarcible en quien ve truncada la confianza en que su consorte respetaría el compromiso jurídico de exclusividad sexual, libremente asumido al casarse.

Cuestión distinta es que el daño moral pueda demostrarse más fácilmente cuando la infidelidad va acompañada de circunstancias que hacen presumir el daño moral o la mayor extensión del mismo, por vulnerarse simultáneamente otros deberes conyugales, como el de convivencia, asistencia o respeto mutuo.

Ya hemos hecho referencia al supuesto, planteado en varias ocasiones en nuestros Tribunales, de que la infidelidad va unida a un ocultamiento doloso o negligente de la verdadera paternidad, en cuyo caso, al impacto emocional sufrido al constatar la infidelidad del otro cónyuge, hay que añadir el ocasionado por la pérdida del vínculo biológico con el que creía ser su hijo. Pero cabe pensar en otros supuestos, por ejemplo, la infidelidad unida al abandono del hogar familiar, a la falta de asistencia del otro consorte o a un comportamiento socialmente humillante para la víctima.

V. OBSTACULIZACIÓN DE LAS RELACIONES DEL OTRO PROGENITOR CON LOS HIJOS COMUNES.

Por último, nos referiremos a la cuestión del resarcimiento del daño moral originado por una intromisión ilegítima en las relaciones familiares, que no procede de las administraciones públicas, sino del otro progenitor⁴³.

⁴³ El tema ha sido estudiado con detenimiento en la doctrina argentina por KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.: “Daños y perjuicios causados al progenitor por la obstaculización del derecho a tener una adecuada comunicación con un hijo. Una interesante sentencia italiana”, *Revista de Derecho de Daños* (Buenos Aires), núm. 2, 2001, pp. 285 y ss., la cual, aunque de manera prudente, se manifiesta en favor del resarcimiento del daño moral, cuando concurren los requisitos de la responsabilidad civil extracontractual, precisando la autora que la dificultad de probar su existencia no debe conducir a la improcedencia de la reparación (p. 303).

El resarcimiento exige, sin duda, una injerencia de los poderes del Estado, concretamente, del poder judicial en un ámbito, respecto del cual, tradicionalmente, la responsabilidad civil ha sido una institución extraña, lo cual encontraba sentido en el marco de una familia de tipo patriarcal, donde el padre y marido ostentaba la jefatura de la misma, por lo que la injerencia del Estado en ella era mínima. Sin embargo, como ya se ha dicho, la familia evoluciona y, progresivamente, los jueces empiezan a intervenir para garantizar la efectividad de los derechos y la protección de los intereses legítimos de las personas que la forman. Pero, para ello, han de vencerse ciertos prejuicios, entre otros, el apriorismo conceptual de considerar que las normas de Derecho de familia constituyen un sistema cerrado y completo, que excluye la posibilidad de acudir a normas generales, en este caso, las del Código civil en materia de responsabilidad civil extracontractual⁴⁴.

En la jurisprudencia española hay diversos fallos en los que se admite un resarcimiento de daño moral derivado de un comportamiento del otro progenitor, calificado como ilícito penal, por desobediencia de la resolución judicial que fija el régimen de visitas⁴⁵.

Pero hay también resoluciones que abordan la cuestión del resarcimiento del daño moral por obstaculización de las relaciones paterno-filiales desde un punto de vista estrictamente civil, entre las que destaca la importante STS 30 junio 2009 (RJ 2009, 5490), que podemos calificar de innovadora.

Si no nos equivocamos, se trata de la primera sentencia del Tribunal Supremo en la que, revocándose la dictada por la Audiencia, se reconoce la indemnización del daño moral sufrido por el padre, a quien la madre había impedido la relación personal con el hijo reconocido y a quien el Juzgado competente había atribuido la guarda y custodia del mismo.

Se trata, pues, de una resolución puntera en el campo de la responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares, máxime, cuando en la jurisprudencia de instancia, como acabamos de relatar, se había negado la indemnización de este tipo de daño moral.

