

RESPONSABILIDAD POR DAÑO MORAL EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DE FAMILIA *

PERSONAL INJURY LIABILITY IN THE FIELD OF FAMILY LAW

José Ramón de Verda y Beamonte **

RESUMEN: El artículo trata sobre el ingreso de la responsabilidad civil en el derecho de familia. Menciona algunas de las principales situaciones que pueden dar lugar a una obligación de compensar. Trata de la responsabilidad por ruptura de la promesa del matrimonio; de la causación dolosa o negligente de la nulidad matrimonial; incumplimiento de los deberes matrimoniales y de las expectativas justas que surgen del matrimonio; la obstaculización indebida de las relaciones entre un progenitor y sus hijos comunes. El artículo investiga cuestiones como la legitimación procesal y requisitos de responsabilidad como el nexo de causalidad y el daño indemnizable en cada una de las situaciones expuestas, con énfasis en el derecho español.

Palabras-clave: daño; responsabilidad civil; promesa de matrimonio; nulidad matrimonial; deberes conyugales; convivencia filial.

ABSTRACT: The article deals with the entry of civil liability in family law. Mentions some of the main situations that may give rise to an obligation to compensate. It deals with liability for breach of the promise of marriage; of the intentional or negligent causation of marital annulment; failure to fulfill marital duties and the just expectations arising from marriage; the undue obstruction of relations between a parent and his or her common children. The article investigates issues such as procedural legitimacy and liability requirements such as the causal link and compensable damage in each of the situations presented, with emphasis on Spanish law.

Keywords: damage; civil liability; promise of marriage; marriage annulment; conjugal duties; filial coexistence.

SUMARIO: CONSIDERACIONES PRELIMINARES. I. LA RUPTURA DE LA PROMESA DE MATRIMONIO. 1. Fundamento de la obligación resarcitoria. A) La teoría contractual.- B) La teoría del hecho jurídico. C) Recapitulación y toma de posesión. 2. Requisitos de la obligación resarcitoria.- 3. Legitimación procesal. 4. Los obligados al resarcimiento.- 5. El daño resarcible. II. LA CAUSACIÓN DOLOSA O NEGLIGENTE DE LA NULIDAD MATRIMONIAL. 1. Casos típicos (reserva mental y error doloso en cualidad personal). 2. El fundamento jurídico del resarcimiento: el ámbito de aplicación de los arts. 98 y 1902 CC. 3. La culpa como criterio de imputación de responsabilidad por el daño *in contrahendo*. III. EL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES CONYUGALES. 1. Mi posición general sobre la cuestión del resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales.- 2. Presupuestos de la responsabilidad. A) El daño moral resarcible. B) La culpa como criterio de imputación de la responsabilidad. C) El nexo de causalidad. D) El hecho dañoso.- 3. La lesión del derecho fundamental a la intimidad. A) El delito de descubrimiento y revelación de secretos. B) Supuestos de intromisión ilegítima. a) El emplazamiento 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. b) La revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo. c) La captación o difusión de imágenes de desnudos del otro cónyuge.- d) La prohibición de divulgar entre terceros aspectos de la vida íntima del otro cónyuge.- 4. El supuesto de la infidelidad. IV. OBSTACULIZACIÓN DE LAS RELACIONES DEL OTRO PROGENITOR CON LOS HIJOS COMUNES. Referencias.

* Este texto contempla excertos do próprio autor que foram publicados anteriormente em outros trabalhos, não se tratando de texto inédito.

** Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Valencia (España), Presidente del Instituto de Derecho Iberoamericano (IDIBE), Director de la Revista Boliviana de Derecho y de Actualidad Jurídica Iberoamericana. E-mail: j.ramon.de-verda@uv.es / ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8669-3474>

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.

En la jurisprudencia italiana⁴, se ha observado que se asiste a un tránsito de la “familia institución” a la “familia comunidad”, configurada, no ya, como un lugar de compresión y mortificación de derechos irrenunciables, sino como sede de autorrealización y desarrollo personal, marcada por el recíproco respeto e inmune a cualquier distinción de roles, en cuyo ámbito sus componentes conservan sus connotaciones esenciales y reciben reconocimiento y tutela, antes que como cónyuges, como personas. Y se 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, afirmado, así, 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”⁵.

¹ Señala G. J.: Bosques Hernández: “Comentario a la STS de 30 de junio de 2009”, *CCJC*, nº 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 E. Carbone: “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 D. Vargas Aravena: *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, n. 9801, *Gur. it.*, 2006, abril, c. 693.

⁵ ATC 156/1987, de 11 de febrero de 1987 (RTC 1987, 156 AUTO). 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 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 me 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.⁶

I. LA RUPTURA DE LA PROMESA DE MATRIMONIO

La jurisprudencia ha revitalizado un precepto que parecía muerto. Nos referimos al art. 43 CC⁷.

⁶ Para una visión de conjunto sobre el tema, con importantes aportaciones sobre la materia, puede verse *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares* (coord. J.R. De Verda y Beamonte), “Monografías de la Revista de Derecho Patrimonial”, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2012; así como M.^a B. Sainz-Cantero Caparrós y A. M.^a Pérez Vallejo: *Valoración y reparación de daños entre familiares. Fundamentos para su reclamación*, Comares, Granada, 2012.

⁷ En la doctrina científica española existen importantes aportaciones sobre la promesa de matrimonio. 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

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”⁸. Añadiendo, además, que “No se admitirá a trámite la demanda en que se pretenda su cumplimiento”.

La norma está dirigida a la tutela de la libertad nupcial de los contrayentes, garantizando que la constitución de una familia fundada en el matrimonio, sólo tendrá lugar en virtud de un acto de voluntad concurrente en el momento de su celebración. La institución del matrimonio está animada por el principio fundamental de absoluta libertad de los individuos, tanto respecto del *an* como respecto del *quando*: plena libertad de dar vida a una familia fundada sobre el matrimonio, plena libertad (hasta la perfección del acto) para decidir no contraerlo.

La libertad matrimonial exige que ninguna persona deba asumir el estado civil de casado y los radicales efectos jurídicos, personales y patrimoniales, que conlleva contra su voluntad. Quien contrae matrimonio debe ser plenamente consciente del acto que realiza y consentir con entera libertad en todas las consecuencias jurídicas que de dicho acto derivan. La naturaleza misma del matrimonio exige la espontaneidad y la libertad del querer y, por ello, no puede obligarse a una persona a celebrar un matrimonio, por el mero hecho de haberse comprometido a contraerlo. Es, hasta el último momento, un acto de la persona, enteramente libre e incoercible⁹.

No obstante, el art. 43 CC 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

de julio, F. Badosa Coll: “Comentario a los arts. 42-43 CC”, en *Comentarios a las reformas del derecho de familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 99-117; J. Delgado Echeverría: “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), 2ª ed., Civitas, Madrid, 1994, pp. 45-59; Id.: “Comentario al art. 43 CC”, *ibi*, pp. 45-59; y, más recientemente, S. Carrión Olmos, S.: “Promesa de matrimonio y resarcimiento de daños”, en *Daños en el Derecho de familia* (coord. J.R. De Verda y Beamonte), “Monografías de la Revista de Derecho Patrimonial”, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 117-146; Vargas Aravena, D.: *Daños civiles*, cit., pp. 47-95; como también De Verda y Beamonte, J. R. y Chaparro Matamoros, P.: “Responsabilidad civil por incumplimiento de la promesa de matrimonio”, en *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares* (coord. J.R. De Verda y Beamonte), “Monografías de la Revista de Derecho Patrimonial”, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 211-296, con extensas referencias de Derecho Comparado.

⁸ Esto implica que cualquier pacto entre los contrayentes que contuviera disposiciones que rigiesen los efectos del incumplimiento de la promesa de matrimonio sería nulo de pleno derecho. La SAP Cantabria 19 abril 2005 (AC 2005, 1833) desestimó, así, las pretensiones de la demandante, quien presentó un pacto elevado a escritura pública en el que se establecía que las consecuencias en caso de incumplimiento de la promesa de matrimonio consistían en abonar el demandado a la demandante la suma de 36.000 euros.

⁹ La norma contenida en el art. 42 CC es fruto de una larga evolución histórica, pues, en nuestro Derecho Histórico la promesa de matrimonio (los denominados esponsales) producían obligación de contraerlo (*cf.* Part. 4, l, 3), debiendo esperarse hasta la promulgación de la Ley de Matrimonio Civil Obligatorio de 1870 para ver legalmente proclamado, en su art. 3, el principio, según el cual no producirá “obligación civil la promesa de futuro matrimonio cualquiera que sea forma y solemnidades con que se otorgue, ni las cláusulas penales ni cualesquiera otras que en ella se estipulen”.

El mismo principio, de la irrelevancia jurídica de la promesa de matrimonio, pasará al art. 43 CC (actual art. 42), cuya redacción originaria, anterior a la dada (al actual art. 43 CC) por la Ley 30/1981, de 7 de julio, decía que “Los esponsales de futuro no producen obligación de contraer matrimonio”. En este precepto, a diferencia de lo que acontecía en el art. 3 de la Ley de Matrimonio Civil Obligatorio de 1870, expresamente, no se negaba eficacia a las cláusulas penales pactadas para el supuesto de la no celebración del matrimonio, aunque su ineficacia fue defendida por la doctrina, con apoyo en el principio general del Derecho, de la libertad nupcial y en la idea de que, careciendo de eficacia la obligación de contraer matrimonio, no podía tenerla la obligación accesoria, de pagar lo que se hubiere pactado, para el supuesto de su no celebración.

consideración al matrimonio prometido”; añade, además, que “Esta acción caducará al año contado desde el día de la negativa a la celebración del matrimonio”¹⁰; y esta previsión no es peculiaridad del Derecho español, pues es posible encontrar una solución, más o menos semejante, en la mayoría de los Derechos de nuestro entorno (§§ 1297 a 1302 *BGB*, §§ 45 y 46 *ABGB*, arts. 90 a 93 *ZGB*, arts. 79-81 CCI) o, en su defecto, una previsión de la jurisprudencia en este sentido¹¹.

1. Fundamento de la obligación resarcitoria

Esta aparente contradicción, que, como se ha dicho, no es específica de nuestro ordenamiento jurídico, ha hecho correr ríos de tinta sobre la naturaleza jurídica de la promesa de matrimonio y sobre el fundamento de la obligación resarcitoria en el caso de incumplimiento de la misma.

La discusión fue particularmente importante en la doctrina científica alemana¹², en la que en torno a esta cuestión existen, básicamente, dos teorías: de un lado, la que afirma que la promesa es un negocio jurídico (*Vertragstheorie*); y, de otro, la que lo niega, afirmando que se trata de un mero hecho, que, en unión con otras circunstancias, es susceptible de producir efectos jurídicos (*Tatsächlichkeitstheorie*)¹³.

¹⁰ La SAP Guadalajara 10 abril 2014 (*Tol* 4265223) constata que, siendo el plazo de caducidad, no resulta interrumpido por la existencia de dos burofaxes, en los que la novia reclama al novio que rompió la promesa el resarcimiento de los gastos de preparación de la boda.

¹¹ Si comparamos otros códigos civiles europeos con el francés en materia de promesa de matrimonio, lo primero que llama la atención es el silencio de este último sobre la materia, lo cual es significativo porque en el *Ancien Droit* los esponsales eran regulados, siendo considerados un verdadero contrato. Después de publicado el *Code*, la jurisprudencia francesa, desde tiempos bien tempranos, negó la validez del contrato de *fiançailles*, por considerarlo contrario al principio de libertad matrimonial, admitiendo, sin embargo, la reparación de los daños que la ruptura culpable de la promesa produjera a quien había confiado en ella, a través del art. 1382 del *Code* (correspondiente al art. 1902 CC español). Esta orientación jurisprudencial quedó fijada en dos célebres “arrêts”, esto es, Ch. Civ. 30 mayo 1838 (S. 1838, pp. 492-494.) y Ch. Civ. 11 junio 1838 (S. 1838, pp. 494-497), y se ha mantenido invariable en la jurisprudencia francesa, llegando hasta nuestros días, siendo compartida por la práctica totalidad de los autores galos, que niegan la validez de la promesa de matrimonio, pero admiten que su ruptura pueda dar lugar a una reparación de daños y perjuicios por la vía de la responsabilidad civil extracontractual, mediando los requisitos a los que se supedita ésta. *Cfr.*, así, en la jurisprudencia de la Corte de Casación: Ch. Req. 24 marzo 1845 (D. 1845, pp. 177-178), Ch. Req. 16 enero 1877 (D. 1877, pp. 84-88), Ch. Req. 12 noviembre 1901 (D. 1901, pp. 46-47), Ch. Civ. 2 marzo 1926 (D. 1927, p. 67-68), Ch. Req. 23 junio 1938 (G.P. 1938, II, p. 586), Ch. Civ. 10 mayo 1943 (D. 1943, pp. 10-11), Ch. Civ. 3 julio 1944 (D. 1945, pp. 81-82), Ch. Civ. 2ª 16 marzo 1955 (D. 1955, 324), Ch. Civ. 1ª 4 enero 1995 (D. 1995, p. 251).

¹² El § 1297 *BGB* dispone, en su párrafo primero, que la promesa de matrimonio no produce acción para demandar su celebración, declarando, en su párrafo segundo, la nulidad de las penas pactadas, para el supuesto de que éste no tuviera lugar. Hay, pues, que resaltar que la norma no declara la nulidad de la promesa de matrimonio, sino su inexigibilidad ante los Tribunales; y ello, a diferencia de lo que afirma respecto de las penas convencionales, respecto de las cuales, sí dice, expresamente, que son nulas. Creo que la redacción del precepto ha influido en la posición de la doctrina científica alemana al explicar la naturaleza de la promesa de matrimonio y, consiguientemente, el fundamento de la obligación de resarcir los daños que su ruptura provoca en los términos previstos en el § 1298 *BGB*.

¹³ A ellas podemos añadir la “*Theorie des gesetzlichen Rechtsverhältnisses*”, desarrollada por C. W. Canaris: “Das Verlöbniß als *gesetzliches Rechtsverhältniss*”, *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 165, 1965, p. 1 ss., que, a mi parecer, no se opone a la teoría del hecho jurídico, sino que la complementa y explica de modo convincente.

A) La teoría contractual

Los autores alemanes se han esforzado por hallar una explicación que concilie la obligación de resarcir del novio, que, sin un motivo importante, rompe la promesa del matrimonio, con el principio de libertad nupcial.

Tradicionalmente la doctrina mayoritaria ha sostenido que la promesa es un contrato¹⁴, un precontrato¹⁵, un negocio jurídico de Derecho de familia¹⁶ o un negocio de Derecho de la persona¹⁷, del que surge la obligación jurídica de contraer el matrimonio. Sin embargo, al ser dicha obligación de carácter personalísimo, no puede ser exigida coactivamente, de modo que su

¹⁴ Un importante sector de la doctrina científica alemana ha sostenido que la promesa de matrimonio es un contrato que genera la obligación recíproca de los prometidos de contraer un matrimonio, al cual son de aplicación las disposiciones generales sobre el negocio jurídico y los contratos, si bien el cumplimiento de la obligación es inexigible, por lo que su incumplimiento culpable puede dar lugar, exclusivamente, a una indemnización de daños y perjuicios. Véase, así, entre los autores clásicos, K. Cosack: *Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts aus der Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuchs*, vol. 2º, *Das Sachenrecht, Das Recht der Wertpapiere. Das Gemeinschaftsrecht. Das Familienrecht. Das Erbrecht*, 4ª ed., Verlag von Gustav Fischer, Jena, 1904, pp. 466-467; C. Crome: *System des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, vol. 4º, *Immaterialgüterrechte.- Familienrecht*, Verlag von I. C. B. Mohr, Tübingen, 1908, pp. 196-198, en particular, notas 1 y 5; T. Kipp y M. Wolff: *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, vol. 2º, t. 2º, *Das Familienrecht*, 6ª ed., R. G. Elmert'sche Verlagsbuchhandlung (G. Braun), Marburg, 1928, pp. 18-19. En la doctrina moderna G. Brudermüller: "Einf v § 1297 BGB", en O. Palandt: *Bürgerliches Gesetzbuch*, 62ª ed., Verlag C.H. Beck, 2002, pp. 1585-1586; como también B. Bergerfurth: *Das Eherecht*, 9ª ed., Rudolf Haufe Verlag, Freiburg im Breisgau, 1987, p. 23; J. Gernhuber y D. Coester-Waltjen: *Lehrbuch des Familienrechts*, 4ª ed., C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1994, pp. 65-70; D. Heckelmann: "Vor § 1297 BGB", en Erman: *Bürgerliches Gesetzbuch* (dirigido por H. P. Westermann), 11ª ed., Köln, Aschendorff, Verlag Dr. Otto Schmidt, Münster, 2004, p. 3720; o H. Rosenthal: *Bürgerliches Gesetzbuch*, 15ª ed. por B. Kamnitzer y H. Bohnenberg, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1965, pp. 1280-1281.

¹⁵ Esta tesis fue, por ejemplo, defendida por O. Opet y W. Blume: *Das Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 1ª y 2ª Sección, *Bürgerliche Ehe. Verwandtschaft*, en *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen*, Carl Heymanns Verlag, Berlin, (1906), pp. 6-8, que hablan de la promesa como un precontrato, un *pactum de matrimonio ineiundo*, que origina una obligación de contraer un futuro matrimonio. Sin embargo, los autores, contra lo que es opinión común en la doctrina alemana, entienden que dicha obligación es meramente natural, explicando, así, el hecho de que no pueda exigirse su cumplimiento ante los Tribunales.

¹⁶ Un amplio sector de la doctrina científica alemana mantiene la naturaleza negocial de la promesa, aunque sostiene que estamos ante un contrato o negocio, *sui generis*, haciendo hincapié en las especialidades propias de la promesa en orden a evitar una aplicación indiscriminada de las normas generales del contrato, configurándola como un negocio de Derecho de familia. Véase en este sentido H. Denburg: *Das Familienrecht*, en H. Denburg: *Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens*, vol. 4º, 4ª ed., Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses, Halle a. S., 1908, pp. 24-25; F. Endemann: *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, vol. 2º, *Sachenrecht. Familienrecht*, 6ª ed., Berlin, 1900, Carl Heymanns Verlag, p. 660; como también, en parte, H. Dölle: *Familienrecht*, vol. 1º, Verlag C.F. Müller, Karlsruhe, 1964, p. 63.

No obstante lo expuesto, hay que tener en cuenta que no todos los autores que califican la promesa de matrimonio como un contrato o negocio de Derecho de familia lo hacen con la finalidad de someterla a un régimen específico diverso del de los contratos, sino que, en ocasiones, con dicha expresión quieren significar que a través de ella se crea una relación jurídica familiar, idea ésta de honda raigambre germana. Es el caso de F. Leonhard: *Bürgerliches Recht. Ein Lehrbuch in kurzen Sätzen*, 2ª ed., Carl Heymanns Verlag, Berlin, 1926, p. 159; o B. Wolf: *Das Bürgerliche Gesetzbuch unter Berücksichtigung des gesamten Rechtsprechung der oberen Gerichte des Deutschen Reichs*, en colaboración con C. Neukirch, Nosenmeyer y H. Telgmann (dirigido por B. Wolf), Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses, Halle a S., 1908.

¹⁷ En este sentido, ya H. Mitteis: *Bürgerliches Recht. Familienrecht*, 3ª ed., Verlag von Julius Springer, Berlin, 1931, p. 9; más recientemente, G. Beitzke: *Familienrecht*, 25ª ed., C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1988, p. 25; y H. Lange: "Ad § 1297 BGB", en *Bürgerliches Gesetzbuch* (dirigido por Th. Soergel y continuado por W. Siebert), vol. 7, *Familienrecht I (§§ 1297-1588)*, VAHRG; *Nichteheliche Lebensgemeinschaft*, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, Berlin. Köln, Mainz, 1988, pp. 28-29.

incumplimiento da lugar, exclusivamente, a una indemnización de daños y perjuicios en la medida prevista por la Ley.

