

LA CONSTRUCCIÓN DE LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA POR IMPUGNACIÓN DE LA FILIACIÓN MATRIMONIAL. UNA MIRADA DESDE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL

Miguel Ignacio DONCKASTER

Abogado. Licenciado
en Ciencias Sociales y Jurídicas
Diplomado en Responsabilidad Civil
y Derecho de Daños. Universidad de Chile
Máster en Estudios Jurídicos Avanzados
Universidad de Barcelona
miguel.donckaster@gmail.com

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años es posible apreciar un cambio profundo en el Derecho de familia, sus fundamentos, los principios que lo informan y las instituciones que le son propias. La consecuencia de esta revolución es una mutación en el modelo normativo de la familia. Así, el modelo de familia patriarcal ha cambiado por uno que define a este grupo como una comunidad al servicio de sus miembros¹. Esta transformación ha permitido el reconocimiento de nuevas tipologías de familia, como las monoparentales, las ensambladas y las homoparentales. En el Derecho positivo español, el proceso de reformulación de las instituciones de la familia se realizó principalmente a través de la modificación del Código Civil (en adelante, CC), por medio de leyes que propendieron a una regulación del matrimonio y la familia basada en la igualdad entre sus miembros.

El sentido de las modificaciones en los cuerpos sustantivos ha sido la creación de un estatuto de protección de los miembros de la familia, preocupado por quienes están expuestos a una posición desmejorada dentro de ella. Así, el Derecho de familia actual pretende, en primer lugar, la protección de la infancia; para ello, busca asegurar el adecuado reco-

¹ J. DE VERDA Y BEAMONTE, «La responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares en España», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, vol. 3, núm. 4 (2016), pp. 220-221, disponible en <https://www.revista-aji.com/articulos/2016/num4-ter/219-259.pdf>.

nocimiento y ejercicio de los derechos de niños, niñas y adolescentes. En segundo lugar, persigue la disminución de los desequilibrios sustantivos entre los cónyuges —como la brecha de género—. Estos cambios normativos son consecuencia de dos elementos: por un lado, de la interpretación que ha realizado el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) sobre los arts. 32 y 39 de la Constitución, en el sentido de que conforman un bloque constitucional sobre la familia; por otro, los nuevos principios del Derecho de familia se basan fundamentalmente en la igualdad entre sus miembros y la ampliación de la esfera de la autonomía de la voluntad².

La consecuencia de este tránsito, tanto normativo como relativo a los fundamentos y principios, es el acercamiento al Derecho de familia de instituciones que tradicionalmente se habían concebido para el Derecho civil patrimonial. En este proceso es posible enmarcar el tópico de la responsabilidad patrimonial dentro del Derecho de familia. La atención de la doctrina y de la jurisprudencia se han centrado particularmente en el estudio del ilícito civil proveniente de la ocultación de la paternidad biológica de los hijos nacidos durante el matrimonio.

En este contexto, este trabajo tiene tres objetivos fundamentales: en primer lugar, exponer cuál ha sido la posición de la jurisprudencia frente a las acciones de pretensión resarcitoria en la hipótesis recién señalada. Este ejercicio comporta también referirse a la manera en que los tribunales han delimitado e interpretado los elementos del ilícito civil y su aplicación a los cónyuges. En segundo lugar, se intenta realizar un examen crítico del funcionamiento de la acción construida por la jurisprudencia. Y, en tercer lugar, se presenta una acción indemnizatoria que se estime superadora del estado actual del problema planteado.

Para cumplir aquella finalidad, la estructura de acción que se propone debería poder afirmar su coherencia tanto interna como externa. El cumplimiento del primero de tales parámetros tiene relación con la cohesión normativa que deberían guardar entre sí los elementos de la responsabilidad civil y la manera en que estos se aplicarían a la relación matrimonial. A su vez, la coherencia externa se concentra en la integración de la acción indemnizatoria en el sistema de Derecho de familia. Lo anterior implica que debe revisarse críticamente el contenido del matrimonio tanto en su naturaleza jurídica como —sobre todo— en sus efectos, para lo que debe

² C. LEPÍN MOLINA, «Los nuevos principios del Derecho de familia», *Revista Chilena de Derecho Privado*, núm. 23 (2014), pp. 11-12, disponible en <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722014000200001>.

considerarse el interés de los cónyuges en él. Este último aspecto lleva a integrar, en el estudio de este trabajo, el efecto que tendría una acción indemnizatoria en la relación material entre las partes del matrimonio, como también el impacto que generaría en el hijo involucrado.

2. LA POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA FRENTE A LAS ACCIONES RESARCITORIAS POR OCULTACIÓN DE LA VERDADERA FILIACIÓN MATRIMONIAL

La jurisprudencia ha desarrollado su aproximación a la responsabilidad patrimonial por ocultación de la filiación en torno a dos sentencias del Tribunal Supremo (en adelante, TS) dictadas en el año 1999. La relevancia jurisprudencial de la primera de ellas —de 22 de julio de 1999— radica en que utiliza el dolo como factor de imputación aplicable a la mujer por la ocultación de la filiación. Según aquel tribunal, dado que se demostró que la demandada solo tuvo certeza de la falsedad de la filiación paterna una vez conocido el resultado de la prueba biológica, entonces no actuó dolosamente durante la relación matrimonial. En consecuencia, la responsabilidad debería descartarse³.

A su vez, la doctrina jurisprudencial de la segunda sentencia —de 30 de julio de 1999— es sencilla: el régimen de responsabilidad que se aplica a la hipótesis descrita es el extracontractual. En aquel fallo, el tribunal rechaza la acción indemnizatoria con el argumento de que la infracción a los deberes conyugales —particularmente el deber de fidelidad— no genera responsabilidad alguna entre los cónyuges. Por el contrario, amparado en el antiguo texto del art. 82 CC, el tribunal sostuvo que tal infracción solo conllevaba ser causa de separación matrimonial. Para descartar la aplicación de la responsabilidad contractual a la hipótesis de hecho planteada, el TS argumenta que, aun cuando el deber de fidelidad es de naturaleza contractual, si se aplica este régimen, cualquier alteración en la vida conyugal obligaría a condenar a los cónyuges a indemnizar al otro y proliferarían las demandas de ese tenor⁴. La jurisprudencia se ha alineado invariablemente tras esta tesis.

El siguiente hito en la jurisprudencia es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 2 de noviembre de 2004, en la que se condena

³ STS de 22 de julio de 1999 (ROJ: STS 5364/1999).

⁴ STS de 30 de julio de 1999 (ROJ: STS 5489/1999).

tanto a la mujer como al padre biológico de los hijos a la indemnización de los perjuicios del marido. En dicho fallo se elaboró una concepción dual del ilícito civil, pues se imputó a los demandados la comisión de dos conductas: la concepción negligente de hijos fuera del matrimonio y la ocultación dolosa de la verdadera filiación al marido⁵. Es precisamente este fallo, junto con la Sentencia del TS de 22 de julio de 1999, los que han marcado el acercamiento que la mayoría de la jurisprudencia ha realizado sobre tales elementos de la responsabilidad civil⁶.

Como contrapunto a esas líneas jurisprudenciales, las audiencias provinciales de Barcelona y Cádiz han elaborado otras interpretaciones sobre los elementos de la responsabilidad civil expuestos. Por un lado, la Audiencia Provincial de Cádiz ha construido la acción que se imputa a la agente desde la infracción calificada al deber de fidelidad entre los cónyuges, que descansaría en la concepción de un hijo fuera del matrimonio, acompañada del ocultamiento de ello⁷. Por otra parte, la Audiencia Provincial de Barcelona, en su fallo de 16 de enero de 2007, utilizó solo el criterio de culpa o negligencia como factor de imputación de la conducta del agente⁸. A este respecto, dicho tribunal razonó que, si la demandada mantuvo relaciones sexuales con otra pareja al tiempo de la concepción, omitió el deber de diligencia que le era exigible al no corroborar la verdadera filiación biológica del hijo.

En cuanto al daño que sufriría el marido como consecuencia de la ocultación, la Audiencia Provincial de Valencia, en el citado fallo de 2 de noviembre de 2004, determina el contenido relevante de ese elemento de la responsabilidad civil como «cualquier frustración, quebranto o ruptura en los sentimientos, lazos o afectos, por naturaleza o sangre, que se dan entre personas allegadas fundamentalmente por vínculos parentales, cuando a consecuencia del hecho ilícito, se ve uno de ellos privado temporal o definitivamente de la presencia o convivencia con la persona directa-

⁵ SAP Valencia de 2 de noviembre de 2004 (ROJ: SAP V 4688/2004).

⁶ En general, las Audiencias Provinciales que han considerado que el ilícito civil cometido por la demandada es la ocultación de la filiación biológica han tendido a considerar dolosa la conducta por la inscripción del hijo como del marido. Este es el criterio seguido en las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales de A Coruña [SAP A Coruña de 8 de noviembre de 2010 (ROJ: SAP C 3022/2010)], Jaén [SAP Jaén de 9 de marzo de 2015 (ROJ: SAP J 216/2015)], Alicante [SAP Alicante de 6 de noviembre de 2017 (ROJ: SAP A 3382/2017)] y León [SAP León de 30 de enero de 2009 (ROJ: SAP LE 39/2009) y SAP León de 23 de noviembre de 2012 (ROJ: SAP LE 1557/2012)], y por la propia Audiencia Provincial de Valencia [SAP Valencia de 13 de noviembre de 2014 (ROJ: SAP V 5813/2014)].

⁷ SAP Cádiz de 3 de abril de 2008 (ROJ: SAP CA 124/2008).

⁸ SAP Barcelona de 16 de enero de 2007 (ROJ: SAP B 9237/2007).

mente dañada por dicho ilícito, o por la situación deficitaria o de auténtica orfandad en que pueden quedar ciertas personas [...], por ejemplo, en el supuesto de una relación parental intensa, la pérdida del padre con respecto a los hijos, o a la inversa».

Por último, el análisis sobre el elemento causal de la responsabilidad aquiliana es exiguo y simple. En efecto, la Audiencia Provincial de Barcelona ha fallado que la ocultación de la filiación produce «necesariamente» el daño moral reclamado por el actor⁹. En la misma línea, la Audiencia Provincial de Ciudad Real ha afirmado que el perjuicio sufrido sería «patente, palmario y fácilmente deducible de la propia experiencia humana». Y, por tanto, vuelve innecesaria su acreditación mediante un informe pericial psicológico¹⁰.

El último hito en esta constante discusión dentro de la jurisprudencia es la Sentencia del TS de 13 de noviembre de 2018. En ella, aquel tribunal reiteró la doctrina de que la infracción a los deberes matrimoniales no generaría una acción indemnizatoria para los cónyuges, incluyendo en ello las hipótesis de ocultación de la filiación. Asimismo, insistió en que la consecuencia de la infracción de los deberes conyugales sería solo un reproche ético, mas no jurídico¹¹.