En el caso litigioso el padre había demandado a la madre, con quien había mantenido una relación sentimental, de la que nació un hijo, que posteriormente reconoció, así como a la Iglesia de la Cienciología, en la que

⁴⁴ Así, MARTÍN-CASALS, M. y RIBOT, J.: “Damages in family matters in Spain: exploring uncharted new land or backsliding”, en *The International Survey of Family Law*, 2010, p. 351, consideran que los conflictos en materia de Derecho de familia deben resolverse conforme a las específicas normas dictadas al efecto, excluyendo la posibilidad de acudir a las reglas generales de responsabilidad civil.

⁴⁵ Éste es el caso de la SAP Tarragona 27 octubre 2008 (JUR 2009, 78516) o de la SAP Zaragoza 26 mayo 2009 (JUR 2009, 280762).

la madre había ingresado después de tener el niño, a quien se llevó a Estados Unidos, sin permitir que el demandante tuviera relaciones con él, a pesar de existir resoluciones de Tribunales españoles, que le habían atribuido la guarda y custodia del menor, las cuales no pudieron ser ejecutadas en América.

El Tribunal Supremo no condena a la Iglesia de la Cienciología, por no haberse probado la influencia que la misma pudiera haber ejercido en la decisión de la madre “y para proteger el principio de libertad religiosa recogido en el art 16 CE”; y porque “Además, no puede serles atribuida ninguna acción u omisión dirigida a impedir las relaciones entre padre e hijo”.

Pero sí condena a la madre, constatando que “efectuó un acto contrario a derecho en un doble sentido, en primer lugar, impidiendo que el menor [...] pudiese relacionarse con su padre, vulnerando así el artículo 160 CC, y en segundo lugar, oponiéndose a la ejecución de la sentencia que otorgaba la guarda y custodia del hijo a su padre, que conocía perfectamente [...] Por tanto, conociendo el contenido de las diversas sentencias que ella misma recurrió, debe considerarse que hubo una acción deliberada dirigida a cometer un acto consistente en impedir las relaciones paterno-filiales”.

Respecto del daño moral reclamado afirma que “El problema de las relaciones entre los progenitores separados en orden a la facilitación de los tratos de quien no convive con los hijos cuya guarda y custodia ha sido atribuida al otro progenitor presenta problemas complejos hasta el punto de que en diversas reuniones internacionales se ha venido manteniendo el principio de sanción al progenitor incumplidor para proteger no sólo el interés del menor, sino el de quien no convive con el hijo”.

En cualquier caso, acaba reconociendo la posibilidad de su resarcimiento. Dice, así, que “El daño existe en este caso y no consiste únicamente en la imposibilidad de ejercicio de la patria potestad y del derecho de guarda y custodia, porque en este caso sólo podría ser reclamado por el menor afectado por el alejamiento impuesto por el progenitor que impide las relaciones con el otro, sino que consiste en la imposibilidad de un progenitor de tener relaciones con el hijo por impedirlo quien se encuentra de hecho a cargo del menor”; y, más adelante: “En consecuencia de lo dicho, hay que concluir que el daño a indemnizar en este caso es exclusivamente el daño moral ocasionado por quien impide el ejercicio de la guarda y custodia atribuida al otro en una decisión judicial e impide las relaciones con el otro progenitor y ello con independencia de que se pueda, al mismo tiempo y de forma independiente, ejercitar las acciones penales por desobediencia”.

La sentencia, pues, constituye un importante avance en orden a romper el “prejuicio”, al que nos hemos referido, consistente en considerar que las

normas de derecho de familia constituyen un sistema cerrado, que no permite la aplicación de normas o principios generales tendentes al resarcimiento, “prejuicio” éste, que carece de fundamento legal y que aparece contradicho en esta resolución judicial.

Por cuanto se refiere al concreto tema de la valoración del daño moral, el demandante había solicitado 35.000.000 de pesetas (5.000.000 de pesetas por cada año de imposibilidad de relacionarse con el menor). El Tribunal Supremo afirma que, teniendo en cuenta que el padre no había reclamado los daños materiales que le pudieran haber ocasionado los procedimientos iniciados durante los años siguientes a la desaparición del hijo menor, “considera adecuada⁴⁶ la cantidad de 60.000 euros, teniendo en cuenta, además, que el daño es irreversible”⁴⁷.

