

## AMOR Y DERECHO: MATRIMONIO Y RESPONSABILIDAD CIVIL\*

DOCTORA DÑA. MARÍA DE ARÁNZAZU NOVALES ALQUÉZAR  
*Académica Correspondiente de la Sección de Derecho  
de la Real Academia de Doctores de España  
Universidad Pública de Navarra*

En la breve exposición que sigue pretendo, únicamente, subrayar algo que parece obvio y que, por diversos motivos, a veces se olvida: que, al igual que los demás, los daños ocasionados en el seno de las relaciones familiares deben repararse. Más difícil es llegar a identificar cuál sea la vía idónea para ello, tomando en cuenta las especialidades de la institución familiar. En primer lugar, haré una introducción sobre aspectos de fundamentación y metodología a utilizar. A continuación me referiré a la relación entre amor y derecho y, de seguido, trataré la responsabilidad civil en la familia y el matrimonio, aportando tanto unas notas para su justificación como el intento de aproximación al daño en cuanto que uno de los elementos de la responsabilidad civil.

En mi investigación doctoral abordé el análisis de los derechos y deberes personales entre los cónyuges en el matrimonio heterosexual en los países de tradición continental influidos por el Derecho canónico, particularmente aquellos que históricamente constituyeron el sistema jurídico hispano-indiano y luso-americano, junto a Francia e Italia ya que, desde la codificación, estos dos países, que también enraizaban su ordenamiento precodificado en el Derecho canónico, ejercieron una significativa influencia en los ordenamientos de los dos grupos anteriores.

Mi estudio pretendía sumergirse en el sustrato espiritual cristiano del Derecho continental europeo y su proyección iberoamericana, esta última más original muchas veces de lo que se ha querido ver, a través de los tres grandes puntos de irradiación codificadora en Iberoamérica, el *Código Civil* chileno, de Andrés BELLO de 1855, el argentino de VÉLEZ SANSFIELD de 1869, y el *Esboço* de FREITAS.

Allí advertí que, en cuanto al contenido del derecho codificado en los estados americanos, hubo dos grandes vías a través de las cuales la antigua tradición jurídica unitaria del derecho común, especialmente en su aportación canónica, permeó las disposiciones de los códigos nacionales en sede de obligaciones personales conyugales, a saber: la «vía francesa» y la «vía hispana».

---

\* Toma de posesión como Académica Correspondiente de la Sección de Derecho de la Real Academia de Doctores de España, celebrada el 21-9-2011. Fue presentada en nombre de la Corporación por el Doctor Don Jesús López Medel.

La cuestión de este bucear en el «paradigma cristiano» no es, como dice HÜBNER, la de un «retorno a la fe»<sup>1</sup>, sino que de lo que se trata es de que nos liberemos «de esa obcecación de nuestra época, conforme a la que la fe no podría decir ya nada al hombre actual porque la fe contradiría a la idea humanista de razón, Ilustración y libertad que ese hombre tiene»; o, como mínimo, se trataría de dejar la cuestión abierta, como aconseja HABERMAS<sup>2</sup>.

Pues bien, quede claro desde el principio que lo que me interesa tomar del Cristianismo es la existencia de una promesa, la constatación de lo que en defensa «del otro» ha realizado la Iglesia, tutora como nadie del «amor al prójimo» pues como ha dicho Bernard WILLIAMS: «Es de presumir que no exista forma efectiva de tener como meta la salvación *a expensas de los otros*»<sup>3</sup> teniendo en cuenta que, en todo caso, y «aun suponiendo que las pretensiones de trascendencia sean falsas, son seres humanos los que la han soñado, y necesitamos comprender porque (*sic*) fue ese el contenido de su sueño»<sup>4</sup>.

Desde la perspectiva elegida, lo que puede tener en común el tratamiento civil y canónico de todo lo relacionado con las obligaciones personales entre los cónyuges, es la búsqueda, como dice otra kantiana como es Adela CORTINA, «de un mundo que puede ser mejor porque hemos creído en la fuerza creadora de una promesa y de nuestra propia ilusión, y en ellas confiamos»<sup>5</sup>, sabiendo, además, los que somos cristianos, que todo lo que hagamos en este mundo tiene visos de eternidad, y también los tiene nuestro proyecto de buscar un mundo más humano. Parte de ese mundo ha de ser, que duda cabe, la existencia de unas relaciones interpersonales sanas, profundas, auténticas y felices entre hombres y mujeres, lo que estimamos como valor compartido, relaciones que sólo alcanzarán esos adjetivos, sobre la base de la justicia pero, como advertía don Antonio HERNÁNDEZ GIL, se percibe «cierto oscurecimiento cuando el idealismo de lo justo pierde la ambición de la promesa y queda como difuminado en el conjunto del ordenamiento jurídico»<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> HÜBNER, Kurt, *Das Christentum im Wettstreit der Religionen*, Tubinga, 2003, p. 148, citado por RATZINGER, Joseph, «Posicionamiento en la discusión sobre las bases morales del Estado Liberal», Ponencia leída por el Cardenal Joseph Ratzinger el 19 de enero de 2004 en la «Tarde de discusión» con Jürgen Habermas y Joseph Ratzinger, organizada por la Academia Católica de Baviera en Munich, cuyo tema fue «Las bases morales prepolíticas del Estado liberal», traducción de Manuel Jiménez Redondo, en [http://www.avizora.com/publicaciones/filosofia/textos/0071\\_discusion\\_bases\\_morales\\_estado\\_liberal.htm](http://www.avizora.com/publicaciones/filosofia/textos/0071_discusion_bases_morales_estado_liberal.htm).

<sup>2</sup> HABERMAS, Jürgen, «Posicionamiento en la discusión sobre las bases morales del Estado Liberal», Ponencia leída por Habermas, el 19 de enero de 2004, en (n. 1), considera «mucho mejor» y «más productivo» que corregir el equivocado camino de la «secularización europea»: «no exagerar en términos de una crítica de la razón la cuestión de si una modernidad que se ha vuelto ambivalente podrá estabilizarse sola a partir de las fuerzas seculares (es decir, no religiosas) de una razón comunicativa, sino tratar tal cuestión de forma no dramática como una cuestión empírica que debe considerarse abierta. Con lo cual no quiero decir que el fenómeno de la persistencia de la religión en un entorno ampliamente secularizado haya de traerse a colación solamente como un mero hecho social. La filosofía tiene que tratar también de entender ese fenómeno, por así decir, desde dentro, de tomarlo en serio como un desafío cognitivo», ya que, como sigue diciendo en un *Excursus*, «la razón, al reflexionar sobre su fundamento más hondo, descubre que tiene su origen en otro», o en otras palabras, «aun sin verse movida inicialmente a ello por motivaciones teológicas, una razón que se vuelve consciente de sus límites, se trasciende a sí misma en dirección a otro».

<sup>3</sup> WILLIAMS, Bernard, *Morality: An Introduction to Ethics*, 1972 (trad. castellana Manuel JIMÉNEZ REDONDO, *Introducción a la Ética*, 2.ª ed., Cátedra, Madrid, 1987), p. 84.

<sup>4</sup> *Idem*, p. 93.

