

La infidelidad conyugal como causa de separación: análisis y valoración

INTRODUCCION AL TEMA

El artículo 82.1 de nuestro Código Civil establece que es causa de separación matrimonial, entre otras que enumera, «*la infidelidad conyugal*».

No se ha empleado, como puede apreciarse, el término de «*adulterio*» para incorporar esta causal al corpus civil. Este hecho es importante y, aunque parezca trivial, merece la pena resaltarlo e intentar explicar las motivaciones que tuvo nuestro legislador al hacerlo así.

La infidelidad conyugal es, efectivamente, causa de separación matrimonial en nuestro Ordenamiento Jurídico-Civil. Aunque pudiera parecer que es más bien una causa que enlaza con los aspectos éticos y/o morales de la institución matrimonial, si se analiza en profundidad se observa que su incorporación al elenco de causales está más que justificada. En todo caso, es el intérprete del Derecho el que ha de valorar esta causal y, por supuesto, será la Jurisprudencia la encargada de destacar los aspectos prácticos de la misma.

Comencemos realizando una delimitación del término de «infidelidad conyugal» frente al más restringido de «adulterio».

LA INFIDELIDAD CONYUGAL: ALCANCE Y PROBLEMÁTICA JURÍDICA. SU DELIMITACIÓN FRENTE AL ADULTERIO

Lo primero que hay que tener en cuenta es que tanto el adulterio como el amancebamiento fueron, en nuestro país, despenalizados por la Ley de 28 de mayo de 1978, que suprimió la sanción penal que pesaba sobre estos hechos. Subsistió, sin embargo, la sanción civil, al ser causas de separación y desheredación, en su caso, ex artículos 852 y 855.1 del Código Civil.

Si nos detenemos en el término «infidelidad conyugal», salta a la vista que es algo impreciso, quizá porque es más amplio y abierto que el de adulterio. Habría que considerar, en un primer momento, qué es la fidelidad conyugal, partir del lado opuesto a la infidelidad, al objeto de realizar una más perfecta delimitación de la causal objeto de estudio.

La fidelidad —nótese que es un concepto que recoge ciertas raíces religiosas— puede ser definida como la lealtad en el cumplimiento del matrimonio o en los deberes que corresponden a esta institución y que los esposos han de asumir. San Agustín la definía como uno de los bienes del matrimonio, sin aludir a su condición de deber u obligación jurídica.

En la Encíclica «Casti connubi», en su Capítulo 20, se dice que la fidelidad exige unidad del matrimonio, un solo hombre y una sola mujer.

Si vuelvo a la causal que me ocupa, se observa cómo PUIG FERRIOL expresaba que el término de «adulterio» lo acogieron el legislador de 1870 y el anterior artículo 105 del Código Civil (1). Por su parte, el artículo 82, número 1, del Proyecto del Gobierno hablaba, al respecto, de «relaciones sexuales extraconyugales». Como consecuencia de una enmienda, la número 236 del Grupo Parlamentario Centrista, se propuso y así se aceptó sustituir este giro por el de «infidelidad conyugal», por ser éste «un concepto mucho más amplio, dentro del cual se pueden entender englobadas las relaciones sexuales».

Ya CARLOS VÁZQUEZ IRUZUBIETA afirmaba que el deber de fidelidad tiene por objeto preservar el carácter monogámico del matrimonio occidental, que es, en la fenomenología tradicional de las sociedades de nuestra civilización, el que tiene mayor peso específico, siendo su conculcación la causa más reiterada de separaciones y divorcios. Este autor sostenía que el matrimonio en Occidente, pese a la evolución experimentada, sobre todo en lo que respecta a adquisición de derechos por parte de la mujer, se fundamenta, en gran medida, sobre la base, cierta o encubierta, de la fidelidad matrimonial (2).

Mucho se ha discutido sobre si el deber de fidelidad, dentro del matrimonio, es una auténtica obligación jurídica o puede configurarse sólo como un deber moral. En este sentido, hay que recordar que muchos autores han mantenido la tesis de que estamos ante una obligación que posee caracteres éticos o morales, restando importancia y relevancia al carácter puramente jurídico de aquélla. Para ALBERTO G. SPOTTA (3), el deber de fidelidad que recae sobre los esposos es una auténtica obligación jurídica y no sólo un

(1) PUIG FERRIOL, LUIS, «De la separación», en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. I, Editorial Tecnos, Madrid, 1984.

(2) VÁZQUEZ IRUZUBIETA, CARLOS, «Régimen jurídico de la celebración y disolución del matrimonio», en *Editorial Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1981.

(3) SPOTTA, ALBERTO, *Tratado de Derecho Civil*, Tomo II, vol. 2, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1968.

deber moral, y supone una conducta limpia que obsta, tanto a toda relación adulterina, como a toda actitud que, sin implicar esa relación, lesione el ordenamiento ético-jurídico del matrimonio.

O'CALLAGHAN MUÑOZ plantea un concepto amplio de fidelidad, entendiendo que es la entrega corporal mutua y exclusiva que, en su aspecto positivo, implica la mutua disponibilidad corporal de ambos cónyuges y, en su aspecto negativo, es la abstención de toda relación íntima, sexual o no, de un cónyuge con tercera persona, sea de distinto sexo o del mismo (4). Este concepto tan amplio del citado jurista introduce, a mi juicio, un elemento discordante, ya que suscita dudas a qué clase de relación íntima se está refiriendo al citar una relación que no sea la sexual, ya que parece lógico suponer, como en otra ocasión tuve oportunidad de manifestar (5), que cada cónyuge puede tener sus amistades propias, íntimas o menos íntimas, y no por ello se puede afirmar que esté violando el deber de fidelidad. Estimo que si no se trata de una relación sexual o que, al menos, tenga potencialidad suficiente para convertirse en sexual, no puede afirmarse que se haya transgredido este deber de fidelidad entre los esposos. El derecho a la libertad y, en concreto, el derecho a mantener amistades y relaciones con otras personas no quebranta el deber de fidelidad desde el punto de vista jurídico.

En la doctrina española ha prevalecido un concepto de fidelidad amplio, pues se ha entendido, con acierto, que el vocablo «infidelidad» no trasunta necesariamente imputación de adulterio, ya que, aún cuando la inversa sea verdadera, no toda infidelidad conyugal constituye adulterio.

Según LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (6), la infidelidad conyugal es un término más amplio que el adulterio y de difícil delimitación, a cargo, sin duda, del arbitrio judicial, si bien tiene la ventaja de permitir la separación cuando, aún sin prueba contundente, el Juez adquiera certeza moral de que existe adulterio y también, seguramente, se pueden incluir en esta causal las aberraciones sexuales, ya equiparadas al adulterio en la Jurisprudencia canónica.

Estos autores son partidarios, efectivamente, de dar a la idea de fidelidad un amplio sentido, quizá para aproximarla a la idea de respeto. En mi opinión, en esta causa de separación entran, asimismo, distintas conductas que infringen el deber de fidelidad, lo cual reafirma la tesis de que realmente los

(4) O'CALLAGHAN MUÑOZ, XAVIER, «Compendio de Derecho Civil, Derecho de Familia», Tomo IV, en *Editorial Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1983.

(5) ROMERO COLOMA, AURELIA MARÍA, *La separación matrimonial por causa de transgresión de los deberes conyugales y paterno-filiales. Estudio de los apartados 1 y 2 del artículo 82 del Código Civil*, Ediciones Dijusa, Madrid, 2001.

(6) LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, y FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA, *Derecho de Familia conforme a las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981*, fascículo segundo, Editorial Bosch, Barcelona, 1982.

artículos 67 y 68 del Código Civil han elevado ciertos valores, en principio morales, a la categoría de deberes jurídicos, cuyo incumplimiento puede acarrear una reacción del legislador civil. Entre estas conductas, yo he hecho mención de la heteroinseminación artificial de la mujer sin el consentimiento del marido. Es un concepto amplio, en efecto, que no se reduce a los límites, más estrechos, del adulterio.

