



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

**LA CONSTRUCCIÓN DE LA ACCIÓN
INDEMNIZATORIA POR IMPUGNACIÓN DE LA
FILIACIÓN MATRIMONIAL**

Una mirada desde la responsabilidad civil contractual

Alumno: Miguel Ignacio Donckaster

Tutor: Dr. Antonio Giménez Merino

Máster de Estudios Jurídicos Avanzados

Curso 2019-2020

AGRADECIMIENTOS

Este trabajo final de máster no hubiese sido posible sin la inmensa colaboración de Natalia León Millán, tanto en la elaboración de esta investigación como en la vida cotidiana. Su invaluable compañía está en cada parte de este trabajo. A Beatriz León Millán, por su ayuda en la corrección del castellano y del inglés. Y al profesor Dr. Antonio Giménez Merino, que me guio paso a paso a la hora de cuestionar el *derecho* y sus instituciones visibles e invisibles.

RESUMEN

En el último tiempo, los tribunales catalanes y españoles han enfrentado la proliferación de demandas indemnizatorias por el daño producido en la relación de familia existente entre las partes. La hipótesis más común se da a propósito de la impugnación de la filiación paterna matrimonial. El análisis que se ha realizado sobre los elementos de la responsabilidad civil de dicha hipótesis es parcelado y no ha considerado la realidad sociológica de los matrimonios y las familias. Como resultado, se forma un modelo en que tanto los elementos de la responsabilidad como su aplicación práctica están distorsionados. Este trabajo busca contrastar la eficiencia de dicho modelo jurisprudencial con aquella que tendría una hipotética acción de responsabilidad contractual, construida desde el matrimonio y la redefinición del deber conyugal de fidelidad. En este estudio jurisprudencial y conceptual se han introducido elementos sociológicos para observar la posición material y los roles sociales que pesan sobre los cónyuges. Luego, para lidiar con el resultado discriminatorio que pueden tener ambas acciones analizadas, debe integrarse el enfoque del Derecho Antidiscriminatorio en la construcción de un régimen de responsabilidad civil en el Derecho de Familia, que se aplique al matrimonio, a la filiación, y a las parejas estables.

Palabras clave: responsabilidad civil contractual, impugnación de la filiación, deber de fidelidad, derecho antidiscriminatorio, derecho de familia, brecha de género.

ABSTRACT

In recent times, Catalanian and Spanish courts have faced the proliferation of monetary compensation claims to make reparation for the damage to the family relationship between the parties—the most common case being the contesting of child marital paternity. The analysis of the civil liability elements of this hypothesis is fragmented and has not considered the sociological reality of marriages and families. Thus, a model has arisen where the elements of liability and their practical application are equally distorted. This paper aims to contrast the efficiency of such jurisprudential model against the one of a hypothetical contractual liability action, forged both from marriage and the redefinition of the duty of marital faithfulness. Sociological elements have been introduced in this jurisprudential and conceptual study to observe the material position and social roles that weigh on the spouses. Thereupon, to deal with the discriminatory outcome that both analyzed actions might have, the Antidiscrimination Law approach must be integrated into the construction of a civil liability regime in Family Law, applicable to marriage, filiation, and cohabitating couples.

Keywords: contractual civil liability, contesting paternity, duty of marital faithfulness, antidiscrimination law, family law, gender gap.

LISTA DE ABREVIATURAS Y SIGLAS

art.	artículo
AP; en plural: AA.PP.	Audiencia Provincial
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
CCCat	Código Civil de Cataluña
CC	Código Civil de España
CRC	Comité de los Derechos del Niño
CE	Constitución Española
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
L	Ley
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo

ÍNDICE

Introducción	7
Justificación de la investigación	7
Hipótesis y objetivos	9
Estructura y metodología del trabajo	11
Capítulo I: La impugnación de la filiación matrimonial en el Derecho de Familia	13
1.1 Causales de la impugnación de la filiación matrimonial	13
1.2 Aspectos procesales de la acción de impugnación de la filiación matrimonial	16
1.3 Efectos de la impugnación	18
Capítulo II: La visión jurisprudencial de la indemnización por impugnación de filiación	21
2.1 Los elementos de la responsabilidad civil en la jurisprudencia	21
2.1.1 Régimen de responsabilidad civil	21
2.1.2 Acción u omisión cometida por el agente	22
2.1.3 Criterio de imputación	23
2.1.4 Daño	24
2.1.5 Relación causal entre el daño producido y la acción del agente	25
2.2 Análisis de la fundamentación de las sentencias	25
2.3 Crítica a la tesis sostenida por la jurisprudencia	27
Capítulo III: La construcción de la acción indemnizatoria	31
3.1 Calificación jurídica de los deberes del matrimonio	31
3.2 El interés jurídico tutelado en el deber de fidelidad	36
3.3 Estándar de conducta de los cónyuges y la antijuridicidad de la conducta	38
3.4 Impugnación de la filiación como daño indemnizable: el problema de la reparación y la cuantificación	41
3.5 Vínculo causal entre el incumplimiento y el daño	45
Capítulo IV: El fundamento de la acción indemnizatoria	47
4.1 Las funciones del Derecho de Daños	47
4.1.1 La función preventiva en el contrato matrimonial	47

4.1.2	Los ideales de justicia como parámetro de indemnidad	49
4.2	Enunciación de los principios del Derecho de Daños	49
4.2.1	Obligación de no dañar a otros o <i>alterum non laedere</i>	51
4.2.2	Reparación integral del daño	52
4.3	Sincronía con los principios del Derecho de Familia	53
4.3.1	Protección de la familia como fin de la intervención del Estado	53
4.3.2	Principio de igualdad entre los miembros de la familia	54
4.3.3	Protección de la parte más débil: la desigualdad de género y el interés superior del niño como límites a la responsabilidad	55
	Conclusiones	59
	Bibliografía	63

INTRODUCCIÓN

Justificación de la investigación

En los últimos años, hemos sido testigos del cambio profundo experimentado por el Derecho de Familia, de 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, con el marido/padre a la cabeza —de quien emanaba la autoridad para indicar los fines y objetivos del grupo—, ha cambiado por uno que define a este grupo como una comunidad al servicio de sus miembros (de Verda y Beamonte, 2016, pp. 220-221). Esta transformación ha permitido el reconocimiento de nuevas tipologías de familia, como las monoparentales, las ensambladas y las homoparentales. No obstante, esta evolución de la noción de familia ha sido lenta y parcial a consecuencia de amplios y álgidos debates sociales y legislativos, que se renuevan cada vez que se introducen nuevos cambios en el Derecho de Familia.

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 (CC), por medio de leyes que propendieron a una regulación del matrimonio y la familia basada en la igualdad entre sus miembros¹. El mismo proceso ha sido llevado a cabo en la comunidad autónoma de Cataluña que, desde inicios de la década de los 90, comenzó el cambio de regulación de distintos aspectos del Derecho de Familia, a través de leyes especiales, para llegar a tener, en el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña (CCCat), un cuerpo normativo sistemático y omnicompreensivo del fenómeno familiar².

¹ Este camino se inició por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. Con muy poca diferencia con la legislación anterior, se dictó la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. Más adelante, el proceso continuó con la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, que permitió el matrimonio entre personas del mismo sexo. En materia de infancia y filiación, en 2015, se dictó la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (en adelante, L 26/2015), que modificó el diseño de las acciones de reclamación y de impugnación de la filiación, así como en los efectos de esta.

² El comienzo de este proceso fue con la Ley 7/1991, de 27 de abril, de filiaciones. Posteriormente se dictó la Ley 8/1993, de 30 de septiembre, de modificación de la compilación [del Derecho Civil de Cataluña] en materia de relaciones patrimoniales entre cónyuges. Estas regulaciones particulares se refundieron en la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia. Por último, en el año 2010, se aprobó la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. Este último cuerpo legislativo se basa en los principios de protección de la familia e interés superior de los niños, niñas y adolescentes. Las normas contenidas en el libro segundo del Código Civil de Cataluña se refieren a la persona y a la familia, y en este último aspecto, contiene la regulación de los efectos del matrimonio, la filiación y las parejas estables.

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, propende a asegurar el adecuado reconocimiento y ejercicio de los derechos de niños, niñas y adolescentes. En segundo lugar, busca la disminución de los desequilibrios sustantivos entre los cónyuges —como la brecha de género—, por ejemplo, a través de un sistema de divorcio basado solo en el cese de la convivencia conyugal y la eliminación de las causales de divorcio culposo (Roca i Trías, 2007, p. 746)³.

Las modificaciones introducidas en los marcos legales —nacional y catalán— han corrido en paralelo a la evolución de la interpretación constitucional sobre la familia. La fuente normativa de ella se encuentra en el artículo 39 de la Constitución Española (CE) que, en su apartado primero, instituye el principio de protección a la familia como deber del Estado. Luego, en su apartado segundo, esta disposición constitucional contempla el principio de protección e igualdad de la infancia. El Tribunal Constitucional (TC) les otorga a ambos preceptos una aplicabilidad amplia, sin que para dispensar dicha protección sea relevante la organización externa del grupo familiar o su origen⁴.

El último aspecto relevante del panorama actual es el cambio de los principios que sostienen la regulación de la familia. 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 voluntad (Lepín Molina, 2014, pp. 11-12). 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 surgimiento de un nuevo tópico dentro del Derecho de Familia: la responsabilidad patrimonial, es decir, pretensiones indemnizatorias cuyo fundamento reside en la existencia de vínculos familiares entre las partes.

En este contexto, aunque la primera posición jurisprudencial del Tribunal Supremo (TS) es de ya larga data, no puede afirmarse que exista una jurisprudencia sistemática sobre esta nueva

³ En el Derecho español, este modelo de divorcio fue 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 (en adelante, L 15/2005).

⁴ El caso más patente se encuentra en la protección de las convivencias, pues si bien las convivencias heterosexuales eran amparadas por el TC, a las que se daban entre personas del mismo sexo se les negaba toda protección constitucional (ATC 222/1994, de 11 de julio de 1994). Esta situación fue remediada, luego de una larguísima deliberación por el TC, con la declaración de constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, a partir de una nueva concepción del matrimonio como una comunidad de afecto (STC 198/2012, de 6 de noviembre de 2012). En cuanto a la infancia, el TC ha reafirmado la protección de los hijos, sin importar si se han concebido dentro o fuera del matrimonio o, incluso, las circunstancias de los padres (STC 19/2012, de 15 de febrero de 2012).

área del Derecho de Familia. Esta situación se repite en la doctrina: ambas fuentes del Derecho han tratado todo el abanico de posibilidades respecto de la admisibilidad y los elementos de la responsabilidad en esta área, sin una respuesta unívoca. Así, existen posiciones que argumentan por su rechazo o aceptación, parcial o total; o las que abogan por condicionar estas pretensiones a requisitos de mayor gravedad que los típicos de la responsabilidad civil patrimonial. Este fenómeno da cuenta de un análisis parcial y sesgado de la aplicación de la responsabilidad patrimonial, lo que ha tenido como consecuencia la distorsión de sus elementos y la confusión de categorías propias de la responsabilidad contractual con las de la extracontractual, o viceversa.

La consecuencia del problema anterior es obvia: la falta de delimitación de los elementos de la responsabilidad aplicada al ámbito de la familia lleva a la imposibilidad de describir, en general, su funcionamiento. Esta dificultad radica, principalmente, en que este tópico escapa a la formulación binaria —contractual o extracontractual— del Derecho Civil patrimonial, pues se aplica a una rama del Derecho que presenta un cúmulo de obligaciones que tienen origen legal, contractual e, incluso, cuasicontractual. En este contexto, para el desarrollo de una tesis omnicompreensiva de la responsabilidad civil en el Derecho de Familia, es indispensable la formulación de categorías conceptuales aplicables a sus distintas hipótesis normativas.

A partir de este punto de vista amplio, el análisis de las hipótesis de responsabilidad se centrará en una manifestación concreta, y ya tratada tanto en la doctrina como en la jurisprudencia: la acción indemnizatoria producto de —o, a la manera en que se propone en este trabajo, *a propósito de*— la impugnación de la filiación paterna matrimonial. Más precisamente, la hipótesis de responsabilidad que ha sido estudiada por la doctrina y la jurisprudencia ha sido una en que el hecho dañoso proviene de la ocultación de la filiación biológica real. Lo anterior implica necesariamente que el sujeto activo de la acción de responsabilidad es el marido que no tiene un vínculo biológico con el hijo nacido de la mujer durante la vigencia del matrimonio.

En síntesis, la elección de esta polémica hipótesis de acción indemnizatoria presenta como ventaja que los elementos de la responsabilidad civil que dan origen a la pretensión son, en principio, de fácil determinación, pues la jurisprudencia ya ha realizado una labor interpretativa sobre la manifestación de cada uno de ellos. Sin embargo, como se expone en este trabajo, esta labor se ha hecho de manera separada y sin un correlato sistemático entre tales componentes.

Hipótesis y objetivos

El objeto formal de esta investigación consiste en elucidar si la impugnación de la filiación matrimonial paterna es capaz de dar origen a una pretensión indemnizatoria y, de ser ello

posible, describir la manera en que los elementos de la responsabilidad civil interactúan. De sostenerse la admisibilidad general de este tipo de acción, esta debería estar fundada en la aplicación de las categorías del Derecho de Daños en las obligaciones del Derecho de Familia, de manera que fuese posible afirmar su coherencia respecto de ambas ramas del Derecho Privado.

Esto obliga a referirse, como problema inicial, a la calificación precisa del vínculo jurídico que une a las partes de un eventual litigio. A partir de ello, sería posible determinar la legitimidad activa y pasiva de la acción, y el interés jurídico protegido en ambos casos. A continuación, se analizan los elementos de la posible acción resarcitoria. En primer lugar, la acción u omisión del agente que lo origina. Luego, el estándar de conducta esperable del sujeto pasivo de la acción y las causales de justificación de su actuar. En tercer lugar, la categorización de los elementos que pueden constituir el daño reclamado y sus límites. Por último, el vínculo causal entre los daños producidos y el actuar imputable realizado.

En este contexto, es posible formular —a nivel solamente descriptivo— una hipótesis de trabajo del siguiente tenor: la acción de indemnización de perjuicios entre los cónyuges tiene una naturaleza contractual; su fundamento se encuentra en el incumplimiento grave de los deberes del matrimonio, por la afectación a la comunidad de vida que este supone. Esta acción, en los casos de impugnación de la filiación paterna matrimonial, tiene por objeto reparar el daño producido por la pérdida del vínculo de filiación.

Para realizar la reconstrucción teórica de tal acción, el primer objetivo de este trabajo de investigación es examinar el panorama normativo de la impugnación de la filiación paterna matrimonial, en el contexto del ordenamiento jurídico español y catalán. A su vez, la segunda finalidad de este trabajo es exponer la delimitación de los elementos de la acción indemnizatoria por responsabilidad civil que ha realizado la jurisprudencia, a propósito de la hipótesis planteada.

El tercer propósito —ligado íntimamente con el anterior— es analizar los elementos extraídos desde la jurisprudencia y su correspondencia con las categorías generales de la responsabilidad civil, lo que podría dar lugar a la construcción de un concepto sistemático de acción de pretensión indemnizatoria. Paralelamente, como cuarto objetivo, se pretende examinar la trama de principios que influyen —y justifican— la acción que se propone. Por último, es indispensable evaluar la manera en que dicha acción afecta el equilibrio que debe existir entre los cónyuges y, sobre todo, si aquella implica ahondar una eventual brecha de género, en el contexto de una crisis matrimonial o en el término del matrimonio.

En definitiva, la finalidad fundamental y transversal de este trabajo de investigación es la revisión de la coherencia interna y externa de la acción indemnizatoria, tomando en

consideración primordial los elementos ya producidos por las fuentes del Derecho señaladas anteriormente. Así, el análisis de la coherencia interna se refiere a la cohesión normativa que guardan entre sí los elementos de la responsabilidad civil, y la manera en que estos se aplican 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 considerarse el interés de los cónyuges en él. Este último aspecto lleva a integrar, en el estudio de este trabajo, el impacto social de la acción que se propondría; es decir, determinar el efecto que tendría una acción indemnizatoria en la relación material entre las partes del matrimonio, como también, el impacto que generaría en los otros miembros de la familia. En síntesis, por medio del contraste de tales formas de evaluar la consistencia de la acción estudiada, se pretende que esta investigación presente una propuesta que se estime superadora del estado actual del problema planteado.

