UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

Escuela de Derecho

DEL DEBER DE FIDELIDAD EN EL DERECHO MATRIMONIAL CHILENO ACTUAL. DE SU CONFIGURACIÓN Y DE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS COMO EVENTUAL CONSECUENCIA JURÍDICA ATRIBUIDA A SU INCUMPLIMIENTO

MEMORIA DE PRUEBA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS

GONZALO ANDRÉS AGUILERA CHAPARRO

VALPARAISO, OCTUBRE 2007

INTRODUCCIÓN

SUMARIO: *1.- Palabras previas.- 2.- Nuestro tema: de su elección, delimitación, y de algunas motivaciones.- 3.- Nuestro plan.-*

1.- Palabras previas

El siglo decimonónico, en el cual se sucede profusamente el proceso de codificación, se caracteriza - entre otras cosas – por un nuevo auge de la filosofía moral. Confluyen, a la vez, tanto un rígido plexo de normas de índole ético y tanto un cuestionamiento epistemológico y valorativo sobre le libertad humana y sobre sus epifenómenos deónticos.

En dicha época – la de dictación de nuestro Código Civil - la preocupación por la sexualidad y su exclusivismo constituía un tema a considerar, ya no sólo en el ámbito de la filosofía o de las diversas esferas normativas de la conducta humana. A la luz de la literatura – con aguda e irónica observación – el novelista francés VICTOR HUGO escribía: *"la fidelidad de muchos hombres se basa en la pereza, la fidelidad de muchas mujeres en la costumbre"*; mientras que a su vez el escritor y dramaturgo irlandés OSCAR WILDE afirmaba: *"los hombres jóvenes quieren ser fieles y no lo consiguen; los hombres viejos quieren ser infieles y no lo logran"*.

Como vemos, lo de la sexualidad, lo relativo a la lealtad o a la traición en dicho aspecto humano, y lo referido a la ocurrencia social del engaño matrimonial, no conforman un patrimonio acusable sólo a nuestros días que corren.

Sobre una materia de inagotable tratamiento - el de la sexualidad y las lealtades exigidas en dicha esfera – y respecto al cual el derecho hoy no es ajeno, volcaremos las líneas de nuestro trabajo.

2.- Nuestro tema: de su elección, delimitación, y de algunas motivaciones

Creemos que el denominado estatuto personal del matrimonio ha sido – por un tiempo de largo aliento – una esfera desdeñada en los

estudios doctrinales y en el desarrollo foral; para los cual basta constatar la escasas monografías específicas sobre los deberes personales derivados del vínculo de conyugalidad. Lo anterior contrasta con el mayor desarrollo de aspectos patrimoniales del matrimonio.

Con la incorporación de nuevos institutos a través de la nueva ley de matrimonio civil, puede avistarse un auge – al menos jurisprudencial – de dicha faceta normativa del matrimonio

Hemos delimitado nuestro trabajo al *deber de fidelidad matrimonial*, pues: 1°) como expusimos, no abundan trabajos específicos sobre cada uno de los deberes personales que imperan a los cónyuges; 2°) un gran número de separaciones afectivas en general, donde de suyo se incorporan las separaciones de hecho matrimoniales, se ocasionan por eventos de indifidelidad matrimonial de una de las partes, por lo que cobra importancia dedicar líneas a un tema de profusa ocurrencia social; y 3°) dicho deber conyugal se vincula con un aspecto de profunda intimidad de los imperados por la norma: su sexualidad, de guisa que resulta de señera importancia cuestionarse sobre la legitimidad y límites de la regulación estatal sobre aspectos que *primae facie* son de senda privacidad.

El deber matrimonial sobre el que versará nuestro trabajo se refiere al *derecho matrimonial actual.* Se colige, por ende, que aludiremos al derecho comparado sólo para efectos de ilustración y argumentación; pues – no obstante participar de denominadores comunes en la tradición jurídica occidental continental – es noto las diferencias normativas de los textos legislativos internos y en los avances de los estadios culturales de países cercanos; por lo que centraremos el esfuerzo por resolver preguntas sobre el ordenamiento jurídico *patrio.* También se colige que abocaremos nuestra mirada sobre el derecho *actual*, recurriendo al pasado y a normas pretéritas, eso sí, para la mejor inteligencia de nuestra actualidad; y sin dejar – en algunos casos – de levantar nuestra vista para mirar sobre el futuro y las potencialidades de las instituciones matrimoniales actuales.

La *configuración* de dicho deber será quizá el aspecto de mayor extensión de nuestro estudio. Pues mucho se está discutiendo sobre las nuevas consecuencias normativas atribuidas a su infracción - en la especie

mucha algazara ha generado, y no podría ser de otro modo, las novedades de los institutos del divorcio y la separación judicial – dejándose en igual situación de desdén el estudio de los deberes matrimoniales personales en sí. Con todo, y con la potencialidad de la mayor alegación en el foro sobre infracciones del deber de fidelidad matrimonial, se hace menester su delimitación jurídica, pues la falta de configuración dogmática más cierta trae como corolario, a pasos contados, su desfiguración total.

De todas las posibles sanciones jurídicas imputadas a la infracción sólo nos hemos quedado con una para su tratamiento: la *indemnización de perjuicios* ante el incumplimiento del referido deber de fidelidad matrimonial como hecho ilícito generador de daños civiles. ¿Por qué hemos escogido dicha consecuencia y, a su vez, hemos preterido otras? Veamos: 1°) Hemos omitido el tratamiento de las posibles *consecuencias jurídicas en la esfera filiativa* – en particular como su discutible ingerencia en la conformación de una causal de inhabilidad moral para el ejercicio del cuidado personal de los hijos comunes - por ser una materia más propia del Derecho de Menores como rama de mayor especificidad dentro del Derecho Familiar; 2°) Respecto de lo que hemos denominado como *consecuencias referentes al vínculo matrimonial,* o, lo que es igual, sobre la constitución tanto de una causal de divorcio y tanto de una causal de separación judicial, se ha generado abultada literatura acerca o relativa, precisamente, al divorcio y a la separación judicial, pudiendo ser ya colaborativo en dichas materias lo que se expondrá sobre la configuración del deber de fidelidad matrimonial, de modo que su infracción – en los términos expuestos y además de la concurrencia de los otros requisitos adicionales al efecto – pueda ser aducida como causal aplicable a dichos particulares; 3°) Respecto de otras consecuencias relativas a los aspectos patrimoniales de los cónyuges - en cuya órbita cobra destaque el incumplimiento del deber de fidelidad como criterio para la determinación del *quantum* de la compensación económica procedente entre los cónyuges, la infracción del citado deber como causal directa de separación de bienes, y otras posibles consecuencias como la injuria atroz y la indignidad sucesoria – sostenemos que nada hay de específico en el deber de fidelidad matrimonial que no concurra también en

otros deberes personales del matrimonio, siendo del caso que muchas sanciones señaladas como, a modo ejemplar, la separación de bienes, pérdida de la vocación hereditaria, o extinción del derecho de alimentos, se pueden obtener más expeditamente, por vía refleja o indirecta, con la misma declaración de divorcio o de separación judicial; 4°) De ahí que arroparemos esfuerzo en lo referido a las consecuencias patrimoniales entre los cónyuges, y en especial en lo relativo a una: la eventual indemnización de perjuicios; 5°) Más aún cuando ha sido precisamente la infracción a dicho deber matrimonial la que ha dado lugar a la jurisprudencia existente en el derecho comparado; el tratamiento doctrinal y jurisprudencial en Chile es muy escaso sobre dicha materia; y, en abundamiento, es un aspecto de posible proyección con el eventual aumento de las sentencias que declaren en sede familiar – juicios de divorcio o separación judicial – una infracción a dicho deber matrimonial; 6°) Máxime, lo expuesto, con la notoria expansión del derecho de daños a los diversos ámbitos de la vida en sociedad, quizá cumpliéndose así la conocida afirmación de RIPERT: *"Allí donde antes se soportaba el daño causado inclinándose ante el azar nefasto, se intenta hoy encontrar al autor del daño"*.

3.- Nuestro plan

Hemos dividido nuestro trabajo en tres partes: la primera, intitulada *"Generalidades sobre el deber de fidelidad"*; la segunda, denominada *"Configuración del deber de fidelidad en el derecho matrimonial chileno actual"*; y la tercera señalada como *"De la indemnización de perjuicios como eventual consecuencia jurídica atribuida al incumplimiento del deber de fidelidad matrimonial"*. Todo lo anterior precedido por una *Introducción* y sucedido por unas *Conclusiones*.

La primera parte se compone por dos capítulos: el capítulo primero titulado *"De los aspectos generales: concepto, denominación, fundamentación y fines"*, y el capítulo segundo titulado *"De la naturaleza jurídica del deber de fidelidad"*. La segunda parte se compone, a su vez, de tres capítulos: el capítulo tercero titulado *"De la delimitación de la conducta externa exigida al cónyuge en virtud del deber de fidelidad"*; el capítulo cuarto titulado *"De la imputación subjetiva aplicable*

al deber de fidelidad"; y el capítulo quinto titulado *"Del rol de la voluntad de los cónyuges en la configuración del deber de fidelidad matrimonial"*. La tercera parte se compone, finalmente, de dos capítulos: el capítulo sexto titulado *"De la indemnización de perjuicios entre cónyuges en general y de su aplicación a la infracción de deberes matrimoniales"*; y el capítulo séptimo titulado *"Del incumplimiento del deber de fidelidad como hecho ilícito generador de daños civiles en sus aspectos relevantes vinculados a los elementos de la responsabilidad civil"*.

El capítulo primero - *"De los aspectos generales: concepto, denominación, fundamentación y fines"* – se trata de un capítulo propedéutico para nuestro tema en estudio. En él se tratan desde aspectos introductorias como convenciones instrumentales sobre denominaciones y conceptos de consenso sobre el objeto de análisis, hasta aspectos de mayor calado ontológico como es el tratamiento de los posibles bienes jurídicos amparados por la norma que impone el deber de fidelidad matrimonial en nuestro ordenamiento nacional, intentando dar respuesta sobre la necesidad o futilidad, en su caso, de la intervención estatal en materias de intimidad sexual de los ciudadanos. La confección de un concepto propio del deber de fidelidad matrimonial la reservamos para las conclusiones, pues no podría ser de otro modo, ya que necesariamente debimos discurrir sobre los diversos aspectos que conforman dicho deber para estar en condiciones de esbozar una definición de autor.

El capítulo segundo - *"De la naturaleza jurídica del deber de fidelidad"* – se focaliza en dos aspectos. El primero sobre la actual *juridicidad* del deber en colación, lo cual atinge para la extracción de todo el elenco de sanciones jurídicas que el ordenamiento jurídico en particular imputa a su infracción, y también las que, en general, pueden atribuirse a cualquier hecho ilícito. La segunda se refiere a su ubicación dentro del plexo de las diversas normas de orden jurídico, lo cual se vincula con las especies de normas y régimen jurídico aplicable al deber de marras.

En el capítulo tercero - *De la delimitación de la conducta externa exigida al cónyuge en virtud del deber de fidelidad"* – nos adentramos, derechamente, en los aspectos configurativos del deber de fidelidad matrimonial. En este capítulo nos referiremos primeramente al aspecto externo de la conducta exigida

por el referido deber jurídico, es decir al particular despliegue físico corporal que debe manifestar cada cónyuge en el mundo social para adecuar su actuar a la norma, o más bien dicho - y para guardar precisión - a las conductas externas que debe abstenerse de realizar cada consorte en la vida en relación para así cumplir, desde el prisma meramente físico exterior o mecánico biológico, con el aspecto objetivo de la norma en colación, debiendo de esta guisa, y como contrafaz necesario, hacernos cargo de la interrogante acerca de cuales son las conductas exteriores de los cónyuges que infraccionan el deber de guardarse fe recíprocamente, y de esta manera determinar cuando concurre el requisito o aspecto de la imputación objetiva o concreción de una conducta exterior del sujeto pasivo infractora del deber en cuestión, que pueda dar origen a las consecuencias jurídicas vinculadas a toda trasgresión de una norma de orden jurídico y a las consecuencias particulares o específicas del quebrantamiento del deber en estudio.

En el capítulo cuarto - *"De la imputación subjetiva aplicable al deber de fidelidad"* – se tratarán aspectos generales de la imputación subjetiva como factor atributivo de responsabilidad, para adentrarnos, a reglón seguido, en algunas particularidades del derecho matrimonial y del deber conyugal objeto de este trabajo. Lo anterior por cuanto para configurar la infracción del deber en estudio – y como ocurre en general con todos las infracciones normativas - debe concurrir también su vez, por regla, una imputación subjetiva de dicho comportamiento externo trasgresor de la conducta exigida normativamente, es decir: es menester comprobar que dicha acción u omisión vulneradora de la norma sea imputable a título de *dolo* o *culpa* por parte del obligado por el deber en colación.

En el capítulo quinto -*"Del rol de la voluntad de los cónyuges en la configuración del deber de fidelidad matrimonial"* – la interrogante es la siguiente: ¿pueden los cónyuges – fuera de las causales legales indubitadas de suspensión del deber de marras – modificar el contenido, o derechamente disponer, del deber recíproco de guardarse fe? En dicho acápite se transitará sobre la antinomia compuesta por el binario *orden público* versus *autonomía conyugal*; tratando, en la especie, la situación referida a la posible

disponibilidad del deber de fidelidad matrimonial, haciendo vista desde la solución tradicional de intangibilidad de dichos deberes hasta ciertas parcelas de autonomía conyugal – en referencia al deber en estudio – en situaciones reguladas por la nueva ley de matrimonio civil; exponiendo, a su vez, situaciones no reguladas que pueden generar interrogante sobre la licitud o ilicitud de convenciones conyugales de dispensa del deber de fidelidad matrimonial, y exponiendo – finalmente - nuestra opinión al efecto.

El capítulo sexto - *"De la indemnización de perjuicios entre cónyuges en general y de su aplicación a la infracción de deberes matrimoniales"* – aborda cuestiones generales sobre la aplicabilidad del derecho de daños en la esfera matrimonial. En dicho capítulo nos hacemos cargo de la discusión sobre la procedencia de indemnización de perjuicios entre cónyuges; y sobre el eventual estatuto de responsabilidad civil aplicable para el caso de aceptación de introducir las normas sobre reparación de daños civiles en el ámbito del derecho matrimonial.

Por último, el capítulo séptimo - *"Del incumplimiento del deber de fidelidad como hecho ilícito generador de daños civiles en sus aspectos relevantes vinculados a los elementos de la responsabilidad civil"* – va vinculando cada uno de los elementos de la responsabilidad civil a aspectos concretos referidos al deber de fidelidad matrimonial, pues no abordamos latamente aspectos generales de cada uno de dichos elementos para así privilegiar los aspectos más específicos referidos a nuestro deber en estudio.

PRIMERA PARTE: GENERALIDADES SOBRE EL DEBER DE FIDELIDAD

CAPITULO PRIMERO:
De los aspectos generales: concepto, denominación, fundamentación y fines

SUMARIO: I.- CONCEPTO Y DENOMINACIÓN. 1.- Concepto.- 2.- Denominación.- II.- FUNDAMENTACIÓN Y FINES. 1.- Necesidad de la intervención del Estado en la regulación del deber de fidelidad.- 2.- Posibles bienes jurídicos fundantes del deber de fidelidad matrimonial.- 2.1.- Certeza en la filiación: proscripción del turbatio sanguinis.- 2.2.- Lealtad o respeto conyugal.- 3.- Nuestra posición.- 3.1.- Carácter dinámico de las normas.- 3.2.- Certeza en la filiación como fundamentación en el origen del Código Civil: revisión crítica de dicho fundamento para nuestros tiempos.- 3.3.- Lealtad conyugal como fundamento contemporáneo.- 3.4.- Algunas consecuencias importantes de la elección.-

I.- Concepto y denominación

1.- Concepto

Senda dificultad emerge a la hora de intentar – de entrada – otorgar inmediatamente un concepto del objeto de estudio, comprensivo de todos sus elementos y características de mayor destaque ontológico.

Lo antedicho se enmaraña aún más cuando, precisamente, uno de los objetivos del presente trabajo es dilucidar la configuración del deber en colación dentro de nuestro ordenamiento jurídico actual. Dicha finalidad implica necesariamente discurrir sobre aspectos centrales del tema, atingentes: a su juridicidad y, en su caso, la naturaleza jurídica del mismo; a la conducta externa exigida a los cónyuges en virtud de dicho deber; a la aplicabilidad de imputación subjetiva para el evento de su incumplimiento; a su extensión temporal dentro del *iter* matrimonial, al rol de la autonomía de la voluntad de los consortes en relación a su disponibilidad y/o modificación; entre otros tópicos vinculados al particular.

De lo expuesto, se puede colegir la pertinencia de reservar la enunciación de un concepto – o quizá un mero proyecto de definición - comprensivo de todos los elementos del deber de fidelidad matrimonial, para el momento de enunciar las conclusiones de este trabajo.[1]

No obstante – y con un fin meramente operativo o instrumental – definiremos por ahora el citado deber de guardarse fe entre los cónyuges como *el deber de orden personal, derivado del matrimonio, que tiene cada uno de los cónyuges, y en cuya virtud éstos tienen la prohibición de tener relaciones sexuales con personas diversas de su consorte respectivo.*[2] Sin duda que una definición escueta y precaria como la enunciada deja más bien un elenco de preguntas acerca de cada uno de los aspectos definitorios ya insinuados anteriormente. Empero, justamente este trabajo a lo largo de su desarrollo intentará ir derrotando cada una de las interrogantes que ahora emergen; siendo - por el momento – *instrumental* el concepto enunciado, en cuanto nos introduce a una primera aproximación, a una idea previa, a una noción casi intuitiva acerca del instituto respecto del cual nos haremos cargo en las páginas que siguen.

2.- Denominación

En lo referente a su denominación, también seguiremos la usanza de la locución más habitual de *deber de fidelidad matrimonial*; habida cuenta de ser la más utilizada por la doctrina nacional[3], y de guardar más correspondencia con la enunciación literal de la norma civil sustantiva que sirve de fuente legal generadora del citado deber matrimonial[4].

---

[1] Para un concepto nuestro, *vide supra* "CONCLUSIONES, 1"

[2] El concepto *instrumental* enunciado, podríamos por ahora entenderlo como una definición consensuada por la doctrina nacional. En este sentido, por todos, *vide* RAMOS PAZOS, RENE. *Derecho de Familia.* Editorial Jurídica de Chile, 2005, pág. 125; ROSSEL SAAVEDRA, ENRIQUE. *Manual de Derecho de Familia.* Editorial Jurídica de Chile, 1994, pág 80; SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL. *Derecho de Familia*; Tomo I. Ediar Editores Ltda. 1983, pág. 134; MEZA BARROS, RAMÓN. *Manual de Derecho de Familia.* Editorial Jurídica de Chile, 1989, pág 84; LÓPEZ DÍAZ, CARLOS. *Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia.* Librotecnia, 2005, págs. 302-303.

[3] Sobre el particular, véanse los autores de la cita anterior. *Vid. supra* cita anterior.

[4] El artículo 131 del Código Civil al prevenir el deber de marras, lo enuncia precisamente como el **deber de *guardarse fe*** entre los cónyuges; mientras que, en abundamiento, el artículo 132 del mismo cuerpo

A su vez, la utilización de la nomenclatura de *deber* en perjuicio del vocablo *obligación,* se deriva de dos consideraciones. La primera se refiere a que, sin perjuicio de ser pertinente y actual la discusión acerca de la naturaleza jurídica del mismo, en principio nos inclinamos – según desarrollaremos en el capítulo respectivo – por considerarlo más bien como un *deber jurídico específico,* y no como una *obligación en sentido técnico estricto.* Y, en segundo lugar, por cuanto al utilizar la denominación *deber* en oposición a *obligación* actuamos sobre seguro de no caer en imprecisiones sobre el particular, pues, sabido es que toda *obligación en sentido técnico estricto* participa dentro de la categoría más amplia de *deber jurídico genérico*,[5] en una relación de especie a género.[6]

Por último - más por el peso de la costumbre que por la precisión del término – seguiremos la tradicional incorporación del deber de fidelidad matrimonial en los denominados *deberes personales* derivados del matrimonio o *estatuto personal del matrimonio.*[7]

---

legal – al referirse al adulterio como una infracción grave del deber en estudio – se refiere expresamente al ***deber de fidelidad que impone el matrimonio***.

[5] Sobre la pertenencia de la categoría de *obligación* al género mayor de *deber jurídico*; *vid.* ALESSANDRI R., ARTURO; SOMARRIVA U., MANUEL; VODANOVIC H., ANTONIO. *Tratado de Las Obligaciones* .Segunda edición ampliada y actualizada por Antonio Vodanovic h., Editorial Jurídica de Chile, 2004, pág 9; ABELIUK MANASEVICH, RENE. *Las Obligaciones*. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, 1993, pág 30. *V. a.,* para el derecho comparado: HERNANDEZ GIL, ANTONIO. *Derecho de Obligaciones.* Sucursal de Rivadeneira, Madrid, 1976, págs. 58-66.

[6] Podría agregarse, como argumento de *lege lata,* que el actual inciso primero del artículo 132 del Código Civil, cuyo texto fue dado por la ley 19.335, despeja toda duda al enunciarlo literalmente como el ***deber de fidelidad que impone el matrimonio***. En este sentido, las últimas reformas legales en la materia siguen dicho derrotero. No obstante la sola enunciación legislativa no es confirmativo de la sustancia ontológica de un instituto jurídico.

[7] Sin duda que la primera crítica que surge frente a la nomenclatura de *deberes personales del matrimonio,* se refiere que en todos los diversos deberes derivados del matrimonio, como en general – ya en el ámbito del derecho de Obligaciones – en las *obligaciones* de contenido patrimonial, existe también un vínculo jurídico entre *personas determinadas*, es decir, un vínculo *intersubjetivo*. De ahí la clásica distinción entre derechos personales y derechos reales, y también el carácter excepcional de las denominadas *obligaciones reales* en oposición a las obligaciones personales. No obstante, se entienden las denominaciones de *deberes personales del matrimonio* o de *estatuto personal del matrimonio,* por el destaque de la ausencia de contenido económico de éstos, en oposición al *estatuto patrimonial del matrimonio*, que se refiere tanto al régimen de bienes o patrimonial del mismo, como, de manera genérica, a las relaciones pecuniarias entre los cónyuges, o de éstos con terceros.

II.- Fundamentación y fines

1.- Necesidad de la intervención del Estado en la regulación del deber de fidelidad

No es el objeto principal de este trabajo resolver definitivamente acá ni las razones éticas o morales para la génesis, existencia, y pervivencia de la prohibición de la infidelidad entre cónyuges; como tampoco las razones político legislativas y de legitimidad de intervención del Estado en un ámbito que – *primae facie* – es de tanta intimidad dentro de las relaciones intesubjetivas como es, en particular las relaciones sexuales entre cónyuges, como, en general, todo lo referente a los actos consentidos de connotación sexual entre adultos de una sociedad determinada. Ambas tareas exceden el plan de nuestro trabajo.

No obstante es menester igualmente referirse a lo menos al último aspecto aducido: es decir, a las razones político legislativas y de legitimidad de intervención del Estado en la conducta sexual conyugal. Esta decisión – además de la obviedad de atingencia de contenido con el deber matrimonial en estudio – se refiere a la importancia dogmática y práctica que puede revestir dicho análisis tanto al momento de ponderar su mantenimiento en nuestro ordenamiento jurídico positivo; y tanto al momento de la determinación en la configuración del deber de marras, y - por extensión - a la hora de intentar dilucidar los alcances de la norma en cuestión frente a una determinada conducta conyugal contextualizada en el conjunto de circunstancias concomitantes al comportamiento marital *in concreto.*

Ciertamente, toda norma jurídica contiene una valoración específica, pues se encuentra colmada de una opción o concepción del hombre y de su rol en la vida en comunidad, sea en su relación con el Estado o con otra forma de configuración social que haga sus veces: es decir – parafraseando las palabras del maestro penalista español Jiménez de Asúa – *"lo que se vincula o relaciona no puede ser neutral"*. De ahí que, el conocimiento y revisión crítica de los valores que informan, y de los fines que orientan, las prescripciones jurídicas mediante las cuales el Estado interviene en la vida

en relación determina: la cognición racional de la misma; la conveniencia comunitaria para mantenerla, o no mantenerla, cuando se suceden transformaciones sociales de entidad, entendiendo por tales la modificación en las *normas de cultura* imperantes en una sociedad determinada, o la obsolescencia de una norma en cuanto a sus fundamentos y fines; y la necesidad – en este último caso - de la denuncia del dogmático y de la pertinencia de una actividad legislativa de *lege ferenda* al efecto.[8]

También – según veremos oportunamente en los capítulos venideros – el sumergirse en lo atingente a los fundamentos y fines de la norma prescriptiva del deber de fidelidad, cobra utilidad para la solución de aspectos técnicos y de aplicación normativa concreta para nuestra específica comunidad jurídica. Así tenemos su uso práctico al momento de dilucidar si, tras la norma en colación, se encuentra como telón de fondo una auténtica norma de *orden público* o si, por el contrario, es una norma que pese a encontrarse ubicada dentro del Derecho de Familia se corresponde más bien –de acuerdo a los bienes jurídicos tutelados y a las normas de cultura vigentes a la actual data – en el ámbito del interés privado de los cónyuges[9]. También, de modo genérico, la presente discusión cobra

---

[8] Nuevamente recurriremos – en el derrotero de las ideas mencionado – al comentario de dos juristas que, si bien dedicados al estudio del Derecho penal, son de impecable lucidez en este discurrir de aplicación, huelga decir, al ordenamiento jurídico en su totalidad. En este sentido el profesor NOVOA MONREAL de manera prístina expone "*El derecho ha de estar dado para las circunstancias concretas que vive una sociedad. Si no, las normas jurídicas pierden su utilidad y eficacia y son reemplazadas por otras reglas que el desarrollo social impone imperiosamente con el ímpetu propio de su fuerza y su vitalidad. Las normas inadecuadas, o no se cumplen, o constituyen rémoras del progreso u obstáculos al desenvolvimiento histórico de esa colectividad*" según consta en su conferencia intitulada "*Crisis en el sistema legal chileno*" contenido en el apartado sobre "*El Derecho y los cambios sociales",* publicado en NOVOA MONREAL, EDUARDO. *Una Crítica al Derecho Tradicional.* Ediciones del Centro de estudios Políticos Latinoamericanos Simón Bolivar. 1993, pág. 93. En igual lineamento RIVACOBA Y RIVACOBA señala *"La certeza y la seguridad jurídica solamente son posibles y pensables a partir de la relativa fijeza del derecho. Pero nacido en y hecho para la vida humana de relación, lleva éste en sí, y le caracterizan, los mismos componentes existenciales del hombre: el afán de perduración y la precisión de cambio. Si procurar seguridad a los individuos es título de su grandeza, adecuarse incesantemente a las transformaciones sociales es imposición de su servidumbre; y no es sino en esta tensión dialéctica donde adquiere sentido y es.": Vide* su artículo rubricado *"La racionalidad del ordenamiento"*, contenido en su obra RIVACOBA Y RIVACOBA, MANUEL. *Nueva crónica del crimen.* Edeval, 1981, pág. 194.

[9] No es menor – como veremos en el capítulo sobre el rol de la autonomía conyugal en la configuración del deber de fidelidad matrimonial – que en nuestra dogmática patria suela utilizarse como *locis comnunis* la afirmación de que en toda norma de Derecho de Familia, y en especial las referidas al llamado estatuto personal del matrimonio, se encuentra en juego un *interés social*, configurándose éstas de dicho modo en

créditos en el momento que cualquiera de los operadores jurídicos de nuestro sistema jurídico, e incluso un *lego*, tenga que interpretar la norma en estudio, sea para determinar el contenido de la conducta exigida por la misma, la intencionalidad en el comportamiento conyugal, o el elenco de perjuicios para el evento de su infracción, entre otros temas.

Si bien podríamos afirmar respecto de toda *norma de conducta* su pertenencia a una determinada valoración de la idea del hombre, y una ponderación de éste en su vida en relación; resulta también cierto que en el caso de las normas incorporadas al ordenamiento jurídico, su trascendencia – por la coercibilidad que importa la posibilidad de aplicar, forzosamente, sanciones o consecuencias jurídicas al sujeto infractor – apareja la necesidad de atender con mayor detención para el jurista sobre los fundamentos y fines de las normas de orden jurídico.

En este escenario y en nuestro caso, cabe preguntarse sobre *que* es lo que se busca amparar, proteger, o resguardar con la imposición - ya en el ámbito jurídico - del deber de fidelidad matrimonial. Pues si bien las normas jurídicas resultan generadas, integradas en su contenido, e interpretadas en su sentido más armónico para una época y lugar específico, con la utilización de otros ordenes normativos, especialmente la *moral social*, es pertinente destacar que las primeras – las normas de orden jurídico – deben propender, y limitarse a la regulación de conductas externas de significación interindividual y verdaderamente atentatorias o insoportables para la convivencia social. De ahí que surge inmediatamente la interrogante ¿por qué el Estado – y claramente no sólo el nuestro – puede entrometerse en la regulación de la vida sexual conyugal[10]?; más aún cuando la justificación de la intervención del Estado en materia de Familia en general y en materia de sexualidad conyugal en particular, viene – como

---

normas de *orden público*. Las consecuencias de dicho acierto – y la complacencia que conlleva la falta de razonable crítica – apareja obviamente importantes consecuencias jurídicas que se han anquilosado en nuestro criterio jurídico colectivo, ignorando y pretiriendo todo el auge de la *privatización del derecho de familia,* de la existencia de normas de familia protectoras de intereses meramente privados, y de cualquier alzamiento de la autonomía conyugal como nuevo paradigma en la materia.

[10] Y de paso – de una manera tangencial – también en la vida sexual de los terceros que ven proscrita la posibilidad de tener relaciones sexuales con personas casadas.

contrapartida necesaria – a satisfacer las dudas respecto de los límites de dicha interferencia.[11]

La búsqueda de bienes jurídicos de trascendencia, colaboran con el examen crítico de la norma, evitando así una mantención de la norma, una integración de su contenido normativo, o una interpretación de su sentido, que atienda exclusivamente a una mera imposición moral por parte del Estado, conteniendo de este modo que el deber de fidelidad matrimonial se transforme en un mero *deber de prohibición* huero o carente de significación en cuanto a concretos bienes jurídicos protegidos[12]. Lo antedicho

---

[11] AZPIRI, en este particular, señala que, en materia familiar, el Estado actúa en dos aspectos: el primero, de protección de la familia de las vicisitudes económicas (ej: inembargabilidad de los sueldos, beneficio de excusión con la declaración de bien familiar, etc.) y de cumplimiento subsidiario de sus funciones para el evento de imposibilidad de la familia respectiva (ej: cuidado y alimentación de hijos abandonados); y el segundo - que es de nuestro interés -, creando un marco dentro del cual deben desarrollarse las relaciones familiares. Agrega que, (sic) *"En estas dos vertientes es admitida y justificada la intervención del Estado, pero no debe ser aceptada cuando pretende entrometerse en la intimidad de la familia para resolver cuestiones que no han derivado en incumplimientos de deberes ni en perjuicios para sus miembros. La privacidad del ámbito familiar debe ser preservada como un principio insoslayable, imponiendo un vallado a la acción del Estado".* AZPIRI, JORGE OSVALDO. *Derecho de Familia* .Editorial Hammurabi SRL, Buenos Aires; 2000, págs. 33 y 34. Entre nosotros, en análogo discurso, el profesor BARROS BOURIE, sostiene que en una sociedad pluralista la ley civil no debe asumir un rol excesivamente fuerte en la conformación de las costumbres, relegándose el Estado en aspectos íntimos; expresando que *"en materias más vinculadas a la autonomía e intimidad de la persona o de la familia, la tendencia creciente del derecho comparado vaya hacia la consolidación de un espacio de ´no derecho´. La sociedad renuncia a la coacción propia de la ley civil para transferir de lleno la tarea ordenadora de la convivencia a otras instancias normativas. Desde esta perspectiva es prudencialmente preferible que la disputa (no sólo discursiva, sino práctica) entre las diversas formas de vida y las creencias que las sostienen se plantee en la sociedad civil";* agregando luego, acerca de los límites de eficacia u actuación legítima del derecho civil en materias vinculadas a la familia que, *"es sabido que la ley civil no tiene por objeto construir un mundo perfecto. Su alcance no puede ser la represión de todos los actos incorrectos, ni, menos aún, ordenar todos los actos virtuosos (…)";* finalizando más adelante que: *"conviene atender a que la ley civil no es eficaz para actuar sobre la conciencia o sobre la intimidad familiar y que debe perseguir propósitos más bien modestos".* BARROS BOURIE, ENRIQUE. *La ley civil ante las rupturas matrimoniales* (en *Estudios Públicos Nº 85, año 2000, págs 5-15*, en publicación electrónica contenida en www.cepchile.cl.), págs. 6, 10 y 15, respectivamente.

[12] El profesor RODRIGUEZ COLLAO –a propósito de la perspectiva histórica en la legislación penal en el ámbito sexual, lo cual es aplicable perfectamente en general a la intervención del Estado en la sexualidad de los ciudadanos normados – señala: (sic) *"Con anterioridad al periodo de la codificación, la regulación normativa de la actividad sexual se distinguía por tres rasgos fundamentales: una gran interferencia de criterios morales; la severidad con que se reprimía los comportamientos delictivos; y la desmesuraba extensión del ámbito de lo prohibido, hasta el punto que llegó a ser habitual que en los textos anteriores al Siglo XIX castigaran prácticamente toda forma de relacionamiento sexual extramatrimonial. En este contexto la sexualidad no era vista como una expresión de la libertad individual, sino como instrumento para la procreación; y el fundamento del castigo de los actos de significación sexual radicaba en consideraciones estrictamente morales –básicamente, la actuación del individuo bajo el impulso de una motivación*

claramente se condice con una idea del hombre como un ser de *razón*, apto para valores, que se representa y propone *fines*, se sirva de las cosas y ordena su conducta para alcanzarlos, siendo – por ende – titular de un destino personal e intransferible: en esta perspectiva, el hombre – en una visión kantiana, y en rigor principalmente neokantiana – debe comprenderse como un *fin en si mismo* y *sujeto de dignidad*; o lo que es igual, el hombre no es – o no debe ser – nunca un *medio* para fines, cualesquiera que sean éstos, sino sólo siempre y sólo *fin en sí*; no debiendo en consecuencia perderse de vista que todos los grupos intermedios que conforma para su desarrollo material y espiritual, dentro de los que está la *familia* y en la especie la *familia matrimonial*, no puede superponerse como un *fin* superior a las personas que lo conforman[13].

Veremos a continuación la vinculación del deber de fidelidad matrimonial con diversos fundamentos, y finalidades que podrían explicar su existencia, y de esta guisa dar herramientas o útiles para fundar su pervivencia, para ponderar su extensión, contenido, y, en general, para colaborar a determinar su configuración en nuestro ordenamiento jurídico.

2.- Posibles bienes jurídicos fundantes del deber de fidelidad matrimonial

---

lujuriosa – y no en la lesión de un derecho ajeno (…). Sin embargo, de un orden natural, el modelo sancionatorio de la época distinguía entre la actividad sexual que de alguna manera se acomoda a dicho orden –esto es, aquella que tiende a la procreación – y los actos que lo infringen. RODRÍGUEZ COLLAO, LUÍS. *Delimitación del concepto de abuso sexual.* Contenido en el libro en homenaje a don Manuel de Rivacoba y Rivacoba: *El penalista liberal: Controversias nacionales e internacionales en Derecho penal, Procesal penal, y Criminología.* Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 2004, págs. 564 y ss.

[13] Desde la perspectiva de la definición constitucional, en el artículo primero de la Constitución Política de la República, acerca de la familia como "*núcleo fundamental de la sociedad*", los profesores BARRIENTOS GRANDON y NOVALES ALQUEZAR señalan que en la redacción respectiva se evitó la utilización del vocablo *elemento* en vez de *núcleo,* porque *"se estimó que el elemento natural y fundamental de la sociedad era el hombre, mientras que la familia era la comunidad básica de la sociedad";* habida cuenta que en la sesión 191 se advirtió – en similares términos - que *"El elemento natural y fundamental de la sociedad no es la familia, sino que el hombre";* BARRIENTOS GRANDON, JAVIER; NOVALES ALQUÉZAR, ARÁNZAZU. *Nuevo Derecho Matrimonial Chileno.* LexisNexis, Santiago, 2004, pág. 24. Claramente, la aclaración anterior del texto constitucional se aviene mejor con una visión institucional más liberal.

Trabajaremos sobre los siguientes posibles fundamentos: a) Certeza en la filiación; y b) Lealtad conyugal.[14]

Ciertamente dichos fundamentos no son incompatibles, ya que la infracción del deber de fidelidad matrimonial perfectamente puede constituir un ilícito *pluriofensivo*; pero su análisis por separado podrá dar luces para la acertada inteligencia del deber matrimonial en estudio. También, obviamente, se podrían citar otros que hayan sido preteridos en nuestra elección.

2.1.- Certeza en la filiación: proscripción del *turbatio sanguinis*

Dentro del estudio de la filiación[15] se ha distinguido tradicionalmente dos aspectos integrantes del mismo: a) la *certidumbre* en la filiación; y b) los *efectos* jurídicos de la filiación[16]. El primero se refiere a la determinación de la misma, siendo – generalmente - el vínculo de sangre entre un hijo y su

---

[14] En cuanto a los bienes jurídicos involucrados en el deber de fidelidad matrimonial, el profesor FIGUEROA YAÑEZ – que identifica la infracción de dicho deber con el adulterio - señala que: (sic) *"Se ha discutido acerca del bien jurídico protegido con las disposiciones penales hoy derogadas y con las actuales disposiciones civiles sancionatorias del adulterio. Para algunos autores, ese bien jurídico es de naturaleza genética: se procura la certeza de la paternidad del marido. Para otros, el bien jurídico protegido es la consideración y el respeto que mutuamente se deben marido y mujer".* FIGUEROA YÁNEZ, GONZALO. *Persona, pareja y familia.* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995, pág. 79.

[15] Para un análisis más completo acerca del concepto, evolución, y actual régimen de determinación y efectos de la filiación, *vide esp.,* en textos anteriores a la modificación de la ley Nº 19.585: SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL. *Op. cit; Derecho*…; SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL. *La Filiación. Estudio doctrinal y de legislación comparada.* Imprenta El Esfuerzo, 1931; SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL. *Evolución del Código Civil chileno. Homenaje al centenario de su promulgación,* en su Capítulo IV intitulado *La Filiación*, Editorial Nascimento, 1955, págs.96 y ss. En textos posteriores a dicha reforma: VELOSO VALENZUELA, PAULINA. "*Principios que inspiran el nuevo estatuto filiativo y sucesorio";* y *"Acciones de determinación de filiación".* Contenidos en *Seminario: La nueva ley de filiación.* Facultad de Ciencias Jurídicas Universidad de Antofagasta, págs. 7-26 y 65-81. *V. a.* VELOSO VALENZUELA, PAULINA. *La filiación en el nuevo Derecho de familia.* Lexis nexis, 2001; RAMOS PAZOS, RENE; *Op. cit; Derecho de*… (2005); COURT MURASSO, EDUARDO. *Nueva Ley de Filiación.* Editorial Conosur Ltda., 1999; entre otros.

[16] Entre los autores que destacan la distinción de dichos aspectos de la regulación de la filiación, *vide:* VELOSO VALENZUELA, PAULINA; *Op. cit; Principios que inspiran*…., pág. 12. También ROMERO MIÑO, PAULA; y SQUELLA URQUIZA, CAROLINA. *Los cambios en la filiación por naturaleza en el Derecho chileno. 1857-1999.* Memoria de Prueba. Universidad de Valparaíso, 2000, pág. 11; y RAMOS PAZOS, RENE; *Op. cit; Derecho de*…, (2005), pág. 371.

padre o madre el fundamento de la fijación de dicha certeza[17]; y el segundo se refiere a las consecuencias jurídicas imputadas a la filiación ya debidamente determinada.

Deteniéndonos a continuación en el examen del primer aspecto, es decir, en la *certidumbre de la filiación*, debemos atender a la determinación de la filiación, a su estructura, evolución, y – obviamente – a su vínculo con el deber de fidelidad matrimonial.

Sabido es que el Derecho de Familia es la rama de Derecho Civil de mayor transformación desde la dictación del Código Civil hasta nuestros tiempos[18] [19]; siendo, a su vez, el estatuto jurídico filiativo – en particular respecto a sus clases y a su determinación – un acápite de gran evolución y

---

[17] Se dice "generalmente", por cuanto, siguiendo en este punto a la profesora VELOSO VALENZUELA, no necesariamente existe coincidencia entre la *filiación formal* y *filiación biológica*; pues claramente señala que (sic) *"…no obstante que a todas las legislaciones les interesa que la filiación jurídica coincida con la filiación biológica, no siempre es así, por muchas razones, entre otras, en algunos casos es el propio legislador el que posibilita que se determine la filiación con prescindencia del vínculo biológico, como en la adopción.* VELOSO VALENZUELA, PAULINA. *Acciones de determinación de filiación.* Contenido en *Seminario: La nueva ley de filiación.* Facultad de Ciencias Jurídicas Universidad de Antofagasta, pág. 65. Para el derecho comparado, el profesor AZPIRI ha señalado, en igual punto de vista, su preferencia por la denominación *"filiación"* y no *"procreación",* ya que aquélla es una categoría jurídica mientras que ésta en una noción meramente biológica; y al hacer referencia sólo al hecho de la procreación se deja fuera al vínculo filial adoptivo, que es una creación puramente legal. AZPIRI, JORGE OSVALDO. *Op. cit., Derecho de*…pág. 34. Podemos agregar, a modo de ejemplos, como posibles casos de disonancia entre filiación legal y procreación biológica, los siguientes: la sentencia declarativa de filiación por aplicación del actual artículo 199 del Código Civil, ya que el demandado contumaz que no concurre a la realización del examen biológico podría ser o no ser el padre, en su caso; también los casos en que, por caducidad de la acción filiativa (preferentemente en el caso de la acción de impugnación) ya no pueda impugnar judicialmente una filiación legal que, en la realidad, no coincida con un efectivo vínculo de sangre.

[18] En dicho sentido, la evolución no sólo puede apreciarse con las últimas modificaciones legislativas – por cierto profundas – tales como la nueva Ley de Matrimonio Civil o las ley 19.585, por citar las más notables; sino que ya de antiguo se ha destacado dicho carácter *dinámico* del Derecho de Familia. Sobre el particular, entre otros, *vid.* SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL. *Op. cit; La Filiación. Estudio*…, pág. 13; RIOSECO ENRIQUEZ, EMILIO. *El Código Civil y la evolución del Derecho de Familia (en Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LIII, año 1956),* págs. 11-25; y SILVA BASCUÑAN, ALEJANDRO. *Un siglo de evolución legislativa en lo familiar (en Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XLIX; año 1952),* págs. 99-118.

[19] Para una visión más general y comparada sobre la evolución *del Derecho de Familia occidental*: la regulación en el antiguo Derecho Romano; la canonización del mismo; su institucionalización tras la conformación de los Estados modernos; su formalización y desformalización; y el actual fenómeno de *privatización* del mismo; *vid* MIZRAHI, MAURICIO LUÍS. *Familia, Matrimonio, y Divorcio.* Editorial Astrea, Buenos Aires, 1998. *V.a.:* NAVARRO VALLS, RAFAEL. *Matrimonio y Derecho.* Editorial Tecnos, Madrid, 1995.

cambio[20]. En este largo derrotero, en lo referido a las clases de filiación, tenemos que no obstante la distinción entre filiación matrimonial y filiación no matrimonial[21], en la actualidad existe igualdad jurídica de efectos para todos los hijos[22]. A su vez, en lo referido a la determinación de la filiación – nuevamente siguiendo a la profesora VELOSO VALENZUELA -, podemos decir que la ley actualmente señala cuales son los títulos que atribuyen filiación, tanto respecto de la madre como del padre; siendo efectivo que en el caso de la *madre* serán tres: a) el hecho del parto, con la identidad del nacido y madre cuando constan en las partidas del registro civil, b) reconocimiento, y c) sentencia; y en el caso del *padre* las vías de determinación también será tres, a saber: a) presunción legal de paternidad si es que existe matrimonio entre los padres, b) reconocimiento, y c) sentencia[23] [24].

---

[20] *Vide* RAMOS PAZOS, RENE. *Op. cit. Derecho de…* (2005), págs. 371 y ss., 395 y ss; TAPIA R, MAURICIO, *Código Civil. 1855-2005. Evolución y perspectivas.* Editorial Jurídica, 2005, págs. 123 y ss; y véase especialmente ROMERO MIÑO, PAULA; y SQUELLA URQUIZA, CAROLINA. *Op. cit.*

[21] Para ser más preciso se distingue entre *filiación por naturaleza* y *filiación adoptiva*. Asimismo la primera (por naturaleza) puede ser *determinada* y *no determinada*; y a su vez la primera puede ser *matrimonial*, *no matrimonial*, o *por fecundación mediante aplicación de técnicas de reproducción asistida*. *Vide* RAMOS PAZOS, RENE. *Op. cit. Derecho de…* (2005), pág. 375.

[22] Dicha situación es diametralmente diferente a la existente a la época de gestación del Código Civil, en donde se distinguía entre *filiación legítima* y *filiación ilegítima*; comprendiéndose en esta última categoría a los *hijos naturales*, los *hijos simplemente ilegítimos*, y a los *hijos de dañado ayuntamiento*; a su vez dentro de los simplemente ilegítimos se distinguía entre los *simplemente ilegítimos propiamente tal*, y los *simplemente ilegítimos reconocidos para el solo efecto de conferirle alimentos*; y dentro de los de dañado ayuntamiento se incorporaba a los *adulterinos*, los *incestuosos*, y los *sacrílegos*. Como es sabido el estatuto jurídico para cada categoría filiativa era abismalmente diferente y desigual; habida cuenta de que – en dicha época y durante gran extensión de nuestra historia legislativa en la materia – existía una prominencia y superioridad de la *familia legítima* por sobre cualquier otra. *Vide* ROMERO MIÑO, PAULA; y SQUELLA URQUIZA, CAROLINA. *Op. cit.,* págs. 12 y ss.

[23] VELOSO VALENZUELA, PAULINA; *Op. cit; Acciones de determinación de….;* págs. 65-67.

[24] Generalmente, en las denominaciones usadas en la materia, se había distinguido de modo prístino entre la determinación por *reconocimiento* y la determinación por *sentencia*; ya que mientras el primero es un acto jurídico unilateral que, como tal, es un acto voluntario del autor de dicho acto; en el segundo nos encontramos ante una decisión jurisdiccional tras la invocación de las acciones filiativas, pues estamos frente a un acto de autoridad (juez) que atribuye imperativamente – con el mérito del proceso, pero independientemente de la voluntad del padre respectivo – la filiación respectiva. De ahí que técnicamente es curioso que, con la modificación de ley 20.030, se hable de *reconocimiento judicial* (a modo de ejemplo el actual artículo 199 bis). No obstante el profesor RAMOS PAZOS, de autoridad en el tema, en cuanto a la determinación filiativa no matrimonial utiliza la distinción entre *reconocimiento "voluntario"* y *reconocimiento "forzado" mediante sentencia judicial* (esta última especia equiparable al vocablo de *reconocimiento judicial*). *Vide*

Ahora bien, en lo tocante a la determinación de la filiación paterna, y particularmente en el ámbito de la filiación matrimonial, en el Código Civil original se ha recogido la aplicación del *pater is est quem nuptiae demostrant,* es decir, la presunción de paternidad del marido respecto de los hijos de su mujer. Para la aplicación de dicha presunción, debe constar – indubitablemente – la ocurrencia de dos hechos ciertos, a saber, la maternidad de la mujer, y la existencia del matrimonio; de lo cual se colige que el hijo de la madre es hijo del marido de ésta. Como evidentemente la filiación paterna no es un hecho indudable o inconcuso de fácil verificación, se aplica dicha presunción legal, que – así las cosas – puede o no coincidir con una filiación biológica efectiva. Pues, dicha presunción *pater is est* descansa en el supuesto de dos hechos que se derivan de deberes conyugales al efecto: a) la *cohabitación entre los cónyuges*, y b) la *fidelidad de la mujer*[25]*:* Dichos hechos presumidos podrían ocurrir o no en el mundo social.

La mentada presunción de paternidad del marido, ha existido desde el Código Civil original[26], habiendo sido modificada sólo con la ley 19.585. Dicha modificación no ha sido sustantiva en lo atingente al deber de fidelidad matrimonial como presupuesto para su aplicación, según lo indicado en el párrafo anterior[27].

RAMOS PAZOS, RENE. *Op. cit. Derecho de…* (2005) Tomo II, pág. 383. Nosotros optamos por la mayor claridad de la clasificación y nomenclatura de la profesora VELOSO VALENZUELA.

[25] *Vide* VELOSO VALENZUELA, PAULINA. *Op. cit;. Acciones de…*, pág. 68; SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL. *Op. cit; La Filiación. Estudio…*, pág. 34 y ss; ROMERO MIÑO, PAULA; y SQUELLA URQUIZA, CAROLINA. *Op. cit.,* págs. 20 y ss. GARCIA MONTAÑA, JUDITH. *Efectos civiles del Adulterio.* Memoria de Prueba para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y sociales. Editorial Universitaria S.A., 1958., pág. 39.

[26] En efecto, el artículo 180 del Código Civil prevenía en su inciso primero que *"El hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido en él y tiene por padre al marido".* Sobre la presunción *pater is est quem nuptiae demostrant* en el Código Civil original, *vide* ROMERO MIÑO, PAULA; y SQUELLA URQUIZA, CAROLINA. *Op. cit.,* págs. 20 y ss.

[27] Actualmente la presunción *pater is est quem nuptiae demostrant,* se encuentra regulada en el artículo 184 del Código Civil, que reza: *"Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y dentro de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación judicial de los cónyuges"*; texto últimamente modificado por la ley 19.947 reemplazando el *divorcio relativo* por la *separación judicial.* Quizá dentro de las modificaciones para la aplicación de dicho instituto podemos destacar: 1) La presunción se aplica inmediatamente desde la celebración del matrimonio, sin aplicar el plazo de 180 días; ya que el texto original aplicaba dos presunciones, la primera, la que coloca la concepción dentro del matrimonio

Como puede apreciarse, el deber de fidelidad matrimonial en su rol de presupuesto necesario para la aplicación de la presunción *pater is est quem nuptiae demostrant,* podría aducirse como legitimación de la intervención del Estado en tan privada materia como es la exclusividad sexual entre cónyuges; pues con su imposición se puede proteger la identificación de la *filiación formal* o *legal* con la denominada *filiación biológica*, o dicho de otro modo, se intenta evitar la confusión de sangre o *turbatio sanguinis* que se produciría con la eliminación de dicho deber conyugal. Con todo lo expuesto – al acogerse este hilo de ideas – de eliminarse dicho deber jurídico de exclusividad sexual se alteraría el sistema de presunción de paternidad en la filiación matrimonial, trastocándose la certidumbre en la filiación[28]; dejando en peligro concreto la estabilidad familiar al exponer a una familia matrimonial a ser blanco y/o catapultas de un elenco de demandas filiativas tendiente a la determinación de la misma; y multiplicándose las situaciones de hijos de cónyuges tenidos fuera del matrimonio.

En sede penal y en un prisma conteste, cuando aún el adulterio pervivía como hecho tipificado como delito, al analizar el o los bienes jurídicos protegidos con su incorporación en el listado de delitos a los cuales aplicar el *ius puniendi,* también se discurría sobre la protección de la certeza filiativa mediante el consecuente rechazo a la mera posibilidad biológica de la confusión de sangre o *turbatio sanguinis.*[29] No obstante, dicha

---

(aplicando el artículo 76 del Código Civil), y la segunda la que atribuye la paternidad del marido, no obstante la concordancia con el plazo de 180 días previstos en el artículo 76 del Código Civil se vislumbra contemporáneamente en la *acción de desconocimiento de paternidad* prevenido en el inciso segundo del referido artículo 184 del mismo Código; y 2) Se pone expresamente como límite a la aplicación de la presunción, los 300 días siguientes a la disolución y a la separación judicial (anteriormente a la ley 19.947 se refería al divorcio relativo).

[28] Con habida consideración que de la filiación surgen un elenco importante de consecuencias jurídicas, entre las que destacan la vocación hereditaria, derecho de alimentos, autoridad paterna, patria potestad, parentesco, constitución de estado civil, entre otros.

[29] Es así que el profesor ETCHEBERRY, en este particular, sistematizando los delitos de la materia ubicaba al adulterio como un delito atentatorio contra el *orden de las familias,* particularmente cono infracción "*al recto uso de la función social de acuerdo con las normas jurídicas que rigen la constitución de la familia y con las reglas sociales y biológicas que el legislador ha estimado conveniente proteger";* sosteniendo expresamente que "*una de las razones que se han tenido en vista para la incriminación del adulterio de la mujer ha sido la posibilidad de introducción de prole ilegítima al matrimonio(…)".*ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, ALFREDO. *Derecho*

fundamentación no era unánime, pues se incorpora también otros posibles bienes jurídicos tutelados; pues de otra manera no se explicaría el castigo penal a título de adulterio del marido, mediante la figura también conocida en doctrina y en el foro como el *amancebamiento*, pues – a las claras – no se pone ahí en riesgo la certidumbre filial[30] [31].

De aceptar que el fundamento del deber de fidelidad matrimonial recae en la búsqueda estatal de una mayor certidumbre en la filiación -en la especie mediante la utilización de la presunción de paternidad del marido – han de colegirse importantes consecuencias respecto al citado deber conyugal:

a) El interés público que lleva implícito la existencia del referido deber, y el consecuente imperio sobre los cónyuges vinculados por el deber de marras. Pues lo anterior se desprendería de su participación como pilar en la *determinación de la filiación matrimonial*, y, de esta guisa, en la conformación del *estado civil*[32] de padre y de hijo respectivamente;

Penal. Parte Especial; Segunda Edición revisada y actualizada. Editorial Nacional Gabriela Mistral, 1976, págs. 10 y 36. Nótese también que dicho penalista alzaprima también el derecho que tiene cada cónyuge para con su comparte para la ejecución *de los actos aptos para la procreación,* es decir – mediando una visión corporalista del Matrimonio – se destacaba el *ius in corpus* que se trasunta en el denominado *debito conyugal: Vid op. cit, Derecho Penal…* (1976)*,* pág. 35. Sobre este particular, más adelante volveremos sobre la vinculación que muchos autores extranjeros y el propio Derecho Canónico ha efectuado entre el deber de fidelidad matrimonial y el *debito conyugal.*

[30] Siguiendo a autores españoles y argentinos, ETCHEBERRY, cita como otro bien jurídico posible – que de paso explica el castigo penal desigual al marido – a la *fe* o *fidelidad conyugal* entendida como lealtad conyugal. *Vide Op. cit* ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, ALFREDO. *Derecho Penal…* (1976), págs 33 y ss. Hágase también noto – para ver la importancia que tiene la determinación del bien jurídico protegido – que dicho autor examina la licitud del consentimiento conyugal como *causa de justificación* a la luz de bien tutelado en el adulterio de la mujer; exponiendo *"Es también discutible (…) el consentimiento previo del marido bastaría para justificar la conducta y eliminar la antijuricidad. Si se concibe el delito como atentatorio contra ´el orden de las familias´, la respuesta debería ser en principio negativa, ya que el desorden no pasa a ser lícito por el hecho de que ambos cónyuges lo acepten; en cambio, si se mira en la fidelidad conyugal como un bien jurídico protegido, la respuesta podría ser diferente"; Ibidem,* pág. 36.

[31] La diferenciación de castigo entre marido y mujer algunos autores la fundaban precisamente por que en el caso de la mujer, además de trastocar la lealtad conyugal – y a diferencia del marido – se pone en duda la legitimidad de la prole. *Vid Vide Op. cit* ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, ALFREDO. *Derecho Penal…* (1976), págs 33 y 34. En igual sentido, ya desde la visión de un civilista, *vide* MEZA BARROS, RAMÓN. *Manual de Derecho…*, págs. 85 y 143.

[32] El *estado civil* puede entenderse como *el lugar permanente de una persona dentro de la sociedad, que depende principalmente de sus relaciones de familia y que le habilitan para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones civiles.* Sus características fundamentales son su: unidad e indivisibilidad; incomerciabilidad; irrenunciabilidad;

habida cuenta de la trascendencia social de la certidumbre de estado civil, por su carácter *erga omnes*, y por el elenco de consecuencias jurídicas que se siguen a la constitución de estado.

b) Debido al interés social implícito[33], y a su vinculación con la constitución de estado civil, existiría sustento para proclamar la incorporación de deber de fidelidad matrimonial al elenco de las denominadas *normas de orden público*[34]; con la correlativa restricción o repliegue de la autonomía conyugal en su configuración.

c) En cuanto a su contenido, o más precisamente a la conducta exigida a los cónyuges en virtud del reseñado deber de fidelidad matrimonial, debe ser restrictivo en cuanto a los comportamiento efectivamente atentatorios contra la certeza filiativa y vulneradora de la correspondiente proscripción de la *turbatio sanguinis*. En este sentido – para ser coherente con esta posición – la única conducta lesiva o de peligro concreto a la certidumbre filiativa sería la constitutiva de adulterio; excluyéndose así otras conductas de connotación sexual diversas del acto de yacimiento o copula con persona diversa al cónyuge[35] [36].

---

intransigibilidad; imprescriptibilidad; permanencia. Los estados reconocidos por la ley son el de: *casado*; *separado judicialmente* (N.A.: éste último ha sido objeto de críticas en su calidad de tal); *divorciado*; *viudo*; *padre*, *madre*; e *hijo*. *Vide* RAMOS PAZOS, RENE. *Op. cit. Derecho de…* (2005), Tomo II, págs. 503 y ss.

[33] La profesora SCHMIDT HOTT – respecto a la antigua ubicación del derecho de Familia como una zona intermedia - destaca la actual relatividad entre la diferenciación tanto entre Derecho Público y Derecho Privado; a la vez que, en un sentido de unidad normativa y citando la posición del profesor FERNÁNDEZ SESSAREGO, defiende la postura en cuya virtud en toda norma de interés prevalentemente privado se encuentra también presente un interés social, al igual que en toda manifestación de lo público no está ausente, también en alguna manera, el interés privado. SCHMIDT HOTT, CLAUDIA. *Algunas consideraciones en torno a la autonomía de la voluntad en el sistema económico matrimonial (en Revista Jurídica del Perú, Año LIII, Nº 43, febrero 2003)* págs. 33-34. En un sentido similar, en el derecho extranjero y en una mirada desde el Derecho Público, *vide* BIDART CAMPOS, GERMAN J. en *Intimidad y autonomía de la voluntad en el Derecho de Familia. ¿Para qué, hasta donde, con qué alcance?,* contenida en su obra: *Las transformaciones constitucionales en la postmodernidad (Pensando el puente al 2001 desde el presente y futuro).* Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1999, págs. 105 y ss.

[34] Desde antiguo se ha vinculado la noción de *orden público* al elenco de normas referidas a la constitución de estado.

[35] Por eso el adulterio es heterosexual, pues, dicha fundamentación explicaría que no se incluya en la definición legal de adulterio las relaciones sexuales con personas del mismo sexo, pues la relaciones sexuales homosexuales no pone en peligro la certeza de la filiación de la prole matrimonial: véase que por el texto literal del actual artículo 132 del Código Civil, tanto la *mujer casada* que yace con *mujer*, como el

Las críticas a la presente fundamentación del deber de fidelidad matrimonial en la proscripción de la *turbatio sanguinis* las desarrollaremos al entregar nuestra opinión *infra*.

2.2.- Lealtad o respeto conyugal

En otra perspectiva, se puede fundar la intervención del Estado en la protección estatal a la lealtad conyugal como tutela que fundamente y legitime su intervención. En efecto, sea que el deber de fidelidad matrimonial se restringa sólo al ámbito de lo sexual, o sea inclusive que se extienda a otros ámbitos de la vida conyugal[37], dicho deber matrimonial puede fundarse en la lealtad recíproca que se deben los cónyuges, y respecto a la cual el Estado se empeña en tutelar.

La antedicha lealtad conyugal se puede asociar, de entrada, a dos ideas atingentes a la vida matrimonial: el *principio de buena fe*; y una visión *personalista* del matrimonio.

La primera de ella se refiere a la buena fe aplicada al vínculo matrimonial, en lo que puede denominarse como *bona fides coniugale;* toda vez que – sea cual sea la solución que adoptemos sobre la extensión de la conducta conyugal exigida por el deber en estudio – puede perfectamente entenderse que a través de dicho deber consorcial se concreta jurídicamente la exigencia de un s*tandard de conducta* imperante a cada consorte. Entre nosotros autores como BARRIENTOS GRANDON y NOVALES ALQUÉZAR, participando de una visión extensiva de la conducta conyugal exigida por el deber en colación, señalan que el deber de fidelidad matrimonial, en cuanto a su contenido, se expande más allá de lo referido a

---

hombre casado que yace con *hombre* (terceros que, evidentemente en nuestro sistema matrimonial, no podrían ser ni marido ni mujer del hombre o mujer casada respectivamente, debido a que por definición el matrimonio en Chile es entre hombre y mujer, quedando proscrito - por ahora - la conyugalidad entre personas del mismo sexo), no cometerían adulterio.

[36] Descartándose como conducta adúltera cualquier relación sexual diversa de la cópula vaginal, también el *coito vestibular*, e incluso el mero *inmissio penis* sin eyaculación; pudiendo exigirse incluso, de esta guisa, *inmissio seminis* o *seminatio intra vas*.

[37] Sobre dicha posición extensiva del contenido del deber de fidelidad matrimonial: *Vid. infra* "CAPITULO TERCERO, II.-3.-".

la fidelidad sexual, extendiéndose a todos los ámbitos de la vida, más aún que el término o locución "*fidelidad*" - que de suyo no tiene un exclusivo sentido sexual, que se vierte en la conducta de guardarse fe recíprocamente, en la relación intersubjetiva de conyugalidad - importa una ***actitud de lealtad***, u ***observancia de la fe recíproca***, lo cual se extiende a todas esferas de la comunión de vida entre marido y mujer, siendo el adulterio sólo una manifestación de infracción del deber de fidelidad matrimonial en el reducido ámbito de la lealtad sexual[38]; en efecto, la misma ley en la norma establecida en el artículo 131 del Código Civil utiliza la locución *"guardarse fe"* que es sugestiva en cuanto a su vinculación con el principio general de la *bona fides*. De esta manera se impone a los cónyuges la exigibilidad de un estándar de conducta: sea aplicable sólo al ámbito de lo sexual, sea que rebasa el estricto y reducido ámbito de la lealtad sexual.

En segundo lugar, en esta posible solución podemos encontrar inserto una visión *personalista* del matrimonio, en desmedro de un prisma *corporalista* del mismo. En efecto, en el Derecho Canónico de finales del medioevo[39], y particularmente desde el Siglo XVI en adelante se impuso una fuerte tendencia – obviamente influyente en los ordenamientos civiles tributarios de las normas canónicas - *corporalista* del vínculo matrimonial, entendiendo por tal el destacamento tanto del *ius in corpus* como de la *ordinatio ad prolem,* llegándose a fijar la esencia del matrimonio en el *ius* o en la *traditio corporis;* indicando a la procreación y educación de la prole como

---

[38] "*…este deber de guardarse fe no sólo se estrecha en lo angostos límites de la fidelidad sexual, sino que se proyecta en todos los ámbitos de la vida en común, y en todas las circunstancias de la vida, supuesto que guardarse fe conyugal implica fidelidad, y ésta no es más que la lealtad, observancia de la fe que alguien debe a otra persona, la que no aparece determinada solamente por la naturaleza y fines de la institución matrimonial, y, por ende, se extiende a todos los ámbitos en los cuales se proyecta la comunidad de vida entre marido y mujer*". *V.* BARRIENTOS GRANDON, JAVIER; NOVALES ALQUÉZAR, ARÁNZAZU. *Op. cit.*, págs. 284-285.

[39] Es de sobra conocida la influencia del Derecho Canónico en la conformación del Derecho matrimonial chileno original; e incluso en el actual (nótese a modo de ejemplo la influencia en las nuevas causales de nulidad matrimonial de la ley 19.947). La influencia canónica deriva tanto directamente del *Corpus iuris Canonici,* como indirectamente por otras fuentes que a su vez incorporaron el Derecho Canónico, como fueron *Las Partidas* alfonsinas. *Vide* SALINAS ARANEDA, CARLOS. *El Derecho Canónico en el Código Civil de la República de Chile.* Contenida en *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello: Pasado, presente y futuro de la codificación. Tomo I.* Editorial Lexis nexis, 2005; págs. 203-238; *v.a.* SALINAS ARANEDA, CARLOS. *El concepto de Matrimonio en el Código Civil de Chile: una lectura canónica (en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, Nº XIX, año 1998)* págs. 57-87.

fin primario del vínculo matrimonial[40]; de lo que se colige que el deber de fidelidad matrimonial ha de entenderse – en dicho prisma – como un deber, con una faceta positiva y una negativa, que se funda en el *bonum prolis* como clave de la solución[41] [42]. Por su parte y en contraste con la perspectiva anterior, la dimensión *personalista* del matrimonio se centra en el *consortium vitae* que implica el matrimonio que, agregado al bien de los cónyuges o *bonum coniugum,* acentúa la íntima comunidad que ha de existir en todos los ámbitos de la vida conyugal, alzaprimando el influjo afectivo y sentimental que genera la relación conyugal, abandonando la posición de la procreación de la prole matrimonial como fin primario y superlativo en parangón con otros fines matrimoniales[43]. Según algunos autores –pese al imperio corporalista a la época de elaboración de nuestro Código Civil – se sostiene que nuestra definición matrimonial tendría precisamente un empape de la

---

[40] Dicha mirada se concreta en el primer Código Canónico (*Codex Iuris canonici* del año 1917) en donde –tal cual repara el profesor SALINAS – entendió *"el objeto esencial del consentimiento matrimonial como un ius in corpus, es decir, un derecho al cuerpo del otro cónyuge, pero no cualquier derecho al cuerpo, sino que el derecho al cuerpo que el mismo código especificaba al señalar que se trataba de un ´ius in corpus in ordine ad actus per se aptos ad prolis generationem`, esto es un derecho al cuerpo en orden a los actos por sí aptos para la generación de la prole(…)".* SALINAS ARANEDA, CARLOS. *Op. cit; El concepto de Matrimonio en…;* págs. 62-63.

[41] En dicha visión corporalista, en la cual la procreación de la prole matrimonial es el fin primario del matrimonio. El deber de fidelidad matrimonial se descompone en dos partes: una positiva y que consiste en la posibilidad de pedir el débito conyugal y en la obligación de darlo, y otra negativa, que prohíbe realizar actos *aptos ad prolis generationem* fuera de la "sociedad" conyugal. En este sentido, encontrando en el *bonum prolis* la ley violada en el adulterio y en una mirada institucional del deber en comento, SANCHEZ MALDONADO expone *"(…) la malicia específica del adulterio no se debe a la violación de los derechos privados de los cónyuges, que ciertamente existe o puede existir, sino en la violación de la norma, de la ley del matrimonio que impone a los esposos la obligación de realizar actos conyugales únicamente dentro de la sociedad conyugal, la ley a la que no pueden renunciar, porque no depende de ellos, sino que está exigida e impuesta por el `bonum prolis´, que es el fin primario del matrimonio".* SANCHEZ MALDONADO, SEBASTIAN. *El adulterio y la naturaleza del Matrimonio: Extracto de la tesis doctoral.* Facultad de derecho Canónico. Universidad Pontifica de Salamanca; Salamanca, España, 1997, pág 67 y ss, y *v. esp.* págs. 70-71.

[42] Sobre el débito conyugal como presunta faceta positiva del deber de fidelidad matrimonial para nuestro ordenamiento jurídico nacional, *vide. infra* "CAPITULO TERCERO, II.- 2.-.

[43] Las principales críticas a la visión *iuscorporalista* apuntaban a las consideraciones siguientes: a)escasa consideración al amor y afecto de los esposos; b) la excesiva valoración del *ius in corpus* que llevaba a sostener que la única finalidad de la cópula conyugal era meramente procreativa; c) el progreso de las ciencias biológicas, psicológicas, antropológicas, que significaron un cambio en la consideración de la persona humana, enalteciendo los valores personales y no sólo los aspectos procreadores de la relación matrimonial; d) el intento de explicar y dar sentido al matrimonio de los estériles y ancianos que no podían cumplir con el fin primario del matrimonio entendido como procreación y educación de los hijos. *Vide* SALINAS ARANEDA, CARLOS. *Op. cit; El concepto de Matrimonio en…;* págs. 64 y ss.

ya dicha visión *personalista*[44]. Ahora bien, desde dicho prisma centrado en el consorcio afectivo o comunión de vida matrimonial, los deberes matrimoniales que se generan podrían ser enfocados en igual directriz, de guisa que el citado deber de fidelidad matrimonial sobrepasaría la perspectiva de un *debito* orientado sólo al cumplimiento de la procreación de prole común como fin matrimonial primario, sino que ha de entenderse, precisamente, en el más amplio concepto de *consortium vitae y* de *bonum coniugum,* por lo cual la lealtad generada y exigida por dicho vínculo, se condice más con la reseñada visión personalista expuesta.

La presente fundamentación que explica la existencia normativa del deber de fidelidad matrimonial como tutela de la lealtad conyugal – a diferencia de lo proscripción de la *turbatio sanguinis* como presunta solución – explicaría y se ajusta a la situación, hoy por hoy indiscutible, de *igualdad conyugal* en que se encontrarían tanto marido como mujer, respecto a todos y cada uno de los deberes matrimoniales, incluyéndose – por cierto también – el deber de fidelidad matrimonial. Actualmente ya existe unanimidad en cuanto a que los deberes personales del matrimonio son recíprocos, constituyendo en *deberes* y *derechos,* a su vez, para cada uno de los consortes, plasmándose así el citado principio de *igualdad de los cónyuges*.

De aceptar que el fundamento del deber de fidelidad matrimonial recae en la protección estatal de la lealtad conyugal, han de colegirse importantes consecuencias respecto al citado deber conyugal:

a) Como ya se expuso recién; no puede aplicarse de otra manera que no sea igualitariamente para cada uno de los cónyuges, ya que mal podría sostenerse que es sólo o más exigible dicha lealtad a uno sólo de ellos.
b) Por no centrarse el presente fundamento, en la certidumbre filiativa de terceros – ni por ende en la determinación del estado civil de los eventuales hijos – puede perfectamente sostenerse la concurrencia de

[44] En efecto, el profesor SALINAS – a propósito de la expresión *"y por toda la vida,"* del artículo 102 del Código Civil que ha sido muchas veces fustigada como una redundancia lingüística de Bello – defiende dicha visión personalista de la definición de matrimonio de nuestro Código. *Vide* SALINAS ARANEDA, CARLOS. *Op. cit; El concepto de Matrimonio en…;* págs. 81 y ss.

una mayor interés privado, y de esta guisa un repliegue gradual del concepto de *orden público* aplicable a estas materias. De lo antedicho puede aplicarse una mayor ingerencia autonomía conyugal en su configuración. Sobre este particular volveremos en el capítulo respectivo.

c) A su vez, el contenido de la conducta exigida a los cónyuges en mérito del deber de fidelidad matrimonial, puede ser claramente más amplio que la simple identificación de la infracción a dicho deber con el adulterio.

d) Dicho fundamento puede a su vez sustentar con mayor solidez, para el evento de su infracción, la ocurrencia de *daños morales*, cobrando así fuerza la existencia de dichos perjuicios, su extensión, y el deber de repararlos mediante una indemnización pecuniaria ante dichos perjuicios.

3.- Nuestra posición

Dada la aún actual existencia de la institución del *pater is est quem nuptiae demostrant* en el texto normativo expreso de nuestro Código Civil[45], es seductor, como primera respuesta a la interrogante planteada, el convite para sustentar el deber de fidelidad matrimonial en la configuración cierta de nuestro sistema de filiación por naturaleza matrimonial, evitando – o procurando evitar – la confusión de sangre en la prole matrimonial.

No obstante, según desarrollaremos a continuación, creemos que dicho fundamento resultaba totalmente aplicable, y explicable, para la época de generación de nuestro Código Civil; pero que no resulta completamente satisfactorio para nuestro ordenamiento jurídico actual, máxime cuando analizamos el derrotero de las modificaciones legales en materia filiativa. Hoy, creemos que debemos buscar fundamento en otros fines referidos exclusivamente a la relación intramatrimonial.

3.1.- Carácter dinámico de las normas

[45] *Vide* artículo 184 del Código Civil.

Sin duda que no debemos extendernos acá para explicar el carácter dinámico de las normas jurídicas; siendo las reformas legislativas la manifestación más patente. En dicho sentido, el Derecho de Familia, sería sin duda una de las ramas del derecho de mayores modificaciones no sólo en nuestro derecho patrio, sino que en todos los países, lo que acaece precisamente por las grandes transformaciones, que la *familia* en sí, ha tenido, tiene, y tendrá[46].

Dicho dinamismo no sólo se refiere a que el ordenamiento jurídico como plexo normativo vaya modificándose en algunas de sus normas particulares, lo cual, a las claras – y dado el contexto sistemático de los conjuntos normativos, en donde las normas que lo componen se interpretan e integran unas con otras – repercute incluso en las normas que mantiene vigencia. En efecto, las normas cuya vigencia se mantiene, pueden irse modificando en su fundamentación, interpretación, integración, y ulterior aplicación práctica, sea por que su contenido se conecta *con normas de moral social* que van evolucionando con el tiempo; sea por que otras normas conexas del mismo ordenamiento jurídico se modifican, cobrando importancia el carácter sistemático de todo sistema normativo; sea porque derechamente las modificaciones de las *normas de cultura* de la comunidad jurídica respectiva colaboran en dicho dinamismo.

Creemos, según veremos, que el deber matrimonial en estudio, que pervive desde los comienzos de nuestro sistema legal nacional, ha – precisamente – transitado en dicha evolución también.

---

[46] El catedrático GONZÁLEZ PORRAS –siguiendo en este sentido a IGLESIAS DE USSEL –, refiriéndose al rol de la sociología jurídica en el ámbito de la familia, señala que "*la familia siempre ha sido el centro neurálgico de las transformaciones sociales. Los pensadores revolucionarios de todo signo, a la hora de proyectar la nueva sociedad, como cuestión previa abordan el matrimonio, las relaciones familiares, el papel de la mujer dentro y fuera de la familia, la educación y crianza de los hijos, el divorcio, la ilegitimidad de los hijos, la sexualidad, derechos de sucesión, etc. (…) y no sólo los de mi generación, sino los jóvenes de ahora han visto, con motivo de la transición política, como la familia es uno de los campos sociales y jurídicos en el que se viene librando una batalla – no cruenta – pero si importante. La razón es que el Derecho de Familia es posiblemente una de esas parcelas del sentimiento personal (tal vez en el de las ideologías políticas y religiosas) en las que difícilmente nadie puede convencer a nadie. Siempre ha sido así.*".GONZÁLEZ PORRAS, JOSÉ MANUEL. *El Matrimonio y la Familia en la sociedad actual (en Revista de Derecho Privado; Madrid, mar/abr. 2003)*, pág. 148.

3.2.- Certeza en la filiación como fundamentación en el origen del Código Civil: revisión crítica de dicho fundamento para nuestros tiempos

Como ya lo insinuamos en las líneas anteriores, creemos que la certeza filiativa como fundamento del deber de fidelidad matrimonial era una solución acertada para la época de génesis del Código Civil. Veamos algunas consideraciones pertinentes:

a) El Código Civil, en materia matrimonial, tenía un acentuado influjo de las normas propias del ámbito de la Iglesia Católica del Rito Latino, es decir, de las normas de Derecho Canónico, sea tomando fuentes directas de normas de *Corpus Iuris Canonici*, o mediante la utilización indirecta de fuentes que a su vez tenían una conocida inspiración canónica, como es el caso de Las Partidas[47]. Sabido es la importancia de la fidelidad conyugal en el derecho matrimonial canónico; más aún en la visión corporalista ya referida[48], en la cual – al centrar su mirada en la procreación de los hijos comunes como fin primario – cobra mayor importancia la perspectiva del deber de fidelidad matrimonial como deber destinado a la realización de los actos aptos para la procreación solamente y dentro del matrimonio[49].

b) Existía una manifiesta preeminencia de la *Familia legítima,* en perjuicio de cualquiera otra experiencia posible de asociación familiar. Es así que en cuanto al régimen filiativo existía un absoluto favoritismo

---

[47] *Vide* SALINAS ARANEDA, CARLOS. *Ops. cits.*

[48] Sin perjuicio de la opinión en cuya virtud la definición de matrimonio de Bello, al incorporar la locución *", y por toda la vida"*, haría noto una dimensión *personalista* del mismo; es un hecho cierto que a la época de elaboración y promulgación del Código Civil, imperaba la visión *corporalista* del matrimonio que tiene su fulgor en el texto codicial canónico de 1917 y en la doctrina iuscorporalista de dichos años. Las primeras críticas sustanciales recién aparecen desde los años 20 del siglo veinte, principalmente por autores italianos y alemanes. *Vid.* SALINAS ARANEDA, CARLOS. *Op. cit; El concepto de Matrimonio en…;* págs. 64 y ss.

[49] De ahí incluso se explica la comprensión del deber de fidelidad matrimonial de dos aspectos: uno positivo, centrado en el *ius in corpus* y el correlativo *débito conyugal;* y uno negativo, centrado en la prohibición de realizar actos aptos para generar prole fuera del matrimonio. Ambas facetas se sustentan precisamente en asegurar el cumplimiento de la procreación matrimonial como finalidad primaria de dicho vínculo.

para los *hijos legítimos*, frente a los cuales, se encontraban los hijos ilegítimos, quienes eran prácticamente ignorados por el Código Civil[50]. Nótese incluso el evidente reproche que la legislación de dicha época tenía respecto a los denominados *hijos adulterinos*.

c) De lo antedicho se colige que se propiciaba y valoraba que los hijos naciesen dentro de la familia legítima, a lo menos en dos frentes: el primero, disvalorando que las personas tuviesen hijos sin tener un previo vínculo nupcial; y el segundo, para el caso de las personas efectivamente casadas, con el disvalor de los hijos nacidos por relaciones adulterinas, es decir, con personas diversas al cónyuge respectivo.

d) El deber de fidelidad matrimonial sustentaba en sus espaldas la *certidumbre* de la filiación legítima, toda vez que en el Código Civil original encontramos como norma pilar del sistema filiativo la presunción de paternidad del marido, siendo la fidelidad matrimonial – particularmente de la mujer – uno de los presupuestos necesarios[51].

e) Lo anteriormente expuesto, es consistente con el hecho del mayor reproche al adulterio de la mujer casada; toda vez que precisamente sólo dicha fidelidad – en lo concerniente a la exclusividad sexual - era el presupuesto *estricto sensu* de la presunción de paternidad del marido respecto de los hijos de su mujer.

f) En dicha época existía una restricción de medios de impugnación de paternidad en la filiación legítima[52]; por lo cual resultada coherente fortalecer la presunción de paternidad del marido precisamente con

---

[50] *Vid.* ROMERO MIÑO, PAULA; y SQUELLA URQUIZA, CAROLINA. *Op. cit;* págs. 3 y ss.

[51] Como explicamos *supra,* el otro presupuesto necesario es la *cohabitación* de los cónyuges, es decir: la efectividad de haber tenido relaciones sexuales los consortes.

[52] Recordemos que si bien en la normas originales del Código Civil no se utilizaba expresamente la locución *desconocimiento* de paternidad; la doctrina de la época no dudó en distinguir entre *acción de impugnación* y *acción de desconocimiento*; toda vez que realmente en esta última – por la fecha de nacimiento y la correlativa presunción de concepción del menor - el nacimiento del niño no estaba amparado por la presunción del *pater is est*, bastando que el marido simplemente negara la paternidad, sin necesidad de aducir prueba alguna. Por todos *vide* SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL. *La Filiación. Estudio doctrinal.(…)*, págs. 33-34. En igual sentido es que – ya modernamente – el profesor COURT acierta que "*a partir de la reforma de la ley 19.585, la distinción entre impugnación y desconocimiento de paternidad está explícitamente formulada en el propio Código y fuera de él*". COURT MURASSO, EDUARDO. *Nueva Ley de Filiación…, Op. cit.,* pág.36.

la obligación civil de fidelidad conyugal, e incluso con la incorporación del adulterio al listado de ilícitos penales. Dicha restricción se podía apreciar en:

- Las *causales* eran restringidas a la *imposibilidad física* del marido de tener acceso a su mujer durante le periodo de la concepción; y el *adulterio* de la mujer[53]. A mayor abundamiento, mientras la primera excluía por completo la paternidad del marido, la segunda – que precisamente se sustentaba en el presupuesto de fidelidad de la mujer - sólo hacía incierta la paternidad y meramente plantaba la duda de si el padre del hijo era del marido o del amante de la mujer[54].
- Los *plazos* para ejercer la acción era – tal cual lo ocurría en la legislación comparada de la época[55] – de muy corto plazo: sesenta días, la que sólo variaba en su modo de computarlo dependiendo del titular respectivo[56].
- La inexistencia, en dicha época, de una *investigación* de la paternidad tal cual lo entendemos en nuestra actualidad. En efecto, lo antedicho puede ser asido en dos sentidos: el primero, por cuanto el texto original del Código Civil no aceptaba la investigación de la paternidad[57]; y el segundo,

---

[53] Ambas causales, denominadas respectivamente como *imposibilidad material* e *imposibilidad moral,* justamente se basaban en el derrocamiento de los presupuestos de la presunción *pater is est*: cohabitación y fidelidad, en cada caso.