A la infidelidad conyugal heterosexual, según afirma FOSAR BENLLOCH (7), hay que asimilar la homosexual y, en general, cualesquiera otras conductas sexuales incompatibles con la recíproca disponibilidad afectiva de los cónyuges entre sí.

En la discusión del Proyecto en el Congreso de los Diputados se puso de manifiesto, en las intervenciones, cómo la fidelidad conyugal no queda reducida al adulterio. En este orden de cosas, el señor MOSCOSO DEL PRADO apuntó que *«tenemos de este deber un sentido mucho más amplio que el simple sentido de finalidad sexual; no estamos pensando exclusivamente en el adulterio, sino en una fidelidad más amplia, más ética, más moderna, diríamos más gráficamente»*.

Es oportuno, a la vista de estos planteamientos, intentar dar una definición de adulterio, en cuanto este concepto le pareció estrecho o restrictivo al legislador español a la hora de delimitar esta causa de separación. El Diccionario Enciclopédico de Espasa define el adulterio como «ayuntamiento carnal ilegítimo de hombre con mujer, siendo uno de ellos o los dos casados». Antiguamente se consideraba, en virtud de los postulados machistas imperantes de nuestro país, que, desde el punto de vista jurídico, era un delito que cometía la mujer casada que yace con un varón que no fuera su marido, y el hombre que yace con mujer casada sabiendo que lo es. ¿Quid del hombre casado que yace con mujer, sea soltera o casada?

El problema estriba, en definitiva, en realizar una delimitación, en la actualidad, y con arreglo a los patrones que el legislador parece haber querido describir o definir, pero que, en realidad, no lo ha hecho, ya que la indeterminación en el concepto de «infidelidad conyugal» está fuera de duda. Sin embargo, es posible, desde mi punto de vista, establecer una cierta concreción, aunque siempre, naturalmente, con la certeza de que estamos jugando con conductas que presentan una compleja interpretación. No podía ser de otro modo si lo que pretendía el legislador en nuestro país era desmitificar un poco la noción, siempre machista, de adulterio, con sus connotaciones penales, fruto de tiempos pasados, dictatoriales, que no venían acomodadas a la realidad de los años ochenta, tanto desde el punto de vista político, como social, en España. De este

(7) FOSAR BENLLOCH, ENRIQUE, «Estudios de Derecho de Familia», Tomo II, vol. 1, *La separación y el divorcio en el Derecho español vigente*, Editorial Bosch, Barcelona, 1982.

modo, la consecuencia fue obvia: Se sacrifica el término de «adulterio», que casi todo el mundo entendía y sabía, más o menos, interpretar, y se establece un término nuevo, más amplio, más abierto, más acorde con la realidad social y política que vive nuestro país en ese momento de la reforma del Código Civil. Con anterioridad a esa fecha de 1981, nuestra Jurisprudencia había acogido, tímidamente, una concepción algo más abierta del adulterio. Así pareció entenderlo, efectivamente, una sentencia de nuestro Tribunal Supremo, de 24 de enero de 1975, que declaró lo siguiente: *«Pueden cometerse actos que sean atentatorios a la fidelidad conyugal, que sin tener una demostración de que llegan a la categoría del ayuntamiento carnal, constitutivo de adulterio, puedan entrañar una conducta inmoral y deshonorosa de uno de los cónyuges que produzca la perturbación en las relaciones matrimoniales, que haga insostenible para el otro cónyuge la continuación de la vida común»*.

A través de esta sentencia, lejana ya en el tiempo, se observa cómo nuestra Jurisprudencia fue evolucionando en materia de adulterio y tomando una concepción más progresista con respecto a las relaciones de los cónyuges y a los deberes y derechos de los mismos. Sin embargo, aún no se había abierto la vía de una manera plena para llegar a lo que, más tarde, supuso la igualdad de los esposos. Se vislumbraba, naturalmente, un cambio que había de ser importante, yo diría que trascendental. Se anunciaba, asimismo, el despliegue del concepto de «dignidad» de la persona, también de la persona casada y, sobre todo, se ponían las bases para que la mujer casada, tantas veces discriminada por la legislación, ostentara los mismos derechos que su marido.

Con la promulgación de la Constitución de 1978, las esperanzas se recrudecen aún más. Así, su artículo 10, ubica en el Título I, «De los derechos y deberes fundamentales», proclama que *«la dignidad de la persona —no se hacen distinciones y, por tanto, tanto se refiere a la persona casada como a la que no lo está, al hombre como a la mujer—, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social»* (apartado 1).

Se sitúa, por tanto, a la dignidad de la persona humana en la cúspide de este basamento constitucional que protege, reconoce y quiere garantizar la igualdad y que los derechos fundamentales no se vean conculcados. Sin duda, la infidelidad conyugal, analizada desde este aspecto, conculca gravemente la dignidad de la persona casada y su autoestima.

El artículo 32 del citado Texto Constitucional da un paso más, esta vez en sede de matrimonio: *«El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica»* (apartado 1).

«La Ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos» (apartado 2).

Como ya expresaban, con gran acierto y agudeza, LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (8), puede que la especificidad del respeto mutuo o recíproco se relacione con el deber de fidelidad, como obligación de cada esposo de evitar cualquier conducta suya depresiva para la dignidad del otro e, igualmente, podría reconducirse la exigencia, en una situación de trato íntimo y permanente, a la consideración recíproca. En este sentido, es evidente que el Código Civil no podría obligar a cada cónyuge a amar al otro, pero sí, en lo externo, a una conducta considerada y cortés en el trato.

Parece claro que, entendido de esta forma el concepto, amplio, de fidelidad conyugal y su opuesto, el de infidelidad, cabría encuadrar, como causa de separación, conductas que atañían gravemente contra ese deber de respeto recíproco y que, sin duda, no se circunscriben solamente al adulterio. El propio artículo 68 de nuestro Código Civil expresa que los cónyuges están obligados a guardarse fidelidad. Como yo expresaba en otra ocasión, hace años (9), podría entenderse que tal obligación se despliega en una actitud negativa: No cometer adulterio con otra persona. Pero, en realidad, esta obligación quedaría muy restringida si la conceptuáramos de este modo. Por ello, hay que estimar que la expresión «guardarse fidelidad» viene referida al total comportamiento de los cónyuges, implicando una conducta social sin equívocos, reveladora de la recíproca entrega personal que preside la emisión del consentimiento en el matrimonio. El incumplimiento de este deber tiene el efecto civil de permitir al otro cónyuge instar la separación.

Según PUIG FERRIOL (10), cuando el artículo 82.1 del Código Civil acoge, como causa de separación, la infidelidad conyugal, con esta expresión debe entenderse que el legislador alude al quebrantamiento del deber de cohabitación exclusiva que se deriva del matrimonio y que, en expresión del artículo 82, número 1.º del Proyecto del Gobierno, consistía en «las relaciones sexuales extraconyugales». Pero como el legislador no se vale aquí del término tradicional de adulterio, sino de la expresión más genérica, «infidelidad conyugal», le es lícito al intérprete ir un poco más allá del concepto estricto de adulterio, pudiéndose incardinar en esta causa de separación del artículo 82.1 del Código Civil no sólo toda relación sexual habida con persona de distinto sexo fuera del matrimonio, sino que habría también «infidelidad conyugal» cuando uno de los cónyuges tuviera relaciones sexuales con personas del mismo sexo, tal como ha admitido la generalidad de la doctrina que se ha ocupado de este precepto, aparte de facilitar, en la práctica, la difícil

(8) LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, y FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA, *Derecho de Familia*, citado, fascículo primero.