3. ANÁLISIS DE LA FUNDAMENTACIÓN DE LAS SENTENCIAS

El tratamiento jurisprudencial sobre la acción indemnizatoria que nace de la impugnación de la paternidad está marcado por dos fenómenos: la negativa del TS de acceder a esta acción y la discusión en las audiencias provinciales sobre las condiciones que deben darse para su procedencia y los elementos que la componen, siempre dentro del escueto margen dejado por la jurisprudencia del TS. Con todo, la aproximación restrictiva sobre esta hipótesis de daños es compartida por gran parte de la jurisprudencia expuesta.

Como ha quedado en evidencia, este enfoque no es por azar, sino que responde a la preocupación de los tribunales por el aumento de tales pretensiones indemnizatorias. El argumento implícito sostenido por la jurisprudencia mayoritaria es que la proliferación de las acciones indemni-

⁹ SAP Barcelona de 30 de mayo de 2016 (ROJ: SAP B 7636/2016).

¹⁰ SAP Ciudad Real de 23 de abril de 2018 (ROJ: SAP CR 407/2018).

¹¹ STS de 13 de noviembre de 2018 (ROJ: STS 3700/2018).

zatorias entre cónyuges puede erosionar la estabilidad del matrimonio como institución.

En este sentido, es en el dolo —utilizado como principal factor de imputación— donde se evidencia con mayor claridad la tesis reduccionista de la jurisprudencia mayoritaria. Así, someter la acción del agente a ese factor resulta condicionarla a alcanzar un parámetro de mayor gravedad que el que comprende la culpa o negligencia, pues es más difícil para el demandante acreditar que el agente actuó con una intención maliciosa o, al menos, con la conciencia de realizar una conducta antijurídica. Elementos que configuran el dolo según ha fallado el TS¹². En síntesis, el uso de este factor de imputación abarca tanto la intención de infringir un daño a un tercero como el desdén hacia este.

Dado lo anterior, la tesis sostenida por la mayoría de la jurisprudencia conlleva necesariamente que, por ejemplo, la ocultación de la filiación se ha hecho con el propósito de dañar al marido, o bien que —sabiendo la mujer que el hijo no es de aquel— se utiliza al hijo con la intención manifiesta de aprovecharse del cónyuge. Sin embargo, ninguno de estos dos supuestos se ajusta a los casos reales de la hipótesis en estudio. A pesar de ello, desde la doctrina jurisprudencial sentada en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 2 de noviembre de 2004 se ha expandido el ámbito de imputación que se atribuye a la cónyuge demandada. Con base en aquel fallo, la jurisprudencia ha llenado el concepto del dolo simplemente con la ocultación consciente de la verdadera filiación del hijo. Así definido, este factor de imputación tiende a volverse irrelevante, pues se confunde con la acción que se atribuye a la agente. De este modo, basta que se pruebe el hecho de la ocultación de la verdadera filiación para que la conducta se estime como dolosa.

De igual manera, respecto de la acción de la agente, la jurisprudencia mayoritaria ha seleccionado la ocultación de la verdadera filiación del hijo como el origen de la responsabilidad. No obstante, este hito es un elemento específico de la relación paternofilial que no refleja su extensión y complejidad. La elección jurisprudencial de esa conducta acotada tiene su fundamento en el esfuerzo argumentativo de alejarse del deber de fidelidad como sustento de la responsabilidad, pero también es consecuencia directa de regir la acción indemnizatoria por el estatuto aquiliano. Sin embargo, la elección por la ocultación de la filiación comportaría dejar sin reparación hipótesis más laxas, pero que podrían producir el mismo daño en el

¹² STS de 21 de abril de 2009 (ROJ: STS 1899/2009).

marido. Por ejemplo, aquella en que la mujer —que ha mantenido relaciones sexuales con otra pareja y quedó embarazada— habría omitido corroborar la verdadera filiación del hijo atribuido al cónyuge.

Junto con lo anterior, aun aceptándose que la ocultación es la fuente del ilícito civil, ello implica una reducción artificial de la línea conductual de la mujer, que contribuye a la producción del daño. En efecto, más que dicha hipótesis, el perjuicio se produce por la terminación intempestiva de la relación paternofilial, siguiendo la línea jurisprudencial de la Audiencia Provincial de Valencia en su fallo de 2004. En este sentido, esta última noción involucra con mayor intensidad los intereses extrapatrimoniales del marido que la conducta utilizada por la jurisprudencia mayoritaria. En este análisis interno, el uso de la ocultación de la filiación aparece como un supuesto inadecuado que debe servir para construir la responsabilidad de la cónyuge.

Esto ofrece razones de segundo orden para rechazar las bases de la tesis restrictiva sostenida por la jurisprudencia. Al utilizar la responsabilidad aquiliana, la tesis restrictiva se cierra sobre la relación jurídica producida entre la víctima y su victimario. Sin embargo, si esto se aplica a la pretensión indemnizatoria en estudio, el marido toma la posición de víctima y la mujer la de victimaria; esta asignación es una ficción jurídica errónea que solo es adecuada si dicha pretensión se observa desde aquel régimen de responsabilidad. En este contexto, los elementos de la tesis restrictiva aumentan esta inequidad. En primer lugar, la acción utilizada como hipótesis solo puede darse en matrimonios heterosexuales. Más aún, por esta configuración, la titularidad activa únicamente puede corresponder al marido. En segundo lugar, con la aplicación del dolo se asume que la mujer no solo ha ocultado la filiación, sino que lo ha hecho con el propósito de dañar al marido a través de la omisión de revelar la verdadera filiación del hijo tenido por matrimonial. Si a esta posición de desventaja producto del reproche normativo se agrega que el daño tiene una conexión necesaria con la ocultación, la indemnización toma caracteres punitivos más que resarcitorios. La consecuencia de este hermético silogismo judicial es que la mujer queda sometida al reproche de su infidelidad.

En la misma línea, dado que el estatuto aquiliano es ciego a la relación de familia, la mujer no podría alegar como defensa un contexto familiar más amplio como una circunstancia exculpatoria de la responsabilidad que se le atribuye. Por ejemplo, la infidelidad del propio marido-demandante o el abandono familiar. Luego, la aproximación jurisprudencial toma como base implícita para la construcción de los elementos de la relación

jurídica un ideal de matrimonio y de mujer que no corresponde con la realidad. Por el contrario, comporta la comparación de la conducta real de la agente con un estereotipo de género.

Por otro lado, el estatuto de responsabilidad extracontractual es indiferente a la inclusión de factores externos a esa relación, como el interés de los hijos. Para la jurisprudencia, la pérdida del vínculo con estos es la medida del daño, pero al ser una pérdida abstracta, la calidad o intensidad de dicho vínculo no se toma en cuenta. En otras palabras, el interés superior del niño, niña o adolescente afectado por la impugnación de la filiación es irrelevante en el proceso indemnizatorio.

En contraposición a lo expuesto, la jurisprudencia parece abandonar el enfoque restrictivo en la construcción del nexo causal. Toda vez que, dado que ha considerado como necesaria la concurrencia de este elemento, bastaría la prueba del perjuicio para asumir que se deriva de la acción lesiva. El resultado de esta aproximación es evidente: la ampliación del ámbito de la conexión causal de la responsabilidad civil para unir una acción excesivamente angosta con un daño indemnizable sumamente amplio. Este fenómeno podría explicarse como un esfuerzo jurisprudencial para escapar de la rigidez de la tesis restrictiva a la que se someten los anteriores elementos de la acción indemnizatoria.

No obstante, la tesis jurisprudencial de la conexión necesaria entre el daño moral reclamado por el marido y la ocultación de la filiación por la mujer no da cuenta de la doble faz del elemento causal¹³. Desde un punto de vista fáctico, sostener una conexión necesaria entre la acción y el daño comporta extender este nexo indefinidamente, pues el criterio jurisprudencial no permite excluir perjuicios lejanos o improbables. Además, tampoco se ha desarrollado un vínculo teórico entre la ocultación de la filiación y sus consecuencias en todos los participantes de la relación paterno-filial. Desde el punto de vista normativo, si la atribución se construye desde el nexo necesario, el elemento causal se desfigura, pues se vuelve incapaz de separar los menoscabos que se encuentran directamente vinculados al actuar del agente de los que no lo están; es decir, aquellos que provienen de cursos causales concurrentes.

En definitiva, la aproximación que ha realizado la jurisprudencia mayoritaria sobre la acción indemnizatoria nacida de la impugnación de la filiación es deficitaria, ya sea por la extensión impropia de algunos de sus elemen-

¹³ E. BARROS BOURIE, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 374.

tos, o bien por el análisis excesivamente restrictivo de otros. Esta interpretación encubre un reproche a la mujer por su vida sexual. Del mismo modo, el modelo jurisprudencial no está diseñado para incluir los intereses de otros miembros de la familia en la evaluación de la pretensión resarcitoria del marido. No obstante, es rescatable la labor que han hecho algunas audiencias provinciales de realizar un análisis alternativo de los elementos de la responsabilidad civil. Principalmente, a través del uso de la negligencia como elemento general de atribución, e incluso el deber de fidelidad entre los cónyuges como sustento de la acción imputable al agente.

4. LA CONSTRUCCIÓN DE LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA

Este acápite tiene dos objetos: el primero de ellos es la proposición —desde un punto de vista teórico— de una acción indemnizatoria cuyo origen se encuentre en la impugnación de la filiación, con un sustento arraigado en los elementos ya existentes en el Derecho de daños. El segundo objeto es el análisis interno de la acción indemnizatoria que se propone. Para ello, en primer lugar, se presentan los argumentos que permiten sostener que el régimen de responsabilidad aplicable a la acción es el contractual. En segundo lugar, se estudia la acción constitutiva del incumplimiento que se imputa al agente a partir de una eventual infracción del llamado «deber de fidelidad matrimonial».

A continuación, se abordan los restantes elementos de la responsabilidad. Así, en tercer lugar, se construye el estándar de diligencia exigible entre los cónyuges —actividad en la que intervienen aspectos morales cuya determinación no es pacífica—. Dentro del análisis de ese elemento, también se abordan las posibles causales de justificación de la conducta. En cuarto lugar, se analiza el daño que puede alegar el demandante. Este análisis se enfoca en el daño extrapatrimonial como la principal categoría aplicable a la hipótesis de estudio, su admisibilidad en sede contractual y la manera en que este elemento interactúa con otros intereses dentro de la familia. Para finalizar con este orden lógico se examina el vínculo causal.

4.1. Calificación jurídica de los deberes del matrimonio

La acción indemnizatoria debe basarse en el incumplimiento de un deber jurídico establecido previamente a la infracción que se reclama. La

naturaleza de dicho deber preexistente determina el régimen de responsabilidad aplicable, pues mientras el régimen contractual descansa en la inobservancia de una obligación contraída voluntariamente, el estatuto aquiliano se basa en la infracción a la obligación general de no dañar a otros¹⁴.

