

LA OBLIGACIÓN DE RESPETO EN EL ARTÍCULO 212 DEL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS¹

VALERIE DEPADT-SEBAG

Artículo Científico Recibido: 03 de marzo de 2014 *Aceptado:* 29 de mayo de 2014

Resumen: La inscripción de la obligación de respeto en el artículo 212 del Código Civil francés por la Ley n° 2006-399 de 4 de abril de 2006 (Diario Oficial de 5 de abril de 2006), que refuerza la prevención y la represión de la violencia en el seno de la pareja y contra los menores, ha suscitado poco interés entre los especialistas y, por el momento, apenas ha generado una leve controversia. Sin embargo, la noción de respeto tiene, especialmente en derecho internacional, un alcance tal que, aplicada a la institución del matrimonio, podría convertirse en la primera de las obligaciones personales de los esposos.

Résumé: L'inscription de l'obligation de respect au sein de l'article 212 du Code civil par la loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 (JO 5 avr.) renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs n'a suscité que peu d'intérêt de la part des commentateurs et n'a pour l'instant généré qu'un faible contentieux. Pourtant, la notion de respect connaît, notamment en droit international, une portée telle que, rapportée à l'institution matrimoniale, elle pourrait devenir la première des obligations d'ordre personnel entre époux.

Summary : Reinforcing the prevention and the repression of violence committed between couple or perpetrated against minors, the inclusion of the obligation to respect in Article 212 of the Civil Code by the law n° 2006-399 of April 4th 2006 (JO April 5th), has aroused only a little interest of the commentators and has yet generated a mild litigation. However, due to the growing notion 'respect' of marriage institution, which is significance, especially in international law, it will eventually precede all the other obligations in the private sphere related to spousal relationship.

Traducción Laura DE LA TORRE T.

El artículo 212 del Código Civil francés –uno de los más conocidos debido a que el funcionario del registro civil lo lee a los contrayentes durante la boda– define, en gran parte, las obligaciones a las que los esposos se comprometen. Entre esas obligaciones, cuyo número resulta por cierto extremadamente reducido, figuran los deberes de respeto, fidelidad, asistencia y socorro. Con excepción del último, de orden patrimonial, podemos decir que el artículo delinea los límites de las relaciones de orden personal entre los esposos. No obstante, conforme se van sucediendo leyes y resoluciones judiciales, esas líneas se vuelven cada vez más imprecisas.

Efectivamente, las obligaciones de fidelidad y de asistencia, inscritas en el texto del Código Civil desde su creación en 1804, tienen hoy un alcance reducido. En Francia, la obligación de fidelidad ha prácticamente caído en desuso desde que el Tribunal de Casación (*Cour de cassation*) reconoció como legítimas las donaciones dentro de una unión de concubinato adúltero¹; aceptación confirmada, unos años más tarde, por la Asamblea Plenaria del mismo tribunal². La obligación de asistencia ha perdido fuerza, especialmente desde que la Ley de 11 de julio de 1975³ permitió a los esposos demandar el divorcio invocando una grave alteración de las facultades mentales del cónyuge⁴. Puesto que la Ley de 26 de mayo de 2004⁵ relativa al divorcio no prevé ninguna medida con relación a la suerte del cónyuge afectado por una enfermedad mental, una parte de la doctrina concluye que “el divorcio por alteración definitiva del lazo conyugal (anteriormente, “ruptura de la vida en común”) en caso de alienación mental constituye la violación completa del deber de asistencia”⁶.

Este deterioro de las obligaciones del matrimonio no parece corresponder a un desinterés de la sociedad por la unión matrimonial. Es más, hemos podido constatar que sucede todo lo contrario durante la última reforma de esta institución que dio lugar a la adopción de la Ley de 17 de mayo de 2013⁷ que otorga el acceso al matrimonio a parejas del mismo sexo. Esta ley responde a una reivindicación social particularmente enérgica, refutada con igual energía por una parte de la sociedad.

El interés manifestado por el matrimonio es aún más remarcable teniendo en cuenta que ya no se trata de la única forma de unión reconocida por la ley. De esta manera, cuando dos personas deciden unirse por medio del matrimonio, están eligiendo comprometerse de la manera más solemne que existe y, en consecuencia, someterse a las

Profesora de Derecho Privado de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad París 13-Sorbonne Paris Cité, miembro del Institut de Recherche en Droit des Affaires (IRDA), miembro asociado de la unidad de investigación Études sur les sciences et les techniques EA1610, Universidad París 11-Paris Sud

¹ El presente artículo fue publicado originalmente en francés en la revista *Revue Juridique Personnes et Famille* núm. 1 - enero 2014. El editor de dicha revista, Lamy – Wolters Kluwer, no participa de ninguna manera en la iniciativa de la traducción del texto.

obligaciones que esta unión impone. El matrimonio se distingue del *Pacs* (Pacto Civil de Solidaridad) y del concubinato por la manera en que se establece, las condiciones de su ruptura y también por el contenido del compromiso personal que implica. Es por ello que sus diferencias deben ser resguardadas.

