



Revista VIA IURIS

ISSN: 1909-5759

[iuris@libertadores.edu.co](mailto:iuris@libertadores.edu.co)

Fundación Universitaria Los Libertadores  
Colombia

Pozanco Nieto, Miriam; Rovira del Río, Eduardo Jesús  
Consecuencias legales de la infidelidad en el derecho español: una aproximación jurisprudencia  
Revista VIA IURIS, núm. 16, enero-junio, 2014, pp. 187-201  
Fundación Universitaria Los Libertadores  
Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=273933373011>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en [redalyc.org](http://redalyc.org)

[redalyc.org](http://redalyc.org)

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

## Legal consequences of infidelity in spanish law: a jurisprudential approach

# Consecuencias legales de la infidelidad en el derecho español: una aproximación jurisprudencial\*

Fecha de recepción: 11 de octubre de 2013  
Fecha de revisión: 24 de octubre de 2013  
Fecha de aceptación: 09 de noviembre de 2013

*Miriam Pozanco Nieto \*\**  
*Eduardo Jesús Rovira del Río \*\*\**

### Citar este artículo

Pozanco, N. M. & Rovira del Río, E. J. (2014). Consecuencias legales de la infidelidad en el derecho español: una aproximación jurisprudencial. *Revista Vía Iuris*, 2014 (Nº16), pp. 187-201.

### ABSTRACT

Infidelity and its consequences in the Spanish legislation becomes the object of study in order to elucidate, not only the implications thereof in the current law, but also the historical evolution of the same through the transformation, especially, of the social system.

Of particular interest in this study are the consequences of infidelity in the damages derived, infidelity as grounds for divorce, disinheritance, the existence of a previous marriage, the influence of infidelity in marriage annulment, in the custody of children, and its impact in the marriage contract.

### RESUMEN

La infidelidad y sus consecuencias en el Ordenamiento español se convierten en el objeto de estudio con la finalidad de dilucidar no sólo las repercusiones que tiene la misma en el Derecho actual, sino también la evolución histórica de la misma a través de la transformación, especialmente, del régimen social.

Resulta de especial interés en este estudio las consecuencias de la infidelidad en los daños derivados de la misma, la infidelidad como causa de divorcio, la desheredación, la existencia de un vínculo matrimonial previo, la influencia de la infidelidad en la nulidad del matrimonio, así como en la guarda y custodia de los hijos y la repercusión de la misma en las capitulaciones matrimoniales.

\* Artículo de investigación adscrito al proyecto: Consecuencias legales de la infidelidad en el derecho español: Una aproximación jurisprudencial. Vinculado a la Universidad de Cádiz. Periodo (2013). Andalucía (España).

\*\* Estudiante de grado en Derecho de la Universidad de Cádiz. Andalucía (España). Correo electrónico de contacto: [miriam.pozanco Nieto@alum.uca.es](mailto:miriam.pozanco Nieto@alum.uca.es)

\*\*\* Estudiante de grado en Derecho de la Universidad de Cádiz. Andalucía (España). Correo electrónico de contacto: [eduardojesus.roviradelrio@alum.uca.es](mailto:eduardojesus.roviradelrio@alum.uca.es)

### Palabras clave

Infidelidad, deberes conyugales, daños morales, divorcio, matrimonio, desheredación.

### Keywords

Infidelity, marital duties, moral damages, divorce, marriage, disinheritance.

## Consequências jurídicas da infidelidade na legislação espanhola: uma abordagem jurisprudencial

## Consecuencias legales de la infidelidad en el derecho español: una aproximación jurisprudencial

*Miriam Pozanco Nieto*  
*Eduardo Jesús Rovira del Río*

### RESUMO

A infidelidade e suas consequências na legislação espanhola tornam-se objeto de estudo a fim de elucidar não só as suas implicações na lei atual, mas também a evolução histórica da mesma através da transformação, particularmente, do sistema social.

De particular interesse neste estudo as consequências dos danos derivados de infidelidade dos mesmos, a infidelidade como razão para o divórcio, deserdação, a existência de um casamento anterior, a influência da infidelidade em anulação do casamento e sob custódia dos filhos e do impacto do mesmo no contrato do casamento.

### Palavras-chave

Infidelidade, deveres conjugais, danos morais, divórcio, casamento, deserdação.

### RESUMEN

La infidelidad y sus consecuencias en el Ordenamiento español se convierten en el objeto de estudio con la finalidad de dilucidar no sólo las repercusiones que tiene la misma en el Derecho actual, sino también la evolución histórica de la misma a través de la transformación, especialmente, del régimen social.

Resulta de especial interés en este estudio las consecuencias de la infidelidad en los daños derivados de la misma, la infidelidad como causa de divorcio, la desheredación, la existencia de un vínculo matrimonial previo, la influencia de la infidelidad en la nulidad del matrimonio, así como en la guarda y custodia de los hijos y la repercusión de la misma en las capitulaciones matrimoniales.

### Palabras clave

Infidelidad, deberes conyugales, daños morales, divorcio, matrimonio, desheredación.

## INTRODUCCIÓN

La infidelidad ha sido durante mucho tiempo en el ordenamiento jurídico español una categoría con amplias repercusiones en distintos ámbitos que iban desde el derecho sucesorio a las relaciones de filiación, pasando por los supuestos de crisis matrimonial. En estas líneas introductorias no es, quizás, el momento de profundizar en todas esas repercusiones, pero sí avanzar la importancia de esta figura a la que, de un tiempo a esta parte, con la desaparición del divorcio causal se la ha postergado indebidamente. En efecto, en el año 2005 tuvo lugar una de las reformas más trascendentes del Derecho de Familia, de modo que, entre otros extremos, se hicieron desaparecer las causas de separación y divorcio, entre las que se encontraba la infidelidad<sup>1</sup>. A partir de aquí un amplio sector de la doctrina civilista, de forma errónea, extrajo la conclusión de que la infidelidad carecía ya de consecuencias jurídicas en el Derecho español actualmente vigente. El presente trabajo se encuentra encaminado a subrayar la importancia de este instituto tanto en su contexto histórico como en la realidad presente.

El concepto de infidelidad es considerado por la doctrina como mucho más amplia o general que el de adulterio. La infidelidad tiene un aspecto negativo que impone abstenerse a los cónyuges de tener relaciones con terceros. Así, la infidelidad es definida por la RAE como “falta de fidelidad”; siendo la fidelidad definida como “Lealtad, observancia de la fe que alguien debe a otra persona”

En el ámbito legal, dispone el artículo 68 del Código Civil, que “los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo.” Así, encontramos una serie de deberes que los cónyuges, recíprocamente, han de cumplir durante el matrimonio (Lacruz, 1983). No se puede colegir como pueda parecer a primera vista, que el artículo 68 del Código Civil recoja una serie de principios de contenido moral y ético que carezca de utilidad práctica (Spota, 1968; Vega Sala, 1981); de hecho es al contrario, hay toda una serie de consecuencias por

el incumplimiento de estos deberes (Lledó, Monje, Herrán, Gutiérrez & Urrutia, 2012).

## METODOLOGÍA

En cuanto a la metodología, dada la naturaleza de la materia abordada, hemos procurado aproximarnos a la realidad, a la práctica, mediante el análisis de las más trascendentales decisiones jurisprudenciales pronunciadas por nuestros Tribunales. Por razones evidentes, este análisis jurisprudencial no puede ser exhaustivo, ya que de lo contrario, la simple referencia a todas las disposiciones legales vertidas sobre la materia, desbordaría con mucho los límites racionales de extensión de un trabajo de esta naturaleza. El referido análisis jurisprudencial se ha complementado con un estudio doctrinal.

## DISCUSIÓN Y RESULTADOS

### Evolución histórica: de Roma a la codificación

Partimos de la idea de que en Roma el modelo de familia era un modelo patriarcal. De esta manera, recordamos que el pater familias tenía poder sobre la vida y la muerte de su familia. No había una situación de igualdad, por lo tanto, entre hombres y mujeres. Esto se traducía en que, en el tema que nos importa, la mujer romana estaba obligada a ser virgen hasta el matrimonio, y después no podía mantener relaciones sexuales con terceras personas. El hombre en este caso, tiene la única obligación de no ofender la honestidad de las mujeres, estuvieran casadas o no.