[54] El adulterio, como *imposibilidad moral,* no bastaba para la impugnación paternalicia, pues – tal cual prescribía el antiguo artículo 181 del Código Civil – probado que sea el adulterio de la mujer, recién ahí se admitiría la prueba de cualquier otro hecho conducente a justificar que el marido no es el padre. Si bien dicha exigencia se podía justificar por cuanto era un mundo posible que igualmente haya tenido la mujer relaciones sexuales con su marido (y de ahí la posibilidad biológica que éste sea realmente al padre), lo que queremos destacar es que, antes de discutir y eventualmente acreditar hechos conducente a justificar que el marido no es el padre, necesaria y previamente había que, como *conditio sine qua non,* probar el adulterio de la mujer.

[55] *Vid.* SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL. *La Filiación. Estudio doctrinal. (…)*, págs. 41 y ss.

[56] *Vid.* ROMERO MIÑO, PAULA; y SQUELLA URQUIZA, CAROLINA. *Op. cit;* págs. 27 y ss.

[57] Lo cual cobra importancia por si eventuales terceros ajenos al matrimonio quisiesen reclamar la filiación paterna. De todos modos era impensado en dicha época que un tercero pudiese reclamar (y por ende correlativamente impugnar la filiación existente) su paternidad respecto de un menor nacido al alero de la

por cuanto los avances científicos no permitían la usanza masiva de pruebas inconcusas a dicho fin[58].

- Los *titulares para accionar* de impugnación eran reducidos. Si el marido estaba vivo, el único que podía impugnar la paternidad del hijo era él, y sólo si este había fallecido podían incoar la acción otras personas expresamente autorizadas por le ley: herederos del marido; toda persona a quien la pretendida legitimidad del hijo irrigare perjuicio actual; los ascendientes legítimos de éste en interés de la moral.

No obstante, creemos que para el Derecho Matrimonial actual no es sustentable - como si lo era a la época de gestación de nuestro Código - mantener la proscripción de sangre como *"el"* fundamento del deber de fidelidad matrimonial. Al menos no sería el único o principal. Las principales críticas a dicha fundamentación las podemos resumir en las consideraciones siguientes:

a) Ya no existe la preeminencia de la *Familia Legítima* en nuestro ordenamiento jurídico patrio. Sabido es el derrotero de modificaciones que culmina en la promulgación de la ley 19.585 en donde se elimina dicha sobre valoración de la ley. Es en dicho sentido que - en atención a la igualdad jurídica de todos los hijos, y al

---

presunción *pater is est,* y de esta guisa al amparo de una filiación legítima. En añadidura la proscripción de investigación de paternidad era genérica: en este punto, el profesor RAMOS PAZOS señala *"El Código Civil en su texto original no aceptaba la investigación de la paternidad. Según los artículos 282 y 283, el hijo ilegítimo tenía derecho a citar judicialmente a su padre para que declarase si creía tener el carácter de tal; (…). Y el artículo 284 no admitía la indagación o presunción de la paternidad por otros medios que los expresados en los dos artículos precedentes. Sin embargo, y pese a que literalmente de esta norma parecía desprenderse que había formas de indagar la paternidad, ello no era así, no se trataba propiamente de una investigación de paternidad, ya que le bastaba al padre negarse a reconocer al hijo para que éste quedará absolutamente indefenso, impedido de acreditar su condición de hijo de aquel padre, aun cuando tuviere en sus manos pruebas concluyentes que hubieren permitido probar su filiación. Vide* RAMOS PAZOS, RENE. *Op. cit. Derecho de…* (2005), Tomo II, pág. 395.

[58] EL avance más destacado en la materia son las denominadas *pruebas biológicas*, dentro de las que destaca la prueba de ADN, con un alto porcentaje de certeza. *Vide* RAMOS PAZOS, RENE. *Op. cit. Derecho de…* (2005), Tomo II, págs. 407 y ss. Sobre el desarrollo *científico- tecnológico* como factor gravitante en los cambios del derecho de Familia, *v.a.* RODRÍGUEZ GREZ, PABLO. *Hacia un nuevo derecho de familia (en Revista Actualidad Jurídica, Universidad del Desarrollo Nº 13, enero 2006),* págs. 119-120.

concepto amplio de familia que se vierte en nuestro derecho -, podemos incluso sostener que no debe necesariamente propenderse – en lo referido a las valoraciones que se extraen del propio ordenamiento jurídico - a que los hijos efectivamente nazcan al amparo de un filiación matrimonial.

b) Dicho único fundamento sólo haría – jurídicamente – exigible el deber de fidelidad matrimonial a la mujer. Es evidente que el problema de certeza filiativa se presenta en la *paternidad* y no así en la *maternidad*, por lo que si la finalidad del deber de fidelidad matrimonial fuese exclusivamente tener certidumbre en la paternidad, no sería útil que el deber matrimonial en cuestión se hiciese también exigible al marido; máxime aún cuando lo imperante en nuestra época es la *igualdad de los cónyuges* en lo referido a los deberes personales derivados del vínculo de conyugalidad. Salta a la vista: si el deber de guardarse fe es correlativo e idéntico para ambos consortes, mal puede sostenerse, en el caso del marido, que se proteja con el deber de fidelidad matrimonial la certeza en la sangre, pues evidentemente será notorio si éste tiene un hijo con una persona diversa a su mujer-cónyuge. Dicha igualdad de trato jurídico entre marido y mujer, no ocurría ni en la época de dictación del Código, ni durante gran parte del siglo XX, en cuyo lapso la exigencia efectivamente si era mayor a la mujer. Tampoco podría sostenerse que debe propenderse a que los hijos nazcan dentro del matrimonio, por cuanto – según expusimos anteriormente – por la igualdad jurídica de los hijos y por la eliminación de la preeminencia de la familia legítima, no tiene sustento, salvo en una visión estrictamente moral, dicha preferencia del intérprete.

c) La visión *iuscorporalista* del matrimonio expuesta en párrafos anteriores, también es criticable. En efecto: hay una escasa consideración al amor y afecto de los esposos; la excesiva valoración del *ius in corpus* llevaría a sostener que la única finalidad de la cópula conyugal es meramente procreativa; el progreso de las ciencias biológicas, psicológicas, antropológicas, han significado un cambio

en la consideración de la persona humana, enalteciendo los valores personales y no sólo los aspectos procreadores de la relación matrimonial; no podría explicarse y dar sentido al matrimonio de los estériles y ancianos que no podían cumplir con el fin primario del matrimonio entendido como procreación y educación de los hijos. Ya manifestamos antes que el deber de fidelidad matrimonial, entendido en función primordial de mantener la procreación de la prole dentro del matrimonio, se condice precisamente con dicha visión *corporalista.* Evidentemente aún cuando, por el influjo del derecho canónico, dicha dimensión *ius corporalista* fuese la imperante a la época de dictación de nuestro Código Civil, en dicho época de la historia era entendible la vinculación de nuestras normas civiles con las religiosas[59]; lo cual en nuestros días – y desde la separación, al menos jurídicamente hablando, de la Iglesia con el Estado – no es procedente.

d) Acudiendo a un argumento de *lege lata,* de aceptar la tesis de la proscripción de la confusión de sangre como gran argumento al fundamento del deber en estudio a la conducta exigida por éste, se asimilaría a la prohibición del adulterio. No obstante – como veremos oportunamente[60] – dicha posición restrictiva no se condice con el texto actual de nuestro Código Civil en la materia: pues al tenor de los artículos 131 y 132 del Código Civil el adulterio sería *una infracción grave del deber de fidelidad*, por lo que, a las claras, el propio texto de la ley da a entender que habría otras conductas configurativas de infracciones al deber de fidelidad matrimonial. ¿Cómo podría explicarse que otras conductas lesivas de deber de fidelidad matrimonial diversas al adulterio sean a su vez atentatorias contra la certeza filiativa matrimonial?[61]

---

[59] El criterio seguido por el Código Civil original en cuanto a la constitución de la familia era sencillo, pues, *simplemente trasladó al texto legal la doctrina canónica. Vid.* ROMERO MIÑO, PAULA; y SQUELLA URQUIZA, CAROLINA. *Op. cit;* pág. 7.

[60] *Vide infra* Capítulo TERCERO.- II.- 3.1-.

[61] Nótese que dichos artículos 131 y 132 del Código Civil, no son originarios del Código, por lo que se refuerza nuestra tesis de que en la época de origen de éste si podía, por una parte, asimilarse la infidelidad con el adulterio; y, por otra parte, fundarse – dado el texto legal de dicha centuria – dicho deber

e) La evolución de las *acciones de filiación* ha sido manifiesta en la historia del Código Civil, siendo su marcha – precisamente en lo concerniente a la investigación de la paternidad - desde una prohibición hacia una amplia y libre investigación de la paternidad[62]; lo cual hoy coincide con los avances tecnológicos que han permitido y sustentado científicamente un examen cierto al amparo de la luz entregada por las ciencias exactas.

f) En lo estrictamente concerniente a la posibilidad de *impugnación de la paternidad matrimonial* determinada por aplicación de la presunción *pater is est*, cabe mencionar que actualmente, dado el tenor de los artículo 212 y siguientes del Código Civil, es muchísimo más amplia que en el Código Civil original: ya no existen *causales* taxativas, con las limitantes que imponía la normativa de la época; tiene amplitud de *medios probatorios* al efecto, incluyendo la utilización de pruebas biológicas; los *plazos* son más amplios. Nótese también la mayor amplitud de *titulares*, pues, además del marido – y de los herederos en caso de muerte de éste – puede ser impugnar el hijo mismo, sea por sí o por su representante, en el interés de éste, para el evento que fuese incapaz.

Sin perjuicio de lo señalado, aún pervive la presunción *pater is est,* y no se puede desconocer que aún el deber de fidelidad matrimonial (aunque sólo el de la mujer) es un presupuesto para su aplicación.[63] No obstante y

---

matrimonial en la búsqueda del legislador de proteger y dar certeza a la *filiación legítima*, es decir, a la generada dentro del matrimonio.

[62] En dicho sentido el profesor RAMOS PAZOS señala *"En resumen, tenemos que concluir que ha habido en lo relativo a la investigación de la paternidad una larga y lenta evolución que comienza en año 1935 con la Ley Nº 5.750 y que culmina el año 1998, con la dictación de la Ley Nº 19585. Nuestro legislador no ha dado saltos, simplemente ha ido ajustando las normas a la realidad social del momento y no parece necesario abundar en razones para demostrar que el Chile del siglo XXI es muy diferente al de mediados del siglo XIX. Vide* RAMOS PAZOS, RENE. *Op. cit. Derecho de…* (2005), Tomo II, pág. 396.

[63] Citemos un ejemplo muy sencillo e ilustrador: En un matrimonio la mujer tiene ayuntamiento sexual con un tercero, de cuya unión copular nace un hijo. Pues, aún cuando todos (marido, mujer, y tercero padre biológico) sepan a ciencia cierta que el hijo es biológicamente hijo del tercero y no del marido (supongamos que todo fue incluso muy amistoso y tomaron certeza de la paternidad respectiva por exámenes de ADN realizados privadamente; e incluso supongamos que esto era sabido y querido por todos los involucrados), resulta que dicho tercero- jurídicamente – **no** podría ir y realizar un *reconocimiento* del hijo (en el ejemplo no podría ir al registro civil y pedir inscribir el neonato como hijo suyo), ya que

en atención a todas las consideraciones expuestas, parece que es a lo menos cuestionable sostener, para nuestros días actuales, que siga siendo su vinculación en la determinación de la filiación matrimonial su gran fundamento.

A lo sumo podríamos conceder que es un fundamento sólo para la prohibición jurídica del *adulterio* como una infracción grave del deber de fidelidad matrimonial[64], explicándose así – de paso – su mayor disvalor legislativo en parangón con otras conductas diversas configurativas de quebrantamiento al deber en colación[65].

3.3.- Lealtad conyugal como fundamento contemporáneo

Por los expuestos argumentos críticos acerca de la certeza filiativa como fundamento actual de la pervivencia jurídica del deber de fidelidad matrimonial, debemos buscar un fundamento que sea sustentable para legitimar contemporáneamente la intervención estatal, y que sea – obviamente – coherente con el texto legal actual de nuestro ordenamiento jurídico, y con el principio de igualdad conyugal que hoy campea en sede de deberes personales derivados del matrimonio.

Creemos que la lealtad y respeto conyugal puede ser una explicación satisfactoria. Pues – como expusimos en el párrafo pertinente – la fidelidad

---

conforme a los artículos 180, 184 y 185 del Código Civil – existiendo certeza de la respectiva maternidad – se presume que dicho niño es del marido, y la filiación, que por *ley* le corresponde a dicho niño, por haber sido concebido y nacido durante el matrimonio vigente, es la de *hijo matrimonial* de los cónyuges. La presunción *pater is est* no puede ser desvirtuada sino incoando las acciones filiativas correspondientes.

[64] No obstante todavía no podría explicarse la proscripción igualitaria del adulterio de marido (en parangón con la prohibición del adulterio femenino), pues – tal cual hicimos noto – si el marido tiene copula sexual con mujer diversa de su cónyuge no se pone en riego la certeza filiativa. En nuestra opinión tampoco podría jurídicamente argumentarse que los hijos del marido *deben* nacer dentro del matrimonio, ya que en dicha situación la certidumbre sanguínea se ve incólume; hoy por hoy todo hijo – *matrimonia*l o *no matrimonial* – es igualmente valorado por el ordenamiento jurídico nacional; y, derechamente pretender imponer por el Estado que los hijos nazcan efectivamente dentro del matrimonio – cuando ya la preeminencia de la pretérita familia legítima ha quedado obsoleta – es una intromisión excesiva.

[65] Recordemos que el actual artículo 132 del Código Civil previene que "*El adulterio constituye* ***una grave infracción*** *del deber de fidelidad que impone el matrimonio (…).* De dicho texto pueden desprenderse a lo menos dos consecuencias: a) el adulterio es sólo una infracción del deber de fidelidad matrimonial; y b) el adulterio, al ser una infracción *grave,* es jurídicamente más disvaliosa que otras infracciones del deber de fidelidad matrimonial diversas a la conducta adúltera de cualquiera de los cónyuges.

conyugal se plantearía como una manifestación, parcelada y específicamente atinente a lo sexual, del *respeto recíproco entre los cónyuges*. Nótese que con la modificaciones legales introducidas por la ley 18.802, realzándose la importancia del respeto conyugal, expresamente se previene e incorpora de manera genérica el *deber de respeto* entre los consortes, sin perjuicio que –pese a no haber texto expreso – podía desprenderse su existencia aún con *non lege lata*.

Sin duda que al sustentar el deber de fidelidad matrimonial en la protección estatal del *respeto conyugal*, que en nuestro caso se manifiesta en la *lealtad conyugal referido al plano de lo sexual*, se podría explicar su aplicación igualitaria para ambos cónyuges; se aviene mejor con el tenor literal de nuestras actuales normas jurídicas al efecto[66]; se centra en la relación consorcial en sí, principalmente en el *consortium vitae* que conlleva el matrimonio, alejándose de la visión de procreación como fin primario de dicho vínculo; y de paso poniendo un matiz más marcado en los cónyuges individualmente considerados, en cuanto fines en sí, y no en la institución matrimonial como entidad supraindividual de fines ajenos, diversos, y superiores a sus miembros individualmente considerados.

Ahora bien –tal cual ya manifestamos – dicha tutela estatal no puede servir para, subrepticiamente, permitir que el Estado intente imponer una determinada *moral de Estado,* pues creemos que el poder estatal debe replegarse en estas materias, reconociendo la evolución de la moral social, y la pluralidad de opciones de vida buena y bella a las que los ciudadanos adscriban libremente, teniendo – en este ámbito de cosas – una función de regulación genérica y en caso alguno una misión pedagógica o pontificadora de un modelo de vida amorosa en particular.[67]

3.4.- Algunas consecuencias importantes de la elección

---

[66] Principalmente por cuanto –según ya se expuso – dados los textos de los artículos 131 y 132 del Código Civil, el adulterio sería sólo ***una*** infracción al deber de fidelidad matrimonial: infracción grave, pero sólo una de las posibles conductas conyugales infractoras del precitado deber.

[67] Coincidimos cuando el profesor BARROS BOURIE señala que *"A diferencia de lo que se creyó hasta la ilustración, el papel del derecho de familia en la sociedad contemporánea es crecientemente terapéutico y no pedagógico".* BARROS BOURIE, ENRIQUE*; Op. cit;* pág. 11.

Como se puede ya desprender, la elección que realicemos para fundar el deber de fidelidad matrimonial en cuanto deber jurídico impuesto por el Estado, ha de tener importantes consecuencias a la hora de interpretar, integrar, y aplicar la norma respectiva.

En primer lugar será gravitante para ponderar su mayor inclinación, en cuanto a sus fines, a un *interés público* –como podría ser en el fundamento genético de su existencia, para evitar la confusión de sangre – o a un *interés privado* –como podría explicarse al centrar vista en la sola lealtad conyugal.

También, y vinculado a lo antedicho, cobrará relevancia el determinar la incorporación, del deber de guardarse fe conyugal, al conjunto de normas configurativas del denominado *orden público familiar;* lo que a su vez atinge a la licitud o ilicitud de pactos conyugales referidos al deber en estudio.

En tercer lugar, es importante para determinar la extensión de la conducta exigida a los cónyuges en virtud del referido deber personal del matrimonio: en un caso sólo sería proscrito el adulterio, mientras que en otro las conductas prohibidas a los consortes serían más variadas y amplias, sobrepasando el sólo repudio jurídico a la conducta adúltera.

En cuarto lugar, a la hora de determinar, no ya sólo la procedencia de indemnización de perjuicios entre cónyuges por infracción de éste deber, sino también la fijación del *quantum* respectivo, es atendible determinar si la lealtad conyugal es también un bien jurídico protegido actualmente por el ordenamiento jurídico en esta materia.

En fin, tal cual manifestamos al iniciar estas cuartillas, no resolveremos definitivamente aquí la presente discusión; pero no podíamos dejar de enunciarla por las consecuencias ya enunciadas. Siendo totalmente posible la búsqueda de otros posibles fundamentos y bienes jurídicos protegidos que hayan sido omitidos por nuestro trabajo; al igual que es posible la combinación de las referidas fundamentaciones – e incluso con otras – para una explicación más satisfactoria y acorde con nuestros tiempos y con nuestro actual derecho.

CAPITULO SEGUNDO:

De la naturaleza jurídica del deber de fidelidad matrimonial

***SUMARIO**: I.- UBICACIÓN DENTRO DE LA CLASIFICACIÓN GENERAL DE LAS NORMAS DE CONDUCTA. 1.- Juridicidad del deber. 2.- Ubicación dentro de las categorías de normas jurídicas: aspectos generales. 3.- Tesis de la fidelidad conyugal como deber jurídico específico. 3.1.- Falta de patrimonialidad de la prestación. 3.2.- Imposibilidad del cumplimiento forzado in natura. 3.3.- Imposibilidad del cumplimiento forzado por equivalencia. 3.4.- Separación entre el Derecho Patrimonial y el Derecho de Familia. 3.5.- Sanciones previstas específicamente por el derecho de familia ante el incumplimiento. 3.6.- Transitoriedad temporal de la obligación. 4.- Tesis de la fidelidad conyugal como obligación en sentido técnico estricto. 4.1.- La obligación no exige patrimonialidad de la prestación. 4.2.- Cumplimiento de todos los elementos propios de la obligación. 4.3.- La imposibilidad del cumplimiento forzado in natura no es óbice para calificar a una obligación como tal. 4.4.- La indemnización de perjuicios no solo cumple fines compensatorios y es procedente como sanción jurídica de aplicación general. 4.5.- Relatividad de la distinción entre el derecho Patrimonial y el Derecho de Familia. II.- SITUACIÓN EN EL DERECHO MATRIMONIAL CHILENO. 1.- Dificultad en la materia. 2.- De aceptar la tesis obligacional: ¿Cuál sería la naturaleza de las obligaciones derivadas del matrimonio? 3.- Nuestra posición. 4.- Importancia y proyección de la elección.-*

I.- Ubicación dentro de la clasificación general de las normas de conducta

1.- Juridicidad del deber

Una de las primeras cuestiones, que debemos dilucidar antes de discurrir en particular sobre la naturaleza jurídica del deber de fidelidad matrimonial, se refiere a un presupuesto o requisito previo, a saber, determinar - despejando toda duda - el carácter jurídico del referido deber.

Lo antedicho cobra importancia debido a una afirmación constante de parte de algunos autores[68] en cuanto a la preponderancia ética del citado

[68] En este sentido, entre nosotros el profesor RAMOS PAZOS ha señalado que las relaciones personales de los cónyuges "*tienen un marcado carácter ético, quedando su cumplimiento entregado fundamentalmente a la conciencia de los cónyuges* (…)", *v.* RAMOS PAZOS, RENE; *Op. cit; Derecho…,* (2005), pág 124; también el profesor

deber de fidelidad matrimonial, ubicándolo, conciente o inconcientemente, casi como una mera *norma moral* la que impone a los cónyuges el cumplimiento de la conducta exigida por el citado deber existente en el vínculo de conyugalidad, quedando entregado el cumplimiento o infracción, en su caso, a la conciencia ética del sujeto imperado por la norma, y careciendo de la coercibilidad propia de toda norma jurídica.

De manera general, las *normas de conducta* podemos entenderlas como prescripciones de determinados comportamientos que las personas deben observar en ciertas circunstancias y prevén también algún tipo de castigo para el caso de que no se las cumpla, operando así sobre la base del *principio de imputación*, es decir, estableciendo que una determinada consecuencia debe ser imputada a determinados actos, sin que pueda decirse, en oposición a las denominadas *leyes de la naturaleza* que se rigen por el *principio de la causalidad*, que este acto sea propiamente la causa de dicha consecuencia ni ésta el efecto de aquél[69]. Se refieren específicamente a la regulación de la vida en relación, al ámbito de la sociedad como tal, o sea, se trata de algo que los hombres hacen o producen con un cierto fin dentro de la convivencia común.

Ahora bien, dentro de las normas de conductas no sólo se encuentran las normas jurídicas, sino que incluyen un amplio elenco de especies, distinguiéndose unas de otras por las propiedades y características específicas; siendo efectivo que la vida en sociedad se desenvuelve con sujeción a distintas clases de normas, a saber, por ejemplo, normas religiosas, normas sociales, normas de trato social, normas jurídicas, reglas

---

MEZA BARROS sostiene que como característica del derecho de familia su "*acentuado carácter ético de sus disposiciones, esto es, naturaleza más bien moral que jurídica de muchas de sus normas*"; *v.* MEZA BARROS, RAMÓN; *Op. cit; Manual de Derecho*…, pág 7. En la jurisprudencia nacional la Corte Suprema también ha concluido que "*El primer de los deberes del artículo 131(del Código Civil), el de fidelidad, constituye una norma de carácter esencialmente moral*" (C. Suprema, 17 diciembre 1948. G. 1948, 2º Sem., Nº 42, pág. 246 -C.4º, pág. 247.- R., t. 46, sec, 1ª, pág. 260 –C. 4º, pág 263 -) Entre los autores extranjeros, en el mismo sentido, el profesor español FEDERICO PUIG PEÑA manifiesta que las relaciones personales de los cónyuges constituyen "*un conjunto complejo de deberes y facultades situados en la persona de cada uno de los cónyuges, desprendidos, por así decirlo, inmediatamente de la naturaleza y esencia íntima de la institución. Son lazos de unión instalados en la misma pareja sin trascendencia exterior; y no se conciben sin el matrimonio ni tienen otro alcance que dar realidad a los designios fundamentales del mismo*", citado por el mismo profesor RENÉ RAMOS PAZOS, *ibid.*

[69] SQUELLA NARDUCCI, AGUSTÍN. *Introducción al Derecho*. Editorial Jurídica de Chile, 2000; pág 24.

técnicas de carácter convencional; y, a su vez, éstas difieren en cuanto a la *autoridad* que las dicta o impone, en cuanto a los *sujetos* cuyas conductas pretenden regular, en sus *contenidos*, en el tipo de deberes que impone, en los *fines* que se persiguen, y en los *castigos* que contemplan para el caso de que no se las cumpla, sin perjuicio de tener en común el hecho de ser enunciados o proposiciones que tienen por objeto influir en nuestro comportamiento, dirigir nuestra conducta de una determinada manera o sentido[70].

En este hilo de ideas podemos señalar como caracteres principales de las normas jurídicas su *exterioridad*, su *heteronomía* por regla, ya que existen importantes excepciones, su *bilateralidad*, y – quizá en el distintivo más insigne – su *coercibilidad*.[71] De esta manera, al ser la coercibilidad la característica de mayor distinción de las normas jurídicas en parangón con los otros ordenes normativos, hemos de esta guisa de precisar si el deber de fidelidad matrimonial se encuentra recogido o no en una norma con dicha característica, es decir, si existe o no la posibilidad de aplicar la fuerza socialmente organizada para obtener el cumplimiento de dicho deber.

Justamente la *coercibilidad* es una propiedad que se cuestiona tanto respecto a la norma que impone en particular el deber de fidelidad matrimonial, como en general respecto a las normas que imponen deberes de familia que rigen las relaciones no pecuniarias entre los cónyuges, es decir, el denominado estatuto personal del matrimonio. En este sentido se ha manifestado que en éste ámbito de deberes - referentes a las relaciones extrapatrimoniales o personales entre los cónyuges - no existe la posibilidad de una ejecución forzada, en donde lisa y llanamente no existe coercibilidad para hacer exigible dichos deberes, y, en el tema que nos convoca, no se puede compeler a cada uno de los cónyuges para que

---

[70] SQUELLA NARDUCCI, AGUSTÍN. *Op. cit.*, págs. 35-36.

[71] En relación precisamente a dichas características se ha definido las normas jurídicas como aquellas que "*regulan la conducta de los hombres que viven en sociedad, provienen de actos de producción normativa que son ejecutados comúnmente por autoridades normativas a las que otras normas jurídicas del respectivo ordenamiento otorgan competencia para la ejecución de tales actos de producción normativa, cuyo cumplimiento, además, se encuentra garantizado por la legítima posibilidad del uso de la fuerza socialmente organizada, y que, por último, apuntan a la realización de ciertas aspiraciones de orden, paz, y seguridad que los hombres desarrollan en cuanto viven en sociedad*", *v.* SQUELLA NARDUCCI, AGUSTÍN. *Op. cit.*, pág. 71.

satisfaga la conducta exigida por el deber de fidelidad derivado de la conyugalidad.

A esta altura es pertinente recordar que, respecto del carácter coercible de las normas jurídicas, lo que el derecho impone mediante el uso de la fuerza socialmente organizada no son, necesariamente, los comportamientos que sus normas imponen como debidos, sino los actos de tipo coactivos que deban seguir para el evento de que algún sujeto, normado o imperado por el deber contenido en la norma en cuestión, se aparte de tales comportamientos, pues el acto coactivo debe, precisamente, ser ejecutado sólo en presencia del comportamiento prohibido por el derecho, es decir para que el Estado pueda intervenir con el monopolio de la fuerza que le es propio, debe, previamente, haber una acción u omisión transgresora de la conducta positiva o negativa impuesta por la norma de derecho, debe, por ende, existir como realidad fáctica el hecho ilícito. El *hecho ilícito* es la condición para que pueda comenzar a operar el acto coactivo que está estatuido como consecuencia de determinada infracción normativa, teniendo dicho acto coactivo el carácter de sanción jurídica[72]. Tal cual señala el profesor SQUELLA NARDUCCI, "*el hecho ilícito no constituye propiamente la negación del derecho, o sea, no es algo que amenace ni menos suprima la existencia del derecho como orden normativo, sino, todo lo contrario, representa la condición que, una vez acaecida, trae consigo la eficaz aplicación de las sanciones que el propio derecho ha previsto*"[73]. En síntesis, para escudriñar sobre este carácter peculiar del derecho, su coercibilidad, hemos de fijar nuestra mirada en la coerción posible mediante la fuerza socialmente organizada, en la sanción ante el incumplimiento del deber promovido y contenido por la norma respectiva, entendiendo la *consecuencia jurídica* que se deriva del dicho hecho ilícito como el acto humano, legitimado por el mismo ordenamiento jurídico, que se aplica en presencia de dicha infracción por parte del sujeto imperado, habida consideración que dicha consecuencia es desfavorable para el referido sujeto imperado-infractor, y que no necesariamente debe existir como sanción el cumplimiento forzado de la respectiva conducta

---

[72] SQUELLA NARDUCCI, AGUSTÍN. *Op. cit.*, págs. 90, y 107 y sig.

[73] *Ibid.* pág. 108.

positiva o negativa prescrita por el deber quebrantado. El hecho de no existir la posibilidad de exigir un cumplimiento *in natura* no excluye - mientras existan otras sanciones previstas por el mismo ordenamiento jurídico[74] - el carácter de jurídico al deber trasgredido, o, más bien dicho, la norma que previene el comportamiento exigido sigue teniendo la naturaleza de jurídica mientras la coercibilidad propia de dichas normas se trasunte o concrete mediante consecuencias jurídicas previstas por el mismo sistema para el evento de su incumplimiento, y cuya aplicación debe ser requerida, por regla, al Estado mediante sus órganos públicos organizados[75].

Debemos por ende atender a las consecuencias jurídicas impuestas por el propio ordenamiento jurídico nacional ante el incumplimiento de la conducta exigida por el deber de fidelidad matrimonial[76], las cuales se encuentran *a priori*[77] reguladas en la legislación chilena; y son aplicadas, previa comprobación de la existencia del hecho ilícito o infracción al deber, por un órgano público estatal y al amparo del uso de la fuerza legítima.

En dicho escenario, no podemos menos que sostener que la norma que prescribe el deber de guardarse fe entre los cónyuges es una norma jurídica propiamente tal, toda vez que regulan los comportamiento *externos* de los cónyuges y no los comportamiento meramente pensados o proyectados por éstos; es *heterónoma*, ya que son generadas y estatuidas por una autoridad normativa situada y aún por encima de los sujetos imperados

---

[74] En este particular es procedente tener en vista la distinción de las sanciones en: *sanciones de coincidencia con la prestación,* en donde encontramos la ejecución forzada de la prestación debida que el sujeto pasivo obligado no cumplió voluntariamente; y las *sanciones de no coincidencia de la prestación*, en donde a su vez encontramos el *cumplimiento por equivalencia, la ineficacia, la pena, las sanciones premiales*, entre otras.

[75] En sentido similar el profesor español HERNANDEZ GIL, a propósito de las obligaciones – lo cual es aplicable al deber de fidelidad matrimonial aún cuando no sea necesariamente entendida como obligación en su sentido estricto – ha manifestado que (sic) "*el deudor, que está obligado al cumplimiento, puede de hecho observar una conducta total o parcialmente no coincidente con el deber asumido. La coacción jurídica, actuando sobre la voluntad, restringe la libertad pero no llega a eliminarla; no impone necesaria y materialmente el cumplimiento por el deudor*"; HERNANDEZ GIL, ANTONIO; *Op. cit.*, pág. 62

[76] *Vid. Infra* Tercera Parte de este trabajo, sobre las consecuencias jurídicas civiles de su incumplimiento..

[77] Nos referimos a que el ordenamiento jurídico previene justamente el incumplimiento, de la conducta exigida por la norma que establece el deber de fidelidad matrimonial, como un supuesto normativo, es decir como una hipótesis - que como tal está prevista anteladamente por el ordenamiento, siendo un hecho que puede o no ocurrir en la experiencia social - a la cual se imputa consecuencias jurídicas prevenidas idealmente - es decir antes que concurra el hecho de la infracción - en el mismo sistema de normas.

por ésta; es *bilateral*, ya que junto con imponer un específico deber reconoce a otro sujeto –el otro cónyuge[78] - tiene la facultad para exigir el cumplimiento del deber en comento, o más bien dicho, la posibilidad para pretender las consecuencias jurídicas en el evento de su vulneración; y concurre la ***coercibilidad*** como propiedad distintiva, ya que existe la legítima posibilidad de utilizar la fuerza socialmente organizada para obtener el cumplimiento de la conducta prevista por el deber impuesto por la norma, o también más precisamente para pretender las consecuencias jurídicas en el evento de su vulneración, con la acotación ya detallada en cuanto a que el hecho de no proceder *sanciones de coincidencia con la prestación debida*, es decir, un cumplimiento *in natura* forzado, no excluye dicho carácter mientras existan otras sanciones, mientras puedan concurrir otras consecuencias jurídicas desfavorables para el cónyuge infractor previstas por el mismo ordenamiento jurídico para el evento de quebrantamiento del deber impuesto por la norma.

Tampoco, como podría erróneamente pensarse, el hecho de ser el deber de fidelidad matrimonial una obligación de carácter personal cuyo objeto no es de índole económico, no puede ser argumento para sostener la negación del carácter jurídico de la norma que prescribe dicho deber, pues en este sentido coincidimos con el profesor ENRIQUE ROSSEL SAAVEDRA, quien manifiesta, respecto de todos los deberes personales derivados del vinculo de conyugalidad, que "*las circunstancias de que estas obligaciones no tengan por objeto una cosa avaluable en dinero ha creado la idea errónea de que no son propiamente obligaciones legales, sino simples deberes morales. No es así, pues reúnen todos los elementos de la obligación: su objeto es estrictamente jurídico y su quebrantamiento acarrea sanciones establecidas por textos expresos*"[79]; agregando a reglón seguido que "*el deber moral se caracteriza porque el acreedor es indeterminado y su violación no acarrea sanciones civiles: nada de esto ocurre en los vínculos que se han mencionado, en los que las partes son los cónyuges y las consecuencias de su quebrantamiento están establecidas y reglamentadas por textos legales expresos*"[80];

---

[78] Recordemos que el *principio de igualdad de los cónyuges*, tiene como una importante manifestación la reciprocidad de los deberes personales del matrimonio.

[79] *Vid.* ROSSEL SAAVEDRA, ENRIQUE; *Op. cit.;* pág 79.

[80] *Ibidem*

máxime aún cuando el derecho no sólo protege intereses pecuniarios de las personas, sino que se extiende a la valoración, protección, y tutela de otros intereses de índole no pecuniarios.

Con todo, la distinción entre *derecho* y *moral* como dos órdenes normativos distintos no implica sostener su total separación: *distinguir* no es sinónimo de *separar*. Ciertamente, desde un punto de vista analítico y para fines cognoscitivos, o incluso meramente didácticos, debemos diferenciar cada una de las características y propiedades de cada orden de normas, debemos distinguir cada uno de ellos, señalando tanto sus denominadores comunes como *normas de conductas*, y tanto sus caracteres diferenciadores; pero aquello no debe devenir en un total distanciamiento de los órdenes de normas, en una total separación que sería más artificiosa que apegada a la realidad social. Lo antedicho quizá es manifiesto en el caso del deber de fidelidad matrimonial, en donde, al igual que en los otros deberes imperantes en las relaciones personales entre cónyuges, no se puede desconocer su manifestación tanto en el ámbito de las normas de orden jurídico como en *normas de orden moral*, y en particular en *normas de moral social*. Pues en este sentido, tal cual expone de manera prístina el jurista español HERNANDEZ GIL, (sic) *el orden jurídico no es rigurosamente autónomo; mantiene una comunicación con el orden social y con el orden moral; y si no la mantuviera quedaría reducido a un formalismo desprovisto de significación jurídica; esto no quiere decir que toda obligación jurídicamente establecida sea la literal versión de una regla social o de una regla moral, pero si que el derecho, en su conjunto, estructura la realidad social de la convivencia al servicio de fines éticamente valiosos*[81].

Resulta totalmente posible que una determinada conducta pueda estar prescrita como debida por varios órdenes normativos[82], siendo de esta

[81] HERNANDEZ GIL, ANTONIO. *Op. cit.* Pág 58.

[82] Es así que en todos los ordenes normativos de conducta se procura la regulación de la vida en relación de cada sujeto con los demás miembros de la sociedad, mediante prescripciones de conductas al efecto, siendo menester señalar que una de sus principales diferencias se refiere justamente a los castigos ante el quebrantamiento de las conductas impuestas en cada clase de norma, ya que, a modo de ejemplo, mientras que en el caso de las normas jurídicas el castigo viene dado por la consecuencia jurídica regulada por el propio ordenamiento jurídico, con el amparo de la coercibilidad aplicable al evento de infracción; en el caso de la norma de moral social el castigo no esta claramente prevenido, pero no por eso es inexiste, manifestándose generalmente en el reproche, la censura social u otros análogos, sin, eso si, la posibilidad del uso de la fuerza socialmente organizada.

guisa totalmente explicable que una misma conducta o comportamiento pueda estar prescrito por ambos, lo cual de algún modo ocurre en nuestro caso, ya que sin duda es en el ámbito de las relaciones familiares en general y de las relaciones conyugales en particular, donde las acciones y omisiones de los sujetos de la relación familiar se encuentran imperados por normas de diversas índoles, dentro de las cuales, por cierto, comparecen también las normas jurídicas. Se suma a lo anterior que, al no tener una definición legal descriptiva de manera indubitable del deber de fidelidad matrimonial, su contenido de alguna manera se ve *integrado* con los contenidos de normas de otros órdenes normativos de conductas, y, por ende, los operadores jurídicos, tales como legisladores, jueces, abogados, e inclusive los mismos cónyuges imperados por la norma, que utilizan estos conceptos, o que tienen que darle un contenido o alcance preciso en un caso dado, deben tener – y tienen – presente los dictámenes que surgen particularmente de la moral social[83] o incluso los dictámenes provenientes de otros órdenes de normas como puede ser de la moral individual, de la moral de los sistemas filosóficos o religiosos, e incluso de la religión. De lo expuesto resulta comprensible el denominado "*contenido ético o moral*" que se atribuye al deber de fidelidad que rige entre los cónyuges, lo cual, a la luz de lo explicado, no importa ni justifica suprimir o anular el carácter de jurídica a la norma legal que la impone. Huelga además decir que, en general, en todo deber de orden jurídico se ve conectado en su génesis, contenido, y adecuación de comportamiento del sujeto imperado, con normas de conducta de otros órdenes.

Por el contrario el peligro de alzaprimar sólo el aspecto moral del deber de guardarse fe entre los cónyuges reviste trascendentes resultados, tanto desde el *punto de vista jurídico* como desde el *punto de vista político legislativo*.

Desde el primero –en el prisma jurídico – resulta ser que al entender dicho deber sólo como de contenido moral, suprimiéndole y pretiriendo su calificación de norma jurídica, se proscribe todo el elenco de sanciones y consecuencias jurídicas previstas en el ordenamiento para el evento de

---

[83] *Vide* SQUELLA NARDUCCI, AGUSTÍN. *Op. cit.*, pág. 142

hechos ilícitos en general, entendiéndose, desde cierta interpretación, que sólo son aplicables las sanciones específicamente previstas en la ley[84].

Y desde el segundo –en el prisma político legislativo -, al confundir la norma de orden jurídico con una norma meramente moral, se podría entender que la norma legal prevista en el Código Civil necesariamente coincide, o debe coincidir literalmente, con una específica norma de moral social, e incluso de moral individual, de idéntico contenido prescriptivo, debiendo tener en cuenta que al exigir criterios jurídicos para la delimitación y configuración del deber de fidelidad matrimonial - en cuanto deber de carácter jurídico -, se refuerza la *seguridad jurídica* que debe alzaprimarse en toda comunidad, y se evita, a través de la utilización de criterios jurídicos objetivos, que determinados grupos que se encuentren en el poder político o social, o simplemente lo detenten, hagan imposición de una determinada y específica concepción moral, social o religiosa al resto de la sociedad a través de normas de aplicación general y de naturaleza coercitiva. Además, ya vimos que los diversos órdenes normativos pueden coincidir en las prescripciones de conductas y comportamientos en la vida de relación, pero también que dicha armonía no es necesaria, pudiendo perfectamente modificarse las valoraciones de los sujetos componentes de la sociedad, por lo cual en la moral social dominante perfectamente pueden acaecer modificaciones que deben ser atendidas en el derecho *hit et nunc*, ya que perfectamente la norma legal que previene el deber de fidelidad matrimonial puede estar alejada o desfasada de las apreciaciones morales de los sujetos imperados por el derecho: puede ser un mundo posible que los cónyuges puedan tener una valoración diferente del citado deber, lo cual es pertinente tanto para eventuales modificaciones legales o intentos de *lege ferenda* en la materia, y tanto para determinar el rol de los cónyuges en la alteración del contenido del deber legal.

---

[84]Así, al entender que ante su incumplimiento sólo nos encontramos ante un quebrantamiento de una *norma moral*, se proscribe la posibilidad de solicitar indemnización de perjuicios para el evento de que dicho hecho ilícito ocasione daños al cónyuge inocente; ya que –en esta interpretación – sólo deben aplicarse las sanciones específicas y expresas que el ordenamiento jurídico previene, y particularmente las del derecho de familia entendido como una rama autónoma y separada de las normas generales.

2.- Ubicación dentro de las categorías de normas jurídicas: aspectos generales

Despejadas las dudas acerca del carácter jurídico del deber de fidelidad matrimonial, y en particular tras analizar su vinculación –en cuanto al contenido de su objeto – con otros ordenes normativos reguladores de la vida en relación, procede a continuación resolver un punto de precisión técnica sobre el tema de este trabajo, como es determinar – partiendo de la premisa de la *juridicidad* del deber – cual es la ubicación ahora dentro del plexo de normas jurídicas, o, más precisamente, cual es su naturaleza jurídica en nuestro sistema jurídico patrio: ¿estamos derechamente ante una obligación propiamente tal?, ¿es un deber jurídico diferente a una obligación en *estricto sensu*?.

Desde ya podemos adelantar que, a nivel doctrinal, en el Derecho de Obligaciones se ha distinguido entre el *deber jurídico*, definido como *la necesidad en que, por mandato del ordenamiento jurídico, se encuentran los hombres de observar determinadas conductas (hacer o no hacer algo)*[85], y la *obligación en su sentido técnico estricto*, definida ésta última como *un vínculo jurídico o una relación jurídica entre dos personas determinadas en virtud de la cual una de ellas, el deudor, se encuentra en la necesidad de realizar una prestación en interés de la otra, el acreedor, que puede exigírsela*[86]*,* entendiéndose que existe una relación de genero a especie, siendo el *deber jurídico* el género y la *obligación en sentido técnico estricto* la especie[87].

Los profesores ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC[88] señalan como situaciones que no son obligaciones, sino más bien deberes

---

[85] ALESSANDRI R., ARTURO; SOMARRIVA U., MANUEL; VODANOVIC H., ANTONIO; *Op. cit;* pág 9.

[86] ALESSANDRI R., ARTURO; SOMARRIVA U., MANUEL; VODANOVIC H., ANTONIO. *Op. cit,* .pág 11.

[87] En este hilo de ideas se ha expuesto que "*la obligación en sentido pasivo no es sino una especie de un concepto más amplio, el deber jurídico*"; ALESSANDRI R., ARTURO; SOMARRIVA U., MANUEL; VODANOVIC H., ANTONIO. *Op. cit,* .pág 9. En concordancia el profesor ABELIUK MANSEVICH señala que "…*creemos que debe distinguirse el deber jurídico de la obligación, siendo el primero el género y la segunda la especie*" ABELIUK MANASEVICH, RENE; *Op. cit; Las Obligaciones*…, pág 30.

[88] ALESSANDRI R., ARTURO; SOMARRIVA U., MANUEL; VODANOVIC H., ANTONIO, *Op. cit,*. pág. 9 y ss.

jurídicos diversos de una obligación en *estricto sensu,* los siguientes: a) *el deber genérico de abstención*, entendido como el deber que pesa sobre todo tercero de omitir o evitar cualquier hecho que perturbe o moleste al titular de un derecho en el goce del mismo; b) *la sujeción correlativa del llamado derecho potestativo*, definido como el deber de respeto de una persona como correlación al poder que otra persona que, por efecto de una relación determinada, puede provocar, por su propia y exclusiva voluntad, es decir por un acto unilateral, un cambio en la situación jurídica del sujeto pasivo, que no puede ni debe hacer nada, sino resignarse a sufrir las consecuencias de aquella declaración de voluntad; y c) *la carga*, que se entiende como la conducta a la cual el sujeto está obligado no por un correspondiente derecho ajeno, sino para lograr cierto efecto jurídico en interés propio[89]. Ahora bien, los autores recién citado no se manifiesta expresamente respecto de donde encuadrar el deber de fidelidad matrimonial, aunque si, de manera categórica, excluye de dicho deber matrimonial el carácter de obligación en su sentido técnico, señalando que (sic) "*en el lenguaje cotidiano y alguna leyes suelen tomar palabra obligación en el sentido amplio de deber jurídico, y califican de obligación tanto el deber de cumplir con el servicio militar como el deber de fidelidad conyugal o el que tiene el comprador de pagar el precio. El Código Civil no escapa a esta tendencia, y así, por ejemplo, señala como obligación el deber que tienen los cónyuges de guardarse fe"*[90].

Por su parte el profesor ABELIUK[91], quien también distingue entre deber jurídico y obligación, señala que dentro de los deberes jurídicos, en su

---

[89] Ejemplo de *deberes genéricos de abstención* serían el deber de respeto del derecho de propiedad de otra persona, e incluso el deber genérico que tiene la comunidad jurídica de respetar cualquiera otro derecho real sobre una cosa que ostenta el titular respectivo; de la *sujeción correlativa a un derecho potestativo* se cita el respeto, el impuesto a un comunero demandado de partición de comunidad, siempre que no se haya pactado la indivisibilidad conforme al artículo 1317 del Código Civil, o la situación del contratante infractor de una obligación derivada de un contrato bilateral cuando su contraparte, el contratante diligente, hace valer la denominada *condición resolutoria tácita* prevenida en el artículo 1489 del Código Civil, (*N. A.*: Habida cuenta que alguna parte de la doctrina nacional y extranjera estima dicho instituto no ya como una *condición* entendida como una especie de *modalidad de las obligaciones*, sino más bien como un efecto general del incumplimiento de las obligaciones contractuales, explicando su naturaleza jurídica con la figura del *derecho potestativo*); y, por último, manifestación de *carga* sería, verbigracia, la necesidad del actor en juicio de probar los hechos afirmados en su libelo.

[90] *ibidem*

[91] ABELIUK MANASEVICH, RENE. *Op. cit. Las Obligaciones…,* pág 30

sentido genérico, pueden distinguirse las especies o categorías siguientes: a) los *deberes generales de conducta,* en un sentido similar al *deber genérico de abstención* señalado anteriormente; b) los *deberes específicos,* que importan la exigencia de conductas expresamente contempladas en el ordenamiento jurídico, pero que técnicamente no son obligaciones, y c) *las obligaciones en su sentido técnico estricto*, ya definidas anteriormente. El civilista citado incorpora como deberes específicos la mayor parte de los deberes de familia que rigen las relaciones no pecuniarias entre padres e hijos, y cónyuges entre sí, señalando que, (sic) *se diferencian fundamentalmente de las obligaciones propiamente tales en que por el contenido moral y afectivo que suponen, no son susceptibles de ejecución forzada ni de indemnización de perjuicios en caso de infracción*.

En el derecho comparado, el profesor español HERNÁNDEZ GIL[92] también participa de la distinción entre *obligación* y *deber jurídico*, sosteniendo, en el mismo sentido hasta acá expuesto, que la obligación aparece inserta en la categoría jurídica, técnicamente más amplia, del deber jurídico, de suerte que toda obligación es, necesariamente, un deber jurídico, pero no todo deber jurídico es una obligación, debido a la relación de pertenencia de uno respecto del otro: el deber jurídico es el género mientras la obligación es una especie o categoría dentro de dicho conjunto mayor. Dicho jurista español distingue entre: a) *deber jurídico general u obligatoriedad*, siendo éste el significado más amplio de deber, es decir, la expresión de la idea de la fuerza obligatoria de las normas jurídicas que tiene como corolario el sometimiento de los miembros de la comunidad jurídica en un doble aspecto o alcance de observar el deber de cumplirlas y de atenerse a las consecuencias derivadas del incumplimiento[93]; b) *deberes jurídicos particulares*, definidas por el citado autor como aquellos que inciden sobre quienes se sitúan, en concreto, en la esfera de actuación de determinadas normas, no se trata ya del general deber de acatar las normas, sino de observar un comportamiento específico hacia otra persona; y c) *obligaciones*, entendida como una modalidad específica de los deberes

---

[92] HERNANDEZ GIL, ANTONIO; *Op. cit;* págs. 58-66.

[93] Como bien explica HERNANDEZ GIL, "…*El que, de hecho, exista la posibilidad de que la conducta no se acomode a las normas no elimina la idea de deber. Entonces se produce una trasgresión que trae como consecuencia un efecto sancionador o la falta de eficacia jurídica del acto*.". *Vid.* HERNANDEZ GIL, ANTONIO, *Op. cit.*, pág. 58.

jurídicos, en donde siempre en el vínculo interno de ésta, además de la "deuda" del sujeto pasivo siempre, por regla, existe alguien que ostenta un "crédito correlativo", donde la prestación sobre que recae el deber es, generalmente, susceptible de una valoración económica, y en donde en cuanto a su estructura o etapas propias, intenta conjugar o armonizar la concepción de la *obligación como deber de prestación* y la concepción de la *obligación como responsabilidad.* En cuanto al tema que nos convoca, dicho autor cita expresamente a los deberes personales entre los cónyuges como ejemplos de deberes jurídicos particulares que, dada su clasificación, no encuadran en las *obligaciones en sentido estricto*.

Intentaremos, a continuación, desglosar los argumentos posibles para ubicar la fidelidad conyugal exigida jurídicamente, tanto como un deber jurídico específico diverso de una obligación *estricto sensu*, y tanto como una obligación en sentido técnico estricto que participa de todos los elementos exigidos por el Derecho Obligacional.

3.- Tesis de la fidelidad conyugal como *deber jurídico específico*

3.1.- Falta de patrimonialidad de la prestación:[94] En el derecho patrio, como en el derecho comparado en general, existe controversia sobre si es necesario que la obligación en su sentido técnico y propio tenga como objeto una prestación de contenido patrimonial, frente a cuyo debate, como ya se insinúa, no existe una solución pacífica.

De entender que la tesis patrimonialista es la correcta, es decir, de dar por sentado que la prestación de toda obligación en sentido estricto debe siempre tener una prestación que sea patrimonial, tendríamos como necesaria consecuencia la imposibilidad de sostener el carácter de obligación, en su técnico sentido, de la fidelidad exigida en las relaciones conyugales.

---

[94] Sobre el debate dogmático de la patrimonialidad de la prestación en la obligación *Vid.* RAMOS PAZOS, RENE, *De las obligaciones.* Editorial Jurídica de Chile, 1999, págs. 20-22; ALESSANDRI R., ARTURO; SOMARRIVA U., MANUEL; VODANOVIC H., ANTONIO, *Op. cit;* págs. 164-168.; ABELIUK MANASEVICH, RENE. *Op. cit;* págs. 35 y 36.

La doctrina clásica - con raigambre en el derecho romano, y con expositores como Pothier, Aubry et Rau, Baudry Lacantinerie, entre otros, y con especial defensa de esta postura por Savigny y los juristas de la escuela histórica - ha sostenido la necesidad del contenido económico de la prestación objeto de toda obligación, toda vez que si así no fuese, si la prestación no pudiera ser apreciada en dinero, en caso de incumplimiento de la obligación no habría protección para el acreedor ya que no procedería la ejecución forzada sobre el patrimonio del deudor, pues la indemnización debe adecuarse a la prestación no realizada, al daño resultante de dicha inejecución, y, si la prestación no fuera patrimonial, no habría forma de establecer una equivalencia.

Sin duda los deberes de orden personal del matrimonio, y en particular el deber de fidelidad matrimonial, no engarzan en el requisito de la patrimonialidad de la prestación objeto de la obligación, e incluso, en principio, ni siquiera podrían encuadrar en algunos de los casos de excepción relatados por los partidarios de esta posición. En efecto, para esta tesis puede ser que una prestación se estime patrimonial aún cuando mirada aisladamente no tenga dicho carácter, siempre y cuando adquiera una trascendencia económica indirectamente, por reflejo de la trama obligacional, como cuando dicha obligación va acompañada de una pena privada para el evento de su incumplimiento.

Dentro de este debate sobre la patrimonialidad de la prestación han surgido doctrinas intermedias, destacando la que distingue entre *interés* y *prestación*, siendo sus exponentes los juristas italianos Sciojola y Ruggiero. No obstante en esta posición más ecléctica tampoco podríamos incluir el deber de fidelidad matrimonial como una obligación, ya que, en esta posición, pese a que el *interés* puede no obedecer a un móvil pecuniario la *prestación* siempre debe tener valor económico[95].

3.2.- Imposibilidad del cumplimiento forzado *in natura*: Como ya se ha esbozado en el numeral anterior, uno de las mayores dificultades ante un

[95] El Código Civil italiano de 1942 – que recoge esta posición intermedia -, en su artículo 1174, establece: "*La prestación que constituye objeto de la obligación debe ser susceptible de valoración económica y debe corresponder a un interés del acreedor, aún cuando no sea patrimonial*".

eventual incumplimiento del deber de fidelidad matrimonial se refiere a la imposibilidad de exigir el cumplimiento forzado *in naturaleza* de la prestación debida.

Sabido es que si el deudor de una obligación no concurre espontáneamente al cumplimiento de la prestación debida mediante el pago o solución en el denominado *efecto normal* de la obligación, se aparejan los denominados *efectos anormales* de la obligación, que importan o se concretan en la facultad del acreedor para poder exigir, con el amparo de los órganos del Estado, el cumplimiento de la misma. Primeramente mediante el cumplimiento forzado de la prestación debida cuando el deudor no la ha satisfecho íntegramente, es decir un cumplimiento compulsivo *in naturaleza*, en donde el acreedor es satisfecho con la idéntica prestación adeudada: acá la prestación realizada es la misma a la cual se encontraba compelido el deudor[96]; y en segundo lugar, cuando no sea posible el cumplimiento in naturaleza de la prestación, el acreedor podrá echar mano al cumplimiento forzado *por equivalencia o sustitutivo*, en donde una indemnización de perjuicios equivale - ocupa el lugar - al beneficio que a éste le habría reportado la realización exacta, integra, y oportuna de la obligación respectiva.

Así las cosas, tenemos que ante el incumplimiento de deber de guardarse fe entre los cónyuges no cabe el cumplimiento forzado en naturaleza, habida consideración que –sea cual sea la extensión de las conductas exigidas a los cónyuges[97] en virtud del deber en comento – estaríamos ante una *obligación de no hacer* en donde por razones fácticas no es posible imaginar la intervención del Estado para compeler al cónyuge deudor al cumplimiento exacto, íntegro, y oportuno de la prestación debida, toda vez que si uno de los cónyuges contraviene la conducta exigida no puede deshacerse lo hecho. Es, además, pertinente destacar que la

---

[96] Aunque la prestación satisfecha es idéntica a la debida en el origen de la obligación, la diferencia con el *pago* es que en este último – como acto jurídico bilateral que es, toda vez que jurídicamente consiste en una convención destinada a extinguir derechos y obligaciones recíprocos – el deudor concurre espontáneamente a la satisfacción del crédito correlativo: no es necesario compelerlo mediante la intervención de la fuerza socialmente organizada a través, en concreto, de la colaboración de los Tribunales de Justicia.

[97] *Vid.* "CAPÍTULO TERCERO".

obligación en cuestión se nos presentará como una prestación exigida permanentemente durante toda la vigencia del vínculo matrimonial, o, por lo menos, hasta que estemos ante una hipótesis de suspensión del deber[98], por lo cual la prolongada extensión temporal de la prestación debida colabora aún más con la ya relatada imposibilidad de coacción directa[99].

3.3.- Imposibilidad del cumplimiento forzado *por equivalencia*: Ahora bien, si estamos en presencia del hecho ilícito de infracción o quebrantamiento de la obligación de fidelidad conyugal, infracción, por ende, de una *obligación de no hacer* en donde no puede deshacerse lo hecho, deberíamos tener como consecuencia jurídica la posibilidad del cumplimiento por equivalencia, mediante una *indemnización de perjuicios* tendiente a reparar el perjuicio sufrido por el cónyuge inocente como efecto del incumplimiento culpable del cónyuge infractor. No obstante, desde esta opinión, resulta improcedente la aplicación de la ejecución forzosa sobre el patrimonio del deudor ya que la indemnización debe adecuarse a la prestación no realizada, al perjuicio o daño resultante de la inejecución de la obligación en colación, y si la prestación no tiene carácter patrimonial, como efectivamente ocurre en nuestro caso, no habría a su vez forma de poder precisar o establecer la respectiva equivalencia.

3.4.- Separación entre el Derecho Patrimonial y el Derecho de Familia: De antiguo se ha distinguido y separado entre el Derecho de Familia y el Derecho de Propiedad[100], entendiéndola como una gran clasificación del Derecho Civil en general, en donde el pilar o instituto fundamental del primero es el *matrimonio*, mientras en el segundo es el *derecho de propiedad*.

Las diferencias más destacadas serían: a) En el derecho patrimonial domina por regla el interés individual de los particulares, mientras en el derecho de familia están también en juego los intereses de la sociedad

---

[98] Desde ya podemos citar como indiscutido presupuesto legal de suspensión del deber: la *separación judicial*.

[99] Nótese que el matrimonio, en nuestro sistema legal actual, puede incluso llegar a durar toda la vida.

[100] Sobre el particular *Vid.* SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL; *Op. cit; Derecho de…*; págs. 7-9.

toda[101]; b) Las normas que forman el derecho familiar son generalmente prohibitivas e imperativas, mientras que en el derecho patrimonial son, por regla, permisivas; c) Las modalidades, entendidas como cláusulas incorporadas por los particulares para alterar los efectos normales de los contratos, están generalmente proscritas en el derecho de familia; no así en el derecho patrimonial; d) Los derechos de familia generalmente están fuera del comercio humano, y de esta guisa no cabe la cesión, renuncia, ni transacción. e) El consensualismo propio del derecho patrimonial cede ante el formulismo propio del derecho de familia[102]; y e) Los actos de familia son por regla *erga omnes*, es decir, generalmente pueden oponerse a cualquier otra persona o tercero.

Además de lo expuesto, se ha manifestado que el concepto, estructura, elementos, y características, de la obligación en sentido técnico estricto, han sido construidos en el ámbito del Derecho patrimonial, el cual – a su vez y según lo dicho antes – opera con caracteres y fines diversos al que rige la familia y sus relaciones; siendo improcedente aplicar institutos, destinados a regir las relaciones en el plexo de las relaciones patrimoniales, para regular los vínculos derivados de las relaciones de familia, tornándose así inapropiado aplicar las normas propias del derecho de obligaciones - aplicables al derecho patrimonial - para regular más bien *deberes* que cumplen fines propios del derecho de familia, generalmente alejados del ámbito pecuniario.[103]

---

[101] En este punto el profesor SOMARRIVA ubica el derecho de Familia en una zona intermedia entre del Derecho privado y el Derecho Público; *ibidem.* Con un matiz diferente, otros autores sostienen que el Derecho de Familia es parte del derecho privado, pero con un marcado tinte de Orden Público, toda vez que no es el Estado parte de las relaciones jurídicas de familia, sino que son los particulares los vinculados por dichas normas; el Estado es sólo un tutor por el interés público que se colige de este ámbito normativo. *Vid.* ROSSEL SAAVEDRA, ENRIQUE. *Op. cit.,* pág 6; MEZA BARROS, RAMÓN, *Op. cit.,* pág. 8.

[102] El *principio del consensualismo* (término que recoge el brocardo del "*solus consensus obligat"*), propio de un trafico jurídico acelerado y destrabado que permita concretar la *libre circulación de bienes,* no procede en el Derecho de Familia, en donde la voluntad debe ser manifestada de manera más reposada y conciente, por lo cual – para dicho fin - el consentimiento se vierte a través de la solemnidad exigida en cada acto de familia.

[103] Nuestra Corte Suprema, en otros institutos, ha sostenido la no aplicación directa de las normas del derecho patrimonial al derecho de familia. Destaca en este punto la jurisprudencia a propósito de la improcedencia en la distinción entre *nulidad absoluta* y *nulidad relativa,* y a la no aplicación del artículo 1683

3.5.- Sanciones previstas específicamente por el derecho de familia ante el incumplimiento: Como corolario de las razones aducidas anteriormente, se colige que el Derecho de Familia, como continente normativo diverso y con cierta autonomía respecto del Derecho Común, posee sanciones específicamente previstas ante el incumplimiento de los deberes que regulan las relaciones familiares, de guisa que no resultaría aplicable directamente las normas generales previstas en el derecho común para el incumplimiento de cualquier obligación propiamente tal. Lo anterior justamente por la no participación de los deberes jurídicos familiares de todos los caracteres de una obligación *estricto sensu*. El legislador de familia ha debido expresamente señalar cuales son las sanciones jurídicas para el evento del incumplimiento de cada uno de los deberes reguladores de la vida familiar, siendo consecuencias jurídicas que, generalmente, tienen repercusiones en el propio ámbito jurídico familiar.

3.6.- Transitoriedad temporal de la obligación: La *obligación* nace para extinguirse[104], generalmente mediante su efecto normal: el pago[105]. Ciertamente acontece en materia de obligaciones que cumpliendo con la prestación debida objeto de la obligación esta última se extingue debido a la satisfacción a favor del acreedor de la prestación respectiva. Tal cual menciona HERNANDEZ GIL,[106] la obligación en este sentido se caracteriza porque puede expresar por si sola la relación existente entre dos o más personas, pues la obligación es todo y sólo lo que media entre los que la contraen, y por eso cumpliendo los deberes de prestación, la

---

del Código Civil a la *nulidad matrimonial*, justamente por la distinción ya referida entre derecho Patrimonial y Derecho de Familia. *Vid.* Sentencia Cs., Cas. Civ., 5-V-1999. cons. 4º (rol 316-98). GJ. 227, año 2003, Cs., Cas., Civ., I-VII-2003, cons. 3º, pág. 67.

[104] Nótese la importancia que tiene dentro del Derecho de Obligaciones tanto la regulación y el estudio de sus *fuentes generadoras*, como de sus *modos de extinción*.

[105] Como sabemos, el *pago* no es el único *modo de extinguir las obligaciones*, pues basta examinar el listado del artículo 1567 del Código Civil. No obstante es el modo de extinción obligacional más importante, toda vez que el *iter natura* del vinculo obligacional tiende a que sea precisamente por dicho acto jurídico bilateral o convención (el pago) mediante el cual se produzca el desligamiento o solución entre acreedor y deudor, ya que la extinción se produce justamente, en este caso, por el cumplimiento de la prestación debida. De ahí que el pago, sin perjuicio de ser un modo de extinguir la obligación sobre la cual recae, sea –además – su *efecto normal.*

[106] HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO; *Op. cit,* pág. 61.

obligación se agota o extingue. En síntesis para satisfacer el fin práctico subyacente en la trama obligacional resulta ser que esta última está llamada, precisamente, a extinguirse.

Por el contrario, los deberes personales derivados del matrimonio, dentro de los cuales se encuentra el deber de fidelidad matrimonial, son la consecuencia del *status* matrimonial; o más bien, no son sólo su consecuencia normativa sino también su contenido constitutivo, de suerte que cumpliendo en nuestro caso con el deber de fidelidad matrimonial no se pone término a la relación, la cual subsiste al margen por completo de que se observe o no tal deber[107]. En este hilo de ideas es prístino que el deber de fidelidad conyugal no participa del carácter transitorio de las obligaciones, pues no está – a las claras – llamado a extinguirse por su cumplimiento; sino más bien constituye un *status* permanente durante la vigencia del vinculo matrimonial que es la hipótesis normativa que lo genera, salvo, sin duda, en los casos excepcionales de suspensión del mismo.

4.- Tesis de la fidelidad conyugal como *obligación en sentido técnico estricto*

4.1.- La obligación no exige patrimonialidad de la prestación: Como ya se expuso anteriormente[108], la discusión no es pacífica respecto a la exigencia de patrimonialidad de la prestación en el Derecho de Obligaciones. Empero, buena parte de la doctrina ha sostenido[109] que para que exista una obligación basta un interés del acreedor, ya que –tal como señala en este sentido HERNANDEZ GIL[110] - (sic) *precisamente la superación del plano del interés económico marca una directriz en la evolución del Derecho Civil. En el Derecho Civil se proyecta la persona en su entera dimensión, y no sólo las facetas*

---

[107] *Ibidem.*

[108] *Vid. supra* Nº 3.1.- de este Capítulo.

[109] Punto de partida de relevancia en esta postura respecto a la no exigencia de patrimonialidad en la prestación es el jurista alemán Ihering, destacando su obra *"Del interés en los contratos y de la supuesta necesidad del valor patrimonial de las prestaciones obligatorias"*.

[110] HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO; *Op. cit,* Nº 34, pág. 112.

económicas de su actuación. Nada de impuro penetra en él cuando tutela intereses extrapatrimoniales.

A su vez, el argumento principal de los sostenedores de la patrimonialidad de la prestación se radica en la improcedencia de ejecución forzosa ante su incumplimiento, tanto ejecución forzado en naturaleza como ejecución sustitutiva por indemnización de perjuicios. No obstante se centra la vista solamente en una etapa o aspecto de la estructura obligacional, cuyo es lo referente a las facultades otorgadas al acreedor para exigir la satisfacción de su crédito, es decir, se centra el punto en los efectos anormales o secundarios de la obligación, dejando de lado que los conceptos jurídicos comprueban su ontología mediante sus efectos, y que la primera consecuencia normativa de toda obligación es la susceptibilidad de su cumplimiento a través de la conducta del sujeto pasivo o deudor de la misma, y salta a la vista que es posible que, con la obligada colaboración del deudor, se realice una prestación no patrimonial[111].

Sin duda que es posible, según lo expuesto, sostener que en el caso del deber de fidelidad matrimonial se protege un interés extramatrimonial que es tutelado normativamente por el Derecho, siendo también posible – y es más es justamente la conducta programada y buscada por la norma – que el cónyuge imperado por el deber adecue su actuar a lo exigido normativamente por éste. Ahora bien, en cuanto a la procedencia de los otros efectos derivados por el incumplimiento de las obligaciones (efectos anormales) nos referiremos, por su importancia, por separado más abajo.

4.2.- Cumplimiento de todos los elementos propios de la obligación: En cuanto a los elementos integrantes e informadores de la estructura obligacional son: a) la *relación o vínculo jurídico* que liga a dos sujetos, y en

[111] Desde un tiempo atrás los autores nacionales vienen criticando como inexacto e incompleto las definiciones y descripciones de los efectos de las obligaciones sólo en cuanto a las facultades que la ley confiere al acreedor para exigir el cumplimiento exacto íntegro y oportuno de la prestación debida; ya que aquello constituye sólo una parte o faz de los efectos obligacionales: sus efectos anormales; siendo pertinente realzar como parte integrante de los mismos la situación normal que se da cuando el deudor cumple la prestación objeto de la obligación. En este sentido *Vid.* FUEYO LANERI, FERNANDO. *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones.* Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición, 1990, págs. 12-13.; *V.A.*, RAMOS PAZOS, RENE, *De las obligaciones.* Editorial Jurídica de Chile, 1999, págs. 227 y sgtes.

virtud del cual uno de ellos, el acreedor, tiene una pretensión respecto del otro, el deudor, es decir, tiene una facultad de exigir de este último un determinado comportamiento, que el deudor está en la necesidad de realizar; b) Los *sujetos* entre los que opera la relación, uno de los cuales es el titular activo, el acreedor, que tiene la facultad de exigir la prestación, y el otro el titular pasivo, el deudor, para quien el cumplimiento de la prestación es un deber; y c) la *prestación*, que es cualquier actividad, positiva o negativa, que el deudor ha de cumplir en interés del acreedor; dar, hacer o no hacer.

Tomando partido por la no exigencia de patrimonialidad en la prestación – y por ende salvando la exigencia de dicho elemento – podría colegirse la satisfacción de cada uno de los elementos de la obligación en sentido técnico estricto. Así las cosas, que duda cabe respecto a la existencia de un *vínculo jurídico* entre los cónyuges, que deriva justamente del hecho del matrimonio celebrado válidamente, en virtud del cual cada uno de ellos[112] se encuentra en la necesidad de adoptar el comportamiento exigido por el deber de fidelidad matrimonial, a su vez que cada uno de ellos se encuentra facultado para exigir la prestación debida, sea, a lo menos, mediante la invocación de los efectos normativos o sanciones derivados de su incumplimiento; a su vez, los vinculados e intervinientes en dicho deber recíproco de fidelidad conyugal, los cónyuges, son evidentemente *sujetos* determinados de manera clara y precisa; y, por último, la *prestación* u objeto es estrictamente jurídico, pese a su contenido no pecuniario y la discusión respecto a cual es el comportamiento preciso exigido en dicho deber; siendo además del caso que su infracción acarrea, a lo menos, las sanciones jurídicas previstas expresamente en el mismo ordenamiento[113] [114].

---

[112] La *reciprocidad* del deber de fidelidad matrimonial, es decir que tanto marido y mujer sean a la vez sujeto activo y sujeto pasivo de idéntica prestación, no es cortapisa o argumento para desvirtuar su calidad de obligación; ya que en el Derecho Patrimonial también encontramos caso de obligaciones que son reciprocas e iguales para los sujetos vinculados por un negocio jurídico, como es el caso de la *obligación de hacer* que deriva del *contrato de promesa*.

[113] A nivel nacional, el profesor ROSSEL SAAVEDRA, a propósito de la patrimonialidad en la prestación, a tomado partido por otorgar el carácter de obligación al deber de fidelidad matrimonial, tanto por su opción de utilizar dicha denominación en su obra, además (acá lo importante) de sostener que cumple con todos los elementos de la obligación: ya que el *vínculo* deriva del matrimonio, las *partes* son los cónyuges, su *objeto* es estrictamente jurídico; además de que su quebrantamiento acarrea sanciones establecidas por textos legales expresos. ROSSEL SAAVEDRA, ENRIQUE, *Op. cit.,* pág 79.

4.3.- La imposibilidad del cumplimiento forzado *in natura* no es óbice para calificar a una obligación como tal: Se ha sostenido que los deberes personales derivados del matrimonio, dentro de los cuales se encuentra el de guardarse fe entre los cónyuges, no participa de una faceta propia de toda obligación, a saber, no es posible obtener forzadamente el cumplimiento específico o *in natura* de la conducta exigida, debido a la imposibilidad fáctica de obtener compulsivamente dicha finalidad, tanto por su dilatada extensión temporal como por la imposibilidad, en caso de infracción, de obtener que se deshaga lo hecho[115].

No obstante dicho argumento presenta a lo menos dos críticas. En primer lugar, tal cual se ha manifestado antes[116], el concepto de obligación no se puede restringir solo a una concepción de *obligación como responsabilidad*, es decir no puede limitarse a las facultades del acreedor ante el incumplimiento de la prestación debida, no basta centrarse sólo en el concepto de coacción, toda vez que la concepción de la *obligación como deber de prestación* debe ser parte integrante y fundamental del concepto, ya debe atenderse a la restricción de libertad que se impone al sujeto pasivo, quien se encuentra en el imperativo de cumplir un deber, además que la primera consecuencia normativa de toda obligación es la susceptibilidad de su cumplimiento a través de la conducta del sujeto pasivo o deudor de la misma, y salta a la vista que es posible que, con la obligada colaboración del deudor, se realice una prestación no patrimonial; siendo del caso además que, no obstante al deber de prestación va asociada la responsabilidad, está última no queda limitada por la sola faceta de solicitar el cumplimiento compulsivo de la misma prestación debida, no se restringe a la petición de

---

[114] Respecto a la determinación del objeto, es sugerente que el profesor ROSSEL SAAVEDRA, respecto del deber de fidelidad matrimonial haya utilizado la nomenclatura de "*obligación de fidelidad",* mientras que en otros deberes personales derivados del matrimonio haya optado por la utilización del vocablo "*deber*" (por ejemplo: *"deber de ayuda mutua", "deber de protección recíproca"*). Parece ser que una solución sería, justamente, por cuanto en algunos otros deberes no habría una precisión de la conducta exigida a los cónyuges, como si ocurre – pese a las discusiones más finas sobre el particular – en el caso del deber de fidelidad en donde existe mayor ámbito de certeza respecto al comportamiento exigido a los cónyuges. *V. Ibidem.*

[115] *Vide supra.* Nº 3.2.- del presente Capítulo.

[116] *Vide supra.* Nº 4.1.- del presente Capítulo.

un cumplimiento específico compulsivo de la idéntica conducta exigida por el deber, ya que el ámbito de la responsabilidad implica o comprende todo el elenco de sanciones o consecuencias jurídicas que franquea el propio sistema legal para el evento de la infracción o quebrantamiento. En segundo lugar, tenemos casos de obligaciones – ciertas en dicha calidad – en las cuales también se vierte como imposible exigir el cumplimiento forzado específico en caso de determinadas infracciones al deber que contienen, como sucede, a modo de ejemplo, en el caso de quebrantamiento de una obligación de dar una especie o cuerpo cierto por destrucción de la cosa debida por culpa o dolo del deudor, o en el caso de infracción de una obligación de no hacer cuando no pueda deshacerse lo hecho[117].

4.4.- La indemnización de perjuicios no solo cumple *fines compensatorios* y es procedente como sanción jurídica de aplicación general: Se ha manifestado como argumento que resulta improcedente la aplicación de la ejecución forzosa sobre el patrimonio del deudor ya que la indemnización debe adecuarse a la prestación no realizada, al perjuicio o daño resultante de la inejecución de la obligación en colación, y si la prestación no tiene carácter patrimonial, como efectivamente ocurre en nuestro caso, no habría a su vez forma de poder precisar o establecer la respectiva equivalencia.

Como punto de partida debemos afirmar que al alzaprimar y destacar la juridicidad del deber de guardarse fe entre los cónyuges, se debe arribar, como lógica conclusión, a que su quebrantamiento necesariamente infracciona un deber de orden jurídico, es decir se constituye en un actuar antijurídico por parte del agente infractor. Ahora, si dicho acto antijurídico cumple todos los requisitos al efecto, y -principalmente – acarrea perjuicios o daños al cónyuge inocente o víctima del actuar ilícito, puede

[117] Se podría bien replicar que en dichos ejemplos, a lo menos en nuestro ordenamiento jurídico, la ley expresamente a manifestado que ante el incumplimiento o contravención la obligación se resuelve o varia de objeto, debiéndose por el deudor infractor –*ex post* al incumplimiento - la correspondiente indemnización de perjuicios; situación que no ocurre, o al menos no se explicita legislativamente, en el ámbito de los deberes conyugales personales. Véase el texto de los artículos 1555 y 1672 del Código Civil.

perfectamente sostenerse la posibilidad de obtener un cumplimiento por equivalencia del deber vulnerado, o, si se quiere ver de otra óptica, obtener una indemnización con ocasión del daño producido por la conducta contraria a derecho del cónyuge culpable.

Sobre la aceptación y procedencia de la indemnización de perjuicios ante el incumplimiento de deber de fidelidad matrimonial volveremos en el capítulo respectivo.

4.5.- Relatividad de la distinción entre el derecho Patrimonial y el Derecho de Familia: La distinción que de antiguo se realiza entre el derecho patrimonial y el derecho de familia tiene más bien una finalidad didáctica que una concreción real. Este último, a pesar de sus características peculiares, integra el derecho civil, y en caso alguno conforma un plexo normativo totalmente autónomo y cerrado a los institutos generales del derecho.

II.- Situación en el derecho matrimonial chileno

1.- Dificultad en la materia

Por su parte, en el ámbito de la legislación positiva, la redacción literal del Código Civil tampoco nos da luces para dilucidar o despejar por vía de *lege lata* la cuestión planteada, tanto por que ha sido vacilante a la hora de optar por una denominación o vocablo sobre el particular; tanto por que la sola denominación no determina su contenido ni su naturaleza jurídica; y tanto por que en el Código ya tenemos experiencias, en otras sedes, de confusión o uso equivoco de vocablos que importan institutos técnicamente diferentes.

En efecto, el epígrafe bajo el cual se regula el deber de fidelidad matrimonial, junto a los otros denominados deberes personales del matrimonio[118], se intitula "*Obligaciones y derechos entre los cónyuges*" (el

[118] Título VI de Libro I del Código Civil, en cuyo contenido se encuentra ubicado el artículo 131, que es la fuente normativa directa del deber de fidelidad matrimonial.

subrayado es nuestro), con lo cual, *primae facie,* parece ser que el texto legal opta por darle la categoría técnica de obligación al deber de guardarse fe entre los cónyuges, lo cual se refuerza por otras disposiciones legales que siguen dicha denominación[119]. No obstante las más recientes reformas legales han variado de postura en cuanto al uso de la denominación[120], optando expresamente por el vocablo de *deber de fidelidad*, siendo una tendencia también adoptada por la nueva Ley de Matrimonio Civil[121]; existiendo, empero, también disposiciones que se refieren genéricamente a *obligaciones y deberes que impone el matrimonio*[122], sin perjuicio que puede explicarse lo último por cuanto dentro de éstos encontramos la obligación de alimentos, respecto de la cual no hay debate, ni legal ni doctrinario, respecto a su calidad técnica de obligación[123] por lo que perfectamente puede el legislador, al utilizar la genérica mención deberes y obligaciones, referirse a los alimentos que se deben por ley como *obligación* y a los otros como simples *deberes jurídicos* que no participan de la cualidad de las obligaciones en su sentido estrictamente técnico. Quizá en esta directriz se puede entender que el artículo 33 de la Ley de Matrimonio Civil se refiere también genéricamente a deberes y obligaciones personales del matrimonio para, a reglón seguido y al referirse específicamente a la fidelidad conyugal,

---

[119] En este sentido, el inciso segundo del artículo 155 del Código Civil, a propósito de la separación judicial de bienes, señala: "*También la decretará si el marido, por su culpa, no cumple con* ***las obligaciones*** *que imponen los artículos* ***131*** *y 134,(…)*", texto incorporado por la ley 18.802, habida consideración incluso que su texto actual fue últimamente modificado por la ley 19.947, adecuándolo a las nuevas instituciones del actual derecho matrimonial, manteniendo no obstante la utilización del vocablo *obligación* para referirse a los deberes referidos en el artículo 131 del Código, dentro de cuyo elenco se encuentra el de fidelidad.

[120] El actual artículo 132 del Código Civil, cuyo texto fue dado por la ley 19.335, establece, en lo pertinente, que: "*El adulterio constituye unas grave infracción al* ***deber de fidelidad*** *que impone el matrimonio (…)"*

[121] El numeral 2º.- del artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil, señalando casos ejemplares de infracciones constitutivas de divorcio-sanción, cita la "*Trasgresión grave y reiterada de los* ***deberes*** *de convivencia, socorro, y* ***fidelidad*** *propios del matrimonio.(…)"* Véase también, entre otros, los artículos 10 inciso primero, 10 inciso tercero, y 5 Nº 4 de la misma ley, que también optan por la denominación ***deberes.***

[122] Así, a modo de ejemplo, el inciso primero del artículo 26, inciso primero del artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil.

[123] Al respecto, a propósito de una de las clasificaciones legales de las fuentes de las obligaciones, el artículo 578 del Código Civil señala como ejemplo de una *obligación* que nace de la sola disposición de la ley, la de alimentos entre padres e hijos; igual tenor expreso encontramos en el Título XVIII del Libro I del Código Civil, en los artículos 321 y siguientes de dicho cuerpo legal.

utilice la locución "*deberes*"[124]. Con todo, la denominación utilizada expresamente no es uniforme, sin perjuicio de una tendencia legislativa, conciente o inconciente, a la utilización de la nominación *deber de fidelidad,* lo cual no colabora a determinar inconcusamente su naturaleza.

En añadidura, la sola denominación de las cosas, institutos y fenómenos en general, no soluciona de manera prístina y definitiva, ni lo referente a su contenido, ni menos lo concerniente a su naturaleza jurídica. Los institutos jurídicos valen y debe atenderse en cuanto a su origen, características, y consecuencias que se imputan a tanto a su satisfacción o acatamiento como a su infracción, por lo que la locución utilizada tampoco sería una guía segura a la hora de develar su real naturaleza.

Por último, en el Código ya tenemos experiencias, en otras sedes, de confusión o uso equivoco de vocablos que importan institutos técnicamente diferentes. Sólo a modo ejemplar podemos citar, primeramente, las críticas continuas efectuadas a la redacción del artículo 1438 del Código Civil, que confunde los términos *contrato* y *convención,* además de realizar más bien una descripción de la obligación – o del contenido de la prestación que es objeto de la relación obligacional – que una definición de contrato[125]; en segundo lugar, tenemos la continua confusión y equiparación de los conceptos de *tradición* y *entrega*[126]*,* los cuales son, dogmáticamente, sabidamente diferentes en cuanto a su entidad; y en tercer lugar, tenemos que la utilización del vocablo *acto* indistintamente ha sido utilizado por el código para comprender y englobar los actos jurídicos unilaterales y bilaterales, y a su vez a sido reservado para denominar exclusivamente actos jurídicos unilaterales.