En este sentido, el objeto de este apartado es analizar si los deberes matrimoniales —en particular, el deber de fidelidad— son de carácter moral, cuya infracción no genera efectos jurídicos relevantes, o bien, si son obligaciones propiamente jurídicas, de modo que su infracción sustenta la aplicación del régimen contractual a la hipótesis en estudio. Este problema también entraña determinar si esta noción se aplica en un contexto de crisis matrimonial o, incluso, si subsiste a la terminación del matrimonio.

Ahora bien, la doctrina ha debatido intensamente sobre la juridicidad de los deberes matrimoniales. Los argumentos que se han esgrimido para negar esta naturaleza se basan, principalmente, en que tales deberes tienen un carácter moral, de modo que su observancia se encuentra entregada al arbitrio de cada uno de los cónyuges. Como corolario, su infracción no puede generar ningún tipo de consecuencia jurídica, sino un mero reproche ético¹⁵. El argumento implícito de esta tesis es que tales deberes corresponden a una determinada visión canónica del matrimonio como institución, de manera que sus efectos obligan a los cónyuges fuera del ámbito estrictamente jurídico. Por otro lado, los deberes conyugales no pueden suponer una renuncia al libre ejercicio de la personalidad¹⁶, y por ello no puede procederse a su cumplimiento coercitivo.

Ligado a lo anterior, se ha sostenido la imposibilidad de reclamar la indemnización de perjuicios por incumplimiento de los deberes matrimoniales desde un punto estrictamente legislativo: no existe norma que otorgue una acción de ese tipo a los cónyuges. Por lo cual, el legislador implícitamente ha denegado su procedencia¹⁷. Sin embargo, este punto de vista parece contradicho por el hecho de que el legislador expresamente ha

¹⁴ E. BARROS BOURIE, «La diferencia entre “estar obligado” y “ser responsable” en el Derecho de los contratos», en J. A. VARAS BRAUN y S. TURNER SAEZLER (eds.), *Estudios de Derecho Civil*, vol. 2, Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2006, p. 725.

¹⁵ J. FERRER I RIBA, «Relaciones familiares y límites del Derecho de daños», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4 (2001), p. 14, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=235463>.

¹⁶ C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, «El valor de los deberes personales entre los cónyuges: incumplimiento del deber de fidelidad», en J. A. GARCÍA AMADO (ed.), *La responsabilidad civil por daños en las relaciones familiares*, Hospitalet de Llobregat, Wolters Kluwer, 2017, p. 32.

¹⁷ G. HERNÁNDEZ PAULSEN, «Las consecuencias de las infracciones de deberes matrimoniales no dan lugar a indemnización», *Revista Chilena de Derecho Privado*, núm. 27 (2016), p. 114, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6677731.pdf>.

previsto un ámbito —limitado— de consecuencias que se generan por la infracción de estos deberes, por ejemplo, la posibilidad de desheredamiento, a tenor del art. 855 CC¹⁸.

Desde un punto de vista social, sostener que la infracción al deber de fidelidad genera una acción indemnizatoria en el otro cónyuge puede tener efectos discriminatorios. Indeseables dentro de un sistema jurídico. En efecto, la infidelidad tiene una carga social distinta si quien incurre en ella es un hombre o una mujer. Así, si es cometida por el marido, el reproche social sobre él tiende a sublimarse en la *naturaleza masculina*; el mantener relaciones sexuales con otra pareja no parece ser una conducta reprochable, sino una mera circunstancia, un acto impulsivo e irrefrenable. En cambio, si la mujer es quien comete la infidelidad, el reproche social es significativamente más intenso. No solo porque es una conducta que se ejerce *en contra* del marido, sino también *en contra* del núcleo familiar, pues la sexualidad de las mujeres se ha asociado tradicionalmente con la afectividad y el matrimonio¹⁹. De esta manera, si parte de las razones de la crisis matrimonial es la infidelidad de la mujer, sería un resultado injusto que deba cargar con las consecuencias resarcitorias de dicha infidelidad además del reproche social que sufre.

Sin embargo, estos argumentos no son correctos para oponerse a la juridicidad de los deberes matrimoniales ni tampoco suponen una carga inherente e insalvable al deber de fidelidad. La juridicidad de los deberes conyugales proviene de la naturaleza jurídica del matrimonio como un contrato. En efecto, el matrimonio es indisociable de la voluntad de los cónyuges tanto para su celebración —a tenor de lo dispuesto en los arts. 45 y ss. CC— como para la declaración de nulidad —según las causales del art. 73 CC—, y también para la separación de los cónyuges y el divorcio —según permite el art. 81 y ss. del mismo cuerpo legal—.

De ello pueden inferirse dos consecuencias: la primera es que, no obstante los deberes conyugales nacen con independencia de la voluntad de los cónyuges²⁰, ellos son capaces de determinar su contenido libremente en virtud de su propia autonomía, adaptándolos al ámbito exclusivo de la

¹⁸ C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, «El valor de los deberes personales...», *op. cit.*, p. 34.

¹⁹ INSTITUT D'ÉTUDES OPINION ET MARKETING EN FRANCE ET À L'INTERNATIONAL, *Observatoire Européen de l'Infidélité Féminine*, 2019, p. 3, disponible en https://www.ifop.com/wp-content/uploads/2019/06/analyse-ifop_fk_FRANCE.pdf.

²⁰ E. ROCA I TRÍAS, «La responsabilidad civil en el Derecho de familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil», en J. A. MORENO MARTÍNEZ, *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Madrid, Dykinson, 2000, p. 547.

comunidad de vida que forman. La segunda de tales consecuencias es que, si se acepta que el matrimonio gira en torno a la voluntad de los cónyuges, entonces los intereses de estos en dicho contrato constituyen el fundamento mismo de los efectos que produce²¹. En consecuencia, los daños provocados en el seno del matrimonio —al afectar tales intereses— deben generar una acción indemnizatoria para obtener su reparación²². Luego, los deberes conyugales no son una limitación de los derechos de la personalidad, sino la manera precisa en que esos derechos pueden ejercerse dentro del ámbito del matrimonio.

En este contexto, la juridicidad de los deberes conyugales tiene también un fundamento normativo. El deber de fidelidad genera efectos específicos dentro del Derecho de familia. Particularmente, su existencia y la cohabitación entre los cónyuges permite afirmar teóricamente la presunción de paternidad contenida en el art. 116 CC. Los restantes deberes conyugales —contenidos en los arts. 67 y 68 CC— son el fundamento principal de otras instituciones dentro del matrimonio, de modo que conforman un sustrato sistémico en la relación entre los cónyuges. En este sentido, el deber de compartir las responsabilidades domésticas tiene efectos patrimoniales específicos referentes al régimen primario del matrimonio, a la prestación compensatoria del art. 97 CC o como una manifestación —dentro del ámbito autonómico— en la compensación económica por razón de trabajo contemplada en el art. 232-5 del Código Civil de Cataluña (en adelante, CCCat). Por otro lado, el deber de socorro y ayuda mutua se extiende a la prohibición del trato violento, las injurias o vejámenes y la injerencia en la intimidad de un cónyuge por el otro²³.

En este orden de cosas, la infracción a los deberes conyugales también tiene sanciones específicas en el Derecho de familia. Así, el art. 855 CC mantiene el incumplimiento grave o reiterado de los deberes matrimo-

²¹ R. PÉREZ GALLEGO, «Nuevos daños en el ámbito del Derecho de familia: los daños morales y patrimoniales por ocultación de la paternidad biológica», *Revista de Derecho Civil*, vol. 2, núm. 3 (2015), p. 153.

²² Esta última aserción es corolario de considerar la existencia de la acción indemnizatoria dentro de la familia desde el punto de vista de los derechos fundamentales de sus miembros. Así, la doctrina ha señalado que la existencia de acciones de responsabilidad entre los miembros de la familia se sostiene en el modelo de «familia-comunidad». Este modelo se basa en la concepción de la familia como una institución de protección de los intereses y derechos de sus miembros, como también la promoción de sus intereses personales. *Vid.* E. ROCA I TRÍAS, «La responsabilidad civil en el Derecho de familia...», *op. cit.*, p. 540.

²³ M. T. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, «Remedios indemnizatorios en el ámbito de las relaciones conyugales», en J. R. DE VERDA Y BEAMONTE, *Daños en el Derecho de familia*, Pamplona, Aranzadi, 2006, p. 152.

niales como causal para desheredar al cónyuge sobreviviente. En relación con esta sanción, el art. 152 CC dispone la cesación de la obligación de dar alimentos a aquel que hubiese cometido una falta de las que dan lugar al desheredamiento, lo que remite a la infracción de los deberes conyugales. En síntesis, es incorrecto afirmar que el cumplimiento de tales obligaciones esté entregado al libre albedrío de los cónyuges, sino que generen efectos jurídicos precisos, algunos de ellos expresamente tasados por el legislador²⁴.

Sin embargo, la juridicidad de los deberes conyugales no implica negar su contenido eminentemente moral. La mixtura de obligaciones jurídicas y axiomas morales no es extraña para el Derecho de familia, cuyas normas presentan generalmente esta estructura cuando se refieren a obligaciones personales entre los miembros del grupo familiar²⁵. Por ejemplo, el art. 236-17 CCCat obliga a los padres a dar alimentos a los hijos y a «convivir [con ellos], educarlos y proporcionarles una formación integral». Estas obligaciones se encuentran arraigadas en los derechos de la personalidad de los miembros de la familia, de modo que los perjuicios que se les causen deben quedar amparados por la posibilidad de su resarcimiento²⁶.

En definitiva, dado que los deberes conyugales son obligaciones jurídicas que nacen al momento de la celebración del matrimonio, el incumplimiento grave de su contenido sí permite acudir a la acción de indemnización de perjuicios para obtener la reparación del daño sufrido; en la medida en que concurran sus demás elementos. En este sentido, dado que el incumplimiento que se imputa a uno de los cónyuges está ligado a los efectos personales del matrimonio, el régimen de responsabilidad aplicable es el contractual de los arts. 1101 y ss. CC. Por el contrario, no es apli-

²⁴ Parte de la doctrina ha afirmado el carácter normativo de los deberes conyugales desde la propia redacción de los arts. 67 y 68 CC, cuyos verbos rectores son de carácter imperativo para los cónyuges. Vid. J. DE VERDA Y BEAMONTE, «La responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares...», *op. cit.*, p. 247. Asimismo, se ha apelado a la voluntad del legislador de mantener la vigencia y obligatoriedad de los deberes conyugales al agregar el deber de compartir las cargas domésticas, introducido por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (BOE, núm. 163, de 9 de julio). Vid. R. PÉREZ GALLEGO, «Nuevos daños en el ámbito del Derecho de familia: los daños morales y patrimoniales por ocultación de la paternidad biológica», *Revista de Derecho Civil*, vol. 2, núm. 3 (2015), p. 143.

²⁵ R. RAMOS PAZOS, *Derecho de familia*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2001, p. 15.