Se plantea entonces la cuestión de los medios que permitirán restituir al matrimonio su particularidad, especialmente en lo que respecta a las relaciones personales entre esposos. Pareciera que una respuesta se encuentra en la obligación de respeto. La introducción de esta última en el artículo 212 del Código Civil francés, por la Ley de 4 de abril de 2006⁸, ha suscitado un mínimo interés tanto por parte de los especialistas como de la jurisprudencia. En los pocos comentarios que se le han consagrado, se le reprocha, por un lado, el formular una obligación sobrentendida, puesto que la obligación de respetar al otro no es de ninguna manera específica al matrimonio y, por otro lado, se le reprocha el limitar sólo al matrimonio un deber que se impone a todas las demás formas de parejas, ya sea que se trate del *Pacs* o del concubinato⁹. Efectivamente, la obligación de respeto resulta del deber general de no dañar al otro, que gobierna las relaciones entre las personas y, más allá de las disposiciones del Código Penal, encuentra su expresión en el artículo 1382 del Código Civil francés que condena a reparación a todo aquél cuya falta cause un daño a otra persona¹⁰.

El respeto, evidentemente, trasciende la unión matrimonial, pero en el seno de una pareja de casados, podría adquirir un sentido particular, que podría presentar bajo una nueva luz las otras obligaciones que aparecen enseguida en la redacción del texto.

La obligación de respeto tiene efectivamente un alcance variable (I) y se puede decidir, ya sea darle un sentido restringido, relativo a la ley que la ha instituido, o bien, se puede decidir comprenderla de manera que se le confiera un alcance más amplio que el asignado al momento de su creación, y que permitiría restituir toda su singularidad a la institución matrimonial (II).

I La obligación de respeto: una obligación de alcance variable

En cuanto se rebasa el contexto en que la obligación de respeto ha sido introducida en el artículo 212 del Código Civil francés (A), se le puede atribuir un sentido más fuerte, de acuerdo con lo que esta obligación representa en el derecho en general, y particularmente en derecho internacional (B).

A / El contexto de la introducción de la obligación de respeto en el artículo 212

La violencia en la pareja, que se inscribe en un contexto general de aumento de la violencia entre las personas, propició la movilización de los legisladores franceses y motivó la promulgación de la “Ley de 4 de abril de 2006 que refuerza la prevención y la represión de la violencia dentro de la pareja o cometida contra los menores”¹¹.

La explicación del contenido esencialmente penal de esta ley se encuentra en la razón misma de su existencia, descrita en su título. Sin embargo, la ley también cuenta con algunas disposiciones civiles. Estas últimas, diseminadas por distintos pasajes del Código Civil francés, son medidas relativas a las actas de matrimonio (C. Civil, art. 63), a la edad legal para contraer matrimonio (C. Civil, art. 144), a los requisitos para celebrar la boda (C. Civil, art. 170 y 170-1), a los impedimentos matrimoniales (C. Civil, art. 175-2), los casos de nulidad del matrimonio (C. Civil, art. 180 y 181) y a los derechos y deberes de los esposos. Entre esas modificaciones, que tienen como objetivo instaurar cierto “orden público familiar”¹², la citada en último lugar parece ir más allá del aspecto práctico inherente a todas las demás. Se trata de la obligación de respeto, inscrita en el artículo 212, según el cual “los esposos se deben mutuamente respeto, fidelidad, socorro, asistencia”.

El respeto figura así en el primer lugar entre las obligaciones mutuas entre esposos, y el artículo 212 experimenta con esta inscripción su primera modificación desde el origen del Código Civil francés.

Esta medida fue decidida a raíz de una enmienda presentada por varios parlamentarios por iniciativa de Robert Badinter. Estos denunciaban el aspecto esencialmente represivo del texto y consideraban que la penalización de la violencia debía ser acompañada, e incluso precedida, de una medida preventiva.

Con todo, la introducción del respeto en derecho de las personas y de la familia no es obra de la Ley de 2006. Más de diez artículos del Código Civil francés emplean el término “respeto”. Para nuestro análisis, excluirémos los relativos al respeto de derechos específicos o de las normas en general, para solamente retener los artículos que persiguen el respeto de las personas y pueden proporcionar algunos indicadores para comprender la noción de respeto de la persona en derecho.

El respeto es contemplado como un derecho, como una obligación e incluso como la condición del poder otorgado a una persona sobre otra.

