



MARC 372
W 90617
UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO
MAGISTER EN DERECHO
(LEGUN MAGISTER)



MAG
061r
[2012]

RESPONSABILIDAD CIVIL POR ADULTERIO



TESIS PARA OPTAR AL GRADO DE MAGÍSTER

[MAG
61r
012]

AUTORA: MARIO OPAZO GONZÁLEZ

asesor GUÍA: RICARDO SAAVEDRA ALVARADO

(2012)

ÍNDICE.

INTRODUCCIÓN	3
CAPÍTULO PRIMERO: DEL MATRIMONIO Y SUS EFECTOS, EN ESPECIAL, DEL DEBER DE LA FIDELIDAD Y DEL ADULTERIO COMO INFRACCIÓN A ESE DEBER	6
I. INTRODUCCIÓN AL CAPÍTULO PRIMERO	6
II. DEFINICIÓN DE MATRIMONIO	6
III. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL MATRIMONIO	7
IV. EFECTOS DEL MATRIMONIO	14
V. EL DEBER DE FIDELIDAD	15
VI. DE LAS INFRACCIONES AL DEBER DE FIDELIDAD, EN PARTICULAR, DEL ADULTERIO	16
CAPÍTULO SEGUNDO: DE LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA EN CASO DE ADULTERIO	22
I. INTRODUCCIÓN AL CAPÍTULO SEGUNDO	22
II. ASPECTOS PREVIOS EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL	22
III. DE LA PROCEDENCIA DE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS EN CASO DE ADULTERIO	23
CAPÍTULO TERCERO: LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA, EN CASO DE ADULTERIO, SE SUJETA A LAS REGLAS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL	54
I. INTRODUCCIÓN AL CAPÍTULO TERCERO	54
II. ASPECTOS PREVIOS	54
III. OPINIÓN DE LA DOCTRINA	54
IV. CONCURRENCIA DE LOS REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL EN CASO DE ADULTERIO	57

CAPÍTULO CUARTO: DEL TRIBUNAL COMPETENTE PARA CONOCER DE LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA	85
I. OPINIÓN QUE SOSTIENE QUE SON COMPETENTES LOS TRIBUNALES DE FAMILIA	85
II. OPINIÓN QUE SOSTIENE QUE SON COMPETENTES LOS TRIBUNALES CIVILES	89
CONCLUSIONES	95
BIBLIOGRAFÍA	98

INTRODUCCIÓN.

Sabido es que nuestro Código Civil, en su artículo 102, define al matrimonio como 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. En este sentido, el artículo 131 del mismo cuerpo legal consagra el denominado deber de fidelidad, al señalar que los cónyuges están obligados a guardarse fe. Finalmente, el artículo 132 del mismo código, sostiene que el adulterio constituye una infracción grave al deber de fidelidad.

Cuando uno de los cónyuges comete adulterio, el ordenamiento jurídico chileno señala determinadas consecuencias jurídicas para dicha infracción al deber de fidelidad. Así, los artículos 26 y 54 de la Ley N° 19.947 señalan que constituye una causal de separación judicial y de divorcio respectivamente; el artículo 155 del Civil señala que – en caso de adulterio del marido – la mujer casada en régimen de sociedad conyugal o de participación en los gananciales puede demandar la separación judicial de bienes, lo que también se ha entendido – históricamente – como una sanción, en la época anterior a la entrada en vigencia de la Ley N° 19.947 que incorporó el divorcio vincular.

Siendo el adulterio una infracción a un deber jurídico que puede causar daño, podría pensarse que estamos frente a una hipótesis de responsabilidad civil. Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico no existe norma alguna que señale, en forma expresa, que si uno de los cónyuges comete adulterio, el otro pueda demandar la correspondiente indemnización de perjuicios. En este contexto, surge el problema de determinar si es posible que el cónyuge que ha sufrido daños producto del adulterio del otro cónyuge pueda demandar la indemnización de perjuicios proveniente de dicha infracción jurídica; en caso afirmativo, qué requisitos debieran cumplirse, cuál sería el estatuto jurídico a aplicar y cuál sería el Tribunal competente para conocer de la correspondiente acción indemnizatoria.

La doctrina extranjera, frente a un análogo silencio del legislador, ha dado origen a las denominadas teorías denegatorias y permisivas; las primeras niegan que el cónyuge que ha sufrido perjuicios pueda demandar su indemnización a su cónyuge, mientras que las segundas sostienen que no existe impedimento jurídico alguno para que sea procedente tal

indemnización. Junto a ellas existen las denominadas teorías eclécticas, que admiten la indemnización, pero en forma restringida.