---

[124] En efecto, el citado artículo 33 de la Ley de Matrimonio Civil reza: "*La separación judicial deja subsistente todos los derechos y* ***obligaciones*** *personales que existen entre los cónyuges, con excepción de aquellos cuyo ejercicio sea incompatible con la vida separada de ambos, tales como los* ***deberes*** *de cohabitación y de* ***fidelidad****, que se suspenden*"

[125] El artículo 1438 prescribe: (sic) "***Contrato*** *o* ***convención*** *es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer, o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas*". Dicha confusión también la encontramos en los artículos 1437 y 1587, y 2284 del Código Civil.

[126] En dicha equiparación encontramos, entre otras disposiciones, los artículos 2174, y 2196 del Código Civil.

2.- De aceptar la *tesis obligacional*: ¿Cuál sería la naturaleza de las *obligaciones* derivadas del matrimonio?

No obstante la dificultad expuesta acerca de la ubicación del deber de fidelidad matrimonial ora como *deber jurídico específico* ora como *obligación en sentido técnico estricto*, cabe plantearse la interrogante sobre cual sería su ubicación para el evento de acoger – en cuanto a su naturaleza jurídica - la tesis obligacional. La tarea planteada obedece tanto a que perfectamente puede acogerse dicha postura obligacional respecto del deber de fidelidad, y tanto inclusive para meros fines dialécticos. Cabe resolver dicho cuestionamiento, en la especie, dilucidando si estaríamos ante una específica *obligación de naturaleza contractual*.

Recordemos que nuestro Código Civil en diversos pasajes realiza clasificaciones de las obligaciones en cuanto a sus fuentes generadoras[127], destacando la clásica clasificación péntapartita del artículo 1437[128] que distingue entre obligaciones *contractuales, cuasicontractuales, delictuales, cuasidelictuales,* y *legales*. De lo anterior cabe determinar la ubicación precisa del deber de fidelidad matrimonial dentro de dicha categorización.

Para poder responder la cuestión planteada debe resolverse un problema previo, a saber: determinar la naturaleza jurídica del *matrimonio*. En este punto, si se determina que el matrimonio participa de la naturaleza jurídica de un *contrato* resultará de lógica consecuencia determinar que las obligaciones que por él se originan serán de naturaleza contractual; y, por el contrario, si el matrimonio no participa de la naturaleza jurídica de los *contratos,* la respuesta arribada será diversa.

---

[127] Nos referimos al *artículo 1437* que distingue como fuentes de obligaciones: a) contrato, b) cuasicontratos, c) delito, d) cuasidelito, y e) ley; al *artículo 578*, que su vez las clasifica en: a) hechos del hombre, y b) la sola disposición de la ley; y el *artículo 2284* que las separa en: a) convención, b) ley, y c) hecho voluntario de una de las partes.

[128] Recordemos que dicha clasificación fue formulada por los glosadores, quienes la extrajeron de las enseñanzas de Gayo; además dicha clasificación ganó –posteriormente – prestigio con Pothier; y que, modernamente, ha recibido embates y críticas por ser históricamente falsa, artificiosa, e incompleta. MORENO MONROY, RENE. *Curso derecho civil 1997-2000,* Apuntes de clases de pregrado, Universidad de Valparaíso; apuntes personales, sin edición.

El problema se acrecienta por cuanto nuestra legislación - a diferencia de otras - ha optado por dar una expresa definición de *matrimonio,* en cuyo contenido se refiere manifiestamente a este instituto jurídico como un *contrato solemne.* Veamos el texto legal del artículo 102 del Código Civil:

> *"El matrimonio es un* ***contrato*** *solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente."* (las negrillas con nuestras)

Sin duda que, a primera vista, por la sola definición dada por el artículo 102 del Código Civil la primera respuesta que irrumpe es la de – dado el carácter contractual del matrimonio – otorgar el carácter de *obligación contractual* al deber en estudio[129]. Con todo, no obstante que la definición legal transcrita genera como solución de *lege lata* sostener el carácter contractual del matrimonio[130], dicha conclusión ha sido objeto de críticas.

En primer lugar, se ha argumentado por algunos autores en el sentido de que excluir toda pretensión de incluirlo en la definición patrimonial de contrato prevenido en el artículo 1438 del Código Civil, y de señalar que la locución *contrato* utilizada por el artículo 102 del Código Civil alzaprima y revalora el *libre y pleno consentimiento de los contratantes*, destacando de esta guisa el rol del *consentimiento matrimonial* en el perfeccionamiento del vínculo conyugal[131]. En segundo lugar se discurre sobre la imposibilidad en

---

[129] No deja de hacer fuerza el hecho que la definición viene de la propia ley, la cual no fue modificada en punto alguno por la raigal reforma en el derecho matrimonial chileno dada por la ley 19.947. En abundamiento el artículo 20 del Código Civil señala como regla de interpretación de la ley que *(…) cuando el legislador las haya definido expresamente (las palabras) para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal.*

[130] Ha de tenerse presente que – tal cual señala don ELORRIAGA DE BONIS – la concepción del matrimonio como contrato "*se introdujo a partir del Siglo XIV, por la actividad y pensamiento de los glosadores, quienes consideran que en toda prestación coincidente de consentimiento existía un contrato, y siendo el matrimonio una declaración de voluntades armónicas y coincidente se le calificó, desde luego, como contrato".* ELORRIAGA DE BONIS, FABIÁN. *Régimen de indemnización de perjuicios entre cónyuges.* Memoria de licenciatura, Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 1990, pág. 74.

[131] En este último hilo de ideas – respecto a destacar el *ius conubii* – se agrega que *asume así la ley, la antigua máxima conforme a la cual consensus facit matrimonium, cuya relevancia se manifiesta en la Ley de Matrimonio Civil, en*

sede matrimonial de determinar libremente por los cónyuges el elenco de obligaciones y derechos que de él derivan como el contenido normativo de los mismo, alejándonos de esta manera de un principio informativo propio del Derecho de los Contratos como es el de *autonomía de la voluntad* en su faceta de *libertad de configuración interna del contrato*[132]*:* nada de eso ocurre en el caso del matrimonio. Se puede añadir, en tercer lugar, que el contrato se caracteriza por su vida efímera y fugaz, lo que se contrapone a la situación permanente que genera el vínculo conyugal[133]. Por último, se ha distinguido entre el *acto matrimonial* y el *estado matrimonial,* siendo el primero un contrato de derecho de familia que se genera y formaliza en vínculo matrimonial, y el segundo –que se genera tras el primero – como el elenco de derechos y deberes de orden personal y patrimonial que se generan por dicho vínculo[134], de lo que se puede colegir que los deberes y obligaciones matrimoniales ya no participarían del carácter contractual, propio este último sólo de la fase o etapa de generación convencional del vínculo conyugal.

Con todo lo dicho, nosotros adherimos a la posición que sólo destaca la naturaleza convencional del matrimonio en cuanto a su génesis - destacándose de este modo la exigencia de un consentimiento libre y

---

cuanto ella se destina precisamente, a salvaguardar un consentimiento matrimonial libre y espontáneo. BARRIENTOS GRANDON, JAVIER y NOVALES ALQUÉZAR, ARÁNZAZU; *Op. cit.;* págs 155 y ss.

[132] El profesor español HERNÁNDEZ GIL explica con mucha precisión dicho principio, que el denomina *autonomía de la voluntad* como *auto-decisión,* por cuanto en los contratos las normas legales *imperativas* son mínimas, siendo las mayoría normas *dispositivas* y las *supletorias*, habida consideración que son los contratantes los que determinan autónomamente el contenido de los mismos. HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO. *Op. cit.* Págs. 228-230. En Chile, en sentido similar SOMARRIVA UNDURRAGA señala, en lo pertinente, que "*el contrato se caracteriza tanto porque las partes, si bien con ciertas limitaciones, son libres de reglamentar sus efectos…, característica ésta que no encontramos en el matrimonio, donde las partes nada pueden hacer ante la voluntad del legislador que hasta en los menores detalles reglamenta losa efecto que de él derivan".* SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL. *Derecho de….Op. cit.,* pág. 18.

[133] SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL. *Ibidem.*

[134] *Vide* AZPIRI, JORGE O; *Op. cit; Derecho de Familia;* págs. 66-67. En Chile en sentido similar LÓPEZ DÍAZ, CARLOS; *Op. cit.*; pág 134; y –en algún grado análogo, al conciliar el *matrimonio contrato* y el *matrimonio institución* - SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL. *Derecho de…Op. cit.*, pág.18. En opinión contraria destaca el profesor MEZA BARROS, quien señala duramente que – respecto a dicha distinción entre *matrimonio convención* y *matrimonio régimen* – es *jugar con las palabras decir que el matrimonio no es un contrato, porque es un estado; este estado nace de un contrato que se denomina también, matrimonio.* MEZA BARROS, RAMÓN. *Manual de Derecho…Op. cit;* pág.25.

espontáneo -, coincidiendo lo dicho en cuanto a que éste no participa de todos los caracteres propios de los contratos.

De lo antedicho se colige la imposibilidad de encasillar las obligaciones personales del matrimonio como *obligaciones contractuales*. Así las cosas no cabe más que sostener que éstas, dentro de las que se encuentra el deber de fidelidad matrimonial, son más bien *obligaciones legales*, pues – tal cual explica don ELORRIAGA DE BONIS – la autonomía de la voluntad es de poca ingerencia, operando más bien la mera disposición de la ley, habida consideración además que el estatuto jurídico aplicable al matrimonio está determinado con antelación por el legislador[135] [136].

3.- Nuestra posición

Pues, a esta sazón, debemos definir cual es nuestra posición frente al particular, especificando cuales son las razones por las cuales arribamos a nuestra opción, y manifestando cuales son las razones – en pro o en contra – que desechamos, ya que de lo anterior podemos dar coherencia a las consecuencias lógicas y jurídicas que se derivan de la postura que se adopte.

Ahora bien, sin perjuicio de dar nuestra opinión sobre el punto, no es nuestra intención resolver acá de manera definitiva, irrefutable, y categórica al problema planteada, máxime aún cuando la delimitación de las *obligaciones en sentido técnico estricto,* y la certeza tanto de sus elementos comunes y tanto de sus elementos de diferencia o contraste con otras especies de *deberes jurídicos*, han sido objeto de discusión extensa a lo largo de la historia de la dogmática del derecho en general y del derecho obligacional en particular. Resume lo dicho, lo expuesto por los profesores ALESSANDRI, SOMARRIVA, y VODANOVIC, quienes manifiestan e interrogan: (sic) "*¿Cuál es la característica de la obligación propiamente tal que la diferencia de los demás deberes jurídicos? La ciencia del derecho hasta hoy no ha logrado*

---

[135] *Vid.*ELORRIAGA DE BONIS, FABIÁN. *Op. cit;* pág. 77.

[136] La analogía es siempre aclaradora: Los *alimentos forzosos* entre cónyuges previstos en lo artículos 321 y ss. del Código Civil tienen como título legal precisamente el matrimonio, de suerte que es una obligación que nace – cumpliéndose los demás requisitos pertinentes – por la existencia del vínculo matrimonial; pero nadie duda que la clasificación y ubicación de dicha obligación alimenticia es la de una *obligación legal.*

establecer un criterio distintivo neto. A juicio de algunos, como el romanista Arangio-Ruiz, todo esfuerzo por conseguirlo sería vano, porque el criterio diferencial preciso es inalcanzable"[137]. Sobran y son fútiles palabras más nítidas para plasmar la dificultad de marras.

Estimamos, no obstante, que lo más acertado es sostener que el deber de fidelidad matrimonial se configura, en lo concerniente a su naturaleza jurídica, como un *deber jurídico específico* diverso de las *obligaciones en sentido técnico estricto*. Lo antedicho no se funda necesariamente en todas y cada una de las razones que conforman el cúmulo o elenco de argumentos en pro de dicha posición, pues desde ya, debemos manifestar nuestra discrepancia con algunos de dichos fundamentos. [138]

En efecto ya quedó de manifiesto que descartamos toda insinuación de exclusión del carácter jurídico del deber en colación. Por las razones que ya en su oportunidad se expusieron, tampoco adherimos en los fundamentos relativos tanto a la imposibilidad de obtener el cumplimiento forzado del deber reseñado, como al carácter autónomo del Derecho de Familia que excluye la noción de *obligación en sentido estricto,* propia del Derecho Patrimonial.

La principal argumentación por la cual adherimos a negar el carácter de *obligación en sentido técnico estricto* del deber de guardarse fe entre cónyuges, se vincula a la transitoriedad temporal que caracteriza a éstas últimas[139]; toda vez que, tal cual ya se ha citado en este hilo de ideas al profesor HERNANDEZ GIL, "*la obligación tiene una fuente; pero el acto generador no crea una situación distinta de la representada por la obligación o el conjunto de obligaciones. Por eso, cumpliendo los deberes de prestación, la obligación (definitiva o gradualmente) se agota o extingue, en tanto que cumpliendo los deberes familiares no se pone término a la relación, la cual subsiste al margen por completo de que se observen o no tales deberes"*[140]. Como ya se ha dicho, las obligaciones tienen como cauce natural desde su

---

[137] ALESSANDRI R., ARTURO; SOMARRIVA U., MANUEL; VODANOVIC H., ANTONIO, *Op. cit.,* pág. 9.

[138] Argumentalmente, la aceptación de una conclusión no implica lógicamente asumir como verdaderos todos los fundamentos, antecedentes, y razones aducidas. Lo antedicho se resume en el brocardo "*ex falso sequiter quod libet"*, es decir, *de lo falso se puede colegir cualquier cosa.*

[139] *Vid supra* "CAPITULO SEGUNDO.- I.- 3.6.-" de este capítulo.

[140] HERNANDEZ GIL, ANTONIO. *Op. cit.,* pág. 61.

nacimiento a través de fuentes generadoras su extinción para satisfacer el fin práctico para el cual surgieron: están llamadas a que su efecto normal sea su cumplimiento y extinción mediante la realización de la prestación debida, es decir, mediante el *pago*. Nada de aquello ocurre en el deber de fidelidad matrimonial en particular y en los deberes personales del matrimonio en general, ya que no se extinguen por la satisfacción y adecuación de la conducta conyugal a la prestación exigida en cada deber específico, ya que la *consortium vitae* que es consustancial al vínculo de conyugalidad impide dicha situación.

Tampoco podría sostenerse – quizá como justificación seductora que conviene aclarar desde ya – que el deber de fidelidad del matrimonio sea una obligación cuyo contenido es una prestación de *tracto sucesivo o duradera,* entendiendo por tales – y en contraste o contrafaz a las denominadas *prestaciones de tracto único* – las que se desarrollan en diversas unidades de tiempo, y en cuyo mérito las obligaciones van naciendo y se van extinguiendo periódicamente por un lapso determinado, siendo ejemplos consensuados, aunque tomados del ámbito del derecho patrimonial, las obligaciones generadas de un vínculo convencional arrendaticio, las prestaciones derivadas de un contrato de trabajo. Ciertamente no procede asimilar el deber de prestación contenido en el deber de guardarse fe conyugal a las *prestaciones de tracto sucesivo* por cuanto, en primer lugar, el tracto *sucesivo* o el *único*, en su caso, se predica preferentemente como un clasificación mas bien del *contrato*, y, en nuestro caso, en la fuente inmediata del deber de fidelidad, que es el matrimonio, no existe consenso sobre la naturaleza de éste y, es más, buena parte de la dogmática y jurisprudencia, le niegan dicho carácter; en segundo lugar, no podemos afirmar que la "obligación" de fidelidad se vaya periódicamente extinguiendo para volver a generarse o nacer por un periodo nuevo y así sucesivamente, pues salta inmediatamente la pregunta ¿cuál sería el periodo respectivo necesario para la extinción y el correlativo nacimiento?, ¿cada cuanto tiempo se extingue y, coetáneamente, nace la obligación en comento?: sin duda carecemos de la fijación de los *periodos* que caracterizan a las prestaciones de *tracto sucesivo*; y en tercer lugar, las relaciones o negocios

de las cuales se derivan o generan obligaciones cuyo contenido es una *prestación de tracto sucesivo*, generalmente son *contratos* con una proyección de vida finita, con una duración temporal más o menos determinada[141], lo cual no ocurre en el caso del matrimonio –que desde ya es discutible su calidad de contrato -, ya que en éste las causales de término están delimitadas en la propia ley, y donde su disolubilidad por causa sobreviviente es restrictiva y aderezada por un elenco de requisitos que permiten sostener, quiérase o no, que el matrimonio conlleva por regla un vínculo jurídico permanente y duradero, en donde los deberes que de su preexistencia se derivan o nacen tienen también el mismo carácter.

Con todo lo discutible que es arribar a una solución indubitable sobre la cuestión plantada, en principio nos sumaremos a la posición indicada, optando de esta guisa por la denominación de *deber de fidelidad* por guardar más precisión – en nuestra opinión - con su naturaleza jurídica.

4.- Importancia y proyección de la elección

La presente discusión no es sólo una discusión bizantina y alambicada que tenga ausencia de repercusiones prácticas.

Tal cual se hará noto en el capítulo respectivo, una de las más importantes repercusiones que tiene la elección de la naturaleza jurídica del deber en estudio se despliega a la hora de determinar el estatuto de responsabilidad matrimonial aplicable para el caso de aplicar la indemnización de perjuicios en materia matrimonial por los perjuicios derivados del incumplimiento del deber materia de este trabajo. Lo anterior por cuanto, de aceptarse la procedencia de una acción indemnizatoria entre consortes por el incumplimiento del deber de marras, cabe preguntarse por el estatuto regulador de la misma, es decir, resolver si ha de aplicarse a

[141] Piénsese, a modo de ejemplo, en los recurridos casos de contratos de arrendamiento y de trabajo, en donde cabe siempre el *desahucio* como forma de terminación – vale decir la terminación unilateral por una de las partes debidamente comunicada (quizá en nuestra legislación de manera encubierta en el caso del contrato de trabajo a través de la causal de *necesidad de la empresa*) -, y que, en general, estamos antes vínculos entre particulares que generalmente, desde el prisma jurídico, tienen una delimitación de su duración como trama de negocios, delimitándose con certeza también los *periodos* en donde correlativamente van extinguiéndose y nuevamente naciendo las obligaciones correlativas.

nuestro caso las normas propias de la *responsabilidad contractual* o las normas de la *responsabilidad extracontractual*.[142] [143]

En efecto, de entender que el citado deber corresponde a una *obligación en sentido técnico estricto*, procede luego, a reglón seguido, definir si sería una *obligación contractual* o una *obligación legal*. De optar por la primera vía – entenderla como obligación contractual – resulta coherente aplicar el estatuto de la *responsabilidad contractual,* pues en dicho caso sería el incumplimiento de una obligación generada en un contrato previo entre las partes la que generaría el daño respectivo. De arribar a la otra solución - entenderla como obligación legal – parece necesario determinar cual es el régimen de responsabilidad de aplicación general para el caso de las obligaciones legales.

Por su parte, si entendemos el deber de fidelidad matrimonial como un *deber jurídico específico,* la cuestión tampoco se facilita; pues – a su vez – nuevamente el elenco de soluciones dependerá del razonamiento a seguir. Así, si determinamos homologar dicho *deber jurídico específico* a las obligaciones contractuales o a las obligaciones legales según el caso[144], nuevamente retomamos las opciones planteadas anteriormente para las obligaciones. De optar que no son homologables con las obligaciones en sentido técnico estricto, debe resolverse igualmente cual sería el régimen jurídico de responsabilidad aplicable.

---

[142] El profesor MEZA BARROS, en su ya clásica obra sobre responsabilidad civil, explica magistralmente dicha distinción, señalando que *"en la responsabilidad contractual, el responsable y la víctima están ligados por un contrato, media entre ellos una obligación preexistente y es el incumplimiento de esta obligación, que causa un daño, la que genera la responsabilidad, esto es, la obligación de indemnizarlo.-(…) La situación sería por completo distinta en la responsabilidad delictual o cuasidelictual.- En este caso, no existe con anterioridad ningún vínculo entre el autor del daño y la víctima del mismo.- El vínculo obligatorio nace precisamente de la comisión del delito o cuasidelito.- El delito y el cuasidelito constituyen una fuente de la obligación".* MEZA BARROS, RAMÓN. *Responsabilidad Civil.* Edeval, Valparaíso, 1980, págs. 44-45

[143] Cobra importancia la elección del estatuto aplicable por las reglas específicas de cada una de ellas. Así por ejemplo tenemos lo referido a: la determinación de los elementos de la responsabilidad, en especial lo atingente a la mora; el problema de la extensión de los perjuicios reparables; la carga de la prueba de la culpa; la prescripción de la acción indemnizatoria; etc.

[144] Pese a entender que el citado deber es un *deber jurídico específico,* nuevamente cobra importancia determinar si sería propiamente un deber de fuente contractual o un deber de fuente legal. Lo anterior se relaciona con la determinación de la naturaleza jurídica del matrimonio.

El desarrollo sobre lo atingente al estatuto jurídico aplicable a la indemnización se perjuicios se expondrá en el capítulo respectivo, sólo destacando, por ahora, la importancia que para dicha tarea tiene la previa definición acerca de la naturaleza jurídica del deber personal matrimonial en estudio.

Además de lo dicho sobre la indemnización de perjuicios, la reflexión sobre la naturaleza jurídica del deber de fidelidad matrimonial y los argumentos que estimemos como válidos para arribar a la respectiva solución; también cobran importancia a la hora de definir la aplicabilidad de diversas normas e instituciones de la legislación civil referidas a las obligaciones en el ámbito patrimonial. Como se puede colegir, las proyecciones de la solución acerca del punto planteado presentan diversas extensiones.

SEGUNDA PARTE: CONFIGURACIÓN DEL DEBER DE FIDELIDAD EN EL DERECHO MATRIMONIAL CHILENO ACTUAL

CAPITULO TERCERO

De la delimitación de la conducta externa exigida al cónyuge en virtud del deber de fidelidad

SUMARIO: *I.- ASPECTOS GENERALES DE LA CONDUCTA EXIGIDA. 1.- Ideas Previas. 2.- Importancia del tema. 3.- Non lege lata: Ausencia de una norma expresa que delimite claramente la conducta exigida. II.- CONTENIDO DE LA CONDUCTA EXIGIDA. 1.- Una mirada desde la opinión de la doctrina. 2.- El débito conyugal como presunto aspecto positivo del deber de fidelidad matrimonial en el derecho nacional. 3.- Soluciones posibles. 3.1.- Posición restrictiva: Referencia sólo al coito y asimilación de la infidelidad con el adulterio. 3.2.- Posición intermedia: Referencia a cualquier acto sexual de entidad. 3.3.- Posición amplia del deber de fidelidad: vinculación con el Principio de buena fe. 4.- Requisitos comunes a cualquier conducta que sea imputada como infracción al deber de fidelidad matrimonial: nuestra posición. 4.1.- La conducta debe ser externa. 4.2.- La conducta debe consistir en un contacto físico con tercero. 4.3.- La conducta debe ser de connotación sexual. 4.4.- La conducta debe ser de entidad objetiva. 4.5.- La conducta debe ser de entidad subjetiva. III.- DURACIÓN DEL DEBER DE FIDELIDAD MATRIMONIAL. 1.- Planteamiento del tema: De la extensión temporal del deber dentro del iter matrimonial. 2.- Casos legales de suspensión del deber. 2.1.- Separación judicial. 2.2.- Separación de hecho consentida por ambos cónyuges. 2.3.- Separación de hecho no consentida: omisión legislativa. 2.4.- Convenciones conyugales: una problemática hacia el futuro.*

I.- Aspectos generales de la conducta externa exigida

1.- Ideas previas

Para la alegación de un eventual incumplimiento del deber jurídico objeto de este trabajo, como por regla en cualquier incumplimiento o infracción de deberes jurídicos, debe concurrir una conducta externa proveniente del sujeto pasivo o individuo vinculado por la norma que,

precisamente, la infraccione o quebrante; como a su vez – por regla - una imputación subjetiva de dicho comportamiento externo trasgresor de la conducta exigida normativamente, es decir, que dicha acción u omisión vulneradora de la norma sea imputable a título de *dolo* o *culpa* por parte del obligado por el deber en colación.

En este capítulo nos referiremos primeramente al aspecto externo de la conducta exigida por el referido deber jurídico, es decir al particular despliegue físico corporal que debe manifestar cada cónyuge en el mundo social para adecuar su actuar a la norma, o más bien dicho - y para guardar precisión - a las conductas externas que debe abstenerse de realizar cada consorte en la vida en relación para así cumplir, desde el prisma meramente físico exterior o mecánico biológico, con el aspecto objetivo de la norma en colación, debiendo de esta guisa, y como contrafaz necesario, hacernos cargo de la interrogante acerca de cuales son las conductas exteriores de los cónyuges que infraccionan el deber de guardarse fe recíprocamente, y de esta manera determinar cuando concurre el requisito o aspecto de la imputación objetiva o concreción de una conducta exterior del sujeto pasivo infractora del deber en cuestión, que pueda dar origen a las consecuencias jurídicas vinculadas a toda trasgresión de una norma de orden jurídico y a las consecuencias particulares o específicas del quebrantamiento del deber en estudio. Todo sin perjuicio – y según se verá en el capítulo respectivo - de la también necesaria concurrencia de que la infracción sea imputable subjetivamente al infractor a título de *dolo* o *culpa*.

2.- Importancia del tema

Como ya se ha enunciado, un primer aspecto para la *configuración*[145] del deber de fidelidad matrimonial consiste en *delimitar*[146] cual es la conducta externa exigida a los cónyuges para su adecuación a lo prescrito por el mismo y el consiguiente cumplimiento de la norma generadora de dicho

---

[145] *Configurar:* "Dar determinada forma a algo". *V.* <www.rae.es> (última visita 05/02/06)

[146] *Delimitar:* "Determinar o fijar con precisión los limites de algo. *V.* <www.rae.es> (última visita 05/02/06)

deber. La presente exposición, tendiente a fijar los límites en lo referido a las conductas exteriorizadas por los cónyuges del citado deber matrimonial, cobra señera importancia tanto a nivel teórico como práctico en nuestro derecho nacional.

En primer lugar, debemos alzaprimar como presupuesto imprescindible en nuestro análisis, que - sea cual sea la posición que adoptemos referente a la conducta exigida por la norma - toda trasgresión o quebrantamiento del deber de fidelidad matrimonial debe consistir siempre y necesariamente en **conductas externas** del cónyuge infractor. Lo anterior, habida cuenta que centrando el análisis en el deber de fidelidad matrimonial como imperativo de conducta derivado de una norma de orden jurídico - y no obstante que otros ordenes normativos diversos al jurídico también prescriban dicho deber -, exige fijar vista en el deber jurídico de guardarse fe conyugal si y sólo si se concretan en la vida relacional conyugal conductas *exteriores* del cónyuge que vulneren lo prescrito por dicha norma de orden jurídico. El derecho como orden normativo de conductas no está llamado, *primae facie*, a la regulación del ámbito meramente interno, íntimo, o estrictamente subjetivo de las personas o individuos, sino que su destino es, por regla, la regulación de la vida en sociedad mediante la prescripción y proscripción del comportamiento externo de los vinculados por su imperio o fuerza obligatoria, y de ahí que, a lo menos jurídicamente, no proceda realizar un reproche ni aplicar sanción jurídica alguna por pensamientos o ánimos de fuero interno que puedan colisionar con el contenido del deber exigido jurídicamente; pues serán otros los ordenes normativos que cumplan dicha labor reguladora de la conducta del individuo en cuanto meras disposiciones o pensamientos internos que no tienen una repercusión externa en el mundo en sociedad[147], pero la aplicación del derecho como orden normativo vinculante y sancionatorio debe siempre ser limitado en su aplicación a las conductas externas y trascendentes en la vida de relación.

[147] El derecho como orden normativo, o al menos un derecho *hic et nunc* que se precie de liberal o respetuoso de la individualidad de los diversos componentes de la comunidad que es destinataria de su imperio, debe contenerse o limitarse a la regulación de conductas externas de significación interindividual y verdaderamente atentatorias o insoportables para la convivencia social.

Lo anterior cobra mayor fuerza cuando particularmente el deber de fidelidad matrimonial, al igual que los otros deberes personales matrimoniales, se ve muchas veces contaminado y confundido por otros órdenes normativos, como son normas religiosas, morales, o sociales, y, más aún, cuando se confunden con determinadas concepciones o corrientes religiosas, morales o sociales, que intentan mediante la instrumentalización de un orden normativo regulador sólo de comportamientos externos, volcarse en un determinado control del individuo en cuanto fuero interno del mismo, y a su vez empapar a una norma jurídica de una determinada, específica, y unívoca forma de entender la vida espiritual y social[148].

En segundo lugar, no obstante entendamos como presupuesto necesario la regulación jurídica sólo de las conductas exteriores de cada uno de los cónyuges, y que en consecuencia toda infracción debe necesariamente consistir en un comportamiento externo que trasgreda el deber, es del caso que no todo comportamiento conyugal en el mundo social externo va a consistir en un quebrantamiento del deber de fidelidad matrimonial en cuanto deber de orden jurídico. En efecto, en muchas ocasiones los otros ordenes normativos reguladores de la conducta en sociedad - sean normas religiosas, de moral social, o derechamente sociales - serán quizá más exigentes en cuanto al comportamiento prescrito, por lo que discurrir con más detalle sobre cual es la conducta o comportamiento jurídicamente exigido a los sujetos ligados matrimonialmente, y por ende también discurrir sobre las acciones y omisiones lesivos para dicho deber, nos permitirá diferenciar la exigencia conductual del deber de fidelidad matrimonial, en cuanto norma de derecho, en parangón con el comportamiento exigido por otros ordenes normativos sobre el mismo punto, ya que muchas veces los límites y la extensión de la exigencia y del correlativo reproche o sanción serán diversos: perfectamente una conducta

[148] Sin duda que toda norma jurídica de suyo implica determinadas valoraciones, opciones y concepciones de la persona humana, de su rol y de su vida en comunidad, y de su relación con el Estado; no obstante, la situación autoritaria se presenta tanto cuando la regulación se vuelca hacia el fuero íntimo de las personas y a las relaciones más privadas, o cuando una particular o minoritaria valoración, opción o concepción del hombre y de su vida relacional se impone a la comunidad toda.

conyugal lícita jurídicamente podrá ser reprochada y sancionada por otros ordenes de normas[149].

En tercer lugar, la certera fijación de los límites de la conducta exigida jurídicamente y, como corolario, la delimitación de las conductas tenidas como infractoras del deber de fidelidad matrimonial, colabora, a las claras, con la concreción de una mayor *seguridad jurídica* en nuestro comunidad, y por consecuencia una más informada representación volitiva y – de esta guisa - libertad en la determinación del actuar, por parte de los vinculados por el deber de fidelidad matrimonial, es decir por los cónyuges; máxime cuando, según veremos en los capítulos respectivos, las consecuencias jurídicas son sendas y trascendentes tanto en el estado civil de los mismos, en los efectos del vínculo matrimonial, en la faceta patrimonial de los consortes, e incluso en lo atingente a los efectos de la filiación respecto de los hijos comunes.

3.- *Non lege lata*: Ausencia de una norma expresa que delimite claramente la conducta exigida

Cualquier intento de fijar los límites respecto a la conducta exterior exigida en el vínculo matrimonial en razón del deber de fidelidad, debe comenzar por asumir la dificultad de la *non lege lata* respecto a la descripción normativa expresa y clara, en una norma legal, que otorgue certeza y seguridad respecto al punto de marras.

El título VI del Código Civil se intitula *Obligaciones y derechos entre cónyuges*, siendo la fuente legal del Código que se encarga de la función de

[149] De lo dicho podríamos ejemplificar que, hoy por hoy, un cónyuge va a tomar un café a un local comercial del centro de la ciudad, en un ánimo de mera amistad o compañerismo, no será imputado como un infractor del *deber jurídico de fidelidad* respecto de su marido o mujer, aunque pueda ser perfectamente posible que, desde su entorno social o inclusive desde su propia conciencia, pueda reprochársele la infracción de un deber de fidelidad en cuanto norma de orden religioso, social, o moral. Pueda ser que dicho cónyuge pierda su "gracia de ir al paraíso", sea reprobado socialmente como un "desconsiderado" o "mal marido o mujer", o sea señalado como un "impío", "licencioso", o "mala persona", pero no podrá ser sancionado jurídicamente como infractor del deber legal de fidelidad conyugal, y, por ende, no podrá, verbigracia, ser demandado de divorcio culpable.

enunciar los diversos deberes jurídicos exigibles recíprocamente, dentro de cuyo contexto se ubica el artículo 131 de dicho cuerpo legal que reza:

> "*Los cónyuges están obligados a* ***guardarse fe****, a socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida. El marido y la mujer se deben respeto y protección recíprocos*" (las negrillas son nuestras).

No cabe extenderse respecto a que la enunciación "guardarse fe" dista mucho de ser una expresión sintética, unívoca, y que precise de manera prístina la conducta, activa u omisiva, que deben realizar los cónyuges para cumplir con la norma.

No obstante, y a reglón seguido, el artículo 132 del Código Civil, que podría eventualmente ser entendida como una *norma interpretativa de origen* que da luz sobre el acertado sentido de la expresión "guardarse fe" enunciada en el artículo previo ya citado, previene lo siguiente:

> "*El adulterio constituye una infracción grave al deber de fidelidad que impone el matrimonio y da origen a las sanciones que la ley prevé.- Cometen adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido y el varón casado que yace con mujer que no sea su cónyuge*"[150] [151].

---

[150] Haciendo algo de historia, hemos de señalar que el actual texto del artículo 132 del Código Civil fue dado, en definitiva, por la ley Nº 19.422 del 13 de noviembre del año 1995, siendo del caso que dicho artículo fue agregado anteriormente por la ley Nº 19.335 del 23 de septiembre del año 1994, ya que, antes, el artículo en comento había sido derogado por la ley Nº 18.802, de fecha 9 de junio del año 1989.

[151] Como es sabido, la ley 19.335 del 23 de septiembre del año 1994 puso fin a sendas injusticias y diferencias de trato legislativo entre el hombre y la mujer en el matrimonio, ya que, además de eliminar la figura del adulterio como tipo penal prevista en el antiguo artículo 375 del Código Penal, modificó la descripción legal del adulterio (ahora ya un ilícito meramente civil), ya que antiguamente cometía adulterio la mujer casada que yacía con varón que no era su marido y el que yacía con ella sabiendo que era casada; y, por ende y en dicho tenor literal, en cambio el varón casado que yacía con mujer soltera o con mujer casada ignorando que lo era, no cometía adulterio. No obstante la citada ley Nº 19.335 introdujo el artículo 132 con un texto rayano en la torpeza legislativa al establecer que (sic) "*Cometen adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido y el varón que yace con mujer que no sea su cónyuge*", por lo que - y he aquí lo desquiciado - inclusive el varón soltero podía cometer adulterio; por lo cual, para enmendar el error, es que la ley 19.422 del año 1995 modificó el texto del código fijando el texto actual. Las diferencias de trato legal entre marido y mujer no acababan en la configuración del ilícito de adulterio, sino que se extendían a sus efectos: recordemos que hasta la dictación de la ley 10.271 de fecha 2 de abril del año 1952 el antiguo artículo 223 del Código Civil establecía la presunción de derecho de la depravación de la

Así las cosas, si bien el trascrito artículo 132 del Código Civil acota el sentido de la conducta constitutiva de adulterio, a saber hombre o mujer casado que yace con mujer o varón, respectivamente[152], que no sea su cónyuge, en nuestra opinión no estaríamos ante una descripción legislativa clara, precisa, y cierta de la conducta exigida por el deber de estudio, ni tampoco, *a contrario sensu,* se realiza por la ley una descripción legislativa clara, precisa, y cierta de la conducta ilícita infractora de dicho deber, habida consideración de las siguientes razones: a) El citado y trascrito artículo 132 del Código Civil señala al adulterio sólo como ***una*** *grave infracción del deber de fidelidad que impone el matrimonio*, dando pie para sostener que, al ser sólo una infracción posible, existan conductas no constitutivas de adulterio que importe o signifiquen "***otras***" vulneraciones al deber de fidelidad matrimonial diversas del citado instituto del adulterio, por lo que la descripción legal sobre el contenido del comportamiento conyugal que configuraría adulterio podría dejar de lado acciones u omisiones conyugales que, si bien no sean adulterio, pueden perfectamente atentar contra el deber más genérico de guardarse fe, sean –según veremos infra – ora conductas sexuales diversas del núcleo de certeza que implica la enunciación o verbo rector "yacer", ora conductas que sobrepasen el contenido meramente

---

madre (sólo de ella) para el cuidado de los hijos en caso de haber dado lugar al divorcio por adulterio (divorcio no vincular). Dichas reformas legislativas vinieron, por lo pronto, a concretar, en la materia referida, el principio de *igualdad de los cónyuges* que hoy, en buena hora pero aún a medias tintas, campea en sede de derecho matrimonial. Sobre el comentario *Vid.* RAMOS PAZOS, RENE; *Op. cit; Derecho de…*; (2005); págs, 39-40 y 125-126. *V. a.* BARRIENTOS GRANDON, JAVIER; NOVALES ALQUÉZAR, ARÁNZAZU; *Op. cit; Nuevo Derecho….;* pág. 285; y SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL; *Op. cit; Derecho de Familia*; pág. 134.

[152] Se da la curiosidad que, según el texto del actual artículo 132 del Código Civil, tanto la *mujer casada* que yace con *mujer*, como el *hombre casado* que yace con *hombre* (terceros que, evidentemente en nuestro sistema matrimonial, no podrían ser ni marido ni mujer del hombre o mujer casada respectivamente, debido a que por definición el matrimonio en Chile es entre hombre y mujer quedando proscrito, por ahora, la conyugalidad entre personas del mismo sexo), no cometerían adulterio. Por lo que ante el evento de conductas homosexuales de uno de los cónyuges podría alegarse o aducirse incumplimiento de deberes diversos, como podría ser el de *respeto* que impone el matrimonio, pero si se restringe el deber de fidelidad matrimonial asimilándolo a la concreción o no de adulterio, según el texto literal del artículo señalado, no estaríamos ante un adulterio propiamente tal, no obstante que expresamente el Nº 4 del inciso segundo del artículo 55 de la Ley de Matrimonio Civil cita a la conducta homosexual como causal de *divorcio sanción*.

sexual; pues en todo caso la infidelidad conyugal sería el género mientras que el adulterio sería una especie dentro de la primera. b) Aún cuando se acepte que la infracción del deber de fidelidad conyugal se asimila únicamente a la realización de adulterio – lo cual de suyo es, a lo menos, discutible -, es pertinente hacer cuestión o preguntarnos respecto a que debemos entender, en sede civil, por el contenido de la enunciación verbal de "*yacer*"[153], que es la locución utilizada por el Código Civil - y que es la hipótesis normativa para la concreción del adulterio -, toda vez que, empero de tener una eufemística pero manifiesta acepción sexual, no se resuelve ni despeja la razonable duda acerca de si debemos entender como su sentido natural y obvio sólo la cópula carnal o coito, o debemos extender su aplicación a otros actos de connotación sexual diversas de la cópula o coito; pues aunque en otras ramas, particularmente en sede penal, el vocablo *yacer* ha sido asimilado al acceso carnal[154], no procede aplicar lisa y llanamente el empréstito de conceptos y categorías de otras ramas para utilizarlos en sede civil, ya que el derecho penal opera con principios jurídico informadores de su plexo normativo, diversos y específicos.

Así las cosas, de aceptar la conclusión recién afirmada de que el texto legal de nuestro derecho patrio no detalla de manera clara, precisa, cierta, o unívoca; ni la conducta exigida por el deber de estudio, ni tampoco la conducta ilícita o antijurídica infractora de dicho deber, debemos hacernos cargo de las interpretaciones posibles que guarden coherencia con nuestro sistema jurídico actual.

II.- Contenido de la conducta exigida

1.- Una mirada desde la opinión de la doctrina

---

[153] *Yacer*: "4. intr. Tener trato carnal con alguien." *V.* <www.rae.es> (última visita 06/02/06)

[154] Pues incluso en sede de derecho punitivo, hasta la reforma del Código Penal con la ley Nº 19.617 del 12 de julio de 1999, se discurría y discutía sobre si el acceso carnal abarcaba, además de la copula vaginal, el acceso carnal por vía anal y/o bucal. Sobre el particular *vide* RODRÍGUEZ COLLAO, LUÍS. *Delitos sexuales*. Editorial Jurídica de Chile, 2001, págs. 138 y ss.

Por la dificultad de determinar en cada caso concreto el cumplimiento e incumplimiento del deber jurídico de guardarse fe entre los cónyuges, quien quizá sea el llamado a tener la última palabra en dicha labor - las más de las ocasiones no tan clara y fácil - será el juez de fondo que conozca cada caso o litigio en particular. Dicha función que se incrementa en su cotidianidad y dificultad por la nueva legislación matrimonial, tras la entrada en vigencia de la ley 19.947 que establece la nueva ley de matrimonio civil, que trae novedades en cuanto a las consecuencias normativas de su incumplimiento, haciendo, a su vez, más imperiosa la labor de los jueces, y de todos los operadores en el sistema jurídico, para el desarrollo del tema.

No obstante, lo antedicho no exime la labor ni a la doctrina ni a los litigantes para enriquecer el acervo de ideas y opiniones respecto de la configuración del deber de fidelidad matrimonial, de las hipótesis de incumplimiento o infracción, y de las consecuencias normativas o efectos imputables ante dicho quebrantamiento de deber.

Como veremos, sin perjuicio de ser aplicables los criterios de interpretación de la ley previstos en los artículos 19 y siguientes del Código Civil[155] [156], es efectivo que la ponderación de conductas, hechos, y circunstancias ocurridas en la vida conyugal se ve dificultada por cuanto dentro de la misma comunidad jurídica las valoraciones, opciones y concepciones del hombre y de su vida relacional van cambiando y modificándose con el devenir de la historia, lo cual cobra vitalidad precisamente en la interpretación de conceptos jurídicos de contenido difuso con un halo de incertidumbre basto en cuanto a su contenido, lo que se ve aderezado por la vinculación de ciertos conceptos o categorías, y es

---

[155] Párrafo 4. del Título Preliminar del Código Civil, titulado "*Interpretación de la ley*".

[156] De entender que el matrimonio no es estrictamente un contrato, no cabe aplicar directamente los criterios de interpretación de los artículos 1560 y siguientes (Título XIII del Libro Cuarto del Código Civil, intitulado "De la interpretación de los contratos"), más aún – y sin perjuicio del argumento de que las normas del libro Cuarto del Código Civil son propias del derecho patrimonial y de este modo no aplicable a un instituto de derecho de familia - cuando el deber de fidelidad matrimonial, al igual que los otros deberes personales del matrimonio, es un deber de fuente legal y no convencional. Lo antedicho no significa sostener, según haremos noto, que la voluntad o consentimiento de los cónyuges no tenga ninguna ingerencia o importancia en la configuración del deber en comento.

este nuestro caso, con los patrones conductuales de la moral social[157] que campean en una comunidad determinada de cada época también específica, de suerte que probablemente una conducta que hoy por hoy no es considerada lesiva o atentatoria contra el deber en comento, si lo sería en una época de lustros pasados. Recordemos, por lo demás, que muchos institutos del derecho civil recurren a su interpretación o integración con categorías cuyo contenido en cada derecho específico es dado por la *moral social* del lugar y época donde se realiza concretamente la labor cognoscitiva de interpretación e integración del ordenamiento jurídico[158].

Pues bien, antes de enunciar y desarrollar las posibles soluciones para la pregunta sobre cual es la conducta exigida por el deber de fidelidad matrimonial, veamos lo que algunos autores nacionales y extranjeros han manifestado en este particular[159].

El profesor SOMARRIVA estima que la vulneración del deber de fidelidad matrimonial se traduce en el adulterio conyugal[160], restringiéndose por un lado a la descripción del incumplimiento del deber - por lo que el contenido de la conducta exigida sería la abstención de realizar un comportamiento adúltero por parte de ambos cónyuges -, y por otro lado restringe la discusión acerca de la conducta exigida por la norma en lo atingente a la delimitación de la conducta constitutiva de adulterio, es decir, la infidelidad se correspondería exclusivamente con el adulterio descrito, en nuestro sistema jurídico, por el artículo 132 del Código Civil. No se refiere en detalle, ni a propósito del tratamiento del deber de fidelidad entre

---

[157] Como ya se expuso en el Capítulo segundo, la distinción entre derecho y moral no implica negar que muchas veces el segundo orden normativo, la moral, integra el contenido normativo del primero, el derecho. De esta guisa el deber jurídico de fidelidad matrimonial, en cuanto tal, deberá cumplir con todos los requisitos y exigencias de normas de orden jurídico, aunque para la determinación y ponderación de su contenido en cada caso concreto se recurra al auxilio de la moral social: *distinguir* no significa *separar* dichos órdenes reguladores de la conducta humana.

[158] Citemos a modo de ejemplos: La utilización del concepto de "*buenas costumbres*" en sede de licitud moral de objeto de los actos jurídicos (art. 1461 del Código Civil), licitud de causa de los actos jurídicos (art. 1467 del Código Civil); o la concurrencia del "*interés de la moral*" para estar legitimado activamente para solicitar la declaración judicial de la nulidad absoluta (art. 1683 del Código Civil); entre otros casos.

[159] La literatura jurídica citada corresponde a autores que se han referido en particular sobre el derecho de familia y el derecho matrimonial, habida cuenta de abarcar tanto doctrina nacional como extranjera.

[160] "*La violación del deber de fidelidad se traduce en el adulterio de los cónyuges*." *V*. SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL; *Op. cit; Derecho de*…; pág. 134.

cónyuges ni a propósito del adulterio como causal del antiguo y derogado instituto del divorcio perpetuo (divorcio no vincular)[161], sobre cual o cuales serían, *in concreto*, conductas conyugales constitutivas de adulterio.

Por su parte el profesor MEZA BARROS, en igual sentido, escuetamente señala que el quebrantamiento del deber de guardarse fe entre cónyuges se realiza o concreta a través del adulterio, es decir, asimila también los conceptos de infidelidad y de adulterio[162]. También omite referirse a cuales serían las conductas conyugales concretas constitutivas de adulterio, no manifestándose acerca de una mayor limitación o certeza en la interpretación del artículo 132 del Código Civil.

El profesor RAMOS PAZOS igualmente escaso en sus palabras sobre el punto, y en idéntico sentido, señala que el deber de fidelidad se corresponde con el deber de no cometer adulterio, agregando por un lado que aquello implica la abstención de relaciones sexuales con terceros, y por otro que dicho deber es, en su opinión que no explaya mayormente, principal dentro del consorcio de vida matrimonial[163]. También omite delimitar que debe entenderse por relación sexual con tercero, es decir, si es solo la cópula o coito, o si se refiere e incluye conductas sexuales diversas de la cópula; parece ser que al no distinguir habría de entender que se refiere a toda relación sexual, excediendo a la sola cópula, ya que si no distingue el autor no cabe distinguir al intérprete; no obstante, aunque sin realizar una toma de posición sobre el particular, a propósito del adulterio como antigua causal del derogado instituto del divorcio no vincular perpetuo, señala que en referencia a la materia se ha resuelto por lo tribunales de justicia que (sic) "*para que prospere una acción de esta especie (divorcio no vincular), debe probarse por quien deduce la demanda el hecho o circunstancia que se*

---

[161] Recordemos que con la dictación de la ley 19.947 la institución del *divorcio relativo* o *no vincular* viene, en muchos aspectos sustantivos, a ser reemplazado por la figura de la *separación judicial.*

[162] "…*los cónyuges están obligados a guardarse fe. Su infracción constituye el adulterio*.". *V.* MEZA BARROS, RAMÓN; *Op. cit; Manual de Derecho de…;* pág 84.

[163] "*Los cónyuges están obligados a guardarse fe, lo que significa no tener relaciones sexuales con terceros, no cometer adulterio*". *V.* RAMOS PAZOS, RENE; *Op. cit; Derecho de…*; (2005); pág. 125.

haya producido el ayuntamiento carnal que supone la acción de yacer…"[164], citando sobre el asunto una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago[165].

En sentido análogo a lo hasta acá dicho, el profesor ROSSEL SAAVEDRA señala que como conducta exigida a los cónyuges a éstos no les es permitido tener relaciones sexuales fuera del matrimonio, debiendo entenderse la proscripción de relaciones sexuales con terceros; dando a entender también que su incumplimiento consiste en el adulterio[166]. Igualmente se añora una referencia más específica acerca de cuales serían las conductas conyugales concretas constitutivas de adulterio, no manifestándose acerca de una mayor limitación o certeza en la interpretación del artículo 132 del Código Civil.

Para los autores BARRIENTOS GRANDON y NOVALES ALQUÉZAR, además de señalar al deber de fidelidad matrimonial como el necesario complemento para la consecución del fin del bien de los cónyuges en la comunidad de vida que implica el matrimonio, señalan, en cuanto a su contenido, que el deber de guardarse fe se expande más allá de lo referido a la fidelidad sexual, extendiéndose a todos los ámbitos de la vida, más aún que el término o locución "*fidelidad*" - que de suyo no tiene un exclusivo sentido sexual - que se vierte en la conducta de guardarse fe recíprocamente en la relación intersubjetiva de conyugalidad, importa una actitud de lealtad, u observancia de la fe recíproca, lo cual se extiende a todas las esferas de la comunión de vida entre marido y mujer, siendo el adulterio sólo una manifestación de infracción del deber de fidelidad matrimonial en el reducido ámbito de la lealtad sexual, pudiendo, de esta manera, existir otras infracciones del deber de guardarse fe diversas del adulterio que, inclusive, se pueden extender a aspectos de la vida relacional matrimonial diversos de lo acotado sólo a lo sexual[167].

---

[164] RAMOS PAZOS, RENE. *Derecho de Familia.* Editorial Jurídica de Chile, 2000, págs. 100 y 101.

[165] *Ibidem*; se cita sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Valparaíso de fecha 19 de agosto del año 1985, recogida en RDJ, T. 82, sec. 2ª, pág 99.

[166] "*Según el artículo 131 del Código Civil, los cónyuges deben guardarse fe, o sea, no les es permitido tener relaciones sexuales fuera del matrimonio. La ley sanciona el adulterio con* (…)". *V.* ROSSEL SAAVEDRA, ENRIQUE; *Op. cit;* pág 80.

[167] Dichos autores señalan: "…*este deber de guardarse fe no sólo se estrecha en lo angostos límites de la fidelidad sexual, sino que se proyecta en todos los ámbitos de la vida en común, y en todas las circunstancias de la vida, supuesto que guardarse*

En la literatura jurídica extranjera, el profesor español LACRUZ BERDEJO[168], señala su aceptación a una mayor extensión del contenido del deber de fidelidad conyugal al ámbito afectivo en general, ampliándose de la restrictiva asimilación de la infidelidad con el adulterio - entendido este último como ayuntamiento carnal -, entendiendo la exclusión sexual en un sentido amplio, como una base del matrimonio mismo, de suerte que conductas lesivas de uno de los cónyuges diversas a la estricta cópula sexual con terceros constituye infracción del deber de fidelidad matrimonial, citando como ejemplos, inclusive, el recelo infundado y los celos de un cónyuge que destruyen la relación de mutua confianza, o su conducta equívoca, que crea una apariencia comprometedora y lesiva para la dignidad del otro, o una conducta conyugal inmoral o deshonrosa de uno de los cónyuges que produzca una perturbación en las relaciones matrimoniales que haga insoportable para el otro cónyuge la continuación de la vida común, o una conducta anormal que pueda servir de base de desprestigio del otro cónyuge, toda vez que en este aspecto la exclusividad sexual no sólo significa la abstención de relaciones sexuales con terceros (relación sexual en su amplio sentido), sino que también el deber de abstención de la realización de cualquier conducta que permita suponer que existen dichas relaciones sexuales con terceros. Dicha ampliación de la conducta comprendida en el deber matrimonial de fidelidad, se justifica en el derecho español, según dicho autor, por la derogación del adulterio como tipo penal, lo cual implica una rebaja en las consecuencias jurídicas aplicables a los casos de infracción, lo que a su vez permite, ya en el ámbito meramente civil, ampliar el contenido del comportamiento exigido ahora por una norma que impone sanciones de orden estrictamente civil, ya que – según expone -al reducirse el vigor de la tutela se extiende el contenido del deber. Además, dicho autor acepta la doctrina más antigua y tradicional que se refiere a una doble faceta del deber de fidelidad que distingue entre un

---

fe conyugal implica fidelidad, y ésta no es más que la lealtad, observancia de la fe que alguien debe a otra persona, la que no aparece determinada solamente por la naturaleza y fines de la institución matrimonial, y, por ende, se extiende a todos los ámbitos en los cuales se proyecta la comunidad de vida entre marido y mujer". *V.* BARRIENTOS GRANDON, JAVIER; NOVALES ALQUÉZAR, ARÁNZAZU; *Op. cit; Nuevo Derecho*….; págs. 284-285.

[168] Sobre el particular *Vide* LACRUZ BERDEJO, JOSE LUIS, *El nuevo régimen de la familia.* Madrid, Civitas, 1988, págs. 388-392

aspecto negativo y un *aspecto positivo* del deber; siendo el primero de ellos el deber de abstención de ciertas conductas de índole preferentemente sexual de cada cónyuge con terceras personas ajenas al vinculo matrimonial, en alguna medida aquel aspecto coincide con lo ya explicado, y particularmente con la acepción amplia que acoge dicho jurista; y por el contrario, el segundo aspecto, el positivo, implica un deber de prestación activo de cada cónyuge, un deber de hacer que supone la disponibilidad sexual recíproca entre cónyuges, que es conocido como *ius in corpus*, o con las denominaciones, por lo menos en Chile, de *deber de cohabitación* o *débito conyugal*, que consiste justamente en el derecho mutuo de los cónyuges al trato sexual que prosigue cuando el matrimonio se consuma[169], con tal que sea razonablemente ejercitado, fundándose dicha exigencia en la entrega de cuerpos reciproca que realizan los cónyuges al momento de contraer matrimonio y comprometerse a la comunión de vida que implica el matrimonio, máxime cuando uno de los fines de dicha institución es la procreación de hijos comunes

En argentina, el profesor BELLUSCIO, también adhiere a una concepción amplia del deber de fidelidad matrimonial, señalando que la conducta exigida rebasa la proscripción de conductas sexuales con una persona diversa del cónyuge, sino se expande a toda relación con tercero que resulte sospechosa para quien observe dicho comportamiento del consorte, de manera que, no necesariamente consistiendo en un actuar sexual, ocasione una efectiva lesión a la reputación, honor, y sentimientos del cónyuge afectado[170]. En este sentido dicho autor estima más acertado la

---

[169] El *ius in corpus,* de fuerte raigambre en el Derecho Canónico, se vincula a la consumación matrimonial como conducta conyugal que - si bien no perfecciona dicho vínculo - le apareja algunas consecuencias normativas al vínculo matrimonial. En el Derecho Canónico, el citado *ius in corpus* se extiende temporalmente más allá de la consumación del matrimonio. El Chile la consumación no tiene mayores efectos jurídicos en el perfeccionamiento del matrimonio ya que el principio imperante es el del *consensus facit matrimonium*; siendo a su vez muy limitada su ingerencia jurídica: a modo de ejemplo, tiene restringidas manifestaciones reducidas en el ámbito de las revocaciones de las *donaciones por causa de matrimonio* (*Vid.* Artículo 1792 del Código Civil).

[170] A propósito de la conducta exigida por el deber de fidelidad señala: (sic) *"No sólo excluye la posibilidad de que uno de los esposos tenga relaciones sexuales con un tercero, sino que también toda relación con persona del otro sexo que resulte sospechosa a los ojos de quienes la conozcan, o que pueda lesionar la reputación o los sentimientos del otro cónyuge".*

reserva de la denominación *adulterio* para referirse a la unión sexual con persona distinta al cónyuge, sin perjuicio de otras conductas, diversas de las de contenido sexual, que al ser injuriosas en la vida matrimonial, se comprenden como infracciones al deber de fidelidad, en lo que dicho autor a denominado *infidelidad moral* en contraste a la *infidelidad física,* ya que se trataría de hechos que indican una conducta incompatible con la discreción y el decoro que es exigible en las relaciones con terceros.

También en Argentina, el profesor AZPIRI, igualmente es partidario de comprender dentro de la fidelidad conyugal tanto su aspecto positivo, que se traduce en el *debito conyugal*; y tanto su aspecto negativo o exigencia tanto de una abstención de conductas sexuales de cada cónyuge para con terceros como de comportamientos que aparenten dicha relación, incluyéndose – en este segundo aspecto – tanto lo que denomina la *fidelidad material* como la *fidelidad moral.*[171] Dicho autor se refiere al aspecto positivo del deber, es decir al *débito conyugal,* como parte integrante del deber de fidelidad matrimonial, entendiendo por tal el deber de mantenimiento de las relaciones sexuales entre cónyuges, manifestando que, ineludiblemente, éste está encuadrado en aquel[172]; y a su vez –ya en el aspecto negativo del deber – en lo concerniente derechamente a la vulneración del denominado *deber de fidelidad material* destaca el adulterio, siendo restrictivo en cuanto a las conductas que se adecuan a dicho comportamiento lesivo, sosteniendo por una parte que el adulterio es la forma típica –pero no la única – de violar el deber de fidelidad materialmente, y, por otra parte, que dentro del concepto de adulterio sólo se incluye el coito vaginal entre hombre y mujer; pues, así las cosas, cuando hay concúbito entre personas del mismo sexo, o relaciones sexuales anales u orales, o cuando hay relaciones de índole

---

BELLUSCIO, AGUSTO CÉSAR; *Manual de Derecho de Familia.* 5ª Edición, Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1988, 2V., pág 329.

[171] En este punto señala como concepto que: (sic) "*El derecho de uno de los cónyuges a exigir del otro fidelidad significa su derecho a que el otro esposo mantenga relaciones sexuales sólo con él; el deber correlativo consiste en que durante el matrimonio dicho cónyuge sólo puede mantener relaciones sexuales con el otro esposo. Además de no mantener relaciones sexuales con terceros, también se exige que el comportamiento de los cónyuges no haga sospechar al otro, o a terceros que lo conozcan, acerca de una posible infidelidad. Esto es conocido como infidelidad moral, para diferenciarla del adulterio, que es una infidelidad material.".* AZPIRI, JORGE OSVALDO. *Derecho de…Op. cit.*, pág. 124.

[172] *Ibidem.*

erótico sin penetración –haya o no eyaculación- estaremos ante infracciones del deber de fidelidad material diversos del adulterio[173], señalando que en lo atingente a las causales de divorcio y separación personal de la legislación argentina se encuadrarán en las *injurias graves*[174]. Por su parte las conductas atentatorias contra el denominado *deber de fidelidad moral* se constituyen cuando del comportamiento de un cónyuge –sin que éste mantenga efectivamente relaciones sexuales con terceros – surjan sospechas de que está violando el deber de fidelidad matrimonial, es decir, cuando mantiene con tercero "*relaciones equívocas"* que constituyen muestras de afecto y cariño que rebasa el mero vínculo de amistad; y de esta manera se hará pensar al otro esposo, ante esta conducta impropia, que si todavía no se concreta el adulterio se está en camino de hacerlo. Estas conductas de *infidelidad moral* también se encuadran, en lo referente al divorcio y separación personal, dentro de la causal de *injurias graves*[175] [176].

Como queda de manifiesto la literatura extranjera sobre la materia es más extensa, siendo efectivo que, en parangón, los autores nacionales en general han preterido u omitido extenderse con mayor detalle sobre el particular.

2.- El *débito conyugal* como presunto aspecto positivo del deber de fidelidad matrimonial en el derecho nacional

Como se puede colegir de las opiniones doctrinales, existen autores en la doctrina comparada que incluyen el *débito conyugal* como un aspecto positivo del deber de fidelidad matrimonial[177], en el entendido que dicho aspecto activo se caracteriza por el despliegue físico externo, a que se

---

[173] AZPIRI, JORGE OSVALDO. *Juicios de divorcio vincular y separación personal.* Editorial Hammurabi SRL; año 2005, págs. 67 y ss.

[174] Previstas – en el derecho argentino -como causal de divorcio y separación personal en los artículos 202 y 214 Nº 4 del Código Civil Argentino.

[175] AZPIRI, JORGE OSVALDO. *Juicios de divorcio vincular… Op. cit*, pág. 85.

[176] Según el autor citado, cuando uno de los cónyuges se niega a tener relaciones sexuales con el otro sin causa justificada, es decir se vulnera el *deber de fidelidad matrimonial en su faz positiva*, también se configura – en el ámbito del divorcio y la separación personal - la causal de *injurias graves. Idem,* pág. 82

[177] *Vid.* AZPIRI, JORGE OSVALDO; *Op. cit; Derecho de Familia;* pág. 124; y *v.a.* LACRUZ BERDEJO, JOSE LUIS; *Op. cit; El nuevo régimen de la familia;* págs. 388-392

encuentra compelido cada cónyuge en virtud del vínculo matrimonial, consistente en la necesidad de satisfacer la prestación de tener relaciones sexuales con el otro cónyuge, es decir, estamos ante un *deber de hacer* que supone la disponibilidad sexual recíproca entre cónyuges.

Este concepto cobra fuerza desde el alero del Derecho Canónico, en el cual, en el matrimonio, marido y mujer se deben intercambiar *actos per se aptos ad prolis generationem*: es decir los actos que son de por sí adecuados para la generación de la prole, siendo el contenido de la fidelidad, en esta faceta positiva, el *ius in corpus, perpetuum et exclusivum, in ordine ad actus per se aptos ad prolis generationis*[178]; siendo efectivo –de algún modo para comprender su inclusión y desarrollo en el derecho canónico – que el concepto del *débitum coniugale* se encuentra documentado de manera pretérita incluso en los textos bíblicos[179], lo cual fundamenta su incorporación al derecho canónico. Es pertinente recordar que, tanto en el actual Código Canónico de 1983 como en el *codex iuris canonici* de 1917[180], se prescribe la procreación de la prole común como una de las finalidades del matrimonio, también la descripción del contenido del *débito conyugal*, la presunción de consumación del matrimonio con la cohabitación, y el conocimiento de la procreación - en cuanto finalidad del matrimonio - como requisito del consentimiento matrimonial[181].

Ahora bien, examinada la situación en el derecho matrimonial chileno – y no obstante la fuerte influencia del derecho canónico en el derecho matrimonial chileno– es efectivo que ningún autor nacional incorpora el *ius in corpus* o *débito conyugal* como una cara o manifestación del deber de fidelidad matrimonial, lo cual sin duda debe derivarse de que el Código Civil no contiene ninguna regla explícita que se refiera a dicho

---

178 SANCHEZ MALDONADO, SEBASTIAN; *Op. cit;* pág. 70.

179 (Corintios 7, versículos 3, 4 y 5): " *3. El marido devuelva el débito a su mujer, y lo mismo la mujer al marido. 4. La mujer no tiene potestad sobre su cuerpo, sino el marido; del mismo modo tampoco el marido tiene potestad sobre su propio cuerpo, sino la mujer. 5. No os rechacéis el uno al otro; si acaso lo hiciereis, que sea de mutuo acuerdo y sólo temporalmente, con el fin de quedar libres para la oración; y volved de nuevo a lo mismo, no vaya a ser que os tiente Satanás a causa de vuestra pasión insatisfecha*"

180 Ambos códigos recogen - en la forma moderna de la codificación – el contenido normativo proveniente del antiguo *Corpus Iuris Canonici.*

181 *Vide,* entre otras disposiciones, del Código del derecho Canónico de 1983 los cánones 1055, 1057 1061, y 1096; y en *Codex Iuris Canonici* del año 1917 los cánones 1013, 1015, 1081, y 1082.

deber, a lo cual se debe adicionar que la denominación que ha recibido en el derecho patrio es el de *deber de cohabitación*[182], lo cual hace pensar – a lo menos por la denominación y, obviamente, dando por cierta su existencia implícita en nuestro ordenamiento[183] - que en la doctrina y foro chileno se ha entendido más bien, al igual que algunos autores foráneos, como una manifestación del *deber de convivencia*[184]. En lo concerniente a esta última opción, se ha entendido que la convivencia común conlleva la concreción de la comunión de vida que implica el matrimonio y por ende requiere de la pervivencia de *affectio* conyugal[185], ya que de lo contrario sería una mera acumulación de cuerpos en un lugar común, existente también en otras facetas de la vida relacional como la laboral, familiar no conyugal, o, incluso, de mera amistad. De lo anterior que algunos autores señalen que el *débito conyugal* se encuentra incluido en el deber de convivencia[186]. En nuestro derecho positivo –como ya se manifestó - la locución *débito conyugal* no se utiliza, y a nivel doctrinal y jurisprudencial se habla de *deber de cohabitación*[187], no obstante que hasta la nueva ley de matrimonio civil

---

[182] En este sentido los profesores BARRIENTOS GRANDON y NOVALES ALQUÉZAR han señalado que: (sic) "*El Código Civil no contiene ninguna regla expresa que se refiera al deber de cohabitación, entendido en cuanto deber recíproco de prestar el débito conyugal (…)*". BARRIENTOS GRANDON, JAVIER; NOVALES ALQUÉZAR, ARÁNZAZU. *Op. cit,* pág 291-292.

[183] Los citados autores señalan, a reglón seguido y en cuanto a su existencia implícita en el ordenamiento jurídico nacional, que "(…) *pero necesariamente ha de entenderse que él es un deber causado en el fin de los cónyuges y de la procreación, que determina la naturaleza de la unión conyugal.". Idem,* pág. 292.

[184] Deber de convivencia que se encuentra recogido, entre otras normas positivas, en el artículo 133 del Código Civil, que reza: (sic) "*Ambos cónyuges tienen el derecho y el deber de vivir en el hogar común, salvo que a alguno de ellos le asista razones graves para no hacerlo."*

[185] De esta manera se explica que el *cese efectivo de convivencia* entre cónyuges - como requisito tanto para la separación judicial como para el divorcio – se deba reflejar en un *animus separartionis,* no siendo suficiente un mero *corpus separationis,* ya que en este último caso no acaecería un cese de convivencia. De ahí que, a modo de ejemplo, si la interrupción de la convivencia material se debe a motivos laborales no estaríamos, jurídicamente, ante un cese efectivo de convivencia; o - como ejemplo inverso -, si dos cónyuges viven bajo el mismo techo sólo por razones económicas (siempre sufragar la manutención de dos hogares es más oneroso que el sustento de uno solo) pero cuya relación consorcial está quebrada, en *estricto sensu*, enfrentaríamos una hipótesis de cese efectivo de convivencia. Desde esta perspectiva el elemento intencional por parte de los cónyuges es fundamental para desnudar o develar el citado *deber de convivencia*.

[186] Sobre el razonamiento que vincula el *affectio* conyugal del *deber de convivencia* con el *debito conyugal, Vide* AZPIRI, JORGE OSVALDO. *Derecho de…Op. cit,* pág. 133.

[187] La voz *cohabitación,* y su vinculación al *débito conyugal,* podría también entenderse como un resabio histórico del derecho canónico, ya que el derecho canónico distingue entre el matrimonio solo *rato,* y el matrimonio *rato* y *consumado*, dependiendo si ha precedido o no consumación, entendiendo esta última

tampoco se utilizaba en *lege lata* dicha denominación. La citada nueva ley de Matrimonio Civil sólo utiliza en una ocasión dicha nomenclatura, y a propósito de los efectos de la separación judicial en el orden personal de los cónyuges, en el artículo 33 de dicho cuerpo legal[188]:

En Chile el *débito conyugal* ha sido objeto de estudio incluso en otras ramas del derecho, tales como el derecho penal, a propósito de *antijuricidad* y las *causales de justificación* en el delito de violación entre cónyuges[189], toda vez que – según se esgrimía de antiguo – al marido le ampararía el *ejercicio de un derecho* (derecho que tendría como correlato el deber de la mujer de acceder a los requerimientos sexuales del marido) que obstaría el nacimiento de la antijuridicidad. Dicho razonamiento que identificaba al *débito conyugal* con una causa justificante se encuentra ya obsoleta de la dogmática penal Sin embargo, es del caso destacar que en realidad no se ha descartado dicha causa de justificación por la inexistencia del *débito conyugal,* sino más bien por cuanto la esfera de libertad sexual de las personas, o más bien dicho su autodeterminación en dicha esfera, no se ve afectada por el matrimonio; no pudiendo admitirse el ejercicio compulsivo de un derecho personalísimo de tan alto grado de personalidad e intimidad; y por cuanto no puede nadie – en el entendido que el deber existe – pretender hacerlo cumplir por fuerza y mano propia[190].

---

como la realización *de modo humano del acto conyugal apto de por sí para engendrar la prole, al que el matrimonio se ordena por su misma naturaleza y mediante el cual los cónyuges se hacen una sola carne*; siendo del caso que, si los cónyuges han ***cohabitado*** se presume la consumación, mientras no se prueba lo contrario. *Vid* canon 1061 del Código de Derecho Canónico de 1983. En el antiguo *Codex Iuris Canonici* del año 1917 *vide* canon 1015. A modo de dato curioso, tenemos que otro caso de resabio histórico desde el derecho canónico insertado – sin mayor cuestionamiento – consiste en la antigua competencia del oficial del registro civil que derivaba de la competencia que tenía el párroco del domicilio de los esposos en el caso del matrimonio canónico, lo cual tiene justificación en éste último, pero no así en el matrimonio civil: quien imaginaría las insospechadas consecuencias prácticas de dicha pervivencia histórica.

188 El citado artículo 33 de la ley de Matrimonio civil establece: (sic) "*La separación judicial deja subsistente todos los derechos y obligaciones personales que existen entre los cónyuges, con excepción de aquellos cuyo ejercicio sea incompatible con la vida separada de ambos, tales como los deberes de* ***cohabitación*** *y de* ***fidelidad****, que se suspenden.*".

189 Por todos *vide.* ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, ALFREDO. *Derecho Penal. Parte Especial;* Tomo IV, Tercera Edición revisada y actualizada. Editorial Jurídica de Chile, 1998, págs. 61-62; y RODRÍGUEZ COLLAO, LUÍS; *Op. cit; Delitos*…; págs. 160-162.

190 Incluso, por regla, no se acepta la autotutela o *justicia por propia mano* en el ámbito patrimonial, por lo que menos aún en derechos y deberes de índole personalísimo. En este sentido ETCHEBERRY cita como ejemplo que nadie puede apoderarse con violencia de una cosa de su deudor para hacerse pago,

Así las cosas, en el entendido de aceptar la existencia del *débito conyugal* en el derecho nacional como un deber implícito en nuestro sistema jurídico matrimonial – y el cual tendría su basamento y fundamentación tanto en el bien común de los cónyuges y en la procreación como finalidad expresa del matrimonio[191] - parece ser que ha de entenderse como un deber diverso del deber de fidelidad matrimonial ya que – además de no ser la doctrina nacional partidaria de dicha incorporación, como en parangón ha ocurrido entre algunos autores extranjeros[192] – la actual legislación nacional, en la única ocasión en que ha realizado referencia positiva al *deber de cohabitación* lo ha hecho contraponiéndolo – o a lo menos diferenciándolo – del *deber de fidelidad*[193]*,* por lo que en Chile podemos sostener su distinción y exclusión del deber de guardarse fe entre los consortes.

Lo antedicho no significa ni negar su existencia implícita en el derecho nacional, ni desvincularlo abismalmente del deber de fidelidad matrimonial. Ciertamente, tal cual se hizo ya noto, es la propia ley de matrimonio civil la que tangencial pero expresamente se refiere al deber de cohabitación, y su omisión por parte de alguno de los cónyuges puede tener repercusiones tanto a nivel de nulidad matrimonial como de la configuración de una causal de divorcio culpable.

De este modo, cuando el otro cónyuge ha padecido, al momento de contraer el vínculo conyugal, un error en cuanto a alguna cualidad personal del consorte que pretiere o pasa por alto el cumplimiento del *débito* podemos encontrarnos en una hipótesis propia de la sede de *nulidad matrimonial*, toda vez que situaciones como la impotencia u otras

---

según previene el artículo 494 Nº 20 del Código penal, ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, ALFREDO *Op. cit,* pág 62.

[191] En este sentido BARRIENTOS GRANDON, JAVIER; NOVALES ALQUÉZAR, ARÁNZAZU. *Op. cit,* pág. 292.

[192] Nótese que los civilistas chilenos al tratar el denominado *deber de cohabitación* – de donde ya su denominación es sugestiva respecto de su ubicación - no lo hacen a propósito del deber de fidelidad, en donde no se hace vinculación alguna, sino que más bien se trata a reglón seguido e inmediatamente a continuación del *deber-derecho de convivencia,* o incluso de algún modo confundiendo dichos términos. *Vide,* en el primer caso RAMOS PAZOS, RENE. *Derecho de….Op. cit* (año 2005), pág. 130; BARRIENTOS GRANDON, JAVIER; NOVALES ALQUÉZAR, ARÁNZAZU. *Op. cit,* pág. 290-292. En el segundo, MEZA BARROS, RAMÓN. *Manual de Derecho…Op. cit*, págs. 80 y ss.; y LÓPEZ DÍAZ, CARLOS; *Op. cit; Manual de derecho de familia….;* pág. 303.

[193] Ver artículo 33 de la Ley de Matrimonio Civil, ya trascrito en nota *supra.*

enfermedades síquicas o físicas análogas, del cónyuge omitente – que a las claras impiden la realización del *débito conyugal* - pueden ser cualidades que eran desconocidas por su consorte al momento de celebración del matrimonio, las cuales al ser determinantes para prestar el consentimiento conyugal en relación al fin matrimonial de la procreación conjunta, constituyen un obstáculo para un consentimiento matrimonial libre y espontáneo, y por ende – ante el error como vicio del consentimiento – se conforma un capítulo de nulidad matrimonial[194].

Ahora, si el incumplimiento obedece a *culpa* o *dolo*[195] del cónyuge infractor puede ubicarse derechamente dicho quebrantamiento como una infracción de un deber matrimonial y configurarse una causal de divorcio culpable conforme al artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil[196].

Por último, pese a distinguir el denominado *deber de cohabitación*, diferenciándolo y ubicándolo foráneamente en relación al deber de fidelidad matrimonial, no por eso dejan de tener una conexión material evidente, toda vez que – tal cual señala el profesor AZPIRI – si no es posible la sexualidad con terceros, es lógico que esta deba cumplirse dentro del matrimonio[197]; de lo cual surgen inmediatamente dos cuestiones. La primera es la siguiente: cuando un cónyuge incumple culpablemente su *deber de cohabitación* ¿está el otro cónyuge obligado a continuar cumpliendo a su vez el deber de fidelidad? La segunda es: ¿qué pasa si uno de los cónyuges no cumple su deber de cohabitación ya no por una causa imputable a él, sino que por una enfermedad (como podría ser la impotencia) sobreviviente con posterioridad a la celebración del matrimonio?, es decir –en este último

---

[194] Las normas aplicables serían los artículo 44 letra b) y 8 Nº 2 de la Ley de Matrimonio Civil. En profundidad dichas sanciones para dichas hipótesis están planteadas en BARRIENTOS GRANDON, JAVIER; NOVALES ALQUÉZAR, ARÁNZAZU. *Op. cit,* pág. 172 y ss. Téngase presente, además, que dichos autores señalan que si la impotencia deriva de un trastorno psíquico podría ser de aplicación los artículos 44 letra a) y 5 Nº 3 de la misma ley, de cuyo mérito también se concluye la conformación de un capítulo de nulidad.

[195] Al exigir la imputación subjetiva a título de *dolo* o *culpa* se excluye las situaciones que justifiquen la negativa a cumplir dicho deber.

[196] Ya de antiguo, sin existir la referencia legal expresa al denominado *deber de cohabitación,* se incluía no obstante su incumplimiento como causal del ya pretérito *divorcio no vincular* en la antigua Ley de Matrimonio Civil, en su artículo 21 Nº 7, que establecía como causal la *"(…) resistencia a cumplir las obligaciones conyugales sin causa justificada".*

[197] AZPIRI, JORGE OSVALDO. *Derecho de…Op. cit,* pág. 124.

caso – no hay *culpa* del infractor, pero tampoco se puede alegar la nulidad por ser una situación que no es coetánea a su génesis, ¿debe acá el otro consorte persistir en el cumplimiento del deber de fidelidad matrimonial?. Sobre estas interrogantes volveremos más adelante a propósito del capítulo tocante a la imputación subjetiva en el cumplimiento e incumplimiento del deber en estudio.

3.- Soluciones posibles

Aclarado lo atinente al *débito conyugal* como presunta faceta positiva de la fidelidad conyugal, hemos de centrarnos en su aspecto indiscutido – aunque impreciso – en el derecho matrimonial chileno: su tradicional aspecto negativo, en cuanto se prohíbe a los cónyuges mantener relaciones sexuales con terceros. Según veremos la delimitación, restrictiva o extensiva en su caso, no es clara para nuestro ordenamiento debido al poco discurrir dogmático sobre el particular y lo escueto también de la jurisprudencia al respecto.

No obstante que de manera patente debe comprenderse siempre la lealtad sexual como contenido de la conducta exigida por el deber de guardarse fe, aún dentro de dicha interpretación surgen posiciones disímiles respecto a la extensión que debe imputarse como norma exigida a cada cónyuge en la esfera de lo sexual, de lo cual surgen las preguntas: ¿Hasta que punto debe exigirse una conducta de recato sexual a cada consorte respecto de personas diversas del cónyuge? ¿Se prohíbe y, en consecuencia, sanciona jurídicamente sólo la relación de cópula carnal con otra persona, o debemos entender que el deber de fidelidad matrimonial impide cualquier forma, modo, y manifestación sexual con persona diversa de con quien se mantiene el vínculo de conyugalidad? ¿Proscribe también, no ya sólo las efectivas relaciones sexuales con terceros, sino que también las conductas equivocas del cónyuge que hagan presumir su ocurrencia, o lo que es igual, se sanciona la denominada *infidelidad moral?* Todo se empantana más cuando existen autores que incorporan dentro del específico deber de fidelidad matrimonial aspectos que incluso superan el sólo ámbito de lo sexual

Pese a las diferencias en la doctrina en general, y a lo escueto que – en la especie – es la dogmática patria; creemos, sin embargo, que las soluciones posibles para lo atingente a la fijación de los límites de la conducta exigida a los cónyuges en virtud del deber de fidelidad puede resumirse en las siguientes posiciones que ha continuación se expondrán: a) una *restrictiva* que asimila el deber de fidelidad matrimonial con la mera prohibición del adulterio; b) una *intermedia* que, sobrepasando la sola proscripción del adulterio, se limita a prohibir actos de connotación sexual con terceros; y, por último, c) una más *amplia*, que se extiende más allá del ámbito meramente sexual. Sobre todas ellas daremos también nuestra personal opinión.

Veremos a continuación las soluciones posibles.

3.1.- Posición *restrictiva:* Referencia sólo al coito y asimilación de la infidelidad con el adulterio

La presente sería la interpretación más restrictiva de la conducta que se imputa como exigida a cada cónyuge en virtud del deber de fidelidad matrimonial derivado del vínculo conyugal. Consiste precisamente en entender dicho deber de guardarse fe como la exclusión de mantener relaciones sexuales con terceras personas, restringiéndose al *coito* como la conducta sexual proscrita para los cónyuges. En esta perspectiva sólo la realización del coito o cópula carnal por alguno de los cónyuges, con persona diferente de su marido o mujer, sería una conducta infractora o vulneradora de dicho deber.

La anterior es la opinión común en la dogmática chilena, produciéndose, por una parte, una confusión entre las denominaciones y conceptos de *infidelidad* y *adulterio*, y, por parte parte, identificando el *adulterio* como la realización del *coito* por parte de alguno de los cónyuges con persona diversa de su marido o mujer[198].

---

[198] En este sentido, entre otros, RAMOS PAZOS, RENE; *Op. cit; Derecho de…*; (2005); pág. 125; y *Derecho de Familia*. Editorial Jurídica de Chile, 2000, pág. 100, 101, y 119; *v.a.*ROSSEL SAAVEDRA, ENRIQUE; *Op. cit; Manual de Derecho de Familia*, pág 80; y SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL; *Op. cit; Derecho de Familia*; Tomo I; pág. 134.

En efecto, la ley se preocupa, desde antiguo, en realizar una definición de adulterio en lo que podríamos entender una interpretación de origen de lo que puede entenderse como infracción del deber de fidelidad matrimonial, estando definido, actualmente, en razón del hombre casado que *yace* con mujer que no sea su cónyuge y de la mujer casada que *yace* con hombre que no sea su marido; por lo cual, para responder incluso respecto de que debemos entender por adulterio, hemos de atender al significado atribuible a la locución "*yacer*", que en nuestro derecho nacional ha sido entendida tradicionalmente como realización de cópula carnal, es decir la materialización del coito. En este sentido, han sido, los penalistas quienes mayormente han discurrido sobre la extensión y comprensión de contenido del vocablo *yacer* en el derecho chileno, concluyendo que a lo menos se corresponde con la realización de la cópula sexual por vía vaginal, existiendo autorizadas opiniones dentro de los penalistas chilenos en extender el concepto a las denominadas *cópulas anormales,* que incluyen la cópula oral o *fellatio in ore*, y la cópula anal[199], frente a lo cual debe tenerse en cuenta que, por una parte, de antiguo el Código penal utilizaba la voz *yacer* para fijar el verbo rector tanto en la pretérita tipificación del delito de violación como en el ya derogado delito penal del adulterio; y, por otra parte, desde la ley 19.617 del año 1999 – y sin perjuicio de haberse derogado el adulterio como delito penal el año 1994 con la ley 19.335 del 23 de septiembre del año 1994 – se reemplazó la locución *yacer* por la expresión *acceso carnal,* incluyéndose la vía vaginal, anal y bucal, resolviendo definitivamente la determinación precisa – de señera importancia en sede penal – de la antigua denominación *yacer* [200].