El artículo 16, que constituye el primero de los grandes principios relativos al cuerpo humano inscritos en el Código Civil francés a raíz de la promulgación de la Ley de 29 de julio de 1994¹³ relativa a la regulación de la biomedicina,

garantiza el respeto del ser humano “desde el comienzo de su vida”. El apartado primero del artículo 16-1 dispone que “cada persona tiene derecho al respeto de su cuerpo”. Según la ley, el respeto del cuerpo humano es una de las facetas del principio fundador de esta rama del derecho, a saber, la dignidad de la persona. La elección de ese término prueba la solidez de la noción, ya que el respeto del cuerpo humano no tolera ningún matiz o excepción.

Por su parte, el artículo 371 del Código Civil dispone que “a cualquier edad, los hijos deben honra y respeto a su padre y a su madre”. Esta regla, que tiene un valor de declaración moral, aporta un matiz al principio según el cual los hijos, al alcanzar la mayoría de edad, se encuentran liberados de toda autoridad parental. La moral reemplaza al legislador para imponer a los hijos una línea de conducta respecto a los padres¹⁴. Asimismo, establece algunas obligaciones que se imponen a los hijos mayores. Por ejemplo, cuando el activo sucesorio no permite cubrir los gastos funerales, un hijo que hubiere renunciado a la sucesión de sus padres se encuentra aun así obligado a asumir dichos gastos¹⁵. En ese texto se encuentra igualmente uno de los fundamentos de la obligación alimentaria de los hijos para con los padres.

El respeto de la persona también es perseguido por el artículo 371-1 del Código Civil relativo a la patria potestad que “es ejercida por los padres hasta que el hijo alcanza la mayoría de edad o su emancipación, con el objeto de velar por su seguridad, su salud y su moralidad, de asegurar su educación y permitir su desarrollo, en el marco del respeto debido a su persona”.

Saliendo del marco del derecho familiar, el 16 de septiembre de 2010, fue registrado en la Presidencia de la Asamblea Nacional un proyecto de ley que pretendía consagrar la obligación de respeto de los alumnos hacia el personal de enseñanza¹⁶. Dicho proyecto es una ilustración del empleo de la noción de respeto; en este caso, para luchar contra el incremento de los enfrentamientos, en ocasiones violentos, entre los alumnos y sus maestros. Los redactores del texto no presentan el respeto como una nueva referencia, sino como un principio natural hasta ahora no escrito en el Código de la Educación.

Ninguno de estos textos define la noción de respeto. Y sin embargo, a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial, el respeto se convirtió en una noción directriz dentro el vigoroso proceso de evolución de los derechos fundamentales.

B/ El significado de la noción

El respeto se manifiesta primeramente como un sentimiento de consideración, incluso de admiración, suscitado por aquél a quien reconocemos un valor particular. Del lado del sujeto que lo experimenta, el respeto se caracteriza por una conducta de discreción, de reserva. Sentir respeto es ante todo reconocer la existencia del otro, “reconocerlo realmente como otro, otro idéntico a mí, igual a mí, poseedor de la misma humanidad, de la misma dignidad que yo”¹⁷.

Kant vio en el respeto el momento fundador de la moral, el momento en que se juega la humanidad del hombre. El respeto se relaciona con nuestra capacidad de ser conmovidos o con nuestra sensibilidad. Es en efecto un sentimiento, pero tiene la particularidad, explica Kant, de reposar, en cualquier lugar y momento, en un mismo objeto: en la ley de la razón, la ley de la universalidad prescriptora del deber moral¹⁸. El respeto puede ser únicamente producido por un objeto: la ley moral tal y como se expresa en nosotros, designada como la regla de universalidad¹⁹ que prescribe el deber moral. Sólo el hombre puede escuchar dentro de sí mismo la ley de la razón que hace que para cada uno sea un deber tratar al otro siempre como un fin y nunca únicamente como un medio. La ley moral sólo se manifiesta en la persona, en esa ley absoluta que impone la razón, o en el respeto que ella misma produce. Porque el respeto no es sino la faz subjetiva de la ley. No es, según Kant, “sino la moral misma, considerada subjetivamente como un móvil”²⁰. Respeto y ley moral no son sino las dos caras de una misma cosa: la conciencia del deber, fundador de toda moral.

La consideración, la simpatía o el amor que sentimos hoy por una persona pueden disminuir o desaparecer mañana si las circunstancias nos revelan que no era digna de ello o si sencillamente así lo creemos. El respeto, por su lado, no depende de circunstancias particulares o de las cualidades que estimamos tiene una persona. Su objeto no es lo que hace de cada uno un individuo diferente de los demás, sino la capacidad común a todos de reconocer la ley del deber hacia la humanidad como una prioridad absoluta. Para Kant, esto es lo que forma la dignidad de cada ser humano y lo que impide que éste sea reducido al nivel de un simple instrumento. “Pero considerado como persona, [...] (el hombre) no puede ser utilizado por ningún hombre –ni por otro, ni siquiera por sí mismo– como un simple medio, sino siempre a la vez como fin, y en esto estriba precisamente su dignidad (un valor interior absoluto), en virtud de la cual impone el respeto de sí mismo a todas las otras criaturas racionales”²¹.