Estructura y metodología del trabajo

A tenor de los objetivos señalados, el método que se propone en este trabajo de investigación sigue, en un primer estadio de análisis, un modelo descriptivo de la impugnación de la filiación en el Derecho de Familia español y catalán. El primer capítulo de este trabajo se aboca al estudio de esta institución: sus causales, los requisitos para el ejercicio de la acción, y los efectos de su acogida. Con esta exposición se pretende verificar que el nacimiento de los elementos de la responsabilidad civil se produciría al momento de la terminación del vínculo paternofilial.

En el segundo capítulo se utiliza el método interpretativo para el análisis de las sentencias pronunciadas por el TS y por las Audiencias Provinciales (en adelante, AP en singular y AA.PP. en plural) sobre las consecuencias dañosas que la impugnación puede originar en el pretendido padre, y la posibilidad de resarcimiento de aquel daño. El enfoque de esta exposición es revisar el régimen de responsabilidad aplicado a la hipótesis planteada y los elementos que la conforman. En el acápite final, se cuestiona la interpretación jurisprudencial sobre los elementos y conceptos utilizados.

En tercer lugar, se realiza un análisis conceptual para construir la acción de responsabilidad civil que surge como consecuencia de la impugnación de la filiación matrimonial paterna. Así, en el tercer capítulo, se reinterpretan los elementos de la responsabilidad civil dados por la jurisprudencia, de manera que puedan ofrecer una acción indemnizatoria de funcionamiento armónico y sistemático dentro del ordenamiento jurídico.

Una vez construida teóricamente la acción indemnizatoria, en el cuarto capítulo se evalúa la manera en que ella satisface los fines Derecho de Daños. A propósito de esta evaluación, se realiza una aproximación crítica a la posición del marido como víctima del daño producido por la mujer. En efecto, esa calificación —teóricamente necesaria dentro del vínculo jurídico de la acción indemnizatoria— resulta sumamente cuestionable al tomar en consideración la brecha de género que puede existir dentro del grupo familiar, de manera que la acción que se propone podría agudizarla, abriéndola en otros aspectos de la familia. Asimismo, se analiza la forma en que esta acción se inserta dentro del sistema axiológico del Derecho de Familia, a través de su correspondencia con los principios de esta rama del Derecho.

En las conclusiones de este trabajo, a partir de la caracterización de la acción, se exponen las consecuencias de su inserción dentro del sistema jurídico español y catalán. Ello posibilitará afirmar sus limitaciones teóricas en cuanto a los efectos que produciría en las instituciones de Derecho de Familia. Asimismo, se exponen las aprensiones al funcionamiento práctico que pueda tener la acción de responsabilidad civil que se propone, y el modo de evitar la brecha de género que esta acción puede generar dentro de la pareja.

En cuanto a este último problema, se propone como solución la apertura del catálogo de daños indemnizables, para que la acción indemnizatoria se encuentre al alcance de ambos cónyuges o, incluso, para los miembros de una pareja estable. Para ello, la legitimidad activa de la acción debe plantearse de forma amplia y, del mismo modo, las hipótesis de procedencia no pueden cerrarse a favorecer a uno de los cónyuges —o miembro de la pareja estable— sobre el otro. Como consecuencia de lo anterior, se pretende afirmar que la acción indemnizatoria, cuyo origen es la impugnación de la filiación, requiere la elaboración de una regulación general de la responsabilidad civil aplicada al Derecho de Familia.

CAPÍTULO I: LA IMPUGNACIÓN DE LA FILIACIÓN MATRIMONIAL EN EL DERECHO DE FAMILIA

Como punto de partida, la impugnación de la filiación tiene por objetivo terminar o anular la determinación de ese vínculo (Gómez de la Torre Vargas, 2017, p. 325). Tales efectos se logran mediante el ejercicio de una acción cuyo objetivo es obtener una sentencia judicial que declare que aquel que se tuvo por hijo —y fue así inscrito en el Registro Civil— no lo es. Dicha sentencia puede fundarse en la inexistencia de un vínculo biológico (Pascual Franquesa, 2007, p. 29), o bien en un vicio que afecte la validez del reconocimiento otorgado.

La acción se ejerce de manera distinta dependiendo del tipo de filiación que se impugne —si es de carácter matrimonial o no— o del sujeto que la interpone. En el caso de Cataluña, la regulación de esta acción es dual, pues se somete con preferencia al Código Civil de esa comunidad autónoma y, en su defecto, al español⁵.

Este capítulo tiene por fin la exposición de la impugnación de la filiación paterna matrimonial y sus efectos⁶. La descripción que se realiza en este capítulo permitirá, con posterioridad, calificar la impugnación de la filiación como la fuente de la acción indemnizatoria entre los cónyuges, y sostener que la pérdida de tal vínculo es parte de los daños indemnizables.

1.1. Causales de la impugnación de la filiación matrimonial

Tanto el Código Civil español como el catalán contemplan diversas causales para la impugnación de la filiación paterna matrimonial. La aplicación de cada una de ellas depende del origen del vínculo que se pretende destruir, o del defecto que lo vuelva espurio o inútil para sostener el vínculo biológico que le debería servir de base.

En primer lugar, la acción de impugnación más común —en cuanto a lo usual de la hipótesis de procedencia y a lo frecuente que es en la práctica judicial— es aquella que se ejerce para desvirtuar la presunción de paternidad del marido —o presunción *pater is est quem nuptiae*

⁵ A efecto de ordenar la exposición de la regulación de las causales, requisitos y efectos de la impugnación de la filiación en ambos Códigos Civiles, se presenta la regulación española y, cuando corresponda, se realizará el contrapunto con la legislación catalana. Sin perjuicio de ello, las referencias a artículos del Código Civil español incluyen las hechas a los artículos homólogos del Código Civil catalán, resaltando las diferencias, si las hubiere.

⁶ Ligado al objeto de esta investigación, es necesario referirse a la impugnación materna y su relación con la del padre. Aquella se encuentra contemplada en el artículo 139 CC y en el artículo 235-29 CCCat. En tales normas no se determina el efecto que tiene la impugnación de la filiación materna matrimonial respecto de la filiación paterna —cuando esta se determinó en función de la presunción de paternidad matrimonial—. Sobre ello, parte de la doctrina ha estimado que los efectos se circunscriben a la madre, dejando subsistente la filiación respecto del padre (Párez Martín, 2010, p. 810). Sin embargo, en este caso procede la acción de impugnación del marido, puesto que con la impugnación materna no solo se hace cierto que no existe vínculo biológico entre el hijo y el padre; sino que, desde el punto de vista interno de la presunción de paternidad, el hecho base de ella no existe. En cambio, si la filiación ha sido determinada por el reconocimiento, el padre no tendrá acción alguna.

demonstrante—. Esta presunción está contenida en el artículo 116 CC y en artículo 235-5 CCCat. Asimismo, la acción de impugnación se encuentra en los artículos 136 y 137 CC, y 235-23, 235-24 y 235-25 CCCat.

La presunción de paternidad se encuentra ligada a la existencia del deber de fidelidad entre los cónyuges. En efecto, dicha presunción toma como hecho base la vigencia del matrimonio entre la madre y el marido y, en virtud de ello, también supone su cohabitación y fidelidad (Duplá, 2019, p. 301). Es por esta razón que la ley extiende el plazo de vigencia de la presunción hasta trescientos días luego de la terminación del matrimonio, pues incluye el tiempo usual de la gestación a efecto de atribuir el hijo al marido. Del mismo modo, dicha presunción deja de operar con la separación legal o de hecho de los cónyuges. En síntesis, la existencia del deber de fidelidad permite sostener la asignación del hijo al marido.

Con todo, la naturaleza jurídica de esta presunción es simplemente legal y, para desvirtuarla, debe ejercerse una acción de impugnación⁷. El fundamento preciso de tal acción es la falta de vinculación biológica entre el marido y el hijo nacido de la mujer, durante la vigencia del matrimonio. Esta forma de impugnación se enmarca en la tutela que presta el ordenamiento jurídico al derecho a la identidad genética de los individuos. En virtud de esta garantía, se pretende que la filiación se corresponda con la realidad biológica, que debe primar sobre la simple presunción establecida en la ley, aunque bajo ciertos límites (Gómez de la Torre Vargas, 2017, p. 100).

En segundo lugar, la filiación paterna matrimonial también puede ser impugnada por vicios en la voluntad que se ha manifestado para el reconocimiento del hijo. Esta fuente de la filiación matrimonial se encuentra referida en el artículo 118 CC como la manera de otorgar esta categoría de filiación al hijo de los cónyuges nacido durante su separación legal o de hecho. La legislación civil somete el reconocimiento a la inscripción del hijo en el Registro Civil, solemnidad que debe ser realizada de consuno por los padres. Sin embargo, la hipótesis del reconocimiento del hijo matrimonial es de carácter prácticamente residual pues, por la manera en que está regulada, solo se aplica a los hijos que no se encuentran cubiertos por la

⁷ Para desvirtuar la presunción de paternidad, el marido también cuenta con las herramientas señaladas en el artículo 117 CC. La hipótesis de este artículo es el nacimiento de un hijo dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio. Si ello ocurre, el marido puede desconocer la paternidad mediante declaración auténtica, que debe formalizarse dentro de los seis meses siguientes al nacimiento. La ley prohíbe expresamente el desconocimiento de la paternidad si el marido ha reconocido tácita o expresamente al hijo, o ha tenido conocimiento del embarazo con anterioridad al matrimonio. En este último caso, la paternidad puede desconocerse por la declaración auténtica realizada por ambos cónyuges. Por último, la declaración auténtica realizada por el marido –por sí mismo o con el consentimiento de la mujer– enerva la presunción de paternidad sin tener que recurrir a la acción de impugnación (Pascual Franquesa, 2007, pp. 40-41). En el caso catalán, el desconocimiento tampoco es eficaz si la mujer demuestra haber mantenido relaciones sexuales con el marido durante el período legal en que se reputa haberse producido la concepción.

presunción *pater is est*. Asimismo, el reconocimiento es mencionado en los artículos 117 CC y 235-6 CCCat, que lo señalan como uno de los supuestos que impide la declaración auténtica del marido para desvirtuar la presunción de paternidad⁸.

La acción de impugnación por los vicios que afectan la voluntad del reconocedor se encuentra prevista en el artículo 141 CC, que señala como defectos el error, la violencia y la intimidación. En el Código Civil catalán, la nulidad del reconocimiento del marido se encuentra regulada en el artículo 235-27 CCCat. Dicha disposición agrega a las hipótesis de nulidad anteriores la falta de capacidad del otorgante para el reconocimiento, el dolo y el fraude a la ley.

Por último, en los casos en que la filiación matrimonial ha sido otorgada mediante el reconocimiento, pero sin que exista un vínculo biológico entre el padre y el hijo reconocido — hipótesis denominada «reconocimiento por complacencia»—, el TS también ha otorgado la acción de impugnación de la filiación al padre (STS 494/2016, de 15 de julio de 2016). La jurisprudencia ha agregado que, si existe matrimonio entre la madre y el reconocedor, la filiación es de carácter matrimonial, y su impugnación se rige por lo dispuesto en el artículo 136 CC.

Para otorgar tal acción, el TS se ha basado principalmente en que el reconocimiento no requiere un vínculo genético entre el reconocedor y el reconocido. Asimismo, no existe impedimento legal o constitucional alguno contra el padre para impugnar el reconocimiento otorgado al hijo⁹. La exposición de esta doctrina jurisprudencial ha sido refrendada por el TS en su sentencia del 28 de noviembre de 2016 (STS 713/2016, de 28 de noviembre de 2016).

Por último, el artículo 115 CC contempla la posibilidad que la filiación matrimonial sea otorgada mediante sentencia firme. Debido a este origen, la ley no prevé una acción autónoma de impugnación en contra de la filiación así determinada, producto del efecto de cosa juzgada material. No obstante, el artículo 135 CC permite el ejercicio de la acción de impugnación en todo caso, siempre que sea interpuesta conjuntamente a la acción de reclamación. En esta

⁸ El efecto descrito es superfluo. En efecto, la declaración referida en los citados artículos no puede ser útil para destruir un vínculo que ha sido construido por la voluntad —expresa o tácita— del marido, ya que el reconocimiento es un acto jurídico irrevocable.

⁹ En la sentencia citada, los argumentos utilizados por el TS para otorgar la acción de impugnación de la filiación al padre son contradictorios desde su base. En primer lugar, el tribunal afirma que, dado el tenor de los artículos 737 y 741 CC, el reconocimiento es un acto jurídico de carácter irrevocable. No obstante, el ejercicio de la acción de impugnación de la filiación por complacencia —y su aceptación por un tribunal— sería una ineficacia sobrevenida al reconocimiento. La contradicción es evidente: el «reconocimiento por complacencia» implica acoger como propio a un hijo, para que luego —sin otra razón que el mero capricho, pues no se alega vicio alguno de la voluntad— el reconocedor impugne esa filiación por no ser el padre, hecho que es expresamente sabido por este. Por lo tanto, el reconocedor, para deshacerse de un vínculo de filiación ya no querido, busca un subterfugio para prevalerse de un efecto que la ley expresamente veda y así logra retractarse, en los hechos, del reconocimiento. El único cortafuego a este ejercicio abusivo de la acción de impugnación que el TS reconoce son los breves plazos de caducidad contemplados en los artículos 136 y 140 CC.

última hipótesis, el artículo 235-22 CCCat también permite la acumulación de la acción de impugnación a la de reclamación de la filiación contradictoria, ya sea que se ejerza la primera como accesoria a la segunda, o ambas conjuntamente.

1.2 Aspectos procesales de la acción de impugnación de la filiación matrimonial

Los aspectos procesales de las acciones de impugnación de la filiación son los límites formales establecidos en la ley para su ejercicio. En concreto, el tratamiento de tales aspectos importa hacer referencia a la legitimación activa y pasiva de dichas acciones —que envuelve el interés jurídico tutelado por cada una de ellas—. Y, a continuación, referirse a su forma de extinción.

En general, la legitimación activa corresponde al padre y al hijo. La acción del primero tiene doble fuente legal dependiendo del origen del vínculo. Así, si la impugnación tiene su causa en la falta de vínculo biológico, y busca desvirtuar la presunción *pater is est*, se rige por el artículo 136 CC. Por otra parte, si la acción se origina en un vicio de la voluntad que afecta el reconocimiento, la acción emana del artículo 141 CC. Según ha señalado la jurisprudencia, ambas hipótesis son excluyentes, de modo que el marido no puede recurrir a una sino en perjuicio de la otra (STS 525/1996, de 20 de junio de 1996).

Asimismo, el hijo podrá impugnar la filiación paterna de conformidad a lo dispuesto en el artículo 137 CC. Si aquel fuese menor de edad o tuviese su capacidad modificada judicialmente, podrá interponer la acción en su nombre la madre —si ostenta la patria potestad—, un representante legal, o el Ministerio Fiscal¹⁰. Tanto la acción del padre como la del hijo son transmisibles, por el lapso para completar el plazo de caducidad. Paralelamente, en el Derecho de Familia catalán, el artículo 235-24 CCCat contempla la legitimidad activa de la madre, quien podrá ejercer la impugnación por sí y también en representación del hijo. En cambio, se ha eliminado la representación del hijo por el Ministerio Fiscal. Finalmente, en el caso de la acción de impugnación del reconocimiento, la acción corresponde a quien ha sido afectado por el vicio de la voluntad que la funda¹¹.

¹⁰ Como queda de manifiesto, en el sistema del CC, la madre por sí misma no tiene legitimación activa para demandar la impugnación de la filiación. Esta restricción se ha sustentado en que la madre no podría ejercer la acción al haber sido la causante de la filiación paterna discordante con la realidad biológica, como consecuencia de mantener relaciones sexuales con un tercero. Este argumento ha sido criticado por la doctrina actual, al ser una discriminación contraria a la garantía reconocida en el artículo 14 CE (Pascual Franquesa, 2007, p. 50).

¹¹ En el sistema catalán, el artículo 235-27 CCCat otorga la legitimidad activa de esta acción al otorgante del reconocimiento. Esta legitimidad también corresponde a sus hijos, descendientes y herederos, quienes podrán continuar su tramitación, o ejercerla por el lapso que le quede de vigencia.