BIBLIOGRAFÍA

ATIENZA NAVARRO, M^a. L.: “La incidencia de las reformas de 2005 en materia de efectos personales del matrimonio”, en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (coordinador) y otros: *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia de 2005*, “Colección Monografías Aranzadi”, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

BADOSA COLL, F.: “Comentario a los arts. 42-43 CC”, en *Comentarios a las reformas del derecho de familia*, Tecnos, vol. I, Madrid, 1984.

BOSQUES HERNÁNDEZ, G. J.: “Comentario a la STS de 30 de junio de 2009”, *CCJC*, núm. 83/2010.

⁴⁶ MARÍN GARCÍA, J.: “Comentario a la STS de 30 de junio de 2009”, *CCJC*, núm. 84/2010, p. 1390, afirma, a este respecto, que “El Tribunal Supremo renuncia a cercenar la discrecionalidad judicial en la cuantificación del daño moral, pues es fiel a la convicción de que esta categoría de perjuicio no puede cuantificarse de acuerdo con pautas objetivas”.

⁴⁷ La cuestión de la valoración del daño moral es problemática. Así, GONZÁLEZ BEILFUSS, C., y NAVARRO MICHEL, M.: “Sustracción internacional de menores y responsabilidad civil (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009)”, *RJC*, núm. 3-2010, p. 817, afirman que “Traducir la obligación de indemnizar el daño moral a términos económicos no es fácil por carecer de parámetros objetivos”, añadiendo que “No es fácil fijar la compensación económica por el sufrimiento, la angustia, la inquietud, la frustración, categorías éstas englobadas en el daño moral, y el margen de discrecionalidad del juzgador es muy amplio”; asimismo, ROMERO COLOMA, A. M^a.: “Indemnizaciones entre cónyuges y su problemática jurídica”, *RCDI*, núm. 715, pp. 2448-2449, entiende que “Evidentemente, no se puede valorar, desde el punto de vista pecuniario, ese dolor, pero sí se puede reparar, en cierta medida, y dentro de los límites de la razonabilidad, a través de una indemnización que ha de ser fijada, cuantitativamente, por el Juez” y que “No es posible expresar en una suma de dinero el grado de sufrimiento, por lo que podría afirmarse que el daño moral no es resarcible pecuniariamente”.

CARBONE, E.: “Réquiem per un’immunità: violazione dei doveri coniugali e responsabilità civile”, *Giur. it.*, 2006, abril.

CARRIÓN OLMOS, S.:

- “Promesa de matrimonio y resarcimiento de daños”, en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (coordinador) y otros: *Daños en el Derecho de familia*, “Monografías de la Revista de Derecho Patrimonial”, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

- “Reflexiones de urgencia en torno a las Leyes 13 y 15/2005, por las que se modifica el Código civil en materia de separación y divorcio y derecho a contraer matrimonio”, *LL*, 19 de julio de 2005.

- “Separación y divorcio tras la Ley 15/2005, de 8 de julio”, en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (coordinador) y otros: *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia de 2005*, “Colección Monografías Aranzadi”, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (coordinador) y otros: *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*, “Monografías de la Revista de Derecho Patrimonial”, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2012.

DELGADO ECHEVERRÍA, J.: “Comentario al art. 43 CC”, en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil* (coord. por J. L. LACRUZ BERDEJO), Civitas, 2ª edición, Madrid, 1994.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, *Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, Tecnos, 10ª edición, Madrid, 2006.

FERRER RIBA, J.: “Relaciones familiares y límites del derecho de daños”, *InDret*, octubre de 2001.

GARCÍA CANTERO, G.: “Comentario al art. 67 CC”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dirigidos por M. ALBALADEJO), Edersa, tomo II, arts. 22 a 107 del Código civil, Madrid, 1982.

GETE-ALONSO Y CALERA, Mª. del C.: “Comentario al art. 67 CC”, en *Comentarios a las reformas del derecho de familia*, Tecnos, vol. I, Madrid, 1984.