<sup>5</sup> CORTINA ORTS, Adela, *Ética civil y religión*, PPC, Madrid, 1995, p. 7.

<sup>6</sup> HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *En torno al Derecho y a la Ética* (discurso leído el día 15 de noviembre de 1993 en la sesión inaugural del curso académico 1993-1994 por el Sr. D. ... Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación), Madrid, 1993, p. 73.

Así pues, confiados en nuestro deber de intentar soluciones, partiendo del ser humano como criatura, y de su experiencia concreta, y con la mirada dirigida hacia lo alto, no podemos quedarnos al margen de cualquier asunto que tenga que ver con la justicia y, qué duda cabe, el Derecho matrimonial *puro* la tiene.

## 1. LOS PROBLEMAS DEL AMOR, ¿TIENEN QUE VER CON EL DERECHO?

Tal como recuerda Antonio Manuel HESPANHA: «el derecho, como todas las otras actividades simbólicas del hombre, discurre por esquemas muy profundos de organización de las percepciones, de los sentimientos y de las conductas»<sup>7</sup>.

Desde la perspectiva que interesa aquí, se debe constatar que, mucho más de lo deseable, se ha olvidado que el amor también ha tenido una cierta disciplina.

La dificultad ha consistido, como explica HESPANHA en que, a pesar de que perviven en la modernidad algo más que un derecho oficial y unas instituciones jurídicas formales, ha desaparecido para siempre (parece ser que sin sustituto apropiado) el reconocimiento de los otros órdenes normativos que acompañaban al derecho en otra época. En efecto, sucedía en el Estado pre-liberal que: 1.º) el derecho ocupaba sólo una pequeña parcela del universo jurídico; 2.º) el derecho mismo en su conjunto compartía el universo normativo con otros órdenes morales; 3.º) la teoría jurídica de la época subordinaba el derecho a otras esferas de normatividad, tales como el amor, la moral y la religión<sup>8</sup>. Es decir, en el discurso jurídico pre-ilustrado, las pasiones y emociones tenían su sitio<sup>9</sup> pero el *paradigma estatalista* de organización del poder ha impedido la correcta valoración del pluralismo de órdenes normativos en los sistemas jurídicos preilustrados<sup>10</sup>.

El Derecho civil moderno tampoco ha sido ajeno a la necesidad de situar a los sentimientos en relación con el derecho. La civilística española inmediatamente posterior a la promulgación del Código Civil de 1889 explicaba las razones de que en el Derecho histórico español, la mujer, más que el hombre, debiera contar con el consentimiento de sus padres para contraer matrimonio siendo la principal de ellas la conveniencia, como decía el Sr. Goyena, de no abandonar á los hijos á sí mismos en la primera edad de las pasiones *para dar un paso resbaladizo sobre una alfombra de flores, que encubre muchas veces un abismo de miserias*. «Siendo más apasionada la mujer que el hombre», recordaba MANRESA, «y más impresionable y menos reflexiva, se halla necesariamente y con mayor frecuencia expuesta á que se haga germinar en su ser un sentimiento cariñoso que, apoderándose de todo él, sea causa de que se deje arrastrar ciegamente por

---

<sup>7</sup> HESPANHA, Antonio Manuel, «Las categorías de lo político y de lo jurídico en la época moderna», *Ius Fugit. Revista Interdisciplinar de Estudios Histórico-Jurídicos*, n.º 3-4, Zaragoza, 1996, p. 63.

<sup>8</sup> HESPANHA, Antonio Manuel, *La gracia del Derecho. Economía de la cultura en la Edad Moderna*, trad. cast. Ana Cañellas Haurie, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 1993, p. 152. En cita, HESPANHA reenvía a la obra de VILLEY, Michel, *La formation de la pensée juridique moderne*, les Editions de Montchrestien, París, 1968, que dice ser «una de las descripciones más logradas de esta vinculación del derecho a la moral y a la religión».

<sup>9</sup> BARRIENTOS GRANDON, Javier, «Lágrimas de mujer. Una nota sobre el llanto en el sistema del Derecho Común», en *Panta rei. Scritti in onore di Manlio Bellomo*, Il Cigno Galileo Galilei, Roma, 2004: «Los sentimientos, entonces, estaban presentes en el derecho y éste les asignaba una posición en su estructura y su discurso».

<sup>10</sup> HESPANHA, Antonio Manuel, *As Vésperas do Leviathan*, trad. cast. de Fernando Jesús Bouza Álvarez bajo el título *Vísperas del Leviatán. Instituciones y poder político (Portugal, siglo XVII)*, Taurus, Madrid, 1989, por la que cito, p. 363.

sus risueñas ilusiones, y después de un sueño de ventura despierte en la realidad de la desgracia. Por ello, en la cuestión de matrimonio, la ley tenía que protegerla más que al hombre, y por ello los mencionados códigos hablan de la mujer determinadamente»<sup>11</sup>.

Desde luego, muchas son las instituciones de Derecho civil en las que es precisamente la consideración de los sentimientos la que ha hecho inclinar la balanza de la justicia. Así por ejemplo, en el Derecho romano clásico estaban prohibidas las donaciones entre los cónyuges. El fundamento de esta prohibición estaba en la necesidad de proteger a los cónyuges de donaciones a que el amor podía impulsarles. Dejando a un lado otros ejemplos, me centraré en el que más se atiene al tema aquí tratado: «¿Existe un derecho al amor? ¿Existe un *ius ad amorem*?

En efecto, la idea de un consentimiento matrimonial mínimo pleno e irreversible ofrece indudables ventajas de orden interpersonal, social y hasta procesal, pero no puede decirse con excesiva simplicidad de razonamiento que constituya «lo único jurídico» en el matrimonio, remitiendo el resto de los elementos consensuales a una consideración «meramente ética» o «metajurídica»<sup>12</sup>. Así, por ejemplo, el amor conyugal es considerado por muchos autores como «ajurídico», «infrajurídico» o «metajurídico»<sup>13</sup> pero, en cualquier caso, es un elemento de ejemplificación válido del enjundioso debate acerca de la esencia del matrimonio en el ámbito jurídico<sup>14</sup>.

La respuesta a la pregunta de si existe un *ius ad amorem* podría ser un «sí cualificado», esto es, un sí en estos términos: a) Tal amor no sería meramente *sentimiento* sino *dilectio*; b) La fundamentación jurídica del derecho al amor se apoyaría en la descripción del objeto del consentimiento matrimonial como «entregarse y aceptarse mutuamente» del canon 1.057 y en el *bonum coniugum* (más que en el *consortius totius vitae*) del canon 1.055; c) A ese *ius ad amorem* debería corresponder en reciprocidad una *obligatio amandi*<sup>15</sup>.

La admisión de un *ius ad amorem* tendría algunas consecuencias en la reglamentación de muchas instituciones del Derecho de familia actual, y supondría dar el *giro urgente* que está demandando un Derecho matrimonial desarrollado a ultranza sobre los presupuestos liberales de tono individualista, en búsqueda de un orden jurídico matrimonial cuya tutela de la persona actuase en el ámbito de la interpersonalidad.