A partir de este planteamiento básico, extraemos el punto al que queríamos llegar: el delito de adulterio sólo castiga a la mujer casada, siendo los hombres culpables únicamente en el supuesto de ser el coadúltero (el amante de la mujer casada).

Respecto a la regulación jurídica, se promulga la *lula de adulteriis coercendis*, en la que se busca una mayor represión del delito, pudiéndose producir tres clases de acusaciones: *iure mariti*, *parentum et extraneum*. Así, cualquiera podía acusar a los adúlteros cuando ni el marido o el padre lo hubieran realizado. También esta ley pone un límite, y es que si antes el pater familias disponía de un poder absoluto sobre la vida o la muerte, esto ya no es así. Sólo puede matar a su hija si la encuentra cometiendo la infidelidad *in fraganti* en su casa o en la de su marido y está bajo su cuidado, teniendo que matar también al amante.

1 Concretamente, en el artículo 82 en la modificación con fecha de 20 de julio de 1981: “Son causas de separación: 1.ª El abandono injustificado del hogar, la infidelidad conyugal, la conducta injuriosa o vejatoria y cualquier otra violación grave o reiterada de los deberes conyugales”.

El marido no podrá matar a su mujer ni a su amante, exclusivamente en el caso de que éste sea una *persona infamis, o inhonesta*.

La pena de adúltera era el destierro y confinación en una isla, prohibiéndole llevar ropas de cortesana y volver a casarse. Tampoco podría testificar en juicios, y perdería la mitad de la dote y un tercio de su patrimonio.

Esta ley sufrió modificaciones, limitando el poder de acusación a los parientes más próximos.

Durante la época de Justiniano, se elimina la pena de muerte para la mujer, siendo ésta azotada y encerrada en un monasterio. Si el marido no la perdonaba, quedaba encerrada en el mismo durante toda su vida.

Referente a la regulación en los pueblos germanos, mantienen la pena de muerte para la mujer, pudiendo el marido matarla a ella y al amante si los encuentra in fraganti. Aun así, la familia podía elegir penas más leves, tales como la esclavitud, expulsarla de la casa o mutilarle la nariz o las orejas. De todas maneras, en la sociedad germánica la mujer tenía un mejor papel que en la romana, una mejor consideración y es por esto que la infidelidad del marido estaba mal vista, considerándosele reo de adulterio si introducía a la amante en la familia, siendo la pena pecuniaria. Posteriormente, se decide que si el infiel estaba casado, la suerte de la amante iba a depender de la esposa de ésta.

Respecto a la regulación en la etapa Medieval (Osaba García, 1997), lo que de más interés resulta para el tema en cuestión se desarrolla en el Fuero Juzgo, realizado por Alfonso X, en el que se deja a la adúltera y al co-reo (su amante) en manos del marido para su venganza, pudiendo éste matarlos a ambos. En ningún caso puede el marido perdonar a su esposa. En el supuesto de que el marido conozca la infidelidad y no la persiga, podrán hacerlo los hijos, o los parientes más próximos al esposo.

En las Partidas se siguen las líneas marcadas por el Derecho justinianeo anteriormente explicado.

### De la codificación a nuestros días

El Código Civil, en su redacción original, establecía en el artículo 56 el mismo deber que existe hoy en día entre los cónyuges de guardarse fidelidad. No obstante, el régimen original del Código Civil sí que

resultaba mucho más desfavorecedor para las mujeres en lo tocante a la infidelidad, puesto que, como establecía en su artículo 105: “El adulterio de la mujer en todo caso, y el del marido cuando resulte escándalo público o menosprecio de la mujer”. Esto quiere decir que, si la mujer cometía infidelidad su esposo podía solicitar inmediatamente el divorcio; mientras que si era el varón el que la realizaba, ella sólo podría solicitarlo en los casos en que supusiese un escándalo público o un menosprecio para ella. Sin duda, la redacción de este precepto hay que entenderla dentro de su marco histórico.

Un ejemplo de la intención del legislador de la época de velar por la fidelidad de la mujer era la prohibición del artículo 45, que establecía una prohibición para contraer matrimonio a la viuda durante los 301 días siguientes a la muerte de su marido, o antes de su alumbramiento si hubiese quedado encinta, y a la mujer cuyo matrimonio hubiera sido declarado nulo, en los mismos casos y términos, a contar desde su separación legal.

No obstante, no era sólo a la mujer a quien afectaba el adulterio, puesto que en el artículo 84 el legislador de 1889 prohibía contraer matrimonio entre sí a los adúlteros declarados como tales por sentencia firme, con independencia de su sexo. En la misma línea, en el artículo 756, se consideraba como indigno para suceder a aquél que hubiese sido condenado en juicio por adulterio con la mujer del testador. Además, otra consecuencia derivada de la infidelidad para ambos cónyuges era la de la pérdida de la potestad sobre sus hijos tras el divorcio, según lo que se establecía en el artículo 73.

Tenemos que esperar hasta la reforma de 1978 para observar signos claros de progreso en la regulación de la infidelidad, pues con la entrada en vigor de la Constitución, se modificó sustancialmente el Código Civil. Así, se estableció que el adulterio de cualquiera de los dos cónyuges sería una causa válida para la separación de cualquiera de los mismos<sup>2</sup>. También se suprimió la condena de adulterio como causa de indignidad para suceder del artículo 756<sup>3</sup>.

2 El artículo 105.1 del Código Civil (actualmente derogado): “Las causas legítimas de separación son: 1. El adulterio de cualquiera de los cónyuges”.

3 Se añadieron a las causas de desheredación las mismas causas que para obtener el divorcio, por lo que la infidelidad quedó reflejada como causa para desheredar.

En la redacción de 1981, el deber de guardarse fidelidad de los cónyuges se mantiene, pero en el artículo 82 se especifica que, para ser considerado como causa de separación, la misma ha de producirse antes de la separación de hecho de los cónyuges. Además, en el artículo 855 se contempló como causa de desheredación.

Es en 1990 cuando se suprime la prohibición para contraer matrimonio que venía establecida originalmente en el artículo 45, quedando como impedimento para el matrimonio sólo aquellos que estuviesen ligados con vínculo matrimonial previo. En esta modificación del Código Civil se omite cualquier referencia expresa al adulterio. No obstante, en este momento todavía se mantienen las causas de separación, entre las que se encontraba la infidelidad.

Tras la última modificación del Código Civil en materia de Derecho Civil de familia<sup>4</sup>, la infidelidad quedó suprimida del Código salvo para lo referente a la desheredación del cónyuge, que se mantiene tal y como estaba en su redacción tras la modificación de 1981.

Por su parte, en el ámbito penal (Machado Carrillo, 1977), el Código de 1822 en su artículo 683, permitía que fuese el marido quien fijara la pena de prisión para su esposa cuando ésta incurriera en el adulterio, hasta un máximo de diez años, pena que compartiría su amante.

Por amancebamiento se entendía la tenencia de manceba en la casa conyugal. En cualquier caso, la pena del amancebamiento era de dos a ocho meses de arresto, notablemente inferior a la de la mujer.

El Código 1848 modificaba el planteamiento de estos delitos, limitando la facultad de penar del marido e incriminando el amancebamiento del mismo en una forma más directa, extendiendo el concepto a la tenencia de manceba fuera de la casa conyugal si mediara escándalo. Además, al amancebamiento se le aplicaban las mismas disposiciones generales que al adulterio.

La pena, no obstante, se mantenía distinta para la mujer (de cuatro a seis años) que para el hombre (siete meses a tres años).

Tras la modificación de 1870, las penas de estos dos delitos se acercaron, pero seguían sin igualarse, ele-

vándose la pena máxima para el amancebamiento a 4 años y dos meses y disminuyendo la mínima para el adulterio a 2 años.