A mi parecer, se incurre, así, en una curiosa paradoja, pues, con el fin de proteger la libertad nupcial, se estima que son nulas las penas convencionales accesorias que, indirectamente, podrían inducir a los prometidos a casarse; y, en cambio, se admite la validez de la promesa, esto es, del negocio jurídico principal, que, directamente, les obliga a celebrar el matrimonio, aunque, ciertamente, esta obligación se considere inexigible.

La tesis contractual ha sido objeto de crítica por parte de un sector de la moderna doctrina científica alemana¹⁸.

La crítica se basa en los siguientes argumentos:

a) En primer lugar, se observa que la ruptura de la promesa puede dar lugar, exclusivamente, a la obligación de resarcir el interés negativo o de la confianza, esto es, los daños derivados de la inutilidad de los gastos, obligaciones y disposiciones patrimoniales adoptadas en consideración al matrimonio proyectado; pero no, a la de reparar el interés positivo o al cumplimiento de la promesa, como, en cambio, sucedería, si ésta fuera un auténtico contrato, en cuyo caso, el resarcimiento debiera comprender la pérdida de los beneficios que el novio perjudicado por la ruptura hubiera obtenido de haberse casado¹⁹.

b) En segundo lugar, se constata que la promesa puede ser rota en todo momento por cualquiera de los prometidos, de manera que el cumplimiento de la obligación de contraer matrimonio se deja al puro arbitrio de aquéllos, sujetándose su eficacia a una condición resolutoria puramente potestativa, lo que va en contra de la esencia misma de la “obligación”, esto es, su carácter vinculante²⁰.

B) La teoría del hecho jurídico

A mi entender, en orden a la crítica de la teoría contractual, adquiere mayor relevancia el argumento de que 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.

Por ello, parece preferible la teoría que niega que la promesa de matrimonio sea un contrato, viendo en ella un mero hecho²¹, al que, en unión con otras circunstancias (ruptura, sin

¹⁸ Concretamente por C. W. Canaris: “Das Verlöbnis”, cit., pp. 2-9, quien se ha ocupado extensamente de la naturaleza jurídica de la promesa de matrimonio.

¹⁹ Cfr., en este sentido, C. W.: Canaris: “Das Verlöbnis”, cit., p. 4; D. Giesen: *Familienrecht*, 2ª ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 1997, pp. 51-52; y D. Henrich: *Familienrecht*, 5ª ed., Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1995, p. 24.

²⁰ Cfr., en este sentido, C.W. Canaris: “Das Verlöbnis”, cit., 4-5. Entiende el autor que esta circunstancia es incompatible con la naturaleza de una obligación, ya que le faltaría su característica decisiva, esto es, la obligatoriedad, pues el principio “pacta sunt servanda” no es un principio que pueda ser renunciado en casos particulares: “Diese Annahme aber ist mit dem Wessen einer Rechtspflicht unvereinbar: es würde ihr das entscheidende Charakteristikum, die ‘Verbindlichkeit’ fehlen”.

²¹ La teoría de la promesa de matrimonio como hecho jurídico tuvo importantes defensores entre los autores que escribieron después de la promulgación del *BGB*, los cuales apoyaban su postura, fundamentalmente, en la consideración de que la libertad que debía regir la celebración del matrimonio hacía imposible asumir

concurrir un motivo importante), la Ley asigna unos efectos (indemnización del interés negativo o interés de la confianza), que no son los queridos por los novios al tiempo de prometerse: lo querido y prometido por ellos es sólo el futuro matrimonio, cuya celebración no puede reclamarse judicialmente; y, de ahí, que la promesa no pueda considerarse un negocio jurídico²².

El fundamento de la obligación de indemnizar el interés negativo se sitúa entonces en la necesidad de tutelar la confianza, que legítimamente suscitó el hecho de la promesa en quien la recibió, respecto de la celebración de un futuro matrimonio²³, en consideración al cual realizó gastos, contrajo obligaciones o adoptó ciertas medidas (en relación con el propio patrimonio o una situación adquirida) a los que la ruptura convierte en inútiles²⁴.

La obligación resarcitoria se considera, así, como una consecuencia de la *culpa in contrahendo*²⁵ en la que incurre quien se comporta negligentemente en el período previo a la conclusión del matrimonio proyectado, suscitando primero, con su promesa, una confianza razonable en que aquél se llevaría a cabo, para después defraudar dicha confianza, rompiendo su promesa sin un motivo importante, con el consiguiente perjuicio patrimonial de quien actuó de buena fe, creyendo en su cumplimiento²⁶.

La tesis del hecho jurídico tiene como consecuencia práctica la no aplicación de las normas del negocio jurídico en materia de capacidad de obrar y de protección del consentimiento.

Lo primero significa que es posible que el prometido menor de edad, cuya confianza en la celebración del matrimonio quede defraudada, pueda ejercitar la pretensión de reparación²⁷. Lo segundo lleva a la imposibilidad de que quien es demandado en virtud de dicho precepto pueda exonerarse de responsabilidad, alegando haber incurrido en reserva mental al hacer la promesa, ya que esta circunstancia no excluye la confianza que aquélla haya podido suscitar en el otro prometido, cuya protección no tiene por qué quedar excluida²⁸.

Además, en orden a excluir pretensiones de reparación injustas, el recurso a la simulación, además de ser improcedente, es innecesario, ya que si los novios no tenían ninguna intención de casarse, la promesa no pudo generar en ellos ninguna confianza legítima en que se

jurídicamente una obligación de casarse en un futuro. Así, Hellmann: "Das Verlöbniß nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche", *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1901, p. 220; L. Jacobi: *Das persönliche Eherecht*, en L. Jacobi: *Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs in Einzeldarstellungen*, F. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, Berlin, 1896, pp. 15-16; E. Landsberg: *Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs vom 18. August 1896. Ein Dogmatisches Lehrbuch*, vol. 1º, 2ª ed., F. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, Berlin, 1904, pp. 831-833; o B. Matthiaß: *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes*, vol. 2º, *Das Sachenrecht, das Persönlichkeits- und Immaterialgüterrecht, Das Familienrecht und das Erbrecht*, 4ª ed., Verlag von D. Häring, Berlin, 1900, p. 226.

²² Este argumento ha hecho que un importante sector de la doctrina científica alemana se aparte de la teoría del contrato. Véase en este sentido D. Giesen: *Familienrecht*, cit., pp. 50-51; D. Henrich: *Familienrecht*, cit., p. 24; y D. Schwab: *Familienrecht*, 12ª ed., Verlag C.H. Beck, München, 2003, p. 23.

²³ Según afirma L. Jacobi: *Das persönliche Eherecht*, cit., p. 16, quien ha provocado que otro adopte medidas costosas tiene que soportar las consecuencias, en el caso de que, por su culpa, su finalidad resulte frustrada.

²⁴ Véanse a este respecto las consideraciones de C. W. Canaris: "Das Verlöbniß", cit., pp. 9-12.

²⁵ L. Jacobi: *Das persönliche Eherecht*, cit., p. 16; y D. Henrich: *Familienrecht*, cit., p. 24, hablan expresamente de *culpa in contrahendo* para explicar el fundamento de la obligación de resarcimiento prevista en los §§ 1298 y 1299 BGB.

²⁶ C. W. Canaris: "Das Verlöbniß", cit., p. 12, prefiere hablar, para explicar los efectos de la ruptura de promesa, más de responsabilidad por confianza, que de *culpa in contrahendo*, aunque considerando ésta una especie de aquélla.

²⁷ *Cfr.*, en este sentido, C.W. Canaris: "Das Verlöbniß", cit., p. 18.

²⁸ *Cfr.*, en este sentido, C. W. Canaris: "Das Verlöbniß", cit., p. 21.

cumpliría, por lo que nada pueden reclamarse por esta causa²⁹; y tampoco es preciso acudir a la disciplina del error, del dolo o de la intimidación ya que, de haberse dado éstos al tiempo de hacerse la promesa, concurrirá un motivo importante para la ruptura, por lo que aquél que lo haya padecido podrá negarse a casarse, sin tener que satisfacer ninguna indemnización por ello³⁰.

C) Recapitulación y toma de posición

A mi parecer, la promesa no puede considerarse un contrato especial o un negocio de Derecho de familia, porque, como ya he dicho, la libertad nupcial impide asumir mediante un negocio jurídico la obligación de contraer futuro matrimonio, al ser aquella 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 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 causa, la promesa cierta de matrimonio debe resarcir al promisario de los gastos hechos y de las obligaciones contraídas en atención al matrimonio proyectado?

En mi 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 una causa razonable) de aquélla, no se deba responder por la lesión culpable de la confianza suscitada por los propios actos o declaraciones³¹.

²⁹ Cfr., en este sentido, C. W. Canaris: "Das Verlöbnis", cit., p. 21.

Hellmann: "Das Verlöbnis", cit., p. 221, afirma que si las declaraciones son hechas con falta de seriedad o son simuladas la costumbre impide que pueda hablarse de una promesa.

³⁰ Cfr., en este sentido, C. W. Canaris: "Das Verlöbnis", cit., p. 21, así como Hellmann: "Das Verlöbnis", cit., p. 221.

³¹ En la doctrina española G. García Cantero: "Comentario a los art. 42 y 43 CC", en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dir. M. Albaladejo), t. II, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1982, p. 43, califica la promesa como un negocio jurídico familiar preparatorio del matrimonio.

Pero esta tesis es aislada entre los autores españoles, entre los cuales es prácticamente unánime la opinión de que la promesa de matrimonio no es un negocio jurídico, explicando, en general, el resarcimiento previsto en el art. 43 CC en la idea de ruptura de la confianza. Vid., en este sentido, en particular, J. Delgado Echeverría: "Comentario al art. 43 CC", en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código civil* (coord. J.L. Lacruz Berdejo), 2ª ed., Civitas, Madrid, 1994, pp. 49-50; como también L. Díez-Picazo y A. Gullón: *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, *Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, 12ª ed., Tecnos, Madrid, 2018, p. 58; y J.M. Osorio Serrano: "El matrimonio", en *Curso de Derecho civil IV. Derechos de Familia y de Sucesiones* (F.J. Sánchez Calero), 9ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, p. 78.

F. Badosa Coll: "Comentario a los arts. 42 y 43 CC", cit., pp. 111-112, excluye también que la promesa de matrimonio sea un negocio jurídico, fundamentando la norma del art. 43 CC en la frustración de la confianza,

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 promisor 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.

Una vez hechas estas aclaraciones conceptuales, procederemos al estudio del art. 43 CC³².

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 mi 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 concreción³³. De otro lado, la certeza significa que la promesa debe ser probada, prueba que

pero niega que el precepto contemple un caso de indemnización (por no existir ilicitud en la ruptura), hablando de un reembolso que “se funda en un empobrecimiento jurídicamente repercutible en persona diferente del que la sufre”, posición esta, que es seguida por S. Carrión Olmos, S.: “Promesa”, cit., p. 128; y Díaz Martínez, A.: “Comentario al art. 43 CC”, en *Comentarios al Código civil* (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), t. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 640.

³² La SAP Madrid 9 abril 2019 (*Tol 7373099*) ha precisado que no es posible aplicar analógicamente el art. 43 CC a la ruptura de la promesa de convivencia *more uxorio*, aunque sí el principio de prohibición de enriquecimiento injusto para resarcir a uno de los convivientes de los pagos por él realizados para reformar la vivienda de su compañera sentimental, en la que ambos pretendían vivir una vez acabada la rehabilitación, los cuales fueron cifrados en la cantidad de 32.642,34 euros.

³³ En la redacción del art. 43 CC del Proyecto de Ley del Gobierno se habla del incumplimiento de la “promesa *seria* de matrimonio”, sustituyéndose en el Senado la expresión *seria* por la de *cierta*, que, es la que acabaría pasando al texto legal aprobado. Observa J. Delgado Echeverría: “Comentario al art. 43 CC”, cit., p. 50, que la seriedad, exigida por la doctrina antes de la reforma del 81, “sigue siendo el requisito previo que caracteriza la promesa”.

puede realizarse por cualquiera de los medios admitidos en Derecho³⁴. Se ha deducido, así, 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 boda³⁵.

b) No todo incumplimiento de la promesa de matrimonio origina el nacimiento de la obligación resarcitoria, sino, tan sólo, el incumplimiento de aquélla “sin causa”³⁶.

En la redacción originaria del art. 44 CC (correspondiente al actual art. 43) se decía “sin justa causa”³⁷, calificativo que desapareció tras la reforma operada por la Ley 30/1981, de 7 de julio, en el vigente art. 43 CC³⁸.

³⁴ No era así antes de la reforma de 1981, pues el art. 44 CC (correspondiente al actual 43 CC) exigía que la promesa hubiese sido hecha en documento público o privado. Observa J. Delgado Echeverría: “Comentario al art. 43 CC”, cit., p. 50, que la forma es libre, pudiéndose haber hecho verbalmente, siempre que queda probada por hechos concluyentes.

³⁵ Vid. en tal sentido STS 16 diciembre 1996 (*Tol 5152812*), como también, SAP Málaga 31 octubre 2014 (*Tol 4713350*), respecto de un caso en que se había fijado fecha para la boda canónica, habiéndose ya realizado los cursos prematrimoniales.

³⁶ El § 1298, III *BGB* afirma que la obligación de reparar no procede cuando la ruptura tiene lugar en virtud de un motivo importante (*wichtiger Grund*), de lo que se deduce la obligación de resarcimiento en el caso contrario.

La doctrina científica alemán aprecia la importancia del motivo para la ruptura en sentido objetivo a (con la significativa excepción de C. W. Canaris: “Das Verlöbnis”, cit., pp. 28-29), proponiendo, tanto la jurisprudencia, como el común de los autores un criterio sociológico, que tiene en cuenta los valores generalmente admitidos en el círculo social de los prometidos, conforme a la cuales la ruptura parezca razonable. *Cfr.*, en este sentido, en la jurisprudencia Berlin 24 enero 1907 (*JW 1907*, p. 178) y en la doctrina, ya H. Denburg: *Das Familienrecht*, cit., pp. 29-30, como también posteriormente D. Heckelmann: “Ad § 1298 BGB”, en Erman: *Bürgerliches Gesetzbuch* (dirigido por H.P. Westermann), 11ª edición, Aschendorff, Münster, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2004, p. 3723; T. Kipp y M. Wolff: *Lehrbuch*, cit., p. 124; H. Lange: “Ad § 1298 BGB”, en *Bürgerliches Gesetzbuch* (dirigido por Th. Soergel y continuado por W. Siebert), volumen 7, *Familienrecht I* (§§ 1297-1588), *VAHRG; Nichteheliche Lebensgemeinschaft*, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, Berlin. Köln, Mainz, 1988, p. 34; H. Lehmann: *Deutsches Familienrecht*, 4ª edición por D. Henrich, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1967, p. 31; H. Rosenthal: *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., p. 1283; R. Schmidt: *Bürgerliches Recht*, volumen 4º, *Das Familienrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1957, p. 18; y Siebert y Vogel: *Familienrecht*, 2ª edición, W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart-Köln, 1954, p. 5.

Es minoritario el sector de la doctrina científica que ha ofrecido un criterio de valoración abstracto, que tiene en cuenta lo que es conforme a la naturaleza del matrimonio (*bei richtiger Würdigung des Wessens der Ehe*), criterio defendido, por ejemplo, por H. Dölle: *Familienrecht*, cit., p. 74; y H. Mitteis: *Bürgerliches Recht. Familienrecht*, 3ª edición, Verlag von Julius Springer, Berlin, 1931, p. 11.

En cualquier caso, como observan T. Kipp y M. Wolff: *Lehrbuch*, cit., p. 24, pueden ser causas basadas en el comportamiento culpable del otro promitente o ajenas a toda idea de culpa. Por ejemplo, H. Lehmann: *Deutsches Familienrecht*, cit., p. 31, se refiere a los siguientes casos: la infidelidad, los malos tratos, las ofensas a los familiares, las enfermedades graves, la ruina económica y los graves defectos de carácter.

Es aislada la posición de C. W. Canaris: “Das Verlöbnis”, cit., pp. 28-29, que aprecia la importancia del motivo, no con un criterio objetivo, sino subjetivo o individualista. Dice, así, que, ante todo, tienen que ser consideradas las concepciones –siempre que sean conocidas– de quien rompe la promesa. Afirma que una circunstancia que objetivamente carece de importancia (por ejemplo, una leve enfermedad de la novia) puede autorizar la ruptura, si el que la hace hubiera manifestado claramente que su existencia le disuadiría de celebrar el matrimonio.

³⁷ Dicha exigencia permanece, en cambio, en el art. 81.I CC italiano, que supedita el resarcimiento a la circunstancia de que la ruptura lo sea “senza giusto motivo”, como también en el art. 1594.I CC portugués, de similar dicción.

³⁸ Probablemente, la supresión de la palabra “justa” se consideró más acorde con el principio de libertad nupcial, desde cuya perspectiva es difícil considerar “injusta”, en sentido estricto, la decisión de no casarse, cualquiera que sea el motivo de la ruptura de la promesa (otra cosa son los efectos de la ruptura en el ámbito resarcitorio).

Así, F. Badosa Coll: “Comentario a los arts. 42 y 43 CC”, en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984, p. 117, afirma que con la supresión del requisito de que la causa sea “justa” se “excluye el juicio valorativo sobre ella, acerca de su suficiencia o insuficiencia con respecto a la decisión de negarse a contraer matrimonio”.

La locución legal “sin causa” plantea un problema exegético³⁹. 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 ilusorio⁴⁰.

Creo que se impone una interpretación objetiva de la locución legal “sin causa”⁴¹, 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 matrimonio⁴².

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 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

Sin embargo, G. García Cantero: “Comentario a los art. 42 y 43 CC”, cit., p. 40, valora negativamente la supresión de la expresión “justa”, considerando que sigue siendo exigible el requisito de que la causa de la ruptura sea “seria, razonable y justa, según apreciación judicial”.

³⁹ 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 aquélla 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”.

⁴⁰ Lo constata F. Sancho Rebullida: “Los esponsales”, en Lacruz Berdejo, J. L. y otros: *Elementos de Derecho civil*, IV, *Derecho de familia*, 3ª ed., fascículo 1º, Bosch, Barcelona, 1989, p. 102.

⁴¹ Podemos decir con F. Sancho Rebullida: “Los esponsales”, cit., p. 102, que, tras la reforma de 1981, la causa que justifica la ruptura (a efectos de quedar eximido de responsabilidad) ha dejado de ser “justa en su sentido más estricto”, para pasar a ser “razonable y atendible”.

⁴² Es la solución defendida por la generalidad de la doctrina alemana, tal y como se ha expuesto *supra* en la nota correspondiente, solución esta, a la que personalmente me adhiero.

En la doctrina española hay opiniones diversas.

Para F. Badosa Coll: “Comentario a los arts. 42 y 43 CC”, cit., pp. 116-117, de la expresión “sin causa, se deduce que sólo “la discrecionalidad absoluta de la negativa, la pura y siempre revocación” da lugar a la obligación de resarcir, debiendo –según él- admitirse como causa de la ruptura “todo motivo realmente existente” (aunque excluye el haberse roto el matrimonio porque se ha contraído otro compromiso o matrimonio).

J. Delgado Echeverría: “Comentario al art. 43 CC”, cit., p. 42, acogiendo la tesis de Canaris, acude a los criterios subjetivos de quien rompe la promesa, siempre que estos sean conocidos por el otro promitente, porque, en este caso, este último, conociendo la causa, no podría razonablemente esperar la celebración del matrimonio; y solo “cuando no consten las valoraciones personales o no sean conocidas por la otra parte, serán decisivos los criterios del ambiente social en que se mueven”. Se adhiere a esta opinión D. Vargas Aravena: *Daños civiles*, cit., pp. 53-54.

P. De Pablo Contreras: “La promesa de matrimonio”, en *Curso de Derecho civil (IV). Derecho de Familia* (coord. C. Martínez de Aguirre y Aldaz), 5ª ed., Edisofer, Madrid, 2016, p. 118, por su parte, remite la apreciación de la razonabilidad de la causa de la ruptura a criterios sociológicos, refiriéndose a las “valoraciones sociales dominantes”. En sentido semejante se pronuncian L. Díez-Picazo y A. Gullón: *Sistema*, cit., p. 58, que se refieren a “los usos sociales, las opiniones generalizadas y las circunstancias del caso”.