(9) ROMERO COLOMA, AURELIA MARÍA, *El matrimonio y sus crisis jurídicas. Problemática civil y procesal*, Ediciones Serlipost, Barcelona, 1990.

(10) PUIG FERRIOL, LUIS, *De la separación*, citado en nota 1.

prueba del adulterio, porque, tal como se ha puesto de relieve, el giro «infidelidad conyugal» tiene la ventaja de permitir la separación cuando, aún sin prueba contundente, el Juez adquiere la certeza moral de que existe adulterio.

Hay que recordar que la ponencia rechazó la enmienda número 33 del Grupo Parlamentario Coalición Democrática que, por lo que al tema que estoy analizando concierne, proponía que las relaciones sexuales extramatrimoniales no serían causa de separación cuando «el demandante las haya consentido, facilitado o perdonado». El rechazo de esta enmienda, quizá conflictiva, supuso, en consecuencia, que siempre será posible el ejercicio de la acción de separación, si bien cuando el actor haya consentido, facilitado o perdonado esta infidelidad conyugal, el Juez deberá tomar en consideración este hecho a la hora de establecer los efectos de la sentencia de separación, de acuerdo con lo previsto en los artículos 91 y siguientes de nuestro Código Civil.

Si sigo ahondando en el concepto de fidelidad —para llegar, por esta vía, a la noción contraria, la infidelidad—, se observa que es interesante reseñar la tesis mantenida por BROMLEY, al afirmar que el derecho mutuo al trato sexual prosigue cuando el matrimonio se consuma, con tal que sea razonablemente ejercitado, ya que un cónyuge no está obligado a someterse a las exigencias del otro, que sean desordenadas o no razonables, o que puedan acarrear un perjuicio para la salud. Según este autor, la esposa tiene derecho a realizar su natural deseo de tener hijos, de modo que su marido no puede insistir en el uso de anticonceptivos o de otros artificios (11).

Expone LACRUZ BERDEJO que el cumplimiento de estas obligaciones no puede ser coaccionado por el cónyuge. Una antigua sentencia inglesa, país en donde el marido no puede incurrir en delito de violación frente a su mujer, aclara que no le está permitido emplear la fuerza para tener relaciones sexuales con ella, pudiendo, en otro caso, ser convicto de *assault*, incluso si no ha aplicado más fuerza que la necesaria a sus fines.

Sin embargo, la corriente dominante en los últimos años viene trasladando a un primer término la necesidad de respetar cualquier intromisión en el aspecto íntimo de esas relaciones conyugales, que las hace inabordables para el Derecho. En este sentido, cita LACRUZ BERDEJO a WACKE, porque este autor afirma que cada cónyuge no tiene obligación estricta de trato sexual con el otro y que un proceso dirigido a este extremo sería algo penoso e inelegante, ya que el Estado no puede dictar a los cónyuges instrucciones sobre su vida íntima. Por su parte, algunos autores italianos rechazan el antiguo *ius in corpus*, en homenaje a las exigencias de la personalidad del individuo, que no legitiman una reducción del propio individuo y de su

(11) BROMLEY, *Family law*, Londres, 1966.

cuerpo a objeto de una situación jurídica subjetiva y, en definitiva, de un derecho real, según FURGIUELE (12).

Hay un aspecto importante y que no conviene pasar por alto, si bien es bastante problemático. Me refiero al tema de la relación sexual entre los esposos orientada, o no, hacia la procreación. Si nos centramos en fidelidad conyugal, cabría quizá llevar este deber a sus últimas consecuencias, afirmando que uno de los cónyuges tiene derecho a que el otro coopere para tener hijos. La respuesta afirmativa parece desprenderse, en un principio, de la propia naturaleza del matrimonio, tal como opina un sector de la doctrina española. Sin embargo, en la doctrina alemana, con WACKE a la cabeza (13), piensa que no son contrarios a las buenas costumbres los convenios entre los esposos para impedir la procreación, aunque en un país de natalidad particularmente escasa, como Alemania, no sean deseables. También estima, contra la postura mantenida por BROMLEY, que, cambiando de opinión una de las partes, la otra puede insistir en mantener el acuerdo. Y va aún más en su postura, afirmando que la interrupción del uso de medios anticonceptivos sin comunicarlo a la otra parte es igualmente contraria a la ética matrimonial en cuanto representa un engaño, y lo mismo el uso unilateral de anticonceptivos después de la decisión común de tener un hijo, o bien la esterilización o el aborto contra la voluntad del otro cónyuge o sin ella.

Estas conductas enunciadas, a mi juicio, no son constitutivas de infidelidad de un esposo hacia el otro. Desde mi punto de vista, entran en un ámbito de privacidad tan enorme que habría que impedir de modo absoluto que trascendieran, de alguna manera, al exterior. No es factible pensar que esas conductas, encuadradas en el marco íntimo matrimonial, vayan a constituir fundamento legal para instar la separación por esa vía. No creo que sean equivalentes los conceptos de «infidelidad conyugal» y «mala fe matrimonial».

Según LACRUZ, para el Derecho español, aquellos hechos que sólo se manifiestan en las relaciones íntimas de los cónyuges no pueden ser materia de convenio con eficacia jurídica y, por tanto, tampoco cabe atribuir consecuencias a su infracción, mientras que la negativa de un cónyuge a la generación fecunda, una vez demostrada por medios permitidos, puede ser relevante a efectos de la separación de los cónyuges por incumplimiento de los deberes conyugales, siempre que el hecho pueda apreciarse por el Juez sin entrar en valoraciones éticas o de conveniencia de la familia, que parecen reservadas a los esposos. La exclusión del *bonum proles* no es causa de nulidad. Diferente es, sin duda, el caso de aquellos hechos, como la esteriliza-

(12) FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, Milán, 1979.

(13) WACKE, *Münchener Kommentar*, Munich, 1978.

ción o el aborto, que se manifiestan al exterior, de modo que la infracción puede ser demostrada fuera del ámbito de las relaciones íntimas (14).

A mi juicio, es evidente que el órgano judicial no debe entrar a valorar conductas que se enmarcan claramente dentro del ámbito reservado, privado, en definitiva, de los esposos. La excesiva juridificación de las relaciones familiares no debiera llegar hasta sus últimas consecuencias. No hay que negar a cada esposo un marco en el que desenvolverse no sólo su fundamental derecho a la libertad, lejos de injerencias extrañas, sino también su derecho a la intimidad, derecho éste que no puede negársele a nadie, esté o no casado.

En este sentido, es interesante reseñar cómo algún sector de la doctrina italiana, con ALAGNA a la cabeza (15), ha mantenido que hay que dar un nuevo sentido —un nuevo alcance, entiendo yo— a la obligación de fidelidad, al haber perdido ésta el originario carácter de deber formal impuesto desde afuera y tutelado como valor jurídico autónomo y relevante en el plano privatístico (separación por culpa) y en el plano penal (adulterio y concubinato), para asumir significado sustancial, desenganchado del deber de exclusiva sexual y adherido, en cambio, al recíproco vínculo de responsabilidad de los cónyuges; la armonía entre ellos y también la estabilidad familiar en interés de los hijos, porque la importancia radica en la voluntad de plena unión de los cónyuges, con independencia de la exclusiva sexual, por lo que habrá que valorar en cada caso si las eventuales relaciones físicas de un cónyuge con tercera persona quebrantan o no esa unidad.

Esta doctrina sostiene, asimismo, que en el derecho del individuo a la libertad, la autonomía y la plena realización, garantizados por la Constitución, entra el derecho a la propia vida afectiva, a realizar la propia personalidad también en el plano afectivo y ese plano afectivo puede desvincularse del de la unidad familiar, que no se podría perseguir individualizando una serie de límites a la unidad física y psíquica de los cónyuges, ni menos incentivando un espíritu de reivindicación en el cónyuge ofendido, según ALAGNA.