Es en el Código de 1928 cuando se iguala la pena para ambos delitos, fijándose el mínimo en un año y el máximo en tres; y se quedaba en una multa si los cónyuges estaban legalmente separados.

Con la llegada de la República, estos delitos desaparecieron como tales, pues se les dotó de la consideración de ilícito civil en la Ley de divorcios. Sería en el Código Penal de 1944 cuando se volviesen a incriminar el adulterio y el amancebamiento, pues para evitar la despenalización de tales conductas tras la derogación de la Ley de divorcios, se estableció la regulación del Código de 1870 con respecto a este tema.

En 1978 se despenalizaron el amancebamiento y el adulterio, hecho que supuso el inicio de unas raudas modificaciones en nuestro ordenamiento de cara a considerar la responsabilidad por infidelidad como lo que es hoy en día, poco más que un reproche ético-social de la misma.

## Consecuencias legales de la infidelidad

### *La infidelidad como causa de divorcio antes de 2005*

El divorcio existente desde los años ochenta hasta 2005 en España es un tipo de divorcio causal. Esto quiere decir que es necesario cumplir con alguna de las causas descritas expresamente en la ley para la posterior obtención del divorcio (como demuestran las sentencias SAP La Rioja 1071/1992; SAP Navarra 566/1993; SAP Barcelona 522/1994; SAP Girona Sección 1ª 504/2002; SAP Navarra Sección 2ª 45/2004). En el tema que nos interesa, las causas por las que se justificaba la obtención del divorcio venían recogidas en el artículo 82.1<sup>5</sup> del Código Civil, ya derogado.

Así, encontramos la infidelidad conyugal expresamente citada como causa de separación, siendo ésta además uno de los deberes conyugales, regulados en

4 Con la reforma de 2005 se modifica el régimen, permitiendo el matrimonio entre personas del mismo sexo y la eliminación de las causas legales para la separación y el divorcio.

5 Código Civil Real Decreto de 24 de julio de 1889. Artículo 82.1. 1981-07-20 (España): "El abandono injustificado del hogar, la infidelidad conyugal, la conducta injuriosa o vejatoria y cualquier otra violación grave o reiterada de los deberes conyugales. 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".

el artículo 68<sup>6</sup>. Se añade algo que resulta obvio: en el supuesto de que se haya dado separación previa no podrá invocarse la infidelidad conyugal si ésta se ha producido después de la separación.

Una de las interpretaciones que se extrae del estudio de la aplicación de este artículo es la que se realiza a la hora de discernir sobre la culpabilidad del cónyuge cuando éste ya hubiere fallecido, especialmente para atribuir la legítima. La doctrina de los tribunales españoles ha tendido a conceder la legítima, siempre que no hubiese una separación judicial cuando fuese el difunto el culpable de la causa de separación del matrimonio (SAP Islas Baleares (Sección 4ª) 586/2002). Esto se sustentaba en el artículo 834 del Código Civil, que era el que regulaba la legítima del cónyuge viudo atribuyendo la misma al cónyuge no culpable. En la actualidad, el artículo 834<sup>7</sup> se ha modificado y elimina cualquier referencia al cónyuge culpable, consecuencia de la eliminación de la causa de infidelidad como requisito necesario para el divorcio.

Debido a que las causas por las que se podía pretender la obtención del divorcio aparecían tasadas, la doctrina jurisprudencial solía interpretar de forma amplia de dichos motivos, de cara a otorgar la disolución del matrimonio al mayor de solicitantes y que realmente tuviese una justa causa para ello. Así, la práctica de los tribunales era la de interpretar la fidelidad no sólo desde el plano meramente carnal, sino entenderla también como la exclusión de mantener cualquier otra relación que originase una apariencia comprometedoras y lesiva para la dignidad del cónyuge (SAP Huesca 194/1992).

Hemos de recordar que el divorcio causal no se encuentra vigente en nuestro ordenamiento jurídico, pues en el año 2005 se incorporó a nuestro ordenamiento la Ley del Divorcio, dejando de existir el divorcio tal y como se conocía.

## Indemnizaciones por daños morales consecuencia de la infidelidad

No son pocos los que han tratado de obtener una indemnización pecuniaria derivada de la infidelidad conyugal (Pantaleón Prieto, 2001). Estas pretensiones suelen sustanciarse en el artículo 1101 del Código Civil, pues establece la responsabilidad de aquellos que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo o negligencia contraviniéndolas, o en el 1902, ya que impone la obligación de reparar los daños causados a otro cuando intervenga culpa o negligencia.

Si bien es comprensible que la pretensión de una indemnización por los daños morales derivados de la infidelidad haya sido habitual en nuestros Tribunales a tenor de los artículos 1101 y 1902, en la práctica no se ha considerado válida esta argumentación para conceder una indemnización al demandante, ya que como se pone de manifiesto en numerosas sentencias, la infidelidad en nuestro ordenamiento se contempla más como una causa de disolución del matrimonio, entendiéndose como castigo suficiente por la misma la desaparición del vínculo matrimonial. En este sentido, es de gran relevancia destacar un auto de la Sala 1ª del Tribunal Constitucional (140/2001) en el que se deja clara la doctrina por la que se rigen los jueces españoles a la hora de considerar las indemnizaciones por daños morales tras una infidelidad, entendiéndose como castigo suficiente a la infidelidad el mismo divorcio. Así, se deja una clara constancia de que la infidelidad por sí misma no acarrea sanciones económicas sino las que se pudieran derivar de la disolución del matrimonio, puesto que solamente actuaría como causante del divorcio<sup>8</sup>. No obstante, esto no impide que la infidelidad derive en indemnizaciones por daños morales. Siguiendo esta línea, en el mismo auto, el Tribunal Constitucional establece sin lugar a dudas la diferencia entre el daño

6 Código Civil Real Decreto de 24 de julio de 1889. Artículo 68. 2013-05-26 (España): "Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo".

7 Código Civil [CP] Real Decreto de 24 de julio de 1889. Artículo 834. 2013-05-26 (España): "El cónyuge que al morir su consorte no se hallase separado de éste judicialmente o de hecho, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora".

8 En estos términos se pronuncia el Tribunal al respecto: "La Sala considera que, en el supuesto de la "litis", 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 del divorcio o de la separación, previniendo, por ejemplo, ese resarcimiento dentro de la pensión compensatoria. Pero no sólo no lo ha hecho así, sino que ha procurado, en lo posible "descausalizar" o "desculpabilizar" tanto la separación como el divorcio, que siguen siendo, sin embargo, la sanción jurídica pertinente a la INFIDELIDAD conyugal, aparte, en su caso, las acciones que puedan proceder en concepto de defensa del honor y la intimidad".

moral producido por la infidelidad en sí misma, que queda sin más castigo que la disolución del matrimonio, y el daño moral causado de acciones que derivan de la infidelidad, como es la ocultación dolosa de la verdadera paternidad de los hijos. En estos casos, dice el Tribunal, que los daños causados al esposo se registrarán por la misma normativa aplicable a cualquier otro caso en el que las partes no hubiesen contraído matrimonio, siendo aquí sí de aplicación el artículo 1101 o cualquier otro que en otros casos pudiesen afectar al proceso en el que se encontraran<sup>9</sup>. Así, se deja una clara constancia en la jurisprudencia de que la infidelidad por sí misma no acarrea sanciones económicas sino las que se pudieran derivar de la disolución del matrimonio, puesto que solamente actuará como causante del divorcio.

En los casos que conforman el objeto de estudio, pueden encontrarse numerosos ejemplos de la aplicación jurisprudencial de las directrices establecidas por el Tribunal Constitucional en el auto anteriormente mencionado. Es un paradigma de esto la situación que debió resolver la Audiencia Provincial de Valencia cuando llegó a la misma un recurso (SAP Valencia Sección 7ª, 466/2007) mediante el cual se trataba de dejar sin efectos una sentencia en la que se había condenado al pago de una indemnización a una madre que ocultó la verdadera paternidad de su hijo durante un año. Mencionamos esta sentencia, fundamentalmente, para resaltar el hecho de que el cónyuge que de manera dolosa y culpable, ocultara

la verdadera filiación del hijo, siempre tendrá obligación de resarcir el daño, con independencia de que el dolor producido a su cónyuge no derive exclusivamente del descubrimiento de la no paternidad<sup>10</sup>.