Ahora bien, ya en sede civil es sabido que originalmente no se encontraba claramente definido el adulterio para los efectos de esta rama del derecho, de lo cual surgía la cuestión de la aplicabilidad del concepto utilizado en el ámbito del derecho punitivo, habida consideración, en añadidura, del tratamiento desigual entre los cónyuges que establecía el ya

---

[199] ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, ALFREDO *Op. cit,* págs. 56 y ss.

[200] *Vid.* RODRÍGUEZ COLLAO, LUÍS. *Delito…Op. cit;* págs 138-139.

derogado artículo 375 del Código Penal[201]. En este aspecto, la jurisprudencia fue vacilante[202], sosteniendo primeramente que el adulterio debe entenderse como "*la violación de la fe conyugal cometida por cualquiera de los cónyuges, y no lo que define el Código Penal* (…)", no obstante existir voto especial disidente que sostiene que "*la definición para lo criminal debe también ser aplicado para lo civil, ya que el legislador no ha distinguido entre uno y otro caso*"[203], no obstante, años más tarde, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Talca estableció con detalles las diferencias entre el adulterio penal y el adulterio civil[204], básicamente sosteniendo que el concepto de adulterio penal no es aplicable directamente al ámbito civil, no obstante los hechos configurativos de la relación adúltera – consistente en el yacimiento en cuanto cópula carnal – son idénticos en ambas ramas, pero en sede penal las sanciones son más severas y, por ende, los requisitos son mayores por cuanto, en el caso del marido, se exigía que su manceba fuese casada, lo cual no era menester en lo civil, ya que en este último caso era aplicable el antiguo artículo 37 del Código Civil[205].

---

[201] El derogado artículo 375 del Código Penal rezaba, en lo pertinente, (sic) "*Cometen adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido y el que yace con ella sabiendo que es casada, aunque después se declare nulo el matrimonio*"; siendo pertinente también el amancebamiento previsto en el derogado artículo 381 del Código Penal que establecía, en lo atingente: "*El marido que tuviere manceba dentro de la casa conyugal, o fuera de ella con escándalo, será castigado…".*

[202] *Vid.* SEPULVEDA HAUGEN, DAGNY. *Jurisprudencia de los tribunales chilenos sobre divorcio: 1885-1992*. Memoria de licenciatura, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 1998, págs. 32 y ss.

[203] *Gaceta de los Tribunales*, año 1898, T. II, s 2158, pág. 1633.

[204] *Gaceta de los Tribunales*, año 1907, T. I, s. 727, pág. 93.

[205] Sucintamente podemos decir que dicha sentencia argumentaba que, si bien los hechos básicos eran idénticos (yacer), el adulterio penal es distinto del adulterio civil. Argumentaba que del artículo 37 del Código Civil (derogado por la ley Nº 5.750 del 2 de diciembre de 1935) - que establecía que era hijo adulterino el concebido en adulterio, esto es, entre dos personas de las cuales una a lo menos, al tiempo de la concepción, estaba casada con otra - se desprendía que también cometía adulterio el marido que tenía relaciones con mujer soltera, lo cual se contradecía con el tenor de la definición dada por el derogado artículo 375 del Código Penal. Sostiene el fallo que, para armonizar las disposiciones, del artículo 37 del Código Civil se puede desprender la definición de adulterio en general y del Código Penal se define el adulterio específicamente como delito, alzaprimando a lo menos en sede civil el principio de igualdad de los cónyuges. Posteriormente, en otra sentencia de la misma Corte, en igual sentido y reproduciendo además los mismos argumentos enunciados, agrega que (sic) "*siendo el adulterio la violación de la fe conyugal y estando en el matrimonio obligados los cónyuges a observar mutua fidelidad, no procede establecer diferencia entre el marido y la mujer y este principio legal que consagra la igualdad de ambos cónyuges, convence de que comete adulterio civil no sólo la mujer casada que yace con varón que no sea su marido sino también el hombre casado que yace con otra mujer que la suya, sea ésta casada o no"*; sobre éste último fallo *Vide Gaceta de los Tribunales*, año 1911, T. II, s. 802, pág. 86.

Con todo, hemos de dar por cierto que el adulterio civil – que continúa utilizando, ahora ya expresamente, la locución *yacer* – se basa en la antigua concepción de entender dicha expresión como la realización de la cópula sexual, tal cual también fue entendido en sede penal; siendo en este sentido que la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso, en una sentencia del año 1955, estableció que en lo criminal, como en lo civil, "*el adulterio es un mismo y solo hecho*", con la única diferencia, en materia penal, de no ser sancionado el adulterio del marido sino cuando se cumplieran los requisitos del Código Penal, concluyendo que el adulterio "*es el acto por el cual el hombre o la mujer casados yacen con mujer o varón que no sean el respectivo cónyuge, toda vez que la palabra en cuestión así definida por el legislador en el artículo 375 del Código Penal, y porque el artículo 20 del Código Civil tiene dispuesto que sobre el sentido natural y obvio de las palabras de la ley, según su uso general de las mismas en que han de entenderse para su debida interpretación, prevalecen su significado legal cuando el legislador las haya definido expresamente"*[206]. Como se puede apreciar, a similar conclusión respecto del contenido de la denominación *yacer,* se podía alcanzar utilizando la regla de interpretación de la ley establecida en el artículo 20 del Código Civil, en cuanto dispone que las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, siendo este – en nuestra cultura – el de la cópula carnal.

La presente posición que se restringe a identificar la infracción del deber de fidelidad matrimonial con el adulterio, parece ser armónica - como fundamentación y finalidad del citado deber - con la proscripción y disvalor de la *turbatio sanguinis.* En este fundamento del deber de fidelidad – que en esta opinión prohíbe el adulterio entendido como ayuntamiento carnal con terceros -, se persigue evitar la confusión acerca de la paternidad de los hijos[207], ante lo cual se cumple dicho *telos* o fin con la exclusión del acceso

---

[206] *Vid.* SEPULVEDA HAUGEN, DAGNY, *Op. cit;* pág 37, y *v.a. Revista de Derecho y Jurisprudencia*; T. 52, 2ª parte, sec. 1ª, págs 258-267.

[207] En este sentido el profesor MEZA BARROS sostenía – ya no sólo como fundamento del deber de fidelidad matrimonial, sino que como fundamento de la desigualdad de trato entre marido y mujer – "*La desigualdad en la represión del adulterio se justifica sobradamente. Los hijos del marido adúltero no ingresan a la familia y son extraños para la mujer; los de la mujer adúltera se presumirán hijos legítimos del marido-. El adulterio de la mujer, pues, tiene consecuencias mucho más graves. Socava la base en que descansa la familia legítima: la presunción pater is est quem nuptiae demostrant";* agregando más adelante que "*la ley penal mira al adulterio desde un punto de vista social, y*

carnal con persona diversa del cónyuge[208]. Resulta interesante destacar tanto que dicha fundamentación explicaría que no se incluya en la definición legal de adulterio las relaciones sexuales con personas del mismo sexo[209]; y tanto que podría sostenerse –a mayor reducción – que bastaría, para cumplir dicho fin, restringir el adulterio sólo a la cópula vaginal, exigiendo incluso, para configurar el ilícito, que exista *inmissio seminis*[210].

3.2.- Posición *intermedia*: Referencia a cualquier acto sexual de entidad

En una posición que podríamos definir de intermedia, se puede sostener que las conductas conyugales infractoras del deber de fidelidad matrimonial sobrepasan la restrictiva realización del ayuntamiento carnal con terceros, exigiéndose, eso si, la connotación sexual del comportamiento ilícito del cónyuge infractor. En esta explicación, el adulterio sería una manifestación de infidelidad conyugal, quizá la más grave pero no la única, generándose así una relación de género a especie, en donde la infidelidad sería lo general mientras al adulterio se constituiría como una conducta específica dentro de la primera.

En el sentido anterior, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso estableció que el adulterio – incoado en cuanto causal del derogado divorcio relativo perpetuo – se refiere "*a un hecho específico, no a la simple infidelidad conyugal que comprende una variedad de actos vituperables de los*

---

es claro que reviste mucho mayor trascendencia el que comete la mujer, que pone en tela de juicio la filiación de los hijos". MEZA BARROS, RAMÓN. *Manual de Derecho…Op. cit,* pág. 85 y 143.

[208] Recordemos que hasta la ley 19.585 existía un expreso disvalor de los hijos fuera del matrimonio, tanto del marido como de la mujer. Parece ser que con la referida ley 19.585, y en particular con la actual igualdad de trato jurídico de todos los hijos, ya carece de armonía axiológica sostener la proscripción de la *turbatio sanguinis* como fundamento del deber de fidelidad matrimonial; aunque podría replicársenos que la procreación de hijos comunes como *fin* del Matrimonio aún defiende dicha tesis.

[209] Según ya advertimos *supra,* por el texto literal del actual artículo 132 del Código Civil, tanto la *mujer casada* que yace con *mujer*, como el *hombre casado* que yace con *hombre* (terceros que, evidentemente en nuestro sistema matrimonial, no podrían ser ni marido ni mujer del hombre o mujer casada respectivamente, debido a que por definición el matrimonio en Chile es entre hombre y mujer quedando proscrito, por ahora, la conyugalidad entre personas del mismo sexo), no cometerían adulterio

[210] Descartándose como conducta adúltera cualquier relación sexual diversa de la cópula vaginal, también el *coito vestibular*, e incluso el mero *inmissio penis* sin eyaculación.

cónyuges y que pueden constituir otras tantas causales de divorcio, temporal o perpetuo"[211]. En sentido similar, conociendo de un recurso de casación en el fondo contra la sentencia precitada y respaldando lo fallado por la Corte de Apelaciones, la Excelentísima Corte Suprema, en sentencia de agosto del año 1955, respalda la doctrina descrita en cuanto a que la denominada *violación de la fe conyugal,* sin precisarla, que no tenga realización en el hecho específico de que el hombre o la mujer casados yazgan o tengan ayuntamiento carnal con mujer o varón que no sea el respectivo cónyuge, no constituye adulterio[212].

Como fundamento de texto legal expreso para sostener la presente distinción, tenemos que considerar que el artículo 132 del Código Civil señala al adulterio sólo como ***una*** *grave infracción del deber de fidelidad que impone el matrimonio*, dando pie para sostener que, al ser sólo una infracción posible, existan conductas no constitutivas de adulterio que importe o signifiquen "***otras***" vulneraciones al deber de fidelidad matrimonial diversas del citado instituto del adulterio, por lo que la descripción legal sobre el contenido del comportamiento conyugal que configuraría adulterio podría dejar de lado acciones u omisiones conyugales que, si bien no sean adulterio, pueden perfectamente atentar contra el deber más genérico de guardarse fe[213].

En abundamiento, la presente posición resulta más armoniosa tanto desde el punto de vista de la armonía axiológica de nuestro derecho matrimonial, como desde el prisma de la coherencia lógica del mismo. Pues por propia disposición normativa expresa el adulterio constituiría una infracción *grave* del deber de fidelidad, y por ende las otras conductas lesivas de la fidelidad entre cónyuges, importan infracciones con un menor injusto que el citado adulterio; de lo cual puede explicarse que existan sanciones

---

[211] *Vid.* SEPULVEDA HAUGEN, DAGNY, *Op. cit;* pág 36-38, y *v.a. Revista de Derecho y Jurisprudencia*; T. 52, 2ª parte, sec. 1ª, págs 258-267.

[212] En la misma línea de distinguir el adulterio de la mera infidelidad conyugal, sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago del 19 de agosto del año 1985. *V. Revista de derecho y Jurisprudencia;* T. 82, 2ª parte, sec. 2ª, pág 99.

[213] Entre otras situaciones, podemos desde ya adelantar que esta interpretación, podría incluirse como una conducta atentatoria del deber de fidelidad matrimonial diversa de adulterio, el ayuntamiento carnal con persona del mismo sexo.

legales específicas para el solo caso de adulterio[214], debido –justamente – al mayor disvalor legislativo. En este sentido, y para guardar armonía, debido al mayor disvalor del adulterio, ha de entenderse que cuando la propia ley excluye la alegación del adulterio como infracción de los deberes matrimoniales, tampoco – *ad fortiori* – cabe la alegación de otras conductas lesivas del deber de guardarse fe conyugal de menor gravedad[215].

De antemano manifestamos que, por las razones expuestas, adherimos a esta posición intermedia como la más acertada para nuestro derecho matrimonial vigente, reservando para especificar más adelante los requisitos que deberían exigirse a las conductas quebrantadoras del deber de fidelidad matrimonial.

3.3.- Posición *amplia* del deber de fidelidad: vinculación con el Principio de buen a fe.[216]

Entre los autores nacionales y pese a no existir una norma positiva expresa, se sostiene que la *bona fides* es un principio del derecho integrador e informador de todo el plexo de normas jurídicos existente en nuestro

---

[214] A modo de ejemplo, tenemos de antiguo que el adulterio como causal expresa de *divorcio relativo* (además de estar en el primer numeral del artículo 21 de la derogada Ley de Matrimonio Civil, que podría obedecer incluso a un mero acaso y no a una ordenación valorativa) se configuraba como capítulo de *divorcio perpetuo*, a diferencia de la mera infidelidad conyugal que, al poder incorporarse o incluirse en el número 7 del artículo 21 de la antigua Ley de Matrimonio Civil, sólo generaba una causal de *divorcio temporal*. Ya en la nueva Ley de Matrimonio Civil, a propósito del *divorcio vincular,* con la concurrencia de adulterio, por ser una infracción *grave* del deber de fidelidad matrimonial, de suyo se cumple con el requisito de *gravedad* exigido en el denominado *divorcio sanción.* En el ámbito del Código Civil, el artículo 172 aplica como sanción la *revocación de las donaciones* sólo para el adulterio y no para la infidelidad en general.

[215] Así verbigracia, cuando el inciso segundo del artículo 26 de la Ley de Matrimonio Civil establece que "*No podrá invocarse el adulterio cuando exista previa separación de hecho consentida por ambos cónyuges* – por una razón de fuerza, y para guardar coherencia axiológica – debemos entender que menos aún pueden alegarse otras infracciones del deber de fidelidad matrimonial de menor entidad o gravedad.

[216] Sobre el principio de buena fe en el derecho nacional *Vide.* GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO. *La buena fe en el Código Civil de Chile,* contenido en *Estudios dogmáticos de derecho civil.* Ediciones Universitarias de Valparaíso; Pontificia Universidad de Valparaíso; 2005, págs. 85-99; y FUEYO LANERI, FERNANDO. *El principio general de la buena fe o el principio de la buena fe como integrador y creador de conductas, normas, y decisiones,* contenido en *Instituciones de Derecho Civil Moderno.* Editorial Jurídica de Chile, 1990, págs. 139-170.

ordenamiento[217]. Es en esta opinión, que el profesor FUEYO LANERI sostiene que (sic) *"Si nos atenemos simplemente a la noción del derecho, al deber general de obrar con arreglo a la corrección, a la tutela plena que el ordenamiento jurídico brinda a toda clase de derechos patrimoniales o extramatrimoniales, a la moral como ciencia y arte de lo bueno y lo malo, y a tantos otros valores de alto nivel, pronto comprenderemos que el principio general de la buena fe está involucrado y penetra el ordenamiento jurídico de cualquier nación",* señalando también que *"dentro del orden jurídico general, y tendiente a fijar la eficacia de las normas, los derechos deberán ejercitarse o exigirse conforme a las exigencias del principio general de la buena fe (…)",* agregando que *"el principio general de la buena fe se dirige decididamente hacia la conducta del hombre, para controlarla, regularla, morigerarla, valorarla, y restringirla, según los casos"*[218].

Sabidas son las referencias expresas y específicas que nuestro Código Civil –al igual que otros cuerpos legales – hace tanto de la denominada *buena fe subjetiva* o *buena fe- creencia,* como de la *buena fe objetiva,*[219] entendiendo por la primera el conocimiento, creencia, o convicción errónea de una persona, sobre su propia conducta o modo de obrar, de cuyo mérito cree que lo está haciendo con arreglo a derecho y sin agravio a tercero[220]; y por la segunda como *un estándar jurídico, un patrón de conducta indicativo de la orientación que el derecho pretende dar al individuo en sus relaciones individuales*[221], sin perjuicio de poder sostenerse –entre nosotros por el profesor GUZMÁN BRITO – la unidad existente entre la buena fe objetiva y la buena fe subjetiva[222]

---

[217] En países como España y Suiza existen formulaciones positivas generales al efecto, tales como: *"los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe",* y *"Todos deben ejercer y cumplir sus obligaciones de acuerdo con las reglas de la buena fe".*

[218] FUEYO LANERI, FERNANDO. *Op. cit; Instituciones…;* págs 144-145, y 158-159.

[219] Entre otras disposiciones encontramos los artículos 700, 704, 706, 1546, 1576, 2295 en relación con el 2299, 2300, 2302, etc.

[220] *Vid.* FUEYO LANERI, FERNANDO. *Op. cit; Instituciones…;* págs 153 y ss.

[221] Definición dada por una sentencia argentina, citada en FUEYO LANERI, FERNANDO. *Instituciones…Op. cit;* pág. 159. Podemos agregar los aciertos del profesor GUZMÁN BRITO, quien señala que *la buena fe objetiva queda adecuadamente caracterizada también como "normativa", en cuanto se la concibe como un paradigma con el cual se contrasta la conducta de un agente negocial*; GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO. *Estudios dogmáticos de…Op. cit*; pág. 97.

[222] Sobre la unidad de ambas facetas de la *bona fides, vide* GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO. *Estudios dogmáticos de…Op. cit*; pág. 97-99.

Si bien las manifestaciones específicas de la buena fe se encuentran principalmente en el ámbito del derecho patrimonial, debe considerarse que al configurarse la *bona fides* no ya sólo como un elenco de normas positivas para institutos específicos, sino que en un principio jurídico de aplicación general que se encuentra insito en cualquier ordenamiento sin necesidad de consagración explícita, es totalmente aplicable al derecho matrimonial y en particular a los deberes que de dicho vínculo de conyugalidad derivan[223].

De lo dicho, y ya en relación del deber matrimonial en estudio, puede entenderse que entre nosotros autores como BARRIENTOS GRANDON y NOVALES ALQUÉZAR, señalen que el deber de fidelidad matrimonial, en cuanto a su contenido, se expande más allá de lo referido a la fidelidad sexual, extendiéndose a todos los ámbitos de la vida, más aún que el término o locución "*fidelidad*" - que de suyo no tiene un exclusivo sentido sexual, que se vierte en la conducta de guardarse fe recíprocamente, en la relación intersubjetiva de conyugalidad - importa una actitud de lealtad, u observancia de la fe recíproca, lo cual se extiende a todas las esferas de la comunión de vida entre marido y mujer, siendo el adulterio sólo una manifestación de infracción del deber de fidelidad matrimonial en el reducido ámbito de la lealtad sexual, pudiendo, de esta manera, existir otras infracciones del deber de guardarse fe diversas del adulterio que, inclusive, se pueden extender a aspectos de la vida relacional matrimonial diversos de lo acotado sólo a lo sexual[224]. En efecto, la misma ley en la norma establecida en el artículo 131 del Código Civil utiliza la locución *"guardarse fe"* que es sugestiva en cuanto a su vinculación con el principio general de la *bona fides,* imponiéndose de esta manera a los cónyuges la exigibilidad de un

---

[223] Recordemos que a nivel positivo, de antiguo existen referencias concretas de la buena fe en el derecho **extrapatrimonial** chileno: Así podemos citar el rol de la *buena fe* en el *matrimonio putativo* que recogía el suprimido artículo 122 del Código Civil, y que ahora se ubica en el artículo 51 de la Ley de Matrimonio Civil.

[224] Dichos autores señalan: "…*este deber de guardarse fe no sólo se estrecha en lo angostos límites de la fidelidad sexual, sino que se proyecta en todos los ámbitos de la vida en común, y en todas las circunstancias de la vida, supuesto que guardarse fe conyugal implica fidelidad, y ésta no es más que la lealtad, observancia de la fe que alguien debe a otra persona, la que no aparece determinada solamente por la naturaleza y fines de la institución matrimonial, y, por ende, se extiende a todos los ámbitos en los cuales se proyecta la comunidad de vida entre marido y mujer*". *V.* BARRIENTOS GRANDON, JAVIER; NOVALES ALQUÉZAR, ARÁNZAZU. *Op. cit.*, págs. 284-285.

estándar de conducta que rebasa el estricto y reducido ámbito de la lealtad sexual.

Esta concepción amplia, acerca del contenido de la conducta exigida a los cónyuges en virtud del deber de fidelidad matrimonial, podría abarcar la denominada, en doctrina, *infidelidad moral,* que se constituyen cuando del comportamiento de un cónyuge –sin que éste mantenga efectivamente relaciones sexuales con terceros – surjan sospechas de que está violando el deber de fidelidad matrimonial, es decir, cuando mantiene con tercero "*relaciones equívocas"* que constituyen muestras de afecto y cariño que rebasan el mero vínculo de amistad; y de esta manera se hará pensar al otro consorte, ante esta conducta impropia, que si todavía no se concreta el adulterio se está en camino de hacerlo[225], ya que, pese a no realizarse materialmente una relación sexual con un tercero[226], cumpliéndose con cierto requisito de gravedad y ante una efectiva lesividad a los estándares de conducta conyugal imperante en una comunidad jurídica determinada, se vulneraría la *bona fides coniugale*. También podrían incluirse otras conductas, alejadas de la lealtad sexual, que atenten contra la buena fe que deben guardarse los consortes; pudiendo imaginar como ejemplos, el hecho de que uno de los cónyuge ventile públicamente información íntima respecto de su coparte, tanto de su esfera privada atingente a lo sexual como acerca de cualquiera otra materia, o divulgar las corrientes conversaciones reservadas que se tienen dentro de la comunión y confianza matrimonial, o en general realizar cualquier conducta que se encuadre dentro de *conductas injuriosas graves* entre los cónyuges[227].

---

[225] Sobre la *infidelidad moral,* por todos, *vide* AZPIRI, JORGE OSVALDO. *Juicios de divorcio vincular… Op. cit*, pág. 85.

[226] De ahí que la denominada *infidelidad moral* se opone a la *infidelidad material.*

[227] Para AZPIRI, citando un fallo de la Cámara Civil Argentina, las *injurias graves* son "*toda especie de actos intencionales, ejecutados de palabra, por escrito, o por hechos, que constituyan una ofensa para el esposo, ataquen su honor, su reputación o su dignidad, hiriendo sus justas susceptibilidades*"; señalando como ejemplos: la difamación o imputación pública de conductas deshonrosas, los insultos reiterados, el ocultamiento de enfermedades graves, el acometimiento de vejámenes tales como violación de la correspondencia, la intromisión no autorizada en la computadora personal o en la documentación privada, una actitud despectiva, etc. AZPIRI, JORGE OSVALDO. *Juicios de divorcio vincular…Op. cit*, págs.77 y ss. *V.a.*BARBADO, ANALIA R. *Las Causales de Divorcio. Selección de Jurisprudencia.* Editorial Ad hoc. 1992, págs. 37 y ss.

La crítica que puede efectuarse a esta posición *lata* o extensiva acerca del contenido del deber de fidelidad matrimonial consiste en que, en el derecho matrimonial chileno, los comportamientos atentatorios contra el *estándar de conducta* que impone el principio general de buena fe imperante también en las relaciones matrimoniales quedan subsumidas por el más genérico *deber de respeto* que impone el artículo 131 del Código Civil. Pese a que desde antiguo, y con la sola definición de matrimonio, el respecto entre los cónyuges estaba claramente causado y determinado por el fin del bien de los cónyuges expresado en el *auxilio mutuo*,[228] debe considerarse que sólo a partir de la ley 18.802 se incorporó al texto del Código Civil expresamente el *deber de respeto recíproco*. Resulta armonioso sostener que es el respeto conyugal recíproco el deber más genérico que puede comprender todas las conductas lesivas realizadas en la vida matrimonial que sobrepasen el contenido sexual inherente al deber de fidelidad matrimonial, ya que es la forma de dar utilidad interpretativa a la incorporación expresa del deber de respeto en coexistencia con el deber de guardarse fe, habida cuenta de que las normas deben ser interpretadas en el sentido que sean útiles[229].

4.- Requisitos comunes a cualquier conducta que sea imputada como infracción al deber de fidelidad matrimonial: nuestra posición

Como ya se insinuó anteriormente, respecto al contenido de la conducta exigida a los cónyuges en mérito del deber de fidelidad matrimonial, adherimos a la posición intermedia, ya expuesta, que sucintamente sostiene que no procede asimilar la infidelidad con el adulterio, ya este último solamente es una especie de infracción al deber de guardarse fe conyugal, infracción grave, pero no la única; no obstante lo cual las conductas que se adecuan a una infracción del deber en comento

---

[228] *V*. BARRIENTOS GRANDON, JAVIER; NOVALES ALQUÉZAR, ARÁNZAZU. *Op. cit.*, pág. 290.

[229] Es el propio AZPIRI – en el derecho argentino – quien sostiene que pese a no estar positivamente recogido el *deber de respeto recíproco*, éste se desprende en el derecho matrimonial, siendo dicho deber respecto del cual cobra mayor importancia las denominadas *injurias graves* cometidas entre los cónyuges, de manera que todas las conductas configurativas de injurias graves, que atentan contra el estándar de conducta en la vida matrimonial, atentaría contra el *deber de respeto recíproco*. AZPIRI, JORGE OSVALDO. *Juicios de divorcio vincular…Op. cit*, pág. 79.

deben restringirse al ámbito de la lealtad sexual, ya que el deber personal matrimonial que sirve de deber genérico - y en el cual se encuentra insito un *estándar de conducta* exigible a los cónyuges en virtud del *principio general de la buena fe* aplicado a la vida relacional matrimonial – es el *deber de respeto recíproco*.

Con todo, para evitar una extensión desmedida del deber de fidelidad matrimonial en colación, y para así alzaprimar el principio de *seguridad jurídica* que debe campear en todo ordenamiento jurídico para resguardar decisiones informadas y libres, es menester discurrir sobre cuales serían los requisitos objetivos, racionales, y ciertos de toda conducta conyugal que se impute como ilícita o antijurídica por quebrantar el deber referido. Veamos, a modo de opiniones dogmáticas propias, las exigencias a que pueden someterse los comportamientos conyugales para constituirse en conductas infractoras del citado deber personal.

4.1.- La conducta debe ser externa

Según se manifestó anteriormente, debemos destacar -sea cual sea la posición que adoptemos referente a la conducta exigida por la norma - que toda trasgresión o quebrantamiento del deber de fidelidad matrimonial debe consistir siempre y necesariamente en **conductas externas** del cónyuge infractor, habida cuenta que centrando el análisis en el deber de fidelidad matrimonial en cuanto imperativo de conducta derivado de una norma de orden jurídico - no obstante que otros ordenes normativos diversos al jurídico también prescriban dicho deber - exige entender que existe infracción del reseñado deber si y sólo si se concretan en la vida conyugal conductas *exteriores* del cónyuge que vulneren lo prescrito por dicha norma de orden jurídico. El derecho no está llamado, *primae facie*, a la regulación del ámbito meramente interno, íntimo, o estrictamente subjetivo de las personas o individuos, sino que su destino es, por regla, la regulación de la vida en sociedad mediante la prescripción y proscripción del comportamiento externo de los vinculados por su imperio o fuerza obligatoria, y de ahí que, a lo menos jurídicamente, no proceda realizar un

reproche ni aplicar sanción jurídica alguna por pensamientos o ánimos de fuero interno que puedan colisionar con el contenido del deber exigido jurídicamente; pues serán otros los ordenes normativos que cumplan dicha labor reguladora de la conducta del individuo en cuanto meras disposiciones o pensamientos internos que no tienen una repercusión externa en el mundo en sociedad[230], pero la aplicación del derecho como orden normativo vinculante y sancionatorio debe siempre ser limitado en su aplicación a las conductas externas y trascendentes en la vida de relación[231].

4.2.- La conducta debe consistir en un contacto físico con tercero

Evidentemente, no basta exteriorización o despliegue externo de una conducta conyugal - incluso aún cuando tenga matices eróticos o lascivos sin la intervención de la coparte - para entender que nos encontramos ante una infracción del deber de fidelidad matrimonial.

En efecto, el comportamiento exteriorizado por el respectivo cónyuge en la vida en sociedad debe consistir en un contacto físico con una tercera persona diversa del cónyuge, es decir, debe concurrir una real aproximación corporal con un tercero. De esta manera podemos cerrar así filas en la exigencia de un uniforme criterio de entidad objetiva de la infracción; lo que permite, racionalmente, excluir un elenco de posibles e imaginables conductas de ribetes sexuales como presuntas infracciones jurídicas del deber de guardarse fe conyugal. De este modo, a manera de

---

[230] Como ya expusimos, el derecho como orden normativo, o al menos un derecho *hic et nunc* que se precie de liberal o respetuoso de la individualidad de los diversos componentes de la comunidad que es destinataria de su imperio, debe contenerse o limitarse a la regulación de conductas externas de significación interindividual y verdaderamente atentatorias o insoportables para la convivencia social.

[231] De lo anterior se desprende, a manera de ejemplo, que la denominada *infidelidad sentimental,* entendida como los meros afectos o sentimientos en favor de terceros que no cobren concreción en la vida relacional del mundo social no puede configurarse como incumplimiento del deber de fidelidad matrimonial en tanto deber de orden jurídico. Podríamos agregar, también a modo ejemplar, que el mero pensamiento adúltero de un cónyuge, como podría ser la interna apreciación estética lasciva, o los primitivos, pero íntimos, deseos carnales copulares, hacia una persona diversa de su cónyuge no podría dar pie para sostener incumplimiento de deber jurídico alguno, ya que no estaríamos ante conductas trasgresoras *exteriorizadas* del respectivo cónyuge.

ejemplos, quedan marginados como hipótesis de hecho configurativas del ilícito en cuestión, tanto conductas que no impliquen *contacto con terceros*, como la masturbación, la utilización de juguetes sexual o de cualquier objeto inanimado que sea remedo del pene o de cavidades copulables, la lectura o recepción de literatura o imágenes eróticas, y el autoerotismo en general; como también se excluyen los vínculos con terceras personas que no lleguen a materializarse en un *contacto físico* o *real aproximación corporal*, tales como conversaciones lascivas por vía telefónica o por mensajería instantánea[232], e incluso la realización de conductas eróticas por sistema de contacto visual a distancia como las cámaras *web*[233]. Las últimas conductas descritas, cuando existe *contacto con un tercero* que no llega a concretarse en una *aproximación corporal o contacto físico real*, podría eventualmente configurar una infracción al *deber de respeto recíproco*, pero no un quebrantamiento del deber de fidelidad matrimonial, no obstante lo cual – con los antecedentes del caso concreto, tales como la habitualidad, el mayor o menor injusto, etc. – igualmente deben satisfacerse los requisitos de gravedad o entidad.

4.3.- La conducta debe ser de connotación sexual

Como se manifestó oportunamente, el deber de fidelidad se vincula necesariamente con la exclusión de actos de índole o connotación sexual con personas diversas al cónyuge.

Lo anterior no es una mera obviedad o conclusión de perogrullo. Por una parte incluye todas las conductas de *connotación sexual* que un consorte puede tener con persona diversa del cónyuge, incluyendo por supuesto la cópula sexual o ayuntamiento carnal en todas sus variedades, pero también comprendiendo las relaciones sexuales con terceros que sean diversas al yacimiento con tercero, tales como la masturbación recíproca, la cópula vestibular, el ayuntamiento sexual homosexual, y en general toda conducta

---

[232] La búsqueda de vida social en los servicios de *chat* o conversación electrónica instantánea es hoy por hoy una práctica, sino habitual, a lo menos bastante generalizada, incluso en gente casada. Muchas veces con una mera intención lúdica.

[233] En lo que hoy suele denominarse *"sexo virtual o a distancia"*.

que quede comprendido dentro del ámbito de los sexual[234]. Por otra parte se excluye dentro de este específico deber la extensión a conductas que sobrepasen el ámbito de lo sexual, discrepando de lo sostenido, entre nosotros, por los profesores BARRIENTOS GRANDON y NOVALES ALQUÉZAR, no por que creamos que el principio informador general de la *bona fides* nada tenga que hacer en lo referido a la lealtad sexual, sino por cuanto la exigencia a los cónyuges de un estándar de lealtad consorcial más allá de lo sexual queda, hoy por hoy, comprendido dentro del *deber de respeto recíproco* incorporado exprofesamente por la ley 18.802.

4.4.- La conducta debe ser de entidad objetiva

Dado lo antedicho acerca de la restricción al ámbito de lo sexual de las conductas lesivas del deber de fidelidad matrimonial, debemos también tener presente que no por eso podemos imputar cualquier comportamiento que revista apariencia o tinte de lascivo o voluptuoso como vulnerador del deber de marras.

Engarzado con lo expuesto acerca de la vinculación material entre el *deber de respeto recíproco* y el *deber de fidelidad*, por cuanto ambos deberes personales están integrados e informados por el principio general de buena fe aplicado a las relaciones matrimoniales, hemos de tener presente – precisamente – que dicho *estándar de conducta* imperante en la relación de conyugalidad implica la exigencia objetiva de conductas propias de un *hombre medio* utilizado como parámetro o punto de parangón para la valoración del comportamiento concreto de cada consorte. De lo dicho se colige que, en lo referido a la fidelidad sexual, se debe cumplir con un requisito de *entidad objetiva* que importe la exigencia de un comportamiento

---

[234] No desconocemos lo difícil que es muchas veces calificar de sexual o no una conducta límite. Sobre este obstáculo el profesor RODRIGUEZ COLLAO con lucidez nos dice que "*el de lo sexual, en realidad, es un terreno extremadamente ambiguo, carente de unas fronteras precisas y delimitadas, de modo que aquello que para una persona muy inhibida en su comportamiento cabe dentro del ámbito de lo sexual, puede que no quede comprendido dentro de este mismo campo para otro sujeto que lleve una conducta de mayor desinhibición. Incluso, paradójicamente, para las personas más castas el ámbito de lo sexual puede ser más restringido que para alguien de mayor experiencia (porque éste a lo mejor considera parte de un juego sexual cosas que el más casto jamás vincularía con el ejercicio de una actividad de esa índole)".* RODRIGUEZ COLLAO, LUIS. *Op. cit;* págs. 200-201.

y lealtad sexual que se haría a un *hombre medio* de acuerdo a los cánones sexuales vigentes en una sociedad determinada, de guisa que se debe ponderar la conducta conyugal de acuerdo a parámetros objetivos, exigiendo, para concluir que una conducta es infractora del deber en colación, un despliegue físico con una acercamiento sexual con persona diversa al cónyuge, que sea apta para excitar el instinto sexual de un *hombre o persona media*, según las pautas sexuales vigentes en la comunidad de que se trate y en cual se realiza el concreto juicio de valor. La connotación sexual ha de determinarse, para resguardar la seguridad jurídica, tomando como antecedentes parámetros objetivos, considerando la acción del cónyuge presuntamente infractor en cuanto concordante con aquellos que *generalmente* y aplicado idealmente a un *hombre medio* puede estimular el apetito sexual.

Lo anterior permite la evolución dinámica del deber de fidelidad matrimonial, ya que su relación material con la *bona fides* en el ámbito de la lealtad sexual, sumada a la exigencia descrita de *entidad objetiva,* permite que el deber reseñado vaya adecuándose a los cambios de los parámetros sociales en la esfera de lo sexual, a las transformaciones de las pulsaciones axiológicas o valorativas de la sociedad toda, y a la moral social imperante en nuestra comunidad jurídica[235].

Del requisito enunciado, se desprende que conductas que eventualmente pueden considerarse de índole lascivo o incluso que hagan sólo presumir tal naturaleza, pero que carezcan de entidad o grado de connotación necesaria para entender que un *hombre medio* realiza actos aptos para la estimulación del instinto sexual dentro de las normas de cultura de una comunidad determinada, no debe considerarse jurídicamente como infractora del deber de fidelidad matrimonial; de modo que, por ejemplo, un saludo de beso efusivo, un abrazo, e incluso las meras caricias en zonas diferentes de los puntos erógenos de común estimulación erótica, no

[235] Sin perjuicio de ya habernos referido a la vinculación de la moral y el derecho, y a la necesidad de *distinguir* dichos ordenes normativos pero no *separarlos,* el profesor FUEYO LANERI, en relación a la buena fe ligada a la moral dice: *"Varios ordenes jurídicos generales, entre los que se encuentran, por ejemplo, el ejercicio abusivo de los derechos y el fraude a la ley, están cuajados de contenido moral. La buena fe, y el principio general de la buena fe, también se nutren substancialmente de la moral.* FUEYO LANERI, FERNANDO. *Op. cit; Instituciones*…,pág. 146.

configuran infracción jurídica. También se excluyen así las conductas que afectan la exacerbada sensibilidad de una persona en lo tocante a la lealtad sexual, ya que no se cumple este requisito de *entidad objetiva*[236]. Se excluye también la denominada y ya explicada *infidelidad moral,* ya que, pese a que se materialicen *relaciones equivocas* que constituyan muestras de afectuosidad que exceden el vínculo simplemente amistoso, no se cumple ni con el requisito de que el comportamiento tenga una real *connotación sexual,* y tampoco tendría la *entidad objetiva* para ser reprochado jurídicamente[237].

4.5.- La conducta debe ser de entidad subjetiva

No obstante lo expuesto acerca de la entidad objetiva exigida a la conducta atentatoria contra el deber de fidelidad matrimonial – lográndose así una congruencia axiológica entre el derecho concreto *hic et nunc* y el elenco de valores y normas de cultura imperante en la comunidad jurídica imperada – es además necesario que la específica conducta que se imputa como quebrantadora del deber en estudio debe efectivamente ser lesiva para el también concreto cónyuge que alega la infracción.

En este sentido, además del requisito de *entidad objetivo* planteado *supra*, es menester también la concurrencia de un requisito de *entidad subjetiva*, es decir, en *ese* caso concreto, y con *esos* cónyuges en específico debe ocurrir una efectiva lesividad para el cónyuge inocente, toda vez que una conducta conyugal - que desde el punto de vista *objetivo* puede ser entendido como infractor de la lealtad sexual exigida en las relaciones de conyugalidad - puede perfectamente ser inane o intrascendente para un matrimonio *in concreto* de acuerdo a la comunión de vida que éstos han

---

[236] Como ya se dijo, una conducta de menor trascendencia en las normas de cultura atingente a lo sexual, puede ser insoportable para una persona concreta. Un comportamiento muy lascivo para un sujeto determinado, pero que es baladí para la generalidad de sus congéneres no puede entenderse como infracción jurídica.

[237] Doña ANALIA BARBADO cita como casos jurisprudenciales de adulterio en el derecho argentino situaciones tales como *salir en compañía de un hombre, que no es el marido, de una confitería tomado del brazo*, o también la *exhibición en público con persona de otro sexo*; las cuales –según lo dicho – serían conductas que carecerían, en nuestros actuales patrones de conducta sexual, de la *entidad objetiva* necesaria para ser imputados como infracciones del deber de fidelidad matrimonial. Sobre la descripción de dichos hechos como conductas adúlteras en el derecho argentino *vide* BARBADO, ANALIA R. *Op. cit;* págs. 30-31.

desarrollado durante su vida de casados[238]. Con todo, es pertinente atender a que, si el Estado tiene intromisión en la intimidad de la vida sexual de los ciudadanos casados, tiene que haber un perjuicio concreto y real para ese caso, ya que de lo contrario sería una imposición de una moral de Estado y no la tutela de intereses subjetivos extramatrimoniales.

Ahora, como se podrá advertir, la ponderación subjetiva que los cónyuges realicen acerca de las conductas sexuales de su marido o mujer pueden ser ora más exigentes, ora menos exigente, que la *entidad objetiva* que deriva de los patrones de conducta sexual de una comunidad determinada; por lo que para evitar problemas de inseguridad en la materia, y concretar una solución uniforme debe concluirse que la valoración personal de los consortes debe considerarse para excluir un comportamiento específico como infractor del deber sólo cuando una conducta objetivamente lesiva no lo sea realmente para dicho cónyuge concreto que hace la ponderación, y no al revés, ya que, por una parte es excepcional tanto la restricción de libertad por el derecho como la intromisión en aspectos íntimos de las relaciones intersubjetivas; y, por otra parte, si se hace el razonamiento inverso –es decir castigar civilmente una conducta lesiva para un cónyuge concreto, pero baladí de acuerdo a los patrones de conducta sexual de una comunidad determinada – se incumple el requisito anterior de *entidad objetiva*.

Sobre el rol de la voluntad de los cónyuges en la configuración del deber de fidelidad matrimonial, volveremos en detalle en el capítulo respectivo.

III.- Duración del deber de fidelidad matrimonial

1.- Planteamiento del tema: De la extensión temporal del deber dentro del *iter* matrimonial

[238] Así las cosas, es perfectamente imaginable que para un matrimonio concreto la acción de uno de ellos de saludar de besos de boca a ciertos terceros sea un comportamiento habitual; o tener como prácticas salidas nocturnas periódicas de manera separada o individual, en donde cada consorte pueda realizar ciertas conducta lasciva con terceros sin llegar al coito, sea un hecho sabido y tolerado. En dichos casos imaginarios no se ve vulnerada ninguna sensibilidad conyugal relativa a la lealtad sexual.

Pese a que los deberes personales derivados del matrimonio se entienden vigentes durante toda la duración del vínculo matrimonial, es la propia legislación en la materia la que ha establecido algunas situaciones de suspensión del mismo, según veremos más adelante.

Como presupuesto necesario, no debe perderse perspectiva en cuanto a que el deber de fidelidad matrimonial es un deber legal que necesita como hipótesis normativa para su generación la celebración precisamente del matrimonio en cuanto tal, de guisa que desde ya podemos colegir dos conclusiones evidentes: el citado deber no existe, jurídicamente, antes del nacimiento de vínculo nupcial; y además dicho deber se extingue una vez terminado dicho vínculo; es decir sólo se genera y pervive *in limine matrimonium*. De esta manera tenemos que al esposo nada puede exigírsele antes de contraer el vínculo, como tampoco cabe exigibilidad al ex cónyuge tras la disolución de dicha vinculación conyugal.

Empero, desde la perspectiva prematrimonial y respecto de la violación grave no aún de deberes jurídicos personales del matrimonio – puesto que aún no nacen[239] – pero si de las expectativas de los esposos, se ha sostenido la posibilidad de configuración de un capítulo de nulidad matrimonial cuando haya existido ignorancia de la coparte y de esta guisa un error sobre una cualidad personal de su respectivo marido o mujer[240] [241].

---

[239] Recordemos que de la propia definición legal, en el Código Civil, de los *esponsales* o *desposorio,* se previene que *es un hecho privado, que las leyes someten enteramente al honor y conciencia del individuo, y que no produce obligación alguna ante la ley civil. Vid* artículo 98 del Código Civil.

[240] El profesor PEÑA GONZÁLEZ – refiriéndose al incumplimiento de deberes personales del matrimonio como presupuesto normativo en el *divorcio sanción* – sostiene que *"…los hechos anteriores al matrimonio, aunque anuncien la conducta posterior, no son constitutivos o causal de divorcio; todos los hechos anteriores al matrimonio que sean culposos, negligentes, o importen una violación grave de las expectativas de los esposos son circunstancias que podrían ser constitutivas de error en la persona y, en consecuencia, causal de nulidad matrimonial. Los hechos han de verificarse con posterioridad a la celebración del matrimonio para que sean constitutivos de falta que demanda el artículo 54".* PEÑA GONZÁLEZ, CARLOS. *Seminario: Nueva Ley de Matrimonio Civil, Ley 19.947*. Editado por Colegio de Abogados de Chile, Santiago, Chile, 2004.

[241] En efecto, el artículo 44 b) del la Ley de Matrimonio Civil previene como causal de nulidad matrimonial el *consentimiento que no hubiere sido libre y espontáneo en los términos expresados en el artículo 8º;* señalando la norma reenviada que (artículo 8 Nº 1) falta consentimiento libre y espontáneo *si ha habido error acerca de alguna de sus cualidades personales que, atendida la naturaleza o los fines del matrimonio, ha de ser estimada como determinante para otorgar el consentimiento.*

Sobre este particular, debemos tener presente que, sin perjuicio de no existir aún el deber legal de fidelidad conyugal, parece ser que efectivamente podríamos estar ante una causal de anulación matrimonial si efectivamente al momento de contraerse el vínculo se ignora por uno de los cónyuges la conducta infiel de su consorte, siempre que la fidelidad *ex ante matrimonium* ya ha sido determinante para consentir en dicho vínculo, en atención precisamente a la naturaleza del mismo, a los deberes legales que se generan, y a la finalidad de procreación común que implica que - *primae facie* – la actividad sexual se realice dentro de la comunión matrimonial.

Desde la perspectiva postmatrimonial, resulta patente que los deberes personales derivados del matrimonio, una vez terminado el vínculo conyugal, también cesan en cuanto a su existencia e imperio. Pese a aquello, para aquellos que adhieran a la postura amplia del contenido de la conducta exigido por el deber de fidelidad matrimonial - es decir para aquellos que como los profesores BARRIENTOS GRANDON y NOVALES ALQUÉZAR sostienen que el deber de marras se vincula en toda su extensión con el principio general de la *bona fides* y que de esta manera dicho deber *se extiende a todos los ámbitos en los cuales se proyecta la comunidad de vida entre marido y mujer* – se podría sostener, razonablemente, que aquellos aspectos del deber de fidelidad matrimonial que sobrepasan la lealtad sexual se proyectan incluso tras la disolución del vínculo de conyugalidad; precisamente por la prolongación de lo que podría denominarse *bona fides post matrimonium*[242]. Respecto de aquello, primeramente, reiteramos nuestra postura que dichas conductas quedan amparadas al alero del *deber de respeto* recíproco más que al estricto deber de fidelidad matrimonial; y, en segundo lugar, de realizarse conductas post conyugales que puedan generar perjuicio al otro ex cónyuge, creemos que puede perfectamente haber reproche jurídico, pero no por la supervivencia de los deberes matrimoniales, sino

[242] Debido a la comunión de vida que se produce con el vínculo matrimonial, sobran ejemplos imaginables acerca de *deslealtades* que podrían ocasionarse *ex post* terminado dicho vínculo jurídico: así tenemos todas las conductas injuriosas tras la disolución del matrimonio tales como la difamación o imputación pública de conductas deshonrosas, la publicidad maliciosa de aspectos íntimos, el acometimiento de vejámenes tales como violación de la correspondencia que pueda llegar al domicilio familiar, etc.

más bien por la aplicación directa de las reglas generales del *derecho de daños* vinculado a la responsabilidad extracontractual.

2.- Casos legales de suspensión del deber

Cabe, por último, a continuación examinar algunos casos en los cuales – durante la plena vigencia del vínculo matrimonial – procede la suspensión del deber de fidelidad matrimonial, deteniéndonos también en alguna situaciones que, pese a la omisión legislativa, merecen algún comentario por lo reiteradas que son en la vida social.

2.1.- Separación judicial

Tomando lo dispuesto en nuestra propia legislación positiva, se puede definir instrumentalmente la separación judicial como *una institución en virtud de la cual se suspenden ciertos efectos del matrimonio en virtud de una sentencia judicial sin afectar el vínculo matrimonial, pues ella deja subsistente todos los derechos y obligaciones personales que existen entre los cónyuges, salvo aquellos cuyo ejercicio aparece como incompatible con la vida separada de ambos, tales como los deberes de cohabitación y de fidelidad, que se suspenden*[243]*;* de cuyo concepto – como de lo dispuesto expresamente en los artículos 32 y 33 de la Ley de Matrimonio Civil - debemos colegir, con la certeza que da el texto de la ley, que el deber de fidelidad matrimonial se suspende desde que la sentencia que declara la *separación judicial* queda ejecutoriada. En esta situación descrita, el vínculo matrimonial persiste, pero se suspende la vida en común y, por ende, se suspenden los deberes incompatibles con la vida separada[244]. La suspensión del deber de fidelidad matrimonial, como efecto de orden personal de la

---

[243] BARRIENTOS GRANDON, JAVIER; NOVALES ALQUÉZAR, ARÁNZAZU. *Op. cit;* pág. 306. En sentido similar *v.a.* COURT MURASSO, EDUARDO. *Nueva Ley de matrimonio Civil. Ley 19.947 Analizada y Comentada*. Editorial Legis, Santiago, 2004, págs. 48-49; y ORREGO ACUÑA, JUAN ANDRÉS. *Análisis de la Nueva Ley de Matrimonio Civil.* 2ª edición aumentada y corregida; Editorial Metropolitana, 2005, págs. 69 y ss.

[244] Por lo anterior es que la *separación judicial,* en muchos aspectos sustantivos, viene en sustituir a la antigua institución del *divorcio relativo.*

separación judicial, ocurre independientemente de la causa por la cual se produzca y decrete judicialmente la referida separación[245].

Es interesante destacar que existen dos orígenes de la separación judicial en donde se alzaprima la autonomía conyugal, y de esta guisa, cabe un rol activo a la voluntad de los mismos para poder suspender el deber de fidelidad matrimonial en estudio. Nos referimos a la separación judicial causada en el *cese de convivencia* entre los cónyuges, y a la *separación judicial convencional*. Ciertamente el inciso primero del artículo 27 de la Ley de Matrimonio Civil previene que (sic) *cualquiera de los cónyuges podrá solicitar al tribunal que declare la separación, cuando hubiere cesado la convivencia,* siendo noto que el legislador – a diferencia del divorcio fundado en el cese efectivo de la convivencia – no realiza exigencia alguna respecto a un lapso o periodo de tiempo de cese para solicitar la separación, siendo posible así que baste la mera voluntad de uno de ellos, para así, entre otras consecuencias normativas, suspender el deber en estudio[246]. Por su lado, el inciso segundo del artículo 27 de la misma ley, previene que la separación judicial sea solicitada conjuntamente sin la necesidad de concurrencia de alguna causa, siendo sólo menester acompañar un *acuerdo completo y suficiente* a que dicha norma se refiere: claramente basta la convención conyugal para la suspensión del deber de guardarse fe entre los cónyuges. Sobre el rol de la voluntad de los cónyuges en la configuración del deber de fidelidad matrimonial, volveremos en detalle en el capítulo respectivo.

2.2.- Separación de hecho consentida por ambos cónyuges

---

[245] BARRIENTOS GRANDON y NOVALES ALQUÉZAR distinguen dos grandes capítulos o modalidades de la *separación judicial*: a) *separación causal*, dentro de la cual se distingue entre la derivada de falta imputable al otro cónyuge, y la derivada del cese de convivencia; y b) *separación convencional*, que se deriva sobre la base del simple acuerdo de los cónyuges. BARRIENTOS GRANDON, JAVIER; NOVALES ALQUÉZAR, ARÁNZAZU. *Op. cit;* págs. 307 y ss.

[246] Prolijamente se ha advertido por algunos autores que, por los amplios términos de la separación judicial causada en cese de convivencia y por la ausencia tanto de requisitos de tiempo como de limitaciones para accionar jurisdiccionalmente, cabe perfectamente una suerte de *autogeneración de la causa de separación judicial,* ya que basta el abandono unilateral para, a reglón seguido, solicitar al tribunal la separación judicial por cese de convivencia. Por todos *vide* BARRIENTOS GRANDON, JAVIER; NOVALES ALQUÉZAR, ARÁNZAZU. *Op. cit;* pág. 314.

El inciso segundo del artículo 26 de la Ley de Matrimonio Civil establece que (sic) "*no podrá invocarse el adulterio cuando exista previa separación de hecho consentida por ambos cónyuges";* de lo cual puede normativamente desprenderse que la separación de hecho consentida por los cónyuges suspende el deber de fidelidad matrimonial[247].

Una primera cuestión que surge se refiere a que dicha disposición legal sólo hace referencia expresa al adulterio, de lo cual surge inmediatamente la pregunta: ¿Si sólo se excluye expresamente el *adulterio* podría alegarse otro hecho diverso del adulterio configurativo de infidelidad conyugal?, siendo pertinente tener presente que –en la opinión que nosotros sostenemos – el adulterio sólo es una forma de infracción del deber de guardarse fe que existe entre los cónyuges. Según ya lo manifestamos antes, debido a que la propia ley en el artículo 132 del Código Civil define al adulterio como una infracción *grave* del deber de fidelidad, y por una razón de armonía axiológica de nuestro derecho matrimonial, debemos concluir que las *otras* conductas lesivas de la fidelidad entre cónyuges – diversas del adulterio - importan infracciones con un menor injusto que el citado adulterio, pues existe un mayor disvalor legislativo de éste, y de esta guisa ha de entenderse que cuando la propia ley excluye la alegación del adulterio como infracción de los deberes matrimoniales, tampoco – *ad fortiori* – cabe la alegación de otras conductas lesivas del deber de guardarse fe conyugal de menor gravedad[248].

Una segunda cuestión a plantear se refiere a lo siguiente: la ley sólo es expresa en excluir la alegación del adulterio a propósito de la separación judicial, pero nada dice para solicitar el divorcio-sanción. De lo antedicho surge la pregunta siguiente, a saber, ¿Es la intención de la ley sólo

---

[247] En buena hora se estableció norma expresa - a lo menos acerca de la separación de hecho consentida – respecto a la pervivencia del deber de fidelidad; ya que en el derecho comparado, particularmente el Derecho Argentino y el Derecho Español hasta la reforma de la ley 30/81, una gran queja al legislador fue y ha sido la omisión en este particular. *Vid.* AZPIRI, JORGE O. *Juicio de divorcio…Op. cit;* págs. 70 y ss.; y *Derecho de…Op. cit;* págs. 125 y ss. *V.a.* BELLUSCIO, AGUSTO CESAR. *Manual de Derecho de…Op. cit;* pág. 330.

[248] Recordemos que el artículo el artículo 22 del Código Civil, ubicado en el párrafo sobre interpretación de la ley, consagra la *regla de interpretación sistemática*, prescribiendo que (sic) *"El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía.- Los pasajes obscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto."*

suspender el deber de fidelidad matrimonial a propósito de la separación judicial, pudiendo alegarse para solicitar el divorcio o, incluso, para solicitar otra consecuencia jurídica de su incumplimiento? Por una parte podría sostenerse que, tras la separación de hecho consentida por ambos cónyuges, la suspensión del deber de fidelidad matrimonial procede para todos los institutos jurídicos relacionados y, por ende, para excluir cualquiera consecuencia jurídica que se pueda imputar a su incumplimiento, debido a que *donde existe la misma razón procede la misma disposición*, ya que, particularmente en lo atingente a la separación judicial y el divorcio, las causas relacionadas al incumplimiento grave de los deberes conyugales son idénticas y homologables. No obstante se puede replicar en contrario con los siguientes argumentos: a) Si la ley hubiese querido aplicar dicha norma de exclusión de alegación del deber de fidelidad matrimonial como imputación de falta, lo habría realizado en el Capítulo VII de la Ley de Matrimonio Civil, correspondiente a las reglas comunes a ciertos casos de separación, nulidad y divorcio; pero la opción fue la contraria, ya que sólo se manifestó restrictivamente a propósito de la separación judicial; b) La suspensión de deberes legales del matrimonio es excepcional, y por ende, éstas son de *derecho estricto*, y deben interpretarse restrictivamente; c) Si la suspensión del deber de fidelidad matrimonial fuese un efecto de aplicación general de la separación de hecho consentida por ambos cónyuges hubiese existido una norma a propósito - justamente - de la separación de hecho, en el Párrafo 1º del Capítulo III de la ley en comento, tal cual si se hizo expresamente en lo concerniente a los efectos de la separación judicial, según se aprecia en el artículo 33 de la Ley de Matrimonio Civil. Los argumentos últimos sin duda son seductores para sostener que pervive el deber de fidelidad matrimonial. No obstante -pese a que los cónyuges convinieron en dicha separación de hecho - sería imponer por parte de Estado una especie de *deber de abstinencia o continencia sexual,* ya que si los cónyuges cesan su vida común, es razonable pensar que el desarrollo de su vida sexual ya no la realizarán con su aún cónyuge; aunque no pocas veces - casi por el peso de la costumbre- las parejas separadas de hecho persisten en los vínculos sexuales. Es en este sentido que el profesor argentino

AZPIRI expresa que *"es incuestionable que la ruptura de la convivencia matrimonial constituye un hecho significativo frente al exclusivismo sexual que deriva del deber de fidelidad, puesto que ignorar tal circunstancia implicaría considerar que, a partir de ese momento y hasta que de produjera la disolución del vínculo del matrimonio, cada uno de los cónyuges debería abstenerse de todo contacto sexual con terceros, lo que resulta no sólo antinatural sino también contrario a un debido ordenamiento social."*[249].

2.3.- Separación de hecho no consentida: omisión legislativa

Pertinente es, a esta altura, plantear sobre la mesa lo referido a la separación de hecho no consentida por los cónyuges, en donde nuestro legislador derechamente omitió, callo, pretirió, nada dijo sobre dicha situación, como – en contraposición – si lo hizo respecto de la separación de hecho consentida.

Salta a la vista que ante la omisión de la ley al efecto, puede perfectamente sostenerse que la separación de hecho no consentida por los cónyuges no excluye el deber de fidelidad matrimonial mientras no sobrevenga separación judicial o divorcio vincular. La presente solución puede sin forzamiento apoyarse en los mismos argumentos dados anteriormente para sostener que el deber de fidelidad matrimonial – aún cuando preceda separación de hecho consentida – sigue vigente para alegar divorcio u otras consecuencias jurídicas del incumplimiento del mismo. Pueden agregarse además los siguientes: a) Si la ley se detuvo en excluir – o a lo menos limitar – el deber de fidelidad matrimonial en el caso de separación de hecho consentido por ambos cónyuges, *a contrario sensu* dicho deber mantiene vigencia en el caso de separación de hecho no consentida, ya que en este último caso el ordenamiento jurídico nada dijo; b) El artículo 184 del Código Civil mantiene el principio del *pater is est quem nuptiae demostrant,* es decir, la presunción de paternidad para el marido, pese a que

---

[249] Agrega que "…*en tal sentido se ha avanzado en doctrina acerca de la posibilidad de que los cónyuges al momento de producirse la separación de hecho de común acuerdo pacten que quedan mutuamente liberados del deber de fidelidad, ya que si bien el matrimonio mantiene su vigencia ha desaparecido la convivencia que es el presupuesto de hecho necesario para poder exigir el exclusivismo sexual*"; *vide* AZPIRI, JORGE O. *Juicio de divorcio*…*Op. cit;* pág. 70. (Recordemos que el Derecho Argentino no tiene una norma expresa similar al inciso segundo del artículo 26 de nuestra Ley de Matrimonio Civil).

preceda separación de hecho no consentida; habida consideración de que si se suspendiera el deber de fidelidad matrimonial, sería razonable – para armonizar las normas – modificar los presupuestos para aplicar dicha presunción de paternidad que se condice con la exclusión de relaciones sexuales con terceros[250].

No obstante nuevamente cabe destacar lo dicho en el numeral anterior sobre el deber de abstinencia sexual que implicaría prolongar el deber de fidelidad matrimonial más allá de la separación de hecho, sea o no consentida por ambos cónyuges. Incluso se pueden dar las siguientes paradojas o curiosidades que se exponen: Primeramente puede suceder que la separación de hecho se haya producido por el comportamiento del otro cónyuge, no siendo razonable que aquel que provocó el quiebre de la comunión de vida matrimonial pretenda, luego, transformarse en el controlador de la conducta del otro[251]. En segundo lugar, si incluso en la separación judicial ocasionada por infracción grave por parte de un cónyuge de algún deber matrimonial resulta que el cónyuge culpable ve suspendido su respectivo deber de fidelidad matrimonial, resulta poco armonioso que en la separación de hecho no consentido, el cónyuge que nada ha incumplido – o sea el inocente - siga vinculado e imperado por el deber de guardar fe conyugal.

De todos modos los argumentos de texto para sostener que el deber de fidelidad matrimonial continúa pese a la separación de hecho no consentida son sólidos.

Empero creemos que una posible solución se puede efectuar – jurídicamente - a través de la exculpación del infractor.[252]

2.4.- Convenciones conyugales: una problemática hacia el futuro.

---

[250] Nótese que las normas sobre filiación han sufrido modificaciones conjuntamente con la dictación de la nueva Ley de Matrimonio Civil, e incluso posteriormente con la ley 20.030, manteniéndose la presunción de paternidad del marido hasta los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio o a la separación judicial. Curioso es que ni siquiera se incorpora la separación de hecho consentida.

[251] AZPIRI, JORGE O. *Juicio de divorcio…Op. cit;* págs. 70-71.

[252] *Vide infra* CAPÍTULO CUARTO, 5.-6.-"

Tema aparte merece el examen de la posibilidad de que los cónyuges - que no se encuentran separados judicialmente ni separados de hecho consentidamente – puedan convenir mediante un pacto conyugal la suspensión del deber de fidelidad matrimonial. Sobre este particular nos reservaremos para el capítulo sobre el rol de la voluntad de los cónyuges en la configuración del deber de fidelidad matrimonial.

CAPITULO CUARTO:

De la imputación subjetiva aplicable al deber de fidelidad

SUMARIO: *I.- ASPECTOS GENERALES DE LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA. 1.- Ideas previas.- 2.- Imputación subjetiva como regla en nuestro derecho nacional: necesidad de concurrencia de dolo o culpa como factor de atribución.- II.- SITUACIÓN EN EL DERECHO MATRIMONIAL EN GENERAL Y EN EL DEBER DE FIDELIDAD MATRIMONIAL EN PARTICULAR. 1.- Crisis del concepto de culpa en el Derecho Matrimonial.- 2.- Nuestra posición: juridización de los deberes matrimoniales implica configurar un concepto de culpabilidad para el evento de infracción de éstos.- 3.- La relación conceptual entre la culpabilidad civil y la culpabilidad matrimonial: entre la unidad y la dualidad.- 4.- Adecuación de los conceptos de dolo o culpa al deber de fidelidad matrimonial.- 5.- Ausencia de culpa en la infracción del deber de fidelidad matrimonial: algunas hipótesis de hecho vinculadas al tema.- 5.-1.- Cónyuge como víctima de violación o abuso sexual: falta de voluntariedad.- 5.-2.- Cónyuge con demencia sobreviniente: inimputabilidad del infractor.- 5.-3.- Infracción en el evento de muerte presunta del otro cónyuge.- 5.-4.- Cónyuge infractor bajo la influencia del alcohol, estupefacientes, o alguno de sus epifenómenos.- 5.-5.- El singular caso de los trastornos psicosexuales como trastorno o anomalía psíquica: yuxtaposición con la causal de nulidad matrimonial prevista en la segunda parte del numero 3 del artículo 5º de la Ley de Matrimonio Civil.- 5.-6.- Separación de hecho: una posible solución a través de la exculpación del infractor.- 5.-7.- Incumplimiento del deber de cohabitación de la coparte en el matrimonio.-*

I.- Aspectos generales de la imputación subjetiva

1.- Ideas previas

Como ya vimos, para la alegación de un eventual incumplimiento del deber jurídico objeto de este trabajo, como por regla en cualquier incumplimiento o infracción de deberes jurídicos, debe concurrir una conducta externa proveniente del sujeto pasivo o individuo vinculado por la norma que, precisamente, la infraccione o quebrante. Sobre dicho aspecto externo de la conducta exigida por el referido deber de fidelidad matrimonial, y, como contrafaz necesario, sobre la interrogante acerca de cuales son las conductas exteriores de los cónyuges que infraccionan el deber de guardarse fe recíprocamente, ya nos detuvimos en extenso en el capítulo anterior.

No obstante, para configurar la infracción del deber en estudio – y como ocurre en general con todos las infracciones normativas, debe concurrir también su vez, por regla, una imputación subjetiva de dicho comportamiento externo trasgresor de la conducta exigida normativamente, es decir: es menester comprobar que dicha acción u omisión vulneradora de la norma sea imputable a título de *dolo* o *culpa* por parte del obligado por el deber en colación.

Trataremos a continuación aspectos generales de la imputación subjetiva como factor atributivo de responsabilidad, para adentrarnos a reglón seguido en algunas particularidades del derecho matrimonial y del deber conyugal objeto de este trabajo.

2.- Imputación subjetiva como regla en nuestro derecho nacional: necesidad de concurrencia de *dolo* o *culpa* como factor de atribución

La responsabilidad civil general es tributaria de un sistema subjetivo de imputación sustentado en la culpabilidad del agente infractor. Se sostiene, en dicho sentido, que *la responsabilidad civil por el hecho propio se encuentra sujeta a una regla general y supletoria de responsabilidad por culpa*[253]. Dicha noción puede observarse en diversas disposiciones del Código Civil de señera importancia en la materia, como – entre otros – en los artículos 1437, 2284, 2314, 2329.[254]

En efecto, habiendo sido un concepto de acuñamiento principalmente en el derecho patrimonial, campea tanto en sede contractual como extracontractual. En dicho sentido RODRIGUEZ GREZ, a propósito de la primera, afirma que *"tratándose de la responsabilidad contractual, la censura es, por lo general, subjetiva, sólo excepcionalmente objetiva"*[255]; mientras que CORRAL TALCIANI, apropósito de la segunda, expresa que *"el hecho no*

---

[253] TAPIA R., MAURICIO. *Op. Cit. Código Civil…*, pág. 281. Agrega- citando una explicación del profesor ENRIQUE BARROS – que *"la culpa civil representa el umbral del comportamiento tolerado por el derecho, un límite genérico de las acciones permitidas, que tiene en definitiva su fundamento en las expectativas legítimas de comportamiento recíproco que pueden existir en una sociedad"*.

[254] *Ibidem.*

[255] RODRIGUEZ GREZ, PABLO. *Responsabilidad contractual.* Editorial jurídica de Chile, 2003, pág. 142

sólo debe ser ilícito, sino también culpable, en el sentido de que ha de poderse dirigir un juicio de reproche personal al autor"[256].

En la culpabilidad en general, sea para sede contractual como extracontractual se configura - superando las nociones meramente sicológicas al efecto – como un *juicio de reproche* sobre quien no a conformado su actuar - pudiendo haber actuado correctamente - con el deber de actuación que impone una norma, sea la norma infraccionada una general de no causar daño injustamente a otro, o una particular que previene una prestación específica exigida de manera previa. Lo anterior sea con la conciencia de la ilicitud y con la convicción de la provocación de un daño injusto, o sea por no comportarse con la debida diligencia en el actuar, en comparación a como lo haría un hombre medio de manera cuidadosa en la misma situación externa.

Pese a que casi intuitivamente podamos exigir dicha imputación subjetiva o reprochabilidad para atribuir el incumplimiento de un deber[257], resulta de difícil precisión la conceptualización y enumeración de los elementos característicos de la culpabilidad en general. Quizá por eso el argentino BARBERO – en relación a la culpabilidad como elemento de la responsabilidad civil en general y recordándonos a HENRI CAPITANT – se pregunta: *"¿Qué es la culpabilidad? Es una idea esencial, básica, dentro de la ciencia jurídica civil, precisamente por eso, como ocurre con las demás ramas del saber, tales nociones madres se resisten a una definición. Al querer hacerlo, parece que se nos escapara de las manos, que no se dejara aprisionar en una fórmula y no obstante*

---

[256] CORRAL TALCIANI, HERNAN. *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual.* Editorial Jurídica de Chile, 2003, pág. 207.

[257] RODRIGUEZ GREZ afirma que *"(…) nadie puede negar que tras esta cuestión subyace un problema moral. Parece justo imponer el deber de reparar a quien se ha comportado mal o incurrido en un error de conducta, en el entendido que ha desplegado un comportamiento censurable."* RODRIGUEZ GREZ, PABLO. *Op. cit., Responsabilidad…,* pág. 142. En sentido similar, y vinculando un reproche moral con la libertad de actuar conforme o disconformemente con lo correcto, ECHEVESTI afirma: *"la ciencia de la responsabilidad sólo es desplegable a partir de esta creencia: la voluntad es libre.- Capaz de obrar de modo de iniciar radicalmente una nueva cadena causal, sin estar determinado a ello, el hombre expresa la libertad, ratio essendi de la ley moral.- La íntima solidaridad de su constitución no impide ver que su centro está en la libre determinación de sus decisiones a partir de lo cual toma sentido su responsabilidad moral, el deber de responder por sus actos, fundamento , al fin, de la jurídica.".* ECHEVESTI, CARLOS A. *La culpa.* Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1997, pág. 156.

responde a algo real, puesto que cuando se le dice a cualquiera: 'La culpa es suya', cada cual comprende lo que eso significa"[258]

Como es conocido, la genérica culpabilidad como factor atributivo de responsabilidad se manifiesta en dos grandes capítulos: el *dolo* y la *culpa*.

La dificultad conceptual, pese a las definiciones legales, se dificulta por la utilización de conceptos diferenciados para la sede contractual y para la sede extracontractual.

Es así que el *dolo* – definido en el artículo 44 del Código Civil como *"(…) la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro"* - puede comprenderse tanto como vicio de la voluntad en la configuración de los actos jurídicos, tanto como elemento de la responsabilidad contractual, y tanto como elemento de la responsabilidad extracontractual. MORENO MONROY – citando una sentencia del Tribunal Supremo español – nos entrega como concepto unitario de dolo: *la voluntad conciente y deliberada de producir un resultado injusto y dañoso*[259]*,* agregando que la vieja definición de dolo de nuestro Código Civil no sólo se refiere al dolo propio de la responsabilidad extracontractual, sino que abarca un concepto unitario[260] [261].

El dolo, a diferencia de la mera culpa, exige una intencionalidad en la infracción[262]. Lo antedicho se recoge positivamente de la literalidad de – entre otros - los artículos 44 (*"intención positiva"*) y 2284 (*"intención de dañar"*) del Código Civil. Dicha intencionalidad se aprecia *in concreto* sobre el agente

---

[258] BARBERO, OMAR U. *Daños y perjuicios derivados del divorcio.* Editorial Astrea; Buenos Aires, Argentina, 1977, pág. 128.

[259] MORENO MONROY, RENE. *Curso derecho civil 1997-2000,* Apuntes de clases de pregrado, Universidad de Valparaíso; sin edición, apuntes personales

[260] *ibidem*

[261] En el análisis de un concepto unitario de dolo, RODIRGUEZ GREZ sostiene que *"este daño puede ocurrir a propósito de la celebración de una convención (vicio del consentimiento), o del cumplimiento de una obligación contractual (factor de agravamiento de la responsabilidad), o de la comisión de un delito civil (responsabilidad delictual). Pero el dolo es el mismo y, tal como dice la norma, es una intensión positiva, esto es, un designio consiente de causar daño o perjuicio a la persona o la propiedad de otro".* RODRIGUEZ GREZ, PABLO. *Op. cit., Responsabilidad…,* pág. 148. En igual sentido, CORRAL manifiesta – a propósito de la definición legal de dolo – que *"es un concepto unitario en material civil, aunque tienes modalidades diversas de aplicación a varias material:(…)".* CORRAL TALCIANI, HERNAN. *Op. cit. Lecciones de responsabilidad…,* pág. 209.

[262] TAPIA afirma que *"el dolo o culpa intencional exige la prueba de la intensión del agente".* TAPIA R., MAURICIO. *Op. cit., Código Civil…,* pág. 281

ofensor. No obstante también se sostiene que ante la *previsión* – o incluso la *previsibilidad* - del daño en una conducta, cuando está ausente la intensión directa entendida como "deseo" de dañar, igualmente dicha actuación de una persona queda comprendido en el concepto de dolo[263].

La culpa, en cambio, no exige la intencionalidad en el daño injusto que provoca, consistiendo, esencialmente, en la distancia que se produce entre el comportamiento de una persona y aquel determinado por un estándar de conducta definido, para nuestro derecho, por el patrón abstracto de un hombre diligente u hombre medio, denominado generalmente como "buen padre de familia": es la negación de la *actuación diligente* que se entiende como *la que legítimamente podrían esperar los terceros de un hombre razonable colocado en una situación similar*[264].

Como vemos: voluntariedad, imputabilidad, diligencia con que actuaría un hombre medio, intencionalidad de los daños - o previsibilidad en su caso -, y conciencia de ilicitud; van configurando los conceptos de dolo y culpa. Sobre algunos de ellos volveremos a propósito de nuestro tema en estudio.

De suyo ya surgen algunas preguntas: ¿es aplicable el requisito de atribución subjetiva a los deberes matrimoniales?, ¿podrán aplicarse los conceptos de dolo y/o culpa civil que se han desarrollado más bien en las esferas de deberes patrimoniales?, ¿en su caso, habrán situaciones en que no se satisfaga dicha atribución subjetiva a título de dolo o culpa, y por ende no pueda alegarse una infracción?

II.- Situación en el Derecho Matrimonial en general y en el deber de fidelidad matrimonial en particular

1.- Crisis del concepto de culpa en el Derecho de Matrimonial

---

263 *V.* RODRIGUEZ GREZ, PABLO. *Op. cit., Responsabilidad…,* págs. 148-149; y CORRAL TALCIANI, HERNAN. *Op. cit. Lecciones de responsabilidad…,* págs. 209-210.

264 TAPIA R., MAURICIO. *Op. cit., Código Civil…,* pág. 282

Desde otro prisma, se ha puesto en tela de juicio la noción de *culpa* en las crisis conyugales y en las infracciones de los deberes matrimoniales recíprocos, existiendo atendibles razones para sostener que dicho concepto difiere sustancialmente de lo que podríamos denominar *culpa civil general.*

Desde esta mirada sería un exceso de abstracción identificar la culpa en la infracción de los deberes conyugales personales con la culpa civil que habilita la indemnización de perjuicios, pues – siguiendo las palabras del profesor MIZRAHI a propósito del concepto de culpa en el divorcio – *"si convenimos en que la imputación se funda en la culpa, y es ésta la que convierte al hecho en ilícito,(…) distinta ha de ser la interpretación y el alcance que atribuiremos a éste si aquélla tiene en la vida matrimonial una conceptuación diferenciada.(…), caen (N.A.: quienes homologan la culpa civil y la matrimonial) en un dogmatismo que prescinde de elementos fácticos fundamentales, esto es, de la realidad del connubium. Tal concepción, en suma, inserta a la ciencia del derecho un comportamiento aislado, desconectada de los valiosos aportes de las otras disciplinas humanas y sociales"*[265].

Es así que en gran parte de los conflictos conyugales, desde esta posición, es de difícil indagación sobre la etiología u origen de éstos, ya que de común ocurrencia son las conductas antimatrimoniales recíprocas en donde la noción tradicional de *culpabilidad* se atenúa relegándose por la imposición de una trama consorcial compleja, en la cual una conducta conyugal antijurídica es en muchas ocasiones una reacción a una acción u omisión consorcial del otro cónyuge que el primero estima como injusta o infractora de los deberes recíprocos.

Es así que las críticas se han centrado contra el sistema divorcial inculpatorio[266], que indaga precisamente en la concurrencia de una infracción matrimonial culpable[267] como causal de divorcio[268]. En dicha

---

[265] MIZRAHI, MAURICIO LUÍS. *Op. cit.,* págs. 512-513.

[266] Sobre la génesis de los sistemas inculpatorio de divorcio al alero de un matrimonio con espíritu de perpetuidad con la concepción de divorcio como una sanción excepcional, sobre su tránsito durante la modernidad, y su actualidad en una concepción divorcial más flexible, *vide* MIZRAHI, MAURICIO LUÍS. *Op. cit.,* págs. 193 y ss.

[267] *"Para que opere este divorcio resulta necesario que, por una parte, un cónyuge impute al otro la perpretación de hechos que la ley enmarca en el ámbito de las ´conductas objetivas antijurídicas´; pero, por otra parte, es indispensable que medie también una ´atribución subjetiva´ de responsabilidad; es decir que tales conductas se atribuyan a un esposo a título de dolo o culpa; por ello el juicio de reproche que concluye con la aplicación de la sanción de divorcio; sanción en razón de los efectos punitivos – tras la sentencia – recaerán sobre el cónyuge condenado.". Ibidem,* pág. 193.

indagación de una culpa matrimonial MIZRAHI agrega: *"(…) es harto improbable, la determinación, con un grado razonable de certeza, del real responsable – si es que existe – del fracaso conyugal. En efecto, a pesar de que la sentencia recrea las figuras de culpable e inocente, el factor subjetivo de atribución es el que se presenta sumamente endeble; precisamente porque se trata de efectuar una calificación que hay que deducir desbrozando aisladamente hechos de una serie de conductas y contingencias que son propias de la ´intimidad´ matrimonial"*[269].

Entre nosotros MAURICIO TAPIA, también en un hondo ataque al sistema divorcial inculpatorio, de alguna manera critica la noción de *culpa* en las relaciones consorciales[270]. Compendia las razones por las cuales en el derecho comparado se ha abandonado dicho sistema, en las siguientes: a) lo inapropiado de la noción de culpa para fundar el divorcio, lo que implica además una intromisión en la vida privada; b) riesgo de que cualquier conducta – por la indeterminación de la culpa como causal – sea utilizada como excusa para pedir el divorcio; y c) la alegación y prueba de la culpa aumenta la odiosidad conyugal, impidiendo toda posibilidad de reconciliación, y perjudicando el interés de los hijos[271]. Centrándose ya en la culpa conyugal, afirma que *"la utilización de la culpa como causal de divorcio insiste en el tratamiento del matrimonio como un contrato, buscando el contratante culpable del incumplimiento y del fracaso matrimonial. Sin embargo, (…), el matrimonio no es un contrato como los otros, en él las relaciones no se fundan en un intercambio antagonista de bienes o servicios sino en la cooperación entre los cónyuges. Esta cooperación vuelve artificial la visión de la ruptura en términos de culpabilidades individuales, puesto que en la mayoría de los casos los motivos del fracaso son difusos o provienen de faltas compartidas",* agregando que *"(…) es cierto que la culpa tiene, inconcientemente, una connotación de reproche moral, pues en gran medida es la traducción laica del pecado. Sin*

---

[268] Sistema inculpatorio de divorcio que en Chile se recoge en el artículo 54 de la ley de matrimonio civil.

[269] *vide* MIZRAHI, MAURICIO LUÍS. *Op. cit.,*. 196.

[270] *V.* TAPIA R, MAURICIO. *Nulidad y divorcio en el proyecto de la nueva ley de matrimonio civil.* Estudios públicos, 86 (otoño 2002), publicación electrónica contenida en <www.cepchile>, págs. 233 y ss.

[271] *V.* TAPIA R, MAURICIO. *Op. cit., Nulidad y divorcio*…pág. 233. Agrega como ventajas del divorcio-remedio o por cese irremediable de la convivencia, frente a un divorcio-sanción o basado en la infracción culpable de un cónyuge, las siguientes: a) es una causal objetiva que respeta la intimidad privada al eludir el examen de los motivos de la ruptura; b) pacifica el divorcio; c) disminuye el peligro de divorcios irreflexivos; d) elimina el peligro de repudiación y contiene resguardo para el cónyuge más desvalido. *Vide idem,* págs. 239 y ss.

embargo, en las relaciones conyugales tal reproche debe permanecer en la intimidad de la familia; el derecho, con sus pobres medios, es incapaz de explorar los motivos de conflictos irreductibles"[272]

Como vemos, por las críticas a la noción de culpabilidad en sede matrimonial, dicho concepto se desfigura o resulta inapropiado para ser introducido en dicho ámbito normativo.

2.- Nuestra posición: juridificación de los deberes matrimoniales implica configurar un concepto de culpabilidad para el evento de infracción de éstos.

No obstante, creemos que ante la juridización de los deberes matrimoniales importa la necesidad de configurar una noción de *culpa* como criterio de atribución de responsabilidad, para el evento de infracciones de éstos. Vemos algunas consideraciones al efecto:

a) Ya vimos – en extenso – que los deberes personales derivados del matrimonio, sin perjuicio del destaque de su contenido ético, son deberes jurídicos propiamente tales.[273]
b) Es regla en nuestro sistema de responsabilidad por infracción de deberes jurídicos la imputación subjetiva, que consiste, precisamente, en exigir como factor atributivo la *culpabilidad* del agente ofensor.
c) Al derecho matrimonial no le es ajena la regla en comento.
d) Compartimos las críticas al sistema divorcial inculpatorio, en cuya virtud son menos odiosos, intromisivos, y dañinos, los sistemas divorciales de causales objetivas (como el quiebre convivencial).
e) Debe distinguirse entre la culpa – o los meros motivos que pueden ser externos al reproche hacia uno o ambos cónyuges - en el quiebre consorcial y la culpa en la infracción de un específico deber jurídico de índole personal derivado del matrimonio. En la primera, como realidad fenomenológica el derecho poco puede penetrar, siendo refractaria a la cognición por el Estado. Mientras que en la segunda -

---

[272] TAPIA R, MAURICIO. *Op. cit., Nulidad y divorcio*…pág. 234.