Ya los juristas clásicos nos ofrecían muestras de la toma en consideración del amor en el Derecho civil. Así por ejemplo, PORTALIS, cuyos trabajos es sabido que inspiraron

---

<sup>11</sup> MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios al Código Civil Español*, 1.ª ed., Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1890, t. I, pp. 220-221; y 5.ª ed. corregida y aumentada, ed. Reus, Madrid, 1924, t. I, p. 267.

<sup>12</sup> Cfr. SERRANO RUIZ, José María, «Acerca de algunas notas específicas del derecho y deber conyugal», *Revista Española de Derecho Canónico*, enero-abril, 1974, vol. XXX, n.º 85, CSIC, Instituto «San Raimundo de Peñafort», pp. 8-9.

<sup>13</sup> NAVARRETE, Urbanus, «Structura iuridica matrimonii secundum Concilium Vaticanum II», *Periodica de re morali, canonica, liturgica*, n.º 57, 1968, p. 216; y más aún en NAVARRETE, Urbanus, «Consenso matrimoniale e amore coniugale con particolare riferimento alla Costituzione "Gaudium et Spes"», en VV.AA., *Annali di dottrina e giurisprudenza canonica*, I, *L'amore coniugale*, Città del Vaticano, 1971, pp. 203-214. *Vid.*, también, GRAZIANI, Ermanno, *Volontà attuale e volontà precettiva nel negozio matrimoniale canonico*, Giuffrè, Milán, 1956; FEDELE, Pío, *Studi sul matrimonio canonico*, Officium Libri Catholici, Roma, 1982.

<sup>14</sup> *Vid.* VV.AA., *Annali di dottrina e giurisprudenza canonica*, I, *L'amore coniugale*, Ciudad del Vaticano, 1971, y la bibliografía que contiene.

<sup>15</sup> Cfr. BURKE, Cormac, «El amor conyugal, ¿nuevas perspectivas jurídicas?», *Revista Española de Derecho Canónico*, n.º 53, julio-diciembre, 1996, pp. 700-703.

el Código Civil francés de 1804, a propósito de si debía autorizarse el divorcio por enfermedad, alegaba que la naturaleza, que ha diferenciado a los hombres por el sentimiento y por la razón, ha querido que entre ellos las obligaciones que nacen de la unión de los dos sexos estuviesen siempre dirigidas por la razón y por el sentimiento<sup>16</sup>. Otro de los inspiradores del *Code* fue POTHIER cuya obra tuvo una influencia decisiva en su elaboración. Aunque el articulado final llega a incorporar literalmente numerosos textos de este autor<sup>17</sup>, el texto final prescindió de su opinión de que debían incluirse entre los deberes personales del matrimonio la obligación del marido de amar a su mujer, y la de ésta de amar a su marido<sup>18</sup>.

Por lo demás, es un hecho que el paradigma lógico-positivista se ha revelado incapaz de solucionar los problemas que plantea el Derecho matrimonial *puro*, derivados de que el matrimonio es un vínculo jurídico de contenido intersubjetivo<sup>19</sup> en el que los cónyuges se obligan no sólo con su patrimonio sino «con su persona». Una de las consecuencias del formalismo-positivismo en relación al matrimonio, es que se ha dado por supuesta, clara y comprendida una gran parte del contenido del mismo, que se encuentra aún pendiente de elaborar<sup>20</sup>. El desarrollo del instituto de la responsabilidad civil adaptado a esta materia, se presenta a mi juicio, como una interesante posibilidad, aunque no la única, de profundizar en las características que sostienen y explican el matrimonio, sobre todo al contacto con los elementos de esta responsabilidad civil y, en particular, con el perfil específico del concepto de «daño» en este concreto ámbito de las relaciones privadas<sup>21</sup>.

Lo anterior se encuentra en estrecha relación con el tema más general de qué hay en el Derecho de familia que lo hace diverso de las demás instituciones civiles. En primer lugar, en este ámbito, no hay sólo amor o desamor, sino especiales obligaciones de prudencia, vulnerabilidades y expectativas necesitadas algunas de protección jurídica, que no existen en el Derecho patrimonial. En suma, el deber de no dañar se halla más cerca de las relaciones de familia que de otras esferas del campo civil. El daño producido por un miembro de la familia a otro, lejos de merecer una situación privilegiada, debe constituir un agravante (como ocurre en Derecho penal), un plus de responsabilidad, en la misma medida en que, en este ámbito, son mayores los deberes de actuar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas.

---

<sup>16</sup> PORTALIS, Jean-Étienne-Marie, «Discours Préliminaire Sur Le Projet De Code Civil», en *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code Civil*, Joubert, Libraire de la Cour de Cassation, París, 1844, p. 35: «La nature, qui a distingué les hommes par le sentiment et par la raison, a voulu que, chez eux, les obligations qui naissent de l'union des deux sexes, fussent toujours dirigées par la raison et par le sentiment». Vid. CASTÁN VÁZQUEZ, José María, «La visión del Derecho de familia en el pensamiento de Portalis», en *Revista Chilena de Derecho de Familia*, vol. 4, Abeledo Perrot, Legalpublishing, Centro de Investigaciones Jurídicas, Universidad Central de Chile, Santiago, 2012, p. 3 y ss.

<sup>17</sup> Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, «Robert Joseph Pothier (1699-1672)», en DOMINGO, Rafael (ed.), *Juristas universales*, 4 tomos, vol. I. *Juristas antiguos*, vol. II. *Juristas modernos. Siglos XVI al XVIII: De Zasio a Savigny*, vol. III. *Juristas del siglo XIX. De Savigny a Kelsen*, vol. IV. *Juristas del siglo XX. De Kelsen a Rawls*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2004, vol. II, p. 582.

<sup>18</sup> POTHIER, Robert Joseph, «Traité du contrat de mariage», en *Œuvres de Pothier*, VII, París, 1822, n.º 380, p. 246: «Il est obligé d'aimer sa femme» y «Elle doit l'aimer».

<sup>19</sup> Vid. NOVALES ALQUÉZAR, Aránzazu, *Las obligaciones personales del matrimonio en el Derecho Comparado*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2 tomos, Madrid, 2009, II, p. 1733 y ss.

<sup>20</sup> Cfr. SERRANO RUIZ (n. 12), pp. 5-6.

<sup>21</sup> Vid. NOVALES ALQUÉZAR, Aránzazu, «Reflexiones acerca de la responsabilidad civil en el Derecho de familia. El daño», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez* (coords. Josefina Alventosa del Río y Rosa Moliner Navarro) 2 tomos, Bosch, Universidad de Valencia, 2008, I, pp. 809-832.

El desarrollo de la responsabilidad civil en el matrimonio podría tener también la virtualidad de informar a los cónyuges de que los asuntos de los sentimientos son cosa seria y de que el que dañe al otro, habrá de ser responsable del daño causado y el Derecho matrimonial le obligará, en nombre de la justicia, a indemnizar ese daño. Con ello iría, además, desapareciendo esta cultura *light* en la que nos encontramos inmersos que permite iniciar y terminar alegremente relaciones sentimentales e incluso matrimonios de modo pretendidamente indemne, prescindiendo de los dramas personales que conllevan, en muchos casos, las rupturas.