Los autores, consideramos también significativo mencionar en este estudio la situación que debió resolver la Audiencia Provincial de León (Sección 2ª, 1\2007) en lo que respecta al pago de los daños patrimoniales que hubiese sufrido el cónyuge al que se despoja de la paternidad, ya que para el resarcimiento de estos daños se siguen dos doctrinas distintas, o bien los tribunales los imponen al verdadero padre del que se creía hijo, cuando haya existido una relación con el mismo en la que el padre biológico actuaba como su verdadero padre, como es el caso de la sentencia citada, o bien se impone al cónyuge culpable de dicho engaño, como sucede en el recurso que resolvió la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 2ª, 125/2008), la que además demostró su desacuerdo, al parecer de los autores, esgrimiendo unos argumentos muy lógicos y consecuentes y que son de manifiesta importancia recoger en este estudio, con la doctrina establecida por el Tribunal Supremo<sup>11</sup>.

9 La sala así lo establece: "El único fundamento de las Sentencias de la Audiencia y del Tribunal Supremo para desestimar la pretensión de daños morales ejercitada en el pleito, es que la falsa paternidad que causa daño al recurrente, lo es como consecuencia de una INFIDELIDAD de la esposa en el matrimonio, cuando lo reclamado fueron unos daños morales consecuencia de la actitud, dolosa y con mala fe de la madre, que ocultó al esposo que los hijos no eran suyos haciéndole creer que sí lo eran. En suma, la Audiencia y el Tribunal Supremo, a pesar de reconocer la existencia de daño moral, con dolo y mala fe, [...] establecen de oficio una circunstancia eximente de responsabilidad civil, que es que los hechos han acontecido dentro del marco del matrimonio. El legislador, en ningún momento, ha excluido al contrato de matrimonio de la regulación general, siendo de aplicación en relación a la responsabilidad por incumplimiento, lo previsto en el art. 1101 del Código Civil. El art. 14 CE se habría vulnerado porque los órganos judiciales han excluido la responsabilidad civil reclamada por la circunstancia de que la ex-esposa del recurrente se hallaba casada con él cuando actuó con dolo y mala fe, siendo infiel y ocultando la verdadera paternidad de los hijos. Todo ello, por considerar que la INFIDELIDAD matrimonial sólo se sanciona como causa de separación o divorcio, sin que el legislador haya previsto ningún otro efecto. De este modo, se discrimina al recurrente por razón de su matrimonio, ya que si no hubiera estado casado con su ex-esposa, de haber mediado el mismo dolo y engaño, haciéndole creer que los hijos eran suyos, no hubiera existido ningún obstáculo jurídico para que la persona que produjo el daño lo reparara tal y como previene la ley".

10 Así lo establece la Audiencia: "En esta litis aunque los trastornos físicos y psíquicos del actor ya escritos, no le produjeran la baja laboral y pudieron obedecer no sólo duelo de pérdida de un hijo de lo que nunca se recuperará por el que reclama sí no a los otros factores también dichos, cambio de su cargo político de concejal a profesor de secundaria, su separación, su proceso de divorcio y de nulidad eclesiástica, la asignación de domicilio conyugal a su esposa y todo ello dentro de sus fuertes creencias religiosas, los sufrió y lógicamente su situación depresiva derivó del dolor inferido, sufrimiento, tristeza, desazón o inquietud que todo ello le produjo lo que constituye un daño moral, además notorio en sí, a resarcir".

11 Argumentos que aquí se recogen: "Anticipemos ya que nuestra posición será contraria a la del alto Tribunal, que por lo demás es discutible que haya sentado jurisprudencia al tratarse de resoluciones con fundamento al menos parcialmente diverso. Creemos que estamos legitimados para ello por cuanto los cambios normativos fuerzan necesariamente una adaptación de la doctrina a la situación normativa actual. Y en este sentido, entendemos que ni resulta precisa la concurrencia de un dolo explícito en la conducta de la demandada y que su mero incumplimiento del deber de fidelidad cualificado por el embarazo de un tercero atribuido falsamente por vía de presunción a su marido, es hecho que por sí mismo genera su responsabilidad civil. [...] En definitiva no se trata de dar cobertura a un supuesto derecho a ser amado en exclusividad que la realidad muestra con tozudez que nunca existiría, sino de dar contenido jurídico al matrimonio y de sancionar las conductas antijurídicas que se den en su seno. Es claro, por lo demás, que tal responsabilidad debe quedar sujeta a las normas que la rigen, es decir, pasa por la prueba cumplida de un ilícito civil de cierta trascendencia, de la imprescindible constatación de la presencia de un daño económico y/o moral que deba ser resarcido, del nexo de causalidad adecuado entre el ilícito y el daño y de la culpa o dolo del cónyuge infractor. Todo ello se acomoda, según nuestro punto de vista, a la realidad sociológica de la institución. Disponemos en la actualidad de diversas estructuras jurídicas que dan cobertura y regulación a diferentes

También con respecto a los hijos extramatrimoniales, es necesario mencionar que, para el cómputo de los plazos a efectos de la prescripción para interponer una demanda que busque el resarcimiento de los daños provocados por el descubrimiento de la no paternidad, los tribunales entienden que deberá contarse desde el momento en que el cónyuge engañado queda sin medios legales para tratar de mantener la paternidad sobre el hijo, y no desde que descubre que no se da la filiación, como se pone de manifiesto al resolver la Audiencia Provincial de León (Sección 1ª, 39/2009) a favor de un padre que había pretendido conservar la paternidad sobre su hija, interponiendo para ello recursos durante varios años. El punto más complejo de la cuestión se encontraba en que el plazo para interponer la acción para reclamar los daños era de un año, por lo que la parte apelante entendía la misma como prescrita, puesto que se había confirmado en sentencia que no era el padre en el año 2002, y la demanda para exigir dicha compensación no se interpuso hasta el 2006. No obstante, y desde el punto de vista de los autores, con muy buen criterio, la Audiencia no estimó esta pretensión, entendiendo que el plazo para comenzar a contar de cara a la prescripción de la acción debía comenzar en 2005, que fue cuando obtuvo sentencia firme que denegaba su paternidad.

Asimismo, también podemos encontrar sentencias en las que se establezca una obligación de reparar el daño cuando de la actividad del cónyuge culpable se deriven daños patrimoniales, como podemos comprobar en el caso (SAP Toledo Sección 2ª, 456/2001) en que una pareja contrajo matrimonio a raíz del embarazo de la mujer, pues ella aseguraba que el hijo que esperaba era de su novio, desmintiéndose esto con posterioridad y acarreado el resarcimiento del desembolso que había hecho el varón orientado a cubrir los gastos de la boda. Esto es lógico, pues el simple hecho de encontrarse en una relación matrimonial no

de modelos de convivencia en pareja y es evidente que nuestra sociedad acepta y ampara todos y cada uno de ellos, siendo así que cada pareja puede adaptar su modelo de convivencia a la institución más acorde a sus necesidades, deseos e inquietudes. En este sentido quien contrae matrimonio adquiere la legítima expectativa a que su cónyuge lleve a efecto los compromisos que adquirió al prestar su consentimiento y debe tener derecho a obtener una indemnización si el incumplimiento cualificado de aquellos le ha causado un daño. Ello debería legitimar las acciones indemnizatorias que entable cualquiera de los cónyuges por la infidelidad del otro si acredita que con ello se le ha causado un daño moral o económico apreciable, fuera del padecimiento psicológico ordinario que sigue a cualquier ruptura de pareja. Y ello aunque tal posición pudiera generar una inflación de pleitos en tal sentido, que consideramos que no es argumento de peso mientras esté vigente el art. 1902 del Código Civil”.

es reconocido por el ordenamiento español como una causa eximente de la responsabilidad civil.