En términos distintos, Levinas encuentra también en el respeto la condición para la ética. Para él, la prescripción no es la de una ley, sino la que impone el encuentro con el otro, ese otro cuya humana fragilidad aparece entera en su rostro y que, con toda su impotencia, empuja a la responsabilidad y al respeto²².

Ahora bien, no se trata de inscribir el respeto bajo esa forma extrema en las leyes. Pero podemos retener de estas lecturas filosóficas del concepto, que el respeto implica penetrar en la ética y por ello figura, asociado a la dignidad, en la cumbre de la jerarquía de los derechos imprescriptibles, intransmisibles e inalienables de todo ser humano, en otras palabras, de los derechos fundamentales.

La doctrina de los derechos humanos está fundada sobre el reconocimiento de la dignidad de cada individuo y esta última se traduce a nivel jurídico en un cierto número de derechos fundamentales y en otras tantas prerrogativas consideradas como inherentes al ser humano y, en consecuencia, fundamentales en el orden jurídico francés.

Los textos concernientes, esencialmente relativos al derecho internacional, coinciden en que el reconocimiento de la dignidad es uno de los fundamentos de los derechos humanos y que éste se manifiesta mediante el respeto que, en los hechos, la garantiza. Respeto y dignidad son indisociables: la dignidad es la razón de ser del respeto; el respeto es la expresión del reconocimiento de la dignidad. Robert Badinter declara en este sentido: "la exigencia del respeto es primordial en la sociedad contemporánea. Es la manifestación de la aspiración, que por cierto figura a la cabeza de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, del reconocimiento de la dignidad del ser humano"²³.

El respeto es una obligación absoluta universal, pero al aplicarse en la vida cotidiana, adquiere una forma distinta en cada ocasión. El respeto que un hijo debe a sus padres, el que debemos a nuestros vecinos o a nuestros colegas de trabajo se expresa de manera distinta al respeto entre esposos.

II La reafirmación del compromiso matrimonial mediante la noción de respeto

El término de respeto tomado en su sentido más fuerte se vuelve la obligación esencial de los deberes de los esposos (A) y permite percibir su posible alcance en el seno del artículo 212 del Código Civil (B).

A/ El respeto como obligación esencial

Según nos referimos a las motivaciones del legislador de 2006, a la jurisprudencia existente sobre los deberes innominados entre esposos o el lugar de la dignidad en los derechos fundamentales, la noción de respeto en el artículo 212 del Código Civil puede interpretarse de distintas maneras.

Primero, podemos considerar que, teniendo en cuenta el ámbito preciso de la Ley de 4 de abril de 2006, por deber de respeto se entiende la prohibición de toda violencia y, en ese caso, el respeto debe ser aprehendido de la misma manera que durante las labores de preparación de la ley, es decir, como "la base de una vida de pareja armoniosa y una condición previa indispensable para la prevención de la violencia conyugal"²⁴. De entrada, rechazaremos esta lectura restrictiva, refutada por cierto por las declaraciones de Robert Badinter durante la discusión de la iniciativa ante el Senado: "Entonces, ¿por qué agregar hoy a la ley el respeto? Porque el respeto –una de las palabras más bellas de la lengua francesa– expresa, al hablar de derechos fundamentales de la persona humana, una exigencia contemporánea"²⁵.

De esta manera, la introducción del deber de respeto puede ser entendida como la ley que retoma los deberes implícitos ligados al matrimonio. Entre esos "deberes innominados"²⁶, reconocidos por la doctrina y sancionados por los jueces, podemos citar el deber de respetar al otro en su persona, su libertad, sus creencias y sus convicciones, así como el deber de sinceridad, de paciencia, de cierta concordia espiritual²⁷, etc. Jean Carbonnier veía en ello una especie de código moral conyugal que podría resumirse en el deber, de cada uno de los esposos, de "respetar la personalidad del otro"²⁸. El profesor Alain Benabent, antes de la Ley de 4 de abril de 2006, había escrito que "en el comportamiento de la pareja en el hogar, el ejercicio de las libertades debe ser "cortés" por respeto al otro"²⁹.

Algunos autores denuncian la inutilidad de la medida alegando que el recurso a los deberes innominados basta para hacer sancionar la falta de respeto entre los esposos. El valor del deber de respeto del artículo 212 del Código Civil es, a sus ojos, simbólico, pedagógico más que disuasivo, "un complemento muy simbólico ampliamente desprovisto de incidencias desde un punto de vista práctico"³⁰.