²⁶ G. MEDINA, «Daños en el Derecho de familia en el Código Civil y Comercial Unificado de Argentina», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3 (2015), p. 28, disponible en <https://roderic.uv.es/handle/10550/47060>.

cable el régimen de responsabilidad extracontractual, puesto que lo imputado no es una infracción genérica al deber de no dañar a otros, sino que el reproche se realiza a un agente determinado, cuya conducta se considera lesiva por la infracción a un deber que emana de un vínculo preexistente entre los cónyuges²⁷. Con todo, parte de la doctrina sostiene que la aplicabilidad del estatuto aquiliano se basa en el origen legal que tienen los deberes matrimoniales. Por consiguiente, este carácter excluiría la responsabilidad contractual, pero también la facultad teórica que tendrían los cónyuges para modificar el alcance o efectos de los deberes matrimoniales²⁸.

En esta línea argumental, el sostener que la pretensión indemnizatoria se somete a la responsabilidad contractual permite superar las objeciones discriminatorias a la mujer esgrimidas en contra del régimen extracontractual. En principio, el matrimonio establece un cúmulo de obligaciones de carácter personal a las que los cónyuges se encuentran obligados recíprocamente con la misma intensidad. No obstante, esta afirmación solo es teórica, pues la asignación de funciones o la valoración de la conducta de los cónyuges dentro del matrimonio pueden ser asimétricas. Entre los factores que inciden en tal desequilibrio se encuentra la brecha de género. Esta se manifiesta, entre otros ejemplos, en la distinta valoración de la infidelidad o en la noción de que el trabajo de cuidados no remunerado se asigna mayoritariamente a las mujeres y que los hombres no lo asumen equitativamente²⁹.

El contraste entre la asignación de obligaciones recíprocas y la realidad, al calificarse como una asimetría dentro del matrimonio, posibilita que tales diferencias sean jurídicamente relevantes y permitan la aplicación de remedios jurídicos. En otras palabras, mientras el estatuto de responsabilidad aquiliana toma a los cónyuges como dos extraños y construye a su alrededor una relación jurídica desigual, la responsabilidad contractual explicita la relación matrimonial y la coloca en el contexto necesario para calificar las conductas dañosas que se produzcan dentro de ella. De este modo debería ser posible superar la barrera de la igualdad formal de

²⁷ D. VARGAS ARAVENA, *Daños civiles en el matrimonio*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2009, p. 199, disponible en http://gedos.usal.es/jspui/bitstream/10366/76356/3/DDP_VargasAravenaDG_DañosCivilesMatrimonio.pdf.

²⁸ R. ÁLVAREZ ESCUDERO, *Daños en las relaciones familiares y derecho a la identidad en la filiación*, Barcelona, Universitat Autònoma de Barcelona, 2018, pp. 61-62.

²⁹ M. DOMÍNGUEZ FOLGUERAS, «La división del trabajo doméstico en las parejas españolas. Un análisis del uso del tiempo», *Revista Internacional de Sociología*, vol. 70, núm. 1 (2012), p. 157, disponible en <https://doi.org/10.3989/ris.2009.08.26>.

las partes y observar las asimetrías materiales que existan en su relación. La aplicación práctica de esta afirmación, en relación con la hipótesis en estudio, corresponde a la construcción del deber de conducta entre los cónyuges y las causales de justificación de la conducta.

El último aspecto por tratar es el momento en que la acción puede ejercerse en este nuevo panorama. Así, no es óbice para la aplicación del régimen contractual que la acción nazca una vez se declara el término del vínculo de filiación entre el marido y el hijo, circunstancia que ocurre generalmente durante la crisis matrimonial, e incluso una vez ya se ha terminado el matrimonio. En primer lugar, a tenor de lo fallado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2012, el marido puede interponer la acción desde que se manifiesta el daño que reclama como proveniente de la impugnación de la filiación, sin perjuicio de que el vínculo normativo alegado sea previo³⁰. La solución entregada por el Derecho catalán es idéntica, ya que el art. 121-23 CCCat dispone que la prescripción solo comienza a correr desde que la pretensión ha nacido y es exigible; es decir, desde que se reúnen todos los requisitos señalados por la ley para su ejercicio y el demandante tenga el conocimiento de ello.

En segundo lugar, la acción resarcitoria así descrita tiene una estructura homóloga a la de la prestación compensatoria; una obligación que nace con la terminación del matrimonio, pero cuyo fundamento se encuentra en este. En definitiva, aunque el momento del nacimiento de la obligación venga determinado por la conclusión de la convivencia matrimonial, la obligación que le da origen no pierde su carácter contractual.

4.2. El interés jurídico tutelado en el deber de fidelidad

Se ha sostenido previamente que, en la hipótesis de este trabajo, la conducta que dé origen a la acción indemnizatoria debe ser suficientemente amplia para cubrir todos los momentos que tienen por consecuencia la impugnación de la filiación y el daño que se produce al marido. Al mismo tiempo, dado que el ilícito civil siempre guarda relación con una obligación previa incumplida, la acción que se imputa al agente debe encontrarse arraigada dentro de un elemento preexistente de la relación entre las partes.

En estas condiciones, el elemento de esa relación que puede otorgar la flexibilidad requerida para cumplir tales requisitos es el deber de fidelidad

³⁰ STS de 18 de junio de 2012 (ROJ: STS 4183/2012).

contemplado en el art. 68 CC. Para dilucidar si este efecto se cumple, este apartado tiene por objeto analizar críticamente el contenido del deber de fidelidad; es decir, los derechos y obligaciones que emanan para los cónyuges, y la manera en que tales obligaciones se incumplen.

Tradicionalmente, el deber de fidelidad se ha entendido como el deber de los cónyuges de mantener relaciones sexuales exclusivamente entre ellos. Por consiguiente, la única forma de infringir ese deber era a través del adulterio³¹. Pretéritamente, este no solo acarreaba efectos civiles, sino también penales para la mujer. Sin embargo, la posibilidad de que la infidelidad (sexual) fuese causa de separación judicial o de divorcio desapareció con la entrada en vigor de la Ley 15/2005, de 8 de julio. De igual modo, el delito de adulterio, sancionado en el art. 449 del CP vigente hasta 1995, se derogó en virtud de la Ley 22/1978, de 26 de mayo, sobre despenalización del adulterio y del amancebamiento (BOE, núm. 128, de 30 de mayo).

Desde el punto de vista jurisprudencial, el deber de fidelidad también ha sido despojado de su carga de mantener la exclusividad sexual de los cónyuges. En este sentido, la Audiencia Provincial de Cádiz —en su fallo ya citado de 3 de abril de 2008 que ha construido el ilícito civil desde la infracción a aquel deber— razona que este ya no se refiere al derecho de los cónyuges a «ser amado en exclusividad [...] sino de dar contenido jurídico al matrimonio y de sancionar las conductas antijurídicas que se den en su seno».

En el Derecho catalán, el CCCat no hace referencia a un deber de fidelidad, sino que este es reemplazado por el deber de guardarse lealtad, a tenor del art. 231-2 CCCat. Esta obligación recíproca consiste en una cuyo contenido es más amplio que la fidelidad tradicionalmente entendida —aunque, de todas maneras, la exclusividad sexual se encuentra comprendida dentro del ámbito de la lealtad conyugal— y se extiende sobre otras áreas de la relación entre los cónyuges, como la profesional, la familiar o la afectiva³².

Desde el punto de vista del avance de la sociedad, la noción tradicional del deber de fidelidad también ha ido variando a lo largo del tiempo. Tal como ha dejado entrever la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 3 de abril de 2008, la fidelidad conyugal ya no es un argumento aceptado para sostener la exclusividad en la pareja, sino que la conducta sexual

³¹ R. RAMOS PAZOS, *Derecho de familia*, op. cit., p. 137.

³² P. DEL POZO CARRASCOSA, A. VAQUER ALOY y E. BOSCH CAPDEVILA, *Derecho Civil de Cataluña. Derecho de familia*, Madrid, Marcial Pons, 2016, p. 79-80.

ha ingresado en el ámbito de autodeterminación de las personas, que el otro cónyuge no puede coartar³³.

En este contexto, el deber de fidelidad debe interpretarse desde el punto de vista de la pareja y la manera en que ellos han decidido ejercer su autonomía. De modo que el comportamiento leal que se exige entre ellos no proviene de un ente heterónomo como la ley, sino del contenido de su propia vida en común. De esta manera, el deber de fidelidad ya no puede referirse a la actividad sexual de los cónyuges, sino que debe alcanzar una esfera de conducta más amplia, que implica la lealtad y el cuidado material y espiritual del otro³⁴, en concordancia con la comunidad de vida formada por el matrimonio. En definitiva, la determinación de ese contenido toma en cuenta tanto la relación pasada que han tenido los cónyuges como sus intereses futuros y la manera en que pretenden que el vínculo matrimonial les permita alcanzarlos.

Este último sentido es lo que permite sostener que la acción indemnizatoria objeto de este trabajo descansa en el incumplimiento del deber de fidelidad. Ello por dos razones: en primer lugar, permite ampliar las hipótesis que dan lugar a esta acción a todas aquellas que rompen la lealtad conyugal³⁵. Así descrito, el incumplimiento del deber de fidelidad no se agota en un acto —tal como sería el mero hecho de tener relaciones sexuales con un tercero—, sino que requiere que se mantenga en el tiempo para romper con la vida matrimonial. Esta hipótesis más amplia permite también la construcción de la infidelidad del marido basándose en el mismo trasfondo normativo. Por ejemplo, en el inverso de la hipótesis de trabajo, si el marido tiene hijos fuera del matrimonio también constituiría un incumplimiento grave de este deber.

En segundo lugar, la infracción al deber de fidelidad deja de tener un sentido canónico, de adecuación de la conducta marital a un cuerpo legal, sino que se vuelca hacia los intereses de la comunidad de vida de los cón-

³³ C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, «El valor de los deberes personales...», *op. cit.*, p. 38.

³⁴ M. T. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, «Remedios indemnizatorios en el ámbito de las relaciones conyugales», *op. cit.*, p. 182.

³⁵ Dentro de esta noción se encuadran aquellas que establecen un vínculo de filiación indebido y cuyos efectos inciden gravemente en el ámbito de las relaciones personales dentro de la familia. De esta manera, el deber de fidelidad, en la hipótesis de este trabajo, se incumple desde el momento en que se han mantenido relaciones sexuales con un tercero sin el conocimiento del otro cónyuge. Luego, este incumplimiento se agrava en el momento en que se atribuye al marido un hijo extramatrimonial concebido en tales encuentros, pudiendo preverse que no existe un vínculo biológico con aquel. Por último, también existe un incumplimiento en el momento de ingreso a la comunidad de vida de ese hijo, nuevamente sin el conocimiento del cónyuge perjudicado.

yuges. De esta manera, la afectación a dicha comunidad se vuelve un factor relevante para determinar el incumplimiento, entregándole al perjudicado la posibilidad de calificar la entidad del daño en el momento de solicitar la indemnización. En este contexto, la alegación y prueba de la infracción tienen por objeto acreditar el grave daño a los intereses comprometidos en el matrimonio. Por otro lado, permite excluir la responsabilidad cuando los hechos que fundan el supuesto incumplimiento han ocurrido una vez la relación conyugal ha terminado —aunque el matrimonio esté formalmente vigente— o en los casos de incumplimientos mutuos.