Es reiterada y abundante la jurisprudencia que establece la concepción que se da entre los tribunales españoles del divorcio como castigo suficiente a la infidelidad, con independencia del reproche moral y ético que se pueda dar en relación con la misma. Frente al debate sobre una posible indemnización cuando el matrimonio es disuelto como consecuencia de una infidelidad, los tribunales españoles entienden que la misma no debe tener mayor consecuencia jurídica que la disolución del matrimonio. Es decir, que pese a que el matrimonio tenga una naturaleza contractual, ya que del mismo acto surgen una serie de derechos y obligaciones a cargo de ambas partes de manera voluntaria, esto no quiere decir que se deriven responsabilidades a cargo de la parte que provoca su disolución. Esto es determinante para nuestro régimen matrimonial puesto que si no se entendiese así, cualquier causa que conllevara el incumplimiento de las obligaciones matrimoniales, como puede ser el simple cambio de domicilio de uno de los cónyuges, acarrearía la obligación por parte del cónyuge causante de indemnizar por daños al otro, doctrina incorporada a nuestro Ordenamiento por el Tribunal Supremo y que es recogida en numerosas sentencias, entre ellas ésta<sup>12</sup> de la Audiencia Provincial de León (Sección 2ª, 375/2010).

A raíz de las sentencias que reafirman éste entendimiento de la infidelidad, concretamente la sentencia<sup>13</sup> de 26 de abril de 2012 del Juzgado de Primera Instancia de Gijón Número 8 (50/2012), donde se pone de manifiesto de forma muy concreta, se extrae una idea muy clara por la que se rige la doctrina mayoritaria, y es que si el legislador hubiese pretendido en algún momento sancionar jurídicamente la infidelidad, no solo con el divorcio, sino también con un resarcimiento específico del daño irrogado de la misma, lo habría recogido de alguna forma entre los posibles efectos del divorcio o la separación. Pero no sólo no lo ha hecho, sino que además el sistema de

12 Según establece la Audiencia: “Es indudable que la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación substantiva 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”.

13 A tenor literal del tribunal: “Si el legislador hubiese querido sancionar jurídicamente la infracción del deber de fidelidad conyugal, no solo con la separación o el divorcio, sino también con un específico resarcimiento del daño irrogado por dicha infidelidad, hubiese de alguna forma recogido dicha posibilidad entre los posibles efectos del divorcio o separación”.

divorcio ha ido variando su forma, primero de un divorcio culpable a uno causal, convirtiéndose éste último en el divorcio objetivo actual.

### **Desheredación a causa de la infidelidad**

Actualmente, en nuestro ordenamiento la desheredación se establece en base a unas circunstancias, esto es así puesto que el legislador lo que pretende es evitar la privación de lo que en un principio corresponde a los legítimos herederos salvo en los en los casos determinados por la propia ley. Así, en relación con la materia que estamos estudiando, encontramos en el artículo 855.1<sup>14</sup> del Código Civil el incumplimiento grave o reiterado de los deberes conyugales. Como ya se ha mencionado con anterioridad en este estudio, los deberes conyugales se encuentran recogidos en el artículo 68 del Código Civil, donde se establece la obligación de los cónyuges de guardarse fidelidad.

Así pues, de la conjunción de estos dos preceptos, es necesario extraer la conclusión de que los derechos hereditarios con respecto al cónyuge se pierden en el momento en que se produce una infidelidad (Romero Coloma, 2005). Sin embargo, en la práctica ésta cuestión a priori tan clara ha suscitado abundante jurisprudencia que procederemos a analizar a continuación.

De la ya mencionada jurisprudencia se extraen diversas conclusiones, como la necesidad de establecer en el testamento la voluntad de desheredar al cónyuge infiel, pues de no reflejarse la misma, por mucho que se pretendiera por un tercero interesado la desheredación del mismo, no se llevaría a cabo (STS Sala de lo Civil, 1980\1558). También es interesante mencionar que, una vez el cónyuge queda desheredado, pese a encontrarse el matrimonio en una sociedad de gananciales, la doctrina por la que se rigen nuestros Tribunales es la de considerar que los bienes cuyo mantenimiento hubiese corrido a cargo de uno de los cónyuges y cuya adquisición sea imposible de determinar en el tiempo serán considerados privativos (SAP Asturias Sección 4ª, 396/2006).

Tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978, se dieron circunstancias en las que aparecieron herederos forzosos que antes no estaban reconocidos

como tales, estos son los hijos concebidos fuera del matrimonio, quienes en virtud del artículo 14 de la Constitución obtuvieron los mismos derechos que los matrimoniales, por lo que los tribunales tuvieron que pronunciarse al respecto, otorgando lo que se conoce como "la legítima" a los hijos extramatrimoniales (STSJ Cataluña Sala de lo Civil y Penal, 18/1993).

### **Impedimento de ligamen**

El artículo 46.2 del Código Civil establece que la existencia de un vínculo matrimonial previo es un impedimento absoluto y no dispensable para la celebración de un nuevo matrimonio, por aplicación también del artículo 73.2 del Código Civil. Tanto es así, que la figura de la bigamia se recoge en el artículo 217 del Código Penal.

En el caso del divorcio, la disolución del matrimonio no se produce hasta que se da una sentencia firme, debiendo producirse con anterioridad a la celebración del segundo matrimonio, tanto la declaración de divorcio como la disolución por muerte, declaración de nulidad o de fallecimiento. De hecho, en la mayoría de ocasiones en las que se observa la invalidez del segundo matrimonio es porque dicho matrimonio se ha contraído mientras aún tenía validez el primero.

En esta materia encontramos sentencias de lo más dispares, siendo algunas de ellas más dignas de una ficción cómica que de la propia vida real. No obstante, en nuestra humilde opinión, consideramos necesario hacer una especial mención a que la creencia de que el primer matrimonio se había extinguido no es suficiente para eximir de culpa a los contrayentes del segundo, pues como ha quedado patente en numerosas sentencias, la costumbre de los tribunales españoles es considerar que cualquier persona tiene que conocer que el matrimonio sólo se extingue cuando se da una sentencia de divorcio. Así, es reseñable un caso (SAP Almería Sección 2ª, 32/2009) en el que una pareja contrajo matrimonio pese que el varón ya estaba casado, escudándose en el convencimiento por parte de ambos de que el primero había sido disuelto. Los cónyuges así lo creían porque habían interpuesto una denuncia en las dependencias policiales pertinentes en la que manifestaban que el primer matrimonio se había realizado para obtener la nacionalidad española. Por supuesto, el tribunal excluyó su defensa basándose en que la mera interposición de la denuncia no podía dejar sin efectos el matrimonio celebrado.

14 Código Civil [CP] Real Decreto de 24 de julio de 1889. Artículo 855.1. 2013-05-26 (España): "Serán justas causas para desheredar al cónyuge, además de las señaladas en el artículo 756 con los números 2º, 3º, 5º y 6º, las siguientes: 1.- Haber incumplido grave o reiteradamente los deberes conyugales.

En lo que al impedimento de ligamen se refiere, también consideramos oportuno destacar el proceso (SAP Girona Sección 3ª, 512/2009) de una mujer colombiana, que había contraído matrimonio religioso en Colombia y tras el cual viajó a España, donde se casó con otro hombre para tratar de obtener la nacionalidad española. En esta ocasión, la señora argumentaba dos puntos para defender su inocencia, el primero, la creencia por parte de ésta de que el primer matrimonio, al ser religioso, no producía efectos civiles, y el segundo, que se había producido la nulidad del segundo matrimonio. Pese a la intención de quedar exculpada, el tribunal desestimó sus pretensiones ya que entendía en primer lugar que no cabía pensar que el matrimonio religioso no producía efectos civiles, especialmente cuando la consorte había especificado su estado de soltera cuando se inscribió en el registro, y en segundo lugar que el delito de bigamia es de consumación directa, por lo que por mucho que el matrimonio se hubiese declarado nulo, ella estaba cometiendo el delito en el momento en que lo contrajo<sup>15</sup>.