En segundo lugar, la legitimación pasiva de la acción, a tenor del artículo 766 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) corresponde al hijo y a ambos progenitores¹². Paralelamente, el artículo 749 LEC exige la comparecencia del Ministerio Fiscal en los juicios sobre impugnación de la filiación. Sin embargo, su actuación no es propiamente la de parte en el juicio, sino que su comparecencia se funda en su carácter de garante del interés público comprometido en el estado civil de las partes (STS 0283, de 17 de marzo de 1993)¹³. Dado lo anterior, la actividad procesal del Ministerio Fiscal puede producirse en cualquier momento del juicio, incluso durante la tramitación del recurso de casación (Pascual Franquesa, 2007, p. 63).

El último aspecto por tratar es el plazo para ejercitar la acción de impugnación. La caducidad de esta, cuando está basada en los artículos 136 y 137 CC, se produce al año desde el hecho que le da origen. Respecto del padre, este plazo comienza a correr desde que tenga noticia del nacimiento del hijo, o desde la inscripción de este último en el Registro Civil. Asimismo, el hijo podrá ejercer la acción dentro del plazo de un año desde la inscripción de la filiación en aquel servicio público, o —si fuese menor de edad o tuviese su capacidad modificada judicialmente al momento de la inscripción— desde su mayoría de edad o a partir que recupere su capacidad.

En ambos casos, y luego de la modificación realizada por la L 26/2015, el plazo de caducidad comienza a correr desde que el hijo o el padre tengan conocimiento de la falta de vinculación biológica entre ellos. Por último, el plazo de caducidad de la acción de nulidad del reconocimiento será de un año, según dispone el artículo 141 CC, contado desde el reconocimiento o desde que cesó el vicio de la voluntad¹⁴.

¹² Sobre la manera en que se ejercita esta legitimación pasiva, el TS ha fallado que el padre, la madre y el hijo deben actuar por rama separada. Este tribunal ha declarado que, en los procesos en que el padre impugna su filiación respecto del hijo sujeto a la patria potestad de la madre, existe un interés contrapuesto entre las partes del proceso. Así, mientras el padre no puede representar los intereses del hijo pues litiga contra este, la madre puede que se oponga a la demanda al querer que se mantenga un vínculo al margen de la realidad biológica, circunstancia en la que radica precisamente el interés del hijo. En estas circunstancias, el TS ha exigido el nombramiento de un curador *ad litem* para aquel, según dispone el artículo 163 CC (STS 481/1997, de 5 de junio de 1997).

¹³ Para parte de la doctrina, la comparecencia del Ministerio Fiscal vuelve innecesaria la designación de un curador *ad litem* para el hijo, representación que ha sido requerida por el TS. Así, esta posición se sustenta en que la intervención del ente estatal bastaría para asegurar la representación de los intereses del hijo (Quicios Molina, 2014, p. 257). La necesidad que la defensa de los intereses de este sea ejercida por un órgano estatal viene impuesta por el principio del interés superior del niño como obligación del Estado, de modo que el Ministerio Fiscal debe adoptar primero esa perspectiva, antes que simplemente servir de garante del orden público.

¹⁴ En el ordenamiento catalán, el plazo para el ejercicio de la acción de impugnación de la filiación paterna matrimonial es de dos años, contados desde que el marido conoce del nacimiento del hijo o desde que ha descubierto las pruebas que sustentan la impugnación. Asimismo, el plazo para el ejercicio de la acción de nulidad del reconocimiento también es de dos años, contados de modo distinto dependiendo del vicio que afecta la voluntad. Así, si el defecto es la falta de capacidad del reconocedor, el plazo se cuenta desde que alcanzó la mayoría de edad o recuperó la capacidad; en caso de error, desde que se realizó el reconocimiento; y, en los demás casos, desde que cesaron los efectos del vicio.

De lo expuesto se deduce que el legislador, al establecer los requisitos procesales de las acciones de impugnación, pretendió salvaguardar el interés público involucrado tanto en el estado civil de las personas como en sus vínculos familiares. Ambos parámetros, que implican el balance entre los intereses particulares de las partes y el interés social, fundamentan la asignación de legitimidad procesal restringida aun a los miembros de la familia, como también la intervención del Ministerio Fiscal.

1.3 Efectos de la impugnación

Los efectos de la acogida de la acción de impugnación de la filiación matrimonial pueden dividirse en dos grandes tipos: los de contenido patrimonial —que dicen relación con la cesación de las prestaciones entre padre e hijo—, y aquellos de contenido personal —que miran al lazo afectivo entre los miembros de la familia—. Complementariamente, pueden también distinguirse los efectos que produce el término del vínculo de filiación desde el punto de vista de la relación entre el padre y el hijo, o desde el de los cónyuges.

En primer lugar, el efecto inmediato de la terminación de la filiación es la cesación de todas las prestaciones de contenido patrimonial que la ley asigna al padre para la manutención del hijo. Lo anterior refiere principalmente al derecho de alimentos; pero el término de la filiación produce también el fin de la patria potestad y, por lo tanto, de la representación legal y la administración de los bienes del hijo por el padre.

Del mismo modo, la jurisprudencia ha declarado que la impugnación no da lugar a la devolución de los alimentos pagados al hijo en función del vínculo que se creía tener (STS 202/2015, de 24 de abril de 2015 y STS 629/2018, de 13 de noviembre de 2018). Lo anterior es de toda lógica por razones legales y fácticas. Las primeras apuntan a la estructura misma de la obligación de alimentos. Así, desde que el vínculo de filiación es formado en conformidad a la ley, se generan todos los efectos previstos por esta. En otras palabras, la fuente de la obligación alimenticia se encuentra directamente en la ley, sin que medie voluntad de los sujetos de la obligación¹⁵. Por lo tanto, los alimentos son debidos mientras no cese el vínculo legal que les sirve de causa. En segundo lugar, el objeto de la obligación de alimentos no es comparable con las de un simple carácter patrimonial. En efecto, esta obligación se basa en el deber ético de los padres de educar y formar a los hijos, entonces los alimentos son los medios materiales necesarios para poder cumplir tal obligación. En este contexto, dada esta

Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 235-27 CCCat dispone que la acción de nulidad del reconocimiento hecho con fraude a la ley es imprescriptible.

¹⁵ En el CCCat, la obligación alimenticia de los padres está unida al contenido de la potestad parental (art. 236-17 CCCat) y profusamente regulada en los artículos 237-1 y siguientes del CCCat. En el CC la estructura de la obligación es similar: es parte de la patria potestad de los padres (art. 154 CC) y su regulación se encuentra en los artículos 142 y siguientes del CC.

naturaleza jurídica, el exhijo incluso podría demandar la continuidad de tales alimentos no obstante la terminación del vínculo¹⁶, basado en su interés superior.

En tercer lugar, la filiación es una relación binaria, participan en ella únicamente el padre o madre y el hijo, de modo que cualquier pretensión sobre la devolución de alimentos pagados no puede dirigirse en contra del otro progenitor. Este último efecto lleva a la razón fáctica para denegar una acción de reembolso: estas demandas tienden a esconder una pretensión indemnizatoria del marido en contra de la mujer, cuya cuantía se determina en función de los alimentos pagados en exceso. Sin embargo, en ese tipo de demandas, se alega como fundamento de la indemnización únicamente la falta de vinculación biológica con el hijo. De esta manera, al no fundarse en la filiación, ni tampoco alegar un daño efectivamente sufrido por su terminación, la pretensión es simplemente punitiva en contra de la demandada.

En consecuencia, la terminación de los efectos de la filiación opera de la misma manera que en los actos jurídicos patrimoniales, es decir, solo produce efectos hacia el futuro. Idéntica extinción se produce respecto de los efectos personales de la filiación. Por consiguiente, el padre pierde inmediatamente el cuidado personal y el régimen de visitas que pudiese tener con el hijo —si el padre hubiese sido el progenitor no custodio—. En la legislación catalana, el padre pierde la responsabilidad y la potestad parental, la guarda y el régimen de relaciones personales que pudiese tener con el hijo.

En esta línea, la terminación de los efectos del vínculo de filiación se produce tan pronto la sentencia que acoge la impugnación se encuentra firme. Sin embargo, tal extinción no puede ser tajante y sin consideración a los lazos afectivos formados entre el hijo y el pretendido padre, o con el resto de la familia, toda vez que tales lazos se arraigan en la integridad psíquica y valores personalísimos de las personas. Es por ello que el juez deberá realizar todas las actuaciones jurídicas necesarias —y que la ley le permite— para hacer menos traumática la terminación (Camargo, 2014, p. 170), con el fin de aminorar la magnitud del menoscabo a esos vínculos afectivos. Esta actividad protectora, que el juez debe ejercer, se funda en los principios de protección a la familia y de interés superior del niño, niña y adolescente, que se abordarán más adelante.

Por otra parte, la acogida de la acción de impugnación marca el origen de la acción indemnizatoria del marido en contra de la mujer. No obstante, esta acción solo puede nacer

¹⁶ El Derecho de Familia catalán contempla otros supuestos de supervivencia de las obligaciones que provienen del matrimonio y la filiación cuando la causa directa de ellas ha desaparecido. Así, basado en la solidaridad familiar, el artículo 233-14 CCCat contempla la prestación compensatoria como un mecanismo para atemperar los efectos de la ruptura matrimonial para el cónyuge más afectado por esta. Por otro lado, el artículo 236-15.3 CCCat permite al cónyuge o pareja estable del progenitor difunto solicitar se le otorgue un régimen de relación con el hijo de este, dicho régimen está basado principalmente en el interés superior del hijo.

de la impugnación que ha desvirtuado la presunción de paternidad —por el ejercicio de la acción contemplada sea en el artículo 136 CC o en el artículo 137 CC—. En efecto, desde que la sentencia de impugnación se encuentra firme existe certeza de que, durante la relación matrimonial, nació un hijo que no tiene vínculo biológico con el marido y, por ende, que la mujer mantuvo relaciones sexuales con un tercero.

Los elementos anteriores son ajenos a las restantes acciones tratadas. Así, la acción de impugnación del reconocimiento solo podría dar lugar a una acción indemnizatoria —teóricamente— cuando el vicio que afecta a la voluntad del marido haya sido cometido por la mujer, es decir, solo en los casos de dolo y violencia o intimidación. Sin embargo, la acción no se fundaría directamente en la infracción de un deber conyugal, sino en el empleo de tales medios ilícitos para obtener el reconocimiento. En el caso del «reconocimiento por complacencia», este no podría dar lugar a una acción indemnizatoria precisamente porque, ni en su origen o en su término, hay intervención de la mujer.

En conclusión, en este capítulo se ha pretendido dar una breve descripción de la acción de impugnación de la filiación, y su relación con la acción indemnizatoria que puede ejercer el marido. Esta descripción permite delinear los límites externos que tendría esta última, que deben ponerse en consonancia con el grado de vinculación entre el marido y el hijo, pues esta circunstancia es la que determinará la existencia e intensidad del daño provocado. Por otra parte, otro elemento transversal en los efectos de la acción de impugnación es el interés superior del hijo, ya que el grado de afectación que le produce la terminación de la vinculación se sobrepone al interés de los cónyuges, incluso en una eventual acción indemnizatoria entre ellos.

Asimismo, desde la impugnación de la filiación se puede observar el origen de algunos de los elementos que dan lugar a la acción resarcitoria que pretende reconstruirse en los próximos capítulos. En este hito se inicia la manifestación del daño del marido, y desde este también debe construirse la relación causal que une a tal perjuicio con la acción del agente.

CAPÍTULO II: LA VISIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA INDEMNIZACIÓN POR IMPUGNACIÓN DE FILIACIÓN

Una vez determinado el origen de la acción indemnizatoria objeto de este trabajo, este capítulo está dedicado a exponer las sentencias del TS y de las AA.PP. que se han pronunciado sobre esta pretensión. En efecto, la jurisprudencia ha sido un importante factor en la construcción de dicha pretensión, pero también ha sido ciega a sus limitaciones¹⁷.

La exposición de estos fallos pone de manifiesto la evolución que, desde las sentencias del TS del año 1999, ha tenido la acción indemnizatoria por impugnación de la filiación, y la manera en que las AA.PP. han realizado la descripción de cada uno de los elementos que constituyen el ilícito civil. Finalmente, con base en la descripción de tales elementos, se realiza un examen crítico de los argumentos tradicionalmente utilizados en el estudio de la responsabilidad civil aplicados a la hipótesis de esta investigación.

2.1 Los elementos de la responsabilidad civil en la jurisprudencia

Los fallos escogidos para realizar este análisis jurisprudencial abarcan el lapso entre las sentencias dictadas por el TS en julio de 1999 y la jurisprudencia actual. La mayor parte de este acervo se pronuncia sobre hechos similares: la existencia de un matrimonio, durante el cual nace un hijo que es atribuido al marido e inscrito como tal. Con posterioridad, el marido conoce que no tiene lazo biológico con el hijo e impugna la filiación, o bien, la mujer interpone la acción de impugnación directamente. Y, una vez se ha roto el vínculo, el marido demanda a la cónyuge la indemnización de los perjuicios causados¹⁸.

2.1.1 Régimen de responsabilidad civil

La elección del régimen de responsabilidad que la jurisprudencia estima como aplicable a los hechos relatados tiene un origen preciso: la sentencia del TS de fecha 30 de julio de 1999 (STS 701/1999, de 30 de julio de 1999). La doctrina jurisprudencial que sienta esta sentencia es sencilla: el régimen de responsabilidad que se aplica a la hipótesis descrita es el extracontractual, contemplado en el artículo 1902 CC.

En aquel fallo, el tribunal rechaza la indemnización pedida por el demandante, con el argumento de que la infracción a los deberes conyugales —particularmente el deber de fidelidad— no genera responsabilidad alguna entre los cónyuges, sino que solo conlleva ser

¹⁷ Usualmente, la hipótesis en estudio se da en un contexto de crisis matrimonial o con posterioridad al divorcio de las partes; no obstante, a efecto del estudio de su posición dentro de la familia, se mantiene la denominación de «cónyuge», «marido» y «mujer».

¹⁸ A efectos de este acápite, la exposición se centrará sobre el elemento de la responsabilidad civil que se consideró gravitante para otorgar o denegar la indemnización pedida por el demandante, sin hacer calificación alguna sobre la idoneidad de los argumentos utilizados.

causa de separación matrimonial, amparado en el antiguo texto del artículo 82 CC. Por el contrario, la infracción a los deberes conyugales solo generaría un reproche ético y social.

Para descartar la aplicación de la responsabilidad contractual a la hipótesis de hecho planteada, el tribunal argumenta que, aun cuando el deber de fidelidad es de naturaleza contractual, si se aplica aquel régimen, cualquier alteración en la vida conyugal obligaría a condenar a los cónyuges a indemnizar al otro, y proliferarían las demandas de ese tenor. La jurisprudencia se ha alineado invariablemente tras esta tesis¹⁹.

2.1.2 Acción u omisión cometida por el agente

El aspecto que ha mostrado una mayor diversidad de opiniones dentro de la jurisprudencia es la acción u omisión que se imputa al agente como causa del daño del marido. En general, los tribunales no se han dedicado a la construcción teórica de la acción imputable, sino que se han referido a ella de manera tangencial al momento de evaluar el dolo o la negligencia que se atribuye a la demandada.

Sobre este elemento, es pionera la sentencia de la AP de Valencia de fecha 2 de noviembre de 2004 (SAP Valencia 597/2004, de 2 de noviembre de 2004), al ser la primera que se refiere, en específico, a la acción que se achaca a los agentes. Esta sentencia imputó a los demandados —la mujer y el padre biológico de los hijos— la comisión de dos conductas: la concepción de hijos fuera del matrimonio y la ocultación de la verdadera filiación al marido. Este segundo supuesto se funda en lo fallado por el TS en su sentencia del 22 de julio de 1999 (STS 687/1999, de 22 de julio de 1999), y sobre este tiende a aglutinarse la mayoría de la jurisprudencia reciente²⁰.