Finalmente, es posible acordar a la obligación de respeto un alcance más amplio, mediante el cual sobrepasa el contexto en el que ha sido elaborada para así alcanzar el ámbito de los derechos fundamentales y darle un vigor nuevo a las relaciones personales entre esposos.

Teniendo en cuenta las exigencias y los valores reconocidos por nuestra sociedad, así como la necesidad del derecho de integrarlos en el orden jurídico internacional, interno, y también matrimonial, pareciera que esta última interpretación debe primar sobre las precedentes.

El respeto del artículo 212 del Código Civil es una suerte de "variación", dentro de las relaciones conyugales, de un derecho fundamental que aplicado a la institución matrimonial infunde una vitalidad inédita a las obligaciones de orden personal. A la luz del respeto, esas antiguas obligaciones pueden ser reinterpretadas con mayor conformidad con las aspiraciones contemporáneas, como distintas modalidades del derecho del otro al reconocimiento de su dignidad. De manera que ya no sean tomados en consideración tanto los hechos mismos, sino el respeto o el no respeto de la esposa o el esposo en cuestión.

El deber de respeto mutuo de los esposos, a la luz de los derechos fundamentales, se convierte en el reflejo del artículo 16 del Código Civil francés³¹. Mientras este último trata del respeto de la persona desde el punto de vista de

su cuerpo, el artículo 212 lo exige desde el punto de vista de la integridad física y moral, y también de la personalidad, de la identidad de aquél a quien se debe respeto en el marco de la unión matrimonial.

Efectivamente, aplicado al matrimonio en su aspecto institucional, el respeto es cercano a la noción de buenas costumbres. Al igual que la noción de respeto, la noción de buenas costumbres figura repetidas veces en el Código Civil francés (pero no en mayor cantidad) y no se deja encerrar en una definición precisa. No obstante, podemos considerar que es una noción que se relaciona con las reglas que rigen la moral social y que son reconocidas como fundamentales por el orden de la sociedad francesa. No obstante, su influencia sufre de cierto declive, consecuencia de la importancia acordada a la libertad individual y al reconocimiento del derecho a la vida privada. El respeto y las buenas costumbres tienen por lo tanto en común que involucran a la moral. Pero si las segundas, percibidas como un límite a la libertad individual, son actualmente inhibidas, el primero manifiesta una visión individualista de las relaciones entre esposos. Al parecer, se está produciendo una evolución que va de las buenas costumbres, más bien colectivas, hacia el respeto de la persona, más bien individual³².

El respeto, aplicado al matrimonio en su aspecto contractual, podría llegar a ser para el derecho de la institución matrimonial, el equivalente de la buena fe en derecho contractual, o sea, un instrumento de equilibrio y de justicia a la disposición del juez³³. Como la buena fe, el respeto puede ser definido bajo un enfoque subjetivo u objetivo. Bajo el enfoque subjetivo, es una disposición moral; bajo el enfoque objetivo, una norma de conducta. Asimismo, como la buena fe, el respeto es una noción difícil de delimitar con una definición precisa, pero, como en la buena fe, podemos ver una norma de comportamiento general que impregna la relación de las partes.

B/ Los efectos prácticos

Ciertamente, puede parecer paradójico establecer como principio esencial una obligación cuyo contenido resulta difícil delimitar. Sin embargo, esta paradoja es la misma que caracteriza generalmente las nociones éticas y filosóficas. El respeto forma parte de las nociones imposibles de definir *a priori* de una manera exacta y exhaustiva, y cuyo contenido se va aclarando con cada una de las resoluciones judiciales que ellas inspiran³⁴.

Corresponde así a la jurisprudencia definir los límites de la noción, como sucede en el caso de las buenas costumbres o de la buena fe en derecho contractual. Este proceso se distingue de varias maneras del que lleva a los jueces a ratificar los deberes innominados; especialmente debido a que éstos, identificados y ratificados por la jurisprudencia conforme se suceden los casos litigiosos, no tienen fuerza de ley. Es así que puede considerarse que el primer efecto de la obligación de respeto entre esposos es el de reagrupar los deberes innominados en una noción amplia, incluyente, que les imprime la fuerza de la ley escrita. Igualmente, y sobre todo, el artículo 212 del Código Civil permite apoyar sobre el respeto los demás deberes que le siguen en la redacción del texto, empezando por la fidelidad. De este modo, los jueces pueden disponer de la libertad de acción necesaria para modernizar un ámbito en evolución constante, ya que las obligaciones personales en el matrimonio se encuentran sometidas a la evolución del orden público y de las buenas costumbres.

La reciente evolución de la jurisprudencia relativa a la legitimidad de las donaciones hechas por un hombre casado a su amante muestra la influencia de la evolución de la noción de buenas costumbres y deja entrever las consecuencias de recurrir a la noción de respeto en su sentido fundamental.