4.3. Estándar de conducta debida entre los cónyuges

En los regímenes de responsabilidad denominados como subjetivos, la imputabilidad de la conducta se basa en la infracción a un deber de conducta aplicable al agente. Como se ha señalado previamente, en las hipótesis de responsabilidad entre cónyuges, este deber es de carácter contractual, pues emana de una obligación voluntaria preexistente al incumplimiento. Esto entraña dos preguntas que son el objeto de este apartado: en primer lugar, en qué medida los deberes matrimoniales constituyen un imperativo conductual, es decir, de qué manera delimitan el ámbito de diligencia del agente, y, en segundo lugar, cuál es el estándar de la diligencia que los cónyuges deben observar. Ligado a este último aspecto, en tercer lugar, se tratan las causales de justificación de la conducta del cónyuge.

En el régimen contractual patrimonial, las preguntas planteadas son respondidas en función de lo dispuesto en el art. 1104 CC. Esta norma contiene, en su apartado primero, la definición de la diligencia contractual. La que se determina en función de la naturaleza de la obligación que el deudor debe prestar al acreedor; en contraposición, la culpa o negligencia es la omisión de aquella diligencia debida. Sin embargo, estas categorías no son directamente aplicables al matrimonio, pues este —aun en su calidad de contrato— no contiene una prestación en el sentido tradicional; es decir, no existe un deudor que se obligue a dar, hacer o no hacer algo a favor de un acreedor.

Sin embargo, la prestación no necesariamente se confunde con una conducta efectiva que el deudor debe llevar a cabo —un dar, hacer y no hacer algo—, sino que ella también puede entenderse como un plan ideal que las partes formulan en el momento de celebrar el contrato y al que la conducta del deudor, o de ambas partes, debe propender para cum-

plir dicho plan³⁶. Esta aproximación permite dejar de observar al contrato como un vínculo de carácter transaccional y calificarlo como uno relacional. Este último sentido permite interpretar que los deberes conyugales pueden considerarse *prestaciones* a las que los cónyuges se obligan recíprocamente. En efecto, tal como se ha descrito, el matrimonio implica que ellos asumen un plan de vida común, de manera que su conducta no solo está orientada a alcanzar las metas comunes que se propongan, sino también a mantener la comunidad de vida que tales objetivos implican.

Esta última aseveración implica dos consecuencias: en primer lugar, los deberes conyugales se despegan de la noción clásica de prestación del Derecho civil —en que la conducta del deudor es parte de la obligación— y se constituyen como el modo en que los cónyuges disponen los medios del matrimonio para alcanzar los objetivos comunes e individuales. De esta manera pueden dar aplicación práctica a la noción de «familia-comunidad» que subyace a la idea moderna de familia. En segundo lugar, esta definición de los deberes conyugales es instrumental, pues les entrega a las partes del contrato matrimonial la potestad de determinar su contenido libremente, de lo cual se sigue que su especificación es casuística, pues ya no depende de un agente heterónimo. Esta hipótesis se arraiga en el proceso de *democratización* de los vínculos familiares, en el que se reconoce a los miembros del grupo familiar la protección a sus proyectos de vida familiar e individual. Incluso, respecto de otros integrantes de aquel³⁷.

Esta construcción del deber de conducta permite hacer visible dentro de la relación matrimonial otro tipo de intereses que, en general, son obviados por el Derecho, pero que son un aspecto esencial del matrimonio. En efecto, si el objetivo del vínculo matrimonial es la realización material y espiritual de ambas partes de la relación, entonces este modelo debe ser permeable a la diferencia de género que pueda existir dentro de aquella. Lo contrario implica que necesariamente se invisibiliza esta perspectiva privada de la pareja; omisión que, generalmente, corre en contra de las mujeres³⁸. En este sentido, no puede desconocerse que, dentro de la fami-

³⁶ A. VIDAL OLIVARES, *La protección del comprador. Régimen de la Convención de Viena y su contraste con el Código Civil*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso-Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2006, p. 175.

³⁷ Y. OTÁROLA ESPINOZA, «Daños en el matrimonio: la posibilidad de extender la responsabilidad civil al incumplimiento de los deberes matrimoniales en el Derecho chileno», *Opinión Jurídica*, vol. 19, núm. 39 (2020), p. 53, disponible en <https://doi.org/10.22395/ojum.v19n39a2>.

³⁸ M. de A. NOVALES ALQUÉZAR, «Reflexiones acerca de la responsabilidad civil en el Derecho de familia. El daño», en J. ALVENTOSA DEL RÍO y R. MOLINER NAVARRO (coords.),

lia, la asignación de los medios —tangibles e intangibles— para poder alcanzar los fines individuales de los cónyuges puede estar marcada por una brecha de género, acentuada por la preminencia del trabajo de mercado por encima del trabajo de cuidados no remunerado. Y, por tanto, la posición del marido de mantener el privilegio y la autoridad dentro de la familia³⁹. En este contexto, los deberes conyugales deben ser los instrumentos que permiten corregir estas asimetrías.

Esta caracterización del deber de conducta de los cónyuges durante el matrimonio permite afrontar de mejor manera la segunda pregunta planteada. En general, el art. 1104.2 CC señala que la diligencia de las partes en el cumplimiento de sus obligaciones debe ser la de una persona razonable. No obstante, dentro del ámbito de la familia, la doctrina ha sostenido que el estándar de diligencia es la culpa grave y el dolo. Este parámetro privilegiado se funda en que las relaciones de convivencia entre los miembros de la familia generan conductas más relajadas que el estándar de la culpa leve, acorde con el entorno doméstico en el que interactúan y con las relaciones de dependencia y solidaridad que se crean dentro de grupo familiar⁴⁰. Asimismo, este estándar sería el más adecuado en el contexto de crisis matrimonial en el que generalmente se observan los conflictos que motivan las acciones indemnizatorias entre los cónyuges; la menor diligencia tendría su fundamento en las circunstancias excepcionales a las que están sometidos⁴¹.

Este estándar, formalmente igualitario, nuevamente esconde las asimetrías materiales que pueden subyacer a la igualdad ideal entre las partes del matrimonio, incluso durante una crisis. En efecto, establecer un parámetro de diligencia bajo genera que los miembros de la familia que estén en una posición de desventaja o dependencia se encuentren obligados a tolerar daños de quien está en la posición contraria. Para corregir tal desequilibrio, el estándar de diligencia debe ser diferenciado entre los cónyuges, más laxo respecto de aquel que está en una situación desmejorada —gene-

Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez, Valencia, Universitat de València, 2008, p. 817.

³⁹ S. OKIN MOLLER, *Justice, Gender and the Family*, New York, Basic Books, 1989, p. 147.

⁴⁰ J. FERRER I RIBA, «Relaciones familiares y límites del Derecho de daños», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4 (2001), p. 14, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=235463>.

⁴¹ G. HERNÁNDEZ PAULSEN, «Las consecuencias de las infracciones de deberes matrimoniales no dan lugar a indemnización», *Revista Chilena de Derecho Privado*, núm. 27 (2016), p. 129, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6677731.pdf>.

ralmente la mujer— y más estricto para el que está en una de superioridad. La existencia de esta asimetría puede determinarse bajo un criterio de dependencia y costes de la crisis matrimonial, en virtud del cual una de las partes estaría en una posición más desventajosa respecto de la otra si tiene que sufrir más severamente los costes —sociales, morales o económicos— de la crisis matrimonial⁴². Por ejemplo, las mujeres suelen estar más expuestas a las consecuencias sociales⁴³ y económicas del divorcio⁴⁴. Por tanto, si existe este tipo de asimetrías dentro de la relación matrimonial, el estándar aplicado a la parte en desventaja sería el de la culpa grave y el de la contraria la culpa leve. Sin perjuicio del dolo en los casos en que efectivamente este resulte acreditado.

Desde el punto de vista interno del Derecho de familia, esta diferencia tiene su fundamento en el principio de protección al cónyuge más débil. Este principio se encuentra esencialmente ligado a la ruptura matrimonial y a la solidaridad familiar, y es el fundamento de instituciones como la prestación compensatoria (arts. 97 CC y 233-14 CCCat) y la atribución del uso de la vivienda familiar (arts. 96 CC y 233-20 CCCat). Asimismo, se encuentra presente en las normas catalanas referidas al trabajo de cuidados no remunerado como aportación a los gastos familiares en igualdad de condiciones con el trabajo de mercado (art. 236-1.1 CCCat), la necesidad de consentimiento del cónyuge no propietario para enajenar la vivienda familiar o su mobiliario (art. 231-9 CCCat), la compensación por razón de trabajo (art. 232-5 CCCat) y los derechos viudales (arts. 231-30 y 231-31 CCCat).

En este contexto, la infracción del deber de fidelidad —conceptualizado como la lealtad conyugal— se aleja del dolo para someterse a la culpa contractual, que consiste en la interrupción de la comunidad de vida que implica el matrimonio. En la hipótesis de trabajo, la afectación a este plan de vida —si la demandada se encuentra en una posición desaventajada— se somete a un estándar de culpa grave, es decir, en que la mujer ha actuado de manera descuidada y negligente en la atribución del hijo extramatrimonial al marido. Esta descripción permite abordar las causales de justificación de la conducta que posibilitan al cónyuge incumplidor desvir-

⁴² S. OKIN MOLLER, *Justice, Gender and the Family*, op. cit., p. 137.

⁴³ D. MÉDOR, «Divorcio, discriminación y autopercepción en un grupo de mujeres en Guadalajara, Jalisco», *Papeles de Población*, vol. 19, núm. 78 (2013), pp. 44-46, disponible en <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=11229719003>.

⁴⁴ B. RAMÍREZ HUAROTO, «Amores rotos, impactos diferentes. Reflexiones sobre las consecuencias patrimoniales del divorcio desde la perspectiva de género», en M. A. TORRES CARRASCO (coord.), *El divorcio en la legislación: doctrina y jurisprudencia*, Lima, Gaceta Jurídica, 2013, pp. 273-276.

tuar el reproche normativo que significa la atribución de culpa o dolo⁴⁵. De manera que la mujer, no obstante haber incumplido el deber de fidelidad, podrá eximirse de la obligación indemnizatoria.

En principio, los deberes conyugales excluyen la posibilidad de justificación por la ocurrencia de un caso fortuito o fuerza mayor. En cambio, es particularmente relevante, a los efectos de la hipótesis de este trabajo, el ámbito de acción que constituye la conducta diligente de la mujer. En este sentido, la justificación descansa en circunstancias que exceden la exigibilidad de la lealtad conyugal, por ejemplo: la amenaza de violencia intrafamiliar por el marido —hacia ella o hacia el hijo—, el interés superior de este último, la integridad física o psíquica del marido o de otro miembro de la familia, el abandono familiar, o la concepción producto de una violación.