## 2. RESPONSABILIDAD CIVIL Y MATRIMONIO

### 2.1. Notas para una justificación

Dejando a un lado las reflexiones anteriores a propósito del «deber ser», procede ahora analizar el criterio que siguen las leyes.

En efecto, a ese Derecho oficial del que hablábamos, al que regula la familia en este caso, le pareció conveniente adoptar la palabra *matris munium*, perfilada históricamente con gran cuidado, a través de un largo procedimiento de prueba-error de impronta canónica<sup>22</sup>. Al Estado, durante el proceso de secularización, le agradó, en efecto, esa palabra que, etimológicamente, significa «oficio de madre», y asumió la misma pero, con posterioridad, parece haberse desentendido de las consecuencias de una realidad tan compleja como la que envuelve el matrimonio.

Por otra parte, no cabe olvidar que el planteamiento civil de la conflictividad familiar es absolutamente necesario, pues reconducir por vía penal la conflictividad familiar es abonar más la violencia. El llamado «Derecho interno de la familia» o Derecho de familia *puro*, si bien es interno, es decir, difícilmente accesible a la acción directa de la Ley social, también es Derecho, pues el contenido del matrimonio no presenta un mero interés especulativo, sino que es cuestión de máxima relevancia, no sólo eclesial y pastoral, sino también jurídico-civil. No en vano, los profesores franceses MAZEAUD incluían entre los derechos de la personalidad los sentimientos de afecto<sup>23</sup>.

Más aún, si en otros tiempos no era tan urgente para el Derecho civil recalcar en tan difíciles cuestiones, en el momento que vivimos se ha convertido en imprescindible, tan lejos como está una gran parte de la sociedad de las enseñanzas de la religión católica y de la elaborada disciplina que, durante siglos, había elaborado cuidadosamente el Derecho canónico que, hay que añadir, no ha de quedarse estrujada en los conceptos o en los símbolos y desconectada del entorno vital de las personas<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> NAVARRO-VALLS, Rafael, *Matrimonio y derecho*, Discurso leído el día 28 de noviembre de 1994, en el Acto de su recepción pública como Académico de Número, por el Excmo. Señor. D..., Madrid, 1994: «En todo caso, si el Derecho canónico ha aportado algo al pensamiento jurídico institucional y al Derecho privado europeo, esto ha sido especialmente notorio en el caso del matrimonio».

<sup>23</sup> MAZEAUD, Henry, Leon y Jean, *Leçons de Droit civil*, Ed. Montchrestein, París, 1955, t. I, pp. 630-636.

<sup>24</sup> La excesiva intelectualización y abstracción conceptual, necesaria por supuesto, no es suficiente, y algunos estudiosos ya están tratando de enlazar los conceptos con las realidades prácticas. Vid. sugerentes estudios en este sentido como D'AGOSTINO, Francesco, *Linee di una Filosofia della Famiglia. Nella prospettiva della Filosofia del Diritto*, Giuffrè, Milán, 1991, o VILADRICH BATALLER, Pedro-Juan, *El amor conyugal entre la vida y la muerte*, Lección Inaugural del Curso académico 2003-2004, Universidad de Navarra, Pamplona, 2003.

Piénsese en España. La Ley 15/2005, de 8 de julio, eliminó las causas de separación y divorcio como tales, cosa insólita en el Derecho comparado, y dejó por definir cuales iban a ser a partir de entonces las consecuencias del incumplimiento de los deberes personales del matrimonio ¿de qué iba a ser causa desde entonces el incumplimiento de los mismos? Y si no eran causa de nada ¿había llegado el proceso de desustanciación del matrimonio civil a su término final? ¿en qué quedaba convertido un matrimonio, la violación de cuyos deberes no tenía consecuencia jurídica alguna?

Las reformas de 2005 han traído, pues, la urgencia de desarrollar la responsabilidad civil en esta materia pues, mucho me temo que, en otro caso, el incumplimiento de estos deberes, que la reforma, incoherente a más no poder, ha incrementado incluyendo el de corresponsabilidad entre los cónyuges, quedará impune. Esto es, o la fidelidad es un deber jurídico<sup>25</sup>, con consecuencias jurídicas, valga la redundancia o, si no lo es, deberemos eliminarla del *Código Civil* pues este texto es, eso, un *Código* y no un catecismo. Y este debate no es de importancia menor pues con el va en juego la integridad de las personas, ya que la enjundia de los derechos y deberes familiares afecta a la esencia más íntima de los seres humanos, y con ella a la cohesión de la sociedad civil<sup>26</sup>.

En definitiva, una cosa es que el incumplimiento del deber de fidelidad o asistencia no sea causa de separación o de divorcio y otra distinta que este incumplimiento no produzca efecto alguno por una especie de «bula del Derecho de Familia» que permitiría dañar impunemente. Como obligaciones jurídicas que son, y que, por ello, han sido mantenidas en el Código Civil en las reformas de 2005, los deberes personales del matrimonio, ahora más numerosos que antes, deben cumplirse so pena de tener que reparar integralmente el daño que, en otro caso, eventualmente se cause, si se dan los requisitos de la responsabilidad civil, cuya teoría general en Derecho de familia debe construirse especialmente, ya que el Derecho está obligado a tratar diferente a lo que es diferente; y además, la aplicación dudosa o tímida al Derecho de familia de algunas reglas de responsabilidad contractual o extracontractual pensadas para el Derecho civil patrimonial, ya ha mostrado sus dificultades de acoplamiento puesto que la familiar y la patrimonial son realidades jurídicas diferentes. La prevalencia del elemento ético en el *debere*, lo que produce es una diferencia clara en la naturaleza jurídica de los derechos de familia respecto de los derechos civiles patrimoniales, pero no la eliminación, por arte de birlibirloque, de las consecuencias del incumplimiento de unos deberes que eran jurídicos y continuaban siéndolo<sup>27</sup>.

Por todo lo anterior, podría sostenerse que la desaparición de las sanciones *especiales* para el caso de incumplimiento de los deberes conyugales, ha elevado la importancia de desarrollar las sanciones *generales*; dicho de otra manera, las reformas del Derecho de

---

<sup>25</sup> Sobre los diversos aspectos del deber de fidelidad se ha escrito mucho. En este punto, no quiero dejar de recomendar al lector los interesantes comentarios acerca del origen del mismo de MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis, *La familia en la sociedad española actual (machismo, homosexualidad, matrimonio y aborto)*, Ediciones Pigmalión, Madrid, 2011, pp. 88-96.

<sup>26</sup> No en vano, LÓPEZ MEDEL, Jesús, *La familia, célula de las sociedades intermedias*, Ediciones del Congreso de la familia española, Madrid, 1959, pp. 39-40, recuerda que «La familia, a pesar de que históricamente se la ha conocido como sociedad total y única organizada, es más esencialmente sociedad natural de carácter primario, que representa, de un lado, fuente inagotable de bienes sociales, y, de otro, freno ejemplar y progresivo para la sociedad en marcha».