El deber de fidelidad es hoy una obligación relativa, su transgresión ya no puede implicar la responsabilidad de terceros. Desde 1999³⁵, participar en un adulterio no constituye en sí una falta para la amante y las liberalidades en su beneficio son admitidas. En 2001, el Tribunal de Casación francés decidió que “el solo hecho de mantener una relación con un hombre casado no constituye una falta que implique la responsabilidad de su autor con respecto a la esposa”³⁶. A partir de una sentencia dictada por la Asamblea Plenaria del Tribunal en 2004³⁷, que ratificaba la posición de la sala primera de lo civil, dichas donaciones son admitidas incluso si tienen como fin el mantener la relación adulterina. En realidad, resultaría delicado tratar a un tercero de manera más severa que al propio esposo; además de que, desde la reforma de 1975, el adulterio ya no es una causa perentoria de divorcio.

Más recientemente, es en materia de corretaje matrimonial que el Tribunal de Casación confirmó, de cierta manera, la idea de que el adulterio no es más ilícito que inmoral.

En la resolución del 4 de noviembre de 2011³⁸, el Tribunal de Casación censuró a los magistrados del Tribunal de Apelación (*Cour d'appel*) de Nîmes por haber admitido a juicio la demanda de nulidad del contrato de corretaje concluido por una agencia matrimonial. En este caso, el contrato litigioso había sido suscrito por un hombre, efectivamente en instancia de divorcio, pero incontestablemente casado, ya que el divorcio había sido pronunciado un año más tarde. El Tribunal de Apelación había anulado dicho contrato por causa ilícita contraria al orden público y a las buenas costumbres. La decisión fue anulada por la sala primera de lo civil por el motivo de que “*el contrato propuesto por la agencia matrimonial relativo a la oferta de encuentros cuyo objetivo es la posible realización de un matrimonio o una unión estable, no es nulo por causa contraria al orden público y a las buenas costumbres por haber sido concluido por una persona casada, ya que dicha oferta que no es confundible con la realización de una unión*”. En efecto,

técnicamente, debemos admitir que la oferta de encuentros con el objetivo de llegar a realizar un matrimonio no se confunde con la propia realización del matrimonio. Además, el contrato había sido concluido cuando su contractante estaba en pleno proceso de divorcio, después del auto de no conciliación, y sabemos que en tales casos, bajo reserva de valoración soberana de los jueces de fondo, la jurisprudencia reconoce un carácter menos imperativo de la obligación de fidelidad³⁹. En su comentario de la decisión, el profesor Remy Libchaber, al tiempo que sugiere la inutilidad de la obligación de respeto, plantea la siguiente cuestión: “¿Se respeta realmente al cónyuge, o a la institución del matrimonio, cuando se prevén y se organizan las condiciones de un nuevo matrimonio incluso antes de que el primero haya sido disuelto, antes de haber superado el fracaso de la unión precedente?”⁴⁰

Esa corriente de la jurisprudencia, que tiende a atenuar la fuerza del deber de fidelidad, encuentra su justificación en el contexto actual, del cual está sencillamente tomando acta. Ese deber se justificaba en 1804 por la presunción de paternidad de la que beneficiaba el marido. Por esa razón, el adulterio cometido por la mujer, considerado más peligroso que el del marido, era penado con mayor severidad. Según esa lógica, la fidelidad tenía que ver con la protección de la familia legítima por la ley, protección encarnada particularmente por las penas civiles y penales previstas para el amante de la esposa que cometía adulterio, y la situación dada a los hijos producto de una unión adulterina⁴¹.

Actualmente, el esposo tiene el derecho de impugnar una supuesta paternidad con la ayuda de pruebas biológicas. La evolución de las costumbres ha conducido a sancionar el adulterio solo en el caso de “hechos que constituyan una violación grave o reiterada de los deberes del matrimonio y hagan insoportable el mantenimiento de la vida en común”, hechos inscritos en el artículo 242 del Código Civil relativo al divorcio por falta. Así, el deber de fidelidad se ha ido debilitando a lo largo del tiempo. A pesar de ello, no se trata de ninguna manera de hacer del respeto un sinónimo de la fidelidad, ni de sancionar la transgresión del deber de fidelidad recurriendo a la obligación de respeto, cuyo significado es mucho más amplio. Se trata más bien de dar un nuevo aliento a la institución del matrimonio rechazando todo agravio a la obligación de respeto; por ejemplo, cuando las circunstancias del adulterio representen su transgresión. Puesto que si la evolución de las costumbres permite hacer de la fidelidad una obligación relativa, no se puede hacer lo mismo con el respeto, noción fundamental cuando se trata de las relaciones entre las personas.