[273] *V. supra,* "CAPITULO SEGUNDO, I.-1.-".

mientras los deberes personales matrimoniales continúen siendo jurídicos - el juez necesariamente, guste o no, debe indagar; máxime cuando la infracción de los citados deberes puede aparejar sendas consecuencias (como por ejemplo el divorcio-sanción).[274]

f) Con todo, si se efectúa la crítica sobre la indagación de *culpas* en el ámbito de los deberes conyugales, parece ser más preciso - si se quiere ir más a la raíz del problema – apuntar los dardos a la necesidad o no de *juridificar* dichos deberes: pues resulta curioso que podamos soportar – pues al menos, omisivamente, en el discurso doctrinario se soporta - la juridización de dichos deberes, pero que, a reglón seguido, no soportemos la judicialización de su infracción y la indagación de culpas matrimoniales. En efecto, si sostenemos que *"(…) en las relaciones familiares tal reproche debe permanecer en la intimidad de la familia; el derecho, con sus pobres medios, es incapaz de explorar los motivos de conflictos irreductibles"*[275], parece coherente preguntarse por la intromisión más genérica – imponiendo deberes de índole jurídico - del derecho ante aspecto más propios del autogobierno de los cónyuges: si se lleva dicha crítica a todas sus consecuencias, más que replegar el concepto jurídico de culpa en las relaciones consorciales, más bien el derecho debería abstenerse de regular ciertos deberes que podrían estar entregados a la privacidad de los propios cónyuges y, en su caso, a otros órdenes normativos, pues de lo contrario

---

[274] MAURICIO TAPIA, a propósito del cuestionamiento al sistema de divorcio basado en la culpa de uno de los cónyuges, distingue entre *motivos de la ruptura* y *causales de divorcio*, criticando la pesquisa del derecho en el primer ámbito para resolver el segundo. Señala: *"Para evitar todos estos inconvenientes resulta práctico distinguir entre los motivos de la ruptura y causales de divorcio. La gente rompe su convivencia por múltiples razones: perdida del respeto, traiciones, desaparición del amor, etc. Tales razones deben permanecer en estricta reserva en el ámbito de la familia y constituye una ´triste caja negra´ que sólo sus protagonistas pueden examinar. Una cuestión totalmente distinta son las ´causales de divorcio´, que deben responder a un estado objetivo, público, y por ello fácilmente constatable, como es la prolongada e irreversible separación. La obstinada intención de hurgar en la ruptura para sindicar a un culpable es un desdeño a la complejidad humana y evidencia una excesiva desconfianza en las personas, un cuestionamiento impertinente de su madurez para gobernar el destino de sus vínculos."* TAPIA R, MAURICIO. *Op. cit., Nulidad y divorcio*…pág. 233. Compartiendo los lúcidos aciertos del jurista citado, creemos – tal cual lo planteamos - que incluso el distingo puede ser diferente e ir más allá: una cosa es la *infracción de un deber conyugal,* y otra diversa son los *motivos íntimos de la ruptura* que pueden no vincularse - y ser generalmente más complejos - que la primera; pues otro aspecto diverso es que se tenga que alegar la infracción conyugal para obtener la regularización legal de la ruptura de vida que tiene sus móviles y derroteros propios.

[275] TAPIA R, MAURICIO. *Op. cit., Nulidad y divorcio*…pág. 233.

quedamos a medias tintas: juridizamos el deber de actuación pero le sugerimos al señor juez que no pesquise sobre culpas.

g) En nuestra opinión y en relación al deber de fidelidad matrimonial, ante lo complejo - por no decir derechamente intromisivo - que es la introducción del derecho en la intimidad y en las sábanas de los cónyuges, creemos que el cuestionamiento debe ponerse un paso más adelante – o atrás – que en la sola crítica sobre la indagación en la noción de culpabilidad: debe cuestionarse la juridificación de ciertos deberes personales del matrimonio.

h) Pero, volviendo a lo nuestro, como el deber de fidelidad matrimonial continúa siendo un deber *jurídico*, la imputación subjetiva como factor atributivo de responsabilidad ante su infracción, debe estar presente.

3.- La relación conceptual entre la culpabilidad civil y la culpabilidad matrimonial: entre la unidad y la dualidad

Aceptando la necesidad de utilizar la culpabilidad del cónyuge infractor como factor de atribución de responsabilidad para la hipótesis de incumplimiento, corresponde determinar la relación que podemos establecer con las nociones clásicas de *dolo* y *culpa* reguladas en sede civil.

Ya expusimos anteriormente que las categorías de *dolo* y *culpa* han dado lugar a la discusión sobre su concepción unitaria sobre todo dentro del derecho civil, en una visión comprensiva de la sede contractual como de la sede extracontractual.

En el mismo hilo de ideas, se ha planteado dicha cuestión - de una manera más genérica – en razón de la viabilidad de sostener la unidad de los capítulos de culpabilidad a todo el sistema jurídico en general, siendo una problemática abordada principalmente por la posible homologación de las nociones de dolo y culpa entre el ámbito civil y la esfera penal.[276]

[276] Sobre la unicidad conceptual de la culpabilidad en las áreas civil y penal, *vide* ECHEVESTI, CARLOS A. *Op. cit.*, págs. 47-51

Si bien existen opiniones sobre la unidad o dualidad conceptual entre las categorías de culpabilidad civil y la penal[277]; distante es lo que ocurre en sede matrimonial, donde a nivel doctrinal la pregunta no ha sido específicamente abordada.

Lo anterior puede volverse aún más complejo si atendemos que las definiciones legales pueden entenderse más apropiadas para las esferas patrimoniales y no para ámbitos normativos no patrimoniales como ocurre en los deberes personales derivados del matrimonio. Nótese la utilización de términos como *inferir injuria* (artículo 44 del Código Civil), *intención de dañar* (artículo 2284 del Código Civil), *negocios propios* (artículo 44 del Código Civil), pueden leerse como relativos a perjuicios y aspectos patrimoniales, a los que el derecho matrimonial sería, *primae facie*, ajeno.

Creemos que igualmente deben aplicarse dichos conceptos. Veamos

a) Las definiciones del artículo 44 del Código Civil se encuentran ubicadas en el Título Preliminar, en la especie, en el Párrafo intitulado como *"Definiciones de varias palabras de uso frecuente en las leyes"*. Por la ubicación, dichas categorías conceptuales, son de aplicación general no sólo al derecho civil, sino que a todo el sistema jurídico, en cuanto no concurran reglas específicas.
b) En abundamiento, los deberes personales derivados del matrimonio, incluyendo el deber de fidelidad matrimonial, se encuentran regulados en el propio Código Civil, por lo que *ad fortiori,* les resultan aplicables las definiciones de dicho cuerpo legal.
c) Al ser aplicable la culpabilidad del cónyuge infractor como factor atributivo de responsabilidad, corresponde entender, precisamente, las categorías de *dolo* y *culpa* como de aplicación general.
d) Si bien existe el destaque de <u>*daño*</u> - en cuanto a la *intención* del mismo, o a la *conciencia* de su acaecimiento, o su *previsión* concreta, o su *previsibilidad* en su caso[278] – lo cual podría replegarnos a una esfera

[277] Recordemos que en el ámbito punitivo se utilizan categorías como las de *dolo directo, dolo eventual,* o *culpa con representación*, cuya nomenclatura es ajena – en principio – a la esfera civil.

[278] Si bien se alude como elemento definitorio del *dolo* – siendo un aspecto diferenciador de la mera culpa o negligencia – la *intención* en el daño. No obstante se critica la literalidad en dicha exigencia, incorporándose también dentro del dolo la *conciencia* de que indefectiblemente el daño se va a producir o la

meramente patrimonial: causar un perjuicio patrimonial sin la existencia de un vínculo obligacional previo (esfera extracontractual); o causar un perjuicio patrimonial por no realizar una prestación contenida en una obligación preexistente (esfera contractual). Creemos que igualmente se aplica de deberes sin contenido pecuniario:

- Cuando el legislador, a propósito del *dolo*, se refiere a *inferir injuria* o *intención de dañar*, no debe restringirse, por su literalidad, al perjuicio patrimonial.
- En efecto, la noción de *injuria* rebasa el detrimento estrictamente económico, comprendiendo en general todo lo *injusto* en cuanto *contrario a derecho.*
- De ahí que existe *intención* - o *previsión* para quienes comprenden la *conciencia* o *previsión* dentro del *dolo* - de *injuriar,* cuando dicha intencionalidad se refiere al carácter injusto de la conducta comitiva u omisiva
- Lo anterior se conecta con la *esfera de protección de la norma* infraccionada, de guisa que debe atenderse a la intencionalidad, conciencia, o previsibilidad de lesionar el bien jurídico amparado

---

previsión efectiva del mismo. RODRIGUEZ GREZ alude, muy finamente, que *"es difícil, aún cuando no imposible, concebir esta actitud maligna de parte de un sujeto que obra, según la definición, con el propósito manifiesto de causar daño y valiéndose para ello de la celebración de un contrato, del cumplimiento de una obligación o de la ejecución de un hecho. Lo más probable y usual es que la intención indicada sea consecuencia de un provecho correlativo que se procura alcanzar a pesar de que con ello se acarree un perjuicio a otra persona.(…) La primera cuestión que surge dice relación con la previsibilidad del daño cuando está ausente la intención de causarlo. (…) A nuestro juicio, sin embargo esta figura queda comprendida en los términos del artículo 44 del Código Civil,(…) si una persona tiene perfecta conciencia que su acción u omisión producirá un daño (…), al aceptar este resultado admite, paralelamente que el daño se produzca.(…). Si un sujeto, como integrante o partícipe de una relación jurídica, tiene conciencia de que se producirá un daño como consecuencia de su acción u omisión, y está en situación de atajarlo cumpliendo los deberes que le impone el ordenamiento jurídico, al no hacerlo se integra a la cadena causal intencionalmente(…); la intención de que trata el artículo 44 del Código Civil no consiste en el 'deseo´ de que una determinada situación se produzca, sino en la conformidad conciente del sujeto con un resultado que sobreviene como consecuencia de un acto u omisión propios."* RODRIGUEZ GREZ, PABLO. *Op. cit., Responsabilidad…,* págs. 148-149. CORRAL TALCIANI, en similar sentido, sobre el mismo punto afirma que: *"Si existe esta intención general, haya o no un ánimo específico de causar daño, existirá dolo también en materia civil. Basta, en consecuencia, que el sujeto se haya representado como posible el resultado lesivo y lo haya querido, aunque a su pesar, como resultado directo de su acción (…). Si el autor, en cambio, lo ha previsto como posible, pero lo ha rechazado pensando que el evento dañoso no se producirá, habrá culpa o negligencia".* CORRAL TALCIANI, HERNAN. *Op. cit. Lecciones de responsabilidad…,* págs. 209-210.

con la norma que impone el deber de actuación para el imperado. De modo que la lesión o injuria respectiva, no se reduce a un daño o aspecto meramente patrimonial, incluyéndose también la vulneración del bien protegido jurídicamente con un deber no relacionado a la esfera pecuniaria.

- Lo anterior no es óbice, a las claras, para afirmar que el acto injurioso que vulnera la esfera de protección de la norma - aún cuando éste no se refiere *primae facie* a un contenido patrimonial, como ocurre en los deberes personales del matrimonio – pueda generar a su vez daños, perjuicios, o detrimentos civiles, sean materiales o morales; lo cual se vincula más bien con una cuestión de causalidad o de nexo de imputación entre la infracción y los respectivos daños civiles.

e) Lo antedicho es aplicable también a la *culpa*, en la que no habiendo intención (o conciencia o previsión) de vulnerar la esfera de protección de la norma que impone el deber de actuación en la esfera matrimonial, igualmente existe una conducta que se aleja de un estándar de conducta con la que se conduciría un hombre razonable en las mismas circunstancias externas. Dentro de cuya categoría suele incorporarse la *previsibilidad de daño.*[279] [280]

f) En nuestro caso, en la *culpa* o *negligencia* sería previsibilidad de injuriar o violentar el bien jurídico amparado con la norma.

---

[279] *Previsibilidad* que es diversa, en matiz, con la *previsión efectiva o conciencia* del resultado injusto de la conducta a que se comprende en el dolo (de aceptar que la intencionalidad exigida en el *dolo* abarca dicha conciencia, *vide* nota la pie anterior). En efecto, la *previsión* se referiría a la conciencia de que el resultado injurioso necesariamente va ocurrir, aceptando dicho desenlace, mientras la *previsibilidad* importa la mera representación de la posibilidad del resultado lesivo, aunque se rechace pensando que no va a acaecer.

[280] CORRAL TALCIANI afirma, a propósito de la culpa o negligencia: *"la falta de deber de cuidado incluye la posibilidad del daño. Es decir, para el autor, y de acuerdo al modelo objetivo del hombre prudente medio, debe haber sido previsible el peligro de causar daño derivado de ese comportamiento".* CORRAL TALCIANI, HERNAN. *Op. cit. Lecciones de responsabilidad…,* pág. 214. A su vez MAURICIO TAPIA manifiesta, sobre el particular, que: *"el estándar del debido cuidado depende esencialmente de la ´previsibilidad´ de los daños que se siguieron a la acción, declarando responsable al agente cuando se responde afirmativamente a la pregunta de si un hombre diligente, colocado en la misma situación y con calificaciones similares, habría debido prever la ocurrencia de ese daño, y en consecuencia, actuar de otra forma. Por esto, la jurisprudencia nacional define la culpa civil como ´una posibilidad de prever lo que no se ha previsto´."* TAPIA R., MAURICIO. *Op. cit., Código Civil…*, págs. 282-283.

g) En lo referido al grado de culpa por el cual respondería el cónyuge, creemos que sería la *culpa leve*:

- Es el estándar de conducta general por el cual se responde en el derecho privado[281].
- En efecto, dicha generalidad es recogida por el propio Código Civil cuando prescribe en su artículo 44 que: (sic) *"culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve"*
- En los casos en que se ha regulado la gradación de culpa, que en nuestro derecho el caso por antonomasia es en las obligaciones contractuales (artículo 1547) se establece como factor de criterio para el distingo el beneficiado en la respectiva relación negocial. En el matrimonio, los deberes personales son recíprocos, el consorcio vital de los cónyuges apunta al bienestar de ambos, y hoy campea la regla de igualdad de éstos: con todo, y en la especie con el criterio antes aludido, igualmente habría que aplicar la *culpa leve* como grado de culpabilidad por el cual se responde, o, como contrafaz, exigir como modelo conductual la *diligencia* o *cuidado ordinario*.

4.- Adecuación de los conceptos de dolo o culpa al deber de fidelidad matrimonial

Así las cosas, debemos resolver la adecuación de los conceptos de *dolo* y *culpa* a nuestro particular deber en estudio: el de fidelidad matrimonial.

Creemos, empero, que las consecuencias jurídicas que se imputan a su infracción no varían entre los casos de incumplimiento *doloso* y de incumplimiento *culposo*: las específicas reguladas en derecho matrimonial no hacen distinción, y en las consecuencias patrimoniales circunscritas a la

[281] CARLOS PEÑA, en relación a la culpa exigida en el divorcio por infracción de deberes matrimoniales o filiales señala: (sic) *"(…) la imputabilidad supone un juicio normativo de culpa. (…) O sea, cuando existe incumplimiento de los deberes que surgen de la conyugalidad o de la filiación, derivados del hecho que uno de los cónyuges no ajustó su conducta al estándar habitual de culpa leve, que es el estándar que rige las relaciones generales del Derecho Privado."* (*N.A.:* el subrayado es nuestro). PEÑA GONZALEZ, CARLOS. *Op. cit.,* pág. 63.

eventual indemnización de perjuicios a favor del cónyuge inocente - dado que sostenemos la aplicación del régimen de responsabilidad extracontractual[282] en el cual impera la regla de *reparación plena,* por lo que la distinción entre dolo y culpa en nada interviene[283] – tampoco habría una influencia al efecto.

Igualmente, son pertinentes algunas consideraciones:

a) Se sostiene que generalmente los incumplimientos de los deberes personales del matrimonio son *dolosos* y no *culposos o por negligencia.*

b) En lo referido al deber de fidelidad matrimonial compartimos que la generalidad de las veces las hipótesis de infracción se realizaran con *dolo* y no con *culpa.* Pero, como iremos viendo, no siempre es así.

c) El dolo conyugal en tanto conciencia o previsión de una conducta injuriosa; y la culpa conyugal, en tanto previsibilidad de daños, ha de entenderse en referencia a un actuar injusto o injurioso que afecte la esfera protectora de la norma, violentando el bien jurídico amparado por la misma. De ahí que alzaprimemos nuevamente la discusión sobre el bien jurídico protegido por el deber de fidelidad matrimonial, que – a nuestra opinión – es la lealtad conyugal en la esfera sexual[284].

d) Conteste con lo anterior y con todo lo expuesto, es que el dolo conyugal rebasa la intención, entendida como el deseo maligno, de afectar la lealtad conyugal, bastando la conciencia o previsión efectiva que la conducta infractora de la norma necesariamente va a afectar o lesionar la lealtad consorcial en la esfera sexual, aceptando dichos resultados, y habiendo podido actuar conforme a derecho. Derechamente, a modo ejemplar, cuando un cónyuge tiene relaciones sexuales con un tercero, las mayoría de las veces no lo hace con la "intención directa" o con el "deseo maligno" de lesionar la lealtad sexual debida a su cónyuge, sino más bien – generalmente –

---

[282] *Vide infra* "CAPITULO SEXTO"

[283] La medida del daño está definido por la extensión de los daños, y no por la distinción entre *delito civil* y *cuasidelito civil.*

[284] Sobre el bien jurídico protegido con el deber de fidelidad matrimonial, *vide supra* "CAPITULO PRIMERO, II.-2.-"

para satisfacer deleites carnales o por fines meramente lascivos: no obstante, igualmente habría *dolo* por la conciencia de la ilicitud, por la previsión de que dicha conducta será lesiva o injuriosa para su respectivo marido o mujer, por haber podido conducirse con apego al deber de actuación impuesto por la norma, aunque su "ánimo interno" o "motivación" no haya sido lastimar en los afectos a su cónyuge.

5.- Ausencia de culpa en la infracción del deber de fidelidad matrimonial: algunas hipótesis de hecho vinculadas al tema

Veremos, a continuación, algunas concretas situaciones en las cuales no puede efectuarse el juicio de reproche que implica la culpabilidad, y de esta guisa – por la regla de responsabilidad subjetiva que campea en nuestro derecho en general - no pueden atribuirse las consecuencias jurídicas que imputan para su incumplimiento al cónyuge que efectúa una conducta externa infractora del deber en colación.

Incorporaremos algunas hipótesis dudosas, y otras en las cuales – pese a iniciales dudas – la culpabilidad concurre.

5.-1.- Cónyuge como víctima de violación o abuso sexual: falta de voluntariedad

En los casos de violación o abusos sexuales sufrido por uno de los cónyuges, en donde el agente ofensor sea un tercero[285], es efectivo que la conducta externa de éste infracciona el deber de fidelidad matrimonial.

Empero, en dichos ilícitos penales existe una falta de voluntad de la víctima.[286]

---

[285] Hacemos la aclaración por cuanto puede sostenerse la posibilidad que el violador o el abusador - el agente u ofensor - sea el propio cónyuge del paciente o víctima.

[286] De ahí que se sostenga que la falta de consentimiento es un elemento objetivo del tipo penal, y como corolario el consentimiento del sujeto pasivo configuraría una *causal de atipicidad*, no obstante se haya sostenido – opinión que no compartimos – que la concurrencia de dicha voluntad conformaría, penalmente, una *causal de justificación*.

Por lo anterior creemos que, ya en el ámbito matrimonial, no concurre una reprochabilidad en contra del cónyuge que es víctima en los delitos penales indicados, precisamente por la falta de voluntariedad de dicho cónyuge.[287]

En efecto, como elemento subjetivo del juicio de reproche se incluye precisamente la *voluntariedad de la acción*, exigiéndose de esta guisa - para que se atribuya la ocurrencia de un capítulo de culpabilidad – que el agente haya tenido el gobierno de su conducta[288].

CORRAL TALCIANI, que a propósito de la responsabilidad aquiliana incluye el *acto humano* como un elemento autónomo de aquélla, afirma que *"para que haya responsabilidad es menester que se dé un acto humano, es decir, lo que suele denominarse en la nomenclatura civil un hecho del hombre voluntario*[289]. La anterior afirmación es del todo aplicable al caso de marras.

Obviamente estos argumentos – *mutatis mutandi* – pueden aplicarse a otros posibles casos de ausencia de voluntad del cónyuge infractor: como sonambulismo o hipnosis, por ejemplo.

5.-2.- Cónyuge con demencia sobreviniente: inimputabilidad del infractor

No podría haber *demencia en el momento de contraer matrimonio:* en dicho caso, el matrimonio no podría ser celebrado, o más bien no sería válido o estaría infeccionado de un capítulo de nulidad, por aplicación del artículo 5° número 3°, y artículo 44 letra a), de la ley de matrimonio civil.

Si el caso es de *demencia posterior al matrimonio, pero concurrente a la comisión del hecho ilícito de infracción del deber de fidelidad matrimonial*, el

---

[287] En igual sentido, BELLUSCIO expone, en relación del adulterio que *"para configurarlo se requiere, además del elemento material, un elemento intencional, la voluntad libre de sustraerse a la fidelidad conyugal; ese elemento intencional no es sino la imputabilidad, requisito general de todas las causales basadas en la culpa. Por consiguiente, no hay adulterio si la esposa es violada (…)",* BELLUSCIO, AGUSTO CESAR. *Op. Cit. Manual de Derecho*…, pág. 371. Igualmente AZPIRI afirma que *"a modo de un simple ejemplo puede afirmarse que si una mujer es violada por un tercero no podría ser acusada de haber cometido adulterio por cuanto si bien ha mantenido una relación sexual con una persona que no es el cónyuge, no se ha tratado de un acto voluntario",* AZPIRI, JORGE O. *Op. Cit. Juicio de divorcio*…., pág. 63.

[288] *V.* TAPIA R., MAURICIO. *Op. cit., Código Civil*…, pág. 282.

[289] CORRAL TALCIANI, HERNAN. *Op. cit. Lecciones de responsabilidad…,* pág. 112.

matrimonio sería válido, toda vez que la causal de incapacidad *connubial* debe concurrir al momento de prestarse el consentimiento conyugal, esto es al momento de su celebración. No obstante y a diferencia de la hipótesis anterior, pese a ser válido el matrimonio, al momento de la realización del hecho ilícito adolecería el cónyuge infractor de una causal de incapacidad delictual civil, por lo cual no se configuraría responsabilidad civil alguna

No obstante que la capacidad civil suele ser tratada en nuestro Código Civil con autonomía respecto de la culpabilidad, puede también afirmarse que la *imputabilidad* sería también un elemento subjetivo del juicio de reproche, y sin imputabilidad no puede haber culpabilidad, ya que sin la primera no es posible que concurra la segunda. Con todo, no hay responsabilidad de quien en dicha circunstancia infracciona externamente la norma que impone el deber de fidelidad matrimonial.

5.-3.- Infracción en el evento de muerte presunta del otro cónyuge

La muerte presunta, regulada en los artículos 80 y siguientes del Código Civil, implica – jurídicamente - el fin de la existencia de las personas.

Además puede configurar una forma de terminación del matrimonio, conforme a los artículos 42 N° 2 y 43 de la ley de matrimonio civil. Pero, conforme al tenor del artículo 43 citado, no siempre coincide o hay identidad entre la fecha de la muerte presunta y la fecha de terminación del matrimonio.[290]

De lo anterior surge el cuestionamiento: ¿Qué pasa con el incumplimiento del deber de fidelidad matrimonial durante la vigencia de éste, pero con posterioridad a la fecha de muerte presunta?, ¿hay una

[290] En efecto, el artículo 42 N° 2 de la ley de matrimonio civil prescribe que: (sic) *"El matrimonio termina: Por la muerte presunta, cumplidos que sean los plazos señalados en el artículo siguiente;";* y a su vez el artículo 43 de la referida ley previene los plazos exigidos para que se produzca la terminación matrimonial. Por la necesidad de cumplimiento de dichos plazos previstos en el referido artículo, va a ocurrir que transcurrirá un lapso entre que la muerte presunta esté declarada y se configure el término del matrimonio: es decir, pasará un espacio de tiempo en que el cónyuge estará presuntamente muerto, pero el matrimonio mantendrá vigencia.

infracción culpable?, ¿qué ocurre si reaparece la persona presuntamente muerta?

Ciertamente el problema sucede con la reaparición del cónyuge presuntamente muerto, y para el evento que su coparte en el matrimonio haya efectuado conductas que infraccionen el deber de fidelidad matrimonial. Hay que distinguir dos situaciones:

A) La infracción se realizó después del cumplimiento de los plazos previstos en el artículo 43 de la ley de matrimonio civil: En dicho evento la solución es más bien clara. Ciertamente el matrimonio ya habría terminado por la causal del artículo 42 N° 2 de la ley de matrimonio civil, por lo que el deber matrimonial en colación ya no existiría, y en consecuencia no habría infracción normativa alguna, aún cuando reapareciese el otro cónyuge presuntamente muerto.[291]

B) *La infracción se realizó después de la muerte presunta, pero antes del cumplimiento de los plazos previstos en el artículo 43 de la ley de matrimonio civil:* Acá la situación es más complicada, máxime si reaparece el cónyuge presuntamente muerto. En efecto hay externamente un quebrantamiento de un deber conyugal, y - a diferencia de los casos ya vistos - también hay *imputabilidad* del agente, además de *voluntariedad* de su conducta.

Respecto de la pregunta acerca la *reprochabilidad* con la que juzgamos la infracción del cónyuge incumplidor, creemos que pueden sostenerse ambas posiciones: la de sostener la culpabilidad y la de afirmar la exculpación. Veamos:

B.-1.-) El incumplimiento es reprochable al cónyuge infractor:

a) El matrimonio mantenía vigencia, habida consideración que aún no se configura la causal de terminación del mismo.
b) De esta guisa, los deberes personales derivados del matrimonio, durante la vigencia de éste, también son validos.
c) Como el instituto de la muerte presunta importa siempre una posibilidad de reaparición del desaparecido, es razonable extender la vigencia del matrimonio por un plazo mayor que el mero tiempo menester para la declaración judicial de muerte.

---

[291] Sobre la extensión temporal del deber de fidelidad matrimonial, *vide supra*: "CAPITULO TERCERO, III"

d) La diferencia de tiempo explicada, se debe tanto por las sendas consecuencias atribuidas a la terminación del matrimonio, y tanto al mantenimiento – en una mayor extensión temporal - de los deberes derivados del matrimonio.

e) En efecto, la ley expresamente quiso extender la vigencia de los deberes matrimoniales.

f) Lo anterior se refuerza, por cuanto no existe norma alguna que suspenda ni los deberes personales matrimoniales incompatibles con la vida separada de los cónyuges[292], ni el deber de fidelidad matrimonial en particular. No existe una norma análoga a la prevista en el artículo 33 de la ley de matrimonio civil en relación a las consecuencias atribuidas a la separación judicial[293].

g) De ahí que, estando vigente el deber de fidelidad matrimonial y habiendo previsibilidad de la reaparición del cónyuge presuntamente muerto y por ende previsibilidad de lesionar el bien jurídico protegido por la norma que impone dicho deber matrimonial, pueda reprocharse la infracción al incumplidor y atribuirle a lo menos un actuar *negligente* o con *culpa* por no haberse comportado con cuidado de un hombre medio, debiendo haber previsto la posibilidad de injuriar a su coparte para el evento de reaparición de éste.

h) En esta posición, puede sostenerse que el comportamiento que es exigible para un hombre medio razonable en dichas circunstancias externas está determinado – por el tenor de las normas ya citadas – por la espera de los plazos expresamente regulados en el artículo 43 de la ley de matrimonio civil: aún cuando no habría *dolo* a lo menos habría una conducta con *culpa*.

B.-2.- El incumplimiento no es reprochable al cónyuge infractor:

a) No obstante estar vigente el deber de fidelidad matrimonial en el periodo en cuestión, no podría exigírsele previsibilidad de los resultados injuriosos de su conducta.

---

[292] Es prístino que si el presunto muerto está desaparecido, ocurre una fáctica separación de hecho entre los cónyuges.

[293] En el caso del artículo 33 de la ley de matrimonio civil el legislador se preocupó de suspender el deber de fidelidad matrimonial para el evento de declaración de *separación judicial*.

b) En efecto, por estar ya declarada judicialmente la muerte presunta - y como corolario fijada la fecha de la misma – no podemos exigir la previsibilidad de los resultados lesivos de la conducta del cónyuge *superstite*: claramente en dicho evento no sólo el cónyuge sobreviviente sino que toda sociedad otorga la calidad de muerto al desparecido.

c) Los plazos exigidos en el artículo 43 de la ley de matrimonio civil para configurar la causal de término de matrimonio, son para igualar o uniformar temporalmente dicha terminación del vínculo de conyugalidad con la concesión de la posesión definitiva de los bienes del desaparecido[294]

d) El que no haya una norma análoga al artículo 33 de la ley de matrimonio civil que suspenda el deber de fidelidad matrimonial, se debe a que las situaciones son evidentemente diversas: en la *separación judicial*, con una posibilidad cierta de reanudación de la vida en común, conforma una previsibilidad de una lesión por actos de infidelidad marital, por lo que la ley vino en dar una solución objetiva a dicha hipótesis; en cambio en la *muerte presunta* no ocurre lo mismo, pues lo que se espera – en abundamiento – es que el cónyuge declarado muerto fictamente nunca reaparezca. Por eso era innecesaria una norma expresa como la aludida.

e) Los plazos legales de espera del artículo 43 de la ley de matrimonio civil son bastante extensos: la regla es de *diez años desde las últimas noticias*, es decir, cinco más que los necesarios para la declaración de muerte[295].

f) Con todo, ni al más esmerado hombre medio razonable, en las mismas circunstancias externas, le podríamos exigir como conducta

---

[294] Así es que el plazo que por regla exige el artículo 43 de la ley de matrimonio civil, *de diez años desde las últimas noticias*, coincide con el plazo de regla para la concesión de la posesión definitiva que establece la parte final del artículo 82 del Código Civil. La anterior ley de matrimonio civil (en lo que era su artículo 38 inciso primero) establecía un plazo de 15 años, provocándose una asimetría en los plazos de ambos institutos.

[295] Recordemos que la regla prevista en el N° 1 del artículo 81 del Código Civil es que – para declarar la muerte presunta – *desde la fecha de las últimas noticias que se tuvieron de su existencia, han transcurrido a lo menos cinco años*, es decir: cinco menos que los exigidos para terminar el matrimonio.

debida una abstinencia sexual durante diez años desde las últimas noticias de su cónyuge desaparecido que – en añadidura - ya se encuentra declarado muerto.

Conviniendo lo discutible de la cuestión nos inclinamos por la última posición.

5.-4.- Cónyuge infractor bajo la influencia del alcohol, estupefacientes, o alguno de sus epifenómenos.

El problema a plantear es de común ocurrencia: uno de los cónyuges se encuentra bajo la influencia del alcohol, de estupefacientes, narcóticos, o cualquiera otra sustancia análoga; y en dicho estado de alteración del autogobierno de los actos, se infracciona el deber de fidelidad matrimonial.

Cabe acá una distinción aceptada doctrinalmente: la voluntariedad de colocarse en dicho estado. Veamos

A) El cónyuge infractor se colocó voluntariamente en dicho estado:

a) El ebrio, drogado, narcotizado, o en estado análogo (*N.A.:* en adelante hablaremos en genérico del "ebrio") realiza su conducta infractora con falta de conciencia, o de discernimiento, o de autocontrol de sus actos.
b) No obstante dicha falta de conciencia, discernimiento, o autocontrol, es consecuencia de un acto deliberado del respectivo cónyuge.
c) El reproche aplicable se traslada al momento en el cual el cónyuge se coloca en dicho estado, debiendo prever la posibilidad de una conducta desapegada a la exigida por el deber de actuación que le impera[296]
d) Si bien quizá no habría dolo del agente infractor, se configura un capítulo de culpa en la conducta del cónyuge incumplidor del deber de fidelidad matrimonial. Puede sostenerse que quebranta el cuidado

[296] AZPIRI, en este tema y en relación con los casos de divorcio-culpable, afirma: (sic) *"sin embrago, cuando la falta de conciencia se ha producido como consecuencia de un acto deliberado de uno de los esposos, como se da en el caso de la ingesta de alcohol que produce una embriaguez o el consumo de drogas que alteran el discernimiento, lo que se debe tener en cuenta es la voluntariedad de estos actos que podrán ser alegados como causal por el otro esposo y no lo que se pudo haber hecho en ese estado" ",* AZPIRI, JORGE O. *Op. cit., Juicio de divorcio…,* pág. 63.

ordinario con el cual se comportaría un hombre medio razonable en dichas circunstancias

e) Nuestro Código Civil, ha previsto también en otras sedes la responsabilidad del ebrio por sus actos en dicho estado.[297]
f) Con todo, se puede atribuir subjetivamente la responsabilidad por la infracción al cónyuge ofensor.

B) El cónyuge infractor no se colocó voluntariamente en dicho estado:

a) Diverso es el caso en el cual el cónyuge infractor ha llegado a dicho estado en contra de su voluntad.
b) Por la ausencia de voluntariedad desde el origen de toda dicha cadena causal, creemos que no se puede imputar el incumplimiento ni a título de *dolo* o *culpa* al cónyuge ofensor
c) Por lo anterior no puede atribuirse responsabilidad a dicho cónyuge, y de este modo es improcedente la aplicación de todas las consecuencias jurídicas que puedan colegirse al quebrantamiento del deber en estudio.

5.-5.- El singular caso de los trastornos psicosexuales como trastorno o anomalía psíquica: yuxtaposición con la causal de nulidad matrimonial prevista en la segunda parte del numero 3 del artículo 5º de la Ley de Matrimonio Civil

No nos detendremos nuevamente en destacar la potente influencia del derecho canónico en el derecho matrimonial chileno.

Lo anterior pervive incluso en la nueva ley de matrimonio civil, siendo las exigencias sobre el consentimiento matrimonial y los novedosos capítulos de nulidad matrimonial referidos a la capacidad para contraer matrimonio, aspectos en que se aprecia su profundo influjo.

Así las cosas es que el número 3° del artículo 5° de la ley de matrimonio civil, en su segunda parte, establece que (sic) *"no podrán contraer matrimonio:(…) los que por un trastorno o anomalía psíquica, fehacientemente*

[297] El artículo 2318 del Código Civil prescribe que: (sic) *"el ebrio es responsable del daño causado por su delito o cuasidelito."*

diagnosticada, sean incapaces de modo absoluto para formar la comunidad de vida que implica el matrimonio". Dicha norma tiene un antecedente evidente en el canon 1095 del Código Canónico de 1983.[298] [299]

Se suele distinguir dentro de la capacidad para contraer matrimonio, y más precisamente como etapas de formación del consentimiento matrimonial: el entendimiento del matrimonio; el querer aquello en qué consiste el vínculo matrimonial; y el poder ser capaz de llevar a la práctica la comunidad de vida que implica el matrimonio.[300] En relación de dicha triada de *entender*, *querer*, y *poder*, se configuran – ya en nuestro derecho matrimonial – los casos de incapacidad matrimonial previstos en los números 3° y 4° del artículo 5° de nuestra ley de matrimonio civil. LORENA ROJAS, en dicho sentido señala que: *"para diferenciar estas tres incapacidades, debemos necesariamente recurrir a las etapas de la formación del consentimiento matrimonial; etapas o momentos que podríamos resumir en: conocimiento de lo que es el matrimonio; formulación de un juicio crítico o estimativo respecto de ese matrimonio concreto que se va a realizar; y formación de la comunidad de vida que implica el matrimonio".* [301]. Respecto de la primera etapa se refiere la incapacidad de la primera parte del número 3° del artículo 5° de la ley de matrimonio civil; respecto de la segunda etapa se refiere la incapacidad del número 4° del artículo 5° de la citada ley matrimonial; y respecto de la última etapa se refiere la incapacidad de la segunda parte del número 3° del artículo 5° del mismo cuerpo legal. En lo tocante a la última etapa del consentimiento matrimonial señala *"(…) sin suprimirse en el contrayente el uso de*

---

[298] El canon 1095 N° 3 del citado Código Canónico, prescribe: (sic) *"son incapaces de contraer matrimonio: quienes no puedan asumir las obligaciones esenciales del matrimonio por causa de naturaleza psíquica."*

[299] Sobre la influencia de dicho canon de Código Canónico en nuestra actual ley de matrimonio civil, véase la destacada memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales: ROJAS OPAZO, LORENA PAZ, *La incapacidad de asumir las obligaciones esenciales del matrimonio por causas de naturaleza psíquica en la nueva ley de matrimonio civil a la luz del derecho canónico.* Memoria de licenciatura, Pontifica Universidad Católica de Valparaíso, 2005

[300] Dicha trilogía del entender, querer, poder, se desarrollar fuertemente en el derecho canónico. Como sostiene MARIA QUINTANA: *"el legislador canónico desarrolla estas tres capacidades humanas: entender, querer, y poder y las refiere al concepto que él mismo ofrece acerca del matrimonio*". QUINTANA VILLAR, MARÍA SOLEDAD. La protección jurídica de los fieles, a través de los nuevos capítulos de nulidad matrimonial del Derecho Canónico. (en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, Nº XIX, año 1998) págs. 103-112.

[301]. ROJAS OPAZO, LORENA PAZ, *Op. cit.,* págs. 70-71.

razón ni la debida facultad crítica debe además, tener capacidad suficiente para formar la comunidad de vida que implica el matrimonio. Y en la causal en comento, esto es el artículo 5 N° 3, segunda parte, debido a un trastorno o anomalía psíquica el paciente se ve absolutamente imposibilitado de formar esta auténtica comunidad de vida mediante la entrega y aceptación de los derechos y obligaciones inherentes al matrimonio, caso en el cual el matrimonio será nulo por incapacidad del contrayente para realizar el objeto del consentimiento."[302]

Dentro de las anomalías psíquicas que darían origen a la incapacidad en colación, se incluye los *trastornos psicosexuales.*[303] En dicho sentido, ROJAS OPAZO incorpora: el onanismo; homosexualidad; apetencia sexual patológicamente insaciable; zoofilia; fetichismo; oralismo y pluralismo; pedofilia y gerontofilia; la necesidad de condiciones especiales para la satisfacción sexual como en el voyeurismo, exhibicionismo, masoquismo, necrofilia, etc.[304]

Destacan dentro de las hipótesis citadas la denominada *hiperestesia sexual* que se identifica como un excesivo y anómalo deseo sexual cuyas notas características son, entre otras: la vehemencia del estímulo sexual, necesidad continua de la unión sexual que es buscada vivamente, impulso incoercible ante la ocasión, indiferencia respecto a la persona que se considera idónea para la relación sexual, ausencia de sentimiento de culpa. Cuando quien sufre dicho trastorno es hombre suele denominarse *satiriasis*, y cuado es mujer suele nombrarse como *ninfomanía.*[305]

Como vemos, en la *hiperestesia sexual* el cónyuge que la padece, por la falta de autocontrol respecto del impulso para con las actividades lascivas, suele efectuar relaciones de connotación sexual con terceros, lo cual en principio – desde el prisma de la conducta externa por éste desplegada – configura una infracción al deber de fidelidad matrimonial.

---

[302] *Idem* pág. 71.

[303] En efecto, se sostiene que dicha incapacidad y la correlativa causal de nulidad matrimonial fue desarrollada en el Derecho canónico precisamente en relación a determinadas conductas sexuales como homosexualismo, ninfomanía, o satiriasis. SALINAS ARANEDA, CARLOS. *Los nuevos capítulos de nulidad en al ley de Matrimonio Civil a la luz del derecho canónico. (Ponencia en Diploma de derecho de familia: Ley de Matrimonio Civil; Nov-Dic., 2004)* sin edición, apuntes personales.

[304] ROJAS OPAZO, LORENA PAZ, *Op. cit.,* págs. 115 y ss.

[305] *Idem,* pág. 116.

Empero, precisamente por falta de autogobierno para asumir las obligaciones conyugales o *incapacitas assumendi,* se configura un capítulo de nulidad matrimonial recogida en el artículo 44 a), en concordancia con la segunda parte del artículo 5° N° 3 de la ley de matrimonio civil.

Por lo anterior, nos encontramos ante una yuxtaposición entre una infracción de un deber conyugal y la ocurrencia de una causal de nulidad del matrimonio. Creemos que la solución es que debe campear la declaración de nulidad por los siguientes argumentos:

a) De la declaración de nulidad del matrimonio se colige que dicho vínculo matrimonial carecía de validez, por lo cual – en una ficción – se entiende que nunca ha existido validamente. De ahí que el artículo 50 de la ley de matrimonio civil establezca como sanción jurídica imputada a dicha declaración anulatoria el que las partes se retrotraen al estado en que se encontraban a momento de contraer el vínculo matrimonial cuya nulidad se declara.
b) Si se entiende que el matrimonio carecía de validez, debe en concordancia sostenerse que los deberes jurídicos derivados de aquél también carecerían de eficacia jurídica.
c) Si – en nuestro tema en estudio – el deber de fidelidad matrimonial nunca tuvo valor, mal puede sostenerse jurídicamente o referirse siquiera a un presunto incumplimiento.
d) En dicho razonamiento puede hacerse lectura del artículo 91 de la ley de matrimonio civil[306], toda vez que de coexistir acciones de divorcio y nulidad matrimonial deberá pronunciarse primeramente sobre esta última. Lo anterior no sólo implica la obviedad que no puede haber divorcio en un matrimonio inválido, sino que – dado que una categoría divorcial se configura por las infracciones conyugales (divorcio-sanción) – no pueden pesquisarse infracciones de deberes

[306] El artículo 91 de la ley de matrimonio civil reza lo siguiente: *"Cuando se haya interpuesto solicitud de divorcio, en cualquier momento en que el juez advierte antecedentes que revelen que el matrimonio podría estar afectado en su origen por un defecto de validez, se los hará saber a los cónyuges, sin emitir opinión. Si en la audiencia, o dentro de los treinta días siguientes, alguno de los cónyuges solicita la declaración de nulidad, el procedimiento comprenderá ambas acciones y el juez, en la sentencia definitiva, se pronunciará primero sobre la de nulidad".*

que no tendrían valor precisamente por que su causa jurídica también carecería de eficacia.

e) Por lo demás - y en el caso en estudio – si el matrimonio se anula porque uno de los cónyuges no puede comprometerse con los deberes matrimoniales, mal le podríamos exigir que los cumpla.[307]

f) Con todo – además de cuestionar la validez de un deber que derivaría de un matrimonio sin valor – creemos que desde el prisma de la *culpabilidad* del cónyuge infractor, no podría atribuírsele subjetivamente la falta. En efecto, por la *insuperabilidad* de su excesivo apetito sexual, concurre una ausencia de autogobernabilidad de sus actos en dicha esfera, por lo cual carecería de reprochabilidad jurídica su conducta infractora: pues para haya culpa el agente debe haber podido conducirse conforme a lo prescrito en la norma, lo que en el caso le sería imposible precisamente por su trastorno psíquico.

g) De todos modos - desde una mirada práctica – sin perjuicio que sostenemos que podría, por lo dicho en la letra anterior, alegarse directamente la exculpación o falta de imputabilidad subjetiva de la presunta infracción al deber de fidelidad matrimonial, es más conveniente demandar - reconviniendo si se es demandado en sede de tribunales de familia – la declaración de nulidad matrimonial por la causal indicada.

h) La posibilidad de solicitar la declaración de nulidad matrimonial se facilita por cuanto el propio afectado por el trastorno psíquico de índole sexual se encuentra – conforme al artículo 46 de la ley de matrimonio civil – legitimado como titular para ejercer dicha acción anulatoria, siendo, para este caso, imprescriptible dicha acción conforme a lo regulado en el artículo 48 de la citada ley de matrimonio civil.

5.-6.- Separación de hecho: una posible solución a través de la exculpación del infractor

[307] Existe, por los trastornos psicosexuales, una imposibilidad de siquiera asumir un deber de exclusivismo sexual, por lo que se aplica a fin de cuentas el antiguo brocardo del *ad impossibile nemo tenetur*.

Anteriormente ya tratamos el tema de la extensión temporal del deber de fidelidad dentro del *iter matrimonial.*[308]

Sostuvimos que existen hipótesis en las cuales el legislador efectúo un tratamiento explícito del deber de fidelidad matrimonial, a saber: en la separación judicial, suspendiendo derechamente el deber; y en la separación de hecho consentida, proscribiendo la alegación del adulterio como causal de separación judicial por infracción de deberes conyugales.

No obstante surgen diversas problemáticas sobre la pervivencia del deber de fidelidad matrimonial, principalmente en los casos de separación de hecho no consentida, existiendo sólidos argumentos de texto legal para sostener que el citado deber continúa en vigencia.

No obstante el cuestionamiento a dicha solución surge incluso sin la necesidad de ser iniciado en las ciencias jurídicas. En efecto sostener que pervive el deber de fidelidad matrimonial sería imponer por parte de Estado una especie de *deber de abstinencia o continencia sexual,* ya que si los cónyuges cesan su vida común, es razonable pensar que el desarrollo de su vida sexual ya no la realizarán con su aún cónyuge; aunque no pocas veces -casi por el peso de la costumbre- las parejas separadas de hecho persisten en los vínculos sexuales. Es en este sentido que el profesor argentino AZPIRI expresa, con mucha lucidez y observación del mundo real, que *"es incuestionable que la ruptura de la convivencia matrimonial constituye un hecho significativo frente al exclusivismo sexual que deriva del deber de fidelidad, puesto que ignorar tal circunstancia implicaría considerar que, a partir de ese momento y hasta que de produjera la disolución del vínculo del matrimonio, cada uno de los cónyuges debería abstenerse de todo contacto sexual con terceros, lo que resulta no sólo antinatural sino también contrario a un debido ordenamiento social."*[309].

---

308 *Vide supra* CAPITULO TERCERO, III.-"

309 Agrega que "…*en tal sentido se ha avanzado en doctrina acerca de la posibilidad de que los cónyuges al momento de producirse la separación de hecho de común acuerdo pacten que quedan mutuamente liberados del deber de fidelidad, ya que si bien el matrimonio mantiene su vigencia ha desaparecido la convivencia que es el presupuesto de hecho necesario para poder exigir el exclusivismo sexual*"; *vide* AZPIRI, JORGE O. *Juicio de divorcio*…*Op. cit;* pág. 70. (Recordemos que el Derecho Argentino no tiene una norma expresa similar al inciso segundo del artículo 26 de nuestra Ley de Matrimonio Civil).

Incluso – como ya expusimos oportunamente - se pueden dar las siguientes paradojas: Primeramente puede suceder que la separación de hecho se haya producido por el comportamiento del otro cónyuge, no siendo razonable que aquel que provocó el quiebre de la comunión de vida matrimonial pretenda, luego, transformarse en el controlador de la conducta del otro[310]. En segundo lugar, si incluso en la separación judicial ocasionada por infracción grave por parte de un cónyuge de algún deber matrimonial resulta que el cónyuge culpable ve suspendido su respectivo deber de fidelidad matrimonial, resulta poco armonioso que en la separación de hecho no consentido, el cónyuge que nada ha incumplido – o sea el inocente - siga vinculado e imperado por el deber de guardar fe conyugal.

Ciertamente, basta imaginar un matrimonio con veinte años de separación de hecho, la cual no ha sido consentida: ¿podríamos acaso exigir la total abstinencia sexual a cada uno de dichos individuos por todo ese lapso?

Creemos que una posible solución jurídica a dicho problema puede efectuarse con el examen de culpabilidad del cónyuge incumplidor, preguntándonos si podemos efectuar o no un reproche a dicha conducta. Veamos:

a) Creemos que no necesariamente habría un intención positiva de injuriar al aún cónyuge. Ciertamente - retomando el concepto de *intención positiva* como conciencia o efectiva previsión del resultado lesivo, y el *injuriar* como contrario a derecho o infracción del bien jurídico amparado por la esfera protectora de la norma – podemos sostener que: no concurriría necesariamente, en el examen *in concreto,* una voluntad que conscientemente prevé que lesionará la lealtad conyugal a su cónyuge, y asume su actuar pese a tener certeza que dicha lesión se efectuará.
b) Por el contrario, en las situaciones de separación de hecho de mayor extensión dicha lealtad conyugal en la esfera sexual va disminuyendo

[310] AZPIRI, JORGE O. *Juicio de divorcio…Op. cit;* págs. 70-71.

hasta su extinción, pues es más bien propia de una convivencia efectiva.

c) Póngase el caso - a modo ilustrativo – de que uno de los cónyuges tiene otra relación afectiva, o incluso otro hogar formado: ¿el otro cónyuge que se comporta externamente con desapego al deber de fidelidad matrimonial podría acaso estimarse que actúa con una intención positiva de lesionar la lealtad sexual conyugal que subyace en dicho deber?

d) Tampoco podría sostenerse – en un examen *in abstracto* - un actuar negligente: ni al más esmerado hombre medio razonable, en las mismas circunstancias externas, le podríamos exigir como conducta debida una abstinencia sexual durante cinco, diez, o cuarenta años desde la separación de hecho.

e) Quizá la situación pueda ser distinta en una separación de hecho de corto tiempo, en donde la viabilidad de reanudación de la vida consorcial es más cercana, y en donde a cada cónyuge le puede ser previsible la lesión que le ocasionará su marido o mujer una conducta que infraccione el deber de fidelidad matrimonial.

f) Luego vienen las preguntas: ¿cuál es el límite entre un actuar reprochable y otro que no lo es?; ¿el tiempo de separación de hecho, o la previsibilidad de lesionar la lealtad sexual?; ¿qué le exigiríamos a nuestro *"hombre medio razonable en las mismas circunstancias externas"*?

g) En efecto, parece razonable exculpar a un cónyuge en circunstancias extremas de separación de hecho (por ejemplo: veinte años de separación de hecho), pero ¿dónde podemos marcar la línea divisoria entre la reprochabilidad y la exculpación?

h) Hoy por hoy, dicha labor corresponderá a los jueces en el específico juicio de reprochabilidad que deberán efectuar en cada concreto caso judicial. Por ahora planteamos dos cosas La primera: en el examen de culpabilidad podemos encontrar la veta de solución a situaciones notoriamente injustas en las cuales resulta una exageración pedir un deber de abstinencia sexual siendo inexigible una conducta diversa que satisfacer la necesidad sexual. La segunda: para otorgar criterios

más uniformes en los límites de exculpación, de *lege ferenda* deberían otorgarse respuestas para el silencio legislativo a propósito de la separación de hecho no consentida.

5.-7.- Incumplimiento del deber de cohabitación de la coparte en el matrimonio

Ya en el capítulo respectivo nos referimos al *debito conyugal* como presunta faceta positiva del deber de fidelidad matrimonial.[311]

Sostuvimos que dicho *deber matrimonial*, aunque existente, no puede incluirse, al menos en el derecho matrimonial nacional, en el deber de fidelidad entre los cónyuges.

No obstante, pese a distinguir el denominado *deber de cohabitación*, diferenciándolo y ubicándolo foráneamente en relación al deber de fidelidad matrimonial, no por eso dejan de tener una conexión material evidente, toda vez que – tal cual señala el profesor AZPIRI – si no es posible la sexualidad con terceros, es lógico que esta deba cumplirse dentro del matrimonio[312]; de lo cual surgen inmediatamente dos cuestiones. La primera es la siguiente: cuando un cónyuge incumple culpablemente su *deber de cohabitación* ¿está el otro cónyuge obligado a continuar cumpliendo a su vez el deber de fidelidad? La segunda es: ¿qué pasa si uno de los cónyuges no cumple su deber de cohabitación ya no por una causa imputable a él, sino que por una enfermedad (como podría ser la impotencia) sobreviviente con posterioridad a la celebración del matrimonio?, es decir –en este último caso – no hay *culpa* del infractor del *deber de cohabitación*, pero tampoco se puede alegar la nulidad por ser una situación que no es coetánea a su génesis, ¿debe acá el otro cónyuge persistir en el cumplimiento del deber de fidelidad matrimonial?.

Distingamos ambas situaciones, para su más clara exposición:

A.- Incumplimiento culpable del deber de cohabitación: En esta hipótesis uno de los cónyuges derechamente se niega, sin causa justificada, a mantener

---

311 *V. supra* "CAPITULO TERCERO, II.-2.-".

312 AZPIRI, JORGE OSVALDO. *Derecho de…Op. cit,* pág. 124.

relaciones sexuales con el otro cónyuge: ¿se mantiene respecto de este último el deber de fidelidad matrimonial? Veamos nuestra posición:

a) Si el incumplimiento de deber de cohabitación obedece a *culpa* o *dolo*[313] del cónyuge infractor puede ubicarse derechamente dicho quebrantamiento como una infracción de un deber matrimonial y configurarse una causal de divorcio culpable conforme al artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil o de separación judicial por infracción de deberes conyugales, en su caso[314].
b) El cónyuge que padece el incumplimiento del deber de cohabitación tiene – por ende – la vías jurisdiccionales para obtener una sentencia declarativa de divorcio o separación judicial, que – consecuencialmente – haga cesar o suspenda, respectivamente, el deber de fidelidad matrimonial
c) Por lo antedicho, teniendo las herramientas legales para cesar o suspender el deber de fidelidad matrimonial, sin necesidad de espera plazos determinados, podría sostenerse que mientras no exista sentencia declarativa en dicho sentido, su deber de fidelidad matrimonial pervive.
d) Lo anterior evitaría excusarse de cumplir el deber de fidelidad matrimonial ante cualquiera negativa episódica a realizar actos sexuales por su respectiva coparte en el matrimonio.
e) No obstante y en sentido contrario, para los casos imposibilidad de acceder prolongadamente a la realización de actos sexuales, podría sostenerse la exculpación del infractor.
f) Lo anterior, no por una equiparación de las infracciones – pues no creemos aplicable una figura de una compensación análoga al *non adimpleti contractus*. Creemos que más bien podría sostenerse la exculpación por la íntima relación entre el deber de fidelidad matrimonial y el recíproco deber de cohabitación: si no es posible la

---

[313] Al exigir la imputación subjetiva a título de *dolo* o *culpa* se excluye las situaciones que justifiquen la negativa a cumplir dicho deber.

[314] Ya de antiguo, sin existir la referencia legal expresa al denominado *deber de cohabitación,* se incluía no obstante su incumplimiento como causal del ya pretérito *divorcio no vincular* en la antigua Ley de Matrimonio Civil, en su artículo 21 Nº 7, que establecía como causal la *"(…) resistencia a cumplir las obligaciones conyugales sin causa justificada".*

sexualidad con terceros, es lógico que esta deba cumplirse dentro del matrimonio; y si no se puede concretar la realización sexual con el respectivo cónyuge no podría exigirse el exclusivismo sexual propio del deber de fidelidad matrimonial.

g) Nuestra posición no es categórica, no obstante en principio nos inclinamos por sostener que mientras no exista sentencia declarativa de divorcio o separación judicial, habida cuenta de la posibilidad de acudir a dicha declaración por infracción del deber de cohabitación, pervive el deber de fidelidad matrimonial.

h) En efecto – y a diferencia de la separación de hecho - el cónyuge si persiste en el consorcio vital matrimonial: existe una manifestación volitiva Si pese al incumplimiento del deber de cohabitación insiste en la convivencia conyugal no podría excusarse de cumplir el correlativo deber de fidelidad matrimonial, mientras que – por el contrario – si efectivamente le resulta intolerable dicha abstinencia sexual dicho ánimo de separación debería concretarse en la separación de hecho y en la consecuente separación judicial o divorcio en su caso.

i) De mantenerse en la convivencia, nada implica que la lealtad conyugal en la esfera sexual desaparezca, pues pervive aún la *afectio maritalis,* no concurriendo ninguna manifestación de *animus separationis*; por el que el cónyuge respectivo no puede menos que prever lo lesivo o injurioso que sería su actuar infractor del deber de fidelidad matrimonial.

B.- Incumplimiento del deber de cohabitación por causa insuperable y sobreviniente: En esta hipótesis uno de los cónyuges se niega a mantener relaciones sexuales con el otro cónyuge, no por propia decisión, sino más bien por una causa insuperable y sobreviniente tal cual acaece en casos de impotencia posterior al matrimonio: ¿se mantiene respecto del otro el deber de fidelidad matrimonial?

Veamos:

a) Acá no hay *culpa* del infractor del *deber de cohabitación*, pero tampoco se puede alegar la nulidad por ser una situación que no es coetánea a su génesis.
b) Al no poder solicitarse ni nulidad matrimonial, ni divorcio, ni separación judicial, el vínculo conyugal pervive, y por ende también sigue imperando el deber de fidelidad matrimonial.
c) Creemos que igualmente son aplicables los comentarios a la situación de incumplimiento culpable, pues si bien no puede solicitar ni nulidad, ni divorcio, ni separación judicial por infracción de deberes conyugales, puede acaecer una separación judicial por el mero cese de convivencia, habida cuenta que la separación judicial por cese de convivencia no requiere plazo.
d) En efecto – y a diferencia de la separación de hecho - el cónyuge si persiste en el consorcio vital matrimonial: existe una manifestación volitiva, pues: si pese al incumplimiento del deber de cohabitación insiste en la convivencia conyugal no podría excusarse de cumplir el correlativo deber de fidelidad matrimonial, mientras que – por el contrario – si efectivamente le resulta intolerable dicha abstinencia sexual dicho ánimo de separación debería concretarse en la separación de hecho y en la consecuente separación judicial o divorcio en su caso.
e) De mantenerse en la convivencia, nada implica que la lealtad conyugal en la esfera sexual desaparezca, pues pervive aún la *afectio maritalis,* no concurriendo ninguna manifestación de *animus separationis*; por el que el cónyuge respectivo no puede menos que prever lo lesivo o injurioso que sería su actuar infractor del deber de fidelidad matrimonial

CAPITULO QUINTO:

Del rol de la voluntad de los cónyuges en la configuración del deber de fidelidad matrimonial

SUMARIO: *I.- ORDEN PÚBLICO VERSUS AUTONOMÍA CONYUGAL. 1.- Ideas previas.- 2.- Hacia la privatización del Derecho de Familia.- 3.- Orden público familiar como límite.- II.- SOBRE LA DISPONIBILIDAD DEL DEBER DE FIDELIDAD MATRIMONIAL EN EL DERECHO MATRIMONIAL CHILENO ACTUAL.1.- Intangibilidad de los deberes personales del matrimonio como solución tradicional en el derecho chileno.- 2.- Hipótesis de ingerencia de la voluntad conyugal en el deber de fidelidad matrimonial.- 2.-1.- Situaciones reguladas.- 2.-1.-1.- Separación judicial convencional.- 2.-1.-2.- Separación de hecho de mutuo acuerdo.- 2.-1.-3.- Reanudación de la vida en común como perdón conyugal.- 2.-2.- Situaciones no reguladas.- 2.-2.-1.- Voluntad conyugal de disponibilidad del deber de fidelidad matrimonial, manifestado concomitante o posteriormente al hecho que configuraría la infracción.-2.-2.-1.-1.- Swinger como opción sexual consentida por los cónyuges.- 2.-2.-1.-2.- Perdón conyugal de una infracción anterior.- 2.-2.-2.- Voluntad conyugal de disponibilidad del deber de fidelidad matrimonial, manifestado con anterioridad al hecho que configuraría la infracción.- 2.-2.-2.-1.- Convención de dispensa, pero referida a un hecho futuro específico.- 2.-2.-2.-2.- Convención de dispensa referida a hechos futuros de manera genérica.- 3.- Nuestra posición.- 3.-1.- Esfera de protección de la norma como criterio de solución.- 3.-2.- Aplicación de la teoría de los actos propios para el caso de participación o consentimiento en conductas de infidelidad conyugal.- 3.-3.- Exculpación del presunto infractor.- 3.-4.- Realce del autogobierno de los cónyuges como límite a la intromisión estatal.- 3.-5.- Excursus: Una mirada hacia el futuro, ¿la desjuridificación?*

I.- Orden público versus autonomía conyugal

1.- Ideas previas

Dentro de lo atingente a la configuración del deber de fidelidad matrimonial en nuestro ordenamiento jurídico nacional, capítulo aparte merece lo referido al rol de la voluntad de los cónyuges en dicha conformación. Dicho de otro modo, la pregunta planteada en las líneas siguientes es la siguiente: ¿pueden los cónyuges – fuera de las causales legales indubitadas de suspensión del deber de marras – modificar el contenido, o derechamente disponer, del deber recíproco de guardarse fe?

La respuesta a dicha interrogante, o, lo que es igual, la licitud o ilicitud de pactos consorciales a dicho fin, va de la mano, tanto, con la visión que se tenga respecto al rol del Estado – mediante el Derecho de Familia – en la determinación del vínculo matrimonial, y, tanto, con la ingerencia de la autonomía de los ciudadanos normados en la construcción del mismo.

La respuesta clásica es categóricamente negativa, campeando como gran ariete de batalla, contenedor de cualquier intervención de un autogobierno de los propios cónyuges, el denominado carácter de *orden público* con las que se tiñen las normas que rigen el derecho familiar en general y el derecho matrimonial en particular, de lo cual se desprendería la indisponibilidad de los deberes personales matrimoniales.

No obstante - no habiendo una norma expresa que establezca manifiestamente dicha indisponibilidad refractaria a la configuración autónoma de los cónyuges – se echa de menos un tratamiento más sólido y preciso del concepto de orden público referido a la esfera matrimonial, y un examen más detenido a la sazón de cada uno de los deberes conyugales.

Los casos prácticos que pueden acaecer en relación a nuestro deber matrimonial en estudio - como veremos - pueden ser más frecuentes de lo pensado

Sin pretender dar una respuesta acabada - y quizá sin los ropajes necesarios para develar y resolver dicha tarea - nuestra pretensión es más seráfica y modesta: poner el tema sobre la mesa.

2.- Hacia la privatización del Derecho de Familia

Desde la doctrina comparada se han advertido sendas transformaciones en las nociones esenciales del instituto matrimonial en general, en un fenómeno que la terminología foránea ha uniformado en denominar como *privatización del derecho familiar.*[315] Entre nosotros, suele

[315] En dicha nomenclatura, por todos, *vide* NAVARRO VALLS, RAFAEL. *Matrimonio y Derecho.* Editorial Tecnos, Madrid, 1995, págs. 56 y ss.; y MIZRAHI, MAURICIO LUÍS. *Familia, Matrimonio, y Divorcio.* Editorial Astrea, Buenos Aires, 1998, págs. 67 y ss.

hablarse directamente como *nuevo derecho de familia*, sin que sea una denominación esclarecedora del contenido del objeto referido[316].

Para NAVARRO VALLS, después de exponer latamente la configuración de lo que el denomina como *modelo clásico matrimonial* - de carácter monogámico, indisoluble, heterosexual, y de marcado influjo de la antropología cristiana – va detallando lo que, para el citado autor, conforma la erosión de dicho modelo clásico[317]. Dentro de dicha corrosión del sistema matrimonial tradicional, se refiere a cuatro fenómenos emparentados: *desjuridificación, desinstitucionalización, contractualización,* y *privatización.*[318]

¿Y en qué consiste la referida privatización? Sin entrar a explicar sus causas y los postulados filosóficos que le son antecedente ideológico[319] - pues dicha explicación escapa a nuestro tema – podemos efectuar, a riesgo de cierto esquematismo rígido, la siguiente descripción:

a) La consideración del matrimonio como un instrumento de autoafirmación personal[320]. Como afirma MIZRAHI: *"en definitiva, parece operarse una suerte de institucionalización del respeto para que cada una de las personas, con total libertad, pueda desarrollar sin trabas legales su plan de vida, elija el modo de convivencia y, sin la interferencia de los órganos judiciales, se halle habilitada para determinar las éticas que regirán su vida familiar".*[321]
b) Superación de la primacía de un interés suprapersonal a los cónyuges, generalmente rubricado bajo la denominación de *interés familiar.* Lo cual se condice – lógicamente – con el hecho de

---

316 En dicho sentido, *vide:* RODRÍGUEZ GREZ, PABLO. *Hacia un nuevo derecho…Op. cit*, págs. 117-136; y SILVA ABBOTT, MAX. *Ley de divorcio ¿sigue siendo el derecho de familia de orden público? (en Revista Actualidad Jurídica, Universidad del Desarrollo Nº 9, enero 2004),* págs. 83-109. Siendo noto que sean los académicos más conservadores quienes se detengan en las más detalladas explicaciones de dichas transformaciones: quizá sea – precisamente - por el rol crítico que ejercen sobre las referidas modificaciones.

317 NAVARRO VALLS, RAFAEL. *Op. cit.,* págs. 41 y ss.

318 *"El proceso actual de ´desinstitucionalización´ del matrimonio, es paralelo a dos desarrollos que son los de su ´contractualización´ y ´privatización´. Ambos en definitiva presuponen la ´desjuridificación´". Idem,* pág. 41.

319 NAVARRO VALLS se refiere desde el humanismo renacentista, pasando por la reforma protestante, el rechazo del matrimonio como sacramento, la superación del derecho natural objetivo de corte aristotélico tomista, hasta incluso la extensión del empirismo radical de base anglosajona. *Vide idem,* págs. 56-57.

320 NAVARRO VALLS, RAFAEL. *Op. cit.,* pág. 57.

321 MIZRAHI, MAURICIO LUÍS. *Op. cit.,* pág. 68

alzaprimar a los cónyuges como fines en sí, superiores al matrimonio como institución.[322]

c) Primacía de un sistema matrimonial *individualista* o *intimista* por sobre uno *comunitario* o *institucional*; lo que de suyo importa un mayor respeto por la privacidad consorcial.[323]

d) Prevalencia de lo privado sobre lo público, en donde la misión preferente de la norma será la protección de intereses individuales.[324]

e) Abstención del poder público de toda interferencia con lo que debe entenderse por comunión conyugal y unidad familiar, por lo que la autonomía familiar será el resultado de la convergencia de las previas autonomía privadas de sus miembros, en un proceso de contractualización de derechos y deberes, con la consecuente tendencia a la emancipación de los modelos normativos impuestos por la sociedad.[325]

---

[322] NAVARRO afirma que *"la vieja idea de la existencia de un ´interés de la familia´ que trascendiera y coordinase los intereses individuales, queda reducido a un vago e inconcreto principio que expresaría, a lo más, la suma de intereses individuales cualitativamente idénticos no susceptibles de subordinación a ninguna instancia superior"* NAVARRO VALLS, RAFAEL. *Op. cit.,* págs. 57-58; mientras a su vez MIZRAHI – citando ejemplos de modificaciones legislativas del derecho argentino – sostiene que *"estamos persuadidos de que los casos mencionados constituyen una prueba acabada de nuestra tesis, en el sentido de que no existe un interés familiar con una categoría independiente del interés individual,* MIZRAHI, MAURICIO LUÍS. *Op. cit.,* pág. 173.

[323] En una crítica a dicho carácter intimista del nuevo derecho matrimonial, el profesor SILVA ABBOTT afirma: *"por eso se estima también que buena parte de lo que incumbe a la vida familiar del sujeto pertenece a su más estricto y sacrosanto ámbito privado, de tal forma que cada uno es libre de tomar las decisiones que estime conveniente. Se da así un auténtico ´liberalismo salvaje´ en este ámbito y se considera que cualquier intromisión estatal, sobre todo en lo que se refiere a la vida de pareja (hetero u homosexual) es totalmente arbitraria e ilegítima"* SILVA ABBOTT, MAX. *Op. cit.,* pág. 90. Huelga decir de que plantea una caricaturesca imagen de hombre como un ser intrínsecamente irracional, egoísta, salvaje, no apto para fines propios, y no solidario, si no tiene pauta de comportamiento impuestas por reglas uniformes y heterónomas; vienen bien las palabras de MIZRAHI cuando sostiene – a propósito de una concepción conyugal intimista - que: *"estas connotaciones del derecho de familia posmoderno – un derecho matrimonial flexible, que permite una elaboración autónoma de la relación jurídica – no representa para nuestro concepto, como afirman algunos juristas, un fenómeno de ´deslegalización´, en el sentido de que el orden jurídico adoptaría una postura de ´descompromiso´ ante la realidad familiar. Si sostenemos siguiendo a CARBONNIER, que las reglas familiares vivientes no se vislumbran en el derecho, sino en los otros sistemas normativos (llámense religión, moral, costumbre, tradiciones, etc.), lo que la ley está haciendo es quizá respetar lo que podemos calificar como un valor esencial del hombre: su ´intimidad´; con el compromiso consiguiente de no inmiscuirse en la vida privada de los sujetos. Por ello la arista relevante de este proceso no es su faz negativa – la abstención – sino la positiva, o sea, la humanización de las relaciones matrimoniales, que se desprende de la flexibilidad apuntada".* MIZRAHI, MAURICIO LUÍS. *Op. cit.,* pág. 174.

[324] NAVARRO VALLS, RAFAEL. *Op. cit.,* págs. 58-59.

[325] *Idem,* págs. 59-60

f) No obstante que la noción de *orden público* sigue siendo un límite a la autonomía conyugal[326], con la privatización del derecho familiar en sede matrimonial se produce una disminución de los sectores que pueden ser considerados de *orden público*, con un repliegue de éste en el derecho matrimonial.[327]

g) Con el pluralismo y autonomía que se alzaprima, se conforma una pronunciada orientación a conferir a los interesados una amplia *disponibilidad* para confirmar el contenido de las relaciones jurídicas matrimoniales.[328]

3.- Orden público familiar como límite

Como ya enunciamos, uno de los límites al auge de la autonomía conyugal sería precisamente el *orden público familiar*, siendo preclaras las palabras de MIZRAHI cuando afirma que *"las nociones de privacidad y orden público no son de validez universal ni tienen un contenido estático. Por el contrario, son conceptos relativos y dinámicos; no es factible valerse de abstracciones generales. Dependen, en suma, del régimen político y económico y de los enfoques y formas aceptados por una comunidad determinada"*[329]

De ahí la antinomia sobre la cual transitará nuestro discurrir: *orden público familiar* versus *autonomía conyugal*. Empero decir - de todos modos - que la dialéctica antedicha es más operativa que estrictamente real, pues el binario referido - antinómico en principio - sirve para explicar el *iter* de las normas en la evolución de un determinado ordenamiento jurídico familiar y para realizar una operación interpretativa conteste a la conexión interna de cada una de sus normas en particular[330].

---

[326] MIZRAHI le da a lo que denomina *orden público matrimonial* un tratamiento expreso como *límite al derecho matrimonial flexible. Vide:* MIZRAHI, MAURICIO LUÍS. *Op. cit.,* págs. 174 y ss.

[327] *Vide* MIZRAHI, MAURICIO LUÍS. *Op. cit.,* págs. 67-69.

[328] *V.* MIZRAHI, MAURICIO LUÍS. *Op. cit.,* págs. 172-173.

[329] MIZRAHI, MAURICIO LUÍS. *Op. cit.,* pág. 68

[330] En este último sentido, el profesor argentino de Derecho Constitucional y Juez de Familia de la Provincia de Buenos Aires, don ALBERTO DALLA VIA, llega incluso sostener que: (sic) *"el orden público en el Derecho de Familia(…) no se contrapone con la autonomía de la voluntad sino que, por el contrario, en muchos casos la afirma, de donde resulta que orden público y autonomía personal no se excluyen sino que el primero puede resultar un límite preciso y útil para la realización de la segunda;* concluyendo más adelante que: *la autonomía personal y el orden*

En general, los límites de lo *público* y *privado* en el derecho están colmados de hitos y fronteras tremendamente movedizas, siendo – siguiendo en esto al profesor ENRIQUE BARROS – diversas la dimensiones de lo público y privado en la sociedad contemporánea.[331]

En este hilo de ideas, no siempre ha sido pacífica la ubicación del Derecho de Familia dentro del ordenamiento jurídico en general. Entre nosotros el profesor SOMARRIVA ha ubicado el derecho de Familia en una zona intermedia entre del Derecho privado y el Derecho Público; mientras que con un matiz diferente, otros autores sostienen que el Derecho de Familia es parte del Derecho Privado, pero con un marcado tinte de Orden Público, toda vez que no es el Estado parte de las relaciones jurídicas de familia, sino que son los particulares los vinculados por dichas normas; el Estado es sólo un tutor por el interés público que se colige de este ámbito normativo[332]

Como corolario de lo expuesto respecto de la ubicación del Derecho de Familia, se ha devenido en el acuñamiento del concepto de *orden público familiar*.

Con todo, la configuración de un concepto de *orden público familiar*, y - por extensión - la delimitación de su contenido, características, y consecuencias, tampoco es una discusión que se encuentre acabada y estática. Pues, como ya aludimos, nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado o difuso, a lo cual se añade la constante evolución que tiene la conformación y costumbres de las familias en el mundo social, lo que provoca un dinamismo bullente en la modificación tanto de los

---

público se encuentran en confrontación excluyente en los estados autoritarios o intervencionistas, pero no constituyen términos excluyentes en el estado democrático de derecho, donde la autonomía personal como principio inherente del liberalismo, encuentra fundamento moral en la máxima kantiana de que cada hombre es un fin en si mismo y, por lo tanto, acepta los límites establecidos por la interferencia intersubjetiva, el orden, y la moral pública" Sobre dicha tesis y sus fundamentos *vide:* DALLA VIA, ALBERTO RICARDO. *Relevancia del orden público en la afirmación de la autonomía personal;* publicación electrónica contenida en <www.uces.edu.ar>.

[331] El profesor BARROS expone con mucha claridad las diversas manifestaciones de lo *"público"* y *"privado"* en el Derecho en general. *Vide* BARROS BOURIE, ENRIQUE. *Lo Público y lo Privado en el Derecho* (en *Estudios Públicos Nº 81, verano, año 2000*, en publicación electrónica contenida en <www.cepchile.cl>.

[332] *Vid.* SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL; *Op. cit; Derecho de Familia*; Tomo I; 1983; págs. 7-9; ROSSEL SAAVEDRA, ENRIQUE. *Op. cit.,* pág. 6; MEZA BARROS, RAMÓN, *Op. cit., Manual de...,* pág. 8

textos de las normas jurídicas de familia como también en su interpretación. Veamos, no obstante, los comentarios de algunos autores sobre el concepto enunciado.

Los juristas BARRIENTOS GRANDON y NOVALES ALQUÉZAR[333], sin trazar definiciones precisas, se refieren derechamente a un *orden público constitucional familiar,* toda vez que resaltan el fenómeno de *"constitucionalización"* que ha tenido la rama del Derecho de Familia en nuestro ordenamiento patrio[334], principalmente a partir de lo previsto en el artículo 1º de nuestra carta constitucional, - ubicado en el acápite sobre *bases de la institucionalidad* - sobre la familia como núcleo fundamental de la sociedad y el deber estatal de protegerla y propender a su fortalecimiento. Como consecuencia normativa de aquel texto constitucional, dichos autores señalan que: a) toda la legislación tocante a la familia, es decir el derecho de familia de jerarquía legal, debe fundarse, adecuarse, e interpretarse en concordancia a los principios declarados como base de la institucionalidad so sanción de su inconstitucionalidad; b) en el derecho de familia ocupa un lugar central el interés de la sociedad y no sólo el de las personas que la integran, individualmente consideradas; c) las específicas reglas del derecho de familia se conciben generalmente como de orden público y de esta guisa son habitualmente expresadas como imperativas o prohibitivas; d) los deberes impuestos por las normas sobre la materia son, en la mayoría de los casos, indisponibles e imprescriptibles, habida consideración del interés social íncito en aquellos.

La profesora SCHMIDT HOTT[335], refiriéndose al *orden público familiar* como una limitante a la autonomía privada[336], señala que a su entender las limitaciones a la autonomía conyugal que componen el

---

[333] *Vide* BARRIENTOS GRANDON, JAVIER; NOVALES ALQUÉZAR, ARÁNZAZU. *Nuevo Derecho Matrimonial Chileno*. LexisNexis, Santiago, 2004, págs. 32-35.

[334] Sobre la "*constitucionalización"* del derecho de familia en Chile, *vide,* especialmente: SCHMIDT HOTT, CLAUDIA. *La constitucionalización del derecho de Familia.* . Contenida en *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello: Pasado, presente y futuro de la codificación. Tomo II.* Editorial Lexis nexis, 2005; págs. 1235-1244.

[335] SCHMIDT HOTT, CLAUDIA. *Algunas consideraciones en torno a la autonomía de la voluntad en el sistema económico matrimonial (en Revista Jurídica del Perú, Año LIII, Nº 43, febrero 2003)* págs. 33-40.

[336] Téngase presente –para dar claridad en cuanto al contexto de los aciertos de la autora citada – que su referencia se focaliza en lo atinente a la limitación de la autonomía de la voluntad en el orden matrimonial patrimonial o extrapersonal.

denominado orden público familiar son: (sic) *"la comunidad de intereses que implica la vida conyugal; el respeto a la personalidad individual de cada cónyuge; la solidaridad familiar por sobre un criterio economicista; y la igualdad"*[337].

El profesor de Derecho Político y Constitucional MIGUEL FERNANDEZ GONZALEZ, a propósito de los límites de la autonomía de la voluntad en el derecho civil, señala: (sic) *surge también la necesidad de tener en consideración el carácter limitado de aquella autonomía, reconocido desde siempre por el Derecho Civil sobre la base de conceptos abiertos o indeterminados, como los ya referidos del orden público y las buenas costumbres. (…)",* agregando más adelante – recordándonos a PLANIOL y RIPERT – la siguiente interrogante: *"(…) ¿qué es una disposición de orden público? En primer lugar y necesariamente, todas las leyes de Derecho Público, es decir, aquellas que reglamentan la organización y atribuciones de los diferentes poderes y de sus agentes (…).- Además, una ley puede pertenecer al derecho privado y, sin embargo, ser de orden público. Acontece siempre que la ley esté motivada por un interés general, que se comprometería si los particulares pudiesen impedir la aplicación de aquélla (…).- Las leyes de Derecho Privado que presentan este carácter pueden reducirse a cuatro categorías principales: 1° Las que reglamentan el estado y capacidad de las personas; (…)"*, en una clara referencia a lo – referido al ámbito familiar – concerniente al estado civil de las personas.[338]

En el derecho extranjero, don MAURICIO LUIS MIZRAHI[339] dedicando sendas cuartillas referidas al pluralismo y la autonomía en el derecho matrimonial[340], sostiene – precisamente – que el límite al principio de autonomía en sede matrimonial es el *orden público matrimonial,* que (sic) *se constituye así en un acotamiento, una restricción al pluralismo y a la flexibilidad que*

---

[337] *Ibidem,* pág. 35.

[338] FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, MIGUEL ÁNGEL. *Constitución y autonomía de la voluntad.* Contenida en *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello: Pasado, presente y futuro de la codificación. Tomo II*. Editorial Lexis nexis, 2005; págs. 1253-1255.

[339] MIZRAHI, MAURICIO LUÍS. *Op cit.,* págs. 172 y ss.

[340] Básicamente, en cuanto al *pluralismo* que – en su opinión- caracteriza la posmodernidad jurídica, afirma que el derecho tiende a resguardar, con la mayor amplitud posible, las conductas autónomas, y no heterónoma, de las cuestiones conyugales y familiares, lo que tiene como corolario una amplia *disponibilidad* para conformar el contenido de las relaciones jurídico matrimoniales. Todo lo anterior, es decir dicha amplia libertad del individuo para el desarrollo de su vida privada, deriva de concebir que *no existe un interés familiar con una categoría independiente del interés individual. Ibidem,* págs. 172-174.

caracteriza al actual derecho matrimonial,(…) se produciría una verdadera interferencia del Estado, el que tomará partido para incidir en el encauzamiento de los hechos conforme a ideales de justicia y adecuada valoración de las necesidades comunitarias[341]. Según el precitado autor argentino, el contenido que configura el denominado *orden público matrimonial* puede clasificarse en tres ámbitos: a) la *protección de los derechos e intereses de terceros*, toda vez que el ejercicio de la libertad de un individuo no debe implicar colocar a otros, aunque se trate de la sociedad en conjunto, en una situación de menor autonomía relativa, es decir, cuando la acción de uno se desenvuelve a costa del sacrificio del otro[342]; b) la *preservación de la dignidad humana*, tendiente a evitar que en la persecución de los planes individuales de vida de los hombres se usen, como meros medios, a sus semejantes; c) los *márgenes de asentimiento colectivo*, que se refiere a las valoraciones coyunturales de la sociedad en una época dada, es decir, atinge a las normas de cultura imperantes.

A nivel de derecho positivo no existe una norma que otorgue una definición ni una descripción de lo concerniente al *orden público familiar,* siendo, eso si, de destaque la prohibición para los particulares de efectuar pactos sobre el estado civil, lo cual es conteste con la común y extendida opinión acerca que la constitución de estado se encontraría dentro de las normas de *orden público*. En efecto el artículo 2450 del Código Civil prescribe que *"no se puede transigir sobre el estado civil de las personas",* a cuya infracción – por aplicación de los artículos 1682 y 1466 del Código Civil – se conforma un capítulo de *nulidad absoluta* por *objeto ilícito*.