En nuestro Derecho, la acción de separación basada en la infidelidad conyugal no podrá ejercitarse, a tenor del apartado 2.º del artículo 81.1 del Código Civil, si existe previa separación de hecho libremente consentida o impuesta por el que la alegue.

Este apartado del precepto, objeto de análisis, plantea algún problema. Como ya tuve ocasión de exponer hace años (16), en la práctica será difícil

(14) LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, «LOS deberes recíprocos del artículo 68 del Código Civil y su significado actual», en *Libro Homenaje a Luis Martín Ballesteros*, Zaragoza, 1983.

(15) ALAGNA, *Famiglia e rapporti tra coniugi nel nuovo Diritto*, Milán, 1979.

(16) ROMERO COLOMA, AURELIA MARÍA, *El matrimonio y sus crisis jurídicas*, citado en nota 9.

determinar si la separación de hecho devino previa a la infidelidad o a la inversa.

El origen de esta disposición debe buscarse, probablemente, como ha puesto de relieve PUIG FERRIOL (17), en la postura comúnmente seguida antes de la Reforma en los supuestos de separación de hecho convenida por los cónyuges, cuando era frecuente pactar que cada uno de ellos reconocía plena libertad al otro en cuanto a su vida sexual y que no se perseguirían judicialmente por el quebrantamiento del deber de fidelidad. Y, del mismo modo, el legislador habrá tenido en cuenta también la despenalización del adulterio en virtud de lo dispuesto en la Ley de 28 de mayo de 1978, y que, de alguna manera, vino a reconocer la libertad de los cónyuges en esos casos de separación de hecho, en los que el mantenimiento del deber de fidelidad no tiene una justificación clara desde el momento en que el adulterio ya no se tipifica como delito, aunque anteriormente se le calificara de privado.

Estimo que si el legislador no hubiera dicho nada a este respecto, cabría entender que el deber de fidelidad, absurdamente, persistía en esas situaciones, aunque su justificación sólo podría tener lugar por la vía de la moral y, más en concreto, por los postulados de la religión católica, que considera que mientras vivan los esposos y el vínculo no haya quedado nulo —o declarado nulo— subsiste el deber de fidelidad entre ambos.

Con buen criterio ahora, el legislador español hace ver que la infidelidad conyugal no va a operar como causal de separación de los cónyuges cuando entre los mismos medie una separación de hecho, consentida por ambos, o cuando el que pretenda ejercitar la acción haya provocado, de modo unilateral, la separación de hecho, no consentida por el otro, ni siquiera tácitamente, con base a lo dispuesto en el número 5.º del artículo 82 del Código Civil. En consecuencia, solamente el esposo que no haya provocado la ruptura de hecho de la convivencia conyugal podrá ejercitar la acción de separación con fundamento en la infidelidad conyugal del otro, o valerse, por la vía de la reconvencción, de esta misma causa.

Al hilo de esta cuestión, PUIG FERRIOL plantea el problema que puede producirse si el cónyuge «inocente» insta la separación con base en la infidelidad conyugal del otro, aún en el caso de que el actor hubiera perdonado o consentido el adulterio. El precepto hay que interpretarlo en el sentido de que, en los supuestos de separación de hecho consentida por ambos cónyuges o impuesta unilateralmente por uno de ellos, los dos cónyuges, en el primer caso y el que haya impuesto unilateralmente la separación conyugal, en el segundo, consienten y acaso perdonan la infidelidad conyugal del otro, concediendo el legislador relevancia a ese consentimiento o perdón, pues les

(17) PUIG FERRIOL, LUIS, *De la separación*, citado en nota 1.

impide accionar por la vía de la infidelidad conyugal. De ahí que, como expresa con acierto pleno este autor, debe seguirse que el consentimiento o el perdón de la infidelidad conyugal sólo ha de tener relevancia en el supuesto de que medie una separación de hecho entre los cónyuges, pero no en otro caso. Este mismo autor, PUIG FERRIOL, pone de manifiesto, sin embargo, que esta solución es bastante discutible, ya que se da relevancia a un consentimiento o perdón tácitos o presuntos la mayoría de las veces y, en cambio, se niega toda trascendencia al consentimiento o perdón expresos que se manifiesten cuando no haya separación de hecho, todo lo cual no tiene una justificación clara.

Pienso que el legislador no debe intervenir tanto en esas situaciones, a efectos de evitar, en la medida de lo posible y deseable, la excesiva juridificación y judicialización de las relaciones familiares. Si una esposa, por poner un ejemplo, consiente y perdona que su esposo le haya sido infiel en reiteradas ocasiones, parece evidente que, más tarde, no accionará contra su esposo por esta causa, porque ello, en cierta manera, supondría ir contra sus propios actos. En cualquier caso, el perdón y el consentimiento de un esposo con respecto al otro que le haya sido infiel no tienen relevancia jurídica, efectivamente, por lo cual estas conductas, que pertenecen a la esfera íntima de las relaciones conyugales, no tienen una trascendencia pública. En este sentido, se ha negado la conveniencia de la intervención del Juez en asuntos tan íntimos como los referidos al incumplimiento de este deber de fidelidad, porque la comunidad familiar, sólo dentro de ella misma, encuentra las razones de su unidad. Por ello, algún sector doctrinal ha propugnado la mediación de un operador social, de un consejero experto en problemas familiares. En realidad, sería ésta una solución bastante más acorde con la tesis que, desde mi punto de vista, habría que mantener con respecto a las relaciones conyugales y a sus vicisitudes.

La doctrina italiana, muy progresista por lo que a este tema se refiere, pero escasamente sensible, ha pretendido dar un giro diferente a la obligación de fidelidad, como ya apunté anteriormente, manteniendo esta doctrina que en el derecho del individuo a la libertad, la autonomía y la plena realización, garantizado por la Constitución, entra el derecho a la propia vida afectiva, a realizar la propia personalidad también en el plano afectivo, entendiendo, desde este punto de vista, ALAGNA, que este plano afectivo puede desvincularse del de la unidad familiar, que no se podría perseguir individualizando una serie de límites a la unidad física y psíquica de los cónyuges, ni menos aún incentivando un espíritu de reivindicación en el cónyuge ofendido.

Para sustentar esta tesis, discutible, sin duda, y polémica, la doctrina italiana se basaba en una sentencia de la pretura de Pontedera, dictada en el año 1972, dictada en un caso en el que la esposa, ante la constitución de un segundo hogar por su marido, se negó, de manera obstinada, a aceptar con

dignidad la «hoy definitiva ruptura», «abandonando entonces el marido el domicilio conyugal, no por capricho, no por ir en busca de fáciles y placenteras diversiones sentimentales con mujeres acaso más alegres o más jóvenes que la suya, sino asumiendo prácticamente el peso de otra familia y, al unirse con una ex prostituta, madre de tres hijos y separada de su marido que se encuentra en la cárcel, ha afrontado una realidad dramática que nada de placentero ni de divertido puede ofrecer».

La sentencia declaró, a estos efectos, que «no se puede culpar al demandado que está enamorado de otra mujer, porque se trata de hechos que escapan al control de la voluntad humana», pues el marido, abandonando su casa, «eligió la solución moralmente más sana y ventajosa para todos los componentes de la familia, a los cuales continuó prestando la debida asistencia material». Esta solución «viene abonada por razones sentimentales que pueden fundadamente considerarse serias, profundas, meditadas y, en definitiva, insuprimibles», por lo que la sentencia razona estimando que frente a estas razones no cabe esgrimir obligaciones relacionadas con la responsabilidad familiar, si se exceptúa, naturalmente, la debida asistencia económica. Como expresa graciosamente LACRUZ (18), lo afirmado en esta sentencia supone erigir en regla jurídica que «el corazón tiene razones que la razón no entiende».