Caso aparte es la AP de Barcelona, que ha sostenido distintas conductas como fuente de la responsabilidad. En primer lugar, ha señalado que el ilícito civil imputado consistió en que, si la cónyuge había mantenido relaciones sexuales con otra pareja durante el período de la concepción —de modo que tenía la duda legítima de a quién correspondía la paternidad del hijo— debió haber tomado las medidas tendentes a su determinación, es decir, realizar una prueba de identidad biológica (SAP Barcelona 27/2007, de 16 de enero de 2007)²¹. Luego, en su fallo de 31 de octubre de 2008 (SAP Barcelona 597/2008, de 31 de octubre de 2008)

¹⁹ En este sentido se han pronunciado numerosas sentencias de distintos tribunales, por señalar algunos: el mismo TS, en su reciente sentencia de 13 de noviembre de 2018 (STS 629/2018, de 13 de noviembre de 2018), la AP de Valencia (SAP Valencia 597/2004, de 2 de noviembre de 2004), o la de Barcelona (SAP Barcelona 498/2018, de 25 de julio de 2018).

²⁰ A modo ejemplar, han utilizado esta hipótesis de responsabilidad las AA.PP. de A Coruña (SAP A Coruña 424/2010, de 8 de noviembre de 2010), Jaén (SAP Jaén 102/2015, de 9 de marzo de 2015), Alicante (SAP Alicante 417/2017, de 6 de noviembre de 2017), y León (SAP León 39/2009, de 30 de enero de 2009 y SAP León 419/2012, de 23 de noviembre de 2012).

²¹ Este criterio jurisprudencial ha sido reiterado recientemente por la AP de Barcelona, en su fallo de 25 de julio de 2018 previamente citado.

cambió de parecer y sostuvo que la acción imputable al agente era la pérdida de la relación paternofamiliar. Por último, siguiendo a la mayoría de la jurisprudencia, también ha fallado que la fuente de la responsabilidad se encuentra en la ocultación de la verdadera filiación (SAP Barcelona 261/2016, de 30 de mayo de 2016)²².

Finalmente, la AP de Cádiz ha construido la acción que se imputa a la agente desde la infracción calificada al deber de fidelidad entre los cónyuges (SAP Cádiz 125/2008, de 3 de abril de 2008). La calificación de la infracción, siguiendo a la AP de Valencia en la citada sentencia de 2004, es la concepción de un hijo fuera del matrimonio, acompañada del ocultamiento de ello. En otras palabras, se imputa el quebrantamiento de la fidelidad como una infracción al deber de información que deben darse los cónyuges²³.

2.1.3 Factor de imputación

A diferencia de lo que ocurre con la acción de la agente, la jurisprudencia tiende a la uniformidad en lo relativo al factor de imputación. A partir de la sentencia del TS de 22 de julio de 1999, la jurisprudencia ha exigido que la conducta de la mujer —y, en ocasiones, la del padre del hijo— se haya ejecutado con dolo²⁴, entendiéndolo tanto como la intención maliciosa de causar un daño, como —a tenor del artículo 1269 CC— la maquinación insidiosa. En este sentido, la AP de Cantabria ha señalado que el dolo, en la hipótesis de este trabajo, es de carácter negativo, pues se omite la revelación de la verdadera filiación del hijo al marido, conducta que infringe el deber de buena fe entre los cónyuges (SAP Cantabria 138/2016, de 3 de marzo de 2016).

Sin embargo, la jurisprudencia también ha buscado enmarcar la conducta que se imputa al agente como una simplemente negligente y no únicamente dolosa. Así, la sentencia de 2 de noviembre de 2004 de la AP de Valencia, citada previamente, innovó al calificar de manera distinta las dos acciones que se imputaron a los agentes del daño. Por un lado, la sentencia calificó de negligente la concepción de tres hijos fuera del matrimonio pues, aunque los demandados utilizaron métodos anticonceptivos, conocían su ineficacia. Empero, calificó

²² Opinión que ha sido replicada con posterioridad, por ejemplo, en los fallos de fecha 29 de mayo de 2018 (SAP Barcelona 397/2018, de 29 de mayo de 2018) y de fecha 19 de marzo de 2018 (SAP Barcelona 135/2018, de 19 de marzo de 2018).

²³ Este razonamiento, seguido por la misma AP en su sentencia de 16 de mayo de 2014 (SAP Cádiz 88/2014, de 16 de marzo de 2014), se encuentra presente también en la sentencia de la AP de Valencia de 16 de octubre de 2017 (SAP Valencia 343/2017, de 16 de octubre de 2017).

²⁴ En general, y siguiendo la sentencia citada del TS, las AA.PP. 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 AA.PP. de León, A Coruña, Alicante y Jaén, citadas previamente y la AP de Valencia en su fallo de 13 de noviembre de 2014 (SAP Valencia 386/2014, de 13 de noviembre de 2014). Destaca también, por aplicar esta doctrina en relaciones extramatrimoniales, la AP de Badajoz (SAP Badajoz 175/2017, de 5 de septiembre de 2017).

como doloso el tolerar que los hijos se inscribieran como del marido, a sabiendas de que ello no era así, de modo que permitieron el nacimiento de los efectos de la filiación, y la formación del vínculo paternofilial de los hijos con el supuesto padre²⁵.

La AP de Barcelona ha ahondado en esta última línea argumental y, en su sentencia de 16 de enero de 2007, utilizó solo el criterio de culpa o negligencia como factor de imputación de la conducta del agente. 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.

2.1.4 *El daño*

En contraposición a la multiplicidad de líneas jurisprudenciales sobre los anteriores elementos de la responsabilidad civil, las AA.PP. se han alineado en torno a que el daño que se produce por la impugnación de la filiación es de carácter eminentemente extrapatrimonial. En este contexto, tales tribunales siguen al TS en cuanto a los elementos que conforman dicha categoría de perjuicios, que consistiría en

[...] todas aquellas manifestaciones psicológicas que padece o sufre el perjudicado —o persona allegada al mismo [sic] por vínculos afectivos o parentales—, por el acaecimiento de una conducta ilícita, y que por su naturaleza, u ontología, no son traducibles en la esfera económica. (STS 139/2001, de 22 de febrero de 2001).

En este sentido, las AA.PP. de Valencia y Barcelona se han ocupado de determinar la intensidad del daño extrapatrimonial que se reconoce al demandante, para establecer el parámetro de su compensación. La primera de ellas señaló, en la sentencia tantas veces citada de 2 de noviembre de 2004, que el daño viene dado por la pérdida del lazo afectivo entre el padre y el hijo. La intensidad del daño del actor, a juicio del tribunal, es incluso superior a la muerte de los hijos, pues aquel se ve impedido de elaborar un duelo apropiado para sublimar la pérdida sufrida.

Por su parte, la AP de Barcelona, en la sentencia de 16 de enero de 2007, profundizó en esta línea y elaboró una tesis de gestación progresiva del daño extrapatrimonial sufrido por el expadre. Según el tribunal, el perjuicio nacería por no haberse determinado en un comienzo su falta de vínculo biológico, esto le permitió crear lazos afectivos y un proyecto de vida con la hija, como si hubiese sido propia. Luego, la destrucción del vínculo habría provocado un vacío emocional equivalente a la pérdida definitiva del ser querido.

²⁵ La AP de Castelló de la Plana sigue la línea argumental de la AP de Valencia y también realiza un razonamiento de dos etapas para calificar la conducta de la demandada. Así, sostiene que, dado que los cónyuges se encontraban separados en el momento de producirse la concepción del hijo, no existe negligencia en este acto. Por consiguiente, tampoco se puede calificar como dolosa o culposa la conducta de la mujer en la ocultación de la verdadera filiación del hijo (SAP Castelló de la Plana 46/2009, de 10 de febrero de 2009).

2.1.5 *Relación causal entre el daño producido y la acción del agente*

En último lugar, la jurisprudencia se ha referido escuetamente al vínculo causal entre la acción del agente y el daño provocado en el actor²⁶. La AP de Barcelona ha sentado la aproximación que han hecho los tribunales sobre este elemento de la responsabilidad civil. En efecto, en su fallo de 30 de mayo de 2016 (SAP Barcelona 261/2016, de 30 de mayo de 2016) dicha AP sostuvo que la ocultación de la filiación produce «necesariamente» el daño moral reclamado por el actor.

En esta línea argumental, la AP de Ciudad Real ha fallado que el daño moral es inherente a la acción cometida. La posición de este tribunal es que, en los casos de ocultación de la filiación, el perjuicio sufrido sería «patente, palmario y fácilmente deducible de la propia experiencia humana» y, por lo tanto, vuelve innecesaria su acreditación mediante un informe pericial psicológico (SAP Ciudad Real 112/2018, de 23 de abril de 2018).

El último hito en esta constante discusión dentro de la jurisprudencia es la sentencia del TS de 13 de noviembre de 2018 (STS 629/2018, de 13 de noviembre de 2018). Esta sentencia reiteró la doctrina de ese tribunal 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 solo sería un reproche ético, mas no jurídico. No obstante, esta doctrina no ha sido obstáculo para que las AA.PP., dentro del estrecho margen dejado por el TS, hayan multiplicado las aproximaciones sobre el fenómeno estudiado, a través de caminos alternativos a los trazados por aquel tribunal.

2.2 Análisis de la fundamentación de las sentencias

El tratamiento jurisprudencial sobre de 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 AA.PP. 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

²⁶ El TS se refirió al origen del daño y su vínculo causal con la acción imputada al agente para constatar la prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual. El recurrente argumentó que el plazo de prescripción de la acción indemnizatoria comenzó a correr desde que quedó firme la sentencia que acogió la impugnación de la filiación de sus pretendidas hijas. En cambio, el tribunal falló que el daño no provino de la terminación del vínculo con aquellas, sino que comenzó a manifestarse desde el conocimiento de la concepción extramatrimonial. En síntesis, el TS fijó su atención tanto en el hecho que causó el daño como en su manifestación para el cómputo del plazo de prescripción (STS 404/2012, de 18 de junio de 2012).

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 indemnizatorias 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.

La imputación de la conducta del agente como una de carácter dolosa tiene un doble efecto. Por una parte, la sujeción de la conducta a ese estándar tiene por resultado limitar la acción indemnizatoria, al dificultar la reunión de sus elementos. Por otro lado, la aplicación de este factor de imputación tiene como consecuencia el aumento del reproche normativo en contra del agente, de modo que la responsabilidad de este se agrava. En este sentido, parte de la doctrina ha considerado que el dolo tiene el efecto de extender el ámbito de la responsabilidad por medio de la ampliación del vínculo causal a daños más remotos (Banfi del Río, 2012, pp. 19-20) con el fin de reflejar el mayor reproche normativo en la indemnización.

De igual manera, respecto de la acción de la agente, la jurisprudencia mayoritaria ha seleccionado un elemento específico de la relación paternofilial como el origen de la responsabilidad. Así, la ocultación de la filiación comporta excluir otras conductas que también se encuentran dentro del ámbito de control del agente, por ejemplo, la concepción del hijo. La elección jurisprudencial de esa conducta específica 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.

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.

En este mismo orden de cosas, la tesis restrictiva tampoco se aprecia con la misma intensidad respecto del daño indemnizable. En efecto, la principal ventaja de someter las acciones indemnizatorias entre los cónyuges a las reglas de la responsabilidad aquiliana es —en principio— que se facilita la percepción del daño moral pues, en este sistema, la reparación

de esta categoría del daño es asumida por la jurisprudencia sin mayores inconvenientes. En concreto, el daño moral que se ha producido en el delito o cuasidelito civil tiene una definición amplísima, como reconoce el propio TS, y se extiende a la afectación de cualquier tipo de interés legítimo de la víctima que no tenga un correlato patrimonial. Esto permite —desde esta perspectiva— la reparación plena de la terminación de la relación entre los pretendidos padre e hijo.

En síntesis, el modelo restrictivo aplicado por los tribunales de justicia cruza el análisis de la acción de responsabilidad. No obstante, el daño y el vínculo causal escapan a esta tesis para permitir, dentro de la delimitación dada por la acción y el factor de imputación, la reparación del daño sufrido. Sin embargo, ello no descarta que la consecuencia de la aplicación de este enfoque a la acción de responsabilidad que nace de la impugnación de la filiación sea el aislamiento teórico de esta respecto de las restantes pretensiones del Derecho de Daños.

2.3 Crítica a la tesis sostenida por la jurisprudencia

Este acápite tiene por objeto el estudio crítico de la tesis restrictiva sostenida por la jurisprudencia mayoritaria. Este examen busca determinar si los argumentos principales utilizados por los tribunales son útiles para sustentar dicha tesis, o si, por el contrario, existe una contradicción entre este enfoque y el sistema general de la responsabilidad civil.

En primer lugar, el elemento que caracteriza de mejor manera la tesis restrictiva es el uso del dolo como factor de imputación. Ello responde a un razonamiento sencillo: si el fin buscado es evitar las demandas entre los cónyuges, el dolo eleva la carga de la prueba sobre el estándar de la responsabilidad, 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 (STS 255/2009, de 21 de abril de 2009).

En este contexto, ambas nociones del dolo implican que la conducta del agente se dirige en contra de un tercero que sufre el daño como consecuencia del actuar del demandado —ya sea uno con quien el agente tenía un vínculo previo, en la responsabilidad contractual, o uno con quien no existía ese vínculo, como ocurre en el régimen extracontractual—. En síntesis, la imputación del dolo 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.

Desde otro punto de vista, hoy en día es difícil sostener que el dolo haya actuado de cortafuego para las pretensiones indemnizatorias entre los cónyuges. Desde la sentencia de

la AP de Valencia de 2 de noviembre de 2004, la jurisprudencia ha llenado el concepto del dolo simplemente con la ocultación consciente de la verdadera filiación del hijo. Así definido, este criterio 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.

En definitiva, el uso generalizado del dolo como factor de imputación ha llevado a que este deje de ser un buen sustento para la tesis restrictiva de la jurisprudencia. Al ser despojado de su elemento volitivo, y sin que conlleve un elemento de antijuridicidad en la acción del agente, el dolo se desnaturaliza y se vuelve inútil si su finalidad es ser una barrera para la procedencia de la acción indemnizatoria entre los cónyuges.

Por otro lado, en cuanto al vínculo causal, la extensión dada por la jurisprudencia también es equívoca. Este nexo consiste en la relación directa entre el daño producido y la acción u omisión del agente a quien se le imputa responsabilidad. Para construir tal vínculo directo, la doctrina ha señalado que deben cumplirse dos conexiones copulativas, una meramente fáctica y otra normativa. La primera encierra una estricta relación de causa y efecto entre la acción del agente y el daño alegado. Luego, la segunda lo hace responsable de los daños que puedan atribuirse a su actuar negligente o doloso (Barros Bourie, 2006b, p. 374).

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 causal. Desde el punto de vista del elemento fáctico de la causa, 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. 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 tercer lugar, la manera en que se ha analizado el daño que se reclama por el marido es directa consecuencia de la aplicación de la tesis restrictiva. En efecto, la extensión que se le ha dado a este elemento —central para la procedencia y la determinación de la cuantía de la compensación económica— responde a la caracterización de la acción indemnizatoria en estudio como una de responsabilidad extracontractual. Dada esta naturaleza, la reparación del perjuicio extrapatrimonial producido no es discutida en los casos resueltos por los tribunales, circunstancia que sí ocurriría de alegarse en sede de responsabilidad contractual. Sin perjuicio de lo anterior, la conceptualización de esta acción indemnizatoria como una de

carácter contractual, y la admisibilidad de la reparación del daño moral en esa sede, es analizada en el capítulo siguiente.

Por último, la multiplicidad de conductas que la jurisprudencia ha utilizado para construir el ilícito civil de la demandada es indicativo de la ausencia de una hipótesis general de responsabilidad. En este contexto, es criticable la aproximación de la mayoría de la jurisprudencia desde la ocultación de la verdadera filiación como acción única. La elección por este supuesto comportaría dejar sin reparación hipótesis más laxas, pero que producen el mismo daño en el 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. Por ende, no hay razones para descartar estos otros casos para concentrarse exclusivamente en el encubrimiento consciente.

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 esta hipótesis, el perjuicio se produce por la terminación intempestiva de la relación paternofilial. En este sentido, esta última noción involucra con mayor intensidad los intereses extrapatrimoniales del marido que la conducta utilizada por la jurisprudencia mayoritaria. En estas condiciones, aparece como inadecuada la utilización de el encubrimiento de la filiación como el supuesto 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, pues solo es adecuada si dicha pretensión se observa desde aquel régimen de responsabilidad. En este contexto, la tesis restrictiva aumenta esta inequidad pues 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.