En esta balanza, no siempre equidistante, entre autonomía versus orden público, tenemos avances legales positivos de mayor ingerencia de la voluntad de los particulares en el ámbito familiar en general, entre los que podemos citar a modo ejemplar: acuerdos sobre el titular del cuidado personal de los hijos comunes (artículo 225, inciso segundo del Código Civil); acuerdos sobre titularidad del ejercicio de la patria potestad respecto de los hijos comunes (artículo 244, inciso primero del Código Civil); elección del régimen patrimonial del matrimonio de manera previa o

---

[341] MIZRAHI, MAURICIO LUÍS. *Op. cit;* pág. 178.

[342] En tal caso *se impondrá sobre la autonomía el principio de la inviolabilidad de la persona. Ibidem.*

concomitante a la celebración de éste (artículo 1715 del Código Civil); pactos modificatorios del régimen patrimonial del matrimonio, durante la vigencia de éste (artículo 1723 del Código Civil); separación judicial convencional (artículo 27 inciso segundo de la ley de matrimonio civil); etc.

Con todo – y ya en lo referido a nuestro deber matrimonial en estudio – cabe el cuestionamiento acerca que si el referido auge de la autonomía conyugal derivada de la privatización del derecho familiar alcanza para sostener un margen de actuación o autogobierno para que los propios cónyuges puedan ingerir en la configuración del deber de fidelidad matrimonial. O debemos, por ahora, resignarnos con la clásica y arraigada respuesta negativa al amparo del concepto de *orden público* como *locis communis* al efecto.

II.- Sobre la disponibilidad del deber de fidelidad matrimonial en el derecho matrimonial chileno actual

1.- Intangibilidad de los deberes personales del matrimonio como solución tradicional en el derecho chileno

Como es de suyo conocido, ante la pregunta sobre la ingerencia de la voluntad de los cónyuges en el deber de fidelidad matrimonial, la respuesta tradicional será categórica: ninguna, pues son intangibles los deberes derivados del matrimonio por el carácter de orden público de los mismos.

Para resumir dicha postura tradicional, por todos y para no sobreabundar - tratándose además de un trabajo académico actual, y por ende con la observancia de los avances sociales – citaremos al destacado profesor RENE RAMOS PAZOS quien expone: (sic) *"En el derecho de familia hay un claro predominio del interés social sobre el individual. El interés individual es sustituido por un interés superior, que es el de la familia. Ese es el que se aspira a tutelar.(…) Las normas reguladoras del derecho de familia son de orden público, y como tales imperativas, inderogables. Es la ley únicamente, y no la voluntad de*

las partes, la que regula el contenido, extensión y eficacia de las relaciones familiares. Cierto es que la voluntad de los individuos juega, pero sólo en el inicio, pues posteriormente es la ley la que regula íntegramente esos actos. El mejor ejemplo es el matrimonio. Si las partes no consienten no hay matrimonio. Pero lo que allí se deriva lo establece la ley, no las partes.(…) El principio de la autonomía de la voluntad – piedra angular del Derecho Patrimonial – no juega en el Derecho de Familia.(…)".[343]

Si bien a nivel de texto legal expreso no hay norma que prescriba expresamente el carácter de orden público de las normas familiares, existen dos normas que puede abrigarse precisamente con dicha inspiración: el artículo 2450 del Código Civil que prohíbe la transacción sobre el estado civil de las personas, y artículo 1717 del Código Civil que prohíbe en las capitulaciones matrimoniales estipulaciones en detrimento de los derechos y obligaciones que las leyes señalan a cada cónyuge.

Desde dicha mirada, los cónyuges nada pueden decir o hacer respecto del deber en estudio.

2.- Hipótesis de ingerencia de la voluntad conyugal en el deber de fidelidad matrimonial

No obstante, y quizá a espalda de la referida solución clásica al problema, podemos ver diversas situaciones en las cuales convergen las voluntades de los cónyuges en referencia al deber en estudio.

Algunas de ellas al amparo del actual derecho matrimonial nacional; y otras – de ocurrencia social – ante la *non lege lata*, a la espera o de ser condenadas como convenciones ilícitas, o de ser reguladas en modificaciones venideras, o ser aceptadas en un cambio de mirada en estas materias. Veamos.

2.-1.- Situaciones reguladas

[343] RAMOS PAZOS, RENE. *Op. cit. Manual….* (2005), págs. 17-18.

Veamos algunas citaciones reguladas en nuestra legislación matrimonial, en las cuales habiendo ingerencia de la voluntad conyugal, indirectamente ésta repercute en el deber de fidelidad matrimonial

2.-1.-1.- Separación judicial convencional: la separación judicial es *"una institución en virtud de la cual se suspenden ciertos efectos del matrimonio en virtud de una sentencia judicial sin afectar el vínculo matrimonial, pues ella deja subsistentes todos los derechos y obligaciones personales que existen entre los cónyuges, salvo aquellos cuyo ejercicio aparece como incompatible con la vida separada de ambos, tales como los deberes de cohabitación y de fidelidad, que se suspenden"*[344]. Viene en sustituir lo que en nuestro sistema matrimonial anterior era el divorcio no vincular[345].

BARRIENTOS GRANDON y NOVALES ALQUÉZAR distinguen dos grandes capítulos o modalidades de la *separación judicial*: a) *separación causal*, dentro de la cual se distingue entre la derivada de falta imputable al otro cónyuge, y la derivada del cese de convivencia; y b) *separación convencional*, que se satisface sobre la base del simple acuerdo de los cónyuges. De modo que en la referida separación judicial denominada como convencional, y regulada en el inciso segundo del artículo 27 de la ley de matrimonio civil, ni siquiera sería menester alegar ni acreditar cese de convivencia[346]. En sentido diverso, RAMOS PAZOS incluye la hipótesis del inciso segundo del artículo 27 de la ley de matrimonio civil dentro de la causal genérica de cese de convivencia prevista en el primer inciso[347].

No obstante, por allende o por aquende, es del caso que el acuerdo de los cónyuges puede configurar – conforme al inciso segundo del artículo 27 de la ley de matrimonio civil – una causal de separación judicial, lo cual tiene los siguientes matices: entender – como lo hacen los juristas BARRIENTOS GRANDON y NOVALES ALQUÉZAR – que no requiere siquiera alegación ni prueba de cese de convivencia, la autonomía de voluntad en la causal sería absoluta; mientras que de entender – como lo hace el profesor RAMOS PAZOS – que se exige la ocurrencia de cese de

---

344 BARRIENTOS GRANDON, JAVIER; NOVALES ALQUÉZAR, ARÁNZAZU. *O. cit.*, pág. 306.

345 *Ibidem.*

346 *Idem,* págs. 307 y ss

347 RAMOS PAZOS, RENE. *Op. cit. Manual….* (2005), pág. 72

convivencia, el rol de voluntad de los cónyuges se ve menguada. No obstante caben los siguientes comentarios:

a) Aún requiriendo el cese de la convivencia, a diferencia de lo acaecido en sede de divorcio, no se exige un plazo de cese de convivencia.
b) La ley no distingue entre un eventual cese de convivencia por voluntad unilateral y el cese de convivencia de común acuerdo. Por lo que de exigirse dicho requisito podría haber incluso – tal cual lo advierten los juristas BARRIENTOS GRANDON y NOVALES ALQUÉZAR – una *autogeneración de la causa de separación,* pues podría cualquiera de los cónyuges abandonar unilateralmente el hogar común e inmediatamente – en base al cese de convivencia – solicitar la declaración judicial de separación judicial[348].
c) A diferencia con lo ocurrido en el antiguo divorcio no vincular regulado en la ley de matrimonio civil de 1884, en la separación judicial expresamente se prevé como consecuencia atribuida a dicha declaración judicial la **suspensión** del deber de fidelidad matrimonial, conforme lo prescribe el artículo 33 de la actual ley de matrimonio civil.[349]
d) La suspensión del deber de fidelidad matrimonial, como efecto de orden personal de la separación judicial, ocurre independientemente de la causa por la cual se produzca y decrete judicialmente la referida separación y con extensión para ambos cónyuges. Se da incluso la situación siguiente: el cónyuge que dio origen a la causal por haber infraccionado un deber matrimonial o filiativo, también vería suspendido su deber de fidelidad matrimonial.
e) Hoy, más allá de las diversas opiniones en la taxonomía de las causales, es un hecho cierto la mayor ingerencia de la voluntad de los cónyuges, ya que tanto pueden solicitar conjuntamente dicha solicitud, y tanto – incluso - podrían autogenerar una causal.

2.-1.-2..- Separación de hecho de mutuo acuerdo: El inciso segundo del artículo 26 de la Ley de Matrimonio Civil establece que (sic) "*no podrá*

---

348 BARRIENTOS GRANDON, JAVIER; NOVALES ALQUÉZAR, ARÁNZAZU. *O. cit.*, pág. 314.

349 En el antiguo divorcio no vincular, la doctrina insistía en la subsistencia del deber de fidelidad matrimonial.

invocarse el adulterio cuando exista previa separación de hecho consentida por ambos cónyuges"; de lo cual puede normativamente desprenderse que la separación de hecho consentida por los cónyuges suspende el deber de fidelidad matrimonial.[350]

Es evidente el rol de la voluntad de los cónyuges, los cuales pueden expresamente manifestar una voluntad que atinge a un deber matrimonial que *primae facie* es inalterable por el consentimiento del marido y la mujer. Nótese que – a diferencia de lo ocurrido en el antiguo régimen matrimonial – la nueva ley de matrimonio civil regula en un párrafo especialmente la separación de hecho, pudiendo los cónyuges, conforme a los artículos 21 y 22 de dicha ley, dar fecha cierta al cese de convivencia, por lo cual pueden formalizar y preconstituir prueba, reflejamente, acerca de la suspensión del deber matrimonial en comento.

2.-1.-3.- Reanudación de la vida en común como perdón conyugal: En los artículos 38 y siguientes de la ley de matrimonio civil se regulan la *reanudación de la vida en común* de los cónyuges que tiene como principales consecuencias poner fin al procedimiento destinado a declarar la separación judicial o a la separación judicial ya decretada, y reestablece el estado civil de casado.

En lo concerniente al rol de la voluntad de los cónyuges en relación al deber de fidelidad matrimonial, podemos efectuar los siguientes alcances:

a) Si la separación judicial decretada o la que se encuentra en trámite judicial se sustenta en la infracción de uno de los cónyuges del citado deber de fidelidad matrimonial, la reanudación de la vida en común opera como un perdón conyugal a dicho acto ilícito.
b) Lo antedicho viene a reforzarse por lo dispuesto en el artículo 41 de la ley de matrimonio civil, que previene que (sic) *"la reanudación de la vida en común no impide que los cónyuges puedan volver a solicitar la separación, si ésta se funda en hechos posteriores a la reconciliación de los cónyuges"*. En efecto, se desprenden las siguientes consecuencias:

[350] Sobre la separación de hecho consentida como hipótesis expresa de suspensión del deber de fidelidad matrimonial, y las cuestiones interpretativas que se suscitan, *vide* "CAPITULO TERCERO, III.-2.-1"

- No puede alegar para solicitar la separación judicial hechos anteriores a la reconciliación.
- Considérese que la separación judicial a la que la reconciliación pone término puede ser de cualquiera causa, pudiendo ser por el mero cese de convivencia: pero igualmente no pueden alegar hechos anteriores a la reconciliación, proscribiéndose aducir – en este sentido – cualquier infracción de deberes matrimoniales.
- Dentro de los hechos anteriores a la reanudación de la vida en común que podrían haber configurado una causal de petición de separación judicial, se encuentran las infracciones al deber de fidelidad matrimonial.
- Evidentemente, con la reanudación de la vida en común no pueden alegarse infracciones al deber de fidelidad matrimonial anteriores a la reconciliación, aunque dicha reconciliación recaiga en una separación judicial no ocasionada por culpa de alguno de los cónyuges
- Se colige de lo antedicho, que el consentimiento conyugal concretado en la reanudación de la vida en común opera como forma de dispensa de la eventual infracción del deber de fidelidad matrimonial ocurrido con anterioridad a la reconciliación.

2.-2.- Situaciones no reguladas

Trataremos dos grandes grupos: a) Voluntad conyugal de disponibilidad del deber de fidelidad matrimonial, manifestado concomitante o posteriormente al hecho que configuraría la infracción; y b) Voluntad conyugal de disponibilidad del deber de fidelidad matrimonial, manifestado con anterioridad al hecho que configuraría la infracción

2.-2.-1.- Voluntad conyugal de disponibilidad del deber de fidelidad matrimonial, manifestado concomitante o posteriormente al hecho que configuraría la infracción: Dentro de esta categoría se presentan, a su vez, diversas situaciones concretas. Veamos a modo ilustrativo algunas:

2.-2.-1.-1.- ***Swinger como opción sexual consentida por los cónyuge*s:** En Chile se ha incrementado la práctica del swinger como práctica sexual. En dicha fórmula concurre la voluntad de los cónyuges para realizar actos de connotación sexual con uno o más terceros: sea una o más parejas, un tercero, una tercera, o todos los anteriores a la vez. Con todo, en dicho intercambio y dialéctica sexual con otras personas que se incorporan al acto lascivo, puede haber diferentes grados de convenciones, pactándose los límites de común acuerdo por los intervinientes en el encuentro sexual: así – a modo ejemplar – puede haber swinger con la realización de coito; swinger sin la realización de coito pero con la realización de otros actos sexuales como sexo oral, masturbaciones recíprocas, etc.; swinger sin la realización de coito ni otros contactos físicos concretos y sólo compartiendo espacios comunes para fomentar el estímulo sexual a través de la observación de otros.

En el caso en comento, para cuando los intervinientes son cónyuges[351], se configura una verdadera convención conyugal cuyo objeto es la disponibilidad del deber de fidelidad matrimonial.

Luego, las preguntas saltan a la vista: ¿podría uno de los cónyuges que consintió y/o participó en los actos de connotación sexual con terceros, aducir la infracción del deber de fidelidad matrimonial y hacer exigible todas las consecuencias jurídicas que se imputan a dicho incumplimiento conyugal? De sostenerse la solución tradicional - por la indisponibilidad de los deberes personales matrimoniales – la respuesta debería ser la posibilidad de aducir la infracción.

Podría distinguirse entre quien alega la infracción habiendo consentido y participado en el acto, v gr.: un trialismo o pluralismo; y entre quien alega la infracción sin participar directamente, pero consiente en el acto, v. gr.: el matrimonio que concurre a un encuentro sexual con terceros, pero uno de los cónyuges – consintiendo en que se marido o mujer participe activamente - sólo observa sin participar. En el primer caso, de alegarse la infracción al deber de fidelidad matrimonial podría haber cargos recíprocos;

---

[351] Es de obvia observación que dicha práctica sexual no está reservada sólo a personas sujetas a vínculo de conyugalidad.

mientras que - por el contrario - es en el segundo caso en el cual el problema es más patente.

En el derecho argentino, en relación a este tipo de convenciones conyugales, es paradigmática una sentencia del año 2003 que refuerza la opinión tradicional de la indisponibilidad del deber de fidelidad matrimonial en razón del carácter público de las normas matrimoniales al efecto[352].

2.-2.-1.-2.- Perdón conyugal de una infracción anterior: Nos ubicamos en el supuesto en el cual la convención de dispensa es posterior a la infracción.

Claramente la situación no se encuentra regulada: ni en cuanto a su procedencia o validez, ni menos a su forma de manifestación

Así las cosas podemos plantear como pregunta: ¿el cónyuge que dispensa podría, a reglón seguido, acudir a tribunales alegando la infracción del deber de fidelidad matrimonial? Si estimamos como indisponible el deber matrimonial en colación, la respuesta tendría que ser afirmativa.

No obstante caben algunos comentarios:

---

[352] En efecto, se trata de una organización swinger (Asociación Argentina de Swinger) que viendo denegada su solicitud – por la Inspección General de Justicia – de reconocimiento de la personalidad jurídica para funcionar como organización civil de carácter privado, recurrió a tribunales. En lo pertinente sobre la indisponibilidad del deber de fidelidad matrimonial el fallo expone: *"La interpretación ensayada por la recurrente acerca del consentimiento recíproco de los cónyuges a mantener por cada uno de ellos relaciones sexuales con terceras personas, impidiendo hablar de engaño u ocultamiento, carece igualmente de virtualidad para soslayar la trasgresión de los principios básicos de la institución del matrimonio que conforma el orden público familiar. En efecto, el deber de fidelidad contenido en el artículo 198 del Código Civil presupone exclusividad del débito conyugal respecto del otro cónyuge (…). Con el matrimonio -decía bien Valerio Campogrande -, cada cónyuge renuncia a su libertad sexual, en el sentido de que pierde el derecho a unirse carnalmente con otra persona diversa del otro cónyuge; pero adquiere un derecho propiamente dicho al acceso conyugal. De ahí que la obligación de fidelidad se conjuga, en lo negativo, en la abstención del ejercicio ilegítimo del ius in se ipsum en la esfera sexual. Como dicen Kipp y Wolff, el matrimonio es una relación jurídico-familiar, por la que cada uno de los cónyuges obtiene sobre el otro un derecho personal absoluto, esto es, eficaz y oponible erga omnes, que proviene de la comunidad sexual.-*

En este mismo sentido, debe recordarse que la imperatividad de la disposición legal que consagra el deber de fidelidad implica que no pueda tener validez convención alguna por la cual uno de los esposos dispense al otro de su cumplimiento o ambos se lo dispensen mutuamente (conf. Belluscio, "Derecho de Familia", t. II, y calificada doctrina citada bajo n° 134; artículos 21 y 230 del Código Civil), con lo cual queda huérfana de sustento la argumentación principal intentada por la apelante".- Vide Denegación de reconocimiento. Transgresión al deber de fidelidad conyugal. Ausencia de "bien común" R. 355243 - *"Asociación Argentina de Swingers c/ Inspección General de Justicia (I.G.J)"* C - 1702477 contencioso/ administrativo".- CNCIV – SALA A.- 17/03/2003.

a) Ya vimos que existe un caso de perdón conyugal, a propósito de la reconciliación en la separación judicial y ante las consecuencias que pueden colegirse de la interpretación del artículo 41 de la ley de matrimonio civil.
b) Dicho perdón conyugal derivado del tenor del artículo 41 de la ley de matrimonio civil tendría plena validez.
c) No obstante, resulta de poca armonía axiológica que por una parte se otorgue valor a dicha perdón conyugal cuando ha precedido separación judicial declarada, o un procedimiento judicial destinado a su declaración ya iniciado, (nos referimos al citado artículo 41 de la ley de matrimonio civil); y por otra parte se niegue valor a dicha voluntad conyugal cuando no ha precedido separación judicial: ¿porqué habría un tratamiento desigual entre los cónyuges no separados judicialmente y los que si lo están?

2.-2.-2.- Voluntad conyugal de disponibilidad del deber de fidelidad matrimonial, manifestado con anterioridad al hecho que configuraría la infracción: Dentro de esta categoría se presentan, a su vez, diversas situaciones concretas. Veamos a modo ilustrativo algunas:

2.-2.-2.-1.- Convención de dispensa, pero referida a un hecho futuro específico: Nos ponemos en el caso que preceda un acuerdo de los cónyuges, para dispensar un acto de infidelidad matrimonial, circunscrito a un hecho futuro específico.[353]

2.-2.-2.-2.- Convención de dispensa referida a hechos futuros de manera genérica: En esta categoría, se incluyen las convenciones conyugales para dispensar actos de infidelidad que en general puedan ocurrir hacia el futuro, sea dispensando totalmente el deber o bien rebajando la conducta exigida[354]

Algunos comentarios comunes para ambas categorías:

---

[353] A modo ejemplar: en el matrimonio entre Z y W, éstos convienen que tal día W podrá efectuar actos de connotación sexual con X.

[354] Así puede acordarse en el matrimonio entre Z y W, que cualquiera de ellos puede realizar cualquier acto de connotación sexual con terceros, o bien – en su caso – a modo de ejemplo, permitir actos sexuales diversos del acto de cópula.

a) De estimarse que el deber de fidelidad matrimonial se mantiene pese a que los cónyuges pretendan lo contrario, aquella posición se refuerza por la imposibilidad de condonar el dolo futuro. En dicho sentido, la situación sería diversa a los casos de voluntad prestada conjunta o posteriormente al acto de infidelidad consorcial.
b) De aceptarse su procedencia, se ocasionaría el problema de la oportunidad y forma de manifestación, pudiendo discutirse su incorporación en las capitulaciones prematrimoniales
c) No obstante el artículo 1717 del Código Civil que prohíbe en las capitulaciones matrimoniales estipulaciones en detrimento de lo derechos y obligaciones que las leyes señalan a cada cónyuge
d) Por lo demás, se afectaría la igualdad de cónyuges si la dispensa previa sólo favoreciera a uno de éstos.

3.- Nuestra posición

Sin el ánimo de solucionar el punto, sino que solamente con la modesta intención de proponer un reestudio de estos temas, plantearemos algunos comentarios al efecto.

3.-1.- Esfera de protección de la norma como criterio de solución

En el primer capítulo de este trabajo deslizamos cuartillas acerca de las razones político legislativas y de legitimidad de la intervención del Estado en la conducta sexual conyugal, indagando en lo atingente a los fundamentos y fines de la norma prescriptiva del deber de fidelidad.[355]

El anterior examen – y según ya expusimos - cobra utilidad y uso práctico al momento de dilucidar si, tras la norma en colación, se encuentra como telón de fondo una auténtica norma de *orden público* o si, por el contrario, es una norma que pese a encontrarse ubicada dentro del Derecho de Familia se corresponde más bien –de acuerdo a los bienes jurídicos

[355] *Vide supra* "CAPITULO PRIMERO, II.-"

tutelados y a las normas de cultura vigentes a la actual data – en el ámbito del interés privado de los cónyuges.[356]

Nuestra tesis, acerca de los bienes jurídicos protegidos con el deber de fidelidad matrimonial en nuestro ordenamiento jurídico, afirma que en el Código Civil original el fundamento no era otro que promover la certeza filiativa, pero que – con los avances legislativos - dicha finalidad protectora es anochecida y no explica las normas modernas del derecho familiar; siendo más apropiado estimar como actual esfera de protección de la norma a la *lealtad conyugal en el plano de lo sexual* como bien jurídico amparado.[357]

Como corolario a la elección del bien jurídico resguardado por la norma que impone el deber en estudio, subyace una posible lectura referida al carácter del interés protegido que va desde lo público a lo privado.

En nuestra opinión no todas las normas familiares resguardan necesariamente intereses estrictamente públicos, siendo el caso del deber de fidelidad matrimonial – en la medida que lo repleguemos de su original función de evitar la turbación de sangre en los posibles hijos – un ejemplo de protección de bienes jurídicos de índole particular de los cónyuges. De lo antedicho puede derivarse la mayor disposición que éstos pueden efectuar en los recíprocos deberes de fidelidad en el matrimonio.

Como vemos, la esfera protectora de la norma puede aportar luces al momento de dar respuestas acerca de la disponibilidad a consecuencia de convenciones autónomas de los propios interesados en el citado deber.

3.-2.- Aplicación de la teoría de los actos propios para el caso de participación o consentimiento en conductas de infidelidad conyugal

---

[356] Como expusimos oportunamente: *"La búsqueda de bienes jurídicos de trascendencia, colaboran con el examen crítico de la norma, evitando así una mantención de la norma, una integración de su contenido normativo, o una interpretación de su sentido, que atienda exclusivamente a una mera imposición moral por parte del Estado, conteniendo de este modo que el deber de fidelidad matrimonial se transforme en un mero deber de prohibición huero o carente de significación en cuanto a concretos bienes jurídicos protegidos"*, *vide supra* "CAPITULO PRIMERO, II.-1.-".

[357] En extenso sobre nuestra posición en este particular, *vide supra* "CAPITULO PRIMERO, II.-3.-".

La teoría de los actos propios - que encuentra su análoga en la figura del *stoppel* en el *common low* – puede también ser un criterio de solución jurídica a los casos expuestos.

Dicha doctrina que tiene su génesis en la doctrina general de la *buena fe,* puede ser expansiva a todas las áreas del derecho, inclusive para el derecho matrimonial.

En efecto, se afecta la buena fe cuando una persona pretende ejercer algún derecho o facultad en contradicción con una conducta anterior de entidad o relevancia jurídica

En los casos relatados se podría aplicar la teoría de los actos propios en todos los casos en que uno de los cónyuges quisiese alegar una infracción al deber de fidelidad matrimonial por parte del otro cónyuge, cuando el primero ha consentido e incluso participado en el propio acto configurativo del incumplimiento alegado pues se actuaría en contra de la primera voluntad ya manifestada. A modo de ejemplo: imaginemos en caso del *swinger* en donde ambos cónyuges – adultos y librevolentes – consintieron efectuar un acto sexual con un tercero o tercera: ¿podría alguno de los cónyuges que consintió expresamente alegar la infracción del deber de fidelidad matrimonial de su coparte en el vínculo de conyugalidad?

Creemos que es totalmente aplicable esta solución para los casos de consentimiento de los cónyuges, pues huelga repetir que no se puede desconocer por el juzgador la voluntad explicita o tácita y la conducta desplegada con anterioridad por quien alega el incumplimiento. Máxime si el ordenamiento jurídico estima como valiosos los vínculos de confianza y comunión entre los cónyuges: si uno de ellos presta su aquiescencia para la realización de un acto y luego a reglón seguido se desdice, nos parece que es este comportamiento el que atenta contra la confianza conyugal, reaccionando con desapego a la *bona fides* que debe reinar en el consorcio vital matrimonial.

3.-3.- Exculpación del presunto infractor

El autor argentino BELLUSCIO – en contra de la solución clásica imperante en su país – otorga una solución en razón de la ausencia de *dolo* o *culpa*. En dicha línea argumental señala, propósito de adulterio como causal de divorcio: (sic) *"Numerosas legislaciones extranjeras establecen expresamente que el adulterio no es causa de divorcio o separación cuando ha sido provocado, tolerado o consentido por el otro cónyuge. La nuestra no lo hace así, pero debe llegarse a igual conclusión por aplicación de los principios generales referentes a las causales fundadas en culpa. En efecto, se trata de una sanción para el cónyuge que incurre en un comportamiento agraviante para el otro, y el agravio desaparece en esos casos; falta el requisito de imputabilidad pues no hay dolo ni culpa en las relaciones adulterinas."* [358]

Creemos que en nuestro derecho, y habida cuenta de todo lo expuesto en el capitulo respectivo[359], puede también aplicarse una solución jurídica a través del examen sobre concurrencia o ausencia de imputación subjetiva como factor de responsabilidad; toda vez que el agente que despliega una conducta externa que infracciona el deber impuesto por la norma no tiene la intensión de lesionar el bien jurídico amparado por la norma, e incluso no se representa como previsible dicho resultado lesivo, pues es consistente sostener que si su coparte en el vínculo matrimonial acepta o participa es porque no ve afectada la lealtad conyugal en el plano sexual que espera de su marido o mujer.

Lo anterior tampoco se ve refutado, en nuestro parecer, por la proscripción de condonación del dolo futuro: una situación es que se perdone un dolo existente - o más que existirá - en la infracción de un deber cualquiera, y otra diversa es que -por la disponibilidad del bien jurídico protegido por la norma y por la ausencia de previsibilidad y previsión efectiva de lesión del mismo – el dolo nunca se configure.

En síntesis: ante la imposibilidad de configurar un título de imputación subjetiva, no se puede atribuir responsabilidad jurídica alguna.

3.-4.- Realce del autogobierno de los cónyuges como límite a la intromisión estatal

---

[358] BELLUSCIO, AGUSTO CESAR. *Op. cit., Manuel de…,* págs 373-374.

[359] *Vide supra* "CAPITULO CUARTO"

Bien viene nuevamente formular una pregunta con la cual partimos el trabajo en el primer capítulo: ¿por qué el Estado – y claramente no sólo el nuestro – puede entrometerse en la regulación de la vida sexual conyugal?

Parece consistente afirmar que en cuanto no esté en concreto peligro de lesión el bien jurídico protegido por la norma en estudio, deben ser los cónyuges quienes autogobiernen el modo en que conduzcan su vida sexual.[360]

Lo contrario, junto con la imposición de una moral estatal incompatible con la concepción de cónyuges maduros que puedan decidir sobre los destinos de sus vidas y los vínculos consorciales que construyen, sería ir a descompás de la tendencia de repliegue estatal en estas materias y con las transformaciones en la vida sexual moderna que, en toda sociedad laica y pluralista, no necesariamente tiene que adecuarse a una determinada mirada moral. Nótese que incluso juristas de influjo más bien conservador han advertido – obviamente de manera crítica – la modificación de los hábitos sexuales: en este sentido con muy lúcida observación RODRIGUEZ GREZ ha identificado lo que denomina *nueva moral sexual* como factor del cambio de época para el nuevo derecho de familia, señalando preclaramente que: (sic) *"esta nueva moral sexual tendrá influencia decisiva en el derecho de familia, en general, y particularmente en sus instituciones"*[361].

Coincidimos con MAURICIO TAPIA cuando sostiene, en relación al autogobierno de los cónyuges, que (sic) *"por lo demás, existen en la sociedad una pluralidad de concepciones de familia y dentro de ella cada pareja diseña su relación,*

---

[360] MAX SILVA en profusa crítica a la protección de la intimidad sexual como barrera a la intromisión estatal, señala que *"(…) suele escucharse que la autoridad pública no puede inmiscuirse en la vida privada de las personas; sin embargo, existen muchos aspectos de la vida privada de los ciudadanos en que la autoridad no sólo ha tenido injerencia, sino que además se ha inmiscuido de manera notable. Piénsese, por ejemplo, en las políticas demográficas, que propugnan el uso de anticonceptivos de todo tipo, o la reciente campaña de esterilización, políticas que inciden directamente en la vida sexual de la población"* SILVA ABBOTT, MAX. *Op. cit.,* pág. 101. Parece ser que el jurista citado confunde las *políticas públicas* con las *normas jurídicas de suyo coactivas*: una cosa es promover cuestiones atingentes a aspectos sexuales de los ciudadanos (uso de preservativos por ejemplo) y otra es obligar normativamente a un determinado comportamiento en lo sexual; y hasta donde hemos investigado no hay norma que imponga coactivamente ni la esterilización ni el uso de anticonceptivos.

[361] RODRIGUEZ GREZ, PABLO. *Op. cit., Hacia un nuevo derecho…,* pág. 122.

dando un contenido diverso de los deberes legales (fidelidad, respecto, protección, etc.)"[362], alzaprimando con dichas afirmaciones la autonomía conyugal en el diseño de los deberes que campean en las relaciones consorciales.

Se podría replicar que si no están dispuesto a someterse al contenido de los deberes conyugales en su versión más clásica, entonces los ciudadanos pueden elegir no contraer matrimonio, ejerciendo ahí su parcela de libertad. Pero aquello sería tapar el sol con un dedo: bien pueden los ciudadanos querer someterse a determinadas consecuencias propias del matrimonio (carácter de legitimario en materia sucesoria, por ejemplo) para las que es necesario estar bajo el imperio de sus normas. Por lo demás, más que excluir los márgenes de libertad a las afuera de la institución matrimonial – con toda la situación de desventaja jurídica que implica el concubinato – parece ser más apropiado incluir márgenes de pluralidad y autonomía dentro de éste.[363]

3.-5.- *Excursus:* Una mirada hacia el futuro, ¿la desjuridificación?

---

[362] TAPIA, MAURICIO. *Op. cit., Nulidad y divorcio…,* pág. 234.

[363] Respecto del reconocimiento de la libertad ciudadana y del amparo que el Estado debe otorgar a los diversos proyectos de vida de éstos, es pertinente recordar un argumento, precisamente de corte liberal, que se esgrimió a propósito de la posible elección de los cónyuges entre un matrimonio disoluble y uno indisoluble. JAVIER BARRIENTOS y ARÁNZAZU NOVALES – citando ideas de ALEJANDRO GUZMÁN BRITO – señalan que la imposición de un matrimonio indisoluble vulnera *"la libertad de las personas consagrada como una de las bases de la institucionalidad del inciso 1 del artículo 1 de la misma Constitución, porque impide que las personas puedan ejercer su libertad para contraer matrimonio indisoluble.- El razonamiento y argumentación anterior ha sido defendido, con particular lucidez, por Guzmán Brito (…) quien agregaba: ´el problema del divorcio en Chile debe solucionarse necesariamente sobre la base de dos uniones, una con divorcio y otra sin divorcio, para que las personas escojan bajo el cual casarse. Establecer una sola, con divorcio, atenta contra la libertad proclamada por el artículo 1 inciso 1 de la Constitución Política´ (…). Excluido el matrimonio indisoluble de la ley, todo aquel, que como los autores de este libro, sienten y creen firmemente que una de las opciones para lograr su mayor realización espiritual posible es la de un matrimonio indisoluble, está condenado, por la ley civil, a evitar que su matrimonio caiga bajo la voluntad totalitaria de la ley 19.947, (…). De este modo, el natural y legítimo derecho de las personas a buscar y a decidir libremente cuál es su ideal de vida buena y bella debe ejercerse al margen del Estado y huyendo de él".* BARRIENTOS GRANDON, JAVIER; NOVALES ALQUÉZAR, ARÁNZAZU. *O. cit.*, págs. 356-357. Da para pensar, pues dicha argumentación de tinte liberal y pluralista – *mutatis mutandi* – puede aplicarse a los acuerdos conyugales sobre su forma de vivir la sexualidad y sobre su elección de *vida buena y bella.* Por supuesto no podemos saber si los señores GUZMAN BRITO, BARRIENTOS GRANDON, y NOVALES ALQUÉZAR, compartirán la presente analogía argumental, pero creemos que si somos liberales allende no vemos por qué no aquende.

Con todo, y en una mirada hacia el futuro, cabe preguntarse sobre la viabilidad de la desjuridificación del deber de fidelidad matrimonial: ¿si llegamos al punto de entregar su contenido a la autonomía conyugal será menester mantenerlo con el carácter de jurídico?

Caben los siguientes comentarios:

a) En la medida que el deber de fidelidad matrimonial de la mujer siga siendo presupuesto de la presunción de paternidad del marido, lo cual influye en la determinación filiativa de los hijos, el citado deber se mantendrá.
b) Lo anterior no es óbice para sostener, según se expuso oportunamente, que sostengamos que hoy ampara preferentemente un bien jurídico diverso: la lealtad conyugal.
c) La tendencia – con los avances tecnológicos – es la más prolija investigación de filiación, con mayor certeza en la identidad entre la procreación biológica y la filiación formal.
d) De seguir con dichos avances en sede filiativa, y de desdibujarse la necesidad de la presunción de paternidad del marido, creemos que el deber de fidelidad matrimonial carecería de total entidad en la determinación de la filiación.
e) En dicho escenario hipotético el destino de nuestro deber de fidelidad matrimonial podrían ser tres: el primero, ser mantenido como un deber de actuación por estimarse que es una conducta virtuosa o correcta; el segundo, entender su juridificación en razón exclusivamente de bienes jurídicos de interés individual de los cónyuges, y por tanto disponible, de laya de ser entregada su configuración a los propios imperados; y el tercero, el total repliegue del derecho en una total desjuridificación.
f) Creemos que en la medida que se utilicen sistemas objetivos, que eviten la indagación de infracciones conyugales, para la obtención de ciertas pretensiones jurídicas, aumentará el repliegue de la juridificación en dichas materias.[364]

---

[364] Así, si una cónyuge quiere obtener el término del régimen de sociedad conyugal por lo intolerable que le resulta la vida con su marido – además de lo intolerable de que sea él quien le administre los bienes propios a ella - , antes que recurrir a la tediosa acción de separación de bienes por infracción, por ejemplo,

g) En dicho punto, compartimos las críticas a la indagación de culpas en la infracción de los deberes matrimoniales[365], pero reiteramos nuestra postura en razón que parece ser más preciso - si se quiere ir más a la raíz del problema – apuntar precisamente los dardos a la necesidad o no de *juridificar* dichos deberes[366]

Creemos que el derrotero del deber de fidelidad matrimonial a la luz de los avances del derecho familiar en general va a ser de alta importancia, por lo que la atención debe centrarse – con las modificaciones venideras – precisamente en la conveniencia de su mantención, y en los fines a los cuales serviría; pues no vaya a ser que mantengamos un deber jurídico huero en protección de bienes de significación jurídica, o lo que es peor, sólo para imponer un determinado ideal de virtud, en desmedro de la pluralidad de modelos de vidas correctas.

Compartimos postura con el profesor BARROS BOURIE, cuando sostiene que en una sociedad pluralista la ley civil no debe asumir un rol excesivamente fuerte en la conformación de las costumbres, relegándose el Estado en aspectos íntimos; expresando que *"en materias más vinculadas a la autonomía e intimidad de la persona o de la familia, la tendencia creciente del derecho comparado vaya hacia la consolidación de un espacio de ´no derecho´. La sociedad renuncia a la coacción propia de la ley civil para transferir de lleno la tarea ordenadora de la convivencia a otras instancias normativas. Desde esta perspectiva es prudencialmente preferible que la disputa (no sólo discursiva, sino práctica) entre las diversas formas de vida y las creencias que las sostienen se plantee en la sociedad civil";* agregando luego, acerca de los límites de eficacia o actuación legítima del derecho civil en

---

del deber de fidelidad matrimonial (conforme al artículo 155 del Código Civil), le será más expedito solicitar la separación judicial por cese reconvivencia, sin exigencia de plazo de dicha cesación, y obtener el mismo fin (27 inciso primero y 34 de la ley de matrimonio civil).

[365] Lucidamente lo hace MAURICIO TAPIA. *Vide* TAPIA R, MAURICIO. *Op. cit; Nulidad y divorcio…*, págs. 233 y ss.

[366] Como ya expusimos: *"si sostenemos que ´(…) en las relaciones familiares tal reproche debe permanecer en la intimidad de la familia; el derecho, con sus pobres medios, es incapaz de explorar los motivos de conflictos irreductibles´, parece coherente preguntarse por la intromisión más genérica – imponiendo deberes de índole jurídico - del derecho ante aspectos más propios del autogobierno de los cónyuges: si se lleva dicha crítica a todas sus consecuencias, más que replegar el concepto jurídico de culpa en las relaciones consorciales, más bien el derecho debería abstenerse de regular ciertos deberes que podrían estar entregados a la privacidad de los propios cónyuges y, en su caso, a otros órdenes normativos, pues de lo contrario quedamos a medias tintas: juridizamos el deber de actuación pero le sugerimos al señor juez que no pesquise sobre culpas".* Vide supra, "CAPITULO CUARTO, II.- 2.-"

materias vinculadas a la familia que, *"es sabido que la ley civil no tiene por objeto construir un mundo perfecto. Su alcance no puede ser la represión de todos los actos incorrectos, ni, menos aún, ordenar todos los actos virtuosos (…)";* finalizando más adelante que: *"conviene atender a que la ley civil no es eficaz para actuar sobre la conciencia o sobre la intimidad familiar y que debe perseguir propósitos más bien modestos".*[367]

[367] BARROS BOURIE, ENRIQUE. *Op. cit. La ley civil ante…,* págs. 6, 10 y 15, respectivamente.

TERCERA PARTE: DE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS COMO EVENTUAL CONSECUENCIA JURÍDICA ATRIBUIDA AL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE FIDELIDAD MATRIMONIAL

CAPITULO SEXTO:

De la indemnización de perjuicios entre cónyuges en general y de su aplicación a la infracción de los deberes matrimoniales

SUMARIO: *I.- GENERALIDADES ACERCA DE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS IMPUTADAS AL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE FIDELIDAD MATRIMONIAL. 1.- Ideas previas.- 2.- De las consecuencias referentes a los aspectos patrimoniales entre los cónyuges, y de la indemnización de perjuicios en particular.- II.- PROCEDENCIA DE INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS ENTRE CÓNYUGES. 1.- Aspectos generales.- 2.- Tesis denegatoria.- 2.-1.- Repugna moral de lucrar.- 2.-2.- Falta de contenido patrimonial de los deberes personales del matrimonio. Indeterminación del quantum indemnizatorio.- 2.-3.- Ausencia de norma expresa.- 2.-4.- Especialidad del Derecho Matrimonial: Separación entre el Derecho Patrimonial y el Derecho de Familia.- 2.-5.- Fuga al Divorcio-sanción: preservación de la pax familiae.- 2.-6.- Fragilidad del concepto de culpa en la crisis familiar.- 3.- Tesis permisiva.- 3.-1.- Ausencia de norma prohibitiva.- 3.2.- Aplicabilidad del concepto de hecho ilícito: el ordenamiento jurídico como plexo normativo sistémico.-*

3.-3.- Legitimidad para la reparación de los daños morales o extrapatrimoniales. Problema de la fijación judicial de quantum indemnizatorio rebasa la eventual indemnización procedente en el ámbito del Derecho Familiar.- 3.-4.- Infracción de deberes legales preestablecido por el ordenamiento legal: su infracción sobrepasa la mera vulneración del deber general de abstención de dañar a otra persona.- 3.-5.- Argumento axiológico: si existe deber de reparación por daños para extraños, ad fortiori a quienes tienen deberes de respecto recíproco.- 3.-6.- La indagación de la culpa en la infracción de deberes conyugales es más bien un problema probatorio de cada proceso judicial in concreto.- 3.-7.- El peligro de fuga al divorcio sanción es más bien un problema político legislativo: non lege data de normas que impidan indagar en la identificación del cónyuge infractor. Superación de la pax familiae como límite a la judicialización de asuntos familiares.-

4.- Nuestra opinión para el derecho nacional.- III.- ESTATUTO DE RESPONSABILIDAD CIVIL APLICABLE: CONTRACTUAL O EXTRACONTRACTUAL. 1.- Distinción entre la responsabilidad contractual y extracontractual.- 2.- Soluciones posibles para la determinación del estatuto aplicable al deber de fidelidad matrimonial en nuestro derecho: opinión de la doctrina.- 3.-

Nuestra posición.- 3.-1.- Al entenderse como un deber jurídico específico y no como una obligación en sentido técnico estricto, se aplica el régimen extracontractual.- 3.-2.- Incluso, de entenderse como obligación en sentido técnico estricto, se trataría de una obligación legal y no contractual: igualmente se aplicaría el régimen extracontractual.-

I.- Generalidades acerca de las consecuencias jurídicas imputadas al incumplimiento del deber de fidelidad matrimonial

1.- Ideas previas

En las consecuencias jurídicas, de índole civil, derivadas del incumplimiento del deber de fidelidad matrimonial podemos distinguir – a riesgo quizá de omitir alguna que quedaría a la deriva de esta clasificación – tres grandes grupos, a saber: a) *las consecuencias referentes al vínculo matrimonial*, de cuya guisa la infracción del deber matrimonial de marras acarrea la configuración tanto de una causal de divorcio como de una causal de separación judicial; b) *las consecuencias referentes a los efectos de la filiación con los hijos comunes del matrimonio*, toda vez que la vulneración del deber en comento puede eventualmente – y discutiblemente – acarrear la configuración de una causal de inhabilidad moral para ejercer el cuidado personal de los hijos comunes[368]; y c) *las consecuencias referentes a los aspectos patrimoniales entre los cónyuges*, habida consideración que, no obstante estar ante un deber jurídico de índole no patrimonial, es del caso que a su quebrantamiento se pueden imputar consecuencias normativas de carácter patrimonial[369].

Hemos preterido el tratamiento de las posibles consecuencias jurídicas en la esfera filiativa por ser una materia más propia del Derecho de

---

[368] Existe jurisprudencia antigua que sostiene que la conducta sexual impropia de uno de los cónyuges, infraccionando el deber de fidelidad matrimonial como elemento esencial del matrimonio, configuraría *"malos ejemplos"* para los hijos matrimoniales, y de esta guisa, configurándose una causal de inhabilidad moral para ejercer la titularidad del cuidado personal.

[369] Tales como la conformación de una causal directa – de acuerdo al artículo 155 del Código Civil – de separación judicial de bienes; o la influencia en la determinación del *quantum* de la eventual compensación económica.

Menores como rama de mayor especificidad dentro del Derecho Familiar[370].

Respecto de lo que hemos denominado como *consecuencias referentes al vínculo matrimonial,* o, lo que es igual, sobre la configuración tanto de una causal de divorcio como de una causal de separación judicial, se ha generado abultada literatura acerca o relativa, precisamente, al divorcio y a la separación judicial, pudiendo ser ya colaborativo en dichas materias lo expuesto sobre la configuración del deber de fidelidad matrimonial, de modo que su infracción – en los términos expuestos – pueda ser aducida como causal al efecto, no obstante la necesidad de otros requisitos copulativos como la reiteración y gravedad de la infracción, y ocasione la intolerancia de la vida en común.

2.- De las consecuencias referentes a los aspectos patrimoniales entre los cónyuges, y de la indemnización de perjuicios en particular

De ahí que arroparemos esfuerzo en lo referido a las consecuencias patrimoniales entre los cónyuges, y en especial en lo relativo a una: la configuración, por el incumplimiento del deber de fidelidad matrimonial, de un hecho ilícito generador de indemnización de perjuicios, máxime cuando: ha sido precisamente la infracción a dicho deber matrimonial la que ha dado lugar a la jurisprudencia existente en el derecho comparado; el tratamiento doctrinal y jurisprudencial en Chile es muy escaso; y por ser un aspecto de posible proyección con el eventual aumento de las sentencias que declaren en sede familiar – juicios de divorcio o separación judicial – una infracción a dicho deber matrimonial. Todo lo anterior con habida cuenta de la expansión del derecho de daños a los diversos ámbitos de la vida en sociedad, quizá cumpliéndose así la conocida afirmación de RIPERT: *"Allí donde antes se soportaba el daño causado inclinándose ante el azar nefasto, se intenta hoy encontrar al autor del daño"*.

Comenzaremos, en este capítulo, con el abordaje de aspectos generales sobre la procedencia o improcedencia de un régimen

[370] Llámese también como "Derecho de los niños, niñas, y adolescentes": tal cual se está prefiriendo hoy.

indemnizatorio entre cónyuges y acerca de cual sería el estatuto de responsabilidad civil aplicable; para luego, en el capítulo siguiente vincular los elementos generales de la responsabilidad civil al incumplimiento del deber matrimonial en estudio.

II.- Procedencia de indemnización de perjuicios entre cónyuges

1.- Aspectos generales

El debate de apertura en esta materia, no puede ser otro que, precisamente, discurrir en argumentos sobre la procedencia de una eventual indemnización de perjuicios por el incumplimiento de obligaciones propias del estatuto personal matrimonial.

Dos amplios escenarios posibles en este particular son los siguientes: a) el primero es la existencia de disposiciones legales específicas que admitan la indemnización de perjuicio entre cónyuges, que – en su caso – la limiten a la reparación de ciertos perjuicios, o que derechamente nieguen su procedencia; y b) en el segundo, ante la inexistencia de normas especiales al efecto, el problema debe resolverse al alero de las normas generales sobre Derecho de Daños[371]. En el Derecho Comparado existen experiencias legislativas en ambos derroteros.

---

[371] Generalmente el problema de la indemnización de perjuicios entre cónyuges por infracción ha sido planteado en las diversas legislaciones en relación a los perjuicios derivados del divorcio y de la anulación del matrimonio, en donde cabe – obviamente – distinguir entre los perjuicios derivados de los hechos que motivarían el divorcio (en donde encontramos, en el tema que nos convoca, la infracción del deber de fidelidad matrimonial) y los daños derivados de la ruptura del vínculo matrimonial propiamente tal (sin perjuicio que en la determinación de la culpabilidad como elemento de la responsabilidad civil deba igualmente explorarse e indagarse en la determinación del cónyuge que, infraccionando deberes consorciales, dió origen al divorcio). En los países donde, no existiendo normas específicas, la jurisprudencia ha debido dar respuesta al problema planteado, precisamente los casos de adulterio son los más emblemáticos. En lo referente al estudio de los daños, derivados tanto del divorcio en si como de las infracciones de deberes matrimoniales que se configuran como causales del mismo, destaca la dogmática argentina: por todos, y en particular sobre la discusión de la admisibilidad de indemnización entre cónyuges *vide* BELLUSCIO, AGUSTO CÉSAR. *Daños y perjuicios derivados del divorcio y de la anulación del*

En las legislaciones donde no existen normas específicas, es el caso de nuestro derecho matrimonial, es la doctrina y la jurisprudencia la que debe resolver la presente discusión con la aplicación de las normas generales sobre responsabilidad civil, pudiendo existir – como en toda discusión jurídica – fundamentos para permitir o denegar la procedencia de una reparación al cónyuge damnificado.

Veremos a continuación los argumentos en una y otra posición, haciendo la advertencia que gran parte de los argumentos pesquisados se refieren con mayor especificidad a los perjuicios derivados del divorcio, sea del divorcio en si como de las infracciones de deberes matrimoniales que se configuran como causales del mismo. No obstante, dichas razonamientos son del todo aplicables a nuestro tema de estudio, ora por cuanto se refieren en general a la incorporación del Derecho de Daños en el Derecho de Familia[372], ora por cuanto la configuración de *divorcio por culpa* de uno de los cónyuges se puede asociar, de todos modos, a la infracción culpable de un deber matrimonial dentro de cuyo ámbito encontramos el quebrantamiento de nuestro deber conyugal en estudio[373] [374].

Matrimonio, contenido en *Responsabilidad Civil en el Derecho de Familia*; Editorial Hammurabi, Buenos Aíres, 1983; MIZRAHI, MAURICIO LUÍS. *Op. Cit. Familia, Matrimonio, y* …., Capítulo X intitulado *Los daños y perjuicios en el divorcio*; y BARBERO, OMAR U. *Op. Cit. Daños y perjuicios*….. En Chile la discusión sobre la indemnización de perjuicios entre cónyuges - por lo novel de la nueva Ley de Matrimonio Civil y de la correspondiente incorporación del *divorcio vincular* – ha sido escasa y referida de modo más genérico a las infracciones de deberes matrimoniales: *vide* dos memorias de licenciatura que tratan específicamente el tema de la indemnización entre cónyuges, a saber, OPAZO GONZÁLEZ, MARIO. *De la responsabilidad entre cónyuges y entre padres e hijos*. Memoria de licenciatura, Universidad de Valparaíso, Valparaíso, 2002; y ELORRIAGA DE BONIS, FABIÁN. *Op. Cit. Régimen de indemnización de*…..

[372] Más que *incorporación* se trata de una *complementación*, en el entendido que todas las normas del ordenamiento jurídico conforman un plexo que debe armonizarse más que escindirse: distinguir no significa separar.

[373] En un sentido similar, el profesor argentino MIZRAHI señala que la distinción entre daños emergentes de los hechos causantes del divorcio y los provenientes del divorcio en si, es más aparente y metodológica que real, ya que una eventual indemnización de perjuicios por los daños derivados del divorcio en si *"en realidad se correlacionan con el acto ilícito que condujo a su declaración";* de algún modo nos recuerda el antiguo brocardo jurídico de que *la causa de la causa es la causa de lo causado*. Sobre el particular *vide* MIZRAHI, MAURICIO LUÍS. *Op. cit.,* pág. 516-519.

[374] Obviamente cabe la advertencia que en nuestro Derecho Matrimonial positivo - dado el texto del artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil - el *divorcio culpa* o *divorcio sanción* puede imputarse también por la infracción de obligaciones y deberes para con los hijos comunes.

2.- Tesis denegatoria

Como ya hemos advertido, el mayor debate respecto al punto en colación se ha dado en el derecho extranjero, por lo cual – como corolario – los argumentos que pueden esgrimirse en uno u otro sentido son más propios de otras legislaciones, pero del todo sustentables para la nuestra. Intentemos una exposición de los argumentos de la doctrina denegatoria de la procedencia de indemnización de daños entre cónyuges.

2.-1.- Repugna moral de lucrar: Un primer argumento en pro del rechazo a una eventual pretensión indemnizatoria entre cónyuges se refiere – en un razonamiento eminentemente de orden ético – a un matiz espurio, codicioso, vicioso, malsano, de una petición reparatoria de índole económica.

En la doctrina extranjera, y particularmente en el Derecho argentino, destacan en esta posición BILILONI, BORDAS, y LLAMBÍAS, quienes exponen, precisamente, a raíz de la posibilidad de indemnizar al cónyuge inocente en el caso de adulterio, la repugna ética de dicha posibilidad.[375]

2.-2.- Falta de *contenido patrimonial* de los deberes personales del matrimonio. Indeterminación del *quantum* indemnizatorio: Ya en la primera parte de este trabajo[376] destacamos la afirmación constante de parte de algunos autores en cuanto a la preponderancia ética del citado deber de fidelidad matrimonial, ubicándolo, conciente o inconcientemente, casi como una mera *norma moral* la que impone a los cónyuges el cumplimiento de la conducta exigida por el citado deber existente en el vínculo de conyugalidad, quedando entregado el cumplimiento o infracción, en su caso, a la conciencia ética del sujeto imperado por la norma, y careciendo de la coercibilidad propia de toda norma jurídica. Desde dicha posición, al otorgarle al deber de fidelidad matrimonial la mera calidad ontológica de deber moral, obviamente, se colige como inmediata consecuencia la

---

[375] *Vide* BELLUSCIO, AGUSTO CÉSAR. *Op. cit: Daños y perjuicios derivados…,* págs. 18-19.

[376] *Vide,* en específico, el "CAPITULO SEGUNDO".

improcedencia de aplicar un estatuto de indemnización de perjuicios en caso de quebrantamiento, pues resulta ser que al entender dicho deber sólo como de contenido moral, suprimiéndole y pretiriendo su calificación de norma jurídica, se proscribe todo el elenco de sanciones y consecuencias jurídicas previstas en el ordenamiento para el evento de hechos ilícitos en general, entendiéndose, desde cierta interpretación, que sólo son aplicables las sanciones específicamente previstas en la ley.

Con todo, no obstante reconociendo la *juridicidad* del deber en estudio, igualmente se ha esgrimido la *falta de contenido patrimonial* de la prestación exigida a cada cónyuge como un óbice para aplicar un régimen indemnizatorio ante su infracción, toda vez que dicha ausencia de contenido pecuniario ha sido argumento tanto para negar su calidad de *obligación en sentido estricto* y para – quizá como consecuencia de lo anterior – rechazar la intromisión de toda eventual indemnización para la eventual infracción normativa del deber en colación.[377] [378]

Por último, puede sostenerse la imposibilidad de fijar una equivalencia entre una eventual indemnización de perjuicios y el incumplimiento del deber de guardarse fe conyugal, lo cual deriva – precisamente – de la falta de patrimonialidad de su contenido prescriptivo, lo cual torna imposible determinar, con certeza, su correspondiente indemnización para el caso de infracción, lo cual – desde este argumento – incluso invita y deja puertas abiertas a la arbitrariedad judicial al establecer, para casos similares, montos indemnizatorios diferentes, cayendo de este

---

[377] En Chile, en este sentido, clara son las palabras del profesor ABELIUK quien, diferenciando entre deber jurídico y obligación, señala que dentro de los deberes jurídicos, en su sentido genérico, pueden distinguirse las especies o categorías siguientes: a) los *deberes generales de conducta,* en un sentido similar al *deber genérico de abstención* señalado anteriormente; b) los *deberes específicos,* que importan la exigencia de conductas expresamente contempladas en el ordenamiento jurídico, pero que técnicamente no son obligaciones, y c) *las obligaciones en su sentido técnico estricto*, ya definidas anteriormente. El civilista citado incorpora como deberes específicos la mayor parte de los deberes de familia que rigen las relaciones no pecuniarias entre padres e hijos, y cónyuges entre sí, señalando que, (sic) *se diferencian fundamentalmente de las obligaciones propiamente tales en que por el contenido moral y afectivo que suponen, no son susceptibles de ejecución forzada ni de indemnización de perjuicios en caso de infracción*. *Vid.* ABELIUK MANASEVICH, RENE. *Op. Cit. Las Obligaciones*., pág 30.

[378] Sobre el debate de la naturaleza del deber de guardarse fe entre cónyuges, y su ubicación como *obligación en sentido técnico estricto* o como *deber jurídico específico, vide:* Capitulo II intitulado *"De la naturaleza jurídica del deber de fidelidad matrimonial"*.

modo en una desigualdad de trato para los justiciables, pues – siguiendo las palabras de BIBILONI – *el juez, en un caso, la estima en una fortuna; en otros, declara que no procede.*

2.-3.- Ausencia de norma expresa: No existe norma expresa que permita o legitime al cónyuge inocente para plantear una pretensión resarcitoria. Por el contrario, el legislador pretiere, omite, calla, nada dice sobre el particular.

Para el derecho argentino existe un buen argumento de texto legal expreso para deducir dicha intención legislativa, ya que en sede de nulidad matrimonial sí se permite – por expresa disposición normativa legal – la viabilidad de la indemnización entre cónyuges, a diferencia del silencio en el ámbito del divorcio, y por extensión en el ámbito del incumplimiento de los deberes matrimoniales que pudiese dar causa a un divorcio por culpa. Se argumenta que en dicho tratamiento diferenciado se encuentra incita la opción de la ley de excluir el derecho de daños en el ámbito divorcial.[379] [380]

En el Derecho de Familia patrio existen algunos casos específicos en donde el legislador expresamente tuvo que permitir la posibilidad de una indemnización de perjuicios, por lo que – dicha necesidad de normas especiales al efecto - puede leerse como una opción legislativa de proscribir, como regla, la intromisión del Derecho de Daños en el Derecho de Familia.

Ahora bien, en la esfera más específica del deber matrimonial de fidelidad conyugal en Chile, y en cuanto a la línea argumental en comento,

---

[379] El artículo 225 del Código Civil argentino prescribe: *"El cónyuge de buena fe puede demandar, por indemnización de daños y perjuicios al cónyuge de mala fe y a los terceros que hubiesen provocado el error, incurrido en dolo o ejercido la violencia"*

[380] Por todos, *vide* MIZRAHI, MAURICIO, quien incluso sostiene – siguiendo y adicionando las opiniones de DIAZ DE GUIJARRO y ZANNONI - que la *ratio legis* de dicha discriminación legislativa deriva, tanto por cuanto *"en presencia de una hipótesis de nulidad es de rigor que no hubo connubio y si no hubo matrimonio no concurren aquellos principios que hacen a esta particular comunidad";* agregando que *"claro está que la normativa entiende como una gravedad de mayor entidad a la nulidad – donde de mala fe se produce una violación al sistema de formación del vínculo nupcial – que al divorcio, determinante del fracaso de la convivencia";* añadiendo que en el primer caso (nulidad) *"(…)se evidencia el engaño sin participación , en principio, de la víctima, y su inocencia está fuera de discusión(…)"* mientras que en el segundo caso (divorcio) sostiene *"(…) a pesar de que la sentencia recrea las figuras de ´culpable` e inocente`, el factor subjetivo de atribución es el que se presenta como endeble";* finalizando – quizá como corolario de lo antedicho – con la afirmación de que *"no son, entonces, situaciones similares, lo que torna inviable, por ende, proceder a la aplicación analógica propuesta(…)" .Vid.* MIZRAHI, MAURICIO LUÍS. *Op. cit.,* pág. 511-512

debemos considerar el tenor del artículo 132 del Código Civil que reza - en lo pertinente – lo siguiente:

> *"El adulterio constituye una grave infracción al deber de fidelidad que impone el matrimonio y* ***da origen a las sanciones que la ley contempla****. (…)"* (las negrillas son nuestras)

Precisamente, dado el texto legal, podría sostenerse que, en lo referente al deber de fidelidad matrimonial, solamente pueden aplicarse – para el evento de infracción - las sanciones jurídicas que expresamente se previenen en la legislación nacional; toda vez que, de no querer el legislador referirse a las **"expresas"** sanciones que contempla la ley (es decir de referirse a todo el plexo normativo de nuestro derecho) no hubiese sido necesario ni pertinente la incorporación de dicho texto normativo en el precitado y trascrito artículo 132 del Código Civil[381]. De esta laya y apoyándose en un argumento de *lege data*, habida cuenta que no existe norma textual que nos reenvíe a la aplicación de las normas sobre indemnización de perjuicios, sería improcedente la *utilización* de las normas sobre responsabilidad civil. Empero, cabe aducir – en sentido contrario - que dicha limitación sólo se ubica en la norma sobre el adulterio como una infracción grave del deber de fidelidad matrimonial (artículo 132) y no, de manera más extensa, en la norma que previene el deber de guardarse fe entre los cónyuges (artículo 131), que de suyo puede tener otras manifestaciones de infracción diversas del adulterio[382]. No obstante, perfectamente se puede replicar aludiendo que las normas deben interpretarse sistemáticamente, y, si en el adulterio – que es por propia valoración legislativa una infracción **"grave"** del deber de fidelidad matrimonial – se excluye, por el silencio legislativo aludido, la aplicación de

---

[381] Desde este razonamiento, sería aconsejable interpretar la norma en su sentido útil por sobre un eventual sentido fútil o inerte.

[382] Ya en el Capítulo III de este trabajo, titulado *"De la delimitación de la conducta externa exigida al cónyuge en virtud del deber de fidelidad"*, tomamos posición por la tesis intermedia que refiere como infracción al deber en estudio otras conductas de connotación sexual diversas al mero coito o yacimiento sexual con persona diversa al cónyuge (*vide* Capítulo III, acápite "4.-"), y por tanto, el *adulterio* sería una de las posibles infracciones al deber de fidelidad matrimonial (una infracción *"grave",* pero sólo una de las posibles).

las normas sobre Derecho de Daños, *ad fortiori,* en los casos donde la infracción al deber de guardarse fe es de menor *gravedad* o *entidad*, es decir: si no se pudiese demandar indemnización de perjuicios en los casos de una infracción *grave* del deber en estudio, con mayor fuerza normativa – y por coherencia axiológica – es improcedente en los casos de infracción *menos disvaliosa* del citado deber matrimonial.

2.-4.- Especialidad del Derecho Matrimonial: Separación entre el Derecho Patrimonial y el Derecho de Familia: También nos hemos referido a la tradicional separación entre Derecho Patrimonial y el Derecho de Familia[383], entendiéndola como una gran clasificación del Derecho Civil en general, en donde el pilar o instituto fundamental del primero es el *derecho de propiedad*, mientras en el segundo es el *matrimonio*.

De lo anterior se desprende un criterio de *especialidad del Derecho de Familia* respecto al Derecho Civil Común. Así las cosas, dicha especialidad, del Derecho de Familia en general y del Derecho Matrimonial en particular, viene - de alguna manera – en abonar el argumento anterior del silencio legislativo, pues el concepto, estructura, elementos, y características, de la obligación en sentido técnico estricto, han sido construidos en el ámbito del Derecho patrimonial, el cual – a su vez y según lo dicho antes – opera con caracteres y fines diversos al que rige la familia y sus relaciones; siendo improcedente aplicar institutos, destinados a regir las relaciones en el plexo de las relaciones patrimoniales, para regular los vínculos derivados de las relaciones de familia, tornándose así inapropiado aplicar las normas propias del derecho de obligaciones - aplicables al derecho patrimonial - para regular más bien *deberes* que cumplen fines propios del derecho de familia, generalmente alejados del ámbito pecuniario, de manera que no procede aplicar el Derecho de Daños, propio del ámbito del Derecho Patrimonial, a una rama autónoma, independiente, y con principios propios como es el Derecho de Familia.[384]

---

[383] Sobre el particular *Vid.* SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL. *Op. Cit. Derecho de Familia*; págs. 7-9.

[384] En el Derecho Argentino MIZRAHI cita y trascribe parte de una sentencia judicial del año 1986 que – recogiendo la tesis denegatoria de la pretensión resarcitoria entre cónyuges – hace suya, de manera

2.-5.- Fuga al Divorcio-sanción: preservación de la *pax familiae*: Se puede sostener que – de aceptar la legitimidad para pretender indemnización de perjuicios por incumplimiento de deberes matrimoniales (dentro de los cuales se encuentra el de fidelidad) importaría la invitación a los ciudadanos para optar por el denominado *divorcio-sanción* en perjuicio del *divorcio-remedio*[385].

Las objeciones que tiene el divorcio-sanción se refieren básicamente la casi imposible viabilidad probatoria de determinar de manera indubitada con el verdadero responsable del fracaso de la convivencia, siendo más dañoso – incluso – la intromisión pública en aspecto *íntimos* de la relación conyugal, lo cual más bien afectaría la concordia y paz familiar evitando cualquiera mínima posibilidad de recomposición o reanudación de la comunión familiar.[386]

En este hilo de ideas, puede sostenerse que nuestra legislación matrimonial propende, precisamente, a una búsqueda de una *paz familiar* evitando mayores e innecesarias consecuencias lesivas para todos los integrantes de núcleo familiar (cónyuges e hijos). En efecto, el inciso segundo del artículo 2° de la ley de matrimonio civil impone al juez el deber de – conociendo materias de dicha ley – procurar *preservar y recomponer la vida*

---

detallada, el argumento de *especialidad* del Derecho de Familia, señalando (dicho fallo) que: *"la finalidad específica de cada ordenamiento parcial del derecho impone un desigual tratamiento del ilícito(…), el hecho ilícito lato sensu, aunque cause daño, no basta por sí solo para habilitar la acción de daños y perjuicios al amparo de la regla general de ´no dañar a otro`(…), ello porque las normas que rigen la responsabilidad civil extracontractual no tienen carácter ´complementario`, esto es, no pueden ser utilizadas por el intérprete para dar perfección, o complemento acabamiento a una regulación jurídica, cuando consta la voluntad cierta del legislador de excluir la acción de daños y perjuicios, ya que ésta no se ha creado para burlar la ley(…). El silencio que guarda la ley(…) al establecer los efectos del divorcio, en punto a la acción por daños y perjuicios)…) constituyen una manifestación clara e inequívoca de su voluntad de excluir la aplicación de los principios que rigen la responsabilidad civil extracontractual a los conflictos surgidos del divorcio(…), cuando la ley ha tenido el cuidado de organizar especialmente la sanción de las obligaciones que establece, ampliarlas acudiendo a las reglas de la responsabilidad civil, significa lisa y llanamente eludir la ley". Vid.* MIZRAHI, MAURICIO LUÍS. *Op. cit.,* págs. 490-491.

[385] Recordemos que el *divorcio-sanción* – prevenido en el artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil – se funda, además de otros requisitos, en la *falta imputable a unos de los cónyuges*; mientras que el *divorcio-remedio* – regulado en el artículo 55 de la Ley de Matrimonio Civil – se funda en el *cese efectivo de la convivencia común*, en la perdida de la *affectio maritalis,* en donde puede a su vez distinguirse cuando ambos cónyuges *lo piden de común acuerdo* y cuando *lo solicite cualquiera de los cónyuges*. Sobre los detalles de su procedencia y requisitos *vide,* entre otros, RAMOS PAZOS, RENE. *Op. Cit. Derecho de Familia*., págs. 101 y ss.

[386] Para una exposición crítica al sistema de inculpación en sede de divorcio, *vide* MIZRAHI, MAURICIO LUÍS. *Op. cit.,* págs. 196 y ss.

en común en la unión matrimonial validamente contraída, cuando ésta se vea amenazada, dificultada o quebrantada; y el inciso primero del artículo 67 de la precitada ley previene como primer propósito de la *audiencia de conciliación especial* el de *examinar las condiciones que contribuirían a superar el conflicto de la convivencia conyugal y* - como propósito segundo – *verificar la disposición de las partes para hacer posible la conservación del vínculo matrimonial*. Las normas indicadas son concreciones del principio de conservación del matrimonio o *favor matrimonii*. De permitirse la viabilidad de un régimen indemnizatorio entre cónyuges por el incumplimiento de sus deberes consorciales, se atentaría concretamente contra la búsqueda de la *pax familiae* a la que – según puede desprenderse de las normas citadas – propende la legislación matrimonial chilena.

2.-6.- Fragilidad del concepto de *culpa* en la crisis familiar: Desde otro prisma, bien puede ponerse en tela de juicio la noción de *culpa* en las crisis conyugales y en las infracciones de los deberes matrimoniales recíprocos, existiendo atendibles razones para sostener que dicho concepto difiere sustancialmente de lo que podríamos denominar *culpa civil general*[387].

Desde esta mirada sería un exceso de abstracción identificar la culpa en la infracción de los deberes conyugales personales con la culpa civil que habilita la indemnización de perjuicios, pues – siguiendo las palabras del profesor MIZRAHI – *se cae en un dogmatismo que prescinde de elementos fácticos fundamentales, esto es, de la realidad del connubium. Tal concepción, en suma, inserta a la ciencia del derecho un comportamiento aislado, desconectada de los valiosos aportes de las otras disciplinas humanas y sociales*[388].

Es así que en gran parte de los conflictos conyugales, desde esta posición, es de difícil indagación sobre la etiología u origen de éstos, ya que de común ocurrencia son las conductas antimatrimoniales recíprocas en donde la noción tradicional de *culpabilidad* se atenúa relegándose por la

---

[387] Entendamos, por ahora, como *culpa civil general* a aquella falta de la debida diligencia o cuidado en el cumplimiento de un deber jurídico, y a la cual podemos imputar o atribuir subjetivamente (*dolo* o *culpa*) los resultados dañosos - que habilitarían una eventual indemnización de perjuicios - derivados del actuar del agente ofensor.

[388] MIZRAHI, MAURICIO LUÍS. *Op. cit.,* pág. 513.

imposición de una trama consorcial compleja, en la cual una conducta conyugal antijurídica es en muchas ocasiones una reacción a una acción u omisión consorcial del otro cónyuge que el primero estima como injusta o infractora de los deberes recíprocos.

Con todo, al debilitarse el concepto de culpa y – según esta visión – no poder equipararla a la culpa civil general, se deriva la imposibilidad e impermeabilidad para la entrada del Derecho de Daños que exige, como factor de atribución subjetiva, la concurrencia de un actuar culpable que revista mayor certeza en su existencia y acreditación.

Como argumento que puede colegirse de la concurrencia de culpas por ambos cónyuges se ha sostenido, además, que en todo quiebre consorcial, y por ende comprendiendo los casos de infracciones de deberes conyugales, importa también un error en la elección por parte del cónyuge que padece la infracción de las prestaciones familiares, recogiéndose, de esta guisa, el viejo brocardo del *nemo auditor turpitudinem allegans*[389]

3.- Tesis permisiva

Veamos a continuación los argumentos propios de la tesis permisiva:

3.-1.- Ausencia de norma prohibitiva: En nuestro ordenamiento jurídico nacional no existe norma expresa que prohíba de manera general la procedencia de la indemnización de daños para los casos de infracción de deberes jurídicos propios del Derecho de Familia.

Anteriormente, refiriéndonos a la tesis denegatoria, mencionábamos que en el caso de la legislación argentina existe – en lo referente a una eventual indemnización de perjuicios - un tratamiento diverso para la nulidad matrimonial y para el divorcio, pudiendo sostenerse que implícitamente la ley rechaza la procedencia de una indemnización en el último caso pese a ser un divorcio culpable; agregándose – a reglón seguido – que en la legislación chilena existen varias disposiciones especiales en el

[389] Se sostiene que *"acordar por vía jurisprudencial una indemnización, significaría tanto como asegurarle a quien se equivoca en su elección una reparación pretendidamente paliativa de los agravios sufridos". Vid.* MIZRAHI, MAURICIO LUÍS. *Op. cit.,* pág. 505.

Derecho de Familia que permiten la procedencia de una acción indemnizatoria, de lo cual – en idéntico razonamiento - podría colegirse que la regla general es la contraria: su rechazo.

No obstante, sobre al anterior argumento – propio de la discusión dogmática argentina sobre el particular pero analizable para el sistema legal chileno – coincidimos con OPAZO GONZÁLEZ[390] quien, por una parte, sostiene que (sic) *en nuestro sistema jurídico, no se presenta esta situación, nuestro legislador ha guardado silencio en lo que al tema resarcitorio se refiere, no sólo en lo que dice relación con la nulidad del matrimonio y el divorcio, sino que – en general – en el ámbito del Derecho de Familia (…)"*[391]*;* y, por otra parte, critica el razonamiento del *contrario sensu*, en cuya virtud se establece que, si el legislador a tomado una posición específica en una hipótesis, en la demás hipótesis silenciadas la regla general es la contraria,[392] ya que – reentrando a nuestro tema – incluso de permitir la indemnización en algunos casos regulados por el derecho de Familia no puede implicar de manera indubitada la intensión legislativa de negar dicha pretensión resarcitoria para todos los otros eventos propios de la rama jurídica en colación[393].

En abundamiento, no existe en sede de responsabilidad civil una necesidad de *tipificación* de todas las conductas de un agente que puedan generar una acción indemnizatoria, pues, no obstante existir casos en que el legislador explicita la procedencia de una acción de tal naturaleza, tal

---

[390] *Vid* OPAZO GONZÁLEZ, MARIO. *Op. cit,* págs. 102-104.

[391] Agrega: *"(…) así nuestra ley tampoco contempla una eventual acción resarcitoria para el hijo, cuando su padre ha infringido un deber como el de alimentos, o el de socorro. Luego, debemos dilucidar si tal silencio – en gran parte del Derecho de Familia – puede interpretarse como una negativa, o si, por el contrario, ese silencio puede ser considerado como un vacío, susceptible de ser llenado con las normas generales en materia de responsabilidad". Ibidem,* pág. 103.

[392] En efecto, valiéndose de las pretéritas, pero claras, opiniones en este asunto de ALESANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC, Y SOLAR, expone que dicho argumento *"es la más de las veces peligroso y falso. El silencio del legislador por sí solo nada prueba. Si la ley es una declaración de voluntad, es necesario que el legislador haya hablado para que se pueda decir que quiere alguna cosa. Cuando la ley no dice ni sí ni no, su silencio tan sólo puede hacer suponer que quiere lo contrario en un caso de lo que ha dicho en otro; pero esta suposición puede ser absolutamente gratuita, porque el silencio del legislador puede ser explicado de muchas otras maneras. Por lo general, el argumento a contrario no prueba sino cuando, partiendo de una disposición excepcional, permite volver al derecho común que recupera su imperio y por esta razón debe ser empleado con mucha cautela y discreción" Ibidem,* pág. 104.

[393] Algunas normas específicas que expresamente permiten indemnización de daños en sede de Derecho de Familia chileno, son: el artículo 197 del Código Civil, el artículo 328 del Código Civil, y la compensación económica prevista en el artículo 61 de la ley de matrimonio civil.

exigencia sobrepasaría los casos reales imaginables en que un agente u ofensor pueda ocasionar resultados nocivos o dañosos. Además se desprende del conjunto de las normas de Derecho de Daños el principio general de que nadie puede dañar injustamente a otro o *alterum non laedere*; de guisa que los casos de tipificación o especificación explicita de la ley de ciertas conductas que hagan procedente una indemnización pecuniaria, no importan *primae facie* la negación de resarcimiento en los casos omitidos[394] [395]

Con respecto al tenor del actual artículo 132 del Código Civil que prescribe la aplicación – para el evento de adulterio – de las *sanciones que la ley prevé*, puede sostenerse que dicha redacción legal no es cortapisa para sostener la admisibilidad de la indemnización de perjuicios como sanción ante tal incumplimiento del deber de fidelidad matrimonial. En efecto, pese a no existir una norma explicita en tal sentido, puede plausiblemente

---

[394] CORRAL TALCIANI, al tratar los elementos de la responsabilidad extracontractual y en la especie al referirse a la *antijuridicidad* (es uno de los pocos autores nacionales que trata sistemáticamente la *antijuridicidad* como elemento autónomo de la responsabilidad aquiliana) y al vincularla con una eventual *tipicidad* del hecho ilícito, expone que: (sic) *"En materia civil, la tipicidad y antijuridicidad tienden a confundirse en una sola etapa: no es posible exigir que haya ´tipos´ preestablecidos de todos los hechos que generan responsabilidad. El análisis de la ilicitud se centrará, por tanto, en la constatación de si el hecho en cuestión constituye una infracción a una norma positiva o va contra el principio general de que nadie puede dañar injustamente a otro." Vide* CORRAL TALCIANI, HERNAN. *Op. Cit. Lecciones de responsabilidad….*, págs. 119-123. *N. A:* Más allá del discurrir técnico acerca de si la *antijuridicidad* es o no un elemento autónomo de la responsabilidad extracontractual (una crítica usual es la posible tautología de colegir que todo *daño* es *antijurídico* por quebrantar la regla de – precisamente – no causar perjuicio), queda en evidencia que no es necesario norma expresa para autorizar en cada caso concreto la posibilidad de accionar por los perjuicios ocasionados por el ofensor, pues importaría la exigencia de una verdadera *"tipicidad"* que no se condice con el moderno sistema general del Derecho de Daños.

[395] MAURICIO TAPIA destaca, precisamente, el tránsito desde una *tipicidad* en la responsabilidad civil aquiliana hacia una formulación general - superando la *tipicidad* aludida - de responsabilidad, recogida en el Código napoleónico para trasvasijarse a los códigos tributarios de éste. En efecto señala: *"El Código Civil contiene una regla general y amplísima de responsabilidad civil por negligencia (arts. 2314 y s.). Esta regla es propia de la modernidad, pues en Roma, y en general en todas las civilizaciones en que la responsabilidad penal no se encontraba separada suficientemente de la civil, los ilícitos que dan lugar a la reparación pecuniaria son específicos. Históricamente la responsabilidad civil siempre ha estado afectada por la ´tipicidad´ del derecho penal. Sólo el fortalecimiento del Estado, y de sus órganos represivos, pudo independizar estos dos tipos de responsabilidades,(…). Una vez realizada esta separación de forma más perfecta (aunque nunca absolutamente), y habiendo recibido el impulso del racionalismo (particularmente GROCIO), la formulación de un principio general de responsabilidad por culpa es propio de ese mismo espíritu de abstracción y generalidad (…). Como se entiende, la verdadera innovación es la generalidad de la fórmula empleada y no la culpa o negligencia, que como criterio de atribución de responsabilidad civil por algunos ilícitos específicos ya estaba presente en Roma." vide* TAPIA R., MAURICIO. *Op. Cit. Código Civil….*, pág. 275.

afirmarse que el resarcimiento de los daños ocasionados con la infracción al deber en estudio se prevé en las normas del título XXXV del Libro IV del Código Civil (artículos 2314 y siguientes), que obligan a indemnizar, por los daños ocasionados, a quien comete un delito o cuasidelito civil: la *previsión* (sanciones que la ley prevé) normativa se satisface con la utilización de normas del propio ordenamiento que imputen consecuencias jurídicas al efecto, pese a no establecer la infracción en estudio de manera *explicita*. De exigirse esa literalidad en la previsión de sanciones o consecuencias jurídicas a cualquier incumplimiento de un deber jurídico, la codificación – como sistema discursivo de normas jurídicos – se tornaría superada por la exigencia de largos listados expresos de sanciones para cada deber jurídico en particular[396], y además – desde otro prisma - se exigiría una tipificación que, como ya manifestamos anteriormente, es ajena al Derecho de Daños.

3.-2.- Aplicabilidad del concepto de *hecho ilícito*: el ordenamiento jurídico como plexo normativo sistémico:

Suele definirse el *hecho ilícito* como *el hecho doloso o culposo que causa a otro un daño injusto*[397].

De acuerdo a dicho marco conceptual, bien puede sostenerse que la infracción de los deberes conyugales - satisfaciéndose tanto la concurrencia de la atribución subjetiva de *dolo* o *culpa* y tanto la causación de *daños* – se adecua o incorpora dentro de la categoría de los hechos ilícitos.

Desde dicho prisma, la mirada sobre el quebrantamiento de los deberes entre cónyuges no se reduce al ámbito de las relaciones familiares y de las consecuencias jurídicas, propias de dicha rama jurídica, que puedan atribuirse a dicho actuar contrario a la norma; sino que – rebasando dicho

---

[396] La exigencia de explicitar en cada caso todas las sanciones o consecuencias jurídicas (una a una) que se imputa normativamente al incumplimiento de un deber jurídico particular, importaría una *inflación legislativa* que atenta contra la racionalidad, simplicidad, concisión, y claridad de los Códigos de la centuria decimonónica. Sobre la claridad y precisión de nuestro Código Civil, y sobre la inflación normativa chilena *vide* TAPIA R., MAURICIO. *Código Civil…Op. cit.*, págs., 43-45, y 367-373.

[397] No abordaremos, por no ser el tema de nuestro trabajo, todo el discurrir doctrinario y foral sobre el concepto en colación, por lo cual trabajaremos con un concepto meramente instrumental. La definición transcrita es recogida de ALESSANDRI R., ARTURO; SOMARRIVA U., MANUEL; VODANOVIC H., ANTONIO. *Op. Cit. Tratado de las Obligaciones….*, pág. 34.

horizonte – se centra la vista en los perjuicios que pueda ocasionar dicha conducta injusta y culpable. De algún modo se alzaprima en importancia la imputación de los daños que dicha conducta conyugal antijurídica puede ocasionar por sobre el reducto meramente familiar, pues la discusión sobre detrimentos entre los cónyuges deja de ser un tema estrictamente familiar para transformarse en un tema civil patrimonial[398], como en cualquiera otra relación intersubjetiva de la cual surjan perjuicios para una persona derivados, éstos, de un actuar injusto y culpable de otra. En nuestro tema en estudio: la infracción del deber de fidelidad matrimonial sería un acto ilícito como cualquier otro.