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 otro⁴³, 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 matrimonio⁴⁴.

En segundo lugar, la legislación española⁴⁵ no contempla que personas distintas a los propios promitentes, como, por ejemplo, los padres y otros familiares de éstos, puedan reclamar

⁴³ La SAP Ciudad Real 3 mayo 2005 (*Tol 632838*) 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”. La SAP Málaga 31 octubre 2014 (*Tol 4713350*) también consideró justa causa para la ruptura de la promesa que el novio, 37 días antes de la fecha fijada para la boda, llamase telefónicamente a la novia y le dijera que no quería casarse, sin ofrecer explicación alguna, mandándole después, pocos días antes de la fecha de la boda (que ya había sido cancelada), un fax en el que le decía que quería casarse.

⁴⁴ *Vid.* en el mismo sentido art. 1594, I del Código civil portugués.

⁴⁵ En el Derecho alemán se admite una legitimación amplia para ejercitar la acción de resarcimiento.

El § 1298, I *BGB* reconoce la facultad de exigir la reparación de los gastos hechos y de las obligaciones contraídas en atención al matrimonio, no sólo al prometido perjudicado por la ruptura, esto es, a quien es abandonado o rompe la promesa en virtud de un comportamiento culpable del otro, sino también a sus padres o terceras personas que hayan actuado en lugar de ellos.

En cambio, respecto de otro tipo de daños, el precepto fija una legitimación más restringida, disponiendo que sólo el promitente perjudicado puede ser también indemnizado por los daños derivados de otras medidas que haya adoptado en consideración al matrimonio proyectado, las cuales afecten a los propios bienes o a una situación adquirida.

En base a esta última previsión se considera indemnizable la renuncia a una casa. *Cfr.* en este sentido D. Heckelmann: “Vor § 1297 *BGB*”, cit., p. 3724; D. Henrich: *Familienrecht*, cit., p. 26; Lehmann, H.: *Deutsches Familienrecht*, cit., p. 31; A. Lüderitz: *Familienrecht*, 27ª edición, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1999, p. 48, p. 48; A. Wacke: “Ad § 1298 *BGB*”, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, volumen 7, *Familienrecht I §§ 1297-1588, VAHRG. VAÜG. Hausrats V*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 2000 p. 90). También la ruptura de una relación de negocios. *Cfr.* así T. Kipp y M. Wolff: *Lehrbuch*, cit., p. 25, B. Matthiaß: *Lehrbuch*, cit., p. 227; como también E. Goldmann, L. Lilienthal y L. Stenberg: *Das Bürgerliche Gesetzbuch systematisch dargestellt*, Verlag von Franz Vahlen, Berlin, 1921, cit., p. 12, nota 14, que se refieren a la renuncia, por parte de una actriz de un contrato, en consideración al matrimonio proyectado. También, la pérdida de un puesto de trabajo. *Cfr.*, en este sentido, G. Beitzke: *Familienrecht*, cit., p. 30; G. Bruder Müller: “Ad § 1298 *BGB*”, en O. Palandt: *Bürgerliches Gesetzbuch*, 62ª edición, Verlag C.H. Beck, 2002, p. 1586; C. Crome: *System*, cit., p. 199, nota 30; H. Dölle: *Familienrecht*, cit., p. 77; H. Denburg: *Das Familienrecht*, cit., p. 31; F. Endemann: *Lehrbuch*, cit., p. 609, nota 11; D. Heckelmann: “Vor § 1297 *BGB*”, cit., p. 3724; T. Kipp y M. Wolff: *Lehrbuch*, cit., p. 25; H. Lange: “Ad § 1297 *BGB*”, cit., p. 37; H. Lehmann: *Deutsches Familienrecht*, cit., p. 31; A. Lüderitz: *Familienrecht*, cit., p. 48; B. Matthiaß: *Lehrbuch*, cit., p. 227; H. Mitteis: *Bürgerliches Recht*, cit., p. 12; J. Münder: “Ad §§ 1298 y 1299 *BGB*”, en *Reihe Alternativkommentare. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Luchterhand, 1981, p- 74; O. Opet y W. Blume: *Das Familienrecht*, cit., p. 11; D. Schwab: *Familienrecht*, cit., p. 26; Siebert y

el reembolso de los gastos hechos y de las obligaciones contraídas en razón del matrimonio proyectado⁴⁶, lo que no parece excesivamente justo⁴⁷, ya que, en numerosas ocasiones son ellos quienes desprendidamente realizan una serie de gastos que, en principio, debieran ser satisfechos por los promitentes⁴⁸.

No obstante, queda siempre a salvo la posibilidad de que dichos padres o 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 ejercicio⁴⁹.

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 resarcimiento⁵⁰.

Vogel: *Familienrecht*, 2ª edición, W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart-Köln, 1954, p. 6; A. Wacke: "Ad § 1298 BGB", cit., p. 90. Por último, el abandono de una profesión. *Cfr.*, así, H. Lange: "Ad § 1297 BGB", cit., p. 37; B. Matthiaß: *Lehrbuch*, cit., p. 227; Siebert y Vogel: *Familienrecht*, p. 6; A. Wacke: "Ad § 1298 BGB", cit., p. 90.

⁴⁶ En cambio, el art. 1594.I CC portugués, sí prevé el resarcimiento de los gastos hechos y de las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio por los progenitores del promitente inocente o por terceros que hayan actuado en su nombre. Téngase en cuenta, no obstante, que, a diferencia de lo que sucede en el Derecho alemán, en el portugués, el contenido de la obligación del resarcimiento es el mismo, con independencia de quien ejercite la acción (promitente inocente u otras personas legitimadas para ello).

⁴⁷ *Vid.* en este sentido J. Delgado Echeverría, J: "Comentario al art. 43 CC", cit., p. 57; y G. García Cantero: "Comentario a los art. 42 y 43 CC", cit., p. 41.

⁴⁸ 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.

⁴⁹ *Vid.* en este sentido SAP Huelva 14 enero 1998 (AC 1998, 2720).

⁵⁰ *Vid.* en este sentido STS 27 marzo 1958 (Tol 4350927), que estimó la demanda, interpuesta por el antiguo novio contra quien habría de haber sido su futuro suegro para que le reembolsara el valor de las obras realizadas en el piso, propiedad de la mujer de este último, en el que él habitaba y donde los promitentes tenían pensado fijar su domicilio conyugal después de la celebración del matrimonio, obras, cuyo valor fue cifrado en 32.568 ptas. Supuesto semejante es el contemplado por la SAP Córdoba 4 noviembre 2013 (Tol 5381013), que condenó a la madre del novio a resarcir a la novia el importe de las cantidades invertidas en las obras de la vivienda propiedad de aquélla, donde los novios, una vez casados, pretendían fijar el domicilio familiar.

5. El daño resarcible

El art. 43 CC fija, con toda claridad, cuál es el alcance de la obligación resarcitoria, la cual comprende “sólo”⁵¹, “los gastos hechos y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido”⁵².

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 guarden “una relación de causalidad directa” con la promesa de matrimonio⁵³.

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 promitentes⁵⁴.

a) Son gastos indemnizables los hechos en consideración al matrimonio 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 aquél.

En nuestra jurisprudencia se han considerado indemnizables los gastos originados por los siguientes conceptos: el importe del billete de avión que debió pagar la novia para regresar a España desde Suecia (donde residía), así como el de transportar los muebles de ésta⁵⁵; los derivados de cancelaciones de la reserva del comedor (donde se pensaba celebrar el banquete nupcial)⁵⁶, del encargo de reportaje fotográfico⁵⁷ y de lista de boda⁵⁸, así como el precio del traje⁵⁹ y de los zapatos de novia⁶⁰; los generados por la compra de enseres, electrodomésticos,

⁵¹ La expresión “solo” no figuraba en la redacción del art. 43 CC del Proyecto de Reforma de Ley del Gobierno, siendo introducida posteriormente en el iter legislativo del precepto, lo que, como indica G. García Cantero: “Comentario a los art. 42 y 43 CC”, cit., p. 35, subraya la excepcionalidad de la norma.

⁵² Esta expresión coincide casi literalmente con lo que, según el art. 81 CC italiano, es posible reclamar al promitente culpable de la ruptura, el cual, sin embargo, no emplea la expresión “solo”. También con la utilizada por el art. 1593.I CC portugués, del cual, sin embargo, en relación con el art. 1591 del mismo, resulta que, como establece el art. 1591 CC español, las únicas indemnizaciones posibles en los casos de ruptura de matrimonio son los gastos hechos y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio proyectado.

⁵³ Como expone la STS 16 diciembre 1996 (*Tol 5152812*).

⁵⁴ Ambas circunstancias son tenidas en cuenta por el art. 1594.III CC portugués, según el cual el juez, al fijar el importe de la indemnización, tendrá en cuenta la razonabilidad de los gastos asumidos y de las obligaciones contraídas en atención a las circunstancias del caso y a la situación de los promitentes, como también las ventajas que, con independencia del matrimonio, dichos gastos y obligaciones puedan seguir ofreciendo.

⁵⁵ SAP Asturias 15 noviembre 2000 (AC 2000, 2310).

⁵⁶ SSAP Alicante 2 noviembre 2000 (JUR 2000, 46609), Barcelona 12 junio 2008 (*Tol 1373569*) e Islas Baleares 3 enero 2012 (*Tol 2400393*).

⁵⁷ SSAP Alicante 2 noviembre 2000 (JUR 2000, 46609) e Islas Baleares 3 enero 2012 (*Tol 2400393*).

⁵⁸ SAP Alicante 2 noviembre 2000 (JUR 2000, 46609).

⁵⁹ SSAP Alicante 2 noviembre 2000 (JUR 2000, 46609), Valladolid 16 abril 2008 (*Tol 1518272*), Málaga 31 octubre 2014 (*Tol 4713350*) e Islas Baleares 3 enero 2012 (*Tol 2400393*).

⁶⁰ SSAP Alicante 2 noviembre 2000 (JUR 2000, 46609) y Valladolid 16 abril 2008 (*Tol 1518272*).

elementos de menaje y decoración del futuro hogar⁶¹; el coste de las invitaciones de boda⁶², de las alianzas⁶³ o de la cancelación del viaje de novios⁶⁴.

b) No sólo son indemnizables los gastos hechos, sino también las “obligaciones contraídas en consideración al matrimonio proyectado”. En este sentido, se ha considerado 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 demandado⁶⁵. También se ha condenado 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 vidriera⁶⁶.

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 empleo⁶⁷, por causa del traslado a la localidad donde los promitentes pensaban establecer su domicilio conyugal⁶⁸.

⁶¹ Vid. en tal sentido SSAP Badajoz 10 julio 2007 (Tol 7555788), Valladolid 16 abril 2008 (Tol 1518272), Murcia 29 mayo 2009 (JUR 2009, 280024), Guadalajara 15 enero 2010 (JUR 2011, 221192) e Islas Baleares 3 enero 2012 (Tol 2400393).

⁶² SSAP Barcelona 12 junio 2008 (Tol 1373569) e Islas Baleares 3 enero 2012 (Tol 2400393).

⁶³ SAP Islas Baleares 3 enero 2012 (Tol 2400393).

⁶⁴ SAP Málaga 31 octubre 2014 (Tol 4713350).

⁶⁵ SAP Almería 24 octubre 1994 (AC 1994, 2380).

⁶⁶ SAP Badajoz 10 julio 2007 (Tol 7555788).

⁶⁷ SAP Asturias 15 noviembre 2000 (AC 2000, 2310) denegó el resarcimiento del daño, consistente en la pérdida de un subsidio por desempleo, que recibía la demandante en Suecia, país en el que residía y que abandonó para casarse con el demandado, a consecuencia de la promesa de éste, de que se casaría con ella.

⁶⁸ Sin embargo, STS 16 diciembre 1996 (Tol 5152812) estimó la demanda de una promitente abandonada, que, ante la promesa del novio demandado, de que se casaría con ella, trasladó su residencia al domicilio de aquél, abandonando el piso que tenía arrendado en otra localidad, donde venía viviendo y en el que aceptaba huéspedes, con lo que obtenía una serie de ingresos económicos. El demandado se negó a cumplir la promesa de matrimonio y la actora se encontró con que había perdido su condición de arrendataria del piso en el que residía anteriormente, por lo que pidió la indemnización del daño subsiguiente. El TS no estimó la demanda con apoyo en el art. 43 CC, pero sí en base al art. 1902 CC, cifrando el daño resarcible en tres millones de pesetas, cantidad inferior a la reclamada, al entender que había existido negligencia concurrente por parte de la víctima, que debía determinar una aminoración del *quantum* debido.

No estoy de acuerdo con la aplicación que hace el TS del art. 1902 CC para fundamentar el fallo condenatorio, porque, a nuestro juicio, este artículo no juega en el caso de la ruptura de la promesa de matrimonio, cuyos efectos económicos se rigen, exclusivamente, por el art. 43 CC: éste precepto es una norma especial, que establece un supuesto específico de responsabilidad prenegocial, la cual es una clase de responsabilidad civil extracontractual, por lo que excluye la aplicación de la norma general del art. 1902 CC.

En consecuencia, a mi entender, sólo son indemnizables los daños patrimoniales directos que tienen cabida en los conceptos de “daños hechos y obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido”, sancionándose, así, una regla que, si bien tutela la confianza puesta en el cumplimiento de la promesa, no

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 abandonado⁶⁹. 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.

II. 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 matrimonial⁷⁰.

1. Casos típicos (*reserva mental y error doloso en cualidad personal*)

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

a) La reserva mental tiene lugar cuando uno de los contrayentes excluye la causa del matrimonio, mediante un acto de voluntad interno, no manifestado externamente. Quien realiza la reserva mental no desea, pues, asumir el estado civil de casado, sino solamente su mera apariencia para lograr un efecto que la ley asigna a dicho estado, por ejemplo, la tarjeta de residente comunitario, cuando se trata de un contrayente extranjero que se casa, con tal fin, con un español.

La reserva mental es causa de nulidad del matrimonio civil, como lo es del canónico, teniendo actualmente encaje en el art. 73.1º CC, en la redacción dada por la Ley 30/1981, de 7 de julio, el cual declara nulo “El matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial”⁷¹.

incide de manera decisiva en la libertad nupcial de los promitentes, al limitarse rigurosamente el contenido de la obligación de resarcimiento.

⁶⁹ Así lo constata la doctrina y la jurisprudencia. *Vid.* en este sentido, S. Carrión Olmos: “Promesa”, cit., p. 130; J. delgado Echeverría: “Comentario al art. 43 CC”, cit., p. 59; P. De Pablo Contreras: “La promesa”, cit., p. 118; L. Díez-Picazo y A. Gullón: *Sistema*, cit., p. 58; G. García Cantero: “Comentario a los art. 42 y 43 CC”, cit., p. 42; M.^a Linacero de la Fuente: “Matrimonio. Parejas de hecho”, en *Tratado de Derecho de familia* (dir. M.^a Linacero de la Fuente), Tirant lo Blanch, Valencia 2016, pp. 72-73; y, en la jurisprudencia, STS 16 diciembre 1996 (*ToI 5152812*), SSAP Barcelona 17 enero 2000 (AC 2000, 1134) y Toledo 3 abril 2000 (AC 2000, 4476). Más recientemente, SAP Madrid 9 abril 2019 (*ToI 7373099*), con apoyo en argumento de que no es indemnizable el daño moral por ruptura de la promesa de matrimonio, ha considerado que tampoco lo es el daño moral por incumplimiento de la promesa de instaurar o mantener una convivencia *more uxorio*.

⁷⁰ *Vid.* ya en este sentido STS 21 enero 1957 (*ToI 4377413*).

⁷¹ Cabe plantear hasta qué punto la admisión de la reserva mental como causa de nulidad de matrimonio es conciliable con el interés público a la certeza y seriedad de las actuaciones relativas al estado civil de las personas.

A propósito de la reserva mental hay que hacer referencia a una conocida sentencia del TS⁷², recaída, sin embargo, en un caso en el que la declaración de nulidad había tenido lugar en la jurisdicción eclesiástica, acudiéndose posteriormente a la vía civil para pedir el resarcimiento del daño moral.

El recurrente había contraído matrimonio canónico, como un simple medio para poder mantener relaciones sexuales con la recurrida, “sin considerarse atado permanentemente”, lo que alegó, con éxito, ante los tribunales eclesiásticos, a los efectos de obtener la nulidad de tal matrimonio. Declarada la nulidad, la mujer demandó y obtuvo de la jurisdicción civil, en primera instancia, una indemnización de cinco millones de pesetas, en concepto de resarcimiento de daños y perjuicios (morales y materiales), por considerarse al marido “único responsable doloso del matrimonio entre ambos”. Interpuesto recurso de apelación por el demandado, la Audiencia dictó sentencia, por la que se rebajó la cuantía de la indemnización a dos millones de pesetas.

Contra la sentencia de la Audiencia el demandado interpuso recurso de casación, invocando, entre otros motivos, infracción de ley, por aplicación indebida del art.

A mi entender, esta ida debe resolverse partiendo de la idea de la especificidad del negocio jurídico matrimonial respecto del contrato. En el ámbito del Derecho de la contratación la exigencia de seguridad de las relaciones jurídicas patrimoniales (a los efectos de favorecer la circulación de la riqueza) justifica sobradamente que, en virtud del principio de responsabilidad negocial, nadie pueda invocar en perjuicio de la otra parte contratante una causa de nulidad imputable a la propia conducta dolosa de quien la alega. Sin embargo, tal consecuencia parece desmesurada respecto del matrimonio, que no es un contrato, sino un negocio jurídico de Derecho de familia, en cuya virtud dos personas asumen una plena comunidad de vida; y, de ahí, que deba tutelarse exquisitamente la *realidad* del consentimiento nupcial; y ello frente a otras consideraciones, debiendo prevalecer el interés privado de los contrayentes a demandar la nulidad del matrimonio contraído con reserva mental frente al interés público a la seguridad de las relaciones matrimoniales y a la estabilidad de las actuaciones relativas al estado civil de las personas. La categoría de la nulidad matrimonial ha de vertebrarse sobre la idea-fuerza del valor preeminente de la persona sobre la institución, lo que debe traducirse en una inequívoca protección de la voluntad real de los contrayentes, frente a desmesuradas consideraciones de utilidad social o de estabilidad del vínculo.

La doctrina actual es favorable al reconocimiento de la reserva mental como causa de invalidez matrimonial. Vid, en este sentido, L. Díez-Picazo y A. Gullón: *Sistema*, cit., p. 77; A. Díaz Martínez: “Comentario al art. 73 CC”, en *Comentarios al Código civil* (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), t. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 833-834; J.A. Doral García: “Comentario al art. 73 CC”, en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo título IV del Libro primero del Código civil* (coord. J. L. Lacruz Berdejo), 2ª ed., Civitas, Madrid, 1994, p. 704; G. García Cantero: “Comentario al art. 47 CC”, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dir. M. Albaladejo), t. II, 2ª ed., Madrid, 1982, p. 218; C. Hornero Méndez: “Las crisis matrimoniales”, en *Derecho de Familia* (dir. A. López y López y R. Valpuesta Fernández), 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 69; Linacero de la Fuente, M.ª: “Nulidad, separación y divorcio”, en *Tratado de Derecho de familia* (dir. M.ª Linacero de la Fuente), Tirant lo Blanch, Valencia 2016, p. 132; O. Monje Balmaseda: “Requisitos del matrimonio”, en *Sistema de Derecho civil, Derecho de familia* (dir. F. Lledó Yagüe y R. Herrera Campos), Dykinson, Madrid, 2002, p. 72; E. Roca i Trías: “Los requisitos del matrimonio”, en *Derecho de familia* (coord. E. Roca i Trías), 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 73; M.ª D.: Toldrá i Roca: “La reserva mental en el matrimonio civil”, en *Estudios en homenaje a la profesora Teresa Puente* (coord. L. Prats), vol. II, Universidad de Valencia, Valencia, 1996, pp. 519 ss.; C. Villagrasa Alcaide: *Matrimonio civil y reserva mental*, EUB, Barcelona 1996. Es aislada la opinión contraria de M. Albaladejo García: *Curso de Derecho civil*, IV, *Derecho de familia*, 7ª ed., Bosch, Barcelona, 1996, p. 374.