Si me detengo en los razonamientos expuestos, cabe, en principio, afirmar que, en efecto, el Derecho no puede obligar a un cónyuge a que ame al otro, a que le tenga una devoción sincera y ardiente, ni le puede exigir una entrega amorosa y/o afectiva sin límites. Estas actitudes entran de lleno en el ámbito de los sentimientos, de las sensaciones y emociones. Lógicamente, en ellas sería inviable que el Ordenamiento Jurídico se tomara atribuciones. Pero esto no quiere decir que haya que esgrimir, como bandera, unos comportamientos, por parte del esposo, en este caso, que queden absoluta e íntegramente desconectados de su relación conyugal y familiar. Cuando una persona, en nuestro país, contrae matrimonio hoy en día, no cabe duda que está asumiendo una serie de deberes, deberes que son jurídicos —lo he afirmado e insistido muchas veces en la misma idea—, no solamente éticos o morales, y a ellos ha de estar, por ellos ha de pasar. Los derechos a la libertad y a la realización afectiva encuentran, en muchas ocasiones, su adecuado desenvolvimiento en el hecho de contraer matrimonio con una persona a la que, en ese momento y en esas circunstancias, se la estima idónea para su adecuada satisfacción. Si más tarde, por las razones que sean, no es así, es lógico que el Ordenamiento Jurídico prevea sus consecuencias, permitiendo la separación, en un principio, y, después, llegado el momento, el divorcio.

(18) LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo Título IV del Código Civil*, Editorial Civitas, Madrid, 1982.

La persona que contrae matrimonio asume unas cargas, unas ciertas limitaciones a su fundamental derecho a la libertad. Son limitaciones que acepta y cuya infracción comporta unas consecuencias jurídicas. No se trata, en ningún modo, de penalizar esas situaciones de infracción. Esto me parece absurdo, propio de épocas pasadas, ya superadas por fortuna, enraizadas en una mentalidad estrecha, anticuada de miras y acorde con determinados postulados religiosos y políticos. DE LOS MOZOS afirmaba que el incumplimiento de la exclusividad sexual entre los esposos, en la actualidad, no tiene consecuencias penales, lo que podía dar la impresión de una cierta libertad para infringir ese deber (19). Sin embargo, el hecho de que no tenga consecuencias penales —lo cual, reitero, es acertado—, no significa que no las tenga *civiles* y, precisamente, la consecuencia civil más destacada y relevante la constituye la posibilidad de instar la separación conyugal por esa causa.

Ya en la doctrina española, FRANCISCO VEGA SALA afirmaba que esta causa de separación comprende tanto el adulterio del hombre como el de la mujer, pues la diferenciación que existía fue superada en la Reforma de 24 de abril de 1958 y, en la actualidad, no podría volverse a ella, pues sería abiertamente contraria al artículo 14 de nuestra Constitución, que proclama la igualdad de todos los españoles ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón, entre otras circunstancias ahí enunciadas, de sexo (20).

Este mismo autor estimaba que por infidelidad conyugal debe entenderse el adulterio, es decir, la realización de la cúpula carnal. Las otras relaciones de afecto o erotismo no constituyen, a su juicio, adulterio. La sodomía, la bestialidad y la homosexualidad son equiparables, según dicho jurista, al adulterio.

Desde mi punto de vista, como expuse en otra ocasión (21), equiparar la infidelidad conyugal al adulterio no me parece, siempre y en todos los casos, admisible. En la práctica, qué duda cabe que pueden producirse relaciones cargadas de infidelidad y sin que éstas constituyan, por sí mismas, adulterio, si entendemos que el adulterio propiamente dicho es la realización del acto sexual con persona distinta al cónyuge.

De acuerdo con la equiparación efectuada por VEGA SALA con respecto a la infidelidad conyugal y el adulterio —equiparación que, insisto, no me parece correcta—, VEGA SALA se refiere a los requisitos del adulterio, estimando que ha de ser consumado, es decir, que se realice la cúpula carnal, no bastando otros actos más o menos lúbricos. Si la cúpula no se probara, no

(19) DE LOS MOZOS, «Despenalización del adulterio y nuevo significado de la fidelidad conyugal», en *La reforma del Derecho de Familia*, tomo 2, Salamanca, 1978.

(20) VEGA SALA, F., *Síntesis práctica sobre la regulación del divorcio en España*, Editorial Praxis, Barcelona, 1981.

(21) ROMERO COLOMA, AURELIA MARÍA, *La separación matrimonial por causa de transgresión de los deberes conyugales y paterno-filiales*, citado en nota 5.

habría adulterio. Sin embargo, estimo que sí podría haber infidelidad conyugal, siempre y cuando se tratara de actos eróticos encaminados a lograr una satisfacción de tipo sexual.

La prueba de la cópula carnal es compleja y difícil, ya que estamos ante actos íntimos que, de ordinario, se verifican en secreto, a puertas cerradas. De todos modos, sería susceptible su prueba a través de presunciones vehementes.

El adulterio ha de ser, además, culpable, entendiendo por tal que se realice libremente y a sabiendas de que se comete. No comete adulterio, por ejemplo, la esposa violada, ya que la realización con ella de la cópula carnal ha sido por parte, de otra persona que no fuera su esposo, in consentida.

Para JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS (22), la fidelidad conyugal no se puede agotar en la valoración de la solidaridad conyugal, sino en la *FIDES* creada por el matrimonio-contrato, entre los propios cónyuges y los hijos, si los hubiere, vista como una manifestación de la idea de unidad de familia que ha de servir de término de valoración en cada caso concreto, para determinar el alcance de las consecuencias que produce, en casos de alteración patológica de ese proyecto de vida en común de los cónyuges que ha quedado roto y del que no quedan más que aquellas consecuencias que, por ello mismo, han de ser tratadas como verdaderos fragmentos de una unidad.

La extensión del deber de fidelidad al ámbito afectivo en general estimo que es, hoy en día, un hecho que debe acogerse sin reservas. Tal como ha reseñado la doctrina alemana (23), al reducirse el vigor de la tutela, se extiende el contenido del deber, que abarcaría, por ejemplo, el recelo infundado y los celos de un cónyuge que destruyen la relación de mutua confianza, o incluso su conducta equívoca, que crea una apariencia comprometedora y lesiva para la dignidad del otro.

La extensión del deber de fidelidad y su no encasillamiento en límites estrechos ha propiciado que nuestra Jurisprudencia, efectivamente, marcara unas pautas en este sentido, que pueden resultar esclarecedoras para el tema tratado.

Según la sentencia de 24 de septiembre de 1992, la obligación que impone a los esposos el artículo 68 del Código Civil no comporta sólo la fidelidad material que se vulneraría por el adulterio, sino la fidelidad moral que significa la ausencia de intrigas y manejos amorosos que van en detrimento de la promesa de vida en común, constitución de una familia y promesa de cohabitación exclusiva. En este sentido, *«la parte demandada solicita la revocación de la sentencia y que se dicte otra por la que se declare no haber lugar a la separación matrimonial de los litigantes por no haber acreditado la*

(22) DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS, *Despenalización del adulterio y nuevo significado de la fidelidad conyugal*, citado en nota 19.

(23) WACKE, *Münchener comentar*, citado en nota 13.

actora la causa 1.^a del artículo 82 del Código Civil que invocaba para ello, y que fue acogida en la resolución impugnada. Este motivo está argumentado en base a que el testigo, compañero de trabajo del marido, no ha presenciado actos inequívocos de una relación amorosa ajena al matrimonio, pero esta cuestión, que si bien por su carácter íntimo impide la existencia de testigos directos, ha quedado suficientemente acreditada en la prueba, pues tanto el aludido compañero del esposo como el hijo mayor del matrimonio han visto a éste en compañía de una mujer que es la demandante en circunstancias que inequívocamente, por el conocimiento que tienen del demandado, muestran una relación entre ellos que no es compatible con la obligación que a los esposos impone el artículo 68 del Código Civil que comporta no sólo la fidelidad material que se vulneraría con el adulterio, sino la fidelidad moral que, sin precisar llegar a tanto, significa la ausencia de intrigas y manejos amorosos que van en detrimento de la promesa de vida en común, constitución de una familia y promesa de cohabitación exclusiva que el hombre y la mujer formulan con ocasión del matrimonio, y de lo que es testigo de excepción el hijo mayor de edad que convive en el domicilio familiar».