La consecuencia de este hermético silogismo judicial es que la mujer queda sometida al reproche de su infidelidad. Esta afirmación es patente con el examen empírico de las sentencias que se refieren al criterio de imputación que se atribuye a la mujer: los tribunales que utilizan el dolo son, en su mayoría, conformados por hombres; en cambio, las salas integradas mayoritariamente por juezas tienden a utilizar la culpa²⁷. Si a esta posición de

²⁷ De las sentencias utilizadas para realizar el análisis jurisprudencial del primer acápite de este capítulo, diecisiete de ellas se refieren al criterio de imputación con el que se compara la conducta de la demandada. De este universo, diez de ellas utilizan el dolo como factor de imputación y siete achacan

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.

En segundo lugar, dado que el estatuto aquiliano es ciego a la relación de familia, la mujer no podría alegar como defensa ese contexto más amplio como justificación de su conducta para excluir la responsabilidad, por ejemplo, la infidelidad del propio marido 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 es irrelevante en el proceso indemnizatorio.

En definitiva, la aproximación que ha realizado la jurisprudencia sobre la acción indemnizatoria nacida de la impugnación de la filiación es deficitaria, ya sea por la extensión impropia de algunos de sus elementos, 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 AA.PP. de realizar un análisis exhaustivo 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. No obstante, el obstáculo al desarrollo de la responsabilidad entre ellos es la doctrina sostenida por el TS en el año 1999 y luego refrendada en el 2018.

culpa. Respecto del primer conjunto, seis tribunales fueron integrados mayoritariamente por hombres, en contra de cuatro salas de mayoría femenina. En cuanto al segundo grupo, cinco salas fueron integradas en su mayoría por mujeres, y solo dos por hombres.

CAPÍTULO III: LA CONSTRUCCIÓN DE LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA

Este capítulo 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 de ese acápite, 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.

3.1 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 previo 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 al deber general de cuidado (Barros Bourie, 2006a, p. 4).

En este sentido, el objeto de este acápite es analizar si los deberes matrimoniales, en particular el deber de fidelidad, son deberes de carácter moral cuya infracción no genera efectos jurídicos relevantes o, en realidad, 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 han sido esgrimidos para negar esta naturaleza se basan, principalmente, en que tales deberes tienen una naturaleza 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 ético (Ferrer i Riba, 2001, p. 14). 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 personalidad (de Amunátegui Rodríguez, 2017, p. 32), 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, de manera que el legislador implícitamente ha denegado su procedencia (Hernández Paulsen, 2016, p. 114). Sin embargo, este punto de vista parece contradicho por el hecho de que el legislador expresamente ha previsto un ámbito —limitado— de consecuencias que se generan por la infracción de estos deberes, por ejemplo, la posibilidad de desheredamiento, a tenor del artículo 855 CC (de Amunátegui Rodríguez, 2017, p. 34).

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 la comete 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 matrimonio (Institut d'Études Opinion et Marketing en France et à l'International, 2019, p. 3). De esta manera, si parte de las razones de la crisis matrimonial es la infidelidad de la mujer, es injusto que ella deba cargar con las consecuencias resarcitorias de dicha infidelidad además del reproche social que sufre²⁸.

²⁸ El mayor reproche social sufrido por las mujeres por el quiebre familiar —incluso si ellas no han sido quien ha infringido el deber de fidelidad— no es un argumento que implique abrogar este deber. Por el contrario, dado que los deberes conyugales son manifestaciones de los intereses personalísimos de los cónyuges dentro del ámbito del matrimonio, su interpretación debe ser protectora. En estas condiciones, la acción resarcitoria basada en la infracción de tales deberes debe orientarse hacia su disponibilidad para ambos cónyuges. Para ello, la construcción que se formule debe tener en especial consideración la situación de los cónyuges antes y después de la crisis matrimonial. En este contexto, la eliminación de la juridicidad de los deberes conyugales implica un abandono del Derecho sobre este problema que subyace a la relación matrimonial.

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 el artículo 45 CC y siguientes—, como para la declaración de nulidad —según las causales del artículo 73 CC—, y también para la separación de los cónyuges y el divorcio —según permite el artículo 81 y siguientes del Código Civil español—.

De ello pueden inferirse dos consecuencias: la primera es que, no obstante los deberes conyugales nacen con independencia de la voluntad de los cónyuges (Roca i Trías, 2000, p. 547), ellos son capaces de determinar su contenido libremente, en virtud de su propia autonomía, adaptándolos al ámbito exclusivo de la 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 produce (Pérez Gallego, 2015, p. 153). En consecuencia, los daños provocados en el seno del matrimonio —al afectar tales intereses— deben generar una acción indemnizatoria para obtener su reparación²⁹. 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 particulares dentro del Derecho de Familia. Como se ha señalado previamente, la existencia del deber de fidelidad y la cohabitación entre los cónyuges permite afirmar teóricamente la presunción de paternidad contenida en el artículo 235-5 CCCat y 116 CC. Los restantes deberes conyugales —contenidos en los artículos 67 y 68 CC, y en el artículo 231-2 CCCat— 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 artículo 97 CC —que pudiese obtener uno de los cónyuges debido a la mayor dedicación a la familia—, o la compensación económica por razón de trabajo contemplada en el artículo 232-5 CCCat. Por otro lado, el deber de socorro

²⁹ 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 (Roca i Trías, 2000, p. 540).

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 otro (Marín García de Leonardo, 2006, p. 152).

En este orden de cosas, la infracción a los deberes conyugales también tiene sanciones específicas en el Derecho de Familia. Así, el artículo 855 CC mantiene el incumplimiento grave o reiterado de los deberes matrimoniales como causal para desheredar al cónyuge sobreviviente. En relación con esta sanción, el artículo 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 generan efectos jurídicos precisos, algunos de ellos expresamente tasados por el legislador³⁰.

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 familiar (Ramos Pazos, 2001, p. 15). En este sentido, por ejemplo, el artículo 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 resarcimiento (Medina, 2015, p. 28).

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 concurren los demás elementos de la acción. 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 del artículo 1101 y siguientes del CC. Por el contrario, no es aplicable 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 cónyuges (Vargas Aravena, 2009, p. 199).

³⁰ Parte de la doctrina ha afirmado el carácter normativo de los deberes conyugales desde la propia redacción de los artículos 67 y 68 CC, cuyos verbos rectores son de carácter imperativo para los cónyuges (de Verda y Beamonte, 2016, 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 L 15/2005 (Pérez Gallego, 2015, p. 143).

En este mismo sentido, 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 puede ser asimétrica. Entre los factores que determinan 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 lo no asumen equitativamente (Folgueras, 2012, p. 157).

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 las partes y observar las asimetrías materiales que existen 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 dispuesto en el artículo 1969 CC, el marido puede interponer la acción desde que se manifiesta el daño que reclama como proveniente de la impugnación de la filiación (STS 404/2012, de 18 de junio de 2012), sin perjuicio que el vínculo normativo alegado sea previo. La solución entregada por el Derecho catalán es idéntica, ya que el artículo 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.

3.2 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 contemplado en el artículo 68 CC. Para dilucidar si este efecto se cumple, este acápite 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 mantener relaciones sexuales exclusivamente entre ellos. Por consiguiente, la única forma de infringir ese deber era a través del adulterio (Ramos Pazos, 2001, p. 137). Pretéritamente, el adulterio no solo acarrearaba efectos civiles sino también penales para la mujer; tanto así, que la pena se imponía «en virtud del marido agraviado» y este incluso podía remitirla. Desde el punto de vista civil, la consecuencia de la infracción al deber de fidelidad era dar lugar a una causa de separación judicial que también podía fundar el divorcio. Este efecto desapareció con la entrada en vigor de la L 15/2005. Por otra parte, el delito de adulterio, sancionado en el artículo 449 del Código Penal vigente hasta 1995, se derogó en virtud de la Ley 22/1978, de 26 de mayo, sobre despenalización del adulterio y del amancebamiento.

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 AP de Cádiz, que ha construido el ilícito civil desde la infracción a aquel deber (SAP Cádiz 125/2008, de 3 de abril de 2008), 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 artículo 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 afectiva (del Pozo Carrascosa, Vaquer Aloy, y Bosch Capdevila, 2016, pp. 79-80).

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 AP 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 ha ingresado en el ámbito de autodeterminación de las personas, que el otro cónyuge no puede coartar (de Amunátegui Rodríguez, 2017, p. 38). Incluso dentro de la pareja, la exclusividad sexual no es indisponible, y los propios cónyuges pueden darle tanta amplitud como prefieran a su propia intimidad, de modo que no pueden censurarse —como lesivas al deber en estudio— las prácticas que importan abandonar tal exclusividad, como lo hacen las parejas del tipo *swinger* o *cuckold*.

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 otro (Marín García de Leonardo, 2006, p. 182), 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 conyugal. 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, particularmente entre el marido y su pretendido hijo.

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 al 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 marido. 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, si el marido tiene hijos fuera del matrimonio también constituye un incumplimiento grave de este deber.

En segundo lugar, el incumplimiento del 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 cónyuges. De esta manera, se vuelve relevante para determinar el incumplimiento la afectación a dicha comunidad, entregándole al perjudicado la posibilidad de calificar la entidad de la infracción en el momento de solicitar la indemnización. En este contexto, la alegación y prueba del incumplimiento 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.

3.3 Estándar de conducta de los cónyuges y la antijuridicidad de la conducta

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 acápite: en primer lugar, en qué medida los deberes matrimoniales constituyen ese deber, 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 artículo 1104 CC. Esta norma contiene, en su apartado primero, la definición de la diligencia contractual, 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 ser

entendida 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 cumplir dicho plan (Vidal Olivares, 2006, p. 175). 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 metas implican.

Esta última aserción 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 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 mujeres (Novales Alquézar, 2008, p. 817). En este sentido, no puede desconocerse que, dentro de la familia, 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 lo tanto, la posición del marido de mantener el privilegio y la autoridad dentro de la familia (Okin Moller, 1989, p. 147). 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 artículo 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 familiar (Ferrer i Riba, 2001, pp. 10-13). Asimismo, este estándar sería el más adecuado en el contexto de crisis matrimonial en que el 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 sometidos (Hernández Paulsen, 2016, p. 129).

Este estándar, formalmente igualitario, nuevamente esconde la asimetría de género que subyace 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 —generalmente 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 costos de la crisis matrimonial. Una de las partes está en una posición más desventajosa respecto de la otra si tiene que sufrir más severamente los costos —sociales, morales o económicos— de la crisis matrimonial (Okin Moller, 1989, p. 137). Así, las mujeres suelen estar más expuestas a las consecuencias sociales (Médor, 2013, pp. 44-46) y económicas del divorcio (Ramírez Huaroto, 2013, pp. 273-276). Por lo tanto, si existe este tipo de asimetrías dentro de la relación matrimonial, el estándar aplicado a la mujer sería el de la culpa grave y el del marido la culpa leve, sin perjuicio del dolo.

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 (artículo 97 CC y 233-14 CCCat) y la atribución del uso de la vivienda familiar (artículo 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 (artículo 236-1.1 CCCat), la necesidad de consentimiento del cónyuge no propietario para enajenar la vivienda familiar o su mobiliario (artículo 231-9 CCCat), la compensación por razón de trabajo (artículo 232-5 CCCat), y los derechos viudales (artículos 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 desvirtuar el reproche normativo que significa la atribución de culpa o dolo (Barros Bourie, 2006a, p. 2); de manera que la mujer, no obstante haber incumplido el deber de fidelidad, podrá eximirse de la obligación indemnizatoria.

En el estatuto de responsabilidad contractual, las causales de justificación de la conducta apuntan a que el incumplimiento se produjo por circunstancias fuera del control del deudor — caso fortuito o fuerza mayor— o que este actuó dentro del ámbito de conducta que una persona razonable hubiese observado, aunque ello haya acarreado el incumplimiento de la prestación. 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, la concepción producto de una violación, etc.

3.4 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» (STS 512/2009, de 30 de junio de 2009). Luego, tal como ha señalado la AP de Barcelona, la terminación de este vínculo y del proyecto de vida asociado a este generaría un vacío emocional equiparable con la muerte del hijo (SAP Barcelona 27/2007, de 16 de enero de 2007). Sin embargo, incluso dentro de este ámbito de la personalidad, no toda pérdida de esta

relación implica el nacimiento de una acción indemnizatoria. En efecto, la AP de Valencia ha descrito el origen del daño indemnizable 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 directamente 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. (SAP Valencia 597/2004, de 2 de noviembre de 2004).

Esta descripción permite afirmar que 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 filiación³¹.

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 extracontractual (Solé i Feliu, 2009, pp. 20-21). A pesar de que la jurisprudencia ha admitido la indemnización de los daños morales dentro del ámbito contractual con mayor reticencia que en el aquiliano, actualmente se ha preocupado de ampliar el objeto de este tipo de perjuicios y delimitar los criterios para su procedencia (Nieto Alonso, 2006, p. 1116).

En cuanto a las categorías que integran el daño moral, 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 consecuente» (STS 475/2006, de 3 de mayo de 2006). En este sentido, una interpretación extensiva de los artículos 1101 y

³¹ Este criterio ha sido compartido por el TS. En su sentencia ya citada de 18 de junio de 2012 (STS 404/2012), el tribunal desligó el hecho de la impugnación del daño sufrido por el demandante —a efecto del cómputo del plazo de prescripción establecido en el artículo 1968 CC— basado en que la mera dictación de la sentencia no produjo perjuicio psicológico alguno en el demandante.

1106 CC permite afirmar que las normas contractuales tienen la flexibilidad 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 patrimonial (Domínguez Hidalgo, 1998, p. 31). De este modo, el perjuicio que pueden sufrir los cónyuges por el incumplimiento de los deberes conyugales se enmarca en esta concepción amplia de daño moral, 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 práctica, determinación y evaluación. En primer lugar, a tenor del artículo 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 contrato (Solé i Feliu, 2009, p. 31). 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.

En segundo lugar, el artículo 1107 CC exige que el daño extrapatrimonial que puede provocar el incumplimiento de los deberes matrimoniales sea previsible por los cónyuges. El requisito de la previsibilidad 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 relación (Rodríguez Guitián, 2007, p. 256). Esto permite unir la construcción específica que hayan hecho los cónyuges de tales deberes con el límite de los daños que son efectivamente indemnizables³². En tercer lugar, la doctrina ha exigido que el daño moral contractual sea grave, pues debe provenir de un incumplimiento total de la obligación o severamente defectuoso (Rodríguez Guitián, 2007, p. 259). En la hipótesis de este trabajo, el cumplimiento de este requisito proviene de la manera ya descrita en la que debe manifestarse el daño.

³² 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 (Marín García de Leonardo, 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 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.

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 daño 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, es decir, a la manera de resarcir el quebrantamiento de la relación matrimonial. 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 sufrido (STS 1163/2003, de 9 de diciembre de 2003).

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 artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 1989. Este principio se aplica también en los conflictos entre los cónyuges, ya que está inherentemente vinculado con la relación entre ellos y el hijo (CRC. NU, 2013, CRC/C/GC/14. p. 33). El interés superior del niño, niña y 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 para el hijo³³.

En segundo lugar, el interés del hijo en el vínculo con el marido podría llevar a la reparación del daño a través del mantenimiento de aquella unión, desechando la indemnización por la mujer. Esta forma de resarcimiento sería a través de la fijación de un régimen de relación con el hijo afectado, de manera homóloga al que contempla el artículo 236-15.3 CCCat. De este modo, también es posible morigerar los efectos que produce la impugnación de la filiación en aquel. En definitiva, el principio del interés superior del niño, niña y adolescente vuelve

³³ Como corolario de esta aserción, el análisis de dicha relación debe ser casuístico. A este respecto, el Comité de los Derechos del Niño (en adelante, «CRC») 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 (CRC. NU, 2013, CRC/C/GC/14. p. 49). Entre las circunstancias que el CRC ha señalado como relevantes están:

[...] la edad, el sexo, el grado de madurez, la experiencia, la pertenencia a un grupo minoritario, la existencia de una discapacidad física, sensorial o intelectual y el contexto social y cultural del niño o los niños, por ejemplo, la presencia o ausencia de los padres [...] la calidad de la relación entre el niño y su familia o sus cuidadores, el entorno en relación con la seguridad y la existencia de medios alternativos de calidad a disposición de la familia, la familia ampliada o los cuidadores (CRC. NU, 2013, CRC/C/GC/14. p. 48).

permeable la acción indemnizatoria a la perspectiva de la familia dentro del matrimonio, a través del elemento de la responsabilidad civil en estudio.