La jurisprudencia de instancia ha ido también progresivamente admitiendo la reserva mental como causa de nulidad de matrimonio. Vid. en este sentido, entre otras, SSAP Barcelona 8 noviembre 1999 (AC 1999, 2588), Valencia 20 julio 2006 (JUR 2007, 40031), Málaga 30 noviembre 2006 (JUR 2007, 163775), Málaga 22 enero 2009 (Tol 6757271), Barcelona 25 noviembre 2009 (Tol 1830186), Vizcaya 20 mayo 2010 (Tol 1996579) y Vizcaya 30 abril 2019 (Tol 7418109), la cual, no obstante, ha denegado la pretensión de resarcimiento del daño moral derivado de nulidad de matrimonio, indicando que dicha pretensión debiera de haberse encauzado a través del art. 1902 CC.

⁷² STS 26 noviembre 1985 (Tol 1736098).

1269 CC (alegando la existencia de coacciones morales y materiales por parte de la demandante, tendentes a obligarle a la celebración del matrimonio, lo que, a su juicio, venía a excluir las pretendidas maquinaciones insidiosas) y por interpretación errónea del art. 1270 CC (razonando que, aunque pudiera entenderse que él había actuado dolosamente, debía también considerarse doloso el comportamiento de la demandante, que no se había opuesto a la demanda de nulidad, “lo que hubiera sido lo lógico, considerando los daños y perjuicios que más adelante han sido alegados”).

El TS desestimó el recurso, declarando que la sentencia recurrida no había interpretado indebidamente el art. 1269 CC, porque “los hechos expuestos y los demás probados revelan una conducta del recurrente que ha de ser calificada de dolosamente grave [...] puesto que el recurrente se sirvió indudablemente de la astucia de celebrar un matrimonio para lograr sus apetencias sexuales exclusivamente, circunstancia que de haber sido conocida por la contrayente recurrida hubiera impedido la celebración de la boda. Como variedad dentro de la conducta dolosa seguida por el recurrente, puede considerarse que aquélla incidió en clara reserva mental, como vicio de la declaración de voluntad al contraer matrimonio, pues hubo una manifiesta discordancia consciente entre voluntad y declaración, circunstancia ocultada a la otra parte al silenciar, que se expresaba en forma deliberadamente disconforme con lo que derivaba de sus términos y de su verdadera voluntad, de modo que resultó su conducta un lazo tendido a la buena fe de la otra parte”.

El TS consideró, además, no haber existido interpretación errónea del art. 1270 CC, observando que “el recurrente, amparándose en la realidad sociológica actual, pluralista, liberal y abierta, en casos como el ahora contemplado origina sin duda para la parte perjudicada y engañada un evidente daño moral, consecuencias de carácter patrimonial resultantes de la conducta dolosa de la otra parte, y ello sin considerar la unión matrimonial como únicamente determinada por una perspectiva de ganancias o adquisiciones para la mujer, en cuanto que para ésta, a la idea lucrativa o de asistencia material, ha de añadirse el daño no patrimonial que se origina con la frustración de la esperanza de lograr una familia legítimamente constituida”.

Creo que la solución a la que llega el TS ha de compartirse, pero no, así, el fundamento jurídico en el que se basa el fallo. A nuestro parecer, es totalmente improcedente fundamentar la indemnización del daño moral resultante de la impugnación de la validez del matrimonio en los arts. 1269 y 1270 CC; y ello, por dos razones: en primer lugar, porque el matrimonio no es un contrato, sino un negocio jurídico de Derecho de familia, por lo que no origina obligaciones contractuales para quienes lo contraen; y, en segundo lugar, porque, en el momento en el que tal daño se produce, no hay todavía ningún vínculo jurídico entre los contrayentes, sino un deber de éstos de actuar con buena fe, para no defraudar la confianza del otro en la validez del matrimonio, la cual queda truncada, cuando, al tiempo de celebrarse aquél, concurren causas de nulidad imputables al comportamiento malicioso o negligente de uno de ellos.

b) 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”⁷³.

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 mi 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 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.

Se ha declarado 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 condenado a la demandada al pago de los gastos de boda⁷⁴.

Se ha declarado también la nulidad de un matrimonio por error, consistente en el desconocimiento, por parte de la mujer, de la orientación homosexual de su marido y condenado a éste al pago de una indemnización de 6.000 euros, que aquella demandaba por “el grave perjuicio moral y psicológico que le ha producido”⁷⁵.

Igualmente, se ha declarado la nulidad del matrimonio, por ignorar la demandante que el otro contrayente estaba vinculado por un matrimonio reconocido por las autoridades de la India, condenándose a este último al pago de 12.000 euros, en concepto de indemnización⁷⁶.

Se ha condenado también 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 contagiada⁷⁷.

⁷³ Sobre esta causa de nulidad puede verse S. Carrión Olmos: *El art. 73.4 del Código civil (Notas para su estudio)*, *Revista de Derecho Privado*, 1987, pp. 646 ss., pp. 789 ss., pp. 862 ss.; J.A. Cobacho Gómez: *El error en el matrimonio*, en *Estudios de Derecho civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. I, Barcelona, 1992, pp. 239 ss.; J.R. de Verda y Beamonte: *El error en el matrimonio*, *Studia Albornotiana*, Bolonia, 1997.

⁷⁴ SAP Toledo 14 noviembre 2001 (AC 2001, 2509). *Vid.* en el mismo sentido SAP Madrid 19 febrero 2016 (Tol 5687829), que conoció de un supuesto similar, condenando a la mujer demandada al pago de 18.000 euros, en concepto de reparación del daño moral.

⁷⁵ SAP Islas Baleares 5 junio 2006 (JUR 2006, 253511).

⁷⁶ SAP Cádiz-Ceuta 4 diciembre 2006 (AC 2007, 1026).

⁷⁷ SAP Madrid 10 julio 2007 (Tol 2039407).

Por último, más recientemente, en relación a un matrimonio declarado nulo por un Tribunal Eclesiástico, se ha acogido una demanda de resarcimiento del marido a quien la mujer le había hecho creer que el hijo que esperaba era suyo, razón por la cual se había casado con ella, cuando, en realidad, era de otro hombre (un piloto de aviación) con el que había mantenido una relación de noviazgo, que rompió para reanudar la relación con quien posteriormente se acabaría casando (los cónyuges habían sido novios durante cuatro años, interrumpiendo su relación durante unos dos años en los que el marido estuvo en el Seminario). La indemnización se ha fijado en 50.000 euros, por el daño moral causado “por el profundo dolor y vacío emocional que provocan los hechos que han dado lugar al procedimiento, acompañado de la frustración del proyecto de vida familiar existente” y la circunstancia de que el demandante había mantenido una relación paterno filial con la niña durante casi cuatro años; y en 12.191,42 euros, por daño psico-físico, dado el sufrimiento del marido, que se ha visto obligado a seguir tratamiento psicológico y psiquiátrico y a estar de baja laboral durante 31 días⁷⁸.

2. El fundamento jurídico del resarcimiento: el ámbito de aplicación de los arts. 98 y 1902 CC.

El fundamento jurídico del resarcimiento del daño derivado de la nulidad del matrimonio es confuso en la jurisprudencia, donde, como ya hemos visto, el TS, en la emblemática sentencia sobre reserva mental⁷⁹, condena con base en el art. 1101 CC, lo que, según hemos explicado, no nos parece correcto, dado que el matrimonio no es un contrato en sentido técnico, sino un negocio constitutivo de estado civil.

La duda se ciñe, pues, a determinar si la indemnización debe proceder conforme al art. 1902 CC o por la vía del art. 98 CC, tesis ésta seguida por algunas sentencias de instancia⁸⁰.

Según este último precepto, “El cónyuge de buena fe cuyo matrimonio sea declarado nulo tendrá derecho a una indemnización si ha existido convivencia conyugal, atendidas las circunstancias previstas en el artículo 97”⁸¹.

⁷⁸ SAP Madrid 24 mayo 2019 (*Tol 7388024*).

⁷⁹ STS 26 noviembre 1985 (*Tol 1736098*).

⁸⁰ Por ejemplo, SAP Cádiz-Ceuta 4 diciembre 2006 (AC 2007, 1026) SAP Islas Baleares 5 junio 2006 (JUR 2006, 253511); y SAP Madrid 19 febrero 2016 (*Tol 5687829*).

⁸¹ A mi entender, la indemnización del art. 98 CC es diferente a la pensión compensatoria del art. 97 CC, siendo diferentes sus presupuestos (exigencia de mala fe de uno de los contrayentes y de convivencia entre ellos) y su misma naturaleza. No es casualidad que el art. 98 CC use la expresión “indemnización”, expresión esta que contrastaba con la de “pensión”, que utilizaba el art. 97 CC, en la redacción dada al precepto por la Ley 30/1981, de 7 de julio, con anterioridad a la reforma del mismo, debida a la Ley 15/2005, de 8 de julio. En realidad, si se sigue el iter legislativo del precepto se observa que la intención del legislador cambió a lo largo del mismo.

En el Proyecto del Gobierno se proponía una redacción del art. 98 CC, bien diversa de la que acabaría por prosperar, que era la siguiente: “El cónyuge cuyo matrimonio haya sido declarado nulo tendrá también el derecho a la pensión a que se refiere el artículo anterior, si por la convivencia marital la sentencia produce una situación análoga”. *Cfr. Código civil (Reformas 1978-1983) Trabajos parlamentarios*, vol. II (ed. dirigida por F. Santaolalla), Madrid, 1985, p. 1218.

Así pues, en el Proyecto del Gobierno, de un lado, se extendía la pensión compensatoria por divorcio o separación a los supuestos de nulidad matrimonial (siempre que hubiera existido convivencia); y, de otro, se

A mi parecer, el art. 98 CC es un precepto “extraño”, en el que quizás subyace la idea última de evitar que un cónyuge “culpable” pudiera escapar al pago de la pensión compensatoria (suponiendo que éste debiera satisfacerla), instando la nulidad, en vez de acudir al divorcio; y que plantea un problema de coordinación con el art. 1902 CC. Es, desde luego, difícil delimitar, con contornos nítidos y precisos, el exacto ámbito de aplicación del art. 98 y su relación con el art. 1902.

Propongo la siguiente solución⁸²:

a) El art. 98 cubre los daños que, directamente, derivan de la convivencia *more uxorio* con una persona a la que se reputaba estar unido en un matrimonio, que, a la postre, resultó ser inválido: se trata, fundamentalmente, de un daño moral que tiene su origen en una intromisión de un “extraño” en la propia intimidad personal y familiar. Por lo tanto, la convivencia (verdadera *ratio* de la indemnización) desempeña, en relación al art. 98, una doble función: de un lado, es presupuesto del nacimiento del derecho a la indemnización; y, de otro, delimita el ámbito del daño resarcible a través del precepto⁸³.

prescindía del examen de la buena o mala fe de los contrayentes, a los efectos de determinar la obligación de satisfacer la pensión.

A este texto se presentaron dos enmiendas, que habrían de influir decisivamente en la redacción definitiva del precepto y que alejarían el art. 98 CC del art. 97 CC.

La enmienda nº 127 propuso la siguiente redacción: “El cónyuge cuyo matrimonio haya sido declarado nulo tendrá derecho a una indemnización si ha existido convivencia marital, atendidas las circunstancias previstas en el artículo anterior”. Se justificaba la sustitución de la “pensión” por una “indemnización”, con el argumento de que, de este modo, se llegaba a una solución más acorde con el supuesto de nulidad, que posee contornos específicos respecto de la separación o el divorcio; y, de otro, con la idea de sanción frente a un acto nulo (loc. ult. cit., vol. II, p. 1274).

La enmienda nº 376 propuso, igualmente, un cambio en la redacción del art. 98 CC en los siguientes términos: “El cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo no tendrá derecho a la pensión que establece el artículo anterior, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 95 de su derecho a reclamar daños y perjuicios que le hubiesen sido causados, si por la convivencia marital la sentencia produce una situación análoga. La justificación de la enmienda era la siguiente: “Estimamos que no cabe hablar de una *pensión entre cónyuges* en el caso de la nulidad porque nunca han sido *cónyuges*, nunca existió el matrimonio. Es una aberración jurídica. Lo que sí cabe es la existencia, en su caso, de una indemnización por daños y perjuicios, cosa a la que lógicamente sólo tendrá derecho el cónyuge de buena fe contra el de mala fe, y además del derecho que ya le atribuye el artículo 95” (loc. ult. cit., vol. II, p. 1386).

En el Informe de la Ponencia se cambió radicalmente la redacción del precepto: “El cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo tendrá derecho a una indemnización si ha existido convivencia conyugal, atendidas las circunstancias previstas en el artículo 97” (loc. ult. cit., vol. II, p. 1407). Y la Ponencia justificó el cambio de redacción del precepto en la aceptación “sustancial o parcial” de las enmiendas nº 127 (Grupo Comunista) y 376 (Grupo Vasco). Posteriormente, en el Dictamen de la Comisión de Justicia se sustituyó la expresión “convivencia marital” por la de “convivencia conyugal” (loc. ult. cit., vol. II, p. 1424) y el precepto no sufriría alteraciones en el ulterior iter parlamentario.

⁸² Que comparte M.ª A. Carrión Vidal: *La nulidad matrimonial civil*, Reus, Madrid, 2023, p. 387 y ss.

⁸³ No me convence la tesis que realiza una lectura del art. 98 CC en clave de “desequilibrio económico”, tal y como proponen C. Lasarte Álvarez y R. Valpuesta Fernández: “Comentario al art. 98 CC”, en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo título IV del Libro primero del Código civil* (coord. J.L. Lacruz Berdejo), 2ª ed., Madrid, 1994, pp. 1189-1190; M. León González: “La indemnización del artículo 98 del Código de Derecho Civil (Comentario a la Sentencia de 10 de marzo de 1992)”, *Anuario de Derecho Civil*, 1993, fasc. 2º, p. 970; y D. Vargas Aravena: *Daños civiles*, cit., pp. 326-327, aproximando, en definitiva, la indemnización del art. 98 CC a la pensión del art. 97 CC; y ello (sin perjuicio de lo ya dicho en la nota precedente), porque el desequilibrio económico que el cónyuge de buena fe pudiera sufrir respecto del de mala fe, tiene su cauce en el art. 95.II CC, según el cual “Si la sentencia de nulidad declara la mala fe de uno sólo de los cónyuges, el que hubiere obrado de buena fe podrá optar por aplicar en la liquidación del régimen económico matrimonial las disposiciones relativas al régimen de participación y el de mala fe no tendrá derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte”.

Por otro lado, esa lectura en clave de “desequilibrio económico” lleva a los autores a interpretar el art. 98 CC en el sentido de entender que la indemnización en él prevista también tendrá lugar, por razones de justicia,

b) En cambio, el art. 1902 permite resarcir aquellos daños que no tienen causa directa e inmediata en la convivencia, sino que derivan, más estrictamente, de la circunstancia de la celebración de un matrimonio nulo. Es, sobre todo, el daño moral, consistente en la frustración del propósito de formar una familia fundada en el matrimonio (con las consiguientes secuelas psíquicas), el cual tiene lugar, con independencia de que haya existido, o no, convivencia entre los contrayentes; y, así mismo, los gastos hechos y de las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio nulo, los cuales pierden su utilidad, tras su declaración de invalidez, por lo que también han de ser indemnizados⁸⁴.

Se trata, en definitiva, de la indemnización del daño *in contrahendo*, resultante de la lesión culpable del interés de la confianza. Nos encontramos, pues, ante un caso de responsabilidad prematrimonial por lesión de la libertad negocial⁸⁵. El hecho ilícito consiste en la infracción del principio de buena fe, el cual obliga a los contrayentes a un deber de lealtad y de corrección⁸⁶ para no defraudar sus recíprocas expectativas a la validez del matrimonio, evitando la concurrencia de causas de nulidad imputables a su comportamiento malicioso o negligente, como son la reserva mental o el error en cualidad inducido por una reticencia dolosa o culpable, como es el silenciar que el hijo que se espera es (o puede ser) de otro, que se está ligado por un previo matrimonio o que se ha dado positivo de VIH en una análisis, aunque éste no haya sido repetido (y, por lo tanto, no exista plena certeza de padecerse la enfermedad)⁸⁷.

cuando ambos contrayentes sean de buena fe, para evitar que, en este caso, se excluya una justa reparación. Sin embargo, esta interpretación parece ir contra lo que claramente se deduce del precepto, que, al identificar al acreedor de la indemnización, se refiere al cónyuge de buena fe, con lo que implícitamente presupone que el deudor es, exclusivamente, el de mala fe. En realidad, no parece necesario realizar esta interpretación forzada de la norma, si se considera que los desequilibrios que no puedan ser reparados a través del art. 95.II CC (entre ellos, señaladamente, los que tengan lugar, cuando ambos contrayentes sean de buena fe) podrán ser resarcidos a través del principio de enriquecimiento injusto, que opera prescindiendo de la buena o mala fe de los sujetos, tal y como acontece en el supuesto de extinción de uniones de hecho, donde se aplica dicho principio para reparar el perjuicio sufrido por el conviviente que se dedicó al cuidado de la familia o colaboró desinteresadamente en la actividad económica del otro. Sería absurdo aplicar el principio de enriquecimiento injusto en el caso de convivencia de hecho y negarla en el caso de convivencia fruto de un matrimonio declarado nulo.

⁸⁴ En favor de encuadrar el resarcimiento del daño moral derivado de la causación doloso o negligente de la nulidad matrimonial en el art. 1902 CC, con independencia de la explicación que den a la indemnización del art. 98 CC, se orientan R. de Ángel Yagüez: "Indemnización del daño moral resultante de la declaración de nulidad de matrimonio", *Diario La Ley*, 1986, 2º, pp. 717; G. García Cantero: "Comentario a los arts. 97 a 101 CC", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dirigidos por M. Albaladejo), tomo II, arts. 22 a 107 del Código civil, Edersa, Madrid, 1982, p. 448; y D. Vargas Aravena: *Daños civiles*, cit., pp. 327-332. No obstante, en opinión de E. Roca i Trías: "Comentario al art. 98 CC", cit., p. 629-630, estos daños son, precisamente, los contemplados en el art. 98 CC.

⁸⁵ Utilizando palabras de C.M. Bianca: *Diritto civile*, 2.1., *La famiglia*, 6ª ed., Milano, 2017, p. 170, a propósito de l'art. 129 bis cod. civ. italiano.

⁸⁶ En la doctrina italiana M. Bianca: *La buona fede nei rapporti familiari*, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 10 bis, 2019, p. 23, habla de la existencia un deber de lealtad, derivado de la buena fe, "quale dovere di informare l'altro familiare, nei limiti in cui ciò non comporti un apprezzabile sacrificio".

⁸⁷ Claro está que la obligación de resarcimiento presupone, no solo el dolo o la negligencia del demandado, sino también que el interés del demandante (que reclama el resarcimiento) sea digno de protección, por haber confiado, legítima y razonablemente, en la validez del matrimonio, lo que no tendrá lugar cuando haya conocido la reserva mental del otro contrayente.

2. La culpa como criterio de imputación de responsabilidad por el daño in contrahendo

La solución que se propone tiene como ventaja asegurar el resarcimiento del daño *in contrahendo*, en los casos en que no concurren los presupuestos del art. 98 CC⁸⁸.

Así sucederá, por ejemplo, cuando no haya existido convivencia entre los contrayentes o la celebración del matrimonio nulo sea imputable a la mala fe de un tercero, tal y como aconteció en un antiguo caso resuelto por el TS⁸⁹ en el que apreciada la existencia de temor reverencial respecto de la madre de uno de los contrayentes, la condena indemnizatoria fue fundamentada en el art. 1902 CC⁹⁰.