Se destaca, en este hilo argumental, la ocurrencia de daños susceptibles de ser reparados por el agente ofensor, habida consideración que los perjuicios que se pretenden reparar se ubican ya en un ámbito meramente patrimonial civil, independientemente de que el hecho ilícito se produzca a la sazón de relaciones de índole familiar.

Así las cosas, la infracción del deber de fidelidad matrimonial, de producir daños, se adecua al concepto de hecho ilícito recogido positivamente – para nuestro ordenamiento – en el artículo 2284 del Código Civil, siendo aplicable todo el estatuto previsto en el Título XXXV Libro IV del citado código.

Lo expuesto y la aplicación del concepto genérico de *hecho ilícito* a las conductas antijurídicas que *primae facie* son propias del ámbito familiar, y por ende del imperio del Derecho de Familia como rama específica; no es más que reconocer el carácter sistémico del ordenamiento jurídico, en el cual las normas se complementan unas con otras.

Nótese que nos referimos, en lo pertinente, a los hechos ilícitos configurados por la infracción de deberes conyugales en general y al

---

[398] Respecto del tránsito desde aspectos familiares – o conyugales más estrictamente – hacia temas meramente civiles patrimoniales, sugestivas son las palabras de INACIO DE CARVALHO quien expone los siguientes aciertos: *"começamos falando de amor e terminamos sempre falando de dinheiro.(…) Como se costuma dizer: o ´meu bem´ do namoro transforma-se em ´meus bens´ depois da separação,(…)"* [*"comenzamos hablando de amor y terminamos siempre hablando de dinero.(…) Como se acostumbra decir: el ´mi bien´ del enamorado se transforma en ´mis bienes´ después de la separación(…)"*. Traducción nuestra]. DE CARVALHO NETO, INACIO. *Reparação civil na separação litigiosa culposa.* Contenido en *Temas atuais de Direito e Processo de Família.* Editora Lumen Juris, 2004, pág. 230.

quebrantamiento del deber de fidelidad matrimonial en particular. Otra hipótesis distinta es la de hecho ilícitos que pueden ser calificados como tales con *independencia* del vínculo conyugal, en los cuales – tanto para la posición permisiva como para la denegatoria – existe cierto consenso en la necesidad de reparación.[399]

Como corolario de lo antedicho, y dicho sea de paso, se derrota el argumento del *error en la elección del cónyuge* como obstáculo para aceptar la indemnización de perjuicios entre cónyuges, toda vez que al entender la infracción culpable del deber de fidelidad matrimonial que produce perjuicios, como un hecho ilícito no diferente de otros que ocurren en el plexo de la vida en sociedad, nace el deber de responder civilmente de modo independiente a la relación conyugal interna, siendo baladí si la elección del consorte fue o no afortunada. Es más, en este derrotero, podría incluso sostenerse que puede accionarse para obtener reparación pecuniaria aunque el vínculo matrimonial perviva.[400]

---

[399] Nos referimos a hechos ilícitos independientes del vínculo matrimonial y la procedencia de su reparación, cuando – siguiendo en este punto al argentino MIZRAHI – *"los hechos que sustentan la acción de daños de todos modos hubieran dado lugar a ésta, aunque no mediara un matrimonio entre los sujetos ni el consecuente divorcio (por ejemplo, el delito de lesiones cometido por un esposo en la persona de otro). Es que en estos casos ninguna diferencia existe entre la doctrina permisiva y la concepción denegatoria" .Vid.* MIZRAHI, MAURICIO LUÍS. *Op. cit.,* pág. 524.

[400] OPAZO GONZALEZ – antes de la nueva ley de matrimonio civil – afirma, en sentido contrario, que es fundamental el ejercicio de otra acción, principalmente por dos aspectos: el primero, si se demanda sólo la indemnización de perjuicios pareciera que sólo se busca un lucro; y el segundo, por una razón práctica ya que en los casos de sociedad conyugal en que el condenado sea el marido se produciría un problema sobre la administración de la suma de dinero que se fije a título reparatorio. OPAZO GONZALEZ, MARIO. *Op. cit.,* pág. 170. No compartimos dicha posición: 1°) Si hay un daño civil efectivo no puede sostenerse que la acción indemnizatoria implica un lucro; 2°) En dicha opinión se configuraría un verdadero *forzamiento* de la acción de divorcio o separación judicial, que eventualmente podría ser más perjudicial para el cónyuge inocente; 3°) En efecto, si el inocente ofendido quiere permanecer – por lo motivos que sean – en el vínculo matrimonial, no puede sancionársele con la imposibilidad de solicitar la indemnización por perjuicios reales sufridos; 4°) El argumento sobre la eventual sociedad conyugal y el problema de administración, es discriminador: pues no todos los matrimonio tienen dicho régimen patrimonial matrimonial, por lo que dicho argumento no empece a los otros regímenes, y hacer una diferencia por el sistema de bienes sería arbitrario; y 5°) El problema de la administración de la sociedad conyugal puede resolverse a través de la determinación más precisa sobre el haber patrimonial que se incrementa y con los sistemas de *recompensas* y de *privilegios* para el pago. Sobre el destino de la indemnización de perjuicios entre cónyuges *vide* especialmente ELORRIAGA DE BONIS, FABIAN. *Op. cit.,* págs. 259 y ss.

3.-3.- Legitimidad para la reparación de los daños morales o extrapatrimoniales. Problema de la fijación judicial de *quantum* indemnizatorio rebasa la eventual indemnización procedente en el ámbito del Derecho Familiar: Como señala DIEZ SCHWERTER *"seguramente hoy en día muy pocos litigantes o jueces se atreven a sostener que no es reparable el daño moral en el ámbito extracontractual de la responsabilidad civil. Ello entraría en contradicción con una doctrina en apariencia indiscutible que pareciera estar desde siempre.",* agregando que *"(…) lo cierto es que en Chile la reparación del daño moral extracontractual es una institución netamente jurisprudencial, aceptada sólo a partir de este siglo (…)".*[401] [402]

Los argumentos para acceder a la reparación del daño moral extracontractual los podemos compendiar en los siguientes[403]:

a) El artículo 2329 del Código Civil utiliza la locución *"todo daño"*[404]. Si la ley, al utilizar dicha expresión, no distingue entre los daños materiales y los daños morales es por cuanto comprende ambas especies de daños.
b) El artículo 2331 del Código Civil, referido a las imputaciones injuriosas contra el honor o crédito de una persona, al tener que restringir – en una norma especial sobre la materia – los rubros de daños susceptibles de reparación, confirma que la regla es, precisamente, la admisibilidad de reparación del daño extramatrimonial.
c) En textos legales diversos de Código Civil se hace – también – referencia a la reparación de todos los daños ocasionados, sin distinguir la naturaleza de los mismos.

---

[401] DIEZ SCHWERTER, JOSÉ LUIS. *El daño extracontractual: Jurisprudencia y doctrina.* Editorial Jurídica de Chile, 1997, págs. 89-90. Para una lectura extensa sobre la admisibilidad de la reparación del daño moral en la responsabilidad civil extracontractual, su evolución jurisprudencial, y la consagración constitucional del daño moral, *v. ibidem,* págs. 89-108.

[402] Respecto del transito y evolución del daño moral en el derecho nacional, MAURICIO TAPIA señala que *"la definición amplia de daño reparable del derecho nacional provocó que la discusión acerca de la reparación del daño moral, así como de los límites de su reparación, hay tenido una evolución bastante tortuosa",* TAPIA R., MAURICIO, *Código Civil… Op. cit.,* pág. 298.

[403] *V.* DIEZ SCHWERTER, JOSÉ LUIS. *Op. Cit.* págs. 95-98.

[404] Dicho artículo, en lo pertinente, señala que *"por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta.(…)"*

d) En lo concerniente a la responsabilidad entendida genéricamente, y emparentado la responsabilidad civil y la penal (y teniendo presente, no obstante, que se tratan de ordenes normativos diversos), se observa que existen diversos tipos penales que protegen bienes jurídicos de índole meramente moral o inmaterial. Lo antedicho corroboraría que un propósito genérico de nuestro ordenamiento jurídico es sancionar los actos ilícitos que sean lesivos tanto material como inmaterialmente, de modo que la responsabilidad civil por lesiones de índole extramatrimonial no puede dejar de hacerse efectiva por razones basadas en falta de congruencia entre la naturaleza síquica o inmaterial del daño y la sanción que el ordenamiento jurídico autoriza.

Todo lo expuesto es de aplicación a la indemnización de daños extrapatrimoniales derivados de la infracción de deberes conyugales, tanto porque gran parte de los argumentos en contra de la procedencia de un régimen general indemnizatorio entre los cónyuges han sido razones aludidas – razones hoy ya anochecidas para dicho ámbito - para la improcedencia de la reparación general del daño extrapatrimonial; y tanto porque actualmente es perfectamente imaginable que un hecho ilícito sea generador sólo de daño moral sin haber causado daño material, es decir que sólo haya ocasionado lo que se suele denominar *daño moral puro* o *daño meramente moral*[405].

En abundamiento, las críticas a la reparación del daño extrapatrimonial referidas a la incertidumbre de dicho daño y a la dificultad de establecer una equivalencia indubitada entre el monto resarcitorio y los perjuicios sufridos, son también aplicables incluso al ámbito de los daños materiales, no obstante que en este último capítulo de perjuicios no cabe duda de la procedencia de la reparación indemnizatoria. Veamos algunas consideraciones:

---

[405] DIEZ SCHWERTER, citando jurisprudencia al efecto, sostiene que afortunadamente hoy ya no tiene importancia la distinción entre el daño moral proveniente de un hecho ilícito que ha causado un daño material y el daño moral proveniente de un hecho ilícito que no ha causado daño material. Afirma, en dicho sentido, que *se ha impuesto la idea de que los perjuicios morales deben indemnizarse sea cual sea la forma en que se presenten, es decir, aún cuando provengan de un hecho ilícito que no causa un daño material. V*. DIEZ SCHWERTER, JOSÉ LUIS. *Op. cit.*, pág. 113.

a) La certidumbre del daño o, lo que es igual, el perjuicio indemnizable comprende el *daño futuro*, es decir: existe también el deber de reparar el perjuicio que aún no ha acaecido, pero existe certeza de su ocurrencia hacia el futuro. Empero la certeza de su ocurrencia, puede haber - justamente por su proyección temporal a veces difícil de precisar - dificultad en el cálculo o determinación del *quantum* indemnizatorio, lo cual no es óbice para su reparación.
b) En el rubro del daño material denominado *lucro cesante*[406], por sus características definitorias, genera también la dificultad de establecer una correspondencia inconcusa entre el perjuicio y el monto indemnizatorio, toda vez que es imposible, con una seguridad rayana en la certeza, afirmar exactamente cuanto es la ganancia o lucro que se dejará de percibir o ni siquiera por cuanta extensión temporal se producirá dicho perjuicio.
c) En los casos aludidos – dificultad de cálculo del daño emergente cierto pero fututo, y en el lucro cesante – se ha sostenido la procedencia de indemnizar dichos perjuicios, ya que la certidumbre de los perjuicios se relaciona con su ocurrencia o realización y no con su *quantum* o con la dificultad de una determinación exacta del mismo.
d) Como vemos, la dificultad en la determinación del *quantum* o de establecer una exacta correspondencia entre la suma fijada como indemnización de perjuicios y los daños sufridos no es una dificultad exclusiva del ámbito del daño extrapatrimonial, sino que también acaece en la esfera de los perjuicios patrimoniales. De esta guisa, dicha dificultad no puede esgrimirse como razón para negar la procedencia de un régimen indemnizatorio a los ámbitos no patrimoniales.

3.-4.- Infracción de deberes legales preestablecido por el ordenamiento legal: su infracción sobrepasa la mera vulneración del

---

[406] Entendiendo dicha capítulo de perjuicios como lo que se ha dejado de ganar o percibir como consecuencia del hecho ilícito.

deber general de abstención de dañar a otra persona: Como ya expusimos, se desprende del conjunto de las normas del Derecho de Daños el principio general de que nadie puede dañar injustamente a otro o *alterum non laedere*; y de dicho principio, y habida consideración de que los hechos ilícitos son fuentes generadoras de responsabilidad y por consiguiente de obligación, puede colegirse el deber de indemnizar los perjuicios que un cónyuge ocasiona con su actuar a su respectiva coparte en el vínculo matrimonial.

No obstante puede agregarse que la infracción del deber de fidelidad matrimonial rebasa la mera vulneración del deber general de abstención de dañar a otra persona, toda vez que se quebranta un deber de conducta preestablecido en el propio ordenamiento jurídico, habida cuenta que dicho deber general de abstención de dañar a otra persona puede plantearse como un deber general de respecto entre los diversos sujetos de derecho de la comunidad jurídica, no obstante en sede de derecho matrimonial el legislador reguló con especificidad un deber de respeto conyugal - ora como el deber de respecto consorcial *lato sensu* ora como un deber de respecto *estricto sensu* en el ámbito de lo sexual[407] - por lo que el *deber de actuación* que impera en el ámbito conyugal sería de mayor exigencia que en el ámbito extramatrimonial, de guisa que la infracción de deberes consorciales importarían un injusto mayor, o a lo menos expresamente regulado por la ley.

Ahora bien, opinamos que no debe olvidarse la necesidad de ocurrir perjuicios para el cónyuge inocente, pues puede perfectamente haber incumplimiento de deberes preexistentes que no produzcan daños al beneficiario del deber de prestación; máxime si se entiende que el rol jurídico del daño es el de presupuesto – y no meramente un elemento más - de la responsabilidad civil[408].

---

[407] Sobre la relación del deber de fidelidad matrimonial y el deber genérico de respeto conyugal, *vide supra* "CAPITULO TERCERO"

[408] Sobre el rol jurídico del daño en la responsabilidad civil extracontractual y la situación jurisprudencial *vide* DIEZ SCHWERTER, JOSÉ LUIS. *Op. cit.*, 1997, págs. 25-29.

3.-5.- Argumento axiológico: si existe deber de reparación por daños para extraños, *ad fortiori* a quienes tienen deberes de respecto recíproco: Como corolario y complemento del argumento anterior, se puede agregar que - habiendo una preocupación específica del legislador de regular el deber de respecto entre los cónyuges, por sobre el deber genérico de abstenerse de ocasionar perjuicio a otro (que puede incluso plantearse como un deber genérico de respecto entre los sujetos de derecho) – resulta axiologicamente inconsistente que un tercero al que se atribuya la comisión de perjuicios en contra de uno los cónyuges si esté obligado a indemnizar dichos daños, mientras que la coparte en el vínculo matrimonial, con un deber de actuación más exigente, si ocasiona perjuicios no resulte obligado a la reparación.

En sentido similar, prístinas son las palabras de OPAZO GONZALEZ cuando expone que (sic) *"no resulta justo que algún miembro de la familia pueda causar daño a otro, sin contraer la obligación de reparar tal daño; mucho menos si ese perjuicio se basa en una infracción a los deberes personales que el legislador ha impuesto a los cónyuges, a los padres e hijos. Tales acciones resarcitorias no sólo son procedentes, sino que, además son justas; si un extraño debe reparar los daños que cause a otro, con mayor razón lo debe hacer un miembro de la familia, si su actuar ilícito encuentra su origen en una infracción a un deber legal".* [409]

3.-6.- La indagación de la culpa en la infracción de deberes conyugales es más bien un problema probatorio de cada proceso judicial *in concreto:* Se sostiene por la tesis denegatoria la fragilidad de concepto de culpa en las crisis familiares[410].

Lo anterior – desde la tesis permisiva – no obstaculiza la procedencia de un régimen indemnizatorio entre cónyuges, pues más bien se trata de un problema probatorio en cada proceso judicial concreto. Por tanto, corresponde a cada juez de fondo constatar la existencia de todos los elementos que deben concurrir para declarar la indemnización pecuniaria

---

[409] *Vid* OPAZO GONZÁLEZ, MARIO. *Op. cit,* pág. 105.

[410] *V. supra* "II.-2.6.-" de este capítulo.

respectiva, siendo carga de las partes aportar los medios probatorios al efecto.

La dificultad probatoria de los hechos en los cuales se sustenta o concreta la conducta antijurídica y culpable del cónyuge respectivo, no impide ni exigir dicho elemento, ni exigir la probanza respectiva distribuyendo la carga o riesgo de probar[411].

3.-7.- El peligro de fuga al divorcio sanción es más bien un problema político legislativo: *non lege data* de normas que impidan indagar en la identificación del cónyuge infractor. Superación de la *pax familiae* como límite a la judicialización de asuntos familiares: Se aduce también por la tesis denegatoria que de aceptar la procedencia de indemnización de perjuicios entre cónyuges se invitaría siempre a debatir en tribunales sobre la existencia del divorcio sanción, atentándose, de este modo, contra la preservación de la paz familiar[412].

No obstante, existen atendibles razones para vencer el argumento recién planteado.

En primer lugar, no existen normas que impidan la indagación de incumplimientos de deberes matrimoniales y la consecuente determinación del cónyuge culpable de dicho ilícito. Por el existen diversos institutos en los cuales se ha permitido dicha judicialización, destacando la incorporación – con la promulgación de la nueva ley de matrimonio civil – del denominado *divorcio- sanción o culposo,* en donde el legislador en una normativa actual, pudiendo haber preterido la incorporación de dicha causa de divorcio y haber sólo previsto el *divorcio por cese de convivencia* que claramente no indaga aspectos más íntimos de la vida conyugal, optó por establecer una causal que evidentemente necesita la búsqueda de culpas conyugales, ventilándose conductas familiares, en principio privadas, que se puedan adecuar como infracciones de los deberes matrimoniales.

---

411 A propósito de la distribución de la carga probatoria, y de las diferencias conceptuales - y de sus diferencias en sus consecuencias y en el tratamientos legal de algunos medios probatorios en particular - entre *imposibilidad probatoria, dificultad probatoria extrema,* y *obstrucción probatoria, vide*: PEÑAILILLO AREVALO, DANIEL. *La prueba en materia sustantiva civil. Parte general.* Editorial jurídica de Chile, 1989, nota al pie N° 63, págs. 46-47.

412 *V. supra* "II.-2.5.-"de este capítulo.

En segundo lugar, en la evolución de las normas que regulan cuestiones familiares puede observarse una superación de la *pax familiae* como límite a la judicialización de asuntos familiares. Un claro ejemplo de aquello es el derrotero que ha tenido la judicialización de actos de violencia intrafamiliar, habida consideración que las razones de decoro que inicialmente se aludían para evitar legislar sobre aquellas materias, se referían precisamente a un presunto resguardo de la paz familiar, impidiéndose exponer judicialmente hechos de la vida privada.

En tercer lugar, la necesidad de ventilar hechos de la vida familiar en tribunales no se debe a un afán de exhibicionismo de intimidades, sino más bien al carácter de *hecho ilícito* de las infracciones de los deberes conyugales, por lo que es menester la judicialización del mismo para la determinación de las sanciones jurídicas que se imputan a dichas conductas antijurídicas. Lo expuesto, no es muy diverso de la judicialización de hechos - inicialmente íntimos o privados - que, por las consecuencias jurídicas que se pueden atribuir ante la ocurrencia de éstos como supuestos normativos, deben ser esclarecidos en un proceso jurisdiccional[413].

4.- Nuestra opinión para el derecho nacional

Nosotros adherimos a la posición permisiva de indemnización de perjuicios entre cónyuges para los casos de infracción de deberes matrimoniales. Lo anterior en concordancia con los argumentos ya expuestos para sustentar dicha conclusión.

Así las cosas, corresponde adentrarnos en el régimen de responsabilidad civil aplicable y, posteriormente, en los elementos para la configuración del deber de reparación por los daños inferidos.

---

[413] Ejemplos abundan: pensemos por ejemplo en la violación acaecida en el seno familiar, o en el incesto que hoy por hoy sigue siendo considerado delito penal, o en la ocurrencia lesiones profesadas dentro del hogar, o en un homicidio cometido en sede familiar y cuyos móviles se encuentran en conflictos de dicha índole. ¿Acaso en los citados casos no permitiríamos que – por abogar por una paz familiar – se ventilen judicialmente hechos ocurridos dentro de la intimidad familiar?

III.- Estatuto de responsabilidad civil aplicable: contractual o extracontractual

1.- Distinción entre la responsabilidad contractual y extracontractual

Se sostiene – siguiendo en este punto al profesor MEZA BARROS - que *una persona es responsable civilmente cuando queda obligada a reparar o indemnizar el daño sufrido por otra,* de manera que *entre el responsable y la víctima hay un vínculo obligatorio que convierte al primero en deudor y constituye al segundo en acreedor.* [414]

Ahora bien, la responsabilidad civil suele dividirse en dos grandes ámbitos o ramas: la contractual y la extracontractual.[415]

Su diferencia radica en su origen, ya que la responsabilidad extracontractual deriva de la violación del deber genérico de no dañar (*neminen laedere*); y, a su vez, la responsabilidad contractual surge cuando se quebranta una obligación contractual preexistente[416] [417]

Se sostiene clásicamente – con todas las críticas desde las teorías monista y ecléctica[418] - que la responsabilidad contractual se presentaría

---

[414] MEZA BARROS, RAMÓN. *Op. Cit. Responsabilidad Civil*., pág. 43.

[415] La *responsabilidad extracontractual* se puede denominar también como *responsabilidad civil delictual* o *cuasidelictua*l, toda vez que se origina con la ocurrencia de un delito o cuasidelito civil. Dicha nomenclatura cobra mayor precisión para quienes adhieren a la postura que la responsabilidad contractual es la regla general aplicable también a la infracción de las *obligaciones legales* y a las *cuasicontractuales*, ya que – en dicha opinión – la reglamentación de la responsabilidad aquiliana sería sólo aplicable a la esfera delictual civil. Nosotros, por adherir a la posición contraria que sostiene que la responsabilidad aquiliana constituye el derecho común, utilizaremos la denominación de *responsabilidad extracontractual*.

[416] *V*. BARBERO, OMAR U. *Op. Cit. Daños y perjuicios*…., pág. 90.

[417] MEZA BARROS, con preclaras palabras explica: (sic) *"en la responsabilidad contractual, el responsable y la víctima están ligados por un contrato; media entre ellos una obligación preexistente y es el incumplimiento de esta obligación, que causa un daño, la que genera la responsabilidad, esto es, la obligación de indemnizarlo.(…) La situación sería por completo distinta en la responsabilidad delictual o cusidelictual.- En este caso, no existe con anterioridad ningún vínculo entre el autor del daño y la víctima del mismo. El vínculo obligatorio nace precisamente de la comisión del delito o cuasidelito. El delito y el cuasidelito constituyen una fuente de la obligación; vide* MEZA BARROS, RAMÓN. *Op. cit., Responsabilidad…,* págs 44-45.

[418] En términos muy generales, la teoría *monista* sostiene la identidad o correspondencia entre ambos ámbitos de la responsabilidad civil, mientras que la *ecléctica*, a partir de dicha identidad, reconoce diferencias en el tratamiento normativo de cada cual.

como uno de los efectos de las obligaciones[419], mientras que la responsabilidad extracontractual se inserta en el estudio de las fuentes de las obligaciones[420].

Con todo, existen diferencias en el tratamiento normativo de ambas ramas de responsabilidad civil[421], siendo importante determinar, en todo hecho ilícito, el estatuto aplicable. Si bien en ambas responsabilidades se genera el deber de reparar los perjuicios ocasionados por el ofensor, es evidente que pueden observarse un elenco de diferencias. Las principales discrepancias en la regulación normativa de nuestro derecho nacional se observan en las siguientes materias: a) La responsabilidad contractual incide en una obligación preexistente, mientras que la extracontractual la obligación nace precisamente de la comisión del hecho ilícito; b) En materia de capacidad hay diferencias notables, toda vez que en el ámbito de la responsabilidad contractual, por necesitarse la celebración de un acto jurídico previo, las incapacidades (absolutas, relativas, o particulares) son más extensas, mientras que en sede extracontractual las incapacidades son de menor extensión; c) En lo relativo a la *culpa civil,* no cabe duda que existe una gradación entre culpa grave, leve, y levísima, mientras que en el ámbito de la responsabilidad aquiliana no existe expresamente dicha distinción por lo que se presenta la discusión sobre el grado de culpa por el cual responde el agente ofensor; d) en lo atingente a la prueba de la culpa, es del caso que en la responsabilidad contractual el incumplimiento se presume culpable, mientras que en la extracontractual la culpa debe ser acreditada; e) en cuanto a la extensión de los perjuicios reparables, si bien – por la causalidad necesaria a toda responsabilidad – en ambas sedes deben repararse los daños directos, es también cierto que en la esfera contractual debe distinguirse entre las infracciones culposas y dolosas para determinar si se

---

[419] No como su *efecto normal*, sino más bien como un *efecto anormal* para el caso – precisamente – de incumplimiento del deudor. Por todos, *vide* RAMOS PAZOS, RENE. *Op. Cit. De las obligaciones.*, págs 227 y ss.

[420] Sobre las críticas y aciertos de la separación de la responsabilidad contractual como *efecto de las obligaciones*, y de la responsabilidad extracontractual como *fuente obligacional*, *vide* MEZA BARROS, RAMÓN. *Op. cit., Responsabilidad…,* págs 46 y ss.

[421] Como sostiene MEZA BARROS: *"(…) sería negar la evidencia pretender asimilarlas por completo.",* MEZA BARROS, RAMÓN. *Op. cit., Responsabilidad…,* pág. 50.

indemniza sólo por los perjuicios previstos y previsibles, o también por los perjuicios directos imprevisibles, mientras que en la órbita de la responsabilidad aquiliana la distinción entre delito civil y cuasidelito civil es baladí para la definición de los daños reparables; f) la mora es un requisito propio de la responsabilidad contractual por quebrantamiento de obligaciones positivas, ya que en el plexo de las normas de responsabilidad extracontractual no se exige el instituto moratorio; g) en lo atingente a la prescripción extintiva civil, el plazo legal es diverso para ambas sedes de responsabilidad civil; h) en los casos de pluralidad de sujetos ofensores, en la esfera contractual la regla es la simple conjunción, mientras que en la órbita extracontractual la regla es la solidaridad.

2.- Soluciones posibles para la determinación del estatuto aplicable al deber de fidelidad matrimonial en nuestro derecho: opinión de la doctrina

Surge luego la pregunta: ¿cuál es – en nuestro ordenamiento jurídico - el estatuto de responsabilidad civil aplicable a la infracción del deber de fidelidad matrimonial? De entrada puede observarse lo opinable que puede resultar la respuesta a dicha interrogante.

En el derecho nacional, dada la omisión doctrinal y jurisprudencial en el tratamiento de esta materia, no existen muchas luces u opiniones para la materia. Por lo antedicho, es efectivo que las opiniones académicas existentes y debates sobre el particular han acaecido en el derecho extranjero.[422]

---

[422] Para una detallada exposición sobre las opiniones de algunos autores extranjeros sobre esta materia, *vide* OPAZO GONZÁLEZ, MARIO. *Op. cit,* págs. 122-134. El autor indicado cita las opiniones de los uruguayos MARIA INÉS DE MOTTA, GUSTAVO ORDOQUI, ENRIQUE SAYAGUÉS, CARLOS BERLANGIERI; y del argentino CARLOS VIDAL TAQUINI; los cuales se inclinan – en su totalidad – por la aplicación del estatuto de responsabilidad extracontractual en base a los fundamentos que compendiamos a continuación: a) Negación de naturaleza contractual de matrimonio, y por extensión de los deberes derivados, por falta de patrimonialidad en su contenido; b) Estaríamos ante la infracción de deberes jurídicos específicos y no obligaciones en su sentido técnico estricto, debido a la falta de patrimonialidad del deber de prestación; y c) con las infracciones de los deberes matrimoniales se está quebrantando el deber genérico de no causar daño a otro, lo cual es el fundamento de la responsabilidad extracontractual, asemejándose más a los delitos y cuasidelitos civiles que un incumplimiento contractual.

La mayoría de los autores extranjeros adhieren a considerar aplicable el estatuto de la responsabilidad extracontractual[423]. De los autores foráneos directamente consultados por nosotros, podemos agregar al argentino BELLUSCIO se inclina también por esta posición, señalando - en lo pertinente – que (sic) *"es indudable que, por lo menos en principio, la responsabilidad por los daños y perjuicios derivados de los hechos constitutivos de las causales de divorcio, o del divorcio en sí, es extracontractual. Aunque se trate de incumplimiento de deberes derivados del matrimonio, éste no es un contrato; no media pues, apartamiento de obligaciones libremente pactadas en el marco del artículo 1137 del Código Civil, sino de deberes impuestos por la ley a quienes se unen en matrimonio"*[424] [425] [426]. Por su parte el argentino OMAR BARBERO también es partidario de aplicar el régimen de responsabilidad extracontractual, quien expone acerca de este particular lo siguientes: (sic) *"a simple vista parece que se trata de una responsabilidad contractual, ya que los hechos constitutivos de las causales de divorcio son incumplimientos de las obligaciones o deberes emergentes del matrimonio (fidelidad, asistencia, respeto, etc.) y éste sería el contrato.- Pero no es así; al menos en nuestro derecho positivo, el matrimonio no encuadra dentro del concepto.-(…) Contrato es solamente el acto jurídico bilateral que crea, modifica o extingue relaciones jurídicas de carácter patrimonial (según reza el artículo 1169 del Código Civil).- El artículo 1137 del Código Civil nos dice que ´hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración común, destinada a reglar sus derechos, es decir que esta concurrencia de voluntades o quereres se hace con el fin de sentar las reglas según las cuales habrán de gobernarse las relaciones jurídicas establecidas entre los contratantes con el propósito de crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos u obligaciones.-*

---

[423] OPAZO GONZÁLEZ, al investigar sobre este tema señala, incluso, que (sic) *"en toda la bibliografía consultada, no hemos encontrado a ningún autor que se manifieste a favor de esta posición* (*N.A*: la de aplicar el estatuto de responsabilidad contractual)*"*, OPAZO GONZÁLEZ, MARIO, *idem,* pág. 123. Para ver las opiniones de los autores extranjeros consultados por OPAZO GONZALEZ, *v.a.* nota inmediatamente anterior.

[424] BELLUSCIO, AGUSTO CÉSAR. *Op. Cit. Daños y perjuicios*…., págs 28-29.

[425] El artículo 1137 del Código Civil argentino, citado por BELLUSCIO, se refiere a la definición de *contrato*, en general, para dicho ordenamiento. En efecto, reza lo siguiente: *"Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos."*

[426] No obstante, BELLUSCIO inicialmente se inclinaba por aplicar el estatuto contractual para los daños derivados de la anticipada disolución de la sociedad conyugal, para luego – cambiando de vereda – inclinarse por aplicar a todos los casos de responsabilidad civil entre cónyuges, la extracontractual. Sobre dicho cambio de opinión *vide:* BELLUSCIO, AGUSTO CÉSAR. *Op. cit. Daños y perjuicios*…, pág. 29.

Por poco que se medite sobre el concepto, se echa de ver que no cuadra para el matrimonio. En éste existe sin duda alguna ´una declaración de voluntad común´, (…).- Pero este acuerdo de voluntades entre los esposos no tiene por mira ´fijar´ las reglas a las cuales van a someter su unión, sino simplemente manifestar su ´acatamiento´ a las que la ley, por decisión del legislador, les señala en términos imperativos e ineludibles que en manera alguna podrán alterar." [427] [428]. Para el Derecho de Familia brasileño, INACIO DE CARVALHO, en contradicción y refutación de otros autores de dicho país que si se inclinan por la aplicación de la responsabilidad contractual[429], también toma posición a favor de aplicar el régimen extracontractual, pero – por la variedad de su argumento la citamos – no por desconocer el carácter contractual del matrimonio, sino más bien por la naturaleza especial de dicha convención, entendida como un *contrato de derecho de familia*; señalando sobre este tópico lo siguiente: (sic) *"Com a devida vênia, não concordamos com tal entendimento. Se é certo que o casamento é um contrato, embora de natureza especial (contrato de direito de família, como entende hoje a doutrina majoritária), não se pode, entretanto, incluir o ´neminen laedere´ como cláusula contratual. Não se pode aceitar a idéia de que o marido que, v.g., causa lesões corporais em sua mulher está infringindo uma cláusula contratual do casamento.- Fica claro, assim, que a responsabilidade de que se está tratando só pode ser aquiliana (extracontratual)".*[430]

---

[427] BARBERO, OMAR U. *Op. cit.,* págs. 222-223.

[428] Para el derecho argentino existe mayor claridad en lo referido a la naturaleza no contractual del matrimonio, pues por carecer de patrimonialidad en su contenido, y por texto expreso, se cierra dicha posibilidad. En efecto, el artículo 1169 del Código Civil argentino prescribe: (sic) *"La prestación, objeto de un contrato, puede consistir en la entrega de una cosa, o en el cumplimiento de un hecho positivo o negativo* ***susceptible de una apreciación pecuniaria****"* (las negrillas con nuestras). Dista mucho de la situación del derecho chileno, tanto por lo discutible que resulta exigir o no patrimonialidad en la prestación, tanto por cuanto nuestra legislación – pese a la modificación señera del derecho matrimonial acaecida en los últimos años – sigue definiendo el matrimonio como *contrato* en el artículo 102 de nuestro Código Civil.

[429] Particularmente refiriéndose a REGINA PAPAS DOS SANTOS y ELIZIER WILLIAN GOMEZ MENDEZ, para cuyos autores la aplicación del régimen contractual deriva, lisa y llanamente, de la naturaleza contractual del matrimonio para el derecho brasileño. *Vide,* CARVALHO NETO, *Op. cit.,* págs. 252-253.

[430] CARVALHO NETO, *Op. cit.,* pág. 253. La cita traducida al español es la siguiente: *"Con la debida venia, no concordamos con tal entendimiento (N.A.: se refiere al razonamiento de quienes sostienen la aplicación del estatuto de la responsabilidad contractual). Si es cierto que el matrimonio es un contrato, aunque de naturaleza especial (contrato de derecho de familia, como entiende hoy la doctrina mayoritaria), no se puede, por tanto, incluir el ´neminen laedere´ como*

Para el derecho nacional, los pocos estudios sobre la material se inclinan también por la aplicación de las normas de responsabilidad extracontractual. Es así que MARIO OPAZO GONZÁLEZ[431], sustenta su posición en base a los siguientes argumentos: a) la obligación de indemnizar nace más bien por la comisión de un hecho ilícito generador de obligaciones que por la infracción de una obligación preexistente; b) que en las infracciones conyugales, por la falta de contenido patrimonial de la prestación, nos encontramos más bien *deberes* y no ante *obligaciones propiamente tales*, lo cual se refuerza por cuanto en las últimas – para el evento de quebrantamiento – puede solicitarse el cumplimiento *in natura*, mientras que en las primeras necesariamente habrá que acudir a la petición de cumplimiento *por equivalencia*; y c) existe una mejor adecuación de las infracciones conyugales con los elementos propios de la responsabilidad extracontractual, ya que – en este sentido – habrían requisitos de la sede contractual que serían inaplicables para los casos de marras, como es manifiesto a propósito de la *mora* [432]. A su vez, para FABIAN ELORRIAGA DE BONIS, igualmente se aplica el estatuto de la responsabilidad extracontractual, básicamente en el hilo del siguiente razonamiento: a) las obligaciones que emanan del matrimonio no son contractuales sino legales, ya que derivan directamente de la ley, y los cónyuges no determinan su contenido; b) a la pregunta sobre cuáles son las normas que imperan las obligaciones legales, sostiene que se aplican las de sede extracontractual; c) agrega que cuando se produce un daño como consecuencia de la violación legal la acción indemnizatoria es diversa de otras tendientes ora al cumplimiento de la obligación quebrantada ora a otras pretensiones: la acción indemnizatoria, basada en el hecho ilícito, se

---

cláusula contractual. No se puede aceptar la idea de que el marido que v.g., causa lesiones corporales en su mujer está infringiendo una cláusula contractual del matrimonio. Queda claro, así, que la responsabilidad de que se está tratando sólo puede ser aquiliana (extracontractual)." [N.A.: la traducción es nuestra].

431 A diferencia nuestra, OPAZO GONZALEZ, se inclina por sostener que el régimen de derecho común en materia de responsabilidad civil es el contractual. No obstante, con mucha agudeza se cuida de explicar que dicha postura no es óbice para sostener que en la responsabilidad civil entre cónyuges, o entre padres e hijos, se aplica el estatuto extracontractual, no habiendo por ende contradicción alguna o – según él señala – existiendo sólo una contradicción aparente. *V*. OPAZO GONZÁLEZ, MARIO. *Op. cit,* pág. 132.

432 *V*. OPAZO GONZÁLEZ, MARIO. *Op. cit,* en especial pág. 132-134, *v.a.* págs. 125 y 127.

engarza en la responsabilidad aquiliana; y d) concluye sosteniendo que en otras ramas jurídicas en las cuales no cabe duda acerca de la aplicación de la responsabilidad aquiliana para el cobro de los daños ocasionados, también se trata de obligaciones legales, citando como ejemplo la esfera de los delitos y cuasidelitos penales[433].

3.- Nuestra posición

Nosotros adherimos a la posición de aplicación del estatuto propio de la responsabilidad extracontractual, pero no necesariamente por las mismas razones hasta ahora aludidas, sobre el tema en cuestión, por autores nacionales o extranjeros[434].

Creemos que en este punto cobra importancia la naturaleza jurídica del deber matrimonial en estudio, estimando que, por tratarse de un *deber especifico de actuación*, y no de una *obligación en sentido estricto* – y por otros argumentos complementarios – se aplica el régimen extracontractual. No obstante, de entenderse que se trata de una obligación, sostenemos que igualmente se aplicaría la reglamentación de la responsabilidad aquiliana.

3.-1.- Al entenderse como un *deber jurídico específico* y no como una *obligación en sentido técnico estricto*, se aplica el régimen extracontractual.

Sostenemos que lo más acertado es sostener que el deber de fidelidad matrimonial se configura, en lo concerniente a su naturaleza jurídica, como un *deber jurídico específico* diverso de las *obligaciones en sentido técnico estricto*.[435]

La principal argumentación por la cual adherimos a negar el carácter de *obligación en sentido técnico estricto* del deber de guardarse fe entre cónyuges,

---

[433] *V*. ELORRIAGA DE BONIS, FABIAN, *Op. cit.,* 76-84.

[434] Como hemos sostenido en otros pasajes de este trabajo: argumentalmente, la aceptación de una conclusión no implica lógicamente asumir como verdaderos todos los fundamentos, antecedentes, y razones aducidas. Lo antedicho se resume en el brocardo "*ex falso sequiter quod libet"*, es decir, *de lo falso se puede colegir cualquier cosa.*

[435] En extenso sobre la naturaleza jurídica del deber en estudio, *vide supra "*CAPITULO SEGUNDO". Sobre nuestra posición en el tema, *vide supra "*CAPITULO SEGUNDO, II.- 3.-".

se vincula a la transitoriedad temporal que caracteriza a éstas últimas[436]; toda vez que, tal cual ya se ha citado en este hilo de ideas al profesor HERNANDEZ GIL, "*la obligación tiene una fuente; pero el acto generador no crea una situación distinta de la representada por la obligación o el conjunto de obligaciones. Por eso, cumpliendo los deberes de prestación, la obligación (definitiva o gradualmente) se agota o extingue, en tanto que cumpliendo los deberes familiares no se pone término a la relación, la cual subsiste al margen por completo de que se observen o no tales deberes*"[437]. Como ya se ha dicho, las obligaciones tiene como cauce natural desde su nacimiento a través de fuentes generadoras su extinción para satisfacer el fin práctico para el cual surgieron: están llamadas a que su *efecto normal* sea su cumplimiento y extinción mediante la realización de la prestación debida, es decir, mediante el *pago*. Nada de aquello ocurre en el deber de fidelidad matrimonial en particular y en los deberes personales del matrimonio en general, ya que no se extinguen por la satisfacción y adecuación de la conducta conyugal a la prestación exigida en cada deber específico, ya que el *consortium vitae* que es consustancial al vínculo de conyugalidad impide dicha situación.

Discrepamos de los autores que fundan la naturaleza de *deber jurídico específico* de las conductas conyugales exigidas por el derecho patrio – diverso de las *obligaciones en sentido estricto* – en la *falta de patrimonialidad de la prestación*. En primer lugar, a diferencia de otras legislaciones, la necesidad de patrimonialidad no es un tema pacífico[438], ya que no existe una norma positiva que otorgue claridad indubitada[439]. Y en segundo lugar el argumento principal de los sostenedores de la patrimonialidad de la prestación radica en la improcedencia de ejecución forzosa ante su incumplimiento, no obstante se centra la vista solamente en una etapa o

---

436 *Vid supra* "CAPITULO SEGUNDO, I.- 3.6.-" de este capítulo.

437 HERNANDEZ GIL, ANTONIO. *Op. cit.,* pág. 61.

438 Sobre el debate dogmático de la patrimonialidad de la prestación en la obligación *Vid.* RAMOS PAZOS, RENE, *Op. cit., De las obligaciones...,* págs. 20-22; ALESSANDRI R., ARTURO; SOMARRIVA U., MANUEL; VODANOVIC H., ANTONIO, *Op. cit.,* págs. 164-168.; ABELIUK MANASEVICH, RENE. *Op. cit.,* págs. 35 y 36.

439 Así, a modo ejemplar, el artículo 1169 del Código Civil argentino prescribe: (sic) *"La prestación, objeto de un contrato, puede consistir en la entrega de una cosa, o en el cumplimiento de un hecho positivo o negativo* ***susceptible de una apreciación pecuniaria****"* (las negrillas con nuestras).

aspecto de la estructura obligacional, cuyo es lo referente a las facultades otorgadas al acreedor para exigir la satisfacción de su crédito, es decir, se centra el punto en los efectos anormales o secundarios de la obligación, dejando de lado que los conceptos jurídicos comprueban su ontología mediante sus efectos, y que la primera consecuencia normativa de toda obligación es la susceptibilidad de su cumplimiento a través de la conducta del sujeto pasivo o deudor de la misma, y salta a la vista que es posible que, con la obligada colaboración del deudor, se realice una prestación no patrimonial[440]: sin duda que es posible, según lo expuesto, sostener que en el caso del deber de fidelidad matrimonial se protege un interés extrapatrimonial que es tutelado normativamente por el Derecho, siendo también posible – y es más es justamente la conducta programada y buscada por la norma – que el cónyuge imperado por el deber adecue su actuar a lo exigido normativamente por éste.

También discrepamos de los autores que fundan la naturaleza de *deber jurídico específico* de las conductas conyugales exigidas por nuestro derecho, en que en *obligaciones en sentido estricto*, para el caso de infracción de éstas, puede solicitarse su cumplimiento forzoso *in natura*, mientras que lo característico de los deberes que no participan del concepto de una estricta obligación sólo puede pedirse compulsivamente el cumplimiento *por equivalencia*. Lo anterior por cuanto – según hemos sostenido antes[441] – son aplicables dos críticas: la primera, por cuanto el concepto de obligación no se puede restringir solo una concepción de *obligación como responsabilidad*, es decir no puede limitarse a las facultades del acreedor ante el incumplimiento de la prestación debida, no basta centrarse sólo en el concepto de coacción, toda vez que la concepción de la *obligación como deber de prestación* debe ser parte integrante y fundamental del concepto, ya debe

---

[440] Desde un tiempo atrás los autores nacionales vienen criticando como inexactas e incompletas las definiciones y descripciones de los efecto de las obligaciones sólo en cuanto a las facultades que la ley confiere al acreedor para exigir el cumplimiento exacto íntegro y oportuno de la prestación debida; ya que aquello constituye sólo una parte o faz de los efectos obligacionales: sus efectos anormales; siendo pertinente realzar como parte integrante de los mismos la situación normal que se da cuando el deudor cumple la prestación objeto de la obligación. En este sentido *Vid.* FUEYO LANERI, *Op cit. Cumplimiento*…, págs. 12-13.; *V.A.*, RAMOS PAZOS, RENE, *Op. cit, De las obligaciones...*, págs. 227 y ss.

[441] *Vide supra,* "CAPITULO SEGUNDO, I.- 4.3.-"

atenderse a la restricción de libertad que se impone al sujeto pasivo, quien se encuentra en el imperativo de cumplir un deber, además que la primera consecuencia normativa de toda obligación es la susceptibilidad de su cumplimiento a través de la conducta del sujeto pasivo o deudor de la misma, y salta a la vista que es posible que, con la obligada colaboración del deudor, se realice una prestación no patrimonial; siendo del caso además que, no obstante al *deber de prestación* va asociada la *responsabilidad*, está última no queda limitada por la sola faceta de solicitar el cumplimiento compulsivo de la misma prestación debida, no se restringe a la petición de un cumplimiento específico compulsivo de de la idéntica conducta exigida por el deber, ya que el ámbito de la responsabilidad implica o comprende todo el elenco de sanciones o consecuencias jurídicas que franquea el propio sistema legal para el evento de la infracción o quebrantamiento; y la segunda, por cuanto tenemos casos de obligaciones – ciertas en dicha calidad – en las cuales también se vierte como imposible exigir el cumplimiento forzado específico en caso de determinadas infracciones al deber que contienen, como sucede, a modo de ejemplo, en el caso de quebrantamiento de una obligación de dar una especie o cuerpo cierto por destrucción de la cosa debida por culpa o dolo del deudor, o en el caso de infracción de una obligación de no hacer cuando no pueda deshacerse lo hecho[442].

Así las cosas y con los reparos explicitados, sostenemos que estamos ante un *deber jurídico específico* y no ante una *obligación en sentido técnico estricto*. Empero, en dicho escenario tampoco se colige tan evidentemente el régimen aplicable, pues podría sostenerse una homologación con las obligaciones – o contractuales o legales – en cuyo caso se aplicaría el régimen contractual (de efectuar la homologación con las obligaciones contractuales) o el contractual o extracontractual, según sea cual

[442] Se podría bien replicar que en dichos ejemplos, a lo menos en nuestro ordenamiento jurídico, la ley expresamente a manifestado que ante el incumplimiento o contravención la obligación se resuelve o varía de objeto, debiéndose por el deudor infractor –*ex post* al incumplimiento - la correspondiente indemnización de perjuicios; situación que no ocurre, o al menos no se explicita legislativamente, en el ámbito de los deberes conyugales personales. Véase el texto de los artículos 1555 y 1672 del Código Civil.

determinemos como derecho común (de efectuar la homologación con las obligaciones legales).

Nosotros, creemos que no puede efectuarse dicha homologación, ya que – compartiendo en este punto con OPAZO GONZALEZ[443] – para el evento de infracción la obligación de indemnizar nace más bien por la comisión de un hecho ilícito generador de obligaciones que por la infracción de una obligación preexistente, por cuanto no obstante estar ante un deber matrimonial que ya existe previamente, ante su quebrantamiento – y cumpliendo los demás requisitos de atribución de culpabilidad, comisión de daño, e imputación causal – se violenta además el deber general de no causar un daño injusto a otra persona, ubicándonos más cerca de los delitos y cuasidelitos como hechos ilícitos generadores de nuevas obligaciones.

3.-2.- Incluso, de entenderse como *obligación en sentido técnico estricto*, se trataría de una *obligación legal* y no *contractual*: igualmente se aplicaría el régimen extracontractual.

Ya, anteriormente, nos representamos la interrogante sobre cual sería su ubicación para el evento de acoger – en cuanto a su naturaleza jurídica - la tesis obligacional, dilucidando si estaríamos ante una específica *obligación de naturaleza contractual*. Ante dicha pregunta, sostuvimos que, de seguir la tesis obligacional, estaríamos más bien ante una *obligación de carácter legal*. [444]

Creemos que igualmente se aplicaría el régimen extracontractual[445]. Veamos nuestras razones:

a) Sostenemos que el régimen de derecho común – aplicables de suyo para las obligaciones legales – es el de responsabilidad extracontractual. Lo antedicho se funda en:
   - Si bien es cierto que el epígrafe del Título XII del Libro IV se titula, - a diferencia del Código Civil francés del cual el nuestro es

[443] Quien en este punto sigue al profesor argentino CARLOS VIDAL TAQUINI.

[444] En extenso sobre el particular, *vide supra* "CAPITULO SEGUNDO, II.- 2.-".

[445] No desconocemos que existan sólidos argumentos para fundar a aplicación del régimen contractual como estatuto de derecho común.

tributario[446] - *"Del efecto de las obligaciones",* no es menos certero que el tratamiento normativo de cada uno de los artículos que componen dicho epígrafe se refiere a obligaciones contractuales.[447]

- Puede observarse que nuestro Código Civil contrapone las obligaciones provenientes del contrato y las que se originan de las restantes fuentes de las obligaciones[448]. Lo anterior se hace noto en la clasificación tripartita de las fuentes obligacionales regulada en el artículo 2284 del Código Civil, en el cual se contrastan con las obligaciones nacidas de la convención, las generadas de la ley o del hecho voluntario de una de las partes.
- La referencia que hace el Código Civil a determinados grados de culpa para algunas obligaciones legales y cuasicontractuales[449] no es óbice para esta posición, pues la gradación de culpa no es – pese al tenor del artículo 1547 del Código Civil - de exclusiva aplicación para la culpa contractual. En efecto, la gradación del culpa se ubica en el título preliminar del Código Civil (artículo 44) que es de aplicación general para legislación civil y no de exclusiva aplicación para el ámbito contractual; el artículo 1547 no implica en caso alguno una presunta exclusividad, pues cosa diversa es que – por las diferencias de las partes beneficiadas para cada especie contractual, y la proporcionalidad que se aplica respecto de la diligencia debida para la satisfacción de cada prestación – se regule la culpa por la cual responde cada contratante; y por

---

[446] El Código Civil francés trata la responsabilidad contractual bajo la denominación *"De los contratos y las obligaciones convencionales en general"*.

[447] Seguimos en este sentido a MEZA BARROS quien – en lo pertinente – señala: (sic) *"Verdad es que el Código Civil trata, en el título XII del Libro IV, genéricamente, del efecto de las obligaciones. Pero si se revisan sus normas se observa que se refieren, pese a la generalidad de los términos del epígrafe, a las obligaciones que derivan del contrato"*. MEZA BARROS, RAMÓN. *Op. cit., Responsabilidad…,* pág. 53. Sobre la explicación del citado autor, para cada uno de los artículos del Título referido del Código Civil, *v.a. idem,* págs. 53-54.

[448] *Ibidem,* págs. 54-56.

[449] Los casos más recurridos son los consagrados en los artículos 256 (padre o madre por la administración de los bienes del hijo), 391 (guardador por administración de bienes del pupilo), 427 (agente oficioso que administra provisionalmente bienes del pupilo), 2288 (agente oficioso), y 2308 (comunero) del Código Civil.

último, no es pacífico el tema sobre el grado de culpa por el cual se responde en el ámbito de la responsabilidad aquiliana, pues puede sostenerse que responde sólo por culpa leve, en cuyo evento se aplicaría la graduación del artículo 44 también a la esfera delictual y cuasidelictual civil.

b) Como ya sostuvimos más arriba, para el evento de infracción la obligación de indemnizar nace más bien por la comisión de un hecho ilícito generador de obligaciones que por la infracción de una obligación preexistente, por cuanto no obstante estar ante un deber matrimonial que ya existe previamente, ante su quebrantamiento – y cumpliendo los demás requisitos de capacidad delictual, atribución de culpabilidad, comisión de daño, e imputación causal – se violenta además el deber general de no causar un daño injusto a otra persona, ubicándonos más cerca de los delitos y cuasidelitos como hechos ilícitos generadores de nuevas obligaciones.

CAPITULO SÉPTIMO:
Del Incumplimiento del deber de fidelidad como hecho ilícito civil generador de daños civiles en sus aspectos relevantes vinculados a los elementos de la responsabilidad civil

SUMARIO: *I.- ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL, EN RELACIÓN AL DEBER MATRIMONIAL EN ESTUDIO. 1.- Capacidad delictual.- 1.-1.- Demencia del cónyuge infractor.- 1.-2.- Cónyuge infractor menor de edad.-2.- Incumplimiento del deber conyugal.- 3.- Daño.- 3.-1.- Generalidades acerca del daño.- 3.-2.- Distinción entre los daños derivados del hecho ilícito y los daños derivados del divorcio o separación judicial en sí.- 3.-3.- Daños Materiales y Daños morales.- 3.-3.-1.- Enfermedades de transmisión sexual.- 3.-3.-2.- Algunos breves comentarios sobre el daño moral ocasionado por la infracción del deber de fidelidad matrimonial.- 3.-4.-Posible cúmulo de indemnizaciones entre la compensación económica y las reglas generales del derecho de daños.- 3.-4.-1.- Generalidades de la compensación económica.- 3.-4.-2.- Principio de reparación plena: solución a un problema aparente.- 4.- Otros elementos: Culpa o dolo del cónyuge infractor y relación de causalidad entre el incumplimiento culpable del cónyuge infractor y los perjuicios al cónyuge inocente.*

I.- Algunas consideraciones sobre los elementos de la responsabilidad civil, en relación al deber matrimonial en estudio[450].

1.- Capacidad delictual

Suele definirse la capacidad delictual como la aptitud que tiene una persona para contraer la obligación de reparar un daño[451]. El Código Civil no define, en sede extracontractual, la capacidad delictual, remitiéndose

[450] Los elementos de la responsabilidad civil a tratar, serán los de la responsabilidad extracontractual, pues aquella sostenemos – en concordancia co la doctrina – es la aplicable. Cada elemento será tratado en sus aspectos más generales y, en la especie, en lo más atingente al tema en estudio, toda vez que el estudio más profundo de cada uno de ellos corresponde al derecho general de daños y escapa al ámbito nuestro trabajo.

[451] Por todos, *vide* CORRAL TALCIANI, HERNAN. *Op. cit., Lecciones de responsabilidad…*, pág. 106.

a la enunciación de los casos de incapacidad. Lo anterior es coherente con nuestro sistema codicial, toda vez que la regla es, precisamente, la capacidad de las personas.[452]

Se establece en el artículo 2319 como incapaces: a) los menores de siete años o infantes; b) los menores de dieciséis años que hayan actuado sin discernimiento; y c) los dementes.

Para nuestro caso en estudio, resulta imposible la concurrencia de incapacidad en las dos primeras hipótesis de incapacidad delictual civil, debido a que el número 2° del artículo 5° de la ley de matrimonio civil establece que *no podrán contraer matrimonio:(…) los menores de dieciséis años;"*.[453]

No obstante hay dos asuntos de interés: la sobreviniente demencia en el cónyuge infractor, y el caso de un cónyuge infractor que sea menor de dieciocho años[454].

1.-1.- Demencia del cónyuge infractor

En el primero de los casos, el de demencia del cónyuge infractor, hay que distinguir la época en la cual se ha producido la demencia:

a) *Demencia en el momento del contraer matrimonio:* En dicho caso, el matrimonio no podría ser celebrado, o más bien no sería válido o estaría infeccionado de un capítulo de nulidad, por aplicación del artículo 5° número 3°, y artículo 44 letra a), de la ley de matrimonio civil.
b) *Demencia posterior a la celebración matrimonio, pero posterior a la comisión del hecho ilícito de infracción del deber de fidelidad matrimonial*: En dicho caso, el

---

[452] La capacidad como regla en el Código Civil, en materia de actos jurídicos se desprende del tenor de los artículos 1446 y 1447 del Código Civil. En sede de responsabilidad extracontractual se deriva del texto del artículo 2319 del mismo Código que se encarga de indicar los casos de incapacidad. Otras normas que se establecen considerando la capacidad como regla general del derecho civil son, entre otros casos, los artículos 1005 (que tiene que prescribir las incapacidades para testar), 961 (prevé la capacidad para suceder como regla).

[453] No nos extenderemos en algo obvio: la *capacidad delictual civil* es diversa de la *capacidad para contraer matrimonio.*

[454] Lógicamente, el caso planteado se refiere a un menor de edad que tenga a lo menos dieciséis años, ya que si tiene menos edad no podría – por la norma ya transcrita – haber contraído matrimonio válido siquiera.

matrimonio sería válido, toda vez que la causal de incapacidad *connubial* debe concurrir al momento de prestar el consentimiento conyugal, esto es al momento de su celebración. Con todo, y en consideración a que la capacidad delictual debe – a su vez – concurrir al momento de la perpretación del hecho ilícito, es del caso que el cónyuge infractor cuya demencia sobreviene con posterioridad a la realización de la respectiva infracción, sería efectivamente responsable civilmente de los perjuicios que ocasiona, en lo que a capacidad delictual se refiere. Cosa distinta es que - procesalmente - no tenga *capacidad procesal*, y por ende deba ser demandado a través de su correspondiente representante legal.

c) *Demencia posterior al matrimonio, pero concurrente a la comisión del hecho ilícito de infracción del deber de fidelidad matrimonial*: En dicho caso y al igual que en el anterior, el matrimonio sería válido, toda vez que la causal de incapacidad *connubial* debe concurrir al momento de prestar el consentimiento conyugal, esto es al momento de su celebración. No obstante y a diferencia del anterior, pese a ser válido el matrimonio, al momento de la realización del hecho ilícito adolecería el cónyuge infractor de una causal de incapacidad delictual civil, por lo cual no se configuraría responsabilidad civil, y no debe responder por los perjuicios sufrido por el otro cónyuge.

1.-2.- Cónyuge infractor menor de edad

En el segundo de los casos, el de minoría de edad del cónyuge infractor, estamos en presencia de un matrimonio válido, y en presencia también de una persona capaz en lo concerniente a la responsabilidad aquiliana.

En la hipótesis de marras, el cónyuge es responsable civilmente por los perjuicios que ocasiona a su cónyuge al infringir el deber de fidelidad matrimonial, pues al gozar de ambas capacidades – para contraer matrimonio, y delictual civil – tiene total conciencia de su deber de actuación y de los perjuicios que puede causar a su coparte en el matrimonio.

Como señalamos, el cónyuge infractor menor de edad es responsable por sus actos y esta legitimado pasivamente para ser demandado por indemnización de perjuicios por responsabilidad extracontractual. Diverso aspecto – y al igual que en el caso antes tratado de demencia posterior a la celebración matrimonio, pero posterior a la comisión del hecho ilícito de infracción del deber de fidelidad matrimonial – es que, teniendo capacidad de ser parte, no tenga capacidad procesal, y de esta guisa deba ser demandado a través de su correspondiente representante legal.

Tampoco, en principio, creemos que se aplique la *responsabilidad indirecta o por el hecho ajeno*, prevista en el artículo 2320 del Código Civil[455]: de modo que no deberían responder los padres, curadores, u otros guardianes del cónyuge infractor menor de edad. Veamos algunos comentarios:

a) Dentro de los requisitos de la responsabilidad por el hecho ajeno se exige la capacidad delictual tanto del custodio o guardián como del custodiado o dependiente: dicho supuesto si concurriría en nuestro caso.[456]
b) También concurriría el requisito consistente en la comisión de un hecho ilícito por el subordinado o dependiente
c) Pero el elemento que *primae facie* no concurriría se refiere a la relación de dependencia o subordinación entre el custodio y el custodiado. Hagamos una detención en este particular:
    - No debemos perder de contexto que el hecho ilícito tratado se refiere al incumplimiento de un deber conyugal
    - Atendido el consorcio vital que implica el matrimonio, creemos que en el cumplimiento – y como contrafaz en la infracción – de

[455] El artículo 2320 del Código Civil establece la regla en su primer inciso: (sic) *"Toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado"*. Recordemos que en los incisos siguientes de dicho artículo del Código Civil, solamente se exponen casos a modo ilustrativo y no de modo taxativo, siendo definitoria para la aplicación normativa de la responsabilidad indirecta, la *relación de dependencia o subordinación* entre el custodio y el custodiado.

[456] Por eso se caracteriza la *responsabilidad indirecta* como una *responsabilidad paralela* tanto del custodiado como del guardián. Diverso es el caso del artículo 2319 en donde – para los delitos o cuasidelitos cometidos por incapaces – no concurre, por obviedad, capacidad del hechor material del hecho ilícito, y responde directamente las personas a cuyo cargo estén; de ahí también que en el caso del artículo 2320 haya *derecho a reembolso* a favor de guardián responsable (*vide* artículo 2325 del Código Civil) y en los del artículo 2319 no lo haya.

los deberes conyugales no puede pervivir un vínculo de dependencia o subordinación del cónyuge menor de edad ofensor y su padre, madre, curador, u otro guardián cualquiera. De ahí que, a modo ejemplar, no podríamos reprocharle a los padres del cónyuge menor de edad infractor, la infidelidad marital realizada por este último, es decir, no podríamos reprocharle la omisión de un deber de vigilancia al tercero.

- Lo antedicho se refuerza normativamente, por cuanto si la propia ley[457] permite a un menor de edad contraer matrimonio[458], es porque – cumpliendo los otros requisitos de capacidad para contraer matrimonio – puede asumir personalmente (¡y no puede ser de otro modo!) los deberes personales derivados del vínculo de conyugalidad.
- Con todo, el cónyuge de la hipótesis mantiene su calidad de menor de edad[459], por lo que en otras hipótesis fácticas extra conyugales podría concurrir responsabilidad indirecta de, v gr., sus padres. Pero en ningún caso por los hechos ilícitos configurados por el quebrantamiento de deberes conyugales del menor.
- Tanto así, que aunque el cónyuge infractor se trate de un hijo o hija menor que habite la misma casa de sus padres[460], no procede la responsabilidad por el hecho ajeno.
- En abundamiento, podría excepcionarse el tercero por lo dispuesto en el inciso final del artículo 2330 del Código Civil, toda vez que con la autoridad y cuidado que su respectiva calidad le confiere y prescribe, ni hubiere podido impedir el hecho.

---

[457] Artículo 5° de la ley de matrimonio civil.

[458] Menor de edad, pero mayor de dieciséis años.

[459] Conforme al artículo 26 del Código Civil.

[460] Nos referimos al caso descrito en el inciso segundo del artículo 2320, a saber: (sic) *Así el padre, y a falta de éste la madre, es responsable del hecho de aquellos que habiten en la misma casa"*. El caso puede darse: cónyuges que viven con los padres de uno ellos, en la casa de éstos, y el cónyuge infractor es menor de edad y el hijo de los dueños de casa.

Diversa es la situación del artículo 2321 del Código Civil[461]. En dicho caso, se presenta una presunción de derecho de responsabilidad en contra de los padres, y creemos que si se acredita el presupuesto de *"mala educación"* o *"hábitos viciosos que les han dejado adquirir",* podría existir responsabilidad por el hecho de terceros.

2.- Incumplimiento del deber conyugal

En líneas generales la antijuridicidad de una actuación – comitiva u omisiva – comporta la transgresión normativa *lato sensu,* que comprende cualquier obrar contra derecho, como así el ejercicio abusivo del mismo, habida consideración que la lesión a interés ajeno, en ejercicio de una actividad lícita, puede excepcionalmente engendrar responsabilidades[462].

Se configura, de suyo, un actuar injusto o contrario a derecho no solamente por la realización de una conducta expresamente prohibida o por la omisión de una acción exigida explícitamente, sino que se comprenden conductas cuya prohibición surge de la consideración armónica del sistema jurídico como plexo normativo.[463] En efecto, no existe en sede de responsabilidad civil aquiliana una necesidad de *tipificación* de todas las conductas de una agente que puedan generar una acción indemnizatoria, pues, no obstante existir casos en que el legislador explicita la procedencia de una acción de tal naturaleza, tal exigencia sobrepasaría los casos reales imaginables en que un agente u ofensor pueda ocasionar resultados nocivos o dañosos. Además – como se expuso - se desprende del conjunto de las normas del Derecho de Daños el principio general de que nadie puede dañar injustamente a otro o *alterum non laedere*; de guisa que los casos de tipificación o especificación explicita de la ley de ciertas conductas que

---

[461] Dicho artículo reza: (sic) *"Los padres serán siempre responsables de los delitos o cuasidelitos cometidos para sus hijos menores y que conocidamente provengan de mala educación, o de los hábitos viciosos que les hayan dejado adquirir"*

[462] *V.* BARBERO, OMAR U. *Op. cit.,* págs. 106

[463] *Ibidem.*

hagan procedente una indemnización pecuniaria, no importan *primae facie* la negación de resarcimiento en los casos omitidos[464] [465]

En el tema en estudio - el deber de fidelidad matrimonial - la antijuridicidad como elemento componente de la responsabilidad extracontractual se facilita en delimitación y pesquisa: se configura, precisamente, por la conducta del cónyuge que vulnera el deber de fidelidad matrimonial que impone el vínculo conyugal. El actuar en contravención al deber específico de actuación que impone el deber de fidelidad matrimonial lo convierte en una conducta injusta o antijurídica[466].

Entre nosotros, OPAZO GONZALEZ, en razón de licitud o ilicitud de las conductas, y a la sazón de la clásica distinción entre los daños

---

[464] CORRAL TALCIANI, al tratar los elementos de la responsabilidad extracontractual y en la especie al referirse a la *antijuridicidad* (es uno de los pocos autores nacionales que trata sistemáticamente la *antijuridicidad* como elemento autónomo de la responsabilidad aquiliana) y al vincularla con una eventual *tipicidad* del hecho ilícito, expone que: (sic) *"En materia civil, la tipicidad y antijuridicidad tienden a confundirse en una sola etapa: no es posible exigir que haya ´tipos´ preestablecidos de todos los hechos que generan responsabilidad. . El análisis de la ilicitud se centrará, por tanto, en la constatación de si el hecho en cuestión constituye una infracción a una norma positiva o va contra el principio general de que nadie puede dañar injustamente a otro". Vide* CORRAL TALCIANI, HERNAN. *Op. cit., Lecciones de responsabilidad…*, págs. 119-123. *N. A:* Más allá del discurrir técnico acerca de si la *antijuridicidad* es o no un elemento autónomo de la responsabilidad extracontractual (una crítica usual es la posible tautología de colegir que todo *daño* es *antijurídico* por quebrantar la regla de – precisamente – no causar perjuicio), queda en evidencia que no es necesario norma expresa para autorizar en cada caso concreto la posibilidad de accionar por los perjuicios ocasionados por el ofensor, pues importaría la exigencia de una verdadera *"tipicidad"* que no se condice con el moderno sistema general del Derecho de Daños.

[465] MAURICIO TAPIA destaca, particularmente, el tránsito desde una *tipicidad* en la responsabilidad civil aquiliana hacia una formulación general - superando la *tipicidad* aludida - de responsabilidad, recogida en el Código napoleónico para trasvasijarse a los códigos tributarios de éste. En efecto señala: *"El Código Civil contiene una regla general y amplísima de responsabilidad civil por negligencia (arts. 2314 y s.). Esta regla es propia de la modernidad, pues en Roma, y en general en todas las civilizaciones en que la responsabilidad penal no se encontraba separada suficientemente de la civil, los ilícitos que dan lugar a la reparación pecuniaria son específicos. Históricamente la responsabilidad civil siempre ha estado afectada por la ´tipicidad´ del derecho penal. Sólo el fortalecimiento del Estado, y de sus órganos represivos, pudo independizar estos dos tipos de responsabilidades, (…). Una vez realizada esta separación de forma más perfecta (aunque nunca absolutamente), y habiendo recibido el impulso del racionalismo (particularmente GROCIO), la formulación de un principio general de responsabilidad por culpa es propio de ese mismo espíritu de abstracción y generalidad (…). Como se entiende, la verdadera innovación es la generalidad de la fórmula empleada y no la culpa o negligencia, que como criterio de atribución de responsabilidad civil por algunos ilícitos específicos ya estaba presente en Roma." vide* TAPIA R., MAURICIO. *Op. cit.,* pág. 275.

[466] Sobre el contenido del deber específico de conducta que impera para los cónyuges, *vide supra* CAPITULO TERCERO, intitulado *"De la delimitación de la conducta externa exigida al cónyuge en virtud del deber de fidelidad matrimonial"*.

derivados de los hechos constitutivos de causales de divorcio y los daños derivados del divorcio en sí, sostiene que los segundos no serían indemnizables por cuanto los eventuales daños derivados del divorcio en si derivarían de hechos lícitos, a saber, el ejercicio de las acciones procesales respectivas[467]. Desde ya adelantamos que, en nuestra opinión, la solución al problema de la extensión de los perjuicios reparables se vincula más bien con la *causalidad*, como elemento de la responsabilidad civil, que con la ilicitud del hecho, ya que no cabe duda que la petición de divorcio es una actuación lícita, y que el único actuar antijurídico consistiría en los hechos constitutivos de la causal respectiva: la interrogante debe resolverse a la luz de determinar si los daños derivados del divorcio pueden imputarse al hecho ilícito que es – a su vez - la causal de divorcio.

3.- Daño

El daño es un requisito común a todas las responsabilidades civiles (sea por culpa o estricta) y constituye al mismo tiempo el objeto del juicio de responsabilidad. Al decir de MAURICIO TAPIA, *la producción de un daño es uno de los fundamentos y al mismo tiempo es la medida de la reparación*.[468] [469] Por lo dicho es que no hay indemnización de perjuicios sin daño.[470]

3.-1.- Generalidades acerca del daño

Pese a la importancia de dicho elemento y del uso profuso de dicha alocución por nuestro Código Civil, no existe una definición legal al

---

[467] *V.* OPAZO GONZALEZ, MARIO. *Op. cit.,* págs. 138-139.

[468] *V.* TAPIA R., MAURICIO. *Op. cit.,* pág. 291. Y agrega: *"(…) la evolución social en materia de responsabilidad civil ha conducido a una progresiva, aunque no muy sistemática, expansión del daño reparable.", idem,* págs. 291-292.

[469] Sobre el rol jurídico del daño en la responsabilidad civil extracontractual y la situación jurisprudencial *v.a.* DIEZ SCHWERTER, JOSÉ LUIS. *Op. cit.*, págs. 25-29; y en particular como *presupuesto* (ya no sólo como *elemento*) de la responsabilidad aquiliana, *idem,* pág. 27.

[470] Salvo en determinados casos en que no es menester acreditar, por el demandante, la existencia de daños o incluso derechamente pueden no existir. Para nuestro derecho, podemos citar – en el ámbito obligacional contractual – la *cláusula penal* regulada en los artículos 1535 y ss del Código Civil; y el cobro de interés por el simple retardo, cuando se incumple una obligación de pagar una cantidad de dinero, a que se refiere el artículo 1559 N° 2 del Código Civil.

efecto[471]. No obstante, recogeremos como concepto de perjuicio el de *toda lesión, menoscabo o detrimento a simples intereses de la víctima, entendiendo por interés todo lo que es útil, cualquier cosa, aunque no sea pecuniariamente valuable, con tal que sea un bien para el sujeto, satisfaga una necesidad, cause una felicidad y rehace un dolor.- Los intereses, a su vez, pueden ser patrimoniales o extrapatrimoniales. La lesión de los primeros origina un daño patrimonial o material, en tanto el menoscabo de los segundos hace surgir un daño extrapatrimonial o moral".*[472]

Se ha destacado también cierta diferencia entre lo que podría denominarse como daño genérico de la vida humana y, en un sentido más comprensivo, el daño jurídico, para hacer así hincapié en las diferencias entre los perjuicios corrientes de la vida en relación y los detrimentos con relevancia jurídica para ser solicitada su reparación.[473]

Por lo anterior, tanto a nivel jurisprudencia como doctrinal se han ido estableciendo los requisitos necesarios para determinar cuando los daños tendrán relevancia jurídica y de esta laya estemos en presencia de un daño jurídico propiamente.

Los requisitos generalmente enunciados son los siguientes: a) certeza; b) subsistencia o que no haya sido indemnizado; c) afectación, a lo menos, de un interés legítimo; d) magnitud suficiente; y e) originado en una persona diverso del ofendido[474].

---

471 *V.* DIEZ SCHWERTER, JOSÉ LUIS. *Op. cit.*, pág. 17.

472 *Idem,* pág. 25. El concepto transcrito se adecua a la posición mayoritaria que entiende el daño como *lesión a un simple interés*, no precisando que se *lesione un derecho subjetivo*. Sobre los argumentos para dichas posiciones *vide, idem,* págs 21-25.

473 En este sentido CORRAL TALCIANI señala que: (sic) *"es evidente que el daño como simple fenómeno existencial es connatural a la vida humana. La convivencia reporta un sinnúmero de pérdidas, molestias, situaciones desfavorables que pueden ser calificadas en el lenguaje ordinario de ´daños´ o ´perjuicios´. Es claro, sin embargo, que no todos ellos producen obligación de reparar en qué consiste la responsabilidad. De allí que sea necesario añadir a la realidad naturalística del daño una relevancia jurídica. En este sentido, el ´daño jurídico´ capaz de desencadenar la reacción del derecho consiste en el deber de reparación, es un especie del daño en el orden físico o existencial".* CORRAL TALCIANI, HERNAN. *Op. cit., Lecciones de responsabilidad…*, pág. 138.

474 Algunos agregan la *relación directa con el hecho ilícito*, pese a poder sostenerse que su ubicación más apropiada corresponde con el elemento de la *causalidad.* CORRAL TALCIANI, también agrega la *previsibilidad del daño*, ya que – contrariando la doctrina general – sostiene que el agente u ofensor sólo responde por los daños directos previsibles ya que, según afirma el citado académico, *"se pierde de vista que la previsibilidad es esencial para que pueda haber un factor de conexión de causalidad: el daño, que, por un desenvolvimiento anormal y extraordinario de las circunstancias, no sólo fue imposible de prever por el agente concreto que actúo en el caso, sino que era imprevisible para cualquier hombre medio razonable, no puede considerarse un efecto directo de la acción dañosa.".*

Veamos a continuación algunos aspectos relevantes del daño, en relación a nuestro tema en estudio.

3.-2.- Distinción entre los daños derivados del hecho ilícito y los daños derivados del divorcio o separación judicial en sí

Este problema se refiere a la extensión de los perjuicios reparables; toda vez que la infracción del deber de fidelidad matrimonial – al igual que el incumplimiento de otros deberes personales del matrimonio – junto con configurar un hecho ilícito generador de la obligación de reparar los perjuicios de él derivado, configura – en nuestro ordenamiento jurídico nacional - una causal de divorcio o de separación judicial. Luego viene el planteo: ¿deben ser reparados solamente los perjuicios derivados del hecho ilícito que da lugar al divorcio o separación judicial, o también el que surge de estos últimos en sí?

Dicha distinción - y el problema de la extensión del daño reparable - ha sido tratada en la literatura extranjera, principalmente argentina[475]. En la doctrina comparada el asunto ha sido referido al divorcio, no obstante que para nuestro país – por la homologación de las causales del divorcio-sanción y la separación judicial por falta culpable[476] – la pregunta plantada puede perfectamente ampliarse, entre nosotros, para los eventuales perjuicios derivados de la separación judicial en sí.

Veamos las opiniones de algunos autores.

Para BELLUCIO se deben reparar ambos acápites de perjuicios, razonando que tantos los daños derivados de hecho ilícito (inmediatos) y tanto los perjuicios derivados del divorcio en sí (mediatos) derivan de la

---

Vide, sobre la previsbilidad como requisito del perjuicio: CORRAL TALCIANI, HERNAN. *Op. cit., Lecciones de responsabilidad*…, pág. 143-144.

[475] *V.* BARBERO, OMAR U. *Op. cit.,* págs. 226-230; BELLUSCIO, AGUSTO CÉSAR. *Op. cit. Daños y perjuicios*…, págs. 29-30; MIZRAHI, MAURICIO LUÍS. *Op. cit.,* págs. 516-518. Para el derecho brasilero *vide* CARVALHO NETO, *Op. cit.,* pág. 249-250.

[476] La homologación se hace patente al contrastar el tenor normativo del inciso primero del artículo 26 con el inciso primero del artículo 54 de la ley de matrimonio civil. Por lo antedicho, ante una infracción del deber de fidelidad matrimonial podría solicitarse, a elección del cónyuge inocente, o el divorcio o la separación judicial.

infracción conyugal, no siendo óbice a dicha solución que para la declaración del divorcio sea necesaria, además, una actuación del propio afectado: la petición judicial por el cónyuge inocente, debiendo ser previsible para el ofensor que el inocente pudiese pedir el divorcio como consecuencia de la infracción, máxime cuando es el ejercicio de un derecho[477].

En sentido similar BARBERO concluye que una y otra clase de daños son consecuencias – tanto, inmediatas, los derivados del hecho ilícito constitutivo de la causal, y tanto, mediatas, los derivados del divorcio en sí - del acto ilícito cometido por el cónyuge culpable, y por ende indemnizables; siendo la solución más justa debido ya que en los casos concretos generalmente son más graves los emergidos del divorcio que los surgidos del acto antijurídico propiamente tal[478].

Para MIZRAHI en cambio la distinción es más bien relativa o ficticia. En una suerte de inversión causal, sostiene que el hecho ilícito como causal de divorcio sólo existe como tal por la existencia de una sentencia declarativa de divorcio, sosteniendo- en dicho sentido – que la reparación de los eventuales daños derivados del hecho ilícito que tipifica la causal de divorcio constituiría también un efecto de dicho divorcio[479].

Entre nosotros OPAZO GONZALEZ – quien trata la distinción de marras y da su opinión a propósito del hecho ilícito o antijurídico - defiende la razonabilidad de la distinción en cuestión. Empero, sostiene que no todos aquellos daños son susceptibles de reparación mediante la indemnización de perjuicios, afirmando que los perjuicios derivados del divorcio que puedan padecer los cónyuges, son consecuencia inmediata de una situación lícita como es el divorcio, por lo que respecto de estos últimos no surge la obligación de indemnizar[480].

Para nosotros – compartiendo a lo menos la conclusión con OPAZO GONZALEZ – si bien es correcta cognitivamente la distinción

---

477 *V.* BELLUSCIO, AGUSTO CÉSAR. *Op. cit. Daños y perjuicios*…, pág. 30.

478 *V.* BARBERO, OMAR U. *Op. cit.,* págs. 227-230.

479 *V.* MIZRAHI, MAURICIO LUÍS. *Op. cit.,* págs. 517-518.

480 *V.* OPAZO GONZALEZ, MARIO. *Op. cit,* págs. 136-139. Nótese que este autor efectuó su trabajo antes de la nueva ley de matrimonio civil, por tanto la referencia que realiza es al antiguo divorcio no vincular.

de los referidos daños, sólo serían susceptibles de indemnización los derivados inmediatamente del hecho ilícito y no los surgidos del divorcio o de la separación judicial. En consideración a nuestro actual derecho matrimonial, nuestros fundamentos son los que pasamos a exponer:

a) No obstante que le divorcio o separación judicial puedan derivar de la infracción de un deber conyugal como configurativo de una casual al efecto, creemos que los daños derivados de éstos últimos no serían directos. En efecto: no derivan necesariamente del actuar antijurídico del cónyuge infractor.
b) Para que se declare el divorcio o la separación judicial es indispensable que se efectúe la petición respectiva al juez. Si no se plantea dicha pretensión por alguno de los cónyuges, o por ambos en su caso, ni el divorcio ni la separación judicial son declaradas, y – lógicamente – no pueden derivarse las eventuales dañosas consecuencias. Como se observa, en el *iter* causal, no basta la infracción conyugal que pueda configurar a su vez hipótesis normativa para pedirse el divorcio o la separación judicial, ya que de suyo es necesaria la demanda o solicitud al efecto por alguno de los cónyuges.
c) Si el divorcio o la separación judicial es pedido por el cónyuge infractor del deber marital[481], el otro cónyuge no podría pedir la indemnización de los perjuicios derivados de dicho divorcio o separación judicial, pues el primero estaría ejerciendo su derecho de petición o de accionar ante el órgano jurisdiccional, y para el segundo su interés de mantener el estado de casado no estaría legitimado[482], pues el cónyuge solicitante del divorcio o separación judicial ejercería – en ningún caso abusivamente -un derecho.

[481] Obviamente, por expresa disposición tanto del inciso final del artículo 26 como del inciso final del artículo 56 de la ley de matrimonio civil, no podría el cónyuge infractor de un deber matrimonial solicitar el divorcio o la separación judicial por los hechos configurativos de la causal a que él ha dado lugar. Pero perfectamente podría solicitarlas por otras causales configuradas por un actuar de su coparte, o por el cese de convivencia: nótese que el cese de efectivo como causal genérica de la separación judicial – a diferencia del divorcio – no necesita siquiera plazo.

[482] Recordemos que no obstante entenderse que el daño supera la lesión de un derecho subjetivo y comprende la lesión de un interés, debe tratarse al menos de interés legítimo.

d) Si la petición de divorcio o separación judicial es deducida por el cónyuge inocente en base – precisamente - a la configuración de la causal por infracción de su coparte de un deber que impone el matrimonio, tampoco creemos que exista el deber de reparar los eventuales perjuicios surgidos por el divorcio o por la separación judicial. Veamos:

- Como ya aludimos anteriormente, la declaración de divorcio o de separación judicial no es una consecuencia que *ipso facto* ocurra por haberse incumplido el deber conyugal
- Se necesita que presente la demanda respectiva que contenga la pretensión procesal de declaración de divorcio o separación judicial por sentencia firme. Sin el ejercicio de la acción procesal respectiva la sentencia judicial no se hubiese declarado.
- El cónyuge podría, por ende, perfectamente no haber solicitado el divorcio o separación judicial[483]: no se encuentra obligado para accionar, máxime si el divorcio o separación judicial - que él mismo pediría - le va a generar más perjuicios que los ya derivados (que serían distintos) por la infracción conyugal en sí.
- Por ende, si se ocasionan perjuicios o daños derivados del divorcio o de la separación judicial en sí, a su generación habría también concurrido – sino principalmente – el propio afectado por ese eventual capítulo de perjuicios. El ofendido concurriría a ocasionar sus propios detrimentos.
- Como argumento contrario se ha aludido – con razonable solidez – la *previsibilidad* del cónyuge infractor respecto de la posibilidad del inocente para demandar divorcio (o separación judicial en su caso)[484], lo cual puede hacer comprender como reparables los

---

[483] Es de manual sostener que una de las primera manifestaciones de la *regla dispositiva* en materia procesal, es – precisamente – la posibilidad del justiciable de decidir si acciona o no ante el órgano jurisdiccional. Los casos de forzamiento de la acción son excepcionales e incluso tampoco importan *ipso facto* la necesidad de que la respectiva acción sea derechamente ejercida por el titular.