<sup>27</sup> La doctrina ha venido recordando las diferencias entre estos tipos de obligaciones en las diferentes reformas del Derecho familiar. Vid. GARCÍA CANTERO, Gabriel, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dirigido por Manuel ALBALADEJO, t. II, *Artículos 42 a 107 del Código Civil*, 2.ª ed. de acuerdo con la Ley de 7 de julio de 1981), Edersa, Madrid, 1982.

familia de 2005 han traído la urgencia de desarrollar, con arreglo a los principios generales del derecho, el régimen especial de responsabilidad civil en el Derecho de familia que, ampliamente desarrollado en otros países, se encuentra en España en ciernes. Es sorprendente que en nuestro país se haya desarrollado poco, sobre todo porque es sabida la importancia que tuvo la Teología moral española en los juristas del *Usus modernus* en cuanto a la doctrina de la *restitutio* y en concreto la *restitutio ratione acceptationis*, grupo «al que pertenecen en primer lugar los ataques antijurídicos en una zona jurídica extraña: por ejemplo, hurto, injurias, adulterio, ruptura del contrato que causa daños»<sup>28</sup>.

Cierto es que en España no han existido demandas civiles sobre daños interpuestas por los familiares hasta hace poco tiempo, pero en los últimos diez o doce años ya se viene hablando de responsabilidad civil familiar. Las conocidas sentencias del Tribunal Supremo de 22 y 30 de julio de 1999, perfilaron una línea restrictiva, si bien últimamente cada vez son más numerosos los fallos jurisprudenciales que se inclinan por la exigencia de responsabilidad familiar, como por ejemplo la sentencia del mismo tribunal de 30 de junio de 2009, de la que fue ponente doña Encarnación Roca i Trías, que condena al progenitor que convive de hecho con el menor a indemnizar el daño moral sufrido por el progenitor no conviviente, en la medida en que la madre impide al padre la relación personal con el hijo al marcharse a vivir a Estados Unidos, aunque omite la responsabilidad de la madre respecto del hijo por los mismos hechos<sup>29</sup>.

De todos modos, es curioso que en la línea aperturista que se plasma, por ejemplo, en las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia de 2 de noviembre de 2004 y de 5 de septiembre de 2007, la mera infidelidad no sea un daño indemnizable, sino que únicamente son daños indemnizables los derivados de la ocultación de la paternidad del menor tales como «depresión, ansiedad y otras dolencias físicas».

Sin embargo, y como mínimo, el carácter indiscutiblemente jurídico de las obligaciones personales entre cónyuges está protegido por el *principio de no contradicción*. Sabido es que los tres principios en que se funda la Lógica clásica son el de identidad, el de no contradicción y el de tercero excluido. Pues bien, el principio de no contradicción, que se enuncia como «p v ¬p», consiste en que las obligaciones personales entre los cónyuges o son jurídicas o no lo son, pero no ambas cosas a la vez, ya que no pueden ser verdaderas una proposición verdadera y también su contraria. De este modo, si las obligaciones personales entre los cónyuges son obligaciones jurídicas, deberá constituirse un régimen especial «jurídico» para las mismas, ausente hoy por hoy de los ordenamientos jurídicos, salvo confusas maneras de entender el principio de especialidad en el Derecho de familia «cuando conviene». Y si se concluye que las obligaciones personales del matrimonio no son obligaciones jurídicas, habrá que actuar con coherencia, asumir la situación en la que nos encontramos, y sacarlas de los códigos civiles<sup>30</sup>. Es decir,

---

<sup>28</sup> COING, Helmut, *Derecho privado europeo* (traducción y apostillas de Antonio Pérez Martín, título original *Europäisches Privatrecht*), 2 tomos, I. *Derecho Común más antiguo, 1500-1800* (I. *Älteres Gemeines Recht*, Munich, 1985), II. *El Siglo XIX* (II. *19 Jahrhundert*, Munich, 1989), Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1996, I, p. 247.

<sup>29</sup> Vid. RODRÍGUEZ GUTIÁN, Alma María, «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)», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXII, 2009, fasc. IV, p. 1825 y ss.

<sup>30</sup> Con «asumir la situación en que nos encontramos» me refero a asumir que algo se perdió con la Ilustración, esto es, la posibilidad de acceder a otros órdenes normativos distintos del Derecho que atendían a elementos propios del ser humano que hoy, en la época «post-formalista», se encuentran desasistidos.

cualquier planteamiento científicamente honesto ha de contar con los resultados de la Ilustración y de la crítica a los postulados ilustrados.

Por último, quiero añadir que, a mi juicio, la afirmación del profundo pero mero carácter ético de las normas de Derecho de familia lleva a consecuencias perversas y a construir falacias más que silogismos, sobre la base de un salto *imposible* de lo moral a lo jurídico. En España, la Ley 15/2005, de 8 de julio ha acentuado, creo, el carácter jurídico de las obligaciones personales ya que, eliminadas las causas legales de separación y divorcio como tales, ha mantenido, a pesar del espíritu de la ley, la regulación de los deberes, e incluso ha añadido otros nuevos, como el de corresponsabilidad entre los cónyuges, es decir, los deberes se mantienen en el *Código*, y la pregunta urgente que ha quedado planteada es cuáles son las consecuencias jurídicas del incumplimiento de estos deberes jurídicos, las que no pueden encontrarse sino a la luz de los principios constitucionales y en el contexto armónico del sistema jurídico español.

En cualquier caso, lo que está claro es que la infracción de cualquier deber conyugal ha constituido y sigue constituyendo un acto ilícito, con las consecuencias que en Derecho tiene, en general, la acción u omisión ilícita que causa un daño. Subyacente en el elemento de la antijuridicidad se encuentra, desde luego, el brocardico de Ulpiano *alterum non laedere*.

Ante los nuevos desafíos que plantean las reformas de 2005, es importante recordar que se observa una tendencia *in crescendo*, en el Derecho comparado, hacia el reconocimiento de diversas formas de compensación del daño afectivo ocasionado por el incumplimiento de los deberes personales del matrimonio. Estas formas pueden, eliminadas las causas legales de separación y divorcio en virtud de la Ley 15/2005, y en combinación con los derechos fundamentales protegidos por la *Constitución* española tales como el derecho a la integridad física y moral, constituir un nuevo régimen jurídico comprensivo de los efectos del incumplimiento de unos deberes que no se ha querido suprimir<sup>31</sup>.

## 2.2. Aproximación a uno de los elementos de la responsabilidad civil: el daño

Principio de la responsabilidad civil es que el daño causado por acciones u omisiones de carácter antijurídico debe indemnizarse y parece fuera de toda duda que el Derecho de familia no es una excepción a la afirmación anterior. El problema es que al tratar de la palabra «daño» en este ámbito resulta que en él, sobre todo en el Derecho matrimonial y filial, ocupa un lugar el «amor», lo que lleva consigo un planteamiento en términos de justicia<sup>32</sup>. Como el amor implica una relación entre dos personas, y el concepto de persona es un *prius* para el Derecho, debiera examinarse la relevancia de cada una de ellas en relación con el daño<sup>33</sup>. Pareciera, entonces, que tal vez la noción de «daño» en Derecho de familia debiera atender a la distinta «condición» del sujeto dañado, desde

---

<sup>31</sup> Vid. NOVALES ALQUÉZAR, Aránzazu, «Hacia una teoría general de la responsabilidad civil en el Derecho de Familia. El ámbito de las relaciones personales entre los cónyuges», *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 60, octubre-diciembre, 2006, p. 204 y ss.