4.4. Impugnación de la filiación como daño indemnizable: el problema de la reparación y la cuantificación

En la hipótesis que se plantea, en el daño convergen la relación interna entre los cónyuges con el interés de los hijos afectados por la impugnación. Esto lleva a plantear el problema de la naturaleza de los daños cuyo resarcimiento se busca, en relación con el incumplimiento del deber de fidelidad y con el estatuto de responsabilidad que se le aplica. Por otro lado, la gravedad del daño sufrido por el expadre marca el límite de la responsabilidad civil dentro del matrimonio. De manera que la certeza del daño cede en importancia a su intensidad para construir la acción indemnizatoria.

La jurisprudencia ha catalogado el daño sufrido por el marido dentro de la categoría extrapatrimonial, ya que descansa sobre la pérdida de la relación paternofamiliar. En este sentido, el TS ha señalado que esta relación «representa un elemento fundamental de la vida familiar»⁴⁶. Luego, tal como ha señalado la Audiencia Provincial de Barcelona en su citada Sentencia de 16 de enero de 2007, la terminación de este vínculo y del proyecto de vida asociado a este generaría un vacío emocional equiparable con la muerte del hijo. Sin embargo, incluso dentro de este ámbito de la personalidad, no toda pérdida de esta relación implica el nacimiento de una

⁴⁵ E. BARROS BOURIE, «La diferencia entre “estar obligado” ...», *op. cit.*, p. 723.

⁴⁶ STS de 30 de junio de 2009 (ROJ: STS 4450/2009).

acción indemnizatoria. En efecto, y siguiendo la doctrina jurisprudencial de la Audiencia Provincial Valencia en su Sentencia de 2 de noviembre de 2004, el daño indemnizable no proviene de la terminación del vínculo de filiación, sino del quebranto de una relación emocional fuerte con el hijo que el marido creía propio.

Desde este punto de vista, el perjuicio sufrido por el demandante comienza a manifestarse desde que la sentencia que acoge la acción de impugnación queda firme, pues solo desde ese momento el vínculo se termina definitivamente. Este hito marca la procedencia del daño de dos maneras: por una parte, el vínculo terminado por la sentencia no puede ser reconstruido, en virtud del efecto de la cosa juzgada. Y, por otro lado, el resultado del proceso judicial marca el origen externo del daño que se produce al afectado.

En este mismo sentido, el perjuicio así descrito es una manifestación de un proyecto de vida perdido, ya sea porque se creó un lazo no querido entre el marido y el hijo extramatrimonial o bien porque —de haberlo querido— hubiese sido bajo una dinámica familiar distinta. En este contexto, el núcleo de este elemento de la responsabilidad civil es el apego emocional existente entre el marido y el hijo, que se pierde producto de la impugnación de la filiación⁴⁷.

En un segundo estadio de análisis, corresponde determinar en qué condiciones el daño extrapatrimonial puede repararse bajo las reglas de la responsabilidad contractual. En este sentido, la doctrina ha afirmado que este estatuto de responsabilidad no contiene limitación alguna para indemnizar dicha categoría de daños con la misma extensión que se realiza en el estatuto extracontractual⁴⁸. Asimismo, el TS ha pasado de una preocupación exclusiva del *pretium doloris* —la indemnización del sufrimiento padecido— a integrar «el trastorno de ansiedad, impacto emocional [e] incertidumbre consecuentes»⁴⁹.

De esta manera, una interpretación extensiva de los arts. 1101 y 1106 CC permite afirmar que las normas contractuales tienen la flexibilidad

⁴⁷ Este criterio ha sido compartido por el Tribunal Supremo. En su sentencia ya citada de 18 de junio de 2012, aquel tribunal desligó el hecho de la impugnación del daño sufrido por el demandante —a efecto del cómputo del plazo de prescripción establecido en el art. 1968 CC— basado en que la mera dictación de la sentencia no produjo perjuicio psicológico alguno en el demandante.

⁴⁸ J. SOLÉ I FELIU, «El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y Derecho español», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1 (2009), pp. 20-21, disponible en <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/124352/172325>.

⁴⁹ STS de 3 de mayo de 2006 (ROJ: STS 2873/2006).

de acoger no solo el daño moral que proviene de la afectación a intereses patrimoniales, sino también el «daño moral puro», es decir, aquel que solo afecta el ámbito extrapatrimonial sin afectar el patrimonial⁵⁰. En consecuencia, el perjuicio que pueden sufrir los cónyuges por el incumplimiento de los deberes conyugales se enmarca en esta concepción amplia de daño extrapatrimonial y abarca desde el menoscabo efectivamente sufrido hasta sus secuelas posteriores.

De todas maneras, el daño moral contractual requiere el cumplimiento de requisitos para su aplicación, determinación y evaluación. En primer lugar, a tenor del art. 1107 CC, el daño debe ser imputable a la parte incumplidora; es decir, debe provenir de la infracción a los intereses que se encuentran dentro del ámbito de protección del contrato⁵¹. Este primer requisito es de carácter objetivo y apunta a que los derechos y obligaciones del contrato involucren los intereses extrapatrimoniales de las partes. Así, los efectos personales del matrimonio envuelven esta esfera de intereses, pues están dirigidos —axiológicamente— a la creación de una comunidad de vida, cuya extensión excede el ámbito estrictamente jurídico.

En segundo lugar, el art. 1107 CC exige que el daño extrapatrimonial que puede provocar el incumplimiento de los deberes matrimoniales sea previsible por los cónyuges. Este requisito constituye un estadio posterior a la imputabilidad y apunta a la distribución de riesgos que realizan las partes en el momento de la celebración del contrato, lo que implica el ejercicio de su autonomía de la voluntad. Este aspecto no solo involucra una delimitación expresa de la esfera de protección granjeada por los deberes conyugales, sino también los aspectos que subyacen a su relación⁵². Lo que permite unir la construcción específica que hayan hecho los cónyuges de tales deberes con el límite de los daños que son efectivamente indemnizables⁵³. En tercer lugar, la doctrina ha exigido que el daño moral con-

⁵⁰ C. DOMÍNGUEZ HIDALGO, «La indemnización por daño moral. Modernas tendencias en el Derecho civil chileno y comparado», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 25, núm. 1 (1998), p. 31, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2650080.pdf>.

⁵¹ J. SOLÉ I FELIU, «El daño moral por infracción contractual...», *op. cit.*

⁵² A. M. RODRÍGUEZ GUITIÁN, «La indemnización del daño moral en el incumplimiento contractual», *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 15 (2007), p. 256, disponible en <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/download/6114/6577/12487>.

⁵³ La doctrina ha planteado que la acción de indemnización de perjuicios por incumplimiento del deber de fidelidad puede buscar resarcir el daño producido al derecho al honor y a la intimidad del marido. *Vid.* M. T. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, «¿Cabe la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de deberes conyugales?», *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, núm. 15 (2004), p. 13. Esta posición implica achacar a la mujer los daños producidos por el conocimiento público de la infidelidad, pero omite que el agente

tractual sea grave, pues debe provenir de un incumplimiento total de la obligación o severamente defectuoso⁵⁴. En la hipótesis de este trabajo, el cumplimiento de este requisito proviene de la manera ya descrita en la que debe manifestarse el daño.

Por último, para que el daño moral pueda ser indemnizable debe también someterse a la medida de su reparación y prueba. Es en este momento cuando el perjuicio se convierte en un factor de convergencia de los intereses familiares dentro de la hipótesis de responsabilidad entre los cónyuges. En efecto, la conceptualización y requisitos previos de este elemento de la responsabilidad solo apuntan a la relación entre aquellos. Esto es, a la manera de resarcir el quebrantamiento de la relación matrimonial. En estas condiciones, el TS ha afirmado que, si se observa la reparación del daño moral dentro de este vínculo jurídico, este tiene por objeto auxiliar al demandante a sobrellevar las consecuencias del daño sufrido⁵⁵.

No obstante, en la hipótesis de este trabajo, este análisis es incompleto, pues si lo buscado es la reparación por la pérdida de la relación entre el padre y el hijo, la medida de esta debe apreciarse también desde el interés superior del niño, niña o adolescente. La integración de este punto de vista dentro de la acción indemnizatoria es un imperativo proveniente del tenor del art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Este principio se aplica también en los conflictos entre los cónyuges, ya que está inherentemente vinculado con la relación entre ellos y el hijo⁵⁶.

El interés superior del niño, niña o adolescente produce fundamentalmente dos efectos en la acción indemnizatoria: en primer lugar, si la intensidad de la relación paternofilial es el origen del daño moral, el interés superior del niño en esta se sobrepone al del demandante para su evaluación. En otras palabras, la relación paternofilial será el fundamento de la indemnización en la medida que haya sido un vínculo familiar beneficioso

que produce el daño es un tercero que revela esta información fuera del matrimonio. De esta manera, la mujer no puede ser responsable de la interferencia de otro agente en la vida familiar. Más aún, la referencia al honor y a la intimidad como sustento del daño es una manera soslayada de castigar a la mujer por el hecho mismo de mantener relaciones sexuales con un tercero. En definitiva, mantiene la fidelidad como exclusividad sexual, y esta como un atributo valioso para la virilidad del marido.

⁵⁴ A. M. RODRÍGUEZ GUTIÁN, «La indemnización del daño moral...», *op. cit.*

⁵⁵ STS de 9 de diciembre de 2003 (ROJ: STS 7877/2003).

⁵⁶ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación general núm. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3, párrafo 1)*, CRC/C/GC/14, 2013, párr. 33, disponible en https://www2.obchr.org/english/bodies/crc/docs/gc/crc_c_gc_14_eng.pdf.

para el hijo⁵⁷. En este mismo sentido, este enfoque comporta que el objeto de la acción indemnizatoria también se extienda, más allá de una prestación pecuniaria, a mecanismos que busquen morigerar los efectos que produce la impugnación de la filiación en el hijo⁵⁸.

4.5. Vínculo causal entre el incumplimiento y el daño

El elemento causal de la acción indemnizatoria explica la atribución fáctica de los daños sufridos por el demandante con el incumplimiento del deber de fidelidad cometido por el agente. Este nexo racional permite afirmar que existe una relación de causa-efecto entre aquellos eventos, de modo que el primero sea antecedente empírico del segundo⁵⁹. En síntesis, solo puede afirmarse que existe esta relación causal si el incumplimiento del deber conyugal es causa necesaria y suficiente del daño producido entre los cónyuges⁶⁰.