3.5 Vínculo causal entre el incumplimiento y el daño

El elemento causal de la acción indemnizatoria permite sostener la atribución fáctica de los daños sufridos por el demandante, con el incumplimiento del deber de fidelidad cometido por el agente. Este nexo permite afirmar que existe una relación de causa y efecto entre aquellos eventos, de modo que el primero es antecedente empírico del segundo (Puig Brutau, 1982, vol. III, p. 92). 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 cónyuges (Domínguez Águila, 2001, p. 7).

Tal como se ha señalado previamente, el nexo causal se compone de dos elementos: uno fáctico y otro normativo. La apreciación del primero puede determinarse a través de la teoría de la equivalencia de las condiciones o *conditio sine qua non*. Esta teoría construye la relación causal desde los hechos que han sido concurrentes a la producción del daño; de modo que son antecedentes del perjuicio todos aquellos hechos cuya supresión hipotética impediría que hubiese acaecido (Domínguez Águila, 2001, pp. 14-15)³⁴. 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 agente. Esta teoría sostiene que el perjuicio debe ser una consecuencia «natural, adecuada y suficiente del incumplimiento» (STS 754/2014, de 30 de diciembre de 2014). 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 lo tanto, la responsabilidad.

³⁴ El autor citado considera que, en un sistema de responsabilidad civil por culpa —o subjetivo—, la causa puede determinarse con este elemento fáctico pues, ya que el sistema descansa sobre la previsibilidad del daño, entonces basta que sean atribuidos al agente todos los resultados lesivos que sean consecuencia de su actuar y que hayan podido preverse al momento de la celebración del contrato. En esta teoría, la previsibilidad reemplaza el elemento normativo de la causa, y que es el fundamento de este régimen de responsabilidad. Sin embargo, la reconducción del vínculo causal hacia el ámbito de protección del contrato, a través de la previsibilidad, confunde el análisis fáctico con el fundamento de la responsabilidad, y vuelve irrelevante la diligencia del agente en su actuar para evitar la imputación. De esta manera, la aplicación de este razonamiento hace responsable al agente de daños que, aunque estén dentro de la esfera de previsibilidad, son cubiertos por su actuar diligente.

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 es 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 capítulo 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.

CAPÍTULO IV: EL FUNDAMENTO DE LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA

En este capítulo se intenta el encaje lógico y sistemático de la acción construida en el capítulo anterior con los principios existentes en el Derecho de Daños y en el de Familia, de manera de observar su funcionamiento en ambos sistemas normativos. 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.

Para cumplir tal fin, en primer lugar, se contrastan críticamente las funciones del Derecho de Daños —la prevención de los perjuicios y los parámetros de justicia distributiva y correctiva— con la relación de responsabilidad civil entre los cónyuges. Esta exposición tiene por fin examinar la eficiencia de la acción objeto de este trabajo para evitar los daños que los cónyuges puedan provocarse y, si ello ocurre, de qué manera el sistema debe procurar la indemnidad del afectado.

A continuación, se exponen los principios que informan la relación de responsabilidad civil. Primeramente, se estudian los principios del Derecho de Daños, que apuntan al origen y sentido de la obligación resarcitoria. Luego, se enlaza la acción propuesta con la formulación moderna de los principios del Derecho de Familia, que dan cuenta de la nueva concepción del grupo familiar, y de la relación entre sus miembros.

4.1 Las funciones del Derecho de Daños

Las funciones de la responsabilidad civil son el conjunto de desincentivos que este sistema distribuye entre los agentes para la prevención de los daños dentro de la sociedad, así como la manera en que debe llevarse a cabo su reparación de forma satisfactoria para la parte afectada. En consecuencia, toda acción indemnizatoria debe someterse a un examen de eficiencia con base en estos parámetros. En la hipótesis de este trabajo, este examen debe realizarse desde la posición de los cónyuges en el matrimonio. Desde este punto de vista es que debe observarse el desempeño de la acción para resarcir efectivamente los perjuicios producidos en el seno de la familia.

4.1.1 La función preventiva en el contrato matrimonial

En general, la prevención como fin de la responsabilidad civil responde a la pregunta de qué daños son intolerables en una sociedad, lo que comporta realizar un ejercicio de ponderación entre los riesgos de la actividad llevada a cabo por un agente y el beneficio social que esta genera. Desde esta perspectiva, la responsabilidad civil funciona como un sistema de prevención general, pues desincentiva la asunción de riesgos desproporcionados para no provocar daños a otros (Restrepo Rodríguez, 2008, p. 220). De este modo, las acciones

indemnizatorias del Derecho Privado funcionarían como un límite que indica a los agentes la frontera del actuar tolerable³⁵.

En este contexto, la posición relativa de los cónyuges dentro de la relación matrimonial incide en esta asignación de desincentivos, ya que deben repartirse dependiendo de la capacidad de cada uno de generar graves perjuicios al otro. De esta manera, los desincentivos que corren en contra de la parte fuerte del matrimonio deben procurar que esta observe una conducta que impida la explotación de esa posición de ventaja en contra de los otros miembros de la familia.

Sociológicamente, en una sociedad patriarcal, esa posición está usualmente tomada por el marido, quien —por término medio— no solo está gravado con menos costos para salir del matrimonio, sino que, durante su vigencia, suele tener una menor carga de roles en la familia (Gómez Urrutia y Jiménez Figueroa, 2015, p. 382). Por el contrario, en este modelo social, la mujer usualmente asumiría tales cargas, pero, en paralelo, genera una mayor dependencia hacia el matrimonio³⁶. De esta manera, esta última aseveración permite sostener que la mujer tendría una menor capacidad para explotar una posición de ventaja dentro de la familia, y causar un daño al marido. Como consecuencia de ello, la asignación de desincentivos

³⁵ Uno de los argumentos sostenidos por una parte de la doctrina para denegar la indemnización de perjuicios entre los cónyuges se basa en que esta acción no cumple con el fin preventivo que tiene la responsabilidad civil, pues supone establecer desincentivos a la celebración del matrimonio y, eventualmente, al divorcio. En efecto, para los esposos no sería deseable celebrar un matrimonio ante la amenaza de quedar obligado a una indemnización. Del mismo modo, los cónyuges evitarían el divorcio para no tener que enfrentar una eventual reconvencción indemnizatoria por infracción a los deberes conyugales. Por lo tanto, la responsabilidad se convertiría en una barrera de salida a un matrimonio inviable (Hernández Paulsen, 2016, p. 131). Sin embargo, la acción indemnizatoria entre los cónyuges pretende la prevención de los daños que puedan producirse entre ellos al basarse en la comunidad de vida que envuelve al matrimonio. De esta manera, dado que los deberes conyugales son obligaciones jurídicas, la admisión de las acciones indemnizatorias propende a que los contrayentes y —luego de la celebración del matrimonio— los cónyuges sepan que la observancia de ellos es un valor tutelado por el Derecho. Desde este otro punto de vista, la acción propuesta no sería un desincentivo al divorcio. En primer lugar, porque el divorcio y la acción resarcitoria cumplen funciones distintas: mientras el primero permite a los cónyuges la salida de una relación insoportable, la segunda busca la reparación de los daños hechos a los derechos de la personalidad involucrados en el matrimonio. En segundo lugar, dado que la acción indemnizatoria se basa en criterios restrictivos —ligados esencialmente a la gravedad de la conducta lesiva—, entonces su aplicación no alcanza a todas las crisis matrimoniales que terminan en divorcio.

³⁶ En efecto, durante la vigencia del matrimonio, el trabajo de cuidados (no remunerados) dentro de la familia es usualmente asignado a las mujeres, quienes destinan más tiempo que sus compañeros varones a tales tareas. Sin embargo, asumir este trabajo de cuidados no remunerados comporta renunciar a la oportunidad de mejores empleos y mayor capacidad de generar ingresos (Instituto de las Naciones Unidas para el Desarrollo Social, 2010, pp. 2-3), pues el tiempo que se destina a prestar este cuidado se obtiene de la posibilidad de ejercer una actividad remunerada. Esta aptitud disminuida a lo largo de la relación matrimonial implica que, en el momento de la terminación del vínculo, la mujer quedaría en una posición de desventaja hacia el futuro en comparación al marido, aunque puede ser morigerada con una pensión periódica (Eichler, 2009, p. 490). En estas condiciones, una eventual distribución inequitativa de tareas —y las consecuencias de ella en las posibilidades laborales de los cónyuges— incentivan a que la mujer se mantenga en la relación matrimonial.

normativos sería de menor intensidad a su respecto, principalmente a través de un estándar de conducta más laxo.

Con todo, esta asignación de desincentivos es imperfecta desde un punto de vista práctico, ya que supone la eficacia del Derecho de Daños para impedir la infracción de los deberes conyugales. En primer lugar, aunque se plantea teóricamente la distribución de mecanismos disuasores, no existen instrumentos dentro del Derecho de Daños para establecer su cuantificación; es decir, la determinación de qué tan cuantiosa debe ser la indemnización para que agentes racionales se abstengan de incurrir en conductas similares. En segundo lugar, es posible cuestionar la eficacia de esta acción pues presupone agentes *tan racionales* que incluyen el análisis de riesgos del Derecho de Daños dentro de su conducta familiar.

4.1.2 *Los ideales de justicia como parámetro de indemnidad*

La alusión a la justicia como fin de la responsabilidad civil comporta un examen valorativo. Para realizar dicha evaluación, tradicionalmente se ha utilizado la distinción aristotélica entre justicia correctiva —aquella que mira exclusivamente a la relación entre las partes de la obligación resarcitoria— y la distributiva —que se refiere a la distribución proporcional de riesgos y beneficios dentro de la sociedad— (Aristóteles, 2001, pp. 158-162). Para la doctrina civilista, estas especies de justicia operarían de manera coordinada dentro del sistema del Derecho Privado patrimonial. En este modelo de funcionamiento, la justicia distributiva consiste en la asignación de «bienes primarios» —intereses universalmente valiosos en una sociedad— para los agentes, y crea derechos de indemnidad sobre ellos. Luego, si estos son afectados, la justicia correctiva impone la obligación de compensar los daños causados al respectivo derecho de indemnidad (Papayannis, 2012, p. 704).

Desde esta perspectiva, dentro de la familia, la justicia distributiva comportaría la repartición de funciones dentro de esta, ya no de manera jerárquica —como en el modelo patriarcal—, sino de modo funcional a los fines que persigue el grupo familiar particularmente considerado. Esto implica que la distribución de derechos ya no puede examinarse de forma general — como ocurre normalmente en la responsabilidad extracontractual— sino que debe hacerse desde el punto de vista de cada relación conyugal. De esta manera, la definición de justicia distributiva se encuentra unida a la noción de los fines y principios de la familia, y se llena de contenido material.

No obstante, la posición recién descrita es meramente ideal pues, en los hechos, la asignación de esos bienes primarios dentro del matrimonio suele no ser igualitaria. Por ejemplo, en un modelo patriarcal, la repartición de estos bienes respondería a diferencias de género a favor del marido. En este contexto, la igualdad formal en la construcción normativa de los deberes

conyugales oculta esta repartición dispar entre los cónyuges (Facio, 2009, pp. 191-192)³⁷. Esta distorsión se traslada necesariamente a la justicia correctiva. Desde el punto de vista teórico, la corrección de este desequilibrio conllevaría que, en el estadio de esta última noción de justicia, la reparación de los derechos dañados tienda a ser más favorable a quien se encuentre en peor situación material de la relación.

Por consiguiente, desde el punto de vista interno de la justicia correctiva, dicha reparación está unida a la forma que toma el daño en las relaciones de familia. Esta consideración tiene dos facetas. En primer lugar, desde la perspectiva de los cónyuges, la medida de la indemnización debe tomar en consideración la carga extrajurídica que se ve involucrada en las relaciones sentimentales. Este criterio de reparación ha tenido acogida en la jurisprudencia del TS que ha declarado que, en los casos de acciones resarcitorias entre cónyuges por nulidad del matrimonio, la importancia del resarcimiento de los daños materiales cedería en importancia al de los daños extrapatrimoniales (STS 707, de 26 de noviembre de 1985).

En segundo lugar, la relación indemnizatoria que se forma entre los cónyuges debe ser permeable a la posición de los otros miembros de la familia. El daño dentro del grupo debe observarse desde la perspectiva de todos sus miembros y no cerrarse alrededor de los cónyuges. La inclusión de este punto de vista puede lograrse a través del reconocimiento, dentro de la acción resarcitoria, de las relaciones de interdependencia —de carácter económico, emocional, de salud, educativo, etc.— que cruzan la familia, y que tienen distinto origen, duración y grado (Carrasco, Borderías, y Torns, 2011, pp. 53-54).

Luego, al incluir el punto de vista de los otros integrantes de la familia, el juzgador está obligado a observar la dinámica específica del grupo para evaluar el daño. Entre otros factores, el juez debe poner en relieve el trabajo de cuidados que se realiza dentro de la familia —ya sea remunerado o no—, cómo se reparte su ejecución, el tiempo y los costos en que cada miembro del grupo incurre para cumplirlo, la carga emocional asociada a los cuidados, la diferencia de género con la que pueda estar marcado, y la posición en la familia de quien presta y quien recibe los cuidados. En este sentido, calificar el perjuicio que sufre el marido desde el beneficio que la relación paternofamiliar tiene para el pretendido hijo —en el contexto

³⁷ Uno de los métodos para lograr la eliminación de la discriminación a la mujer en el matrimonio comporta necesariamente la redistribución de los bienes primarios dentro de este, es decir, la asignación equitativa de los medios materiales e inmateriales del grupo familiar. Un modelo para lograr este objetivo es el de la sociedad de la mínima estratificación sostenido por la profesora Margrit Eichler (Eichler, 2009, p. 486). La mínima estratificación requiere que la desigualdad sea disminuida al mínimo posible, de manera que la posición social de una persona no es determinante para el acceso a los bienes primarios. Dentro del ámbito del matrimonio y la familia, la mínima estratificación se podría lograr si la posición relativa de los cónyuges es intercambiable sin que ello tenga consecuencia en la persecución de sus metas personales.

de la acción indemnizatoria por impugnación de la filiación— sería un ejemplo de la inclusión de estos intereses extramatrimoniales.

En conclusión, la justicia correctiva tiene un sentido contingente en las pretensiones indemnizatorias a propósito de las relaciones familiares, ya que requiere corregir las eventuales asimetrías entre los cónyuges, pero también debe integrar la perspectiva de los otros miembros del grupo. De este modo, la evaluación de la afectación a los derechos de indemnidad no se realiza solo desde el punto de vista del demandante, sino que debe observar los efectos que la acción resarcitoria produce en los restantes miembros de la familia desde su respectiva posición relativa. En consecuencia, en la medida que la evaluación de la indemnización tenga esta mirada más amplia, entonces podrá acercarse de mejor manera a una reparación efectiva de los perjuicios que se produzcan dentro de la familia.

4.2 Enunciación de los principios del Derecho de Daños

Los principios son axiomas normativos intrínsecos a un ordenamiento jurídico, que deben ser continuamente interpretados y deducidos por los operadores para ser utilizados como fuente material de dicho ordenamiento (Acosta Alvarado, 2010, p. 200). De esta manera, los principios tienen su origen en la realidad social, cultural y política en la que se insertan (Martín Rebollo, 2010, p. 1514).

Por consiguiente, estos axiomas son aceptables en la medida que permiten alcanzar estándares materiales que la sociedad que los formula considera valiosos. En el contexto normativo español, los principios jurídicos deben propender a que el funcionamiento de las normas sea acorde a los valores contenidos en el artículo 1.1 CE.

Los principios del Derecho de Daños y de Familia permiten evaluar esta dimensión teleológica de la acción indemnizatoria objeto de este trabajo. En cuanto al Derecho de Daños, se describen la obligación de no dañar a otros —*alterum non laedere*— y el principio de reparación integral del daño.