<sup>32</sup> Para LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *El derecho y el amor* (Ampliación del Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1969, que llevó por título *Amor, Amistad y Justicia*), Bosch, Barcelona, 1976, p. 71, la justicia es «una caridad que mantiene sus posiciones sin sobrepasarlas. Cuando el moralista comprueba la precisión de la justicia en el Derecho y la considera en la conciencia, donde es una virtud, puede definirla como una voluntad de no retroceder en el camino recorrido por la obra ancestral del amor».

<sup>33</sup> Vid. NOVALES ALQUÉZAR (n. 21), I, p. 810.

la perspectiva de una visión jurídica no androcéntrica, por ejemplo, y no discriminatoria en general, y que tenga en cuenta que puede haber hechos que sí dañan a las mujeres y que pueden ser distintos de los que, principalmente, hacen a los hombres padecer, hechos que sí dañan a los niños pero no a los adultos, etc.

Respecto al primer ejemplo, hay que decir que, sea o no cierta la llamada condición amorosa de las mujeres, es un hecho que no todas las manifestaciones de la relación amorosa afectan por igual a ambos sexos. Más aún, falta por elaborar en qué consiste la diferencia ontológica entre varón y mujer que, desde luego, debe anclarse en la igualdad de derechos<sup>34</sup>. Hay que poner cuidado y no asumir un concepto abstracto de la naturaleza humana que oculte una absorción por el «patrón masculino» de todo lo demás, pues, desde el punto de vista concreto, referido al contexto vital, no existe «un ser humano genérico», lo que existen son, utilizando la conocida expresión de Julián Marías, dos modos de realidades humanas radicadas<sup>35</sup> y es preciso conceptualizar trascendentalmente, no solo la igualdad sino también, y eso falta por hacer, la diferencia<sup>36</sup> pues la justicia implica, como señalaba Legaz y Lacambra, el reconocimiento de todas las exigencias derivadas de la condición de sujeto<sup>37</sup>.

Sólo lo anterior nos permitirá acercarnos a la posibilidad de perfilar sin errores el concepto del daño entre los cónyuges, en cuanto elemento de la responsabilidad civil. Para conocer en que pueda consistir ese daño debe valorarse previamente la calidad de la apuesta matrimonial de cada persona, la honestidad de cada uno de los cónyuges en relación con las expectativas del matrimonio, las inclinaciones, deseos, necesidades, prioridades, etc.<sup>38</sup>

En efecto, los convenios pueden, por supuesto, ser cualesquiera en la intimidad que los cónyuges construyan como personas libres y autónomas, pero por mecanismos a menudo inconscientes, muchas veces relacionados con esa condición amorosa, es muy probable que, en perjuicio de las mujeres, la valoración de las respectivas aportaciones y contraprestaciones por la unión sea injusta, e incluso nos atreveríamos a decir, si hablamos de derechos en serio, (utilizando la clásica expresión de Ronald DWORKIN), que el hecho de que ello sea de esta manera, vicia de error con frecuencia el consentimiento de la mujer en el pacto, ya que ésta tiende a asumir su propia tragedia y contradicción. Por ello, quiero subrayar la enorme importancia de la información veraz recíproca sobre la ecuánime valoración de las posibilidades de realización personal de ambos cónyuges, a fin de que los pactos íntimos entre ellos sobre las decisiones de futuro y sobre la distribución de funciones y contribución al feliz desarrollo de la unión, se adopten con

---

<sup>34</sup> CASTILLA DE CORTÁZAR, Blanca, *Persona femenina, persona masculina*, Instituto de Ciencias para la Familia, Universidad de Navarra, Rialp, Madrid, 1996, p. 27: «Es evidente que faltan todavía conceptos adecuados para expresar la realidad de la condición sexuada. En efecto, las diez categorías aristotélicas se quedan cortas para conceptualizarla. Sin embargo, si se considera que masculinidad y femineidad inciden en lo más hondo del ser humano, en la persona, para llegar a precisar dicha distinción, será necesario atender a aquello en lo que consiste radicalmente ser persona, para poder engazarla en alguna de sus dimensiones constitutivas».

<sup>35</sup> Cfr. MARÍAS, Julián, *Antropología metafísica*, Alianza Universidad, Madrid, 1983, p. 152.

<sup>36</sup> CASTILLA DE CORTÁZAR (n. 34), pp. 119-120.

<sup>37</sup> LEGAZ Y LACAMBRA (n. 32), p. 220: «La justicia implica la alteridad, pero ésta no consiste sólo en que haya diversidad de sujetos, sino en que se reconozcan todas las exigencias que la condición de sujeto lleva consigo».

<sup>38</sup> No han perdido actualidad los enjundiosos comentarios acerca del significado de la institución matrimonial para hombres y para mujeres que ya hace un siglo hiciera CASTÁN TOBEÑAS, José, *La crisis del matrimonio (Ideas y hechos)*, Hijos de Reus, Madrid, 1914, p. 135 y ss.

verdadera libertad<sup>39</sup>. Es muy dañino que el contrato entre los sexos suponga la emisión del consentimiento sobre la base de falsas expectativas<sup>40</sup>, muchas veces, incluso, sobre arquetipos en sentido junguiano, a cuya autonomía los factores inconscientes deben su existencia<sup>41</sup>. Lo anterior da idea de la profundidad del problema de la consecución del reconocimiento igualitario entre hombres y mujeres y, como mínimo, elimina la posibilidad de que seamos tachados de paternalistas.

En cuanto a las expectativas de él, es, por ejemplo, difícil, que un marido no espere de una esposa todo lo que la sociedad concreta y el imaginario cultural en el que viven exigen para «ser una buena esposa»<sup>42</sup>. Y es complicado apartar las expectativas propias en el contrato sentimental con la esposa, de las imágenes mentales sobre el ideal de mujer en una comunidad. A veces incluso la exigencia opera por mecanismos inconscientes y heredados. Y en cuanto a las expectativas de ella, haciendo visible la premisa de que el amor suele ser parte constitutiva de la identidad femenina, será preciso, entonces, considerar sus aspiraciones de ternura, comprensión e intimidad, sus expectativas sentimentales y comunicacionales, arbitrando vías concretas a través de las cuales puedan hacerse efectivas o, mejor dicho, irse haciendo efectivas, como si de una relación de *tracto sucesivo* estuviéramos hablando, pues el marco general en que lo anterior se desarrolla es en el del crecimiento progresivo de seres humanos concretos. Lo anterior es importante desde un punto de vista jurídico porque negociación se refiere a intercambio, y casa mal con el amor, que es gratuito.

En definitiva, es preferible construir las relaciones sobre la máxima aproximación posible a lo que cada persona somos y no somos, queremos y no queremos, esperamos y no esperamos, necesitamos y no necesitamos, buscamos y no buscamos. En suma, sobre la autenticidad. Y no sólo es *per se* preferible, sino que es indispensable para la construcción de relaciones interpersonales sanas, libres, profundas y felices, construc-

---

<sup>39</sup> Vid. Capítulo II de la Segunda Parte de mi obra *Derecho Antidiscriminatorio y Género: Las Premisas Invisibles*, Fondo Nacional de Ciencia y Tecnología de Chile, Universidad Central de Chile, Santiago, 2004, pp. 349-380.