A través de la polémica que precedió la adopción de la Ley de 17 de mayo de 2013 (que establece el derecho al matrimonio para parejas del mismo sexo), se ha podido constatar que la suposición del desinterés de los ciudadanos por el matrimonio es errónea. Por la reafirmación, a través de la obligación de respeto, de las obligaciones personales que el matrimonio engendra, la jurisprudencia dispone con la Ley de 6 de abril de 2004 de un medio para hacer que esta institución entre en la modernidad.

Notas de pie de página

¹ Casación 1ª sala civ., 3/2/1999, n° 96-11.946, *Bulletin arrêts cass. civ.* I, n° 43, Recueil Dalloz 1999, p. 267, ponente Savatier X., comentario Langlade-O'Sughue J.P., *ibid.*, p. 307, obs. Grimaldi M., *ibid.*, p. 351, crónica Larroumet C., *ibid.*, p. 377, obs. Lemouland J.J., *Revue trimestrielle de droit civil* 1999, p. 364, obs. Hauser J., *ibid.*, p. 383, obs. Mestre J., *ibid.*, p. 817 et 892, obs. Patarin J., *JurisClasseur Périodique Edition Generale* 1999, II, 10083, nota Billiau M. y Loiseau G.

² Casación asamblea plenaria 29/oct./2004, n° 03-11.238, *Bulletin arrêts cass. civ.*, n° 12, Dalloz 2004, p. 3175, nota Vigneau D., Dalloz 2005, p. 809, obs. Lemouland J.J. y Vigneau D., *Actualité Juridique-Famille* 2005, p. 23, obs. Bicheron F., *Revue trimestrielle de droit civil* 2005, p. 104, obs. Hauser J., *JurisClasseur Périodique* 2005, II, 10011, nota Chabas F.

³ Ley n° 75-617 de 11 de julio de 1975, Diario Oficial de 12 de julio.

⁴ Antiguo artículo 238 del Código Civil: "Lo mismo sucederá cuando las facultades mentales del cónyuge se encuentren, desde hace seis años, tan gravemente alteradas que ningún tipo de comunidad de vida subsista entre los esposos y que no pueda, según las previsiones más razonables, reconstituirse en el futuro."

⁵ Ley n° 2004-439 de 26 de mayo de 2004, Diario Oficial de 27 de mayo.

⁶ P. Malaurie, H. Fulchiron, *La famille*, Defrenois 2011, 4ª ed., n° 1477; véase igualmente: A. Bateau, *Droit des personnes des familles et des majeurs protégés*, 6ª ed., LGDJ 2012, n° 936.

⁷ Ley n° 2013-404, 17/5/2013, Diario oficial de 18 de mayo, por la que se establece el acceso al matrimonio para las parejas de personas del mismo sexo. Entre los numerosos comentarios, véase: A. M. Leroyer, "La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Au passé, présent et futur", Recueil Dalloz N° 25, 2013, p. 1697; S. Godechot-Patris y J. Guillaumé, "La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe", Recueil Dalloz N° 26, 2013, p. 1756; H. Fulchiron "Le mariage pour tous. Un enfant pour qui?", JCP G, Edition Generale, doct. 658; A. Cheynet de Beaupré, "Mariage pour tous: l'effet papillon", *Revue Juridique. Personnes et Familles* 2013-2/5, p. 6 y ss.; A. M. Leroyer, "A propos de la loi du 17 mai 2013: une illustration de conflits de normes", *Revue trimestrielle de droit civil* 2013, p. 675 y ss.

⁸ Ley n° 2006-399 de 4 de abril de 2006, Diario Oficial de 5 de abril.

⁹ Acerca de la particularidad del matrimonio, cf. J.J. Lemouland, "Vers un droit commun de la formation des couples", *Les Petites Affiches* 2007, n° 254, p. 13 y ss.

¹⁰ D. Vigneaud, Recueil Dalloz 2006, p. 1414.

¹¹ Cf. D. Viriot-Barrial, "Commentaire de la loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs", Recueil Dalloz 2006, p. 2350; A.M. Leroyer, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2006, p.402 y ss.

¹² A.M. Leroyer, *Ibid.*, p. 402.

¹³ Ley n° 94-653, 29/7/1994, Diario Oficial de 30 de julio, relativa al respeto del cuerpo humano, cf. V. Depadt-Sebag, *Droit et bioéthique*, Larcier, 2012, n° 135 y s.

¹⁴ Portalis, Discurso preliminar del primer proyecto de Código Civil, p. 52: "Con la mayoría de edad de los hijos cesa el poder de los padres; pero únicamente en sus efectos civiles: el respeto y la gratitud siguen exigiendo consideraciones y deberes que el legislador ya no ordena."