Pero, sobre todo, cuando no sea posible afirmar que el demandado conocía la causa de nulidad del matrimonio y no la comunicó al otro contrayente, ya que, en este caso, no concurre mala fe, en el sentido que habitualmente se entiende dicha expresión en relación con el art. 98 CC⁹¹. En cambio, la aplicación del art. 1902 CC no plantea ningún problema, cuando la reticencia del demandado no pueda ser calificada como dolosa, pero sí, por lo menos, de negligente, pues el criterio de imputación de responsabilidad en el que se basa el precepto es el dolo o la culpa⁹².

a) A este respecto, me parece interesante volver a referirme al caso resuelto por la sentencia de instancia⁹³ estimatoria de la demanda interpuesta por una mujer,

⁸⁸ Aunque el art. 98 CC se limite a decir que el cónyuge (*rectius* contrayente) de buena fe, hay que entender, implícitamente, que la indemnización o procede cuando ambos contrayentes tienen mala fe, ni tampoco cuando los dos son de buena fe, tal y como afirma la 9 marzo 1992 (AC 1993, 1406), según la cual en los “casos de buena fe concurrente y coincidente no opera el alegado artículo 98”; y en “los casos de mala fe de ambos, tampoco ha de aplicarse el precepto 98, pues la indemnización carece de toda razón de ser y consistencia”. En la doctrina se pronuncian en el mismo sentido L. Díez-Picazo y A. Gullón: *Sistema*, cit., p. 123; G. García Cantero: “Nulidad de matrimonio”, *Actualidad Civil*, 1993, nº 3, pp. 551-552; F. Igarua Arregui: “Comentario a la STS 26 noviembre 1985”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, enero-marzo 1986, nº 10, p. 3235; C. Martínez de Aguirre y Aldaz: “Régimen común a la nulidad, la separación y el divorcio”, en *Curso de Derecho civil (IV). Derecho de Familia* (coord. C. Martínez de Aguirre y Aldaz), 5ª ed., Edisofer, Madrid, 2016, p. 219; M.ª J. Reyes López: “El resarcimiento derivado de la declaración de nulidad matrimonial”, en *Daños en el Derecho de familia* (dir. J.R. De Verda y Beamonte), “Monografías de la Revista de Derecho Patrimonial”, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p. 204; y E. Roca i Trías: “Comentario al art. 98 CC”, en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 631-632. *Vid.*, no obstante, C. Lasarte Álvarez y R. Valpuesta Fernández: “Comentario al art. 98 CC”, cit., p. 1190; M. León González: “La indemnización”, cit., p. 970; y D. Vargas Aravena: *Daños civiles*, cit., p. 326, sosteniendo la aplicación del precepto en los casos de buena fe de ambos contrayentes.

⁸⁹ STS 21 enero 1957 (*Tol 4377413*).

⁹⁰ *Cfr.*, en favor de encuadrar la indemnización debida por un tercero por causación de la nulidad matrimonial en el art. 1902 CC, L. Díez-Picazo y A. Gullón: *Sistema*, cit., p. 58, 123; y E. Roca i Trías: “Comentario al art. 98 CC”, cit., p. 632, que se refieren al supuesto de matrimonio contraído por la coacción de un tercero.

⁹¹ *Cfr.*, en tal sentido, E. Roca i Trías: “Comentario al art. 98 CC”, cit., 632.

⁹² El problema práctico no se plantea –claro está– si se interpreta la expresión “mala fe” del art. 98 CC en sentido amplio, es decir, incluyendo en ella, no solo el dolo, sino también la culpa. Así lo hace SAP Madrid 19 febrero 2016 (*Tol 5687829*), según la cual el precepto resarce el daño moral derivado de la nulidad del matrimonio, sufrido por “quien confiadamente accedió al mismo, viéndose afectado, sin culpa suya, por la frustración de un proyecto de vida en común”, sin necesidad de que exista dolo, bastando “la mera actitud imprudente o negligente del demandado”, en este caso, la mujer, que había hecho creer al demandante que el hijo era suyo, razón por la cual se casó con ella. Dice, así, que “existía la posibilidad, perfectamente conocida por la misma, de que el embarazo que determinó la celebración del matrimonio obedeciese a sus relaciones con un tercero, lo que no manifestó” al entonces su novio.

⁹³ SAP Madrid 10 julio 2007 (*Tol 2039407*).

pretendiendo una indemnización por daño moral, al haberle ocultado el otro contrayente que era portador del VIH⁹⁴.

Los hechos son los siguientes. El demandado se sometió a un análisis en el que dio positivo de VIH, aconsejándosele realizar una nueva prueba, lo que no hizo. Tres años después contrajo matrimonio, sin informar a la mujer de su posible condición de portador de anticuerpos del VIH. Como consecuencia de haberse vacunado para realizar el viaje de novios a Sudáfrica, desarrolló la enfermedad, que le fue diagnosticada, aproximadamente, un mes después de la celebración del matrimonio, momento en el que informó a la mujer, que, afortunadamente, no fue contagiada, a pesar de que habían mantenido relaciones sexuales sin la utilización de profilácticos.

La Juez *a quo* entendió que no podía imputarse responsabilidad al demandado, por no informar de una enfermedad diagnosticada después de la celebración del matrimonio, dando por bueno un informe clínico, según el cual había padecido una “amnesia selectiva”, como consecuencia de la cual no era consciente de ser portador de los anticuerpos del VIH, lo que explicaría que no hubiera informado del resultado positivo del análisis al que se había sometido antes de casarse. La Audiencia revocó la sentencia recurrida, afirmando “la existencia de culpa en la conducta del demandado”, condenándole al pago de una indemnización de 30.000 euros, sin pronunciarse sobre el carácter contractual o extracontractual de su responsabilidad.

Es evidente que, de haberse encauzado la pretensión resarcitoria a través del art. 98 CC, la suerte del proceso hubiera sido incierta, pues es dudoso que la conducta del demandado pudiera ser calificada como dolosa. Sin embargo, para la aplicación del art. 1902 CC bastaba la mera culpa del autor del hecho dañoso, la cual sí concurrió según la Audiencia, sosteniendo ésta que la omisión del demandado de “no comunicar su enfermedad [a la actora] poniéndola en riesgo de poder contraerla, no puede sino calificarse como una omisión que se ha de atribuir a título de culpa, pues dadas las circunstancias concurrentes, no sólo tenía que habérselo comunicado por cuanto se trata de un deber de cualquier persona con otra respecto de la que pretende hacer una vida en común, sino porque existía un riesgo de poder contagiarle la enfermedad”.

La Audiencia concluyó afirmando que había existido un daño moral resarcible “derivado de la misión con culpa al ocultar [el demandado] su enfermedad, con una relación directa en cuanto a tal conducta omisiva, por cuanto no cabe duda de que al

⁹⁴ El ocultamiento de ser portador del VIH puede llegar a ser delictivo cuando concurre imprudencia grave. Así lo ha declarado la STS 6 junio 2011 (*Tol 2143155*), que resuelve un caso en el que el varón, portador del VIH y habiendo desarrollado SIDA, mantiene relaciones frecuentes con uso de preservativo (que se rompió en varias ocasiones) con su pareja, sin habérselo comunicado. Como consecuencia de ello, la mujer quedó embarazada, resultando infectadas tanto la madre como la hija nacida de esas relaciones sexuales. El Supremo entiende que no existe dolo en la actuación del acusado, si bien la conducta debe ser calificada como de imprudencia grave, “por la importancia del riesgo ocasionado y la entidad del resultado potencial derivado del mismo (el contagio del Sida) [...], pues, aún con la utilización del preservativo, tal resultado [...] era no sólo evitable sino sin duda también previsible”, condenando al acusado, finalmente, por dos delitos de lesiones imprudentes en concurso ideal.

descubrir [la actora] la enfermedad de su pareja, el hecho de haber mantenido relaciones sexuales sin las precauciones debidas, tratarse de una enfermedad que es transmisible; hasta que pudo constatar que no estaba contagiada, sus sentimientos no pudieron ser otros que el sufrimiento psíquico, zozobra, ansiedad, angustia, sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o incertidumbre que son los que la jurisprudencia ha constatado para derivar el daño moral, máxime cuando la pareja había contraído matrimonio, lo que en principio implica la existencia de un plan de vida en común, e incluso se ha de derivar de las pruebas practicadas el deseo de procrear”.

Por lo tanto, el hecho de que la demandada no hubiera sido contagiada no excluyó el resarcimiento del daño moral, si bien fue tenido en cuenta para moderar su cuantía, que quedó fijada en 30.000 euros. La Audiencia observó, así, que “la falta de consecuencias a medio o a largo, tampoco nos puede llevar a entender que el daño moral puede ser una cantidad simbólica, siempre y cuando no podemos obviar la conducta [del demandado] que de manera irresponsable pone en riesgo de contraer la enfermedad a la persona que había decidido casarse con él, con lo que tal hecho lleva consigo, no sólo [...] la falta de lealtad a su pareja, sino también el hecho de truncar las expectativas de vida en común”⁹⁵.

b) También me parece pertinente traer a colación la más reciente sentencia⁹⁶ que ha estimado la demanda de resarcimiento del marido a quien la mujer le había hecho creer que la hija que esperaba era suyo, razón por la cual se había casado con ella.

El demandado argumentaba que, después de casarse empezó a sospechar que su mujer le era infiel, porque la misma recibía llamadas y mensajes de un compañero de trabajo, si bien ella lo negaba, hasta que, tres años después de celebrarse el matrimonio, tras una discusión, le dijo que iba a divorciarse y que se iba a vivir con el verdadero padre de la niña, ante lo cual decidió hacerse una prueba de paternidad, que descartó que él fuera el padre biológico. Descubrió, además, que la mujer lo sabía desde hacía dos años antes, pues, el anterior novio se había sometido a una prueba que había dado como resultado que él era el padre biológico.

El marido interpuso demanda de resarcimiento contra la mujer y el padre biológico, por haberle ocultado que no era el padre de la menor, circunstancia esta que ambos sabía, al menos desde que el anterior novio se había hecho la prueba de paternidad. La demandada se opuso, argumentando que, al tiempo de casarse, pensaba que su marido era el padre de la hija que esperaba y que, cuando supo que no lo era, se

⁹⁵ La sentencia excluyó, en cambio, la indemnización de los gastos de boda, por entender que no habían sido probados y porque “no pueden conceptuarse como daños y perjuicios, sino que se trata de cantidades abonadas para una celebración, que, en definitiva, se llevó a cabo”.

No podemos estar de acuerdo con esta afirmación, porque, aunque el matrimonio se celebrara, los gastos de boda perdieron toda su utilidad, una vez que aquél fue declarado nulo. De ahí que, si hubiesen sido probados, debieran haber sido indemnizados, como admiten las SSAP Zaragoza 2 junio 1997 (AC 1997, 1284) y Toledo 14 noviembre 2001 (AC 2001, 2509).

⁹⁶ SAP Madrid 24 mayo 2019 (Tol 7388024).

lo había comunicado a su esposo, que, sin embargo, no quiso dar credibilidad a los resultados de la prueba para salvar el matrimonio.

La demanda fue desestimada en primera instancia, pero estimada en segunda instancia, condenándose a la mujer demandada (y absolviéndose al anterior novio), por aplicación del art. 1902 CC.

Observa la Audiencia que la mujer había mantenido antes del matrimonio relaciones sexuales esporádicas con su anterior novio, “existiendo cercanía temporal en una de ellas y en la que la citada”, por lo que claramente “la duda sobre la paternidad era una realidad por ella conocida de forma necesaria, que no comunicó, como exige una actuación leal y de buena fe, al que entonces era su novio, y más al contrario, le manifestó que se había quedado embarazada de él, lo que determinó que contrajesen matrimonio en los meses posteriores” y que la niña que nació fuera considerada como “hija suya e inscrita como hija matrimonial de ambos, manteniendo el apelante una relación afectiva con la niña derivada de su considerada relación paternal, con los consiguientes e intensos vínculos que esa situación genera”.

Concluye que, al haber comunicado la demandada al demandante “las dudas sobre la paternidad biológica de la menor, ni en el momento de conocer que estaba embarazada, ni posteriormente” (cuando tuvo conocimiento cierto de que el otro demandado era el padre biológico de la niña”, “concurrían los requisitos que el art. 1902 CC exige, es decir, un comportamiento o conducta culposa que ha generado causalmente un daño derivado de esa ocultación”.

III. 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 conyugales⁹⁷, consagrados en los arts. 67 y 68 CC⁹⁸.

⁹⁷ 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, G. García Cantero: "Comentario al art. 67 CC", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dirigidos por M. Albaladejo), tomo II, arts. 22 a 107 del Código civil, Edersa, Madrid, 1982, p. 186; Id.: "Comentario al art. 68 CC", *ibi*, pp. 195-196; M.^a C. Gete-Alonso y Calera: "Comentario al art. 67 CC", en *Comentarios a las reformas del derecho de familia*, Tecnos, Madrid, vol. I, 1984, p. 322; J.L. Lacruz Berdejo: "Efectos del matrimonio", en Lacruz Berdejo, J. L. y otros: *Elementos de Derecho civil, IV, Derecho de familia*, 3^a ed., fascículo 1^o, Bosch, Barcelona, 1989, pp. 146-147; Id.: "Comentario al art. 68 CC" (redacción del precepto en la 2^a 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), 2^a ed., Civitas, Madrid, 1994, p. 657; M.^a T. Marín García de Leonardo: "Separación y divorcio sin causa. Situación de los daños personales", *Revista de Derecho Patrimonial*, 2006-1, n^o 16, pp. 154-155; M.^a A. Novales Alquézar: "Hacia una teoría general de la responsabilidad civil en el Derecho de Familia. El ámbito de las relaciones personales entre los cónyuges", *RJN*, 2006, n^o 60, pp. 201-203 y 207; A.M. Romero Coloma: "El deber de fidelidad conyugal y la responsabilidad civil por su infracción", *La Ley*, n^o 7646, Sección Doctrina, 7 junio 2011, Año XXXII; y D. Vargas Aravena: *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 J. Ferrer Riba: "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, A. M.^a Rodríguez Guitián: "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; *Id.*: "De nuevo sobre la reparación de los daños en el ámbito del matrimonio (A propósito de la STS de 14 de julio de 2010)", *La Ley*, n^o 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 L. López de la Cruz: "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 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".

⁹⁸ La jurisprudencia francesa es claramente favorable a acudir a la responsabilidad civil como mecanismo de tutela de los deberes conyugales, y ello, a pesar de que en el Derecho galo existe un precepto específico, el art. 267 del *Code*, el cual prevé que el cónyuge que obtenga el divorcio, por culpa exclusiva de su consorte,

1. Nuestra posición general sobre la cuestión del resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de las obligaciones conyugales

A mi parecer, cabe el resarcimiento del daño moral por incumplimiento de los deberes conyugales por la vía del art. 1902 CC⁹⁹.

El argumento de acudir a la pensión compensatoria, para negar la posibilidad de que prosperen demandas de responsabilidad civil por incumplimiento de deberes conyugales, nos parece insostenible¹⁰⁰.

pueda obtener del mismo una indemnización de daños y perjuicios, con el fin de reparar las consecuencias, de particular gravedad, que sufra, a consecuencia de la disolución del matrimonio (a lo que también tiene derecho el cónyuge, que haya sido demandado en un divorcio pronunciado por alteración definitiva del vínculo conyugal, si él mismo no ha presentado ninguna demanda de divorcio).

En la práctica judicial del país vecino se ha planteado en numerosas ocasiones la cuestión de si este precepto impide al cónyuge que sufre un daño distinto que pueda demandar su resarcimiento por la vía del derecho común, esto es, mediante la aplicación del principio general de responsabilidad civil extracontractual contenido en el art. 1382 del mismo Código (actual art. 1240, tras la reforma llevada a cabo por la Ordenanza 131/2016, de 10 febrero 2016).

La Corte de Casación se ha pronunciado reiteradamente a favor de la compatibilidad de los dos preceptos, en diversos fallos, que casan y reenvían sentencias de apelación, las habían denegado una pretensión resarcitoria, formulada al amparo del art. 1382, con el argumento de que en el ámbito del divorcio este precepto quedaba desplazado por el art. 267 (ambos del *Code*). *Vid.* así Ch. Civ. 2ª 27 febrero 1980 (B.C. 1980, II, nº 45), Ch. Civ. 2ª 25 junio 1980 (B.C. 1980, II, nº 2), Ch. Civ. 2ª 11 febrero 1981 (B.C. 1981, II, nº 30), Ch. Civ. 2ª 13 marzo 1985 (B.C. 1985, II, nº 64), Ch. Civ. 1ª 26 febrero 1996 (B.C. 1996, II, nº 47), Ch. Civ. 1ª 11 enero 2005 (B.C. 2005, I, nº 13), Ch. Civ. 1ª 6 julio 2005 (B.C. 2005, I, nº 307) y Ch. Civ. 1ª 12 enero 2011 (Juris-Data: 2011-000233).

El vigente art 1792.1º CC de Portugal, en la redacción dada al precepto por la Ley 61/2008, de 31 de octubre, reconoce expresamente el cónyuge lesionado tiene derecho a pedir la reparación de los daños causados por el otro conforme al régimen general del derecho común.

Supr. Trib. Just. 8 septiembre 2009 (464/09.7YFLSB) explica que esta nueva redacción confirma la posibilidad de reparar el daño moral resultante del incumplimiento de los deberes conyugales, siempre que el demandante acredite haber sufrido un daño, disgusto o perjuicio anímico (ocasionado por un comportamiento culpable del otro consorte), que, por su gravedad, merezca tutela jurídica en los términos del art. 496.1º del Código civil portugués, negando el resarcimiento del mero disgusto ocasionado por la ruptura de la relación conyugal, como proyecto de vida.

Sin embargo, lo cierto es que se discute si el resarcimiento del daño moral exige que la violación del deber conyugal suponga una lesión simultánea de un derecho de la personalidad del cónyuge ofendido.

La cuestión ha sido abordada por Supr. Trib. Just. 12 mayo 2016 (2325/12.3TVSLB.L1.S1) *Cadernos de Direito Privato*, nº 61, 2018, enero/marzo, que ha afirmado que es claro que el cónyuge ofendido tiene derecho a ser indemnizado en los términos generales de la responsabilidad, cuando exista una violación concomitante de las obligaciones conyugales y de los derechos de la personalidad, y, que, cuando no la haya, la solución es más dudosa, debiendo decidirse la cuestión en atención a las circunstancias del caso concreto. En el supuesto enjuiciado consideró que la violación de los deberes de fidelidad, de asistencia y de respeto durante once años por parte del marido, que abandonaba intermitentemente el domicilio conyugal para irse a vivir con sucesivas mujeres (desatendiendo, además, el pago de los gastos familiares), había causado un daño al derecho de la personalidad de la mujer al respeto a su integridad psíquica, ocasionándole una depresión persistente. Cuantifico el daño moral en 15.000 euros.

⁹⁹ Para una profundización de los fundamentos de esta posición nos remitimos a Verda y Beamonte, J. R. y Chaparro Matamoros, P.: "Responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales", en *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares* (coord. J.R. de Verda y Beamonte), "Monografías de la Revista de Derecho Patrimonial", Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 103-174.

¹⁰⁰ A. Fraccon: "Nuovi approdi della responsabilità civile. Anche la Cassazione oltrepassa la soglia dei rapporti tra coniugi", *Giur. it.*, 2006, abril, c. 699, observa que no puede justificarse una especie de inmunidad relativa, invocando una especial tutela de las instituciones familiares, como, por ejemplo, la pensión compensatoria por divorcio. La diversa naturaleza y finalidad de estos remedios dejan intacta la aplicabilidad del art. 2043 del *Codice*, para aquellos comportamientos que presenten los requisitos de la responsabilidad civil, del mismo modo que no excluyen la tutela penal, allá donde se produzcan sus supuestos de hecho típicos.

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

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

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

2. Presupuestos de la responsabilidad

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 infractor¹⁰¹.

A) El daño moral resarcible

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

¹⁰¹ Desde mi 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. D. Vargas Aravena: *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”.