<sup>40</sup> AMORÓS, Celia, «Presentación», *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 6, Madrid, 1992, p. 11: «Y el diálogo es la oportunidad que hay que darle siempre a “una cierta idea de humanidad [...] no sin inhumanidad pero a pesar de la inhumanidad” (Françoise COLLIN, citada por AMORÓS). Por ello el diálogo, y sobre todo el diálogo entre los sexos, debe siempre poder decir “te entiendo mal”, asumir el impasse, la interrupción... como condición de posibilidad de su reanudación, de una nueva “apelación a la humanidad”. [...] Y cuando ello no es así, se suspende el diálogo. Aunque no definitivamente. Porque desde la ética (como dice COLLIN) “no puedo desconocer de dónde viene el otro ni identificarlo con su origen [...]”».

<sup>41</sup> JUNG, Carl Gustav (*et al.*), *El hombre y sus símbolos* (trad. Luis Escolar Bareño), 2.ª ed. Aguilar, Madrid, 1974, p. 83. Tal como explica el propio JUNG en pp. 78-79: «En vez del proceso de razonamiento que el pensamiento consciente habría aplicado, la mente arquetípica ha intervenido y emprendido la tarea de pronosticación. Los arquetipos tienen, de ese modo, su propia iniciativa y su energía específica. Esas potencias les capacitan, a la vez, para extraer una interpretación con significado (en su propio estilo simbólico) y para intervenir en una situación determinada con impulsos y formaciones de pensamientos propios. A este respecto, actúan como complejos; van y vienen a su gusto y muchas veces destruyen o modifican nuestras intenciones conscientes de una forma desconcertante. Se puede percibir la energía específica de los arquetipos cuando experimentamos la peculiar fascinación que los acompaña. Parecen tener un hechizo especial».

<sup>42</sup> PATEMAN, Carole, *The Sexual Contract*, Stanford University Press, Stanford, California, 1988, trad. española, M.ª Luisa FEMENÍAS, revisada por M.ª Xosé AGRA ROMERO, *El contrato sexual*, *Anthropos. Filosofía Política*, México, Universidad Autónoma Metropolitana, Barcelona, 1995, p. 161: «El matrimonio es una relación de la que todo el mundo sabe algo y casi todas nosotras sabemos mucho, aunque lo que las mujeres saben del matrimonio y lo que saben los varones es, con frecuencia, y por buenas razones, hartamente diferente».

ción que constituye elemento esencial para la cohesión social de nuestras sociedades democráticas. Sin embargo, la consecución del objetivo anterior camina paralela a los niveles de comunicación conseguidos en la pareja. Pero esto ya es otro cantar. Y no se olvide que el divorcio, aunque como dice CARBONNIER, recogiendo el pensamiento de MONTESQUIEU, obliga a una «prueba continua de respeto mutuo»<sup>43</sup>, evitando la absorción del matrimonio *in facto esse* por el matrimonio *in fieri*, supone muchas veces un tipo de fractura en la personalidad de alguno de los cónyuges de la que no se recuperará jamás. Desde luego que antes de determinados acontecimientos, sobre todo de tipo violento, es preferible un divorcio, pero la indicación de las culturas divorcistas de una simplicidad que no es tal, como si el hecho de divorciarse no generase una cantidad ingente de problemas de todo tipo, ha hecho olvidar que, como mínimo, el régimen jurídico del matrimonio y de su crisis debe atender a la importancia de asuntos que dicen relación con la identidad de las personas huyendo de la superficialidad y de la facilidad para celebrar y terminar matrimonios.

Desde luego, se debe acceder al matrimonio «con cuidado», y no trivializar decisión tan importante pero, al mismo tiempo, tal celebración no tiene por qué convertirse, en la eliminación sistemática de la relevancia jurídica de cualesquiera agravios que se produjeran entre los cónyuges, y respecto de los hijos, en el futuro.

Respecto a la indemnización de las lesiones producidas entre cónyuges, debe decirse contra quienes alegan la especialidad del Derecho de familia como escudo para no admitir el resarcimiento de las lesiones en el afecto como derecho de la personalidad de cada cónyuge, que la responsabilidad, al menos extracontractual, debe admitirse en quien ocasiona el daño en la relación personal entre cónyuges, ya que el dañado tendrá derecho al resarcimiento *si no como cónyuge, al menos, como persona*. Quien, por la gravedad de las afrentas a su integridad personal y moral y a su honor y dignidad, producidas por la violencia o el maltrato físico o psicológicos ve menoscabados sus derechos personalísimos, debe poder reclamar civilmente la indemnización de este daño resarcible por una exigencia de justicia, y ello, aunque no haya una condena penal, porque la responsabilidad nace del hecho que provoca el daño imputado al responsable de la conducta, y no del delito<sup>44</sup>. Lo que sucede es que, en España, por causas en las que no puedo detenerme aquí el ilícito civil «se ha evaporado» y ésta es una de las causas por las que tantas trabas se ponen a la admisión de la responsabilidad civil en el matrimonio.

Admitido el afecto como derecho de la personalidad en cuanto que a los bienes incluidos en los derechos de la personalidad «pertenece en primer lugar la consideración de la dignidad y de la individualidad de cada hombre»<sup>45</sup>, en las cuales se hallaría comprendido el afecto, puede realizarse, como expone Helmut COING, y dejando a un lado la protección penal, «una protección de estos bienes a base de disposiciones generales, en particular del derecho sobre las actividades ilícitas. A este respecto son importantes dos puntos: a) un sistema de Derecho civil ¿posee una cláusula general

---

<sup>43</sup> CARBONNIER, Jean, *Derecho Flexible. Para una sociología no rigurosa del Derecho* (Prólogo y traducción de la 2.<sup>a</sup> ed. francesa revisada y ampliada, por Luis Díez-Picazo), Tecnos, Madrid, 1974, p. 173.

<sup>44</sup> De todos modos, cierto es que en España, entre los derechos fundamentales de la Sección Primera del Capítulo II del Título I de la Constitución que todavía no han sido desarrollados por ley orgánica se encuentran el derecho a la integridad física y moral.

<sup>45</sup> COING (n. 28), II, p. 366.

penal o un sistema de supuestos de hecho especiales, concretos?; b) ¿existe la posibilidad de exigir indemnización en dinero por daños y perjuicios limitada a casos en que han sido lesionados intereses pecuniarios, o existe también en casos de ataque a bienes inmateriales?»<sup>46</sup>.