4.2.1 Obligación de no dañar a otros o alterum non laedere

La formulación de la obligación de no dañar a otros como un principio obedece a que no es una regla explícita. Ni en el artículo 1101 CC ni en el artículo 1902 CC aparece formulada una obligación previa de no dañar a terceros —sea este la contraparte en un contrato o un desconocido—, sino exclusivamente la consecuencia de transgredirla, es decir, la obligación indemnizatoria. En el ámbito contractual, el *alterum non laedere* aparece unido al principio de cumplimiento obligatorio de los contratos, contenido en el artículo 1091 CC.

En este sentido, la admisión del principio del *alterum non laedere* como el fundamento obligacional de toda acción resarcitoria y, por lo tanto, regla jurídica vinculante para los

agentes (Papayannis, 2014, pp. 34-35), implica reconocer su influencia en todas las instituciones del Derecho Privado, incluyendo el Derecho de Familia. En síntesis, la obligación de no dañar a otros supone que no hay ningún área en esta rama del Derecho en que se tolere la impunidad del daño producido entre las partes de una relación jurídica.

Por consiguiente, la aplicación omnicomprensiva de esta regla permite sustentar la existencia de las acciones resarcitorias en el matrimonio. En este sentido, están unidas axiológicamente las acciones indemnizatorias por la comisión de un delito o falta en contra del otro cónyuge, los atentados en contra de sus derechos de la personalidad —ambas hipótesis tradicionalmente aceptadas (Martín-Casals y Ribot Igualada, 2011, pp. 531-538)—, y la infracción a los deberes conyugales. Todo ello sin perjuicio que las condiciones de aplicación puedan ser válidamente restringidas por otros principios o reglas específicas.

4.2.2 *Reparación integral del daño*

Este principio sostiene la configuración de los elementos del ilícito civil en los sistemas de responsabilidad estricta y por culpa, pues en ambos se busca esencialmente que la víctima quede incólume del daño sufrido, y se diferencian únicamente en la intensidad normativa de dicha protección (Barros Bourie, 2008, p. 312). De esta manera, el principio de reparación integral del daño otorga aplicabilidad a los fines de la responsabilidad civil.

La satisfacción de este principio requiere que el agente repare todos los daños producidos a la víctima, sin importar su naturaleza, hasta conseguir la indemnidad del derecho subjetivo lesionado (STS de 27 de marzo de 2007). El principio reparatorio está fuertemente ligado al ideal de justicia correctiva, pues —desde el punto de vista del Derecho de Daños— dicha indemnidad se lograría simplemente a través del cálculo aritmético entre la cuantía del perjuicio y su compensación. Luego, la reparación integral del daño es la aplicación práctica de la justicia correctiva en la relación jurídica de responsabilidad entre las partes. Por consiguiente, las consideraciones hechas al funcionamiento de aquella especie de justicia deberían ingresar al análisis de la acción indemnizatoria entre los cónyuges a través del principio en estudio.

Lo anterior conlleva tensionar el funcionamiento del principio reparatorio, ya que comporta abandonar el cálculo simplemente aritmético entre el daño y su compensación. En efecto, si la indemnización 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. Además, el cálculo de la reparación es afectado por

consideraciones externas a la relación entre las partes, pues debe tomarse en cuenta los intereses de los otros miembros de la familia afectados por la acción resarcitoria.

En este contexto, en la hipótesis de este trabajo, el daño del demandante se encuentra fuertemente limitado. Desde el punto de vista interno de la relación jurídica, el menoscabo está sometido a los requisitos del daño moral contractual —imputabilidad, previsibilidad y gravedad—, de manera que la restricción es doble: por un lado, se descartan los perjuicios menores, es decir, aquellos que no comportan una afectación grave a la comunidad de vida que el matrimonio implica³⁸. Por otro lado, están excluidos los daños imprevisibles, aquellos que no se encuentran dentro del ámbito de protección de la relación conyugal, en la manera en que los cónyuges la habrían diseñado.

Desde el punto de vista externo, el resarcimiento buscado está condicionado al interés superior del hijo en la relación paternofamiliar, de manera que solo en la medida que concurra dicho interés podrá indemnizarse al pretendido padre. En consecuencia, la indemnidad del afectado no es una regla absoluta, sino que está sometida al cumplimiento de parámetros que exceden el análisis exclusivamente desde la perspectiva del Derecho de Daños.

4.3 Sincronía con los principios del Derecho de Familia

La conceptualización actual de los principios del Derecho de Familia proviene de la redefinición de esta institución. 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—.

4.3.1 Protección de la familia como fin de la intervención del Estado

El principio de protección a la familia está consagrado como un deber del Estado a tenor de lo dispuesto en el artículo 39 CE. La doctrina constitucional ha afirmado que, dado que la protección a la familia no tiene relación con una morfología específica, la actividad del Estado debe ser capaz de detectar las necesidades de los diferentes grupos para otorgarles un amparo personalizado (Salar Sotillos, 2018, p. 222).

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

³⁸ Este carácter de gravedad debe establecerse en función de lo convenido entre los cónyuges o que pueda desprenderse de su relación, de manera que su determinación específica siempre es casuística.

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 familiar.

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.

4.3.2 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 artículo 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 [...]» (Lepín Molina, 2014, pp. 26-27).

Este principio de igualdad tiene un contenido preciso: la aplicación de las normas jurídicas debe hacerse de manera igual respecto de sujetos que se encuentran en las mismas circunstancias (STC 69/2007, de 16 de abril de 2007). 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. Dicho fin se ha perseguido de manera progresiva en el desarrollo del Derecho de Familia moderno, de modo de tender hacia la eliminación de los desequilibrios que pudiesen originarse dentro de los grupos familiares.

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 informado 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 importa la tutela de la igualdad entre los cónyuges, pues propenden a mantener el balance en los deberes y obligaciones recíprocos 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. Asimismo, la igualdad formal de los cónyuges debe ceder en importancia para avanzar hacia un modelo de estratificación social mínima aplicado al matrimonio³⁹, con objeto de perseguir la distribución equitativa de los recursos familiares.

4.3.3 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 —

³⁹ Este modelo supone una construcción social y normativa en que la posición relativa de cada cónyuge pueda considerarse intercambiable, no solo en su consideración como tal, sino también como miembro de la familia y como individuo. En general, este modelo familiar supone minimizar la estratificación basada en el sexo de los cónyuges, dentro y fuera de la pareja; desligar la noción de familia de la del matrimonio, de modo que la responsabilidad parental se mantiene aunque el padre o la madre viva fuera del hogar; y el reconocimiento de las relaciones de dependencia y del trabajo de cuidados, con el fin de socializar los costos asociados a su prestación remunerada o no —esto último implica que el Estado debe contribuir a cubrir los costos del trabajo de cuidados o de proveer los servicios para ello— (Eichler, 2009, pp. 512-513).

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 al cónyuge en una posición material de mayor debilidad, aplicada a 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 los cónyuges.

Por otro lado, en relación con la aplicación de la acción resarcitoria, 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 cónyuges. 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. La doctrina ha identificado tres funciones de este principio dentro del ordenamiento jurídico: es una garantía, pues los padres, y toda autoridad del Estado, deben ajustar sus decisiones al mejor interés de niños, niñas y adolescentes; es una directriz de la actividad del Estado, ya que la elaboración de políticas públicas para la familia debe contemplar la perspectiva de la infancia, y la afectación que la aplicación de tales políticas genere sobre ella; y, por último, es una norma de interpretación y herramienta de ponderación para resolver conflictos jurídicos (Cillero Bruñol, 2007, p. 141).

En este último 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 paternofilial. En efecto, el perjuicio que alegue el marido está condicionado a que la ruptura de la relación con el hijo sea también lesiva al interés de este; por el contrario, si la terminación del vínculo no resiente dicho interés, entonces no puede accederse a la

indemnización reclamada por el marido. En este sentido, el CRC 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 juego (CRC. NU, 2013, CRC/C/GC/14. párr. 39). De esta manera, la acción del marido tampoco puede prosperar si la terminación de la relación con el hijo resultó beneficiosa para este.

En conclusión, este capítulo ha pretendido realizar una escueta presentación de los principios del Derecho de Daños, con objeto de ofrecer una visión ampliada de la relación jurídica entre el agente y el demandante, en los casos de acciones indemnizatorias entre los cónyuges. Desde esta perspectiva es posible afirmar la insuficiencia de las herramientas del Derecho de Daños para dar cuenta —al momento de la construcción de la acción resarcitoria— de la convergencia de intereses de los otros miembros de la familia, como los hijos y otras personas que puedan depender de los cónyuges. Asimismo, los fines y principios de aquella rama del Derecho no reconocen la posición desequilibrada en la que los cónyuges puedan estar y, por lo tanto, necesitan incorporar los medios para corregir dicha posición.

En este contexto, 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, tales principios sirven de parámetro para intentar remediar la 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 consiste en un núcleo de intereses que condiciona objetivamente el ejercicio de los derechos de los cónyuges. En definitiva, la acción resarcitoria propuesta resulta coherente con el sistema lógico y normativo del Derecho, pero también desnuda sus falencias sustantivas y sociales.

CONCLUSIONES

En la actualidad, la jurisprudencia y la doctrina 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 construcción del ilícito civil contiene un reproche velado a la mujer por su infidelidad.

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 este modo, en las hipótesis de responsabilidad a propósito de la impugnación de la filiación, si la mujer se encuentra en una posición desequilibrada respecto del marido, solo deberá responder en caso de culpa grave. 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. Al contrario de la tesis jurisprudencial actual, el dolo debe reservarse únicamente para los casos en que sea posible apreciar una conducta maliciosa de un cónyuge contra el otro.

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 paterno-filial, producida por la impugnación de la filiación del pretendido hijo. Esta construcción tiene por

efecto principal el ingreso del punto de vista de individuos externos a la relación jurídica entre el marido y la mujer, en conformidad con el principio del interés superior de niños, niñas y adolescentes. En este sentido, evaluar el daño del marido desde esta perspectiva posibilita integrar los intereses de otros miembros de la familia en la relación de responsabilidad entre los cónyuges.

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.

Sin embargo, deben formularse dos aprensiones al funcionamiento práctico que tiene 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 sexo (Salar Sotillos, 2018, pp. 206-208).

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.

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 artículo 14 CE y en la legislación que la desarrolla. En este sentido, la solución a las objeciones previas se puede encontrar en el artículo 4 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, 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, ya no desde la casuística, sino desde las relaciones sometidas a este. Esto implica, dentro del ámbito del matrimonio, abandonar definitivamente la tesis jurisprudencial que aplica el estatuto aquiliano y el dolo como factor de imputación, para centrarse en la interpretación de los elementos de la responsabilidad civil desde el artículo 1101 y siguientes del Código Civil español.

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. Dicha vulnerabilidad puede provenir de cualquier circunstancia —tanto externa como interna al matrimonio— que provoque un desequilibrio en la posición de los cónyuges, y que le permita a uno de ellos encontrarse en una posición de ventaja frente al otro.

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 de 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.

De igual manera, este modelo debería contar con la flexibilidad necesaria para reconocer, integrar y corregir —en su caso— los cambios sociales que influyan en la familia. Dicha capacidad de adaptación vendría determinada por la visibilidad de la sinergia entre la familia y la sociedad para generar y perpetuar relaciones asimétricas, fundadas en posiciones de abuso y brechas de género. Junto con lo anterior, la formulación de este régimen de responsabilidad implica la revisión crítica de los elementos del Derecho de Daños que son capaces de ajustarse a la realidad jurídica y extrajurídica de las relaciones familiares.

El límite a estas conclusiones se encuentra en las relaciones sometidas al Derecho de Familia que tienen fuente legal, como las obligaciones derivadas de la filiación, ya que —al no emanar de un acto de voluntad de las partes— su incumplimiento no puede regirse por el estatuto de responsabilidad contractual. Aun dentro del ámbito contractual, no es posible afirmar la aplicación de las conclusiones anteriores al régimen de parejas estables contenido en los artículos 234-1 y siguientes del CCCat. Pese a que el artículo recién citado se refiere a esta tipología de familia como una comunidad de vida análoga a la matrimonial, no establece deberes personales como los señalados en el artículo 231-2.1 CCCat. Esto lleva a plantear como preguntas incipientes qué deberes personales son aplicables entre los miembros de la pareja estable, cómo son establecidos —si en virtud de la remisión al matrimonio o por pacto expreso entre las partes—, su contenido, qué carga sociológica existe sobre la pareja estable y sus miembros, etc. En consecuencia, la interacción entre los elementos de la responsabilidad civil que se propone en este trabajo no es aplicable al resto de las relaciones jurídicas fuera del matrimonio.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acosta Alvarado, P. (2010). Los Principios Generales del Derecho y las Normas Tipo Principio: Su Conceptualización y Uso en el Ordenamiento Internacional. *Revista Derecho del Estado*, (25), 193-219.
- Amunátegui Rodríguez, C., de (2017). 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* (1a ed., pp. 19-64). Hospitalet de Llobregat: Wolters Kluwer.
- Aristóteles. (2001). *Ética a Nicómaco* (1ª; J. L. Calvo Martínez, ed.). Madrid: Alianza.
- Banfi del Río, C. (2012). Por una Reparación Integral del Daño Extracontractual Limitada a los Hechos Dolosos o Gravemente Negligentes. *Ius et Praxis*, 18(2), 3-32. <https://doi.org/10.4067/S0718-00122012000200002>
- Barros Bourie, E. (2006a). La Diferencia entre «Estar Obligado» y «Ser Responsable» en el Derecho de los Contratos. En J. A. Varas Braun y S. Turner Saelzer (Eds.), *Estudios de Derecho Civil* (1ª, pp. 721-752). Recuperado de CL/DOC/686/2011
- Barros Bourie, E. (2006b). *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* (1ª). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Barros Bourie, E. (2008). La Responsabilidad Civil como Derecho Privado. Notas Sugeridas por la Reseña de C. Rosenkrantz al Tratado de Responsabilidad Extracontractual. *Estudios Públicos*, (112), 309-338. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2908039>
- Camargo, E. P. (2014). ¿Se Aplica el Principio de Interés Superior del Niño, Niña o Adolescente en los Procesos de Impugnación de la Paternidad? *Reflexión Política*, 16(31), 160-172.
- Carrasco, C., Borderías, C., y Torns, T. (2011). El Trabajo de Cuidados: Antecedentes Históricos y Debates Actuales. En C. Carrasco, C. Borderías, y T. Torns (Eds.), *El Trabajo de Cuidados. Historia, Teoría y Políticas* (1ª, pp. 13-96). Madrid: Catarata.
- Cillero Bruñol, M. (2007). El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño. *Justicia y Derechos del Niño*, (9), 125-142. <https://doi.org/10.4067/S0718-34372015000300007>
- Domínguez Águila, R. (2001). Aspectos de la Relación de Causalidad en la Responsabilidad Civil con Especial Referencia al Derecho Chileno. *Revista de Derecho*, 69(209), 7-27.
- Domínguez Hidalgo, C. (1998). La Indemnización por Daño Moral. Modernas Tendencias en