[484] BELLUCIO da en el punto cuando afirma - a propósito de los daños derivados de divorcio a su vez declarado por hecho ilícito de uno de los cónyuges configurado como causal – que: (sic) *"son consecuencias mediatas del hecho del cónyuge culpable, pero de ellas debe responder también porque en su conducta debió necesariamente*

daños que a su vez derivan del divorcio (o separación judicial). No obstante se puede contestar que, en primer lugar, la previsión aludida sólo podría ser de la "posibilidad" de la acción de divorcio o separación judicial, pero no de la certeza de la deducción de dicha acción (pues depende de una conducta ajena - de no necesaria consecuencia del hecho ilícito - como es el ejercicio de la acción procesal respectiva por el otro cónyuge); agregando – en segundo lugar – que prever la posibilidad de una demanda de divorcio no implica prever que en forma cierta se ocasionen a su vez perjuicios por dicho divorcio: recordemos que el divorcio o separación judicial podría no generar detrimentos al solicitante, y además no necesariamente dichos eventuales daños específicamente devenidos por el divorcio o separación judicial deben ser representados por el cónyuge infractor del deber matrimonial. Una cosa es la previsibilidad de la posibilidad de accionar, otra es la previsibilidad de que ciertamente se va a accionar procesalmente, y otra – ya más lejana – es la previsibilidad de que como consecuencia de un accionar procesal de otro, se van a producir, a su vez, otros perjuicios diversos y posteriores a los derivados directamente del mismo hecho ilícito.

e) Por lo demás, creemos que es totalmente compatible accionar por indemnización de perjuicios sin haber solicitado el divorcio o la separación judicial, por lo que tampoco podría sostenerse que el cónyuge afectado por el incumplimiento de su marido o mujer se vea en la "necesidad" de solicitar previamente la declaración de divorcio o separación judicial para luego – en sede civil – solicitar indemnización de perjuicios.[485]

---

prever que estaba dando derecho al otro esposo de solicitar el divorcio" (*N.A.:* el subrayado es nuestro). BELLUSCIO, AGUSTO CÉSAR. *Op. cit. Daños y perjuicios*…, pág. 30.

[485] OPAZO GONZALEZ – antes de la nueva ley de matrimonio civil – afirma, en sentido contrario, que es fundamental el ejercicio de otra acción, principalmente por dos aspectos: el primero, si se demanda sólo la indemnización de perjuicios pareciera que sólo se busca un lucro; y el segundo, por una razón práctica ya que en los casos de sociedad conyugal en que el condenado sea el marido se produciría un problema sobre la administración de la suma de dinero que se fije a título reparatorio. OPAZO GONZALEZ, MARIO. *Op. cit.,* pág. 170. No compartimos dicha posición: 1°) Si hay un daño civil

f) Por su lado el argumento de BARBERO, de que la solución de indemnizar ambas categorías de perjuicios es adecuada por cuanto los daños derivados del divorcio son generalmente de mayor entidad[486], es incompartible: una persona no indemniza daños en razón de la gravedad de éstos, o, lo que es igual, por que sean más o menos lesivos, pues el deber de indemnizar nace porque los daños (graves o leves, eso es otra cosa) fueron causados por un actuar culpable del agente.

3.-3.- Daños Materiales y Daños morales

Tal cual ha sostenido tanto la doctrina como la jurisprudencia, se ha entendido que los daños civiles son comprensivos tanto de los daños materiales como de los daños morales.[487]

Para los adherentes a la concepción del daño como lesión de un derecho subjetivo, los daños patrimoniales y daños morales derivan de la consecuencia lógica de la correspondiente clasificación de los derechos subjetivos en derechos patrimoniales y extrapatrimoniales; mientras – a su vez señalan que habría daño patrimonial o material cuando se lesiona un

---

efectivo no puede sostenerse que la acción indemnizatoria implica un lucro; 2°) En dicha opinión se configuraría un verdadero *forzamiento* de la acción de divorcio o separación judicial, que eventualmente podría ser más perjudicial para el cónyuge inocente; 3°) En efecto, si el inocente ofendido quiere permanecer – por lo motivos que sean – en el vínculo matrimonial, no puede sancionársele con la imposibilidad de solicitar la indemnización por perjuicios reales sufridos; 4°) El argumento sobre la eventual sociedad conyugal y el problema de administración, es discriminador: pues no todos los matrimonio tienen dicho régimen patrimonial matrimonial, por lo que dicho argumento no empece a los otros regímenes, y hacer una diferencia por el sistema de bienes sería arbitrario; y 5°) El problema de la administración de la sociedad conyugal puede resolverse a través de la determinación más precisa sobre el haber patrimonial que se incrementa y con los sistemas de *recompensas* y de *privilegios* para el pago. Sobre el destino de la indemnización de perjuicios entre cónyuges *vide* especialmente ELORRIAGA DE BONIS, FABIAN. *Op. cit.,* págs. 259 y ss.

[486] BARBERO afirma: *"esta solución amplia es la más justa, pues en los casos concretos casi siempre es de mucha mayor entidad el daño derivado del divorcio en sí, que el derivado de los hechos constitutivos de sus causales."*. BARBERO, OMAR U. *Op. cit.,* pág. 230.

[487] En general sobre dicha clasificación de daños, *vide:* DIEZ SCHWERTER, JOSÉ LUIS. *Op. cit.*, págs. 75-77.

interés patrimonial, en contrafaz a los daños extrapatrimoniales o morales que lesionan intereses extrapatrimoniales de la víctima.[488]

3.-3.-1.- Enfermedades de transmisión sexual.-

Claramente, ante la infracción del deber de fidelidad matrimonial como ante cualquier hecho ilícito en general, la determinación de la existencia, naturaleza, y monto de los daño va a depender del caso concreto *sub judice*, ya que no en todos los casos es necesario la existencia de perjuicios, es variable la naturaleza de éstos, y – por extensión – no es posible anticipar a ciencia cierta cuál será la cuantía de dichos detrimentos. Por ende deberá determinarse por el juez respectivo. No obstante igualmente caben algunos comentos en referencia a nuestro deber matrimonial en estudio.

Pueden perfectamente derivarse daños materiales de la infracción del deber de fidelidad matrimonial pese a tratarse del quebrantamiento de un deber de contenido extrapatrimonial.

Un caso muy vinculado a la infracción del deber de fidelidad matrimonial se refiere al contagio de enfermedades de transmisión sexual[489]; pues por la infracción de la fidelidad conyugal, y como consecuencia del acto sexual con un tercero, el otro cónyuge se ve perjudicado por el contagio de una enfermedad de dicha índole. Algunos comentarios:

a) Creemos que no sólo deben reducirse a las enfermedades de exclusiva transmisión sexual. Será ya un problema probatorio, en los casos de enfermedades que se transmiten también por otras

---

[488] *V. idem,* pág. 75.

[489] CARVALHO NETO señala: (sic) *"A transmissão, dolosa ou culposa, de doenças de um cônjuge ao outro é outra causa a justificar a possibilidade de obrigação de indenização.-A hipótese mais comum é a de transmissão de doenças venéreas e AIDS."* [*"La transmisión, dolosa o culposa, de enfermedades de un cónyuge a otro es otra cosa a justificar la posibilidad de obligación.- La hipótesis más común es la transmisión de enfermedades venéreas y SIDA"* (*N.A.:* la traducción es nuestra)], CARVALHO NETO, *Op. cit.,* págs. 262. En igual sentido, BELLUCIO expone, a su vez, que: (sic) *"entre los daños materiales reparables derivados de los hechos que dan lugar al divorcio, pueden citarse los derivados de (…), contagio de enfermedades – especialmente las venéreas- (…)",* BELLUSCIO, AGUSTO CÉSAR. *Op. cit. Daños y perjuicios*…, pág. 31.

vías diversas de la sexual – pero también por la sexual - acreditar que deriva precisamente de un actuar ilícito del cónyuge.

b) Creemos que no es necesario exigir que el dolo o culpa recaiga sobre la intensión de trasmitir la concreta enfermedad venérea: es decir, se necesita – para que nazca la obligación de reparar los perjuicios – que el cónyuge haya tenido la expresa intensión de transmitir la enfermedad respectiva a su marido o mujer. Allí, además del evidente deber de indemnizar, estaríamos quizá ante la configuración de un tipo delictual de lesiones.

c) En efecto, la culpabilidad basta que recaiga en el incumplimiento del deber de fidelidad matrimonial, ya que la transmisión de la enfermedad venérea sería una consecuencia de la infracción conyugal antedicha.

d) Cabe la interrogante acerca de la situación del cónyuge infractor del deber de fidelidad matrimonial que no sabía que estaba infectado con la enfermedad que transmite[490]. Creemos que si la enfermedad la adquirió por actos sexuales con terceros[491], debe igualmente responder civilmente por los perjuicios. Veamos:

- Ha habido una infracción de un deber jurídico, atribuible a dolo o culpa del cónyuge infractor: en nuestro caso consiste en quebrantar el deber de fidelidad matrimonial.
- Si bien el contagio de enfermedades de cualquier índole es un riesgo existente en toda comunidad humana, en esta hipótesis el cónyuge infractor del deber de fidelidad matrimonial estaría rebasando el riesgo permitido.

---

[490] DE CARVALHO, para dicha hipótesis, sostiene que se responde igualmente, aunque el cónyuge transmisor de la enfermedad no tuviese conocimiento de ser portador de aquella. *V. DE* CARVALHO NETO, INACIO. *Op. cit.,* pág. 262.

[491] En efecto, es distinto si el cónyuge transmisor de la enfermedad la adquirió por tener relaciones sexuales con terceros y por ende infraccionando el deber de fidelidad matrimonial, o si por el contrario la adquirió por una vía diversa, en la cual no se representó – ni pudo hacerlo – la posibilidad del contagio, por ejemplo adquisición de la enfermedad en un consultorio odontológico, y – desconociendo el contagio – contamina con su enfermedad a su cónyuge: en dicho caso no hay una conducta mínimamente culposa del cónyuge y, a las claras, el contagio no deriva del incumplimiento de un deber matrimonial.

- En efecto, por la lealtad conyugal – en la esfera sexual - que importa el deber de fidelidad matrimonial[492], el cónyuge inocente rebaja los cuidados que se utilizarían en los encuentros sexuales episódicos, furtivos, u ocasionales, v gr.: uso de preservativos, indagación del comportamiento sexual de su ocasional compañero de actividades lascivas o de deleite carnal, etc. Si no mediara el respeto conyugal que subyace en el deber de fidelidad matrimonial, el comportamiento relativo a los estándares de cuidado del infectado serían otros.
- Lo anterior no se contradice con nuestra posición acerca que las convenciones conyugales pueden rebajar las exigencias acerca de las conductas sexuales (con terceros) exigidas entre los cónyuges. En este escenario, si hubiese acuerdo de los cónyuges para episódicos actos sexuales con terceros - sea con la participación de ambos cónyuges con terceros, o de uno de ellos con uno o más terceros - estarían ampliando convencionalmente el margen de riesgo permitido, debiendo tomar las providencias de resguardo para el contagio de dichas enfermedades: por sobre el riesgo permitido asumido convencionalmente debe responderse civilmente[493].

e) En lo referente a la extensión de los perjuicios, no debe desatenderse que la enfermedad de transmisión por trato sexual - además de evidentes perjuicios material como gastos de fármacos, atención médica, lucro cesante o perdidas lucrativas por no trabajar en la misma intensidad o extensión que de estando sano, etc. – pueden generar un daño moral específico diferente de otros

[492] En cuanto a la esfera de protección de la norma, en relación a los posibles bienes jurídicos protegidos, *vide* "CAPITULO PRIMERO, II.-2.-".

[493] Aclaremos con un ejemplo: si existe aquiescencia de los cónyuges respecto de acotes sexuales con terceros, podría convenirse, como medida de resguardo, el uso de preservativos en dichos encuentros lascivos. El no uso de preservativo por alguno de los cónyuges en un encuentro sexual con tercero rebasaría el riesgo permitido pactado por los cónyuges, y – en caso de contagio de enfermedad sexual – importaría la obligación de responder por los eventuales perjuicios.

capítulos de daño extrapatrimonial derivados directamente de la infracción del deber de fidelidad matrimonial[494].

3.-3.-2.- Algunos breves comentarios sobre el *daño moral* ocasionado por la infracción del deber de fidelidad matrimonial

Como puede ya desprenderse de lo expuesto, el cónyuge infractor del deber de fidelidad matrimonial se encuentra en la obligación de reparar todo daño ocasionado al inocente por su actuar ilícito, incluyendo el daño moral generado.

En general el daño moral o extrapatrimonial afecta aspectos de la personalidad no avaluables en dinero, insustituible por un valor de cambio, ya que no puede ser medido exactamente.[495]

En el ámbito matrimonial la comisión de un hecho ilícito consistente en la infracción del deber de fidelidad matrimonial puede generar una congoja, sufrimiento, dolor, o molestia en la sensibilidad psicofísica, o en la esfera sentimental del marido o mujer afectado(a). En efecto, el incumplimiento del deber de fidelidad matrimonial, en la literatura sobre la materia[496], suele ser ejemplo común de un hecho ilícito conyugal generador de daños extrapatrimoniales.

Algunos comentarios:

---

[494] Una cosa es la ocurrencia de daños extrapatrimoniales derivados de la infracción del deber de fidelidad matrimonial propiamente tal, como podría ser el daño emocional del quebrantamiento de la lealtad conyugal. Otra cosa diversa son los perjuicios extrapatrimoniales derivados – en el caso en comento – derivados del contagio de una enfermedad sexual que pueden comprender, a modo ejemplar: el específico dolor emocional de estar enfermo con una infección de dicha naturaleza; y el perjuicio sexual, alteración de la forma habitual de vida, o perdida de agrado para el evento de no poder realizar actos sexuales como consecuencia médica de la enfermedad.

[495] *V.* DIEZ SCHWERTER, JOSÉ LUIS. *Op. cit.*, págs. 75-77.

[496] Nótese que para el derecho argentino – de destacado avance doctrinal en la materia de la responsabilidad civil entre cónyuges - los primeros fallos citados por la doctrina se refieren, todos, a indemnizaciones de perjuicios solicitadas por adulterio; *vide:* BELLUSCIO, AGUSTO CÉSAR. *Op. cit. Daños y perjuicios*…, págs. 15-17. Para el derecho francés, que es un fuerte antecedente para la doctrina argentina, también los casos más citados corresponden a daños derivados de adulterio, por lo que BELLUSCIO expone: (sic) *"Desde los primeros tiempos de la aplicación del Código de Napoleón, la jurisprudencia francesa admitió la condena al pago de daños materiales y morales contra el cónyuge culpable de adulterio y contra el cómplice (…)",* BELLUSCIO, AGUSTO CÉSAR. *Op. cit. Daños y perjuicios*…, pág. 3.

a) Habida consideración de – en lo relativo a la conducta exigida a los cónyuges por el deber de fidelidad matrimonial - participar de la opinión intermedia que hace referencia a cualquier acto de connotación sexual de entidad[497], consideramos también que el adulterio constituiría una infracción *grave* del deber de fidelidad, y por ende las otras conductas lesivas de la fidelidad entre cónyuges, importan infracciones con un menor injusto que el citado adulterio[498]. En coherencia axiológica con lo expuesto, puede considerarse que la gravedad de las afecciones o congojas extrapatrimoniales que padezcan los cónyuges ante un quebrantamiento del deber de fidelidad matrimonial, o lo que igual decir, el daño moral que se genere, será de mayor entidad en el adulterio que en otras infracciones al deber de fidelidad matrimonial diversas del adulterio.

b) De considerar – en lo relativo a la esfera de protección de la norma[499] – que el bien jurídico amparado por el deber de fidelidad matrimonial es, actualmente para nuestro ordenamiento jurídico, la lealtad o respecto conyugal referido al ámbito sexual, aquella posición podría influir en la fijación del *quantum* indemnizatorio del daño moral. En dicho sentido se puede sostener que, al ser la lealtad sexual conyugal un bien jurídico – o acaso el más importante – con la juridización del deber de fidelidad matrimonial, la extensión o intensidad lesiva de su infracción – en cuanto al dolor ocasionado al cónyuge afectado – es mayor, que si sostenemos que la preocupación del legislador es solamente asegurar la certeza filiativa[500].

---

[497] En general sobre la conducta exigida a los cónyuges por el deber de fidelidad matrimonial *vide supra* "CAPÍTULO TERCERO", y en particular sobre la posición intermedia que hace referencia a cualquier acto de connotación sexual de entidad, *vide supra* "CAPITULO TERCERO.-II.- 3.3.-".

[498] El propio Código Civil, al definir el adulterio lo considera una infracción *grave* del deber de fidelidad matrimonial: no la única, pero si *grave* y por ende más disvaliosa que otras manifestaciones de incumplimiento del citado deber matrimonial.

[499] Sobre los posibles bienes jurídicos fundantes del deber de fidelidad matrimonial, *vide supra* "CAPITULO PRIMERO.-I.-2.-"

[500] En este hilo de ideas - y como lo sostenemos en el capítulo respectivo – si fundamos el deber de fidelidad matrimonial desde el punto de vista genético de procurar impedir la *turbatio sanguinis,* estamos

c) Se ha sostenido que la publicidad de la infracción del deber de fidelidad matrimonial sería más lesivo para el cónyuge afectado[501]. Lo anterior puede fundarse por cuanto además del *pretium doloris* generado por el daño emocional como capítulo de daño extrapatrimonial generado por la infidelidad del cónyuge, concurrirían otras especies de daños extrapatrimoniales, como sería un detrimento a la reputación, un descrédito social, o un perjuicio a la imagen[502].

d) Se debe tener presente que el daño moral puede aparejar a su vez un daño material que puede ser indemnizado por el cónyuge ofensor. Por ejemplo: si el dolor emocional propio del conocimiento de la infidelidad del marido o mujer, deviene en gastos de tratamientos sicológicos.

3.-4.-Posible cúmulo de indemnizaciones entre la compensación económica y las reglas generales del derecho de daños

---

ante una preocupación legislativa más apuntada al interés público; mientras que si fundamos el deber de fidelidad matrimonial desde el prisma del respecto conyugal en la esfera sexual, existe más bien una protección del ordenamiento jurídico a un interés particular de los cónyuges.

[501] BARBERO afirma: *"no es lo mismo un adulterio público y notorio, que algunas injurias graves que no trasciendan del ámbito familiar"*. BARBERO, OMAR U. *Op. cit.,* pág. 230. A su vez DE CARVALHO – en sentido similar – afirma *"O adultério gera, em regra, indiscutivelmente, dano moral indenizável, sobretudo quando vem a conhecimento público"* [*"el adulterio genera, en regla, indiscutiblemente daño moral indemnizable, sobre todo cuando viene a conocimiento público"* (*N.A.:* la traducción es nuestro)], *V. DE* CARVALHO NETO, INACIO. *Op. cit.,* pág. 257.

[502] El daño extrapatrimonial, como ha sostenido principalmente la doctrina, puede dar lugar a una tipología bastante abierta de categorías o sub especies de perjuicio morales, superándose, de esta manera, la identificación del daño extrapatrimonial con el ya clásico *"pretium doloris"*: El *precio del dolor* sería sólo una especie dentro del elenco de posibles daños extrapatrimoniales. La doctrina cita, no siempre de modo conteste, como otros capítulos de daño moral los siguientes: lesión a un derecho de la personalidad; daño estético; la pérdida de los placeres de la vida, alteración del modo habitual de vida; e incluso el daño a la esfera existencial. Sobre las diversas especies de daño extrapatrimonial, *vide:* DIEZ SCHWERTER, JOSÉ LUIS. *Op. cit.*, págs. 114 y ss.; y CORRAL TALCIANI, HERNAN. *Op. cit., Lecciones de responsabilidad…*, págs. 154 y ss.

Una de las grandes novedades de la nueva ley de matrimonio civil es la incorporación de la institución de la compensación económica regulada en el Párrafo 1° del Capítulo VII de la citada ley[503] [504].

Con todo, puede plantearse una dificultad si se sostiene que uno de los cónyuges podría ser indemnizado más de una vez si, por una parte, obtiene el pago de una compensación económica conforme a las normas citadas de la ley de matrimonio civil, y, por otra parte, obtiene una indemnización de perjuicios por la infracción de un deber conyugal de marido o mujer, conforme a las reglas generales del derecho de daños. Se presenta así el problema que suele denominarse como *cúmulo de indemnizaciones*, pues no debe indemnizarse un daño dos veces.

Sobre el análisis de aquella situación dedicaremos las cuartillas siguientes.

3.-4.-1.- Generalidades de la compensación económica[505]

En consideración a que la compensación económica no es el tema central de nuestro trabajo, tomaremos como concepto instrumental el de *"derecho de aquel cónyuge, cuyo matrimonio ha terminado por divorcio o por declaración*

---

[503] En dicho sentido, se ha sostenido que es una novedad de una importancia o entidad equiparable incluso a la incorporación del propio divorcio vincular. *V.* BARRIENTOS GRANDON, JAVIER; NOVALES ALQUÉZAR, ARÁNZAZU. *Op. cit.*, pág. 401.

[504] El artículo 61 de la ley de matrimonio civil prescribe lo siguiente: *"Si, como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, uno de los cónyuges no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de los que podía y quería, tendrá derecho a que, cuando se produzca el divorcio o se declare la nulidad del matrimonio, se le compense el menoscabo económico sufrido por esta causa".*

[505] La literatura consultada, en lo pertinente, sobre el concepto, naturaleza, fines, y característica de la compensación económica es: BARRIENTOS GRANDON, JAVIER; NOVALES ALQUÉZAR, ARÁNZAZU. *Op. cit.*, págs. 401- 432; PIZARRO WILSON, CARLOS. *La compensación económica en la nueva ley de Matrimonio Civil (en Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri, Fundación Fernando Fueyo Laneri, Santiago de Chile, Nº 3, diciembre del año 2004),* págs. 83-104; COURT MURASSO, EDUARDO. *Nueva Ley de matrimonio Civil. Ley 19.947 Analizada y Comentada*. Editorial Legis, Santiago, 2004, págs. 94-99; y ORREGO ACUÑA, JUAN ANDRÉS. *Análisis de la Nueva Ley de Matrimonio Civil.* 2ª edición aumentada y corregida; Editorial Metropolitana, 2005, págs. 139-165.

de nulidad, que ha sufrido un menoscabo económico, como consecuencia de su dedicación al cuidado de la prole o a las labores propias del hogar común, que le impidió desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o que sólo la permitió realizar en menor medida de lo que podía o quería, para que el otro le compense aquel menoscabo económico".[506]

Sobre los fundamentos naturaleza, fundamentos y fines no existe una claridad legal prístina[507], lo que ha dificultado el trabajo tanto doctrinal como jurisprudencial sobre la compensación económica, pudiendo transitar las posibles posiciones, desde la naturaleza alimenticia, el desequilibro económico entre los cónyuges al término del matrimonio, hasta la naturaleza indemnizatoria o compensatoria[508].

En dicha incertidumbre ontológica sobre la compensación económica regulada en el derecho matrimonial chileno ha campeado el carácter indemnizatorio de dicho instituto, no sin – evidentemente – ciertas observaciones y con destaque de algunas particularidades. Es así que BARRIENTOS GRANDON y NOVALES ALQUÉZAR concluyen que *pareciera que el fundamento central de ella es de carácter resarcitorio de ciertos perjuicios ocasionados por la dedicación al cuidado de los hijos y a las labores del hogar común, y que, principalmente, se refieren a: a) las pérdidas económicas derivadas de no haber podido, durante el matrimonio, dedicarse uno de los cónyuges a una actividad remunerada, o haberlo hecho en menor medida de lo que podía y quería; b) los perjuicios derivados del coste de oportunidad laboral* [509]. En sentido similar, pero con algunas aclaraciones, PIZARRO WILSON afirma que *"(…) en la nueva normativa, la compensación económica, presenta un carácter indemnizatorio atenuado. La característica de inmutabilidad presente en la institución reafirma su carácter indemnizatorio por el*

---

[506] Sobre el concepto utilizado, *vide* BARRIENTOS GRANDON, JAVIER; NOVALES ALQUÉZAR, ARÁNZAZU. *Op. cit.*, pág. 420. Para otro concepto, PIZARRO WILSON sostiene que (sic) *"la compensación económica equivale al menoscabo patrimonial avaluado en dinero a favor de uno de los cónyuges que en razón de haberse dedicado más que el otro al cuidado personal de los hijos o a las labores propias del hogar no desarrolló una actividad lucrativa o sus ingresos fueron inferiores a los que habría podido obtener",* PIZARRO WILSON, CARLOS. *Op. cit,* pág. 90.

[507] Con cierta desazón PIZARRO WILSON afirma que *"vemos entonces cierta oscuridad en torno a la naturaleza jurídica de la compensación económica",* PIZARRO WILSON, CARLOS. *Op. cit,* pág. 89.

[508] *V.* BARRIENTOS GRANDON, JAVIER; NOVALES ALQUÉZAR, ARÁNZAZU. *Op. cit.*, pág. 415 y ss.

[509] *V. idem,* pág. 420.

menoscabo sufrido por el cónyuge beneficiario. En ningún caso procede entender dicha compensación como alimentos, salvo en cuanto al cumplimiento del pago en caso de infraccionamiento de la compensación", agregando que *"La compensación económica presenta un marcado carácter indemnizatorio por el enriquecimiento del cónyuge deudor y el empobrecimiento del cónyuge beneficiario. De ahí que su naturaleza jurídica puede explicarse a través del enriquecimiento a expensas de otro"*[510].

Sin perjuicio de alzaprimarse el carácter indemnizatorio o reparatorio, se han efectuado algunos alcances u observaciones, que hacen que mantenga cierta distancia de la responsabilidad civil general[511]. Veamos:

a) Existe una desvinculación de la compensación económica con la noción de culpabilidad, ya que no exige culpa – ni menos dolo - del cónyuge deudor, toda vez que: puede solicitar en la nulidad matrimonial (que no se funda en la infracción culpable de algún cónyuge); procede en todos los casos de divorcio, incluso en el divorcio por cese de convivencia solicitado conjuntamente; e incluso – en abundamiento – puede solicitarse por el cónyuge que infringiendo algún deber conyugal o filial a dado origen a un divorcio-sanción.

b) Repara sólo ciertos daños o perjuicios: los *ocasionados por la dedicación al cuidado de los hijos y a las labores del hogar común, y que, principalmente, se refieren a: a) las pérdidas económicas derivadas de no haber podido, durante el matrimonio, dedicarse uno de los cónyuges a una actividad remunerada, o haberlo hecho en menor medida de lo que podía y quería; b) los perjuicios derivados del coste de oportunidad laboral* [512]

c) Nosotros creemos que no obstante ser la compensación económica refractaria a la noción de culpabilidad como factor atributivo de responsabilidad civil; la mala fe o la culpa, tanto del deudor como del acreedor respectivamente, pueden generar o una función sancionatoria de la indemnización o, en su caso, una alteración del

---

[510] PIZARRO WILSON, CARLOS. *Op. cit,* págs. 89 y 90, respectivamente. En un sentido cercano, COURT señala que *"en principio, podríamos sostener que la compensación económica constituye una verdadera indemnización de perjuicios fundada en el principio del enriquecimiento sin causa (…)",* COURT MURASSO, EDUARDO. *Op. cit.,* pág. 98.

[511] De ahí que pueda hablarse de un régimen de responsabilidad civil especial.

[512] *V. idem,* pág. 420.

principio de reparación plena (respecto del daño específico que se repara con la compensación económica). Ambas hipótesis se apartan de las reglas generales del derecho de daños. En efecto, por un lado, conforme al inciso segundo del artículo 62 de la ley de matrimonio civil puede considerarse la mala fe del cónyuge deudor para la determinación del *quantum* de la compensación económica, aumentando el monto, de guisa que la referida indemnización cumpliría también una función sancionatoria contra el deudor. Por otra parte, conforme al inciso segundo del artículo 62 de la ley de matrimonio civil la culpa del cónyuge acreedor puede acarrear que éste no sea reparado plenamente respecto del daño específico que se resarce con la compensación económica, viendo denegada la compensación económica o disminuido su monto.

3.-4.-2.- Principio de reparación plena: solución a un problema aparente

Volvamos a nuestra pregunta: ¿puede solicitarse una indemnización de perjuicios conforme a las reglas generales del derecho de daños, si antes se ha obtenido un crédito o derecho personal por la concesión judicial de compensación económica conforme a la ley de matrimonio civil?

Nosotros respondemos afirmativamente, pues sostenemos que el problema es más bien aparente. Veamos:

a) El requisito de daño acerca de la subsistencia del mismo – proscribiendo el cúmulo de indemnizaciones – se refiere a que no haya más de una reparación por el mismo daño: cuando se indemnizan perjuicios diversos no se quebranta el requisito de marras.

b) El daño que se pretende reparar por le compensación económica – como vimos en las páginas anteriores - es un perjuicio específico y

restringido. Los perjuicios que uno de los cónyuges padezca por la infracción de un deber matrimonial son otros.[513]

c) De ahí que todo daño que supera o se diferencia del específico perjuicio reparado por la compensación económica puede ser indemnizado por vía de las reglas generales del derecho de daños.

d) Lo expuesto, se recoge incluso en el denominado principio de reparación plena, en cuya virtud una persona puede solicitar la indemnización de "todo daño", lo cual importa la legitimidad de pretender el cobro de una suma de dinero que repare los perjuicios diversos a los reparados por la compensación económica.

e) Incluso lo antedicho se aplica para el caso de indemnización por daños materiales diversos de los cubiertos por la compensación económica.

4.- Otros elementos: Culpa o dolo del cónyuge infractor y relación de causalidad entre el incumplimiento culpable del cónyuge infractor y los perjuicios al cónyuge inocente

Nuestro Código Civil es tributario del sistema subjetivo de responsabilidad extracontractual, campeando la culpabilidad como factor de atribución de responsabilidad civil, de modo que para que proceda la indemnización de perjuicios el agente ofensor debe actuar con dolo o con culpa.

En lo referido a la culpa o dolo del cónyuge en la infracción del deber de fidelidad matrimonial nos remitimos al capítulo respectivo.[514]

A su vez en lo concerniente a la relación de causalidad exigida entre el incumplimiento culpable del cónyuge infractor y los perjuicios al cónyuge inocente ha de estarse respecto de las reglas generales, siendo pertinente – en lo referido al deber de fidelidad matrimonial – lo ya dicho sobre la

---

[513] En este sentido PIZARRO WILSON afirma que *"no hay que olvidar que, al menos en el derecho comparado, el divorcio ha estado vinculado a genuinas hipótesis de responsabilidad civil. En efecto, el cónyuge víctima de un ilícito civil a instancias de los hechos que originan el divorcio puede incoar una acción civil por el daño moral causado.(…) La compensación económica no cubre este tipo de daños, pues se refiere a un perjuicio material y en ningún caso de índole extrapatrimonial o moral.*

[514] *Vide* CAPITULO CUARTO.

extensión de los daños reparables que, en nuestra opinión, se vincula más bien con el requisito de causalidad.

CONCLUSIONES

SUMARIO: *1.- Hacia un concepto de autor acerca del deber de fidelidad matrimonial. 2.- El deber de fidelidad matrimonial es un deber jurídico específico. 3.- El bien jurídico protegido actualmente es preponderantemente la lealtad conyugal en la esfera sexual y ya no – como si lo fue en el Código Civil original – la certeza filiativa. 4.- Conducta externa exigida a los cónyuges en virtud del deber de fidelidad matrimonial: la posición intermedia referida a cualquier acto sexual de entidad - como comportamiento infractor - es la solución para nuestro derecho matrimonial actual. 5.- El deber de fidelidad matrimonial rige durante el matrimonio, sin perjuicio de casos de suspensión del citado deber durante la vigencia del vínculo conyugal. 6.- Es necesario, para que concurra responsabilidad del cónyuge ofensor, atribuir la infracción a título de dolo o culpa. 7.- Con los avances en sede de derecho matrimonial pueden abrirse puertas para un auge del rol de la voluntad de los cónyuges en la configuración de dicho deber matrimonial. 8.- La indemnización de perjuicios es una posible consecuencia jurídica imputada al evento de infracción del deber de fidelidad matrimonial. 9.- Algunas recomendaciones de lege ferenda. 10.- Palabras finales: hacia la desjuridificación.*

1.- Hacia un concepto de autor acerca del deber de fidelidad matrimonial

Ciertamente, creemos que al final de este viaje hemos acabado más bien con mayores y nuevas dudas que con certezas y respuestas firmes. Pero esta incertidumbre final puede verse como un buen signo, pues al generarse nuevas interrogantes sobre las materias tratadas en esta investigación nos invita a pensar que apenas hemos llegado a un puerto de fondeo donde podamos acopiar herramientas y puedan comenzarse nuevas empresas para avanzar en la dogmática nacional en lo que a los temas tratados atingen.

Empero, después de todo el transitar que hemos tenido en las páginas que comprenden este trabajo nos encontramos quizá en condiciones de proponer no una definición acabada o inconcusa respecto de nuestro objeto de estudio, sino más bien un mero boceto o proyecto propio de un concepto que contenga los aspectos y elementos analizados y concluidos en esta obra.

Lo anterior – con la modestia que debe tenerse ante la ausencia de ropajes académicos de mayor calado – lo hacemos dejando puertas abiertas a la incorporación de nuevos elementos para satisfacer una definición moderna y omnicomprensiva.

Definimos el deber de fidelidad matrimonial en el ordenamiento jurídico matrimonial chileno actual, como: *el deber jurídico específico; recíproco e igualitario entre los cónyuges; que rige durante la duración del matrimonio y siempre que no concurra alguna hipótesis de suspensión del mismo; que prohíbe a cada uno de los cónyuges realizar cualquiera conducta externa, de contacto físico, y de connotación sexual de entidad, con una persona diversa a su coparte en el vínculo conyugal; y a cuyo incumplimiento culpable el ordenamiento jurídico atribuye tanto sanciones específicas y expresas, y tanto sanciones genéricas e implícitas previstas en el propio ordenamiento para todos los hechos ilícitos.*

Cada uno de los elementos del concepto propuesto ha sido analizado en el desarrollo de este trabajo.

2.- El deber de fidelidad matrimonial es un deber jurídico específico

El deber de fidelidad matrimonial, en cuanto *norma de conducta*, podemos afirmar que se configura como un deber de naturaleza jurídica.

La *juridicidad* del deber en estudio no impide ni la regulación efectuada en estas materias por otros órdenes normativos ni la interrelación que puede generarse entre éstos. El denominado "*contenido ético o moral*" que se atribuye al deber de fidelidad que rige entre los cónyuges no importa ni justifica – mientras no medie una desjuridificación del deber - suprimir o anular el carácter de jurídica a la norma legal que la impone, pues - en general - todo deber de orden jurídico se ve conectado en su génesis, contenido, y adecuación de comportamiento del sujeto imperado, con normas de conducta de otros órdenes.

Lo anterior no exime la tarea de distinguir dichos órdenes normativos, pues – como se expuso oportunamente - al confundir la norma de orden jurídico con una norma meramente moral, se podría entender que la norma legal prevista en el Código Civil necesariamente coincide, o debe

coincidir literalmente, con una específica norma de moral social, e incluso de moral individual, de idéntico contenido prescriptivo, debiendo tener en cuenta que al exigir criterios jurídicos para la delimitación y configuración del deber de fidelidad matrimonial - en cuanto deber de carácter jurídico -, se refuerza la *seguridad jurídica* que debe alzaprimarse en toda comunidad, y se evita, a través de la utilización de criterios jurídicos objetivos, que determinados grupos que se encuentren en el poder político o social, o simplemente lo detenten, hagan imposición de una determinada y específica concepción moral, social o religiosa al resto de la sociedad a través de normas de aplicación general y de naturaleza coercitiva. Además, ya vimos que los diversos órdenes normativos pueden coincidir en las prescripciones de conductas y comportamientos en la vida de relación, pero también que dicha armonía no es necesaria, pudiendo perfectamente modificarse las valoraciones de los sujetos componentes de la sociedad, por lo cual en la moral social dominante perfectamente pueden acaecer modificaciones que deben ser atendidas en el derecho *hit et nunc*, ya que perfectamente la norma legal que previene el deber de fidelidad matrimonial puede estar alejada o desfasada de las apreciaciones morales de los sujetos imperados por el derecho. De tener presente la distinción entre los diversos ámbitos de normas de actuación, se evita que el ordenamiento jurídico quede anquilosado en reglas extemporáneas e hipócritas, pues en muchas ocasiones, tal cual explica CARBONIER: *"La familia vuelve a ganar en el campo de los hechos el terreno que había perdido en las leyes de fachada"* [515].

A su vez, en lo relativo a la ubicación dentro de las categorías de normas jurídicas, creemos que lo más acertado es sostener que el deber de fidelidad matrimonial se configura, en lo concerniente a su naturaleza jurídica, como un *deber jurídico específico* diverso de las *obligaciones en sentido técnico estricto*.

---

[515] CARBONNIER, JEAN. *Derecho Flexible. Para una sociología no rigurosa del derecho.* Traducido por Luís Diez-Picazo de la segunda edición francesa, revisada y ampliada. Editorial Tecnos, Madrid, 1974, pág. 161

3.- El bien jurídico protegido actualmente es preponderantemente la lealtad conyugal en la esfera sexual y ya no – como si lo fue en el código civil original – la certeza filiativa

Nos referimos en su oportunidad a las razones político legislativas y de legitimidad de intervención del Estado en la conducta sexual conyugal. Pues ante lo inminente de la juridicidad del deber en estudio, es de señera importancia intentar plantear respuesta acerca de la interrogante referida al por qué el Estado interviene en materias tan íntimas de los ciudadanos, y cuáles serían los bienes de significación jurídica amparados por la norma.

Ciertamente, toda norma jurídica contiene una valoración específica, pues se encuentra colmada de una opción o concepción del hombre y de su rol en la vida en comunidad, sea en su relación con el Estado o con otra forma de configuración social que haga sus veces.

Nuestra tesis, acerca de los bienes jurídicos protegidos con el deber de fidelidad matrimonial en nuestro ordenamiento jurídico, afirma que en el Código Civil original el fundamento no era otro que promover la certeza filiativa, pero que – con los avances legislativos - dicha finalidad protectora es anochecida y no explica las normas modernas del derecho familiar; siendo más apropiado estimar como actual esfera de protección de la norma a la *lealtad conyugal en el plano de lo sexual* como bien jurídico amparado.

Esta decisión –además de la obviedad de atingencia de contenido con el deber matrimonial en estudio – es importante tanto al momento de ponderar su mantenimiento en nuestro ordenamiento jurídico positivo; y tanto al momento de la determinación en la configuración del deber de marras, y - por extensión - a la hora de intentar dilucidar los alcances de la norma en cuestión frente a una determinada conducta conyugal contextualizada en el conjunto de circunstancias concomitantes al comportamiento marital *in concreto*.

4.- Conducta externa exigida a los cónyuges en virtud del deber de fidelidad matrimonial: la posición intermedia referida a cualquier

acto sexual de entidad - como comportamiento infractor - es la solución para nuestro derecho matrimonial actual

Respecto al contenido de la conducta exigida a los cónyuges en mérito del deber de fidelidad matrimonial, adherimos a una posición intermedia que sucintamente sostiene que no procede asimilar la infidelidad con el adulterio, ya este último solamente es una especie de infracción al deber de guardarse fe conyugal, infracción grave, pero no la única; no obstante lo cual las conductas que se adecuan a una infracción del deber en comento deben restringirse al ámbito de la lealtad sexual .

Sostenemos que – como contrafaz – la conducta que infracciona el deber matrimonial en colación debe constituirse como una conducta externa, de contacto físico efectivo, y de connotación sexual de entidad, con una persona diversa a su respectivo cónyuge.

5.- El deber de fidelidad matrimonial rige durante el matrimonio, sin perjuicio de casos de suspensión del citado deber durante la vigencia del vínculo conyugal

El deber de fidelidad matrimonial existe en cuanto deber jurídico durante la vigencia del matrimonio: de ahí no exista ni *ex ante* ni *ex post*, respecto del vínculo conyugal.

No obstante, existen casos de suspensión del deber de fidelidad matrimonial durante la vigencia del matrimonio: así tenemos los casos de separación judicial y de separación de hecho consentida

Los casos de separación de hecho no consentida pueden – dependiendo del caso concreto - resolverse a través de la exculpación del ofensor.

6.- Es necesario, para que concurra responsabilidad del cónyuge ofensor, atribuir la infracción a título de dolo o culpa

Creemos que ante la juridización de los deberes matrimoniales importa la necesidad de configurar una noción de *culpa* como criterio de atribución de responsabilidad, para el evento de infracciones de éstos, de guisa que la imputación subjetiva como factor atributivo de responsabilidad ante su infracción, debe estar presente.

Como vemos, existen hipótesis en las que la conducta externa infractora de alguno de los cónyuges no puede atribuirse a título de *dolo* o *culpa*, de manera que, ante la exculpación del ofensor, no pueden desplegarse el elenco de sanciones imputadas a la infracción del deber matrimonial en estudio: sin culpabilidad no debe haber sanción.

Existen situaciones en las que no habiendo dolo del cónyuge ofensor, puede igualmente aplicarse un juicio normativo de reproche, atribuyendo el incumplimiento a título al menos de culpa, como acaece en los casos en que el infractor voluntariamente se coloca en estado de ebriedad o en algún estado análogo de vulneración del autogobierno de sus actos, y en dicho estado comete el hecho ilícito.

Existen casos, en los cuales, por ausencia de *voluntariedad, imputabilidad,* o *previsibilidad*, no puede atribuirse la infracción a título ni de dolo ni de culpa: como es los de padecimiento de un delito de violación o abuso sexual; el de demencia sobreviniente a la celebración del matrimonio y concomitante a la infracción; infidelidad acaecida en el plazo que media entre la muerte presunta del otro cónyuge y el término del matrimonio, y en los trastornos psicosexuales de hiperestesia sexual configurativos de un capítulo de nulidad matrimonial.

La exculpación puede ser una vía de solución para los casos de separación de hecho no consentida, y para los casos en los que el otro cónyuge se niegue a mantener relaciones sexuales.

7.- Con los avances en sede de derecho matrimonial pueden abrirse puertas para un auge del rol de la voluntad de los cónyuges en la configuración de dicho deber matrimonial

Existe una tendencia hacia la privatización o flexibilización en el derecho de familia en general. Los avances en el Derecho Familiar chileno no son ajenos a dicho derrotero.

Lo anterior puede fundar un debate sobre la mayor disponibilidad de ciertos deberes derivados del matrimonio, dentro de los que ubicamos al deber de fidelidad matrimonial.

Existen algunas hipótesis reguladas en el actual derecho matrimonial chileno que recogen, implícitamente, una valoración de la autonomía conyugal. Tales son la separación judicial consentida, la separación de hecho de común acuerdo, y la reanudación de la vida en común como perdón conyugal.

Existen otras situaciones no reguladas. En dichos casos proponemos la utilización – como criterios de solución – de: la esfera de protección de la norma; la aplicación de la teoría de los actos propios; y/o la exculpación del presunto infractor.

8.- La indemnización de perjuicios es una posible consecuencia jurídica imputada al evento de infracción del deber de fidelidad matrimonial

Ante el evento de incumplimiento culpable del deber de fidelidad matrimonial, el ordenamiento jurídico atribuye tanto sanciones específicas y expresas, y tanto sanciones genéricas e implícitas previstas en el propio ordenamiento para todos los hechos ilícitos.

En el último elenco de sanciones, puede incluirse la aplicación de las reglas generales de derecho de daños.

En dicho sentido, creemos que la esfera del derecho matrimonial chileno no es refractaria a la procedencia de indemnización de perjuicios entre los cónyuges, de modo que es totalmente procedente, cumpliéndose todos los requisitos al efecto, la condena al cónyuge ofensor al pago de una suma de dinero a título de indemnización de daños civiles.

Ante la hipótesis de infracción del deber de fidelidad matrimonial, en el estatuto jurídico de responsabilidad civil aplicable es el de la responsabilidad extracontractual o aquiliana.

9.- Algunas recomendaciones de *lege ferenda*

Habida consideración que la separación de hecho consentida suspende el deber de fidelidad matrimonial, sería armonioso axiologicamente que se modificase el artículo 184 del Código Civil, incorporando dicha hipótesis como en caso de inaplicabilidad de la presunción de paternidad de marido de la madre. Pues si bien se incorporó, en dicho sentido, el evento de separación judicial, debió haberse previsto la situación indicada.

Otro tanto ocurre con la separación de hecho no consentida, pues si bien sostenemos que pueden resolverse dichos casos a través de la exculpación; igualmente sostenemos que podría solucionarse legislativamente dichos casos, tanto incluyéndolos como hipótesis de suspensión del deber de fidelidad matrimonial; y tanto incluyéndolos como hipótesis de inaplicabilidad de la presunción de paternidad de marido de la madre.

De concurrir un mayor auge de la privatización del derecho familiar en sede matrimonial, y de recogerse una mayor ingerencia de la autonomía conyugal en la configuración del deber de fidelidad matrimonial, bien podrían legislativamente solucionarse las dudas al efecto.

Por último, si bien creemos que por aplicación de las reglas generales es procedente la indemnización de perjuicios entre cónyuges, el debate y las eventuales vacilaciones jurisprudenciales sobre el particular podrían despejarse con una norma expresa al efecto.

10.- Palabras finales: hacia la desjuridificación

Si bien sostenemos que el deber de fidelidad matrimonial en la actualidad ampara preferentemente la lealtad conyugal en el ámbito sexual,

en la medida que el deber de fidelidad matrimonial de la mujer siga siendo presupuesto de la presunción de paternidad del marido - lo cual influye en la determinación filiativa de los hijos - el citado deber se mantendrá como deber jurídico.

Empero, la tendencia – con los avances tecnológicos – es la más prolija investigación de filiación, con mayor certeza en la identidad entre la procreación biológica y la filiación formal.

De seguir con dichos avances en sede filiativa, y de desdibujarse la necesidad de la presunción de paternidad del marido, creemos que el deber de fidelidad matrimonial carecería de total entidad en la determinación de la filiación; y en dicho escenario hipotético el destino de nuestro deber de fidelidad matrimonial podrían ser tres: el primero, ser mantenido como un deber de actuación por estimarse que es una conducta virtuosa o correcta; el segundo, entender su juridificación en razón exclusivamente de bienes jurídicos de interés individual de los cónyuges, y por tanto disponible, de laya de ser entregada su configuración a los propios imperados; y el tercero, el total repliegue del derecho en una total desjuridificación.

En la medida que se utilicen sistemas objetivos, que eviten la indagación de infracciones conyugales, para la obtención de ciertas pretensiones jurídicas, aumentará el repliegue de la juridificación en dichas materias. En dicho punto, compartimos las críticas a la indagación de culpas en la infracción de los deberes matrimoniales, pero reiteramos nuestra postura en razón que parece ser más preciso - si se quiere ir más a la raíz del problema – apuntar precisamente los dardos a la necesidad o no de *juridificar* dichos deberes

Creemos que el derrotero del deber de fidelidad matrimonial a la luz de los avances del derecho familiar en general va a ser de alta importancia, por lo que la atención debe centrarse – con las modificaciones venideras – precisamente en la conveniencia de su mantención, y en los fines a los cuales serviría; pues no vaya a ser que mantengamos un deber jurídico huero en protección de bienes de significación jurídica, o lo que es peor, sólo para imponer un determinado ideal de virtud, en desmedro de la pluralidad de modelos de vidas correctas.

Avistamos - en una medida directamente proporcional tanto del auge de la autonomía conyugal y tanto de la eliminación de la presunción de paternidad del marido de la madre – como posible una desjuridificación del deber de fidelidad matrimonial, configurándose de esta guisa un caso de *"no derecho"*, entendiendo por tal – siguiendo en esta denominación claramente la ya clásica nomenclatura acuñada por CARBONNIER – que (sic) *"lo esencial de la hipótesis del no derecho es el movimiento del derecho hacia el no-derecho, el abandono por el derecho de un terreno que ocupaba o que hubiera sido de su competencia ocupar. El no-derecho, en lo que tiene de más significativo, es la reducción o la retirada del derecho"* [516]

Todo lo anterior - en la antigua oposición entre el matrimonio como institución natural y matrimonio como producto cultural – de aceptar que es el hombre, en sus diversos estadios de cultura, quien construye las instituciones de las que se sirve para sus personales e intransferibles fines. Nosotros participamos de las antiguas palabras que afirman que *"el matrimonio no se deriva de la naturaleza. La familia oriental difiere completamente de la occidental. El hombre es el ministro de la naturaleza y la sociedad la modifica. Las leyes se han hecho para las costumbres y las costumbres cambian.- El matrimonio puede, por consiguiente, recibir el perfeccionamiento gradual a que todas las cosas humanas parecen sometidas"*. Dicha alocución, de hace siglos ha, fue expuesta por NAPOLEON ante el Consejo de Estado durante la discusión del Código Civil francés[517].

---

[516] CARBONNIER, JEAN. *Op. cit.*, pág. 35.

[517] Citadas por el escritor francés HONORE DE BALZAC en su libro *Fisiología del Matrimonio*

BIBLIOGRAFÍA:

A.- Ediciones Nacionales:

1.- ABELIUK MANASEVICH, RENE. *Las Obligaciones*. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, 1993.

2.- ABELIUK MANASEVICH, RENE. *La ley de Matrimonio Civil. Dificultad de su despacho, virtudes y defectos* (en *Revista Occidente: tribuna al pensamiento libre; Santiago, Chile, Nº 382, julio/agosto, 2004)*, págs. 19-23.

3.- ALESSANDRI R., ARTURO; SOMARRIVA U., MANUEL; VODANOVIC H., ANTONIO. *Tratado de las Obligaciones*. Editorial Jurídica de Chile; segunda edición ampliada y actualizada, 2004, 3V.

4.- BARRIENTOS GRANDON, JAVIER; NOVALES ALQUÉZAR, ARÁNZAZU. *Nuevo Derecho Matrimonial Chileno*. LexisNexis, Santiago, 2004.

5.- BARROS BOURIE, ENRIQUE. *La ley civil ante las rupturas matrimoniales* (en *Estudios Públicos Nº 85, año 2000,* en publicación electrónica contenida en www.cepchile.cl.)

6.- BARROS BOURIE, ENRIQUE. *Lo Público y lo Privado en el Derecho* (en *Estudios Públicos Nº 81, verano, año 2000,* en publicación electrónica contenida en <www.cepchile.cl>

7.- CORRAL TALCIANI, HERNÁN. *Claves para entender el derecho de familia contemporáneo*, (en *Revista chilena de derecho, Facultad de Derecho PUCH, Stgo., Vol 29 Nº 1, ene/mar 2002.)*, págs. 25-34.

8.- CORRAL TALCIANI, HERNAN. *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual.* Editorial Jurídica de Chile, 2003

9.- COURT MURASSO, EDUARDO. *Nueva Ley de matrimonio Civil. Ley 19.947 Analizada y Comentada*. Editorial Legis, Santiago, 2004.

10.- COURT MURASSO, EDUARDO. *Nueva Ley de Filiación.* Editorial Conosur Ltda., 1999

11.- DIEZ SCHWERTER, JOSÉ LUIS. *El daño extracontractual: Jurisprudencia y doctrina.* Editorial Jurídica de Chile, 1997.

12.- DIEZ URZUA, SERGIO. *Algunas consideraciones acerca de la noción de orden público en nuestro derecho civil.* Memoria de licenciatura, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 1947.

13.- ELORRIAGA DE BONIS, FABIÁN. *Régimen de indemnización de perjuicios entre cónyuges.* Memoria de licenciatura, Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 1990.

14.- ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, ALFREDO. *Derecho Penal. Parte Especial;* Segunda Edición revisada y actualizada. Editorial Nacional Gabriela Mistral, 1976.

15.- ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, ALFREDO. *Derecho Penal. Parte Especial;* Tomo IV, Tercera Edición revisada y actualizada. Editorial Jurídica de Chile, 1998.

16.- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, MIGUEL ÁNGEL. *Constitución y autonomía de la voluntad.* . Contenida en *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello: Pasado, presente y futuro de la codificación. Tomo II.* Editorial Lexis nexis, 2005; págs. 1245-1269.

17.- FIGUEROA YÁNEZ, GONZALO. *Persona, pareja y familia.* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995.

18.- FUEYO LANERI, FERNANDO. *Instituciones de Derecho Civil Moderno.* Editorial Jurídica de Chile, 1990.

19.- FUEYO LANERI, FERNANDO. *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones.* Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición, 1990.

20.- GARCIA MONTAÑA, JUDITH. *Efectos civiles del Adulterio.* Memoria de Prueba para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y sociales. Editorial Universitaria S.A., 1958.

21.- GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO. *Estudios dogmáticos de derecho civil.* Ediciones Universitarias de Valparaíso; Pontificia Universidad de Valparaíso; 2005.

22.- GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO. *El concepto de matrimonio (ponencia en Diploma de derecho de familia: Ley de Matrimonio Civil; Nov-Dic., 2004)* sin edición, apuntes personales.

23.- LÓPEZ DÍAZ, CARLOS. *Manual de derecho de familia y tribunales de familia.* Librotecnia, Santiago, 2005. V1 y V2.

24.- MEZA BARROS, RAMÓN. *Responsabilidad Civil.* Edeval, Valparaíso, 1980.

25- MEZA BARROS, RAMÓN. *Manual de Derecho de Familia.* Editorial Jurídica, 1989.

26.- MORENO MONROY, RENE. *Curso derecho civil 1997-2000,* Apuntes de clases de pregrado, Universidad de Valparaíso; sin edición, apuntes personales.

27.- NOVOA MONREAL, EDUARDO. *Una Crítica al Derecho Tradicional.* Ediciones del Centro de estudios Políticos Latinoamericanos Simón Bolivar, 1993

28.- OPAZO GONZÁLEZ, MARIO. *De la responsabilidad entre cónyuges y entre padres e hijos.* Memoria de licenciatura, Universidad de Valparaíso, Valparaíso, 2002.

29.- ORREGO ACUÑA, JUAN ANDRÉS. *Análisis de la Nueva Ley de Matrimonio Civil.* 2ª edición aumentada y corregida; Editorial Metropolitana, 2005.

30.- ORREGO ACUÑA, JUAN ANDRÉS. *La compensación económica en la ley de Matrimonio Civil (en Revista de derecho de la Universidad Finis Térrea, Santiago de Chile, año 8, Nº 8, 2004)* págs. 133-150.

31.- PEÑA GONZÁLEZ, CARLOS. *Seminario: Nueva Ley de Matrimonio Civil, Ley 19.947.* Editado por Colegio de Abogados de Chile, Santiago, Chile, 2004.

32.- PEÑAILILLO AREVALO, DANIEL. *La prueba en materia sustantiva civil. Parte general.* Editorial jurídica de Chile, 1989.

33.- PFEFFER URQUIAGA, EMILIO. *Manual de Derecho Constitucional.* Ediar-Conosur, Santiago, 1990.

34.-PIZARRO WILSON, CARLOS. *La compensación económica en la nueva ley de Matrimonio Civil (en Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri, Fundación Fernando Fueyo Laneri, Santiago de Chile, Nº3, diciembre del año 2004),* págs. 83-104.

35.- QUINTANA VILLAR, MARÍA SOLEDAD. *La protección jurídica de los fieles, a través de los nuevos capítulos de nulidad matrimonial del Derecho Canónico. (en*

Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, Nº XIX, año 1998) págs. 103-112.

36.- RAMOS PAZOS, RENE. *Derecho de Familia*. Quinta edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, y Tomo II, 2005.

37.- RAMOS PAZOS, RENE. *Derecho de Familia*. Quinta edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, y Tomo II, 2000.

38.- RAMOS PAZOS, RENE. *De las obligaciones*. Editorial Jurídica de Chile, 1999.

39.- RIOSECO ENRIQUEZ, EMILIO. *El Código Civil y la evolución del Derecho de Familia (en Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LIII, año 1956),* págs. 11-25.

40.- RIVACOBA Y RIVACOBA, MANUEL. *Apuntes de clases*. Curso de pregrado de Derecho Penal, años 1997-1998. Anotaciones personales, sin edición.

41.- RIVACOBA Y RIVACOBA, MANUEL. *Nueva crónica del crimen*. Edeval, 1981

42.- ROJAS OPAZO, LORENA PAZ. *Incapacidad de asumir las obligaciones esenciales del matrimonio por causa de naturaleza psíquica en la nueva ley de matrimonio civil a la luz del derecho canónico*. Memoria de licenciatura, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2005.

43.- RODRÍGUEZ COLLAO, LUÍS. *Delitos sexuales*. Editorial Jurídica de Chile, 2001.

44.- RODRÍGUEZ COLLAO, LUÍS. *Delimitación del concepto de abuso sexual*. Contenido en el libro en homenaje a don Manuel de Rivacoba y Rivacoba: *El penalista liberal: Controversias nacionales e internacionales en Derecho penal, Procesal penal, y Criminología*. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 2004.

45.- RODRIGUEZ GREZ, PABLO. *Responsabilidad contractual*. Editorial jurídica de Chile, 2003.

46.- RODRÍGUEZ GREZ, PABLO. *Hacia un nuevo derecho de familia (en Revista Actualidad Jurídica, Universidad del Desarrollo Nº 13, enero 2006),* págs. 117-136.

47.- ROMERO MIÑO, PAULA; y SQUELLA URQUIZA, CAROLINA. *Los cambios en la filiación por naturaleza en el Derecho chileno. 1857-1999.* Memoria de Prueba. Universidad de Valparaíso, 2000.

48.- ROSSEL SAAVEDRA; ENRIQUE. *Manual de Derecho de Familia.* Editorial Jurídica de Chile, Séptima edición actualizada, 1994.

49.-. SALINAS ARANEDA, CARLOS. *El concepto de Matrimonio en el Código Civil de Chile: una lectura canónica (en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, Nº XIX, año 1998)* págs. 57-87.

50.- SALINAS ARANEDA, CARLOS. *El Derecho Canónico en el Código Civil de la República de Chile.* Contenida en *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello: Pasado, presente y futuro de la codificación. Tomo I.* Editorial Lexis nexis, 2005; págs. 203-238.

51.- SALINAS ARANEDA, CARLOS. *Los nuevos capítulos de nulidad en al ley de Matrimonio Civil a la luz del derecho canónico. (Ponencia en Diploma de derecho de familia: Ley de Matrimonio Civil; Nov-Dic., 2004)* sin edición, apuntes personales.

52.- SENADO DE LA REPÚBLICA. *Diario de sesiones del Senado: publicación oficial de discusión y aprobación general del proyecto sobre nueva ley de matrimonio civil.* Editada por El Mercurio Valparaíso, Valparaíso, 2003.

53.- SCHMIDT HOTT, CLAUDIA. *Algunas consideraciones en torno a la autonomía de la voluntad en el sistema económico matrimonial (en Revista Jurídica del Perú, Año LIII, Nº 43, febrero 2003)* págs. 33-40.

54.- SCHMIDT HOTT, CLAUDIA. *La constitucionalización del derecho de Familia.* . Contenida en *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello: Pasado, presente y futuro de la codificación. Tomo II.* Editorial Lexis nexis, 2005; págs. 1235-1244

55.- SEPULVEDA HAUGEN, DAGNY. *Jurisprudencia de los tribunales chilenos sobre divorcio: 1885-1992.* Memoria de licenciatura, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 1998.

56.- SILVA ABBOTT, MAX. *Ley de divorcio ¿sigue siendo el derecho de familia de orden público? (en Revista Actualidad Jurídica, Universidad del Desarrollo Nº 9, enero 2004),* págs. 83-109.

57.- SILVA BASCUÑAN, ALEJANDRO. *Un siglo de evolución legislativa en lo familiar (en Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XLIX; año 1952),* págs. 99-118.

58.- SILVA MONTES, RODRIGO. *Manual de Tribunales de Familia.* Editorial Jurídica de Chile, 2005.

59.- SQUELLA NARDUCCI, AGUSTÍN. *Introducción al Derecho.* Editorial Jurídica de Chile, 2000

60.- SQUELLA NARDUCCI, AGUSTÍN. *Derecho, desobediencia y justicia.* Edeval, 1992.

61.- SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL. *Derecho de Familia.* Ediar Editores Limitada, Santiago, 1983. V1 y V2.

62.- SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL. *La Filiación. Estudio doctrinal y de legislación comparada.* Imprenta El Esfuerzo, 1931.

63.- SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL. *Evolución del Código Civil chileno. Homenaje al centenario de su promulgación.* Editorial Nascimento, 1955.

64.- TAPIA R, MAURICIO. *Código Civil. 1855-2005. Evolución y perspectivas.* Editorial Jurídica, 2005.

65.- TAPIA R, MAURICIO. *Nulidad y divorcio en el proyecto de nueva ley de matrimonio civil.* Estudios Públicos, 86 (otoño 2002), publicación electrónica contenida en <www.cepchile.cl>, págs 223-245.

66.- VELOSO VALENZUELA, PAULINA. *Principios que inspiran el nuevo estatuto filiativo y sucesorio.* Contenido en *Seminario: La nueva ley de filiación.* Facultad de Ciencias Jurídicas Universidad de Antofagasta, págs. 7-26.

67.- VELOSO VALENZUELA, PAULINA. *Acciones de determinación de filiación.* Contenido en *Seminario: La nueva ley de filiación.* Facultad de Ciencias Jurídicas Universidad de Antofagasta, págs. 65-81.

B.- Ediciones Extranjeras:

68.- ARTUCH IRIBERRI, ELENA. *La libertad individual y las parejas ante el Derecho Internacional Privado.* (en *Revista española de Derecho Internacional; Madrid, Vol. Liv., Nº1, ene/jun. 2002),* págs. 41-63.

69.- AZPIRI, JORGE OSVALDO. *Derecho de Familia* .Editorial Hammurabi SRL, Buenos Aires; 2000.

70.- AZPIRI, JORGE OSVALDO. *Juicios de divorcio vincular y separación personal.* Editorial Hammurabi SRL, Buenos Aires; 2005.

71.- BARBADO, ANALIA. *Las causales de divorcio. Selección de Jurisprudencia.* Editorial Ad hoc, Buenos Aires, 1992.

72.- BARBERO, OMAR U. *Daños y perjuicios derivados del divorcio.* Editorial Astrea; Buenos Aires, Argentina, 1977.

73.- BELLUSCIO, AGUSTO CÉSAR. *Daños y perjuicios derivados del divorcio y de la anulación del Matrimonio*, contenido en *Responsabilidad Civil en el Derecho de Familia*; Editorial Hammurabi, Buenos Aíres, 1983.

74.- BELLUSCIO, AGUSTO CÉSAR; *Manual de Derecho de Familia.* 5ª Edición, Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1988, 2V.

75.- BIDART CAMPOS, GERMAN J. *Las transformaciones constitucionales en la postmodernidad (Pensando el puente al 2001 desde el presente y futuro).* Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1999.

76.- CARBONNIER, JEAN. *Derecho Flexible. Para una sociología no rigurosa del Derecho*, traducido por Luis Diez-Picazo de la segunda edición francesa, revisada, y ampliada. Editorial Tecnos, Madrid, 1974

77.- DALLA VIA, ALBERTO RICARDO. *Relevancia del orden público en la afirmación de la autonomía personal;* publicación electrónica contenida en

78.- DE CARVALHO NETO, INACIO. *Reparação civil na separação litigiosa culposa.* Contenido en *Temas atuais de Direito e Processo de Família*. Editora Lumen Juris, 2004, págs. 229-276.

80.- ECHEVESTI, CARLOS A. *La culpa.* Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1997.

81- FOUCAULT MICHEL. *Historia de la sexualidad.* Editorial Siglo Veintiuno, Madrid, 2001

82.- GONZÁLEZ PORRAS, JOSÉ MANUEL. *El Matrimonio y la Familia en la sociedad actual (en Revista de Derecho Privado; Madrid, mar/abr. 2003),* págs. 147-165.

83.- HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO. *Derecho de Obligaciones.* Segunda Edición, Ribadeneira S.A., Madrid, 1976

.84.- LACRUZ BERDEJO, JOSE LUIS, *El nuevo régimen de la familia.* Contenido en VARIOS AUTORES, COORDINADOS POR LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUÍS, *Matrimonio y Divorcio: Comentarios al nuevo título IV del libro primero del Código Civil*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1988.

84.- MIZRAHI, MAURICIO LUÍS. *Familia, Matrimonio, y Divorcio.* Editorial Astrea, Buenos Aires, 1998.

85.- NAVARRO VALLS, RAFAEL. *Matrimonio y Derecho.* Editorial Tecnos, Madrid, 1995.

86.- PIZARRO, RAMÓN DANIEL. *Daño Moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño Moral en las diversas ramas del derecho.* Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2000.

87.- SANCHEZ MALDONADO, SEBASTIAN. *El adulterio y la naturaleza del Matrimonio: Extracto de la tesis doctoral.* Facultad de derecho Canónico. Universidad Pontifica de Salamanca; Salamanca, España, 1997.

INDICE TEMÁTICO GENERAL

INTRODUCCIÓN……..……..……...…....……..2

1.- Palabras previas……...……..……..……..……..……...2

2.- Nuestro tema: de su elección, delimitación, y de algunas motivaciones……...…….....….……...……..…2

3.- Nuestro plan……..……....5

PRIMERA PARTE: GENERALIDADES SOBRE EL DEBER DE FIDELIDAD

CAPITULO PRIMERO: DE LOS ASPECTOS GENERALES: CONCEPTO, DENOMINACIÓN, FUNDAMENTACIÓN Y FINES……9

I.-CONCEPTO Y DENOMINACIÓN……...……..9

1.-Concepto……....……....……9

2.- Denominación……..……...10

II.- FUNDAMENTACIÓN Y FINES……..……...12

1.- Necesidad de la intervención del Estado en la regulación del deber de fidelidad……...12

2.- Posibles bienes jurídicos fundantes del deber de fidelidad matrimonial…..……..16

2.1.- Certeza en la filiación: proscripción del turbatio sanguinis……...……..17

2.2.- Lealtad o respeto conyugal……24

3.- Nuestra posición……...……...28

3.1.- Carácter dinámico de las normas……...28

3.2.- Certeza en la filiación como fundamentación en el origen del Código Civil: revisión crítica de dicho fundamento para nuestros tiempos……..……...30

3.3.- Lealtad conyugal como fundamento contemporáneo……37

3.4.- Algunas consecuencias importantes de la elección……38

CAPITULO SEGUNDO: DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DEBER DE FIDELIDAD……40

I.- UBICACIÓN DENTRO DE LA CLASIFICACIÓN GENERAL DE LAS NORMAS DE CONDUCTA……..40
1.- Juridicidad del deber……40
2.- Ubicación dentro de las categorías de normas jurídicas: aspectos generales……...……49
3.- Tesis de la fidelidad conyugal como deber jurídico específico……..52
3.1.- Falta de patrimonialidad de la prestación……...52
3.2.- Imposibilidad del cumplimiento forzado *in natura*…….……53
3.3.- Imposibilidad del cumplimiento forzado por equivalencia…….55
3.4.- Separación entre el Derecho Patrimonial y el Derecho de Familia…….55
3.5.- Sanciones previstas específicamente por el derecho de familia ante el incumplimiento……...….57
3.6.- Transitoriedad temporal de la obligación……...57
4.- Tesis de la fidelidad conyugal como obligación en sentido técnico estricto……...58
4.1.- La obligación no exige patrimonialidad de la prestación…….…...58
4.2.- Cumplimiento de todos los elementos propios de la obligación……59
4.3.- La imposibilidad del cumplimiento forzado in natura no es óbice para calificar a una obligación como tal……61
4.4.- La indemnización de perjuicios no solo cumple fines compensatorios y es procedente como sanción jurídica de aplicación general……62
4.5.- Relatividad de la distinción entre el derecho Patrimonial y el Derecho de Familia…...……...…..……63
II.- SITUACIÓN EN EL DERECHO MATRIMONIAL CHILENO……...….……63
1.- Dificultad en la materia……63
2.- De aceptar la tesis obligacional: ¿Cuál sería la naturaleza de las obligaciones derivadas del matrimonio?.....66
3.- Nuestra posición……..69
4.- Importancia y proyección de la elección……...72

SEGUNDA PARTE: CONFIGURACIÓN DEL DEBER DE FIDELIDAD EN EL DERECHO MATRIMONIAL CHILENO ACTUAL

CAPITULO TERCERO: DE LA DELIMITACIÓN DE LA CONDUCTA EXTERNA EXIGIDA AL CÓNYUGE EN VIRTUD DEL DEBER DE FIDELIDAD……75
I.- ASPECTOS GENERALES DE LA CONDUCTA EXIGIDA…….…….75
1.- Ideas Previas……...75

2.- Importancia del tema……...76
3.- *Non lege lata*: Ausencia de una norma expresa que delimite claramente la conducta exigida……...…....79
II.- CONTENIDO DE LA CONDUCTA EXIGIDA……82
1.- Una mirada desde la opinión de la doctrina……..82
2.- El débito conyugal como presunto aspecto positivo del deber de fidelidad matrimonial en el derecho nacional……...90
3.- Soluciones posibles……..96
3.1.- Posición restrictiva: Referencia sólo al coito y asimilación de la infidelidad con el adulterio…….…97
3.2.- Posición intermedia: Referencia a cualquier acto sexual de entidad……..101
3.3.- Posición amplia del deber de fidelidad: vinculación con el Principio de buena fe……...…….…...103
4.- Requisitos comunes a cualquier conducta que sea imputada como infracción al deber de fidelidad matrimonial: nuestra posición……..107
4.1.- La conducta debe ser externa……..108
4.2.- La conducta debe consistir en un contacto físico con tercero…...……...109
4.3.- La conducta debe ser de connotación sexual……...110
4.4.- La conducta debe ser de entidad objetiva……111
4.5.- La conducta debe ser de entidad subjetiva…….…..113
III.- DURACIÓN DEL DEBER DE FIDELIDAD MATRIMONIAL……114
1.- Planteamiento del tema: De la extensión temporal del deber dentro del iter matrimonial……114
2.- Casos legales de suspensión del deber……117
2.1.- Separación judicial……...117
2.2.- Separación de hecho consentida por ambos cónyuges…….118
2.3.- Separación de hecho no consentida: omisión legislativa……...121
2.4.- Convenciones conyugales: una problemática hacia el futuro……122

<u>CAPITULO CUARTO</u>: DE LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA APLICABLE AL DEBER DE FIDELIDAD……...124
I.- ASPECTOS GENERALES DE LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA……..124
1.- Ideas previas……..124
2.- Imputación subjetiva como regla en nuestro derecho nacional: necesidad de concurrencia de dolo o culpa como factor de atribución…….125
II.- SITUACIÓN EN EL DERECHO MATRIMONIAL EN GENERAL Y EN EL DEBER DE FIDELIDAD MATRIMONIAL EN PARTICULAR……...128
1.- Crisis del concepto de culpa en el Derecho Matrimonial……128

2.- Nuestra posición: juridificación de los deberes matrimoniales implica configurar un concepto de culpabilidad para el evento de infracción de éstos……...131
3.- La relación conceptual entre la culpabilidad civil y la culpabilidad matrimonial: entre la unidad y la dualidad…….133
4.- Adecuación de los conceptos de dolo o culpa al deber de fidelidad matrimonial……137
5.- Ausencia de culpa en la infracción del deber de fidelidad matrimonial: algunas hipótesis de hecho vinculadas al tema…….139
5.-1.- Cónyuge como víctima de violación o abuso sexual: falta de voluntariedad……..139
5.-2.- Cónyuge con demencia sobreviniente: inimputabilidad del infractor……..140
5.-3.- Infracción en el evento de muerte presunta del otro cónyuge……..…….141
5.-4.- Cónyuge infractor bajo la influencia del alcohol, estupefacientes, o alguno de sus epifenómenos……...145
5.-5.- El singular caso de los trastornos psicosexuales como trastorno o anomalía psíquica: yuxtaposición con la causal de nulidad matrimonial prevista en la segunda parte del numero 3 del artículo 5º de la Ley de Matrimonio Civil……..……...146
5.-6.- Separación de hecho: una posible solución a través de la exculpación del infractor……....…...150
5.-7.- Incumplimiento del deber de cohabitación de la coparte en el matrimonio……...……...154

<u>CAPITULO QUINTO</u>: DEL ROL DE LA VOLUNTAD DE LOS CÓNYUGES EN LA CONFIGURACIÓN DEL DEBER DE FIDELIDAD MATRIMONIAL……...158
I.- ORDEN PÚBLICO VERSUS AUTONOMÍA CONYUGAL…….158
1.- Ideas previas……..158
2.- Hacia la privatización del Derecho de Familia……159
3.- Orden público familiar como límite……...162
II.- SOBRE LA DISPONIBILIDAD DEL DEBER DE FIDELIDAD MATRIMONIAL EN EL DERECHO MATRIMONIAL CHILENO ACTUAL……...167
1.- Intangibilidad de los deberes personales del matrimonio como solución tradicional en el derecho chileno……..167

2.- Hipótesis de ingerencia de la voluntad conyugal en el deber de fidelidad matrimonial……...…..168

2.-1.- Situaciones reguladas……...……...172

2.-1.-1.- Separación judicial convencional……169

2.-1.-2.- Separación de hecho de mutuo acuerdo…….170

2.-1.-3.- Reanudación de la vida en común como perdón conyugal…..171

2.-2.- Situaciones no reguladas……172

2.-2.-1.- Voluntad conyugal de disponibilidad del deber de fidelidad matrimonial, manifestado concomitante o posteriormente al hecho que configuraría la infracción…….172

2.-2.-1.-1.- *Swinger* como opción sexual consentida por los cónyuges……...…...173

2.-2.-1.-2.- Perdón conyugal de una infracción anterior……174

2.-2.-2.- Voluntad conyugal de disponibilidad del deber de fidelidad matrimonial, manifestado con anterioridad al hecho que configuraría la infracción……..175

2.-2.-2.-1.- Convención de dispensa, pero referida a un hecho futuro específico……..…..175

2.-2.-2.-2.- Convención de dispensa referida a hechos futuros de manera genérica……...……175

3.- Nuestra posición……...…176

3.-1.- Esfera de protección de la norma como criterio de solución……..176

3.-2.- Aplicación de la teoría de los actos propios para el caso de participación o consentimiento en conductas de infidelidad conyugal…….177

3.-3.- Exculpación del presunto infractor……178

3.-4.- Realce del autogobierno de los cónyuges como límite a la intromisión estatal……...…...179

3.-5.- *Excursus:* Una mirada hacia el futuro, ¿la desjuridificación?.....181

<u>TERCERA PARTE: DE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS COMO EVENTUAL CONSECUENCIA JURÍDICA ATRIBUIDA AL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE FIDELIDAD MATRIMONIAL</u>

<u>CAPITULO SEXTO</u>: DE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS ENTRE CÓNYUGES EN GENERAL Y DE SU APLICACIÓN A LA INFRACCIÓN DE LOS DEBERES MATRIMONIALES……..185

I.- GENERALIDADES ACERCA DE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS IMPUTADAS AL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE FIDELIDAD MATRIMONIAL……...……....186
1.- Ideas previas……...……...186
2.- De las consecuencias referentes a los aspectos patrimoniales entre los cónyuges, y de la indemnización de perjuicios en particular……187
II.- PROCEDENCIA DE INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS ENTRE CÓNYUGES……...…...188
1.- Aspectos generales……188
2.- Tesis denegatoria……...190
2.-1.- Repugna moral de lucrar……190
2.-2.- Falta de contenido patrimonial de los deberes personales del matrimonio. Indeterminación del quantum indemnizatorio……190
2.-3.- Ausencia de norma expresa……192
2.-4.- Especialidad del Derecho Matrimonial: Separación entre el Derecho Patrimonial y el Derecho de Familia……....194
2.-5.- Fuga al Divorcio-sanción: preservación de la *pax familiae*……195
2.-6.- Fragilidad del concepto de culpa en la crisis familiar……...196
3.- Tesis permisiva……...……....197
3.-1.- Ausencia de norma prohibitiva……...197
3.2.- Aplicabilidad del concepto de hecho ilícito: el ordenamiento jurídico como plexo normativo sistémico……..200
3.-3.- Legitimidad para la reparación de los daños morales o extrapatrimoniales. Problema de la fijación judicial de quantum indemnizatorio rebasa la eventual indemnización procedente en el ámbito del Derecho Familiar……203
3.-4.- Infracción de deberes legales preestablecido por el ordenamiento legal: su infracción sobrepasa la mera vulneración del deber general de abstención de dañar a otra persona……....205
3.-5.- Argumento axiológico: si existe deber de reparación por daños para extraños, ad fortiori a quienes tienen deberes de respecto recíproco....……207
3.-6.- La indagación de la culpa en la infracción de deberes conyugales es más bien un problema probatorio de cada proceso judicial in concreto……..207
3.-7.- El peligro de fuga al divorcio sanción es más bien un problema político legislativo: non lege data de normas que impidan indagar en la identificación del cónyuge infractor. Superación de la pax familiae como límite a la judicialización de asuntos familiares……...208
4.- Nuestra opinión para el derecho nacional……..209
III.- ESTATUTO DE RESPONSABILIDAD CIVIL APLICABLE: CONTRACTUAL O EXTRACONTRACTUAL……...210

1.- Distinción entre la responsabilidad contractual y extracontractual……..210
2.- Soluciones posibles para la determinación del estatuto aplicable al deber de fidelidad matrimonial en nuestro derecho: opinión de la doctrina……..212
3.- Nuestra posición……....……216
3.-1.- Al entenderse como un deber jurídico específico y no como una obligación en sentido técnico estricto, se aplica el régimen extracontractual…….216
3.-2.- Incluso, de entenderse como obligación en sentido técnico estricto, se trataría de una obligación legal y no contractual: igualmente se aplicaría el régimen extracontractual…….…220

<u>CAPITULO SÉPTIMO</u>: DEL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE FIDELIDAD COMO HECHO ILÍCITO CIVIL GENERADOR DE DAÑOS CIVILES EN SUS ASPECTOS RELEVANTES VINCULADOS A LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL……..……..223
I.- ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL, EN RELACIÓN AL DEBER MATRIMONIAL EN ESTUDIO……..……....223
1.- Capacidad delictual…….……...223
1.-1.- Demencia del cónyuge infractor……..…...224
1.-2.- Cónyuge infractor menor de edad…….……...……...225
2.- Incumplimiento del deber conyugal……...228
3.- Daño…….230
3.-1.- Generalidades acerca del daño……...230
3.-2.- Distinción entre los daños derivados del hecho ilícito y los daños derivados del divorcio o separación judicial en sí……232
3.-3.- Daños Materiales y Daños morales……237
3.-3.-1.- Enfermedades de transmisión sexual…….....238
3.-3.-2.- Algunos breves comentarios sobre el daño moral ocasionado por la infracción del deber de fidelidad matrimonial……241
3.-4.-Posible cúmulo de indemnizaciones entre la compensación económica y las reglas generales del derecho de daños……..243
3.-4.-1.- Generalidades de la compensación económica……...244
3.-4.-2.- Principio de reparación plena: solución a un problema aparente……...247
4.- Otros elementos: Culpa o dolo del cónyuge infractor y relación de causalidad entre el incumplimiento culpable del cónyuge infractor y los perjuicios al cónyuge inocente…….....248

CONCLUSIONES…….250

1.- Hacia un concepto de autor acerca del deber de fidelidad matrimonial……...250

2.- El deber de fidelidad matrimonial es un deber jurídico específico……..251

3.- El bien jurídico protegido actualmente es preponderantemente la lealtad conyugal en la esfera sexual y ya no – como si lo fue en el Código Civil original – la certeza filiativa……253

4.- Conducta externa exigida a los cónyuges en virtud del deber de fidelidad matrimonial: la posición intermedia referida a cualquier acto sexual de entidad - como comportamiento infractor - es la solución para nuestro derecho matrimonial actual…….....253

5.- El deber de fidelidad matrimonial rige durante el matrimonio, sin perjuicio de casos de suspensión del citado deber durante la vigencia del vínculo conyugal…….254

6.- Es necesario, para que concurra responsabilidad del cónyuge ofensor, atribuir la infracción a título de dolo o culpa……...254

7.- Con los avances en sede de derecho matrimonial pueden abrirse puertas para un auge del rol de la voluntad de los cónyuges en la configuración de dicho deber matrimonial……255

8.- La indemnización de perjuicios es una posible consecuencia jurídica imputada al evento de infracción del deber de fidelidad matrimonial…….256

9.- Algunas recomendaciones de lege ferenda…….257

10.- Palabras finales: hacia la desjuridificación…….257

BIBLIOGRAFÍA……...……..260

INDICE TEMÁTICO GENERAL……..268