En esta sentencia, dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, se alude a diversos conceptos: Cohabitación exclusiva, que se impone por el Código Civil en el artículo 68, y que implica, según doctrina de la citada sentencia, dos tipos o clases de fidelidad: De un lado, la fidelidad material, que se transgrede claramente con el adulterio y, de otro, la fidelidad que denomina moral, que supone la ausencia de intrigas y manejos amorosos con otra persona. Esta fidelidad moral es más amplia que la material y no supone, necesariamente, el adulterio. Es, por tanto, un concepto amplio que merece un comentario más pormenorizado. Es evidente, a mi juicio, que la infidelidad conyugal del artículo 82.1 del Código Civil no está referida solamente al quebrantamiento del deber de cohabitación exclusiva que se deriva del matrimonio. No creo que fuera ésta la intención del legislador al redactar esta causal de separación conyugal. Al contrario, pienso que la fidelidad conyugal se puede quebrantar de muchas maneras y no solamente faltando al deber de cohabitación. En este sentido, pensemos en el cónyuge que, aún cohabitando con su consorte, mantiene relaciones sexuales con otra persona y sin que su esposo/a tenga conocimiento de dichas relaciones.

En este supuesto, que, probablemente, sea bastante común, se está violando el deber de fidelidad que se exige a los esposos y, a pesar de ello, se mantiene la convivencia matrimonial.

En este intento de delimitación o concreción del deber de fidelidad —y de su correlativa transgresión o violación, la infidelidad conyugal—, parece oportuno detenerse en aquellos aspectos o situaciones que, efectivamente, pueden darse en la práctica y que suponen una relación más o menos afectiva de uno de los cónyuges con tercera persona, sin llegar a quebrantar ese deber

de fidelidad matrimonial y sin que, por tanto, exista o se dé la causal del artículo 82.1 del Código Civil.

En este sentido hay que concluir en que una simple comunicación, aunque sea afectiva, con una tercera persona, no constituye infidelidad conyugal. Una sentencia de 7 de febrero de 1984 así lo estimó, resolviendo un supuesto en el que la esposa había acusado a su marido de infidelidad conyugal y, para demostrarlo, había contratado a unos detectives, al objeto de que éstos emitieran un informe sobre el comportamiento de aquél. La sentencia desestimó la demanda de la actora, en base a que, de las pruebas practicadas, entre las que se encontraba un informe de los detectives, sólo se deducía la comunicación y la relación puramente profesional del esposo con una compañera de trabajo, así como una consiguiente amistad entre ellos, que derivaba del hecho de trabajar juntos en la misma oficina y sin que se llegara a probar que entre ambos existiera una relación de carácter erótico o amoroso, por lo que no cabía instar la separación conyugal tomando como fundamento la infidelidad no demostrada.

Ya ha quedado explicado anteriormente que cada cónyuge es libre de tener sus propias amistades. Esto quiere decir que no es preciso ni se exige que esas amistades hayan de ser comunes, es decir, de ambos esposos. Es ésta, sin duda, una cuestión importante, porque cada cónyuge, en el libre desarrollo de su personalidad y ejercitando su fundamental derecho a la libertad, derecho que a nadie se le puede negar, esté o no casado, puede entablar amistad con determinadas personas, sin que en ese círculo amistoso haya de incluir, de modo necesario, a su consorte. No se puede invocar la causal de infidelidad conyugal por mantener una amistad en el círculo laboral en el que uno de los esposos se mueve. Tampoco por mantener una amistad íntima con alguna persona, sea varón o mujer, que no tenga como finalidad u objetivo la satisfacción erótica. Como ya expresé en otro lugar, al tratar las causales de separación matrimonial (24), cada cónyuge es libre en la medida que el vínculo matrimonial lo permite. En este sentido, hay que resaltar que hay deberes que sólo los esposos han de cumplir, como el de respeto mutuo. Pero, fuera ya del marco propiamente conyugal, cada esposo goza de un ámbito de autonomía y, en consecuencia, de libertad, que es preciso para el desenvolvimiento del libre desarrollo de la personalidad, ex artículo 10 de nuestra Constitución. En este marco, ya previamente delimitado, es evidente que cada esposo decidirá personalmente sobre sus amistades y afectos, íntimos o no, sus relaciones sociales, laborales o profesionales, sin la interferencia, continua, persistente y molesta, llegado el caso, del otro esposo y sin que, por esta circunstancia, se pueda estimar que se ha incurrido en causal de separación.

(24) ROMERO COLOMA, AURELIA MARÍA, «La falta de amor conyugal, ¿es causa de separación?», en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, diciembre de 2000.

En todo caso, siempre el ámbito de afectividad que cada esposo elija para sí mismo, en el marco de su derecho a la libertad, habrá de estar presidido por el respeto hacia el otro cónyuge. De este modo lo entendió y precisó, igualmente, la sentencia de 27 de febrero de 1996, dictada por la Audiencia Provincial malagueña, resolviendo la apelación que el esposo había interpuesto, pidiendo la revocación de la sentencia de primera instancia y la estimación de la demanda de separación fundada en la infidelidad conyugal en que, a su juicio, había incurrido la esposa y que había quedado suficientemente probada, *«el marido, en su recurso, hace valer como causa de la pretendida separación la infidelidad conyugal de su esposa, que entiende ha quedado probada; sobre este punto es de tener en consideración que si bien no se ha demostrado la presencia de infidelidad conyugal por la esposa actora, en su sentido último, es decir, el de adulterio —y el propio esposo así lo admite en su contestación a la demanda o reconvención implícita—, sin embargo, las probadas y públicas muestras de amistad íntima entre ella y su compañero de actividad —que excede de la necesaria colaboración en el quehacer profesional— constituyen una vejación grave del honor del marido, que naturalmente ha de sentirse humillado por tal actitud de su esposa. Estas muestras externas de afectividad con un tercero no son meras presunciones, sino que se encuentran averdadas por la declaración de dos testigos y por la de la señora esposa del compañero de trabajo de la actora, y constituyen causa de separación prevista en el número primero del artículo 82 del Código Civil, bien se las considere como constitutivas de infidelidad al menos en sentido espiritual, pero demostrada por actos externos, o bien y en todo caso, si se les califica como conducta vejatoria del honor del marido. Procede, por tanto, estimar la reconvención del esposo demandado y con revocación de la sentencia de instancia acordar la separación de los cónyuges, por causa imputable a la esposa»*.

En algunas sentencias, efectivamente, no se aprecia la alegada infidelidad de un cónyuge hacia el otro. Dificultades probatorias, unido a la ausencia de actos que, propiamente, hubieran constituido infidelidad conyugal. Es obvio que las muestras externas de afectividad y cariño entre dos personas, casada una de ellas o ambas, no constituyen causal de separación. En cambio, sí se podrá accionar, como se hizo en esta última sentencia citada, por la vía del artículo 82.1 del Código Civil, *«conducta vejatoria»*, ya que esas demostraciones de afecto pueden provocar una situación de humillación en el otro consorte, definido en la sentencia enunciada últimamente como *«vejatoria del honor del marido»*. La terminología empleada no muy afortunada, pues es bastante anticuada y estrecha de miras, pero, en el supuesto citado, cumplió, al menos, su finalidad y se decretó la separación solicitada.