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 personalidad¹⁰².

Hay que insistir en que la finalidad de la responsabilidad civil no es sancionar 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) La culpa como criterio de imputación de la responsabilidad

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 grave¹⁰³.

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,

¹⁰² Sobre la valoración y reparación del daño originado en el ámbito de las relaciones familiares, en general, *vid.* M.^a Sainz-Cantero Caparrós y A. M.^a Pérez Vallejo.: *Valoración y reparación*, cit., pp. 209 y ss.

¹⁰³ M.^a T. Marín García de Leonardo: “Remedios indemnizatorios en las relaciones conyugales”, en *Daños en el Derecho de familia* (coord. J.R. de Verda y Beamonte), “Monografías de la Revista de Derecho Patrimonial”, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 160-161.

diversa, es que se aplique un criterio subjetivo de atribución de responsabilidad civil, más rígido que el ordinario, lo que ya no nos parece correcto¹⁰⁴.

C) El nexo de causalidad

Ha de quedar acreditada la existencia de un nexo de causalidad entre el incumplimiento de los deberes conyugales y el daño moral, cuya reparación se pide¹⁰⁵.

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

El hecho dañoso no tiene porqué 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 redacción¹⁰⁶.

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 conyugales¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Vid. en este sentido J. Barceló Doménech: "La responsabilidad por dolo en las relaciones familiares", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 4 ter, 2016, pp. 294 y ss.; M.ª B. Sainz-Cantero Caparrós y A. M.ª Pérez Vallejo: *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 STS 30 junio 2009 (*Tol 1570770*), 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.

¹⁰⁵ M.ª Sainz-Cantero Caparrós y A. M.ª Pérez Vallejo: *Valoración y reparación*, cit., pp. 129 y ss., estudian, con gran detalle, esta materia.

¹⁰⁶ Sobre el tema de los deberes conyugales, en general, puede consultarse M.ª A. Novales Alquézar: *Las obligaciones personales del matrimonio en el Derecho comparado*, I y II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2009.

¹⁰⁷ Cass. Civ. 10 mayo 2005, n. 9801, *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 parte del deber de recíproca asistencia, sino únicamente aquellas conductas, que, por su intrínseca gravedad, sean agresiones a derechos fundamentales de la persona.

Los deberes conyugales son las obligaciones recíprocas contempladas en los arts. 67 y 68 CC, que constituyen la causa del negocio jurídico matrimonial¹⁰⁸, esto es, las de convivencia¹⁰⁹, asistencia¹¹⁰, respeto¹¹¹ y fidelidad¹¹².

¹⁰⁸ Como constata S. Carrión Olmos: "Reflexiones de urgencia en torno a las Leyes 13 y 15/2005, por las que se modifica el Código civil en materia de separación y divorcio y derecho a contraer matrimonio", *La Ley*, 19 de julio de 2005, p. 3.

¹⁰⁹ El deber de convivencia constituye la premisa de la existencia de una plena comunidad de vida entre los cónyuges y actúa como condición para el ejercicio de los demás. Por lo tanto, el incumplimiento de este deber que, con frecuencia, comportará el de otros, puede determinar la causación de daño moral resarcible.

A mi parecer el abandono de hogar puede dar lugar a una reparación de un daño moral, si tiene lugar de manera intempestiva e injustificada, siendo ilustrativa la jurisprudencia francesa, que ha conocido diversos supuestos de este tipo.

Cour Poitiers 13 abril 2010 ("Juris-Data": 2010-009314) condenó al marido a pagar 1.500 euros a la mujer, a quien comunicó, por teléfono, mientras estaba comprando en un mercado situado a 10 kilómetros del domicilio conyugal, que abandonaba la vivienda y se separaba. Dicha comunicación tuvo lugar después de haber regresado los cónyuges de vacaciones y de haber decidido, pocos meses antes, adquirir un apartamento. La Corte se refiere a la "brutalidad" con que el marido informó de una decisión, totalmente inesperada para los miembros de su familia.

Cour Paris 8 septiembre 2010 ("Juris-Data": 2010-016261) condenó a la mujer que había abandonado el domicilio conyugal, llevándose al hijo común y una parte de los muebles, a pagar al marido 2.000 euros.

Cour Orléans 9 noviembre 2010 ("Juris-Data": 2010-026273) condenó a pagar 3.000 euros al marido francés, que había contraído en Argelia matrimonio con una nacional de este país y al día siguiente retornó a Francia, viviendo sólo en Europa, comportamiento éste, que se califica por la sentencia como "brutal" e "intempestivo".

¹¹⁰ Son interesantes algunos casos extraídos de la jurisprudencia francesa.

Cour Douai 26 noviembre 2009 ("Juris-Data": 2009-022300) condenó al marido a pagar a la mujer 3.000 euros, por no haber contribuido espontáneamente a sufragar las necesidades de la familia, durmiendo en un hotel y en un apartamento, poco después del nacimiento del segundo hijo del matrimonio, lo que ocasionaría a la demandante un intenso perjuicio moral.

Cour Aix-en-Provence 4 marzo 2010 ("Juris-Data": 2010-019876) condenó a la mujer a pagar al marido 10.000 euros, por haber mantenido un comportamiento hostil hacia él, obligándolo a abandonar el domicilio conyugal a la edad de 80 años, así como la región en la que había vivido durante largo tiempo, para tener que ir a refugiarse en la casa de su anterior mujer, que lo acogió. El marido había tenido que dejar de trabajar como dentista, debido a un problema ocular, razón por la cual perdió su fuente de ingresos, disminuyendo el nivel de vida de la familia. La mujer lo invitaba continuamente a irse de casa, porque decía que no quería ocuparse de un indigente, hasta que finalmente lo consiguió, lo que fue considerado por la Corte como una conducta contraria al deber de asistencia.

¹¹¹ Hay conductas contrarias al deber de respeto que, sin duda, pueden considerarse atentatorias contra el derecho al honor y que, por tanto, darían lugar, al resarcimiento ex art. 9 de la LO 1/1982, de 5 de mayo.

Así ocurriría cuando se insultase gravemente al otro cónyuge.

Ch. Civ. 1ª 11 enero 2005 (B.C. 2005, I, nº 13), así, la sentencia recurrida, que había pronunciado el divorcio por culpa de la mujer, a quien se le atribuía un comportamiento violento, injurioso y humillante, incluso en presencia de terceros, respecto de su marido, pero que, sin embargo, había rechazado la demanda de resarcimiento de este último, con el argumento de que en los juicios de divorcio no resultaba procedente la aplicación del art. 1382 del "Code"

Cour Aix-en-Provence 24 mayo 2011 (JurisData: 2011-012129) condenó al marido a pagar a la mujer 2.000 euros, por haber tenido un comportamiento injurioso y agresivo, después de su separación, dejándole en el contestador automático del teléfono mensajes groseros y amenazantes.

El derecho al honor se vulnera igualmente, cuando se atribuyen hechos falsos, que hacen desmerecer en la consideración social.

Así, Cour Versailles 28 octubre 2010 (JurisData: 2010-020727) condenó al marido a pagar 8.000 euros, como consecuencia de haber escrito un correo electrónico a la dirección americana de la empresa en que trabaja su mujer, en el cual se decía que su promoción profesional se había debido al hecho de mantener una relación sexual con su jefe, lo que motivaría una investigación interna en el seno de la sociedad. Observa la Corte que el marido, al difundir injurias en el medio profesional en el que su cónyuge desarrollaba su labor profesional, sin tener en cuenta las consecuencias que de ello podría derivarse, había incumplido gravemente la obligación conyugal de respeto mutuo.

Cour Nîmes 18 mayo 2011 (JurisData: 2011-015641) condenó al marido a pagar 2.000 euros a la mujer, a la que había acusado de mantener una relación extraconyugal y de no ocuparse de los hijos, pidiéndole que regresara con ellos a la casa de sus padres.

También se lesionaría el derecho al honor, cuando se sometiera al otro cónyuge a un comportamiento socialmente humillante.

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 disposición¹¹³ 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 preferencias¹¹⁴.

Cour Paris 2 octubre 2010 (JurisData: 2010-020212) condenó al marido a pagar a la mujer 10.000 euros, por su falta de delicadeza, al haber anunciado durante una carrera de caballos su intención de divorciarse, enterándose la demandante de esta circunstancia por amigos que estaban presentes en dicha carrera.

Cour Aix-en-Provence 24 mayo 2011 (JurisData: 2011-012130) condenó al marido a pagar 2.000 euros a la mujer, con el fin de reparar el daño moral que esta última había sufrido, ante la imposibilidad de poder entrar en el domicilio conyugal, por haberse cambiado (sin que lo supiera) la cerradura de la puerta, cuando pretendía entrar en la vivienda en compañía de varias amigas, lo que la Corte calificó como “algo particularmente humillante”.

En ocasiones, la intromisión ilegítima del derecho al honor se producirá, de manera refleja, como consecuencia de la realización, por parte del otro consorte, de actos deshonorosos, por razón de la intensidad de la relación personal que deriva de la comunidad de vida existente entre los cónyuges.

Cour Toulouse, 1ª Ch., 2ª Sect., 21 marzo 2006, nº 05/03162 (D. on-line) condenó al marido a pagar 5.000 euros a la mujer, como consecuencia del comportamiento exhibicionista de su marido, el cual, en una reunión familiar, había reconocido su problema, así como haber realizado diversas llamadas telefónicas a una muchacha de 17 años, en cuya mesa (así como en el bolsillo de su vestido) había dejado fotografías de hombres desnudos. La Corte consideró que la difusión de un comportamiento de su cónyuge, altamente reprobado por la moral social, suponía una humillación para la esposa, a la que, por este motivo, se le causaba un daño moral cierto.

Cour Pau 13 abril 2010 (Juris-Data: 2010: 006211) condenó al marido a pagar a la mujer 5.000 euros, como consecuencia de haber introducido y escondido en el domicilio familiar (desconociéndolo su cónyuge) bolsas, sin comprobar su contenido, sufriendo la mujer daños morales, al ser detenida (junto con el hijo menor) en su propia vivienda por la policía y ser sujeta a prisión preventiva en el marco de una actuación judicial contra el terrorismo.

Cour Bordeaux 15 marzo 2011 (Juris-Data: 2011-008834) entendió que el marido, condenado penalmente por difusión de imágenes pedófilas, debía pagar a su mujer 5.000 euros, por los temores que ésta había podido tener sobre la incidencia del comportamiento de su cónyuge sobre el desarrollo moral de los hijos comunes y por la humillación que había sufrido al ser registrado el domicilio familiar en busca de pruebas, lo que le obligó a seguir un tratamiento psicológico.

Cour Reims, 1ª Ch. 2ª Sect., 8 abril 2011, nº 10/01180 (D. on-line). condenó al marido a pagar a la mujer 1.000 euros, como consecuencia de la humillación que ésta había sufrido en el seno de la pequeña comunidad religiosa (baptista) a la que pertenecía el matrimonio. El marido, que era diácono de la iglesia, tenía una actitud “ambigua” hacia las mujeres jóvenes, la cual fue denunciada por alguna de ellas ante el pastor, por considerarla impropia de un cristiano. El marido, como consecuencia del escándalo, tuvo que dimitir de su cargo de diácono.

¹¹² Nada digo aquí respecto del incumplimiento del deber de fidelidad, pues a esta materia me refiero con detenimiento, *supra*, en texto.

¹¹³ S. Carrión Olmos: “Separación y divorcio tras la Ley 15/2005, de 8 de julio”, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia de 2005* (coord. J.R. de Verda y Beamonte), “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”.

¹¹⁴ L. Díez-Picazo y A. Gullón: *Sistema*, cit., p. 88, 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”. E. Serrano Gómez: “Efectos del matrimonio”, en E. Serrano Alonso 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, p. 70, entiende que “esta referencia ‘a compartir las responsabilidades domésticas’, se trata de una concesión legal del legislador a determinados movimientos feministas”.

Este intervencionismo estatal, calificado como “una norma de pedagogía social”¹¹⁵, que pretende imponer a los cónyuges un modelo de organización de las tareas domésticas, basado en la igualdad (aunque expresamente no se utilice esta palabra), resulta paradójico¹¹⁶, 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 mi 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 aquélla en la que se pacta una distribución por igual de las tareas domésticas¹¹⁷.

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

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 mi posición general sobre el tema, me centraré en dos casos que creo ilustran bien la práctica jurisprudencial española: en primer lugar, el del incumplimiento del deber de respeto, que origina una intromisión ilegítima en el derecho

Tiene razón M. Paradiso: *I rapporti personali tra coniugi*, en *Il codice civile. Commentario* (dir. P. 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.

¹¹⁵ M.^a L. Atienza Navarro: “La incidencia de las reformas de 2005 en materia de efectos personales del matrimonio”, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia de 2005* (coord. J. R. de Verda y Beamonte), “Colección Monografías Aranzadi”, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 160-161, p. 153.

¹¹⁶ M.^a L. Atienza Navarro: “La incidencia”, cit., p. 156; y M.^a T. Marín García de Leonardo: “Remedios indemnizatorios”, cit., p. 157, llaman la atención sobre este punto.

¹¹⁷ J. L. Lacruz Berdejo: “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”.

fundamental a la intimidad del otro cónyuge; y, en segundo lugar, el del incumplimiento del deber de fidelidad.

3. 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.

A) La prevalencia práctica de la vía penal sobre la civil: el delito de descubrimiento y revelación de secretos

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”¹¹⁸, 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 víctima¹¹⁹.

En no pocos casos, el infractor pretende apoderarse de documentos para poder aportarlos en juicio (por ejemplo, cartas en que consta el importe de nóminas¹²⁰ o pensiones¹²¹, o

¹¹⁸ Vid. en este sentido SSTS 20 junio 2003 (*Tol 293934*) y 21 marzo 2007 (*Tol 1050619*), 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 (*Tol 2101512*) y SAP Toledo 22 marzo 2011 (*Tol 2122383*).

¹¹⁹ Vid. en este sentido STS 20 junio 2003 (*Tol 293934*) y STS 30 abril 2007 (*Tol 1106835*), SAP Barcelona 22 noviembre 2006 (JUR 2007, 181899), AAP Barcelona 18 enero 2008 (JUR 2008, 106746), SAP Albacete 27 octubre 2009 (*Tol 1754107*) y SAP Toledo 22 marzo 2011 (*Tol 2122383*).

¹²⁰ Vid. en este sentido SAP Huesca 26 noviembre 2009 (*Tol 3800933*).

¹²¹ Vid. en este sentido STS (Sala 2ª) 23 octubre 2000 (*Tol 3800931*) y SAP Huesca 26 noviembre 2009 (*Tol 3800933*).

declaraciones de renta¹²²) 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, una sentencia del TS¹²³, 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 TS 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”.

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”¹²⁴.

¹²² Vid. en este sentido SAP Madrid 10 septiembre 2010 (*Tol* 2022404), 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.

¹²³ STS 21 marzo 2007 (*Tol* 1050619).

¹²⁴ Vid. en el mismo sentido SSAP Valencia 4 junio 2002 (JUR 2002, 231802), Huesca 26 noviembre 2009 (*Tol* 3800933) y Madrid 10 septiembre 2010 (*Tol* 2022404).

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”¹²⁵.

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”¹²⁶.

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.

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, me 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

¹²⁵ 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”.

¹²⁶ Vid. 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).

“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.

Una sentencia de instancia¹²⁷ 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 intimidad¹²⁸.

¹²⁷ SAP Barcelona 17 enero 2011 (ToI 2101512).

¹²⁸ Vid. en este sentido J. Vidal Martínez: *El derecho a la intimidad en la Ley Orgánica de 5-5-1982*, Montecorvo, Madrid, 1984, p. 72.

A mi 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. Creo 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 intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno”.

Una sentencia de instancia¹²⁹ 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”.

¹²⁹ SAP Madrid 7 diciembre 2005 (ARP 2006, 70).

B) Supuestos de intromisión ilegítima

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 emplazamiento 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

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.

El TS 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 amigos¹³⁰. Así mismo, 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, se condenó a pagar, en concepto de responsabilidad civil, 1.000.000 de pesetas a su cónyuge (solidariamente con su secretaria, cómplice de la misma)¹³¹.

b) La revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo

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.

En la jurisprudencia de instancia se 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 infidelidad¹³².

Así mismo, en un supuesto semejante, se condenó al acusado a la misma pena, además de al pago de una indemnización de 900 euros por daño moral, afirmándose 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 mismo¹³³.

Cada vez es más frecuente que la intromisión ilegítima se lleve a cabo mediante la interceptación y apoderamiento de correos electrónicos¹³⁴.

A este respecto es ilustrativa una sentencia 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 por la ruptura no asumida se apropió de datos íntimos y personales” de su antigua compañera

¹³⁰ STS 14 mayo 2001 (*Tol 4926171*).

¹³¹ STS 20 junio 2003 (*Tol 293934*).

¹³² SAP Valencia 4 junio 2002 (JUR 2002, 231802).

¹³³ la SAP Albacete 21 noviembre 2002 (ARP 2002, 855).

¹³⁴ *Vid.* en este sentido, por ejemplo, SAP Jaén 12 mayo 2011 (*Tol 2228074*).

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”¹³⁵.

c) La captación o difusión de imágenes de desnudos del otro cónyuge

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).

Una sentencia de instancia 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”¹³⁶.

d) La prohibición de divulgar entre terceros aspectos de la vida íntima del otro cónyuge

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 familia¹³⁷.

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 matrimonio¹³⁸.

¹³⁵ SAP Albacete 27 octubre 2009 (*Tol 1754107*).

¹³⁶ SAP Asturias 1 septiembre 2010 (ARP 2010, 1177).

¹³⁷ En la jurisprudencia italiana Cass. Civ. 11 mayo 1977, n° 1814, *Dir. fam.*, 1977, p. 1141, condenó a la mujer, que había informado a terceros de la enfermedad venérea padecida por su marido.

¹³⁸ *Cfr.* en este sentido G. García Cantero: “Comentario al art. 67 CC”, cit., p. 185; M.^a C. Gete-Alonso y Calera: “Comentario al art. 67 CC”, cit., p. 324; y J.L. Lacruz Berdejo: “Efectos del matrimonio”, cit., p. 146. El deber de respeto de las confidencias maritales (“marital confidences”) es claro en la doctrina y jurisprudencia inglesas, que han venido perfilando los requisitos que deben concurrir en la revelación de las confidencias maritales, para que las mismas sean consideradas ilegales y, por lo tanto, den lugar al

Es ilustrativo el caso contemplado por una sentencia de instancia¹³⁹. 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”.

4. 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.

resarcimiento de los daños y perjuicios. N.V. Lowe y G. Douglas: *Bromley's Family Law*, 10ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 113-115, enumeran dichos requisitos: en primer lugar, que la información suministrada sea privada, esto es, que no sea de conocimiento general de otras personas; en segundo lugar, que haya sido dada en circunstancias de confianza, esto es, bajo el presupuesto de que el otro cónyuge no la divulgará a terceros, confianza que puede deducirse de la materia sobre la que verse la confidencia; y, en tercer lugar, que la divulgación de la información no haya sido autorizada por aquél a quien se refiere.

En la jurisprudencia francesa existen dos célebres resoluciones judiciales relativas al tema de la revelación en memorias de aspectos de la vida privada del anterior cónyuge.

Cour Paris 15 marzo 1990 (D 1990, IR 104) consideró que una artista había vulnerado el derecho a la vida privada de su antiguo cónyuge, al haber revelado en una obra de carácter autobiográfico episodios relativos a la vida personal de este último, el cual, si bien era llamado con un nombre ficticio, no obstante, era fácilmente identificable. Se realizaba, así, una descripción precisa del personaje, se revelaba la existencia de un anterior matrimonio, de un hijo nacido del mismo, se describían las relaciones con éste y se relataba su conducta infiel.