¹⁵ Casación 1ª sala civil, 14/5/1992, Recueil Dalloz 1993, p. 247, nota Eschylle, J.F., JCP G 1993, II, 22097, nota Testu X., Defrénois 1992, p. 1435, obs. Massip J.

¹⁶ Proyecto de ley AN n° 2794, 2010-2011.

¹⁷ G. Durand, *Introduction générale à la bioéthique*, Fides-Cerf 1999, p. 405.

¹⁸ "Obra de tal modo que la máxima de tu voluntad pueda valer siempre al mismo tiempo como principio de una legislación universal.", I. Kant, *Critique de la raison pratique*, PUF, 1993, p. 30.

¹⁹ "El respeto de la ley moral es un sentimiento producido por un principio intelectual, y ese sentimiento es el único que conocemos perfectamente *a priori*, y cuya necesidad podemos percibir", I. Kant, *Critique de la raison pure*, p. 77.

²⁰ *Ibid.*, p. 80 ;

²¹ I. Kant, *Métaphysique des mœurs, deuxième partie, Doctrine de la vertu*, París, Vrin, 1985, §11, p. 109.

²² E. Levinas, *Entre nous*, Grasset 1991, p. 45.

²³ R. Badinter, sesión del 24 de enero de 2006, adopción del proyecto de ley en segunda lectura, Diario Oficial Senado 24 de enero de 2006, p. 168.

²⁴ Informe n° 2851 de Guy Geoffroy, "au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur la proposition de loi, adoptée avec modifications en deuxième lecture par le Sénat, renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs".

²⁵ R. Badinter, *ibid.*

²⁶ M. Lamarche y J. J. Lemouland, *Repertoire de droit civil Dalloz*, "Mariage", (fascículo 4: ° Effets), n° 75.

²⁷ Ejemplo: Casación 2ª sala civil, 10/6/1999, n° 07-20.144, RJPF 1999-7/37.

²⁸ J. Carbonnier, *Droit Civil*, Tomo 2, *La famille, l'enfant, le couple*, 21ª ed., 2002, p. 474.

²⁹ A. Benabent, *Droit civil, La famille*, 11ª ed., 2003, p. 118.

³⁰ M. Lamarche y J. J. Lemouland, *op.cit.*

³¹ Código Civil, art. 16: "La ley garantiza la primacía de la persona, prohíbe cualquier ataque a su dignidad y garantiza el respeto del ser humano desde el comienzo de su vida."

³² Cf. D. Fenouillet, "Les bonnes mœurs sont mortes! Vive l'ordre public philanthropique", *Études offertes à Pierre Catala*, Litec 2001, p. 487 y ss.; J. L. Sourieux, "Le destin fabuleux d'une épithète: la reviviscence du sens juridique des bonnes mœurs?", *Revue des contrats* 2005, p. 1273

³³ P. Jourdain, "La bonne foi dans les relations entre particuliers dans la formation du contrat", *Rapport français*, in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, La bonne foi, t. 43, 1992, Litec, 1994, p. 121 y ss.; Y. Picot, "L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat", in *Le juge et l'exécution du contrat*, J. Mestre (Dir.), PUAM 1994.

³⁴ “En las matemáticas, la definición pertenece *ad esse*; en la filosofía, *ad melius esse*. Los juristas buscan todavía la del concepto de derecho”. I. Kant, *Critique de la raison pure*, París, Puf 1980, p. 503.

³⁵ Casación 1ª sala civ., 3/2/1999, op.cit.

³⁶ Casación 2ª sala civ., 5/7/2001, Dalloz 2002, sumario p. 1318, obs. Delebecque Ph., *JurisClasseurPeriodique Ed.Generale* 2002, II, 10139, comentario Houtcieff D., *Revue trimestrielle de droit civil* 2001, p. 893, obs. Jourdain P., *Defrénois* 2003, art. 37657, obs. Massip J.

³⁷ Casación asamblea plenaria, 29 de oct. de 2004, op. cit.

³⁸ Casación 1ª sala civil, 4/11/2011, n° 10-20.114, Recueil Dalloz 2012, 59, nota R. Libchaber, *Revue Juridique Personnes et Famille* 2012-1/35, obs. Leborgne A., *Actualités Jurisprudentielles famille* 2011, p. 613, obs. Chénéde F., *JurisClasseur Periodique Ed. Generale* 2012, 12, nota Bakouche D., *Droit famille* 2012, com. 21, comentario Vigneau D.

³⁹ V. David-Balestriero, “Le devoir de fidélité pendant la procédure de divorce”, *Les Petites Affiches* 1995, n° 134, p. 17.

⁴⁰ R. Libchaber, “La Cour de cassation n’est plus gardienne du mariage!”, *Recueil Dalloz*. 2012, p. 62.

⁴¹ J. Carbonnier, *Droit civil*, I, PUF 2004, p. 1226.