GONZÁLEZ BEILFUSS, C., y NAVARRO MICHEL, M.: “Sustracción internacional de menores y responsabilidad civil (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009)”, *RJC*, núm. 3-2010.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.: “Daños y perjuicios causados al progenitor por la obstaculización del derecho a tener una adecuada comunicación con un hijo. Una interesante sentencia italiana”, *Revista de Derecho de Daños*

(Buenos Aires), núm. 2, 2001.

LACRUZ BERDEJO, J. L.:

- “Comentario al art. 68 CC” (redacción del precepto en la 2ª edición revisada por J. RAMS ALBESA y J. DELGADO ECHEVERRÍA), en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil* (coord. por J. L. LACRUZ BERDEJO), Madrid, Civitas, 2ª edición, 1994.

- “Efectos del matrimonio”, en LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros: *Elementos de Derecho civil*, IV, *Derecho de familia*, Librería Bosch, 3ª edición, fascículo 1º, Barcelona, 1989.

LÓPEZ DE LA CRUZ, L.: “El resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales”, *Indret*, octubre de 2010.

MARÍN GARCÍA, J.: “Comentario a la STS de 30 de junio de 2009”, *CCJC*, núm. 84/2010.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Mª. T.:

- “Remedios indemnizatorios en las relaciones conyugales”, en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (coordinador) y otros: *Daños en el Derecho de familia*, “Monografías de la Revista de Derecho Patrimonial”, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

- “Separación y divorcio sin causa. Situación de los daños personales”, *RdP*, 2006-1, nº 16.

MARTÍN-CASALS, M. y RIBOT, J.: “Damages in family matters in Spain: exploring uncharted new land or backsliding”, en *The International Survey of Family Law*, 2010.

NOVALES ALQUÉZAR, Mª. A.:

- “Hacia una teoría general de la responsabilidad civil en el Derecho de Familia. El ámbito de las relaciones personales entre los cónyuges”, *RJN*, 2006, nº 60.

- *Las obligaciones personales del matrimonio en el Derecho comparado*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, I y II, Madrid, 2009.

ORTEGA PARDO: “La ruptura de los esponsales en el derecho español vigente”, *RGLJ*, tomo IX (177 de la colección), junio de 1946.

PARADISO, M.: *I rapporti personali tra coniugi*, en *Il codice civile. Commentario* (dir. Pietro SCHLESINGER), artículos 143 a 148, Giuffrè, Milano, 1990.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M^a.:

- “De nuevo sobre la reparación de los daños en el ámbito del matrimonio (A propósito de la STS de 14 de julio de 2010)”, *LL*, nº 7582, Sección Doctrina, 4 marzo 2011, Año XXXII.
- “Indemnización del daño moral al progenitor por la privación de la relación personal con el hijo (A propósito de la STS de 30 de junio de 2009)”, *ADC*, tomo LXII, fasc. IV, 2009.

ROMERO COLOMA, A. M^a.:

- “El deber de fidelidad conyugal y la responsabilidad civil por su infracción”, *LL*, nº 7646, Sección Doctrina, 7 junio 2011, Año XXXII.
- “Indemnizaciones entre cónyuges y su problemática jurídica”, *RCDI*, núm. 715.

SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, M^a. B. y PÉREZ VALLEJO, A. M^a.: *Valoración y reparación de daños entre familiares. Fundamentos para su reclamación*, Comares, Granada, 2012.

SERRANO GÓMEZ, E.: “Efectos del matrimonio”, en SERRANO ALONSO, E. y otros: *El nuevo matrimonio civil. Estudio de las leyes 13/2005, de 1as leyes 13/2005, de 1 de julio, y 15/2005, de 8 de julio, de Reforma del Código Civil. Con formularios*, Edisofer, Madrid, 2005.

VARGAS ARAVENA, D.: *Daños civiles en el matrimonio*, La Ley, Madrid, 2009.

VIDAL MARTÍNEZ, J.: *El derecho a la intimidad en la Ley Orgánica de 5-5-1982*, Montecorvo, Madrid, 1984.