TGI Paris 5 marzo 1997 (“JurisData”: 1997-041022) resolvió el caso, relativo a las memorias publicadas por Brigitte Bardot, en las cuales la actriz se refería a sus sucesivos amantes y maridos, a veces, en términos muy hirientes. Uno de sus antiguos cónyuges, Jacques Charrier, la demandó, así como también su hijo Nicolás, nacido de aquél, al haber relatado la repulsión que le había provocado su estado de embarazo, sus tentativas de aborto, así como por haber expresado, en términos virulentos e intolerables, el desprecio y odio que había sentido hacia el niño que tenía que nacer. El Tribunal consideró que ni las particularidades del género literario de la obra escrita por la demandada, ni su celebridad internacional, ni el carácter pretendidamente histórico de sus memorias, le autorizaban para suscitar la curiosidad del público por revelaciones íntimas e hirientes, despreciando el derecho fundamental de los demandantes a la protección de su personalidad. Consideró, así, que la actriz había utilizado palabras hirientes para el niño, el cual, al publicarse las memorias, había descubierto la aversión de que había sido objeto por parte de su madre, condenando a ésta al pago de una indemnización por daño moral de 100.000 francos.

¹³⁹ SAP Gerona 18 marzo 2004 (AC 2004, 709).

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

a) La más conocida de ellas¹⁴⁰ 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 me 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. Al proceder de este modo, el legislador no hace, sino seguir el mandato contenido en el art. 32.2 CE, de regular “los derechos y deberes de los cónyuges”¹⁴¹.

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 juridicidad¹⁴² de los deberes conyugales, pues esta nueva orientación legal se explica en un planteamiento general,

¹⁴⁰ STS 30 julio 1999 (*ToI 1993904*).

¹⁴¹ El carácter jurídico de las obligaciones matrimoniales es claramente afirmado por la jurisprudencia italiana, que, en este punto es seguido por el común de la doctrina. *Vid.*, así, en la jurisprudencia, Cass. Civ. 10 mayo 2005, n. 9801, *Giur. it.*, 2006, abril, c. 693; Cass. Civ., sez. I, 15 septiembre 2011, n. 18853; y Cass. Civ., sez. III, 7 marzo 2019, n. 6598, *Guida al diritto*, 2019; y, en la doctrina, C. M. Bianca: *Diritto civile*, cit., p. 51, así como la aportación de R. Senigaglia: “Famiglia e rapporto giurido non patrimoniale”, *Giust. civ.*, 2019, fasc. 1, enero, 97 ss.

¹⁴² *Vid.* en este sentido A. M.^a Rodríguez Guitián: “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”.

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.

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, creo que la sentencia a la que nos estamos refiriendo, no creó jurisprudencia, pues, aunque existe una sentencia anterior, que resolvió un caso semejante a aquella, ésta no contenía la misma *ratio decidendi*.

b) Otra sentencia¹⁴³ contempló también 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 TS 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

¹⁴³ STS 22 julio 1999 (ToI 1993913).

dar lugar a una reparación de daños y perjuicios, como, en cambio, haría la posterior sentencia de 30 de julio, sino en la consideración de que no habían quedado acreditados los hechos aducidos por el demandante y recurrente, esto es, que la mujer había sabido y ocultado la filiación extramatrimonial del hijo. Por otro lado, parece que en este supuesto no podía alegarse la infidelidad de la mujer, cuando el propio demandante había incurrido en la misma conducta, ya que la sentencia canónica de separación tuvo como causa sus sevicias y adulterio.

A mi parecer, la tesis sustentada por la primera de las sentencias a la que nos hemos referido 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.

c) La tercera de las sentencias¹⁴⁴ fue neutra y, a mi parecer, era especialmente importante, no tanto por lo que dice, sino, 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, desestimó el recurso, pero no por razones de fondo. De hecho, a diferencia de lo que había declarado la primera de las sentencias citadas, en ningún momento, excluyó 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 ejercitada¹⁴⁵.

¹⁴⁴ STS 14 julio 2010 (*Tol 1944661*).

¹⁴⁵ La sentencia recurrida había rechazado que los hechos constituyeran un supuesto de daños continuados, afirmando que “aunque la jurisprudencia sobre daños continuados o de producción sucesiva e ininterrumpida declara que el plazo de prescripción no comienza a contar hasta la producción del definitivo resultado, también matiza que esto es así cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida”, para posteriormente añadir que “en el caso examinado sí cabe ese fraccionamiento o separación según los hechos probados puestos en relación con las alegaciones, fundamentos y peticiones de la demanda”. En base a esto, analiza las diferentes partidas exigidas por el actor, que pudo y debió haber reclamado mucho antes de la fecha de interposición de la demanda (15 noviembre 2005): “300.000 euros en concepto de daño moral por la pérdida de una hija a consecuencia de la declaración judicial de no ser su padre biológico, hecho coincidente con la fecha de la sentencia de 2003 a partir de la cual pudo ejercitar la acción; 100.000 euros por daños morales derivados de los daños físicos y secuelas psicológicas producidas por la separación matrimonial, acordada en sentencia de 12 de junio de 2002, reconociéndose en la demanda que el actor había sufrido un síncope en marzo y añadiéndose que el 3 de septiembre sufrió otro y se le implantó un marcapasos; 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, declarado judicialmente el 27 de marzo de 2003; y, en fin, 14.638'13 euros por daño patrimonial y enriquecimiento injusto derivado de haber criado, educado y alimentado como hija suya a quien no lo era, incluyendo en tal reclamación las transferencias hechas a la demandada desde el 2 de abril de 2001 hasta el 3 de noviembre de 2003”. Acoge el TS la tesis de la Audiencia de no encontrarnos ante un caso de daños continuados al ser posible diferenciar el origen de los distintos daños por los que se reclama indemnización y acepta como momento inicial del plazo de prescripción el establecido en la sentencia de instancia pues, dice el alto tribunal, “ni la separación conyugal es en sí misma ilícita, como tampoco lo es que el cónyuge ya separado conviva con otra persona, ni desde luego cabe encuadrar en el concepto de daño continuado, a los efectos jurídicos de que no comience a correr el plazo de prescripción de la acción, el recuerdo más o menos periódico, más o menos intenso u obsesivo, de lo sucedido anteriormente, incluso aunque este recuerdo pueda repercutir en el estado

d) La cuarta sentencia¹⁴⁶ es definitiva y parece zanjar la cuestión, a nivel jurisprudencial, por proceder del Pleno de la Sala Primera del TS, la cual ha casado la sentencia recurrida, que había condenado a la exmujer demandada a resarcir a su exmarido (con 15.000 euros), por el daño moral ocasionado, “dada la situación de clara frustración y desasosiego de quien durante mucho tiempo ha tenido relación, contacto y cariño con quien pensaba que era su hijo, para luego enterarse que se trataba de un hijo ajeno”, lo que le originó un estado de baja por daños psicológicos.

A tal efecto se afirma, tajantemente, que el ocultamiento doloso de la verdadera filiación biológica del hijo que el marido creía ser suyo no da lugar a un daño moral resarcible, negando, así, la aplicación de los preceptos generales de la responsabilidad civil, contractual (art. 1101 CC) o extracontractual (art. 1902 CC), en orden a la reparación de dicho daño. El TS emplea una serie de argumentos que, en parte, reproducen lo ya dicho, por la sentencia primeramente comentada, aunque de modo más desarrollada.

1º) En primer lugar, la negación del carácter jurídico de las obligaciones matrimoniales. Niega, así, que el daño “sea indemnizable mediante el ejercicio de las acciones propias de la responsabilidad civil, contractual o extracontractual, a partir de un juicio de moralidad indudablemente complejo y de consecuencias indudablemente negativas para el grupo familiar”; y afirma que “se trata de unos deberes estrictamente matrimoniales y no coercibles jurídicamente con medidas distintas”.

No reiteraré lo ya dicho, respecto a la indiscutible juridicidad que, a mi entender, tienen los derechos-deberes matrimoniales. Hay constatar, sin embargo, que el TS está confundiendo planos diversos: por un lado, el del resarcimiento del daño moral resultante de la estricta infidelidad (sea de la mujer o del marido); y, por otro, la reparación del ocasionado por el ocultamiento doloso de la paternidad biológica del hijo matrimonial, concebido como consecuencia de la infidelidad del otro cónyuge: evidentemente, los hechos que generan uno y otro daño no son los mismos (ni tampoco su reproche jurídico), aunque el segundo tenga como presupuesto el primero.

Además, el hecho cierto de que los cónyuges no puedan reclamarse el cumplimiento de sus obligaciones recíprocas por vía judicial no significa que no tengan carácter jurídico, sino que ello se explica por su naturaleza personalísima, que lleva a la imposibilidad práctica de su imposición coactiva por parte del Estado, lo que mermaría la libertad personal y la integridad física

de salud del sujeto, ya que de admitir semejante identificación el inicio del plazo de prescripción se prolongaría indefectiblemente, en todos los casos imaginables, hasta la muerte del propio sujeto, y por ende incluyendo la propia muerte entre los daños imputables al demandado por su conducta en cualquier tiempo pasado”. Por otra parte, el TS detecta una incongruencia en el recurso, al invocar el actor, de un lado, su incapacidad reconocida en un informe médico del día 16 de noviembre de 2005 (un día después de la fecha de presentación de la demanda), su ingreso hospitalario de 13 de enero de 2006 y la resolución de 12 de mayo siguiente como prueba de la continuidad o progresividad del daño, al tiempo que afirma, por otro lado, que el plazo de prescripción debe comenzar a correr en septiembre de 2005, coincidiendo con la fecha del informe médico que constata su “empeoramiento” y “la producción del definitivo resultado”. Por todo ello, entiende el TS que el recurrente debió haber ido por la vía de los daños permanentes, a la vista del planteamiento del motivo, “que presenta como continuación o agravación de los daños hechos posteriores a la propia presentación de la demanda para, después, situar incoherentemente el comienzo del plazo de prescripción en una fecha anterior”.

¹⁴⁶ STS 13 noviembre 2018 (ToI 6919709).

y moral de los esposos. No se puede pretender aplicar al matrimonio los esquemas propios del contrato, en concreto, el cumplimiento forzoso en forma específica de las obligaciones; y ello, porque el matrimonio no es un contrato, sino un negocio jurídico de Derecho de familia, que afecta profundamente a la persona de los cónyuges, en la medida en que les impone una plena comunidad de vida, material y espiritual, la cual no tiene parangón posible con ninguna de las relaciones jurídicas nacidas de la celebración de un contrato. Por otra parte, incluso en el ámbito de los negocios de carácter patrimonial, se excluye la ejecución específica de las obligaciones contractuales en los casos en los que la naturaleza de la obligación o su carácter personalísimo (*intuitu personae*) haga inviable tal ejecución.

La errónea posición de partida del TS hace que el mismo afirme que el daño indemnizable a supuestos que no tienen “su origen en el incumplimiento de los deberes propios del matrimonio, como es el deber de fidelidad del artículo 68 del Código Civil, sino en la condición de persona afectada por la acción culposa o negligente de quien lo causa”.

Se olvida, así, que la condición jurídica de casado no es la misma que la de soltero: quien contrae matrimonio asume voluntariamente un conjunto de derechos y deberes que integran un estado civil diverso al de no casado. Pero es que, además, estamos ante un daño moral que puede afectar a una persona no casada, respecto de la cual — obviamente— no hay obligación de fidelidad, ni juega la presunción de paternidad derivada del hecho de estar casado con la madre, pues no lo está: sin embargo, ésta, mediante afirmaciones falsas, puede inducirle a pensar que el hijo es suyo y, como consecuencia de ello, reconocerlo: si después llega a saber que, en realidad, no lo es, puede sufrir un daño moral semejante (aunque no idéntico) al que el TS se niega a reparar.

Por otro lado, es evidente, que, en ningún caso, estamos un juicio sobre la moralidad del cónyuge infiel, sino ante un juicio estrictamente jurídico, consistente en determinar si concurren los requisitos de la responsabilidad civil: no se trata tampoco de sancionar civilmente el comportamiento del cónyuge infiel, sino de reparar el daño moral causado por su infidelidad, cuya existencia en el supuesto enjuiciado es innegable.

2º) Un segundo argumento, usado por la sentencia comentada, es el de que el resarcimiento del daño moral al que nos venimos refiriendo causaría “consecuencias indudablemente negativas para el grupo familiar”.

No estoy muy seguro de a qué consecuencias negativas se refiere dicha afirmación. No creo que se esté pensando en la ruptura de la paz familiar, pues la misma ya fue truncada como consecuencia de la constatación de la infidelidad (de hecho, cuando se interpone la demanda de resarcimiento, los cónyuges ya estaban divorciados).

Quizás el TS esté pensando en el riesgo, sobre el que llamaba la atención la primera de las sentencias comentadas de que “cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial, obligaría a indemnizar”.

No obstante, no creo que la infidelidad, seguida de la ocultación dolosa de la verdadera filiación biológica del hijo matrimonial, sea una circunstancia de poca entidad, además, de que lo

lógico es pensar que cuando se plantea una demanda de estas características la convivencia matrimonial ya no existe.

3º) Un tercer argumentado empleado es el apriorismo conceptual (carente de cualquier apoyo legal expreso) 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 civil¹⁴⁷. De ahí que repitiendo lo ya dicho por la primera de las sentencias comentadas, afirme que “Conductas como la enjuiciada tienen respuesta en la normativa reguladora del matrimonio [...] mediante la separación o el divorcio”.

Sin embargo, lo cierto es que este argumento ha perdido peso tras la reforma de 2005, por la que se han suprimido las antiguas causas de separación y divorcio y, entre ellas, las contempladas en el número 1º del art. 86 CC en su anterior redacción. Es más, una vez suprimida la causa de separación basada en el incumplimiento de los deberes conyugales, parece inevitable hacer entrar en juego las reglas de la responsabilidad civil para asignarles alguna consecuencia, si no se les quiere privar de trascendencia jurídica y convertirlos en meros imperativos éticos, lo que no casa con el claro tenor de los arts. 67 y 68 CC, que –recordemos– hablan de “deberes” y de “obligaciones”.

A ello hay que añadir que el propio TS, en ocasiones, ha aplicado, sin ningún problema, normas generales de responsabilidad contractual y extracontractual para condenar a reparar daños morales causados en el ámbito familiar (ya lo hemos visto el caso de los daños derivados de la nulidad matrimonial y, posteriormente, veremos, el de la obstaculización de las relaciones del otro progenitor con los hijos comunes).

Creo, en fin, que la sentencia comentada merece una valoración negativa, en cuanto cierra el camino hacia el resarcimiento de un daño moral, sobre cuya reparación existía un importante consenso doctrinal y jurisprudencial (al menos por cuanto respecta al supuesto de infidelidad acompañado de ocultamiento de la paternidad biológica, como demuestran las numerosas sentencias de instancia recaídas sobre la materia)¹⁴⁸; y ello, con argumentos teóricos

¹⁴⁷ Este argumento es rechazado por la actual jurisprudencia italiana, que niega el carácter de sistema cerrado del Derecho de familia y da entrada a las normas generales de responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares, acudiendo, en particular, a la responsabilidad civil extracontractual para reparar el daño moral derivado de una infidelidad que da lugar a la lesión de un derecho o bien constitucionalmente protegido. *Cfr.* en este sentido Cass. Civ. 10 mayo 2005, n. 9801, *Giur. it.*, 2006, abril, c. 693; Cass. Civ., sez. I, 15 septiembre 2011, n. 18853; e Cass. Civ., sez. III, 7 marzo 2019, n. 6598, *Guida al diritto*, 2019.

Por lo demás, el carácter de sistema abierto del Derecho de familia es indiscutido en la actual doctrina italiana. *Vid.* al respecto, entre otros, C. M. Bianca: *Diritto civile*, cit., pp. 47-48; A. Bizzarro: “Famiglie e responsabilità”, *Attualità Jurídica Iberoamericana*, nº 3, 2015, p. 145 ss.; G. Carapezza Figlia: “Violación de los deberes conyugales y responsabilidad civil: la experiencia italiana”, *Attualità Jurídica Iberoamericana*, nº 4 ter, 2016, p. 260 ss.; E. Carbone: “Réquiem”, cit., c. 700; R. Marini: “Infedeltà coniugale e danno”, *Dir. fam. per.*, 2018, fasc. 3, septiembre, p. 1021 ss.; C. Petta: “Alcune considerazioni sulla natura giuridica della responsabilità da illecito endofamiliare e sulla sua estensibilità all’interno della famiglia di fatto”, *Attualità Jurídica Iberoamericana*, nº 3, 2015, p. 105 ss.; R. Tommasini: “I rapporti personali nella famiglia”, *Dir. famiglia*, 2006, fasc. 2, p. 681 ss.

¹⁴⁸ En la jurisprudencia de instancia se han estimado, en efecto, diversas pretensiones de resarcimiento por daño moral, que tenían como presupuesto el 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 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) [SAP Valencia 2 noviembre 2004 (AC 2004, 1994)

muy discutibles (y poco desarrollados), alejándose, de este modo, de sentimientos comúnmente compartidos en la sociedad¹⁴⁹.

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

Por último, me referiré 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 progenitor¹⁵⁰.

El resarcimiento exige, sin duda, una injerencia de los poderes del Estado, concretamente, del poder judicial en un ámbito, respecto del cual, tradicionalmente, la

o León 30 enero 2009 (*Tol 1491065*), 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) [SAP Barcelona 16 enero 2007 (*Tol 7530913*)], o bien a circunstancias que permitan calificar como grave el incumplimiento del deber conyugal [SAP Cádiz 3 abril 2008 (*Tol 1376794*)].

¹⁴⁹ ¿Es coincidente la posición del TS con la mantenida con la Corte de Casación italiana?

Solo en parte, pues, aunque la Corte de Casación también admite que la vulneración de un deber conyugal (en particular, la infidelidad conyugal) no puede dar lugar al resarcimiento del daño moral, sino cuando origine la lesión de un derecho constitucionalmente protegido, sin embargo (a diferencia del TS), admite con toda claridad, el carácter jurídico de las obligaciones conyugales y niega el carácter de sistema cerrado del Derecho de familia. *Vid.* a este respecto Cass. Civ., sez. I, 15 septiembre 2011, n. 18853; e Cass. Civ., sez. III, 7 marzo 2019, n. 6598, *Guida al diritto*, 2019, 17, 33, que consagran la siguiente máxima: “I doveri che derivano ai coniugi dal matrimonio hanno natura giuridica e la loro violazione non trova necessariamente sanzione unicamente nelle misure tipiche previste dal diritto di famiglia, quale l’addebito della separazione, discendendo dalla natura giuridica degli obblighi suddetti che la relativa violazione, ove cagioni la lesione di diritti costituzionalmente protetti, possa integrare gli estremi dell’illecito civile e dar luogo a un’autonoma azione volta al risarcimento dei danni non patrimoniali, ai sensi dell’articolo 2059 del codice civile”.

Me pregunto hasta qué punto la posición de la Corte de Casación no encuentra explicación en la circunstancia de que el art. 2059 del Código civil italiano solo permite la reparación del daño moral en los casos expresamente previstos por la ley, entre los cuales no se encuentra el incumplimiento de los deberes conyugales; quizás, por ello, se reconduce la cuestión al ámbito de la lesión de los derechos y bienes constitucionalmente protegidos, con el fin de poder reforzar la calificación del carácter antijurídico del comportamiento del infractor.

En cualquier caso, la jurisprudencia italiana considera que hay vulneración de un derecho constitucionalmente protegido en casos en los que, si nos atenemos a la doctrina sentada por el TS, raramente darían lugar a la estimación de una demanda de resarcimiento de daños y perjuicios antes los tribunales españoles.

Así Cass. Civ., sez. I, 15 septiembre 2011, n. 18853, *Dir. fam. pers.*, 2012, fasc. 1, p. 159, observa que procederá el resarcimiento cuando la infidelidad ocasione una lesión del derecho a la salud del cónyuge (que deberá ser cumplidamente probada desde el punto de vista del requisito del nexo de causalidad) y “ove l’infedeltà per le sue modalità abbia trasmodato in comportamenti che, oltrepassando i limiti dell’offesa di per sé insita nella violazione dell’obbligo in questione, si siano concretizzati in atti specificamente lesivi della dignità della persona, costituente bene costituzionalmente protetto”. En el caso concreto casó la sentencia recurrida, que no había estimado la demanda de la mujer, que pedía al risarcimento dei danni (biologico ed esistenziale) causatile dalla violazione dei doveri nascenti dal matrimonio e, in particolare, dall’obbligo di fedeltà, avvenuto con modalità per lei particolarmente frustranti, stante la notorietà della relazione da lui intrattenuta con altra donna, anch’essa sposata..