Tal como se ha señalado previamente, el nexo causal se compone de dos elementos: uno fáctico y otro normativo. La concurrencia del primero puede determinarse a través de la teoría de la equivalencia de las condiciones o *conditio sine qua non*. No obstante, este elemento es insuficiente, pues simplemente construye la cadena de eventos que determina la producción de tales perjuicios, sin que pueda descartar sucesos lejanos. En síntesis, el elemento natural solo da cuenta de los hechos que son necesarios para la verificación del menoscabo, pero no de los que son jurídicamente suficientes.

Para la construcción del elemento normativo, la jurisprudencia utiliza la teoría de la causalidad adecuada para la atribución de los daños al agen-

⁵⁷ Como corolario de esta aseerción, el análisis de dicha relación debe ser casuístico. A este respecto, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que el estudio sobre las circunstancias que sirvan para determinar el interés del niño, niña o adolescente debe estar explícitamente en la sentencia que se pronuncie sobre ellos. En este ejercicio interpretativo, el juzgador debe determinar los distintos elementos que estime relevantes, y la preponderancia y correlación entre ellos. *Vid.* COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación general núm. 14 (2013)*..., *op. cit.*, párr. 49.

⁵⁸ Una de las maneras de buscar este fin es a través de mecanismos de reparación alternativos a la indemnización pecuniaria, por ejemplo, a través de la fijación de un régimen de relación entre el expadre y el hijo afectado de manera homóloga al que contempla el art. 236-15.3 CCCat.

⁵⁹ J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, t. II, vol. 3, Barcelona, Bosch, 1983, p. 92.

⁶⁰ R. DOMÍNGUEZ ÁGUILA, «Aspectos de la relación de causalidad en la responsabilidad civil con especial referencia al Derecho chileno», *Revista de Derecho*, vol. 69, núm. 209 (2001), p. 7.

te. Esta teoría sostiene que el perjuicio debe ser una consecuencia «natural, adecuada y suficiente del incumplimiento»⁶¹. La exigencia de una relación suficiente entre ambos elementos de la responsabilidad es el requisito esencial que permite sostener un enlace intrínseco entre ellos, de modo que la intervención de otros factores en la producción del daño excluye la causalidad adecuada y, por tanto, la responsabilidad.

Esta construcción del elemento causal aplicado a la hipótesis de estudio lleva a restringir tanto su alcance como su procedencia. En efecto, dado que lo que constituye el incumplimiento del deber de fidelidad es una conducta continuada en el tiempo, el nexo causal debe ser transversal a todos los hitos que lo componen. En otras palabras, la terminación de la relación paternofilial que se reclama como fuente del daño debe ser producto de una omisión continuada y reiterada durante un lapso importante. De modo que, si esa conducta fue interrumpida por otros factores, se excluye la responsabilidad de la mujer. Así, el propio marido puede impedir el nacimiento de la responsabilidad, por ejemplo, si este fue el que rompió la relación con el hijo previo a que se produjeran los efectos de la terminación de la filiación. Asimismo, el nexo causal se pierde si la relación entre ellos se terminó por razones distintas a la impugnación de la filiación.

En definitiva, en este acápite se ha construido una acción indemnizatoria que se basa en una concepción amplia de la relación matrimonial, fundada en el respeto a deberes conyugales cuyo contenido debe ser libremente determinado entre ambos cónyuges, teniendo en cuenta primordialmente la comunidad de vida que el matrimonio debe formar entre ellos. Esta calificación de los deberes matrimoniales, orientada hacia la pareja, lleva a generar estándares de diligencia permeables a las expectativas, cargas e intereses de aquella dentro del matrimonio, lo que introduce nuevas perspectivas en el ejercicio de la acción indemnizatoria. Por último, la acción basada en estos presupuestos impacta en el daño y en la causa, que se orientan hacia la relación familiar y la abren a nuevos principios para su apreciación.

⁶¹ STS de 30 de diciembre de 2014 (ROJ: STS 5531/2014).

5. EL FUNDAMENTO DE LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA

En este acápite se intenta el encaje lógico y sistemático de la acción propuesta con los principios existentes en el Derecho de familia. En la medida que la articulación entre la acción y los principios sea exitosa podrá afirmarse que esta tiene un funcionamiento armónico dentro del ordenamiento jurídico.

La conceptualización actual de los principios del Derecho de familia proviene de la redefinición de esta institución hacia una que propende a la igualdad entre sus miembros y el reconocimiento de su desarrollo personal. La descripción de estos principios tiene un doble efecto: por un lado, otorgan legitimidad y sistematicidad a la formulación de hipótesis de responsabilidad dentro de la familia y el matrimonio, pero también actúan como límite a las acciones resarcitorias que puedan interponerse y sus efectos. Este acápite tiene por objeto estudiar el principio de protección de la familia, el de igualdad entre sus miembros y la protección a la parte más débil, principio que envuelve el interés superior de niños, niñas y adolescentes.

5.1. Protección de la familia como fin de la intervención del Estado

La doctrina constitucional ha afirmado que, dado que la protección a la familia no tiene relación con una morfología específica —a tenor del art. 39 CE—, la actividad del Estado debe ser capaz de detectar las necesidades de los diferentes grupos para otorgarles un amparo personalizado⁶². En este contexto, esta actividad protectora, al no tener que referirse a una configuración familiar en particular, necesariamente está ligada a la finalidad que esta institución cumple en la sociedad. De esta manera, si la familia es definida desde su importancia para el desarrollo del individuo, entonces las acciones de responsabilidad entre sus miembros —especialmente entre los cónyuges— deben reconocerse ampliamente dentro del Derecho de familia. A través de esta concepción teórica se aseguraría la indemnidad del individuo dentro del ámbito del grupo familiar⁶³.

⁶² M. J. SALAR SOTILLOS, «La familia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, vol. 2, núm. 8 bis (2018), p. 222, disponible en <https://www.revista-aji.com/articulos/2018/8/bis/196-225.pdf>.

⁶³ Y. OTÁROLA ESPINOZA, «Daños en el matrimonio: la posibilidad de extender la responsabilidad civil al incumplimiento de los deberes matrimoniales en el Derecho chileno»,

En cambio, de limitarse en general la procedencia de las acciones indemnizatorias, el principio de protección abandonaría esta preocupación subjetiva para concentrarse solo en la expresión externa del grupo familiar. Como consecuencia, el Derecho de familia amarraría a los sujetos que componen este grupo a soportar la impunidad para mantenerlo, aun si no cumple sus funciones sociales ni mucho menos otorga protección a los legítimos intereses individuales de sus miembros.

En síntesis, el principio en estudio debe tener aplicación desde la realidad misma del grupo familiar. De manera que pueda determinarse la intensidad y los receptores de la actividad protectora del Estado. Y, a partir de ahí, tomar en consideración las circunstancias extrajurídicas que determinan esa dinámica familiar. Por consiguiente, dado el carácter dinámico de los grupos familiares, el principio protector debe ser maleable para adaptarse a cada uno de ellos. En el mismo sentido, esta noción determina el modo en que deben corregirse las asimetrías dentro del matrimonio con el fin de permitir la realización personal de cada cónyuge.

5.2. Principio de igualdad entre los miembros de la familia

El principio de igualdad dentro de la familia es corolario de la prohibición de discriminación por razones de sexo y de nacimiento consagrado en el art. 14 CE. En este orden, dado el fin eminentemente colaborativo de la familia, el principio de igualdad «se materializa en la distribución igualitaria de las obligaciones y derechos entre los cónyuges, desde el punto de vista personal y patrimonial y en sus relaciones respecto de sus hijos»⁶⁴. De esta manera, dicho principio debería asegurar a todos los miembros de la familia el acceso a mecanismos efectivos y eficaces para obtener la protección que el ordenamiento jurídico les debe brindar.

En el matrimonio, el principio de igualdad se manifiesta fundamentalmente a través de la creación de normas jurídicas que permiten la construcción de vínculos de igualdad material entre los cónyuges, a fin de minimizar o eliminar las diferencias —circunstanciales o estructurales— en que pudiesen encontrarse. Por ejemplo, en el consentimiento libre e informa-

Opinión Jurídica, vol. 19, núm. 39 (2020), pp. 53-54, disponible en <https://doi.org/10.22395/ojum.v19n39a2>.

⁶⁴ C. LEPÍN MOLINA, «Los nuevos principios del Derecho de familia», *Revista Chilena de Derecho Privado*, núm. 23 (2014), pp. 26-27, disponible en <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722014000200001>.

do para la celebración del matrimonio, la búsqueda de la superación de la discriminación a la mujer dentro de la familia, la igualdad de derechos y deberes de los padres respecto de los hijos, y la igualación de las fuentes y efectos de la filiación, entre otras.

Respecto de las pretensiones indemnizatorias, el principio de igualdad incluye la posibilidad igualitaria de acceso y ejercicio a este tipo de acciones para reparar los daños sufridos dentro de la familia. En el matrimonio, la existencia de acciones indemnizatorias por infracción grave a los deberes conyugales comporta la tutela de la igualdad entre los cónyuges. Por lo cual, su objetivo es mantener el balance entre las obligaciones recíprocas que contraen. En este sentido, el principio en estudio debería considerar la probable distribución inequitativa de los recursos del matrimonio para poder crear un marco normativo que tienda a eliminarla.

En síntesis, el principio de igualdad debe funcionar de manera coordinada con el de protección a la familia. Así, la igualdad entre los cónyuges debe ser el parámetro necesario para preservar la relación entre ellos y corregir las asimetrías jurídicas y extrajurídicas que puedan incidir en la relación matrimonial.

5.3. Protección de la parte más débil: la desigualdad de género y el interés superior del niño como límites a la responsabilidad

Por último, el Derecho de familia moderno se funda sobre la protección de la parte más débil en las relaciones que regula. El fin primordial de las normas sobre la familia es amparar a quien se vea en una posición desequilibrada respecto del resto de los miembros del grupo familiar. El origen de dicha asimetría puede ser diverso y se da entre los cónyuges, en la relación paternofilial y en el cuidado de los ancianos u otros dependientes. De este modo, el denominado principio de protección a la parte más débil apunta a superar el desamparo en el que puedan encontrarse los integrantes de la familia por razones producidas dentro de ella —aunque siempre remitibles a problemas socioculturales—. De esta manera, este principio protector es la aplicación práctica de la igualdad sustantiva dentro del grupo familiar.

En general, la responsabilidad por infracción a los deberes del matrimonio se inclina a proteger y reparar a la parte perjudicada por hechos acaecidos durante la vigencia de dicho contrato y que sean imputables al otro cónyuge. La protección a aquel que se encuentre en una posición

material de mayor debilidad, en el marco de la hipótesis de este trabajo, tiene dos funciones específicas: por una parte, sostiene la aplicación diferenciada de los elementos de la responsabilidad civil. De modo que el estándar de diligencia, las causas de justificación de la conducta y la capacidad de respuesta ante el daño puedan ser distintas dependiendo de la posición relativa de ambos cónyuges⁶⁵.