### **La infidelidad como causa de nulidad del matrimonio**

La nulidad del matrimonio se define en el artículo 73<sup>16</sup> del Código Civil, a tenor del cual podemos pensar que la infidelidad no es una causa de nulidad del matrimonio, ya que no viene expresamente en la ley. Ya antes analizamos la sentencia 456/2001 de la Audiencia Provincial de Toledo, en la que el novio contraía matrimonio con la parte demandada por la creencia de que el hijo que esperaba era suyo, encontrándonos ahora en el artículo 73.4º del Código Civil, por el que existe un error en la identidad de la persona que ha sido determinante de la prestación del consentimiento.

15 A tenor literal de la Audiencia: "Se alega, por último, la inexistencia del delito por haberse anulado el segundo matrimonio, [...] porque, según la Jurisprudencia citada en la sentencia, el delito de bigamia es de consumación instantánea, en el sentido de que se comete en el mismo momento que se contrae el segundo matrimonio con independencia de que se declara su posterior nulidad".

16 Código Civil [CP] Real Decreto de 24 de julio de 1889. Artículo 73. 2013-05-26 (España): "Es nulo cualquiera que sea la forma de su celebración: 1º El matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial. 2º El matrimonio celebrado entre las personas a que se refieren los artículos 46 y 47, salvo los casos de dispensa conforme al artículo 48. 3º El que se contraiga sin la intervención del Juez, Alcalde o funcionario ante quien deba celebrarse, o sin la de los testigos. 4º El celebrado por error en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento. 5º El contraído por coacción o miedo grave".

to. Por lo tanto, nos encontramos que la infidelidad y sus consecuencias pueden llegar a ser consideradas lo suficientemente graves como para dictar la nulidad del matrimonio según qué casos.

En lo tocante a la nulidad matrimonial, encontramos, como sucede con las sentencias sobre el impedimento de ligamen, situaciones que guardan más similitud con el argumento de una comedia romántica que con una situación cotidiana. Así, nos encontramos con la demanda interpuesta por un hombre que pretende la nulidad de su matrimonio (SAP Valencia Sección 10ª, 4/2006), argumentando que no conocía que su esposa se dedicaba a la prostitución. El tribunal no toma en consideración su pretensión, puesto que entiende que el error en la identidad de la persona del otro contrayente que se establece en el artículo 73.4 no se refiere en absoluto a la condición laboral del mismo. Va más allá, y también se manifiesta en lo tocante a la infidelidad que su esposa había realizado (por motivos laborales), entendiéndose que no podrá ser causa de nulidad cuando hubiese existido una relación sexual previa al matrimonio<sup>17</sup>. Interpretando dicha declaración a *sensu contrario*, lo que consideramos de especial interés para la materia sobre la que versa este estudio, resulta lógico entender que la infidelidad cuando no se haya producido en una relación sexual anticipada al matrimonio, se tomará como causa para obtener la nulidad del mismo.

También resulta relevante mencionar la situación (SAP Valencia Sección 10ª, 254/2013) en la que se concedió la nulidad del matrimonio a un hombre porque descubrió, una vez contraído el matrimonio, que su esposa, de nacionalidad cubana, le era infiel y que sólo había celebrado las nupcias con la intención de conseguir la nacionalidad española. El Tribunal entiende que en este caso, el matrimonio es nulo por la existencia de reserva mental de la esposa, que recordamos que ocurre cuando el sujeto no quiere los efectos del acto jurídico que va a realizar y la otra parte que interviene en el acto no lo conoce. El Tribunal deduce dicha reserva mental no sólo del hecho de que ella pretendiese obtener la nacionalidad,

17 Lo establece la Audiencia en los siguientes términos: "Alega la parte recurrente que la demandada se dedica a la prostitución y que de esa profesión tuvo conocimiento tras la celebración de su matrimonio, más la jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de la improcedencia de su alegación como causa de nulidad en punto a las circunstancias laborales o morales de la otra persona, o a su infidelidad, cuando ha habido una previa relación sexual anticipada al matrimonio [...] así como las circunstancias económicas, profesionales o la ilegalidad de residencia en España".

sino también de que la consorte tuviera un previo noviazgo con otro hombre, relación que se mantuvo una vez celebrado el matrimonio y de la que no se informó al marido.

### Influencia de la infidelidad en el régimen sobre guarda y custodia

Entre otras materias, en el artículo 92 del Código Civil se pronuncia el legislador sobre la patria potestad y la guarda y custodia de los hijos. De este precepto se desprende la idea de que lo que se busca en todo caso es la protección del menor y que los cónyuges se encuentren en una posición lo más equitativa posible (pudiendo ellos mismos suscribir un convenio regulador) para que la transición del divorcio sea lo más pacífica posible para los menores.

Respecto a lo anteriormente expuesto, la doctrina por la que se han regido los tribunales españoles ha variado mucho desde los años ochenta hasta la actualidad en función de los preceptos legales vigentes en cada época; asimismo, la Administración de Justicia ha sido una institución en la que se han plasmado los pensamientos o ideas de la sociedad a través de los años, por lo que podemos observar cómo se modifican los razonamientos de los tribunales conforme al tiempo.

Esta evolución queda patente cuando nos remontamos a un fallo (STS Sala de lo Civil, 1983\2619) de 1983 en la que la apelante, quien había sido infiel a su esposo, pretende que se revise su sentencia divorcio, puesto que había perdido de forma permanente tanto la patria potestad de los dos hijos del matrimonio, argumentando para ello que su estilo de vida podía afectar negativamente a la formación moral de los mismos, así como el uso del domicilio conyugal, el derecho de alimentos y la liquidación y disolución de la sociedad de gananciales. En este punto, los autores estimamos oportuno recordar que estamos realizando un análisis de una sentencia de 1983 y que por lo tanto los preceptos hoy existentes respecto a la materia en conflicto no son los mismos que estaban vigentes en la época, pero no deja de ser curioso resaltar cómo ha evolucionado la jurisprudencia. Finalmente, el recurso es desestimado por el Tribunal Supremo, confirmando todas las medidas reflejadas en la sentencia recurrida. En la misma línea, en el año 1985 el Tribunal Supremo se pronunció desestimando un recurso (STS Sala de lo Civil, 1985\4138). No obstante, lo verdaderamente interesante de la sentencia es

el pronunciamiento<sup>18</sup> que hace el tribunal al respecto de la patria potestad, puesto que este documento es testigo de que en España, con la Constitución ya en vigor incluso, se aplicó la premisa de que los hijos debían quedar a cargo del cónyuge inocente tras el proceso de divorcio. Por lo tanto, una de las consecuencias históricas de la infidelidad ha sido la pérdida de la potestad y protección del cónyuge infiel, algo impensable en la actualidad, donde lo que se busca es la opción que más beneficios pueda aportar a los hijos, en lugar del castigo al cónyuge causante.

En relación con la obligación de alimentos de los progenitores, es interesante mencionar el caso de una sentencia (SAP Valencia Sección 7ª, 117/1998) de 1998 en la que se impone una obligación de alimentos al padre de un niño tras la separación de su esposa. Reviste de importancia esta sentencia porque el padre estaba envuelto al mismo tiempo en un proceso para impugnar la paternidad que tenía atribuida sobre el hijo común por la vía de la presunción. Resulta interesante porque pone de manifiesto que la obligación de alimentos existe con independencia de la infidelidad de la mujer, pues es en beneficio del hijo, así como mientras se presume hijo de su padre, también independientemente de los posibles procesos para determinar la filiación en los que se encuentre envuelto. Además, este fallo del tribunal nos sirve para ilustrar como, pese al mantenimiento del divorcio causal, el cónyuge inocente tiene la obligación de pasar una pensión compensatoria a su esposa tras el divorcio para evitar que ésta se encuentre en una situación de desamparo, lo que sin duda alguna supone una evolución enorme en el derecho de familia español con respecto al régimen que encontrábamos en la década anterior, mucho más orientado al divorcio culpable.