Del mismo modo, podría accionarse, en supuestos similares al citado, por la vía de la falta de respeto hacia el otro cónyuge, falta de respeto que implica

una falta de amor, por lo que sería susceptible de instarse la separación fundándose en el último inciso del artículo 82.1 del Código Civil: «*Violación grave o reiterada de los deberes conyugales*». Nadie duda, hoy en día, que uno de los deberes de los esposos es respetarse mutuamente, ayudarse y socorrerse y, desde luego, nunca lo es humillar, vejar o agredir psicológicamente al otro.

REFERENCIA JURISPRUDENCIAL A LA CAUSAL DE INFIDELIDAD CONYUGAL

En nuestro país, muchas han sido, últimamente, las sentencias que se han dictado resolviendo en supuestos en los que se planteaba la causal de infidelidad conyugal como fundamento de la separación invocada. La selección de estas sentencias la he realizado en función de su interés a la hora de complementar el estudio aquí abordado.

La sentencia de 30 de julio de 1999 recayó en recurso de casación por la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Madrid.

En este recurso de casación se formuló un único motivo, denunciando, como infringidos, concretamente los artículos 67 y 68 del Código Civil, en relación con el 1.101, y se argumentó, en síntesis, que, si el legislador hubiese querido sancionar jurídicamente la infracción del deber de fidelidad conyugal, no sólo con la separación y el divorcio, sino también con un específico resarcimiento del daño moral irrogado por la infidelidad, hubiese, de alguna forma, recogido tal posibilidad entre los efectos propios de la separación o el divorcio, añadiendo que no sólo no lo ha hecho así, sino que ha procurado, en lo posible, descausalizar tanto la separación como el divorcio. A juicio de la Sala 1.^a del Supremo, la infidelidad no se regula tan sólo como causa de separación en el artículo 82.1 del Código Civil, sino que también se regula en el artículo 68 del citado corpus legal, al establecer que los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. El legislador, como indica la Sala, ha elevado a la categoría de Derecho Positivo el criterio, moral y social, de la fidelidad, al que se refiere la sentencia, en el sentido de que la conducta de la demandada apelante merece el reproche ético y social, siendo, además, infracción del deber establecido en nuestro Código Civil en su artículo 68. El deber de fidelidad, según declaró esta Sala, es una obligación contractual, que tiene su origen en el contrato de matrimonio y que la esposa venía obligada a cumplir. Si no lo cumple, se incurre en causa de separación.

La sentencia, en su Fundamento de Derecho Tercero, declaró algo muy interesante y que no quiero pasar por alto. Lo transcribo literalmente por la

importancia que tiene como doctrina: *«Indudablemente, el quebrantamiento de los deberes conyugales especificados en los artículos 67 y 68 del Código Civil son merecedores de un innegable reproche ético-social, reproche que, tal vez, se acentúe más en aquellos supuestos que afecten al deber de mutua fidelidad, en los que, asimismo, es indudable que la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación sustantiva es la de estimar su ruptura como una de las causas de separación matrimonial en su artículo 82, pero sin asignarle, en contra del infractor, efectos económicos, los que, de ningún modo, es posible comprenderles dentro del caso de pensión compensatoria que se regula en el artículo 97, e, igualmente, no cabe comprender su exigibilidad dentro del precepto genérico del artículo 1.101, por más que se estimen como contractuales tales deberes en razón a la propia naturaleza del matrimonio, pues lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial obligaría a indemnizar».*

La doctrina mantenida en esta sentencia del Tribunal Supremo concluyó, efectivamente, que el daño moral que se había generado a uno de los cónyuges, al esposo, concretamente, por la infidelidad del otro consorte, no era susceptible de reparación económica alguna.

Como tuve oportunidad de reseñar en otro lugar (25), esta sentencia puede parecer muy dura, a primera vista, para los intereses del esposo y, sin duda, lo fue. La infracción del deber de fidelidad —además del engaño— fue un hecho por parte de la esposa. Pero esa infracción sólo encontró su contrapartida en la petición o demanda de separación conyugal. El Código Civil no contempla la posibilidad de otorgar al cónyuge traicionado o engañado una indemnización. Si esta posibilidad no tiene encuadre en nuestro Ordenamiento Jurídico-Civil en la actualidad, no sé en qué razones pudiera sostenerse la pretensión que fue solicitada por el esposo.

Con relación a la prueba de la infidelidad conyugal, es interesante reseñar la sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao, de 19 de febrero de 1994. En la sentencia de instancia se había estimado acreditada la infidelidad de la ex-esposa recurrente a causa de su relación con tercera persona. En apoyo de esta afirmación se presentó el resultado de una investigación privada. Dicho informe no fue ratificado y, además, la testifical del detective arrojó como resultado que se le había efectuado un solo seguimiento a la recurrente, sin más seguimientos posteriores. En ese seguimiento se había constatado el encuentro de la recurrente con tercera persona desde las 21,50 horas del día 24 hasta las 2 horas del día 25, en el piso de la recurrente, en Castro Urdiales. La Sala estimó que era excesivo, con ese solo dato, concluir en que se había

(25) ROMERO COLOMA, AURELIA MARÍA, «¿ES indemnizable la violación de los artículos 67 y 68 del Código Civil?», en la *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, noviembre de 2000.

producido una situación de infidelidad conyugal, a los efectos del artículo 82.1 del Código Civil, porque la infidelidad conyugal sancionada en el artículo 68 se conecta con el deber de respeto mutuo que se traduce en su vertiente de incumplimiento, en la relación, casual o no, con terceros, pero en una valoración que abarque la realidad social que en este aspecto puede ofrecer criterios distintos. En este sentido, la sentencia matizó que *«ciertamente que deben incluirse las relaciones de adulterio o amancebamiento, hoy equiparadas y con incidencia sólo en la esfera civil, caracterizadas por una estabilidad, pero en el caso de la relación esporádica y aislada estima la Sala que no tiene la virtualidad de integrar un supuesto de infidelidad a los efectos de la causa del artículo 82.1; será preciso indagar, además, si dicha relación extramatrimonial es causa del cese de la convivencia o consecuencia de un efectivo cese anterior.*

En el caso de autos, la esposa, a su vez, interpuso otra demanda que se podría calificar de respuesta, posterior a la de su esposo, alegando reiterada y grave violación de los deberes que le correspondían. Tal valoración no consta acreditada y, en cuanto al quebrantamiento de la fidelidad, la única prueba objetiva está constituida por la declaración de la detective en los términos ya estudiados. Con estos datos y vista la grave nota de disvalor que conlleva la infidelidad, no puede estimarse por acreditada la misma con la única reunión habida entre la esposa y el tercero, aun teniendo en cuenta las horas en que se efectuó y, menos aún, puede precisarse si para entonces la convivencia entre los esposos había ya cesado al tiempo —aunque compartiesen el mismo techo— o el cese fue a raíz de la cita...»

Esta interesante sentencia hace referencia a una cuestión que, sin duda, parece importante a efectos prácticos: No basta con un acto aislado de, en este caso, la esposa, que se reúne con tercera persona en su domicilio, para tener por acreditada —probada— la infidelidad conyugal. A un tiempo, la sentencia alude a la duda de si la convivencia matrimonial ya había cesado cuando la esposa se reunió con esa tercera persona. Es éste un extremo importante y que, como ya he apuntado en páginas atrás, de difícil valoración por parte del Juzgador. Hay, en cambio, otros supuestos en los que resulta claro discernir si la infidelidad fue posterior a la cesación efectiva de la convivencia conyugal, en cuyo caso dispone el párrafo 2 del artículo 82, causa 1.^a, que *«no podrá invocarse como causa la infidelidad conyugal si existe previa separación de hecho libremente consentida por ambos o impuesta por el que la alegue».*

Sobre este aspecto, la sentencia de 18 de abril de 1994, dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, declaró que *«lo único que aparece indiscutido y admitido por ambas partes es que desde agosto de 1991, cuando la actora-apelante sorprendió a su marido saliendo del Hotel S. de esta capital en compañía de su secretaria, los esposos viven en dormi-*

torios distintos de la propia vivienda familiar (así lo reconoce el apelado en la contestación a la demanda)».