\* \* \*

En fin, los comentarios contenidos en los epígrafes anteriores habrían de tomarse en cuenta, no sólo para justificar la procedencia de la reparación del daño en el Derecho de familia, sino para la tarea dogmática de su configuración, y van todos a parar a una sola idea, esto es, la necesidad de articular de una vez por todas una teoría general de la responsabilidad civil en el Derecho de familia distinta de la que se ha elaborado para el Derecho patrimonial. Por otra parte, debe recordarse que desde la Codificación en adelante ha habido una fuerte tendencia a difuminar entre lo jurídico y lo moral el contenido del Derecho de familia. Ello ha tenido una serie de consecuencias que, a mi juicio, no han favorecido una apropiada aplicación del régimen jurídico-civil de la familia, y una de las más marcadas ha sido la difícil aceptación de la responsabilidad por los daños, tanto patrimoniales como morales, generados en el incumplimiento de muchos deberes que regula el Derecho familiar. En la actualidad, no hay por qué excluir las acciones de responsabilidad civil por daños en este ámbito, pues las relaciones familiares no tienen por qué llevar consigo inmunidad cuando se causa un daño personal.

Por lo demás, esta nueva teoría general de la responsabilidad en Derecho de familia que se propone debería tener en cuenta las especialidades de la institución familiar y generar su propia taxonomía: a) responsabilidad derivada del matrimonio y su crisis; b) responsabilidad derivada de los esponsales, concubinato y uniones de hecho; c) responsabilidad derivada de la filiación, tanto de los padres como de los establecimientos de educación de los hijos; d) responsabilidad en sede de guardas, etc.

Por último, se ofrece, a modo de ejemplo, una sistematización de las consecuencias jurídicas que derivan del incumplimiento de los deberes personales entre los cónyuges.

### I. *Consecuencias ligadas a la satisfacción del contenido del deber incumplido*

En primer lugar, puede pensarse en el cumplimiento forzoso y para ello es preciso distinguir entre consecuencias patrimoniales y no patrimoniales del incumplimiento:

- a) Patrimoniales: un ejemplo sería el especial cuidado que las instituciones democráticas deben tener en que el régimen de las pensiones se cumpla.
- b) No patrimoniales: estimo que no cabe el cumplimiento forzoso del contenido no patrimonial de los deberes: no cabe obligar forzosamente a ser fiel, a asistir moralmente, a convivir.

En segundo lugar, cabe pensar en el cumplimiento por equivalencia:

- a) Patrimonial: por ejemplo, si uno de los cónyuges incumple el deber de socorro, no prodigándole al necesitado los cuidados, atenciones o solícitos afectos que necesita, cabe obligar al cónyuge que ha incumplido a contratar a un asistente

---

<sup>46</sup> *Idem*, p. 367.

social, o a ingresar al cónyuge en una institución sanitaria apropiada. Si lo incumplido es el deber de corresponsabilidad, el incumplidor podría venir obligado a buscar y contratar ayuda externa al efecto.

- b) No patrimonial: no es posible el cumplimiento por equivalente del deber de fidelidad, del socorro moral y del de convivencia, ya que se trata de deberes personalísimos.

En tercer lugar, procede la indemnización de daños, tanto de los daños patrimoniales como de los morales.

#### 1.º *Indemnización de daños patrimoniales:*

- a) Con carácter general, quien, como persona, y no como cónyuge, causa daño al otro, está obligado a resarcir, con arreglo a un principio general del derecho de reparación integral del daño injusto causado.
- b) Entonces, si un cónyuge ha dado malos tratos físicos al otro, puede ser obligado a pagarle una operación de cirugía reparatoria, obligación que tendría respecto a cualquier persona a quien dañare, fuese o no su cónyuge. La pregunta es si, por el hecho de haberle causado daños, *siendo cónyuge*, recae sobre él una responsabilidad mayor o específica, como sería el caso de no sólo indemnizar mediante la cirugía restauratoria sino también de aprovechar la intervención para utilizar la cirugía estética; repárese en que esta pregunta y la respuesta que aquí se le da no es exorbitante porque, precisamente, en sede penal, la condición de cónyuge constituye un agravante de la responsabilidad.

#### 2.º *Indemnización de daños morales:*

Si en el Derecho patrimonial se ha consagrado, como principio básico, el de la «reparación integral» de los daños ocasionados en sede contractual y extracontractual, según se diferencia tradicionalmente, las mismas razones existen para su pleno reconocimiento en sede de Derecho de familia. De este modo, si el incumplimiento por parte de uno de los cónyuges de alguno de los deberes personales causados en el matrimonio le es imputable y tal acto u omisión le ha ocasionado un daño material o moral al otro, tiene este último el derecho a exigir la correspondiente indemnización y reparación.

Pero en esta sede deben distinguirse dos ámbitos diversos, a saber: a) los daños causados entre los cónyuges como consecuencia de un acto que no implique violación de los deberes personales, cuya disciplina, en principio, debiera ser la general, como si, por ejemplo, un cónyuge atropella con el coche al hijo del otro, y b) los daños ocasionados como consecuencia del incumplimiento de un deber conyugal, pues en este caso, el daño moral, de partida, debe presumirse, sin que sea necesaria su prueba, pues su fundamento se encuentra en la afectividad<sup>47</sup>. Sin perjuicio de ello, la reparación no necesariamente ha de consistir en una cantidad de dinero, como si, en el caso de que un cónyuge haya cometido adulterio, pagase al otro unas espléndidas vacaciones o un crucero por el caribe con la intención de mitigar el dolor causado o de ayudar a reconstruir su autoestima.

---

<sup>47</sup> Se entiende que lo que no es necesario probar es el daño moral causado y no el hecho productor del mismo, ni la entidad de ese daño.

II. *Sanciones que impone el ordenamiento jurídico*, no en función directa de la satisfacción del contenido del deber incumplido, sino como respuesta frente a una conducta que se considera contraria a los valores que encarna el mismo ordenamiento y al tipo de sociedad que el Estado propugna.

Estas sanciones pueden agruparse en diversos grupos, atendiendo, entre otros criterios, a las funciones que desempeñan dentro de una sociedad democrática y de un Estado de derecho. Así:

- a) Sanciones que, sin perjuicio de cautelar intereses sociales, procuran también la protección del cónyuge afectado por el incumplimiento: por ejemplo, cuando un cónyuge ha causado malos tratos psicológicos al otro, al Estado y a la sociedad les interesa sancionar la violencia, pero también proteger a la víctima, y por ende, el cónyuge maltratador adviene obligado a un programa de rehabilitación de maltratadores o se le impone la obligación de permanecer a cierta distancia de la víctima de los malos tratos.
  - b) Sanciones cuya función es, primordialmente, punitiva y que, en consecuencia, implican la pérdida de un derecho o de una facultad, por ejemplo, la posibilidad para el cónyuge afectado de revocar las donaciones que ha efectuado al otro, la pérdida o disminución de ciertos derechos hereditarios: pérdida de la condición de legitimario, causa de desheredación, disminución del derecho de alimentos, etc.
- III. *Consecuencias que consisten en el nacimiento, para el cónyuge afectado, de un derecho dirigido a cambiar su situación vital y a procurar la posibilidad de elegir libremente un estado personal que supere la situación de vulneración de los deberes a que su estado de cónyuge le hacía acreedor*: derecho a pedir la separación de cuerpos o el divorcio, derecho a pedir la separación de bienes, etc.

Para concluir, quisiera dejar planteada mi preocupación acerca de las consecuencias que, desde un punto de vista humano, como se estudia en la jurisprudencia, derivan del proceso de desustanciación del matrimonio que, desde lo jurídico ha culminado, finalizado el proceso, en una serie de contradicciones insolubles.