Para finalizar el progreso histórico sobre la guarda y custodia de los hijos, tenemos por oportuno mencionar una Resolución (SAP Tarragona Sección 1ª, 72/2013) a un recurso presentado por un padre, solicitando la guarda y custodia de sus dos hijos, con-

18 Literalmente: "En la demanda y en las sentencias, se invocan y aplican, respectivamente, los artículos ciento cuatro y ciento cinco del Código Civil, según quedaron redactados por la Ley de veinticuatro de abril de mil novecientos cincuenta y ocho ( RCL 1958\760 y NDL 5660), por la que se modifican determinados artículos del Código Civil; habiéndose estimado que la demanda y aquí recurrente se hallaba incurso en el número primero del artículo ciento cinco, dando aplicación al artículo setenta y tres de la misma fecha en el sentido entre otros, de quedar todos los hijos bajo la potestad y protección del cónyuge inocente o sea del demandante aquí recurrido".

siderando que su mujer no es una persona estable, y que la infidelidad que desembocó en el divorcio no puede ser un buen ejemplo moral para la educación y formación de sus hijos. La Audiencia rechaza el recurso, considerando que se ha demostrado que los menores están en perfectas condiciones y no tienen ningún problema, sin que en ningún momento (a diferencia de lo que ocurría en otras sentencias anteriormente analizadas) influya sobre la decisión de la guarda y custodia la infidelidad de la mujer. Esta sentencia pone de manifiesto la evolución que ha experimentado el régimen de guarda y custodia de los hijos en los procesos de divorcio desde que se instauró el régimen actual en España hasta nuestros días, que se ha ido liberalizando y ha sido tendente a entender esta institución como un derecho en beneficio de los menores, y no de sus progenitores.

### Influencia de la infidelidad en capitulaciones matrimoniales

El régimen de las capitulaciones matrimoniales se encuentra recogido en el artículo 1325<sup>19</sup> y siguientes del Código Civil. Partiendo de que se pueden referir a cualquier disposición del matrimonio, estas capitulaciones pasan a regirse como el resto de contratos, mediante el régimen de la autonomía de la voluntad del artículo 1255<sup>20</sup> del Código Civil y la libertad de pactos, no pudiendo ser contrarios a las leyes, la moral o el orden público.

En relación con la infidelidad en las capitulaciones matrimoniales la jurisprudencia no es excesiva, especialmente si la comparamos con otros ámbitos como el resarcimiento de daños tras la infidelidad, pero no por ello las que hay resultan de menor interés. Así, hallamos la situación (SAP Madrid Sección 19ª, 588/2006) en la que se vio envuelto un político que fue infiel a su esposa y, a consecuencia de este hecho, la susodicha le exigió la firma de capitulaciones matrimoniales en las que se liquidase la sociedad de gananciales, pasando a regirse la unión por el régimen de separación de bienes, con el fin de evitar la extinción del matrimonio. Pese a que se firmaron las capitulaciones, la esposa

decidió finalmente presentar una demanda de divorcio, suponiendo el fin del régimen matrimonial para los cónyuges. Frente a este hecho, el esposo pretendió que se declararan nulas las capitulaciones, argumentando que su consentimiento estaba viciado en el momento de firmarlas por las amenazas de su esposa de disolver el matrimonio como por la falsa promesa de ésta de mantener el régimen matrimonial. El Tribunal, pese a que nos pudiesen parecer lógicas las pretensiones del marido, decidió finalmente denegarlas<sup>21</sup> puesto que entendía que, cuando firmó las capitulaciones, el hombre entendía completamente el alcance de las mismas, independientemente de las razones por las que lo hiciera, así como que para determinar si hubo o no intimidación había que atender a la persona que la ejerciera y, en este caso, las amenazas de la esposa lo que buscaban era el ejercicio de un derecho (el de la firma de las capitulaciones) legítimo para ambos cónyuges, no obligándole a realizar nada contrario a sus intereses, por lo que no viciaban su consentimiento.

Reviste también interés para este estudio lo que aconteció a una pareja en la que el esposo constituyó un derecho de usufructo sobre el domicilio conyugal a favor de su cónyuge mientras que ésta le fuera fiel (SAP Las Palmas Sección 5ª, 435/2011). El marido solicitaba la extinción del usufructo tras el divorcio, pues su ex-esposa había mantenido una relación con otro hombre tras la extinción del matrimonio. La Audiencia considera en esta ocasión que, en los pactos, las voluntades de las partes han de quedar expuestas, siendo la voluntad del marido la de que su esposa no le fuera infiel durante el matrimonio. Como la misma cumplió con dicho cometido, en un principio no habría causa para la disolución del usufructo, pero no sólo esto argumenta la Audiencia, sino que, además, tiene en cuenta que si hubiesen querido extinguir el usufructo a raíz de la disolución del matrimonio, debería haberse expresado en las capitulaciones, puesto

19 Código Civil [CP] Real Decreto de 24 de julio de 1889. Artículo 1325. 2013-05-26 (España): "En capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo"

20 Código Civil [CP] Real Decreto de 24 de julio de 1255. Artículo 68. 2013-05-26 (España): "Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público".

21 Literalmente, la Audiencia se pronuncia así: "[...] siendo cosa distinta la intimidación, en la que presta su acento la demanda, y que se da como vicio del consentimiento cuando con coacción moral está integrada por una amenaza injusta e ilícita, con marcada matiz antijurídico y tan fuerte que obligue al sujeto que la padece a que su voluntad se manifieste en sentido contrario a sus intereses, anulando o viciando su consentimiento, por lo que no puede apreciarse cuando el hecho pretendido como injusto emane de una situación proveniente del ejercicio correcto y no abusivo de un derecho, siendo valorable para atender a su existencia tanto las condiciones de aquel al que se le imputa y aquel que dice recibirla, cuestión de hecho, que dadas las circunstancias concurrentes en el caso de autos y que la sentencia de instancia pone de relieve, llevan a estimar que esas alegadas intimidaciones como vicios anulatorios del consentimiento no se producen en el demandante".

que podía hacerse y no cabía pensar que el esposo no tuviese en cuenta esta posibilidad, en especial cuando ya había estado casado previamente.

## CONCLUSIONES

En el desarrollo de este estudio jurisprudencial de las consecuencias jurídicas de la infidelidad hemos podido comprobar en qué ámbitos del Derecho tiene relevancia la misma, resultando de especial interés para nuestros tribunales el caso de la infidelidad de la que deriva la existencia de un hijo extramatrimonial. En estos supuestos, es abundante en la jurisprudencia que se refiere a los mismos el considerar la condición del hijo no matrimonial a la hora de resolver sobre la materia. De esta guisa, dependiendo de la naturaleza del supuesto nos encontramos con soluciones de diversa índole que, aunque a priori puedan parecer discordantes entre sí, en los últimos tiempos guardan siempre una estrecha relación con la jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional, entendiéndose a todos los descendientes iguales en virtud del artículo 14 de la Constitución Española. Es en esta materia, además, donde el abogado común encontrará un especial interés ya que es en la que las indemnizaciones suelen ser más cuantiosas.

Pese a que es en el caso anteriormente aludido aquel en que las consecuencias de la infidelidad resultan más notorias, no es el único en el que la infidelidad tiene una especial relevancia. Así, como ya hemos visto, la infidelidad puede ser una causa de desheredación siempre que así se estipule en las disposiciones de última voluntad. Hemos de subrayar en estas escasas líneas que conforman las conclusiones la importancia en materia de sucesiones de resaltar la intención del causante de llevar a cabo la desheredación, ya que si éste propósito no hubiese quedado tasado de forma clara en el testamento, las pretensiones por parte de tercero de desheredar al cónyuge viudo por la infidelidad serían vanas.