- el Derecho Civil Chileno y Comparado. *Revista Chilena de Derecho*, 25(1), 27-55.
- Duplá, T. (2019). El Presente Del Pasado: El Principio *Mater Semper* Sobre Reproducción Humana Asistida. *Revista Internacional de Derecho Romano*, (22), 289-325. Recuperado de http://www.ridrom.uclm.es/documentos22/dupla22_pub.pdf
- Eichler, M. (2009). Cambios Familiares: Del Modelo Patriarcal al Modelo de Responsabilidad Individual en la Familia. En R. Ávila Santamaría, J. Salgado, y L. Valladares (Eds.), *El Género en el Derecho. Ensayos Críticos* (1ª, pp. 465-513). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Ecuador.
- Facio, A. (2009). Metodología para el Análisis de Género del Fenómeno Legal. En R. Ávila Santamaría, J. Salgado, y L. Valladares (Eds.), *El Género en el Derecho. Ensayos Críticos* (1ª, pp. 181-224). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Ecuador.
- Ferrer i Riba, J. (2001). Relaciones Familiares y Límites del Derecho de Daños. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, (4), 65. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=235463>
- Folgueras, M. D. (2012). La División del Trabajo Doméstico en las Parejas Españolas. Un Análisis del Uso del Tiempo. *Revista Internacional de Sociología*, 70(1), 153-179. <https://doi.org/10.3989/ris.2009.08.26>
- Gómez de la Torre Vargas, M. (2017). *Sistema Filiativo. Filiación Biológica* (1ª). Valencia: Tirant Lo Blanche.
- Gómez Urrutia, V., y Jiménez Figueroa, A. (2015). Corresponsabilidad Familiar y el Equilibrio Trabajo-Familia: Medios para Mejorar la Equidad de Género. *Polis*, 14(40), 377-396. <https://doi.org/10.4067/s0718-65682015000100018>
- Hernández Paulsen, G. (2016). Las Consecuencias de las Infracciones de Deberes Matrimoniales No Dan Lugar a Indemnización. *Revista chilena de derecho privado*, (27), 95-139. <https://doi.org/10.4067/s0718-80722016000200003>
- Institut d'Études Opinion et Marketing en France et à l'International. (2019). *Observatoire Européen de l'Infidélité Féminine*.
- Instituto de las Naciones Unidas para el Desarrollo Social. (2010). *Cuál Es la Importancia del Cuidado para el Desarrollo Social*. Recuperado de [http://www.unrisd.org/80256B3C005BCCF9/httpNetITFramePDF?ReadForm&parentunid=110344BD15614820C12577190051F32A&parentdoctype=brief&netitpath=80256B3C005BCCF9/\(httpAuxPages\)/110344BD15614820C12577190051F32A/\\$file/RPB9s.pdf](http://www.unrisd.org/80256B3C005BCCF9/httpNetITFramePDF?ReadForm&parentunid=110344BD15614820C12577190051F32A&parentdoctype=brief&netitpath=80256B3C005BCCF9/(httpAuxPages)/110344BD15614820C12577190051F32A/$file/RPB9s.pdf)
- Lepín Molina, C. (2014). Los Nuevos Principios Del Derecho De Familia. *Revista chilena de*

derecho privado, (23), 9-55. <https://doi.org/10.4067/s0718-80722014000200001>

- Marín García de Leonardo, M. T. (2004). ¿Cabe la Indemnización de Daños y Perjuicios por Incumplimiento de Deberes Conyugales? *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, (15/2004), (BIB 2004\1732).
- Marín García de Leonardo, M. T. (2006). Remedios Indemnizatorios en el Ámbito de las Relaciones Conyugales. En *Daños en el Derecho de Familia*.
- Martín-Casals, M., y Ribot Igualada, J. (2011). Daños en Derecho de la Familia: Un Paso Adelante, Dos Atrás. *Anuario de Derecho Civil*, 64(2), 503-561.
- Martín Rebollo, L. (2010). Sobre los Principios Generales del Derecho. Una Reflexión Moderadamente Crítica. En J. A. Santamaría Pastor (Ed.), *Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo* (1ª, pp. 1511-1519). Madrid: La Ley.
- Medina, G. (2015). Daños en el Derecho de Familia en el Código Civil y Comercial Unificado de Argentina. *Actualidad jurídica iberoamericana*, (3), 15-46. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5088524>
- Médor, D. (2013). Divorcio, Discriminación y Autopercepción en un Grupo de Mujeres en Guadalajara, Jalisco. *Papeles de Poblacion*, 19(78), 41-64.
- Nieto Alonso, A. (2006). Daños Morales Derivados del Incumplimiento o Defectuoso Cumplimiento de una Obligación Contractual. (A Propósito de Alguna Jurisprudencia Reciente). *Anuario de Derecho Civil*, 59(3), 1115-1198.
- Novales Alquézar, M. A. (2008). Reflexiones Acerca de la Responsabilidad Civil en el Derecho de Familia. El Daño. En J. Alventosa del Río y R. Moliner Navarro (Eds.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Enrique Lalaguna Domínguez* (1ª). Valencia: Universitat de Valencia.
- Okin Moller, S. (1989). Justice, Gender and the Family. En *Handbook of Gestational Surrogacy: International Clinical Practice & Policy Issues* (Vol. 38). <https://doi.org/10.1007/978-1-4939-3216-0>
- Papayannis, D. M. (2012). Derechos y Deberes de Indemnidad. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (35), 691-716. <https://doi.org/10.14198/doxa2012.35.30>
- Papayannis, D. M. (2014). La Práctica del Alterum Non Laedere. *Isonomía - Revista de teoría y filosofía del derecho*, (41), 19-68. <https://doi.org/10.5347/41.2014.89>
- Párez Martín, A. J. (2010). *Tratado de Derecho de Familia* (1ª). Valladolid: Lex Nova.
- Pascual Franquesa, E. (2007). *La Impugnación de la Filiación* (1ª). Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

- Pérez Gallego, R. (2015). Nuevos Daños en el Ámbito del Derecho de Familia: Los Daños Morales y Patrimoniales por Ocultación de la Paternidad Biológica. *Revista de Derecho Civil*, 2(3), 141-175.
- Pozo Carrascosa, P., del, Vaquer Aloy, A., y Bosch Capdevila, E. (2016). *Derecho Civil de Cataluña. Derecho de Familia (2ª)*. Madrid: Marcial Pons.
- Puig Brutau, J. (1982). *Fundamentos de Derecho Civil. Tomo II (2ª)*. Barcelona: Bosch.
- Quicios Molina, M. S. (2014). *Determinación e Impugnación de la Filiación*. Navarra: Aranzadi.
- Ramírez Huaroto, B. (2013). Amores Rotos, Impactos Diferentes. Reflexiones Sobre las Consecuencias Patrimoniales del Divorcio desde la Perspectiva de Género. En M. A. Torres Carrasco (Ed.), *El divorcio en la legislación, doctrina y jurisprudencia (1ª*, pp. 265-287). Lima: Gaceta Jurídica.
- Ramos Pazos, R. (2001). *Derecho de Familia (6ª, Vol. 1)*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Restrepo Rodríguez, T. (2008). El Remedio Preventivo en la Responsabilidad Civil. *Revista de Derecho Privado*, (14), 219-238.
- Roca i Trías, E. (2000). 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 (Ed.), *Perfiles de la Responsabilidad Civil en el Nuevo Milenio (1ª*, pp. 532-563). Madrid: Dykinson.
- Roca i Trías, E. (2007). Evolución del Derecho de Familia en España. En A. Guzmán Brito (Ed.), *El Código Civil de Chile (1855-2005). Trabajos Expuestos en el Congreso Internacional Celebrado para Conmemorar su Promulgación (1ª*, p. 19). Santiago: Legal Publishing.
- Rodríguez Guitián, A. (2007). La Indemnización del Daño Moral en el Incumplimiento Contractual. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, (15), 239-263.
- Salar Sotillos, M. J. (2018). La Familia en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español. *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2(8), 196-225. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6549827>
- Solé i Feliu, J. (2009). El Daño Moral por Infracción Contractual: Principios, Modelos y Derecho Español. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, (1), 42. Recuperado de <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/124352/172325>
- Vargas Aravena, D. G. (2009). *Daños civiles en el matrimonio* (Universidad de Salamanca). Recuperado de http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/76356/3/DDP_VargasAravenaDG_DañosCivilesMatrimonio.pdf

Verda y Beamonte, J. R., de (2016). La Responsabilidad Civil en el Ámbito de las Relaciones Familiares en España. *Actualidad jurídica iberoamericana*, 3(4), 219-259. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5680862>

Vidal Olivares, Á. (2006). *La Protección del Comprador. Régimen de la Conveción de Viena y su Contraste con el Código Civil (1ª)*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

Jurisprudencia citada

I. Sentencias del Tribunal Constitucional

Auto del Tribunal Constitucional 222/1994, de 11 de julio de 1994.

Sentencia del Tribunal Constitucional 69/2007, de 16 de abril de 2007.

Sentencia del Tribunal Constitucional 19/2012, de 15 de febrero de 2012.

Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012, de 6 de noviembre de 2012.

II. Sentencias del Tribunal Supremo

Sentencia del Tribunal Supremo 707/1985 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 26 de noviembre de 1985.

Sentencia del Tribunal Supremo 0283/1993 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 17 de marzo de 1993 (Recurso 2272/1990).

Sentencia del Tribunal Supremo 525/1996 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 20 de junio de 1996 (Recurso 2720/1992).

Sentencia del Tribunal Supremo 481/1997 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 5 de junio de 1997 (Recurso 1817/1993).

Sentencia del Tribunal Supremo 687/1999 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 22 de julio de 1999 (Recurso 12/1995).

Sentencia del Tribunal Supremo 701/1999 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 30 de julio de 1999 (Recurso 190/1995).

Sentencia del Tribunal Supremo 139/2001 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 22 de febrero de 2001 (Recurso 358/1996).

Sentencia del Tribunal Supremo 1163/2003 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 9 de diciembre de 2003 (Recurso 476/1998).

Sentencia del Tribunal Supremo 475/2006 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 3 de mayo de 2006 (Recurso 3183/1999).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), de 27 de marzo de 2007 (Recurso 1840/2003).

Sentencia del Tribunal Supremo 255/2009 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 21 de abril de 2009 (Recurso 1469/2004).

Sentencia del Tribunal Supremo 512/2009 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 30 de junio de 2009 (Recurso 532/2005).

Sentencia del Tribunal Supremo 404/2012 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 18 de junio de 2012 (Recurso 1219/2009).

Sentencia del Tribunal Supremo 754/2014 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 30 de diciembre de 2014 (Recurso 1674/2012).

Sentencia del Tribunal Supremo 202/2015 (Sala de lo Civil, Sección 991ª), de 24 de abril de 2015 (Recurso 1254/2013).

Sentencia del Tribunal Supremo 494/2016 (Sala de lo Civil, Sección 991ª), de 15 de julio de 2016 (Recurso 1290/2015).

Sentencia del Tribunal Supremo 713/2016 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 28 de noviembre de 2016 (Recurso 3302/2015).

Sentencia del Tribunal Supremo 629/2018 (Sala de lo Civil, Sección 991ª), de 13 de noviembre de 2018 (Recurso 3275/2017).

III. Sentencias de Audiencias Provinciales

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 597/2004 (Sala de lo Civil, Sección 7ª), de 2 de noviembre de 2004 (Recurso 594/2004).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 27/2007 (Sala de lo Civil, Sección 18ª), de 16 de enero de 2007 (Recurso 430/2006).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz 125/2008 (Sala de lo Civil, Sección 2ª), de 3 de abril de 2008 (Recurso 83/2007).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 597/2008 (Sala de lo Civil, Sección 14ª), de 31 de octubre de 2008 (Recurso 131/2008).

Sentencia de la Audiencia Provincial de León 39/2009 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 30 de enero de 2009 (Recurso 327/2007).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de la Plana 46/2009 (Sala de lo Civil, Sección 3ª), de 10 de febrero de 2009 (Recurso 559/2008).

Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña 424/2010 (Sala de lo Civil, Sección 3ª), de 8 de noviembre de 2010 (Recurso 313/2009).

Sentencia de la Audiencia Provincial de León 419/2012 (Sala de lo Civil, Sección 2ª), de 23 de noviembre de 2012 (Recurso 316/2012).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz 88/2014 (Sala de lo Civil, Sección 8ª), 16 de mayo de 2014 (Recurso 280/2013).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 386/2014 (Sala de lo Civil, Sección 11ª), 13 de noviembre de 2014 (Recurso 269/2014).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén 102/2015 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 9 de marzo de 2015 (Recurso 5/2015).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria 138/2016 (Sala de lo Civil, Sección 2ª), de 3 de marzo de 2016 (Recurso 71/2015).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 261/2016 (Sala de lo Civil, Sección 17ª), de 30 de mayo de 2016 (Recurso 953/2014).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz 175/2017 (Sala de lo Civil, Sección 3ª), de 5 de septiembre de 2017 (Recurso 218/2017).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 343/2017 (Sala de lo Civil, Sección 6ª), de 16 de octubre de 2017 (Recurso 324/2017).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante 417/2017 (Sala de lo Civil, Sección 9ª), de 6 de noviembre de 2017 (Recurso 263/2017).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 135/2018 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 19 de marzo de 2018 (Recurso 714/2016).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real 112/2018 (Sala de lo Civil, Sección 2ª), de 23 de abril de 2018 (Recurso 297/2017).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 397/2018 (Sala de lo Civil, Sección 18ª), de 29 de mayo de 2018 (Recurso 1272/2017).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 498/2018 (Sala de lo Civil, Sección 13ª), de 25 de julio de 2018 (Recurso 608/2017).

Legislación citada

I. Constitución

España. Constitución Española. (BOE [en línea], núm. 311, 29-12-1978, pág. 29313-29424). <[https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1))>. [fecha de consulta: 3 de junio de 2020].

II. Leyes Orgánicas

España. Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. (BOE [en línea], núm. 71, 23-3-2007, pág. 12611-12645). <<https://www.boe.es/eli/es/lo/2007/03/22/3>>. [fecha de consulta: 3 de junio de 2020].

III. Leyes nacionales

España. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. (Gaceta de Madrid, núm. 206, 25-7-1889, pág. 249-259). <[https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1))>. [fecha de consulta: 3 de junio de 2020].

España. Ley 22/1978, de 26 de mayo, sobre despenalización del adulterio y del amancebamiento. (BOE, núm. 128, 30-5-1978, pág. 12440-12440).

España. Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. (BOE [en línea], núm. 119, 19-5-1981, pág. 10725-10735). <<https://www.boe.es/eli/es/l/1981/05/13/11>>. [fecha de consulta: 3 de junio de 2020].

España. Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. (BOE [en línea], núm. 172, 20-7-1981, pág. 16457-16462). <<https://www.boe.es/eli/es/l/1981/07/07/30>>. [fecha de consulta: 3 de junio de 2020].

España. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. (BOE [en línea], núm. 7, 8-1-2000, pág. 575-728). <<https://www.boe.es/eli/es/l/2000/01/07/1>>. [fecha de consulta: 3 de junio de 2020].

España. Ley 13/2005, de 1 de julio, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. (BOE [en línea], núm. 157, 2-7-2005, pág. 23632-23634). <<https://www.boe.es/eli/es/l/2005/07/01/13>>. [fecha de consulta: 3 de junio de 2020].

España. 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 [en línea], núm. 163, 9-7-2005, pág. 24458-24461). <<https://www.boe.es/eli/es/l/2005/07/08/15>>. [fecha de consulta: 3 de junio de 2020].

España. Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. (BOE [en línea], núm. 180, 29-7-2015, pág. 64544-64613). <<https://www.boe.es/eli/es/l/2015/07/28/26>>. [fecha de consulta: 3 de junio de 2020].

IV. Leyes autonómicas

Cataluña. Ley 7/1991, de 27 de abril, de filiaciones. (BOE [en línea], núm. 132, 3-6-1991, pág. 17932-17934). <<https://www.boe.es/eli/es-ct/l/1991/04/27/7>>. [fecha de consulta: 3 de junio de 2020].

Cataluña. Ley 8/1993, de 30 de septiembre, de modificación de la compilación en materia de relaciones patrimoniales entre cónyuges. (BOE [en línea], núm. 263, 3-11-1993, pág. 30736-30741). <<https://www.boe.es/eli/es-ct/l/1993/09/30/8>>. [fecha de consulta: 3 de junio de 2020].

Cataluña. Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia. (BOE [en línea], núm. 198, 19-8-1998, pág. 28310-28344). <<https://www.boe.es/eli/es-ct/l/1998/07/15/9>>. [fecha de consulta: 3 de junio de 2020].

Cataluña. Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. (BOE [en línea], núm. 203, 21-8-2010, pág. 73429-73525). <<https://www.boe.es/eli/es-ct/l/2010/07/29/25>>. [fecha de consulta: 3 de junio de 2020].

V. *Tratados internacionales*

Convención sobre los Derechos del Niño. Nueva York, 30 de noviembre de 1989. (BOE, núm. 313, 31-12-1990, pág. 38897-38904).

VI. *Decretos*

España. Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre. (BOE [en línea], núm. 297, 12-12-1973, pág. 24004-24018). <<https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1973/297/R24004-24291.pdf>>. [fecha de consulta: 3 de junio de 2020]. Norma derogada por: Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (BOE [en línea], núm. 281, 24-11-1995, pág. 33987-34058). <<https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10>>. [fecha de consulta: 3 de junio de 2020].