Cass. Civ., sez. I, 1 junio 2012, n. 8862, *Fam. e dir.*, 2013, p. 123, afirma que la responsabilità tra coniuge non si fonda sulla mera violazione dei doveri matrimoniali “ma sulla lesione, a seguito dell’avvenuta violazione di tali doveri, di beni inerenti la persona umana, come la salute, la privacy, i rapporti relazionali, etc.” Casó también la sentencia recurrida, que no había considerado, ni siquiera para negarlas, las incidencias que, según la demandante, habían tenido sobre su salud, *privacy* y reputación la infidelidad de su marido.

¹⁵⁰ El tema ha sido estudiado con detenimiento en la doctrina argentina por A. Kemelmajer de Carlucci: “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), nº 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).

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 extracontractual¹⁵¹.

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 visitas¹⁵².

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 sentencia del TS, que podemos calificar de innovadora¹⁵³.

Si no me equivoco, se trata de la primera sentencia del TS 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 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.

¹⁵¹ Así, M. Martín-Casals y J. Ribot: "Damages in family matters in Spain: exploring uncharted new land or backsliding", *Che 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.

¹⁵² Éste es el caso de la SAP Tarragona 27 octubre 2008 (*Tol 1440146*) o de la SAP Zaragoza 26 mayo 2009 (*Tol 375094*).

¹⁵³ STS 30 junio 2009 (*Tol 1570770*). *Vid.* al respecto C. González Beilfuss y M. Navarro Michel: "Sustracción internacional de menores y responsabilidad civil (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009)", *Revista Jurídica de Cataluña*, n. 3-2010, pp. 805-834; y J. Marín García: "Comentario a la STS de 30 de junio de 2009", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n. 84-2010.

El TS 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 TS 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 adecuada¹⁵⁴ la cantidad de 60.000 euros, teniendo en cuenta, además, que el daño es irreversible”.

REFERENCIAS

AGUIRRE Y ALDAZ, C. Martínez de. “Régimen común a la nulidad, la separación y el divorcio”, en *Curso de Derecho civil (IV). Derecho de Familia* (coord. C. Martínez de Aguirre y Aldaz), 5ª ed., Edisofer, Madrid, 2016.

ALQUÉZAR, M.ª A. Novales. *Las obligaciones personales del matrimonio en el Derecho comparado*, I y II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2009.

ÁLVAREZ, C. Lasarte; FERNÁNDEZ, R. Valpuesta. “Comentario al art. 98 CC”, en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo título IV del Libro primero del Código civil* (coord. J.L. Lacruz Berdejo), 2ª ed., Madrid, 1994.

ALCAIDE, C. Villagrasa. *Matrimonio civil y reserva mental*, EUB, Barcelona 1996. Es aislada la opinión contraria de M. Albaladejo García: *Curso de Derecho civil, IV, Derecho de familia*, 7ª ed., Bosch, Barcelona, 1996.

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

BALMASEDA, O. Monje “Requisitos del matrimonio”, en *Sistema de Derecho civil, Derecho de familia* (dir. F. Lledó Yagüe y R. Herrera Campos), Dykinson, Madrid, 2002.

BERDEJO, J.L. Lacruz. “Efectos del matrimonio”, en Lacruz Berdejo, J. L. y otros: *Elementos de Derecho civil, IV, Derecho de familia*, 3ª ed., fascículo 1º, Bosch, Barcelona, 1989, pp. 146-147; Id.: “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), 2ª ed., Civitas, Madrid, 1994.

BIANCA, C. M. *Diritto civile, 2.1., La famiglia*, 6ª ed., Milano, 2017.

BIANCA, M. *La buona fede nei rapporti familiari*, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 10 bis, 2019.

BEILFUSS, C. González; MICHEL, M. Navarro. “Sustracción internacional de menores y responsabilidad civil (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009)”, *Revista Jurídica de Cataluña*, n. 3-2010, pp. 805-834; y J. Marín García: “Comentario a la STS de 30 de junio de 2009”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n. 84-2010.

BIZZARRO, A. “Famiglie e responsabilità”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 3, 2015.

BRUDERMÜLLER G. “Einf v § 1297 BGB”, en O. Palandt: *Bürgerliches Gesetzbuch*, 62ª ed., Verlag C.H. Beck, 2002.

BERGERFURTH, B. *Das Eherecht*, 9ª ed., Rudolf Haufe Verlag, Freiburg im Breisgau, 1987.

BEITZKE, G. *Familienrecht*, 25ª ed., C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1988.

BRUDERMÜLLER, G. “Ad § 1298 BGB”, en O. Palandt: *Bürgerliches Gesetzbuch*, 62ª edición, Verlag C.H. Beck, 2002.

CANARIS, C. W. “Das Verlöbniß als *gesetzliches* Rechtsverhältniss”, *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 165, 1965.

CANTERO, G. García. “Comentario al art. 47 CC”, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dir. M. Albaladejo), t. II, 2ª ed., Madrid, 1982.

¹⁵⁴ J. Marín García: “Comentario a la STS de 30 de junio de 2009”, *CCJC*, nº 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”.

- CANTERO, G. García. "Nulidad de matrimonio", *Actualidad Civil*, 1993, nº 3, pp. 551-552; F. Igartua Arregui: "Comentario a la STS 26 noviembre 1985", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, enero-marzo 1986, nº 10.
- CANTERO, G. García. "Comentario al art. 67 CC", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dirigidos por M. Albaladejo), tomo II, arts. 22 a 107 del Código Civil, Edersa, Madrid, 1982.
- CANTERO, G. García. "Comentario a los arts. 97 a 101 CC", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dirigidos por M. Albaladejo), tomo II, arts. 22 a 107 del Código Civil, Edersa, Madrid, 1982.
- CANTERO, G. García "Comentario a los art. 42 y 43 CC", en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dir. M. Albaladejo), t. II, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1982.
- CAPARRÓS, M.ª B. Sainz-Cantero; VALLEJO, A. M.ª Pérez. *Valoración y reparación de daños entre familiares. Fundamentos para su reclamación*, Comares, Granada, 2012.
- CARAPEZZA FIGLIA, G. "Violación de los deberes conyugales y responsabilidad civil: la experiencia italiana", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 4 ter, 2016, p. 260 ss.
- COLL, F. Badosa. "Comentario a los arts. 42-43 CC", en *Comentarios a las reformas del derecho de familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984.
- COLOMA, A.M. Romero. "El deber de fidelidad conyugal y la responsabilidad civil por su infracción", *La Ley*, nº 7646, Sección Doctrina, 7 junio 2011, Año XXXII; y D. Vargas Aravena: *Daños civiles*, cit., pp. 179-255.
- CONTRERAS, P. De Pablo. "La promesa de matrimonio", en *Curso de Derecho civil (IV). Derecho de Familia* (coord. C. Martínez de Aguirre y Aldaz), 5ª ed., Edisofer, Madrid, 2016.
- COSACK K.: *Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts aus der Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuchs*, vol. 2º, *Das Sachenrecht, Das Recht der Wertpapiere. Das Gemeinschaftsrecht. Das Familienrecht. Das Erbrecht*, 4ª ed., Verlag von Gustav Fischer, Jena, 1904.
- CROME; C. *System des Deutsches Bürgerlichen Rechts*, vol. 4º, *Immaterialgüterrechte.- Familienrecht*, Verlag von I. C. B. Mohr, Tübingen, 1908.
- DE LA Cruz, L. LÓPEZ: "El resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales", *InDret*, octubre de 2010.
- DENBURG, H. *Das Familienrecht*, en H. Denburg: *Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens*, vol. 4º, 4ª ed., Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses, Halle a. S., 1908.
- DÍEZ-PICAZO, L.; GULLÓN, A. *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, *Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, 12ª ed., Tecnos, Madrid, 2018.
- DOMÉNECH, J. Barceló. "La responsabilidad por dolo en las relaciones familiares", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 4 ter, 2016, pp. 294 y ss.
- ECHEVERRÍA, J. Delgado. "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), 2ª ed. Madrid: Civitas, 1994.
- ENDEMANN, F. *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Einführung in das Studium des Bürgerliches Gesetzbuchs*, vol. 2º, *Sachenrecht. Familienrecht*, 6ª ed., Carl Heymanns Verlag, Berlin, 1900.
- H. Dölle: *Familienrecht*, vol. 1º, Verlag C.F. Müller, Karlsruhe, 1964.
- FRACCON, A. "Nuovi approdi della responsabilità civile. Anche la Cassazione oltrepassa la soglia dei rapporti tra coniugi", *Giur. it.*, 2006, abril, c. 699.
- GARCÍA DE LEONARDO, M.ª T. Marín. "Remedios indemnizatorios en las relaciones conyugales", en *Daños en el Derecho de familia* (coord. J.R. de Verda y Beamonte), "Monografías de la Revista de Derecho Patrimonial", Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006.
- GARCÍA DE LEONARDO, M.ª T. Marín. "Separación y divorcio sin causa. Situación de los daños personales", *Revista de Derecho Patrimonial*, 2006-1, nº 16, pp. 154-155; M.ª A. Novales Alquézar: "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.

- GARCÍA, J.A. Doral. "Comentario al art. 73 CC", en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo título IV del Libro primero del Código civil* (coord. J. L. Lacruz Berdejo), 2ª ed., Civitas, Madrid, 1994.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª C. "Comentario al art. 67 CC", en *Comentarios a las reformas del derecho de familia*, Tecnos, Madrid, vol. I, 1984.
- GIESEN, D. *Familienrecht*, 2ª ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 1997.
- GERNHUBER, J.; COESTER-WALTJEN, D. *Lehrbuch des Familienrechts*, 4ª ed., C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1994.
- GUIZIÁN, A. M.ª Rodríguez. "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; *Id.*: "De nuevo sobre la reparación de los daños en el ámbito del matrimonio (A propósito de la STS de 14 de julio de 2010)", *La Ley*, nº 7582, Sección Doctrina, 4 marzo 2011, Año XXXII.
- GÓMEZ, E. Serrano. "Efectos del matrimonio", en E. Serrano Alonso 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.
- GÓMEZ, J.A. Cobacho. *El error en el matrimonio*, en *Estudios de Derecho civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. I, Barcelona, 1992.
- GONZÁLEZ, M. León. "La indemnización del artículo 98 del Código de Derecho Civil (Comentario a la Sentencia de 10 de marzo de 1992)", *Anuario de Derecho Civil*, 1993, fasc. 2º.
- HECKELMANN, D. "Vor § 1297 BGB", en Erman: *Bürgerliches Gesetzbuch* (dirigido por H. P. Westermann), 11ª ed., Köln, Aschendorff, Verlag Dr. Otto Schmidt, Münster, 2004.
- HENRICH, D. *Familienrecht*, 5ª ed., Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1995.
Hellmann: "Das Verlöbniß nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche", *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1901.
- HECKELMANN, D. "Ad § 1298 BGB", en Erman: *Bürgerliches Gesetzbuch* (dirigido por H.P. Westermann), 11ª edición, Aschendorff, Münster, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2004.
- JACOBI, L. *Das persönliche Eherecht*, en L. Jacobi: *Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs in Einzeldarstellungen*, F. Guttentag, Verlagsbuchhanlung, Berlin, 1896.
- 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), nº 2, 2001, pp. 285 y ss.
- KIPP, T.; WOLFF M. *Lehrbuch des Bürgerlichenrechts*, vol. 2º, t. 2º, *Das Familienrecht*, 6ª ed., R. G. Elmer'sche Verlagsbuchhandlung (G. Braun), Marburg, 1928.
- LANDSBERG, E. *Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches vom 18. August 1896. Ein Dogmatisches Lehrbuch*, vol. 1º, 2ª ed., F. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, Berlin, 1904.
- LANGE, H. "Ad § 1297 BGB", en *Bürgerliches Gesetzbuch* (dirigido por Th. Soergel y continuado por W. Siebert), vol. 7, *Familienrecht I* (§§ 1297-1588)
- LANGE, H. "Ad § 1298 BGB", en *Bürgerliches Gesetzbuch* (dirigido por Th. Soergel y continuado por W. Siebert), volumen 7, *Familienrecht I* (§§ 1297-1588).
- LEHMANN, H. *Deutsches Familienrecht*, 4ª edición por D. Henrich, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1967.
- LEONHARD, F. *Bürgerliches Recht. Ein Lehrbuch in kurzen Sätzen*, 2ª ed., Carl Heymanns Verlag, Berlin, 1926.
- LINACERO DE LA FUENTE, M.ª. "Matrimonio. Parejas de hecho", en *Tratado de Derecho de familia* (dir. M.ª Linacero de la Fuente), Tirant lo Blanch, Valencia 2016.
- LINACERO DE LA FUENTE, M.ª. "Nulidad, separación y divorcio", en *Tratado de Derecho de familia* (dir. M.ª Linacero de la Fuente). Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

- LÓPEZ, M.^a J. Reyes. "El resarcimiento derivado de la declaración de nulidad matrimonial", en *Daños en el Derecho de familia* (dir. J.R. De Verda y Beamonte), "Monografías de la Revista de Derecho Patrimonial", Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006.
- LOWE, N.V.; DOUGLAS, G. *Bromley's Family Law*, 10^a ed., Oxford University Press, Oxford, 2007.
- LÜDERITZ, A. *Familienrecht*, 27^a edición, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1999.
- MARINI, R. "Infedeltà coniugale e danno", *Dir. fam. per.*, 2018, fasc. 3, septiembre, p. 1021 ss.
- MARTÍN-CASALS, M.; RIBOT, J. "Damages in family matters in Spain: exploring uncharted new land or backsliding", *Che International Survey of Family Law*, 2010.
- MARTÍNEZ, A. Díaz. "Comentario al art. 73 CC", en *Comentarios al Código civil* (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), t. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- MATTHIAS, B. *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes*, vol. 2^o, *Das Sachenrecht, das Persönlichkeits- und Immaterialgüterrecht, Das Familienrecht und das Erbrecht*, 4^a ed., Verlag von D. Häring, Berlin, 1900.
- MÉNDEZ, C. Homero. "Las crisis matrimoniales", en *Derecho de Familia* (dir. A. López y López y R. Valpuesta Fernández), 2^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- MITTEIS, H. *Bürgerliches Recht. Familienrecht*, 3^a ed., Verlag von Julius Srpinger, Berlin, 1931.
- NAVARRO, M.^a L. Atienza. "La incidencia de las reformas de 2005 en materia de efectos personales del matrimonio", en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia de 2005* (coord. J. R. de Verda y Beamonte), "Colección Monografías Aranzadi", Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 160-161.
- OLMOS, S. Carrión. *El art. 73.4 del Código civil (Notas para su estudio)*, *Revista de Derecho Privado*, 1987.
- OLMOS, S. Carrión. "Promesa de matrimonio y resarcimiento de daños", en *Daños en el Derecho de familia* (coord. J.R. De Verda y Beamonte), "Monografías de la Revista de Derecho Patrimonial", Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006.
- OLMOS, S. Carrión. "Reflexiones de urgencia en torno a las Leyes 13 y 15/2005, por las que se modifica el Código civil en materia de separación y divorcio y derecho a contraer matrimonio", *La Ley*, 19 de julio de 2005.
- OLMOS, S. Carrión. "Separación y divorcio tras la Ley 15/2005, de 8 de julio". In: *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia de 2005* (coord. J.R. de Verda y Beamonte), "Colección Monografías Aranzadi", Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006.
- OPET, O.; BLUME, W. *Das Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 1^a y 2^a Sección, *Bürgerliche Ehe. Verwandtschaft, en Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche und seinen Nebengesetzen*, Carl Heymanns Verlag, Berlin, 1906.
- PARADISO, M. *I rapporti personali tra coniugi*, en *Il codice civile. Commentario* (dir. P. Schlesinger), artículos 143 a 148, Giuffrè, Milano, 1990.
- PARDO, Ortega. "La ruptura de los esponsales en el derecho español vigente", *RGLJ*, tomo IX (177 de la colección), junio de 1946, 1945.
- PETTA, C. "Alcune considerazioni sulla natura giuridica della responsabilità da illecito endofamiliare e sulla sua estensibilità all'interno della famiglia di fatto", *Attualidad Jurídica Iberoamericana*, n^o 3, 2015, p. 105 ss.
- REBULLIDA, F. Sancho. "Los esponsales", en Lacruz Berdejo, J. L. y otros: *Elementos de Derecho civil, IV, Derecho de familia*, 3^a ed., fascículo 1^o, Bosch, Barcelona, 1989.
- ROCA I TRÍAS, E. "Comentario al art. 98 CC", en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984.
- ROCA I TRÍAS, E. "Los requisitos del matrimonio", en *Derecho de familia* (coord. E. Roca i Trías), 3^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- ROSENTHAL, H. *Bürgerliches Gesetzbuch*, 15^a ed. por B. Kamnitzer y H. Bohnenberg, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1965.

SCHWAB, D. *Familienrecht*, 12ª ed., Verlag C.H. Beck, München, 2003.

SCHMIDT, R. *Bürgerliches Recht*, volumen 4º, *Das Familienrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1957.

SERRANO, J.M. Osorio. "El matrimonio", en *Curso de Derecho civil IV. Derechos de Familia y de Sucesiones* (F.J. Sánchez Calero), 9ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

DÍAZ MARTÍNEZ, A. "Comentario al art. 43 CC", en *Comentarios al Código civil* (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), t. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

SIEBERT Y VOGEL. *Familienrecht*, 2ª edición, W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart-Köln, 1954.

TOMMASINI, Rafaella. "I rapporti personali nella famiglia", *I diritto di famiglia e delle persone*, Milano, V.35, n.2, Aprile-Giugno 2006, p. 681-706.

TOLDRÁ I ROCA, M.ª D. "La reserva mental en el matrimonio civil", en *Estudios en homenaje a la profesora Teresa Puente* (coord. L. Prats), vol. II, Universidad de Valencia, Valencia, 1996.

VAHRG; *Nichteheliche Lebensgemeinschaft*, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, Berlin. Köln, Mainz, 1988.

VERDA Y BEAMONTE, J.R. de (coord.). *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*, "Monografías de la Revista de Derecho Patrimonial", Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2012.

VERDA Y BEAMONTE, J.R. de; CHAPARRO MATAMOROS, P.: "Responsabilidad civil por incumplimiento de la promesa de matrimonio", en *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares* (coord. J.R. De Verda y Beamonte), "Monografías de la Revista de Derecho Patrimonial", Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2012.

VERDA Y BEAMONTE, J.R. de. *El error en el matrimonio*, *Studia Albortiana*, Bolonia, 1997.

VERDA Y BEAMONTE, J. R.; CHAPARRO MATAMOROS, P. "Responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales", en *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares* (coord. J.R. de Verda y Beamonte), "Monografías de la Revista de Derecho Patrimonial", Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2012.

VIDAL, M.ª A. Carrión. *La nulidad matrimonial civil*, Reus, Madrid, 2023.

WACKE, A. "Ad § 1298 BGB", en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, volumen 7, *Familienrecht I* §§ 1297-1588, VAHRG. VAÜG. *Hausrats V*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 2000.

WOLF, B. *Das Bürgerliche Gesetzbuch unter Berücksichtigung des gesamten Rechtsprechung der oberen Gerichte des Deutschen Reichs*, en colaboración con C. Neukirch, Nosenmeyer y H. Telgmann (dirigido por B. Wolf), Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses, Halle a S., 1908.

YAGÜEZ, R. de Ángel. "Indemnización del daño moral resultante de la declaración de nulidad de matrimonio", *Diario La Ley*, 1986, 2º.

Recibido: A convite.

Aprovado: A convite.

Como citar: DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón. Responsabilidad por daño moral en el ámbito del Derecho de Familia. **Revista IBERC**, Belo Horizonte, v. 7, n. 1, p. 137-194, jan./abr. 2024.