También se prohíbe en nuestro Derecho la celebración de un segundo matrimonio mientras el primero aún esté vigente. Así, el legislador español se posiciona como un valedor del modelo monógamo de matrimonio, hermanándose en este sentido con la mayor parte de la legislación europea y americana. Inclusive, como ya hemos visto en el trabajo aquí expuesto, la rama penal del Ordenamiento español considera la bigamia como un delito, materia en la

que no es necesario extenderse por la relativa abundancia de manuales y artículos que hacen referencia al tema en cuestión. A la luz que arrojan las diversas sentencias estudiadas hemos tenido la ocasión de comprobar incluso que la infidelidad, dependiendo de los factores que concurran en el caso concreto, puede derivar en una causa de nulidad matrimonial, lo que es considerado como el máximo exponente de la inexistencia de un matrimonio, al hacer mediante este instrumento *tabula rasa*, considerando el casamiento como no celebrado a todos los efectos.

Una de las situaciones en las que sin duda la jurisprudencia ha establecido la irrelevancia de la infidelidad es en relación con la guarda y custodia de los hijos que, como en este estudio ha quedado patente, se basa única y exclusivamente en el bien de los menores. En efecto, el principio de protección del interés del menor constituye una de las claves esenciales de toda la aplicación del Derecho de Familia, vinculando a todos los poderes públicos. El tema que hemos tratado aquí no constituye una excepción, por lo que nuestros Tribunales, aplicando el principio general antes aludido, otorgan (o deben otorgar) la guarda de los menores teniendo en cuenta de forma exclusiva aquello que más convenga a su interés, y, evidentemente, prescindiendo de otros factores concurrentes que pueda ser la declarada infidelidad de un progenitor en relación con el otro.

También hemos intentado dejar claro en este trabajo que la fidelidad, cuando se expresa en las capitulaciones matrimoniales, sólo se entiende posible durante el período en el que los cónyuges se encuentren casados.

Uno de los ámbitos en el que más abundantes sentencias se pueden encontrar es en relación con la infidelidad es en el de la indemnización por los daños derivados de la misma. Como hemos analizado aquí, se estima como improcedente dicha pretensión de indemnizar cuando se refiera a los daños morales derivados de la infidelidad; pero esto no quiere decir que en ningún caso se pueda exigir una compensación por la misma.

En estas breves conclusiones finales no podemos obviar la importancia que históricamente ha tenido la infidelidad en el ordenamiento. Así, es oportuno recordar fue una causa de divorcio hasta hace relativamente pocos años, o que hasta hace un poco más estuvo recogido en el Código Penal como delito de adulterio.



En todo caso, para evitar reiteraciones innecesarias, los autores de este modesto trabajo no consideramos necesario extendernos más al respecto, aunque sí subrayamos la idea de que la tendencia histórica del legislador es la de mermar la relevancia que tiene la infidelidad en nuestro Derecho, relegando la misma cada vez más al simple reproche ético y moral que pueda tener, otorgándole así notabilidad jurídica sólo en los casos en los que realmente la misma haya desencadenado un sufrimiento magno al cónyuge o haya derivado en una disminución de su patrimonio.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- JPI Gijón. (Número 8) 50/2012. Ponente: D. Ángel Luis Campo Izquierdo. 26 de abril de 2012.
- Lacruz, B. J. (1983). *Libro Homenaje a Luis Martín Ballesteros*. Zaragoza: Editorial Prensas Universitarias de Zaragoza.
- Lledó, Y. F., Monje, B. Ó., Herrán, O. A., Gutiérrez, B. A & Urrutia, B.A. (2012). *El matrimonio y situaciones análogas de convivencia: crisis y efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio*. Madrid: Editorial Dykinson Manuales.
- Machado, C. M. (1977). *El adulterio en el Derecho Penal: Pasado, presente y futuro*. Valencia: Instituto de Criminología de la Universidad Complutense.
- Osaba, G. E. (1997). *El adulterio uxorio en la "Lex Visigothorum"*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Pantaleón, P. F. (2001). *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*. Madrid: Editorial Tirant Lo Blanch.
- Romero, C. A. (2005). *La desheredación*. Barcelona: Editorial Bosch.
- SAP Almería. (Sección 2ª) 32/2009. (Ponente: D Manuel Espinosa Labella; 29 de enero de 2009).
- SAP Asturias. (Sección 4ª) 396/2006. (Ponente: Dª María Nuria Zamora Pérez; 15 de noviembre de 2006).
- SAP Barcelona 522/1994. (Ponente: D. Antonio López-Carrasco Morales; 14 de marzo de 1994).
- SAP Cádiz. (Sección 2ª) 125/2008. (Ponente: D. Antonio Marín Fernández; 3 de abril de 2008).
- SAP Girona. (Sección 1ª) 504/2002. (Ponente: D. Fernando Ferrero Hidalgo; 8 de octubre de 2002).
- SAP Girona. (Sección 3ª) 512/2009. (Ponente: Dª Fátima Ramírez Souto; 20 de julio de 2009).
- SAP Huesca. 194/1992. (Ponente: D. Ramiro Solans Castro; 25 de noviembre de 1992).
- SAP Islas Baleares. (Sección 4ª) 586/2002. (Ponente: D. Miguel Ángel Aguiló Monjo; 30 de septiembre de 2002).
- SAP La Rioja 1071/1992. (Ponente: D. Alfonso Santisteban Ruiz; 3 de julio de 1992).
- SAP Las Palmas. (Sección 5ª) 435/2011. (Ponente: Carlos Augusto García Van Isschot; 27 de septiembre de 2011).
- SAP León. (Sección 1ª) 39/2009. (Ponente: D. Fernando Javier Sanz Llorente; 30 de enero de 2009).
- SAP León. (Sección 2ª) 1/2007. (Ponente: D. Alberto Francisco Álvarez. Rodríguez; 2 de enero de 2007).
- SAP León. (Sección 2ª) 375/2010. (Ponente: D Antonio Muñoz Díez; 10 de noviembre de 2010).
- SAP Madrid. (Sección 19ª) 588/2006. (Ponente: D. Nicolás Díaz Méndez; 13 de diciembre de 2006).
- SAP Navarra. (Sección 2ª) 45/2004. (Ponente: D. José Francisco Cobo Sáenz; 1 de marzo de 2004).
- SAP Navarra. 566/1993. (Ponente: D. José Francisco Cobo Sáenz; 6 de abril de 1993).
- SAP Tarragona. (Sección 1ª) 72/2013. (Ponente: Dª María Pilar Aguilar Vallino; 18 de febrero de 2013).
- SAP Toledo (Sección 2ª) 456/2001. Ponente: D Juan Manuel de la Cruz Mora. 14 de noviembre de 2001.
- SAP Valencia. (Sección 10ª) 254/2013. (Ponente: Dª Ana Delia Muñoz Jiménez; 19 de abril de 2013).
- SAP Valencia. (Sección 10ª) 4/2006. (Ponente: María Pilar Manzana Laguarda; 10 de enero de 2006).
- SAP Valencia. (Sección 7ª) 117/1998. (Ponente: D. José Francisco Beneyto García-Robledo; 19 de febrero de 1998).
- SAP Valencia. (Sección 7ª) 466/2007. (Ponente: Dª Pilar Cerdán Villalba; 5 de septiembre de 2007).
- Spota, A. G. (1968). *Tratado de Derecho Civil*, Tomo I, Volumen 2. Buenos Aires: Editorial Perrot.
- STS. (Sala de lo Civil). 1980\1558. (Ponente: D. Francisco Bonet Ramón; 7 de marzo de 1980).
- STS. (Sala de lo Civil). 1983\2619. (Ponente: D. Jaime De Castro García; 2 de mayo de 1983).
- STS. (Sala de lo Civil). 1985\4138. (Ponente: D. Cecilio Serena Velloso; 17 de julio de 1985).
- STSJ. Cataluña (Sala de lo Civil y Penal) 18/1993. (Ponente: D. Jesús Corbal Fernández; 21 de diciembre de 1993).
- Tribunal Constitucional. (Sala 1ª). Auto 140/2001. 4 de junio de 2001.
- Vega, S. F. (1981) *Síntesis práctica de la regulación del divorcio en España*. Barcelona: Editorial Praxis.