Por otro lado, en relación con el reconocimiento de la acción resarcitoria a los cónyuges, este principio integra una nueva consideración: el ejercicio de la acción de responsabilidad civil no puede tener por resultado aumentar una situación desequilibrada entre ambos. Así, en la hipótesis de este trabajo, si esta acción pretende ser ejercida por el marido, no podría acogerse a ella si sus efectos provocan un grave perjuicio a la mujer. Este puede ser tanto patrimonial —por ejemplo, si la satisfacción de la indemnización merma gravemente la capacidad económica de la demandada— como extrapatrimonial —si el objeto de la acción tiene por fin implícito el escarnio público de la *infidelidad* y sus consecuencias—. En este sentido, el principio de protección a la parte que esté en una posición material desequilibrada constituiría la palanca para la introducción de la doctrina del abuso del derecho en el Derecho de familia.

En cuanto a la relación de padres e hijos, la posición de desventaja propia de la infancia ha llevado a la formulación del principio del interés superior del niño, niña y adolescente. Una de las funciones que la doctrina ha identificado en este principio es la de servir como una norma de interpretación y herramienta de ponderación para resolver conflictos jurídicos⁶⁶. En este sentido, desde un punto de vista externo a la relación de responsabilidad entre los cónyuges, la toma en consideración del interés superior de niños, niñas y adolescentes también impide resultados abusivos en relación con el hijo afectado por la terminación de la relación paternofamiliar.

De aquel modo, el perjuicio que alegue el marido está condicionado a que la ruptura de la relación con el hijo sea también lesiva al interés de

⁶⁵ En este sentido, dado que el ejercicio de la acción indemnizatoria comporta la posibilidad del juez de evaluar las eventuales asimetrías materiales en el matrimonio, su existencia debería incidir en la evaluación de la indemnización. En efecto, si esta es demandada por la parte que se encuentra en una posición desaventajada dentro de la familia, dicho resarcimiento debe propender a enmendar el desequilibrio previo y otorgarle al demandante los medios materiales para ello. En cambio, si la demanda se interpone por quien está en una posición de ventaja, la compensación debe morigerarse para impedirle explotar tal posición.

⁶⁶ M. CILLERO BRUNOL, «El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño», *Justicia y Derechos del Niño*, núm. 9 (2007), p. 141.

este; por el contrario, si la terminación del vínculo no resiente dicho interés, entonces no puede accederse a la indemnización reclamada por el demandante. Asimismo, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que la labor principal del aplicador del Derecho, en los casos de conflictos de intereses entre el niño y otro grupo relevante —incluso sus propios padres—, es la armonización entre ellos. De no ser posible, el ejercicio de ponderación deberá otorgar preminencia a los derechos del niño sobre los demás en juego⁶⁷. De esta manera, la acción del marido tampoco puede prosperar si la terminación de la relación con el hijo resultó beneficiosa para este.

En síntesis, los principios del Derecho de familia permiten la entrada de consideraciones extrajurídicas en la hipótesis de responsabilidad objeto de este trabajo al poner en primer plano las posibles condiciones desequilibradas en las que pueden encontrarse los cónyuges. De este modo, tales principios sirven de parámetro para intentar remediar una eventual brecha de género dentro del grupo familiar. Asimismo, el interés superior del niño, niña y adolescente no es solo una nueva óptica en la hipótesis planteada, sino que se integra, en el análisis resarcitorio, en un núcleo de intereses que condiciona objetivamente el ejercicio de los derechos de los cónyuges. En definitiva, la acción indemnizatoria propuesta resulta coherente con el sistema lógico y normativo del Derecho, pero también desnuda sus falencias sustantivas y sociales.

6. CONCLUSIONES

En la actualidad, la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria sostienen que la acción indemnizatoria entre los cónyuges por la falsa atribución de la filiación se somete a las reglas de la responsabilidad extracontractual y que la conducta imputada a la demandada es la ocultación de la filiación. Además, la mayoría de los tribunales que se han pronunciado sobre este supuesto han utilizado el dolo como factor de imputación a la mujer.

Sin embargo, se ha visto cómo la construcción desde el régimen de responsabilidad civil extracontractual es sumamente deficitaria al basarse en condiciones meramente formales entre las partes, y en su aislamiento teórico respecto del contexto familiar. Como resultado, la cons-

⁶⁷ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación general núm. 14 (2013)...*, *op. cit.*, párr. 39.

trucción del ilícito civil contiene un reproche velado a la mujer por su conducta sexual.

En contraposición, la acción propuesta en este trabajo, al construirse desde la responsabilidad contractual, permite superar teóricamente las objeciones anteriores. En efecto, el incumplimiento descansa sobre una visión moderna del denominado «deber de fidelidad» que no se funda en la exclusividad sexual, sino en la conducta leal que los cónyuges deben observar entre ellos. Dicho deber se califica desde la propia relación conyugal; es decir, se basa en el diseño que los cónyuges han previsto para su vida en común o la manera en que la han desarrollado. De esta forma, al desligarse la fidelidad/lealtad del ámbito sexual, es posible abrir este aspecto de la relación conyugal a la libertad individual y propender a la igualdad sexual de los cónyuges.

Asimismo, el criterio de imputación que debe utilizarse para calificar el incumplimiento del deber de conducta entre los cónyuges es el de la culpa o negligencia. Este modelo tiene un carácter contingente y debe adaptarse a las diferentes circunstancias que pueden afectar la igualdad sustancial entre las partes. El ejercicio de adecuación requiere identificar qué parte se encuentra en una posición de desventaja dentro del matrimonio para rebajar el nivel de diligencia que le es exigible. De la misma forma, al identificar la posición relativa que ocupan los cónyuges, también es posible adaptar las causales de justificación de la conducta para que sean más amplias y accesibles a la parte desmedrada del matrimonio.

En la construcción del elemento del daño se mantiene la tesis sostenida por la jurisprudencia. El perjuicio que reclama el marido debe provenir de la terminación de la relación paternofilial. Esta posición tiene por efecto principal permitir que el interés del hijo perjudicado sea tomado en consideración principal para valorar el perjuicio que reclama el demandante. Lo anterior, en conformidad con el principio del interés superior de niños, niñas y adolescentes.

En este contexto es posible afirmar que la acción de responsabilidad contractual a propósito de la impugnación de la filiación matrimonial cuenta con coherencia interna, ya que los elementos de la responsabilidad civil interactúan con base en la relación matrimonial específica que las partes hayan tenido y proyectado. Esta construcción es compatible también con el tramado de principios que influye en esta relación jurídica, que la abren a nuevos intereses como la perspectiva de género y el interés superior del hijo afectado por la terminación del vínculo con su pretendido padre.

Junto con estas consideraciones internas a la lógica jurídica se han introducido a la evaluación de la hipótesis de este trabajo condicionantes externos de carácter sociológico. Estos elementos entregan una óptica más cercana a la realidad al momento de evaluar y ponderar los elementos de la responsabilidad civil entre los cónyuges. En este sentido, la acción de responsabilidad contractual planteada cuenta con mayor consistencia sociológica y jurídica que la tesis tradicional sostenida por la jurisprudencia mayoritaria.

Sin embargo, debe formularse una aprensión al funcionamiento práctico que podría tener la acción de responsabilidad contractual a propósito de la impugnación de la filiación paterna matrimonial. En primer lugar, la aplicación de las acciones de responsabilidad entre los cónyuges puede generar un foco de discriminación indirecta, dentro del matrimonio, en contra de la mujer. En efecto, la construcción de esta acción de responsabilidad civil descansa sobre la redefinición del deber de fidelidad conyugal. No obstante, tanto la fidelidad como la lealtad son conceptos jurídicamente indeterminados que deben ser llenados de significado por los operadores jurídicos de manera completamente discrecional. Este diseño normativo permite al juzgador delimitar, a través de la definición de los deberes conyugales, el modelo matrimonial que le parezca correcto o adecuado al Derecho vigente, así como la distribución de roles dentro del matrimonio. Esta no es una aprensión abstracta, pues, por ejemplo, el TC ha sostenido la constitucionalidad de la diferencia en la regulación y beneficios entre los matrimonios, las parejas estables heterosexuales y uniones entre personas del mismo sexo⁶⁸.

En segundo lugar, todos los presupuestos clásicos del Derecho privado tampoco son inmediatamente aplicables al matrimonio. En general, el Derecho presupone la libertad de los agentes para determinar el contenido de sus relaciones jurídicas, pero es sumamente dudoso que ese presupuesto se aplique directamente al matrimonio. Desde la faz interna de la relación conyugal, en el seno de sociedades de matriz patriarcal, el marido suele tener una posición de ventaja, lo que le permitiría imponer, o negociar en una situación favorable, el contenido de los deberes conyugales. Desde la faz externa, la sociedad también impone funciones y roles de género tanto a los cónyuges como a las relaciones matrimoniales, en una asignación que resulta particularmente gravosa para la mujer.

⁶⁸ M. J. SALAR SOTILLOS, «La familia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, vol. 2, núm. 8 bis (2018), pp. 206-208, disponible en <https://www.revista-aji.com/articulos/2018/8/bis/196-225.pdf>.

Este contexto adverso a uno de los cónyuges, en caso de existir, debería constituir un freno a las acciones de responsabilidad, ya que su práctica podría aumentar la brecha de género existente dentro del matrimonio, resultado que debe ser rechazado por ser contrario a la garantía de no discriminación contenida en el art. 14 CE y en la legislación que la desarrolla. En este sentido, la solución a las objeciones previas se puede encontrar en el art. 4 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE, núm. 71, de 22 de marzo), que dispone que la igualdad de trato entre ambos siempre se observará en la aplicación e interpretación de las normas jurídicas. La infracción de la igualdad de género producida en una sentencia judicial activaría el sistema de remedios —nacionales y europeos— del Derecho antidiscriminatorio.

Desde el punto de vista interno del Derecho privado, la superación de estas objeciones podría realizarse a través de la formulación jurisprudencial de un régimen general de la responsabilidad civil aplicada al Derecho de familia no ya desde la casuística, sino desde las relaciones sometidas a este. En este nuevo escenario, la acción de responsabilidad contractual entre los cónyuges debería fundarse en la potencial vulnerabilidad que pueda afectar a uno de ellos, de manera que este interés sea el foco principal de la responsabilidad.

Asimismo, el incumplimiento de los deberes personales debe basarse en funciones de asignación igualitaria dentro del contrato matrimonial. Perspectiva que permite tomar en cuenta la posición relativa entre las partes. Por último, el daño que sufren los cónyuges debe estar basado en la afectación a sus derechos de la personalidad enlazados a la comunidad de vida matrimonial. Esta consideración proporciona una base amplia de perjuicios indemnizables que se encuentra abierta para cualquiera de los cónyuges, siempre que se cumplan los requisitos del daño contractual, particularmente su previsibilidad y gravedad. Finalmente, dicho daño debe ser contrastado con los intereses de la familia en la relación de responsabilidad. De modo que debe ser evaluado desde la perspectiva de todos los miembros del grupo familiar que puedan ser afectados por la acción indemnizatoria.