En algunas ocasiones se plantean problemas graves cuando uno de los cónyuges, al objeto de probar la infidelidad del otro, se vale de determinados medios que pueden resultar atentatorios al derecho a la intimidad, reconocido y regulado en nuestra Constitución en su artículo 18. Así, la sentencia de 15 de febrero de 1993, que dictó la Audiencia Provincial de Toledo, en la que se resolvió que la prueba de la pretendida infidelidad de la esposa radicaba en unas grabaciones efectuadas a través de un sistema, no bien determinado, de escucha telefónica realizado por el esposo en el domicilio conyugal, que interceptó diversas comunicaciones supuestamente mantenidas por este medio entre la esposa y un tercero. La parte demandada impugnó, en su contestación, la validez de dicha prueba, por estimar que se había obtenido vulnerando derechos fundamentales de la interesada, en particular el derecho al secreto de las comunicaciones, de conformidad con el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. La sentencia, efectivamente, declaró que la interceptación y el registro por el actor de dichas conversaciones telefónicas a las que era ajeno, supuso una clara e ilegítima violación, no sólo del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones que, salvo resolución judicial, garantiza el artículo 18.3 de la Constitución Española, sino también el derecho a la intimidad protegido en el artículo 18.1 de la misma, el cual tiene, además de una dimensión familiar, que pudiera no verse afectada en este caso, por estar referida a intereses de titularidad compartida entre los esposos, otra estrictamente personal, que implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de todos los demás, incluidos los familiares o parientes más próximos que convivan con el interesado, como manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 de la Constitución), cuya efectividad hace necesaria la presencia de un derecho a la reserva o al secreto, basado en el interés de la persona de que no se investigue o divulgue su vida privada.

Esta sentencia se refiere al artículo 7.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, considerando como un supuesto de intromisión ilegítima en la intimidad ajena la utilización de aparatos de escucha para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones *«no destinadas a quien haga uso de tales medios»*, así como su grabación, registro o reproducción. Dicha sentencia, muy importante a los efectos que estoy tratando, declaró que las cintas magnetofónicas aportadas por el esposo constituían una prueba ilícitamente obtenida, con directa vulneración de los mencionados derechos fundamentales.

La sentencia de 29 de septiembre de 1997, dictada por el Tribunal Constitucional, efectivamente, declaró *«algo tan privado como es la propia rela-*

ción conyugal y se proyectaba sobre algo tan peculiarmente íntimo como eran las relaciones sexuales que mantenía la esposa del recurrente, que, sin duda, integran el ámbito de intimidad personal y familiar consagrado en el artículo 18 de la Constitución Española. Este artículo protege ese núcleo de relaciones, no sólo frente a la intromisión que consiste en el conocimiento no consentido de lo que en él existe o acaece o en la divulgación no consentida de los datos así obtenidos, sino también frente a la injerencia que supone la acción ajena (STC 231/1988) y, con ello, a la sin duda contundente injerencia que significa la sanción a los comportamientos desarrollados en el área de intimidad (...)

El hecho de que estas conductas íntimas tengan trascendencia externa, no las sitúa, sin más, fuera del contenido del derecho a la intimidad personal y familiar, aunque sí puede justificar el establecimiento de ciertos límites específicos en cuanto a su protección constitucional (...)».

Llegados a este punto, me parece interesante analizar la cuestión de la «culpabilidad» de uno de los cónyuges en sede de infidelidad matrimonial.

VALORACION DE LA CULPABILIDAD EN LA CAUSAL DE INFIDELIDAD CONYUGAL

El sistema tradicional de causas subjetivas que implican culpabilidad de uno de los cónyuges, frente al otro, «inocente», ha informado la mayoría de los Códigos Civiles del siglo XIX. Ya en el siglo XX, a partir de la Segunda Guerra Mundial, fueron frecuentes las modificaciones legislativas inspiradas en un sistema objetivo que prescinde de la culpa y se funda en la ruptura de la convivencia conyugal, sin indagar las motivaciones que la hayan producido.

El sistema objetivo no trata de indagar la culpabilidad de uno de los esposos, sino de constatar, simplemente, la ruptura de su vida en común, el fracaso de su matrimonio, preocupándose sólo de constatar que la ruptura es definitiva, no motivada por cualquier dificultad pasajera, como ha puesto de manifiesto ESPÍN CÁNOVAS (26). El sistema objetivo, por tanto, sitúa la cesación de la vida común como expresión inequívoca de esa ruptura.

Por ello, el factor decisivo en este sistema objetivo se sitúa en el tiempo, como medida de la ruptura, ya que, conforme es más prolongada la falta de convivencia, la Ley prevé que será más difícil la reconciliación. Igualmente, a mayor tiempo de no convivencia, la Ley exige menos requisitos para obtener unilateralmente la separación.

(26) ESPÍN CÁNOVAS, MANUEL, *La separación y el divorcio en la Ley de 7 de julio de 1981, en las reformas del Código Civil por Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Ministerio de Justicia, Madrid, 1983.

La Ley Española de 7 de julio de 1981, que introdujo en nuestro país, tras muchos debates, el divorcio, y que reformó el sistema de separación matrimonial, incluyó, en el artículo 82 del Código Civil, causas inculpatorias y causas objetivas. Entre las inculpatorias, cabe citar, como fácilmente puede advertirse, la que ha sido objeto de estudio, la infidelidad conyugal, permitiendo y posibilitando que el otro esposo, es decir, el que no ha incurrido en infidelidad, pueda accionar judicialmente solicitando la separación. La infidelidad conyugal, en este sentido, se configura y se considera por el legislador español como una violación de los deberes conyugales, ex artículos 67 y 68 del citado Código Civil. Junto al elenco de causas inculpatorias, también da cabida el corpus legal a las causas objetivas.

Se trata, en consecuencia, de un sistema complejo, subjetivo y objetivo, en el que se conserva la posibilidad tradicional de la inculpación —difícil de suprimir en nuestro país—, con el resultado de un cónyuge legitimado activamente y otro pasivamente.

Una interesante sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, dictada el 4 de mayo de 1994, al hilo de estos razonamientos, declaró que *«...esta Sala tiene que reiterar la consolidada doctrina que entiende que la trascendental reforma operada en nuestra legislación a partir de la Ley de 7 de julio de 1981, ha supuesto un radical cambio en la configuración de esta materia. Así, frente a la anterior legislación que aparecía impregnada fuertemente de criterios ético-religiosos, y exigía un culpable de la crisis familiar, configurando la separación sanción, en la actual no se distingue, en principio, entre cónyuge culpable e inocente, produciendo la separación los mismos efectos para ambos, prescindiendo de su conducta en la ruptura matrimonial, lo que doctrinalmente se denomina separación remedio»*.

De todas formas, y a pesar de los términos contundentes de esta última sentencia, hay que decir que, en nuestro país, permanece vigente la idea de la «culpabilidad» de un cónyuge frente al otro «inocente». Que esto es así se observa claramente en causales como la que ha sido objeto de atención en mi estudio, la infidelidad conyugal, asociada a una violación de determinados deberes que aparecen regulados en los artículos 67 y 68 de nuestro Código Civil y que, por mucho que se haya insistido en su carácter puramente ético o moral, son deberes jurídicos y, como tales, su infracción o transgresión genera una consecuencia jurídica: La de poder accionar judicialmente el cónyuge no incurso en tal causa para obtener la separación matrimonial.