Quienes postulan las teorías permisivas, sostienen que – en caso de adulterio – la acción indemnizatoria debe ejercerse de conformidad a las reglas de la responsabilidad extracontractual.

Nuestro ordenamiento jurídico guarda silencio frente a este problema, y la hipótesis con la que se trabajará es que las normas del ordenamiento jurídico civil chileno permiten que uno de los cónyuges pueda obtener que el otro le indemnice los perjuicios causados por el adulterio de este último, de conformidad al estatuto de la responsabilidad contractual. De esta manera, se expondrán los argumentos jurídicos necesarios que permitan demostrar que el cónyuge inocente es titular de la acción indemnizatoria en contra del otro cónyuge, cuando éste ha cometido adulterio; de la misma manera, se señalarán las razones jurídicas que permiten sostener que el estatuto jurídico a aplicar, en caso de adulterio, es el de la responsabilidad contractual, precisando cuáles son los requisitos que deben cumplirse, cómo estos concurren en caso de adulterio y cuál es el Tribunal competente para conocer de la acción indemnizatoria.

Para estos efectos, se hará un trabajo dogmático, analizando las normas jurídicas del ordenamiento civil chileno relativas a la responsabilidad civil y al derecho de familia; se aplicará las disposiciones del código civil relativas a la interpretación de la ley para interpretar las disposiciones legales en materia de responsabilidad civil y de derecho de familia, a objeto de determinar si, en caso de adulterio, es procedente aplicar aquella normativa.

Del mismo modo, se revisará lo que la doctrina nacional ha dicho en relación a estas dos áreas del derecho civil. También se analizará lo que ha sostenido la doctrina extranjera – particularmente la argentina y uruguaya, países en los que, teniendo una normativa legal similar a la nuestra, se ha discutido el tema con profundidad – en relación a la procedencia de la acción indemnizatoria por adulterio y al estatuto de responsabilidad a aplicar, de manera de poder determinar si es posible o no aplicar las conclusiones a que ha llegado tal doctrina al ordenamiento civil chileno.

Finalmente, es necesario señalar que el presente trabajo no analizará el tema de la

responsabilidad civil en general dentro del derecho de familia, por tratarse de un tema demasiado amplio, que excede con creces el objetivo de la presente investigación. Del mismo modo, no se analizará si todas las infracciones a los deberes personales que el matrimonio impone a los cónyuges, o si todas las infracciones al deber de fidelidad generan responsabilidad civil, pues se trata de temas que aún están en ciernes y que requerirían de un enorme esfuerzo creativo como para poder obtener algunas conclusiones. En consecuencia, se ha elegido el tema del adulterio por tratarse de un tema acotado, al cual nuestra legislación positiva ha destinado algunas disposiciones, de manera que no hay mayores discusiones doctrinarias frente a él.

**CAPÍTULO PRIMERO: DEL MATRIMONIO Y SUS EFECTOS,
EN ESPECIAL, DEL DEBER DE FIDELIDAD Y DEL ADULTERIO COMO
INFRACCIÓN A ESTE DEBER.**

I. INTRODUCCIÓN AL CAPÍTULO PRIMERO.

El presente capítulo tiene por finalidad analizar el problema de la naturaleza jurídica del matrimonio, demostrando que tiene una naturaleza contractual. De esta manera, una vez probado que el matrimonio es un contrato para nuestra legislación civil, al igual como ocurre con todo contrato, el matrimonio produce consecuencias jurídicas – derechos y obligaciones – respecto de la persona de los cónyuges, dentro de los cuales se encuentra el deber de fidelidad, el cual puede ser infringido de diferentes maneras, una de las cuales es el adulterio.

Todo lo anterior permitirá sentar las bases para probar, en los capítulos posteriores, que el adulterio, como infracción al deber de fidelidad, corresponde a un incumplimiento contractual, el cual – de producir daños – genera la obligación de indemnizar esos daños.

II. DEFINICIÓN DE MATRIMONIO.

En una primera aproximación, no es fácil proponer una definición acerca de lo que es el matrimonio, pues se trata de una figura interdisciplinaria; así, es posible analizarlo desde una perspectiva sociológica, desde una perspectiva psicológica y desde una perspectiva jurídica¹; la primera enfatiza su carácter de estructura social, la segunda se concentra en los cambios en la vida y en la identidad de los individuos, y la tercera en la regulación que hace ella el ordenamiento jurídico y las consecuencias de Derecho que produce.

Dado que este trabajo sólo tiene por finalidad desarrollar una investigación jurídica,

¹ Cfr. DEL PICÓ RUBIO, Jorge. *Derecho Matrimonial Chileno*, Santiago, Abeledo Perrot, 2010, pp. 91 y ss.

se tendrá presente la definición legal de matrimonio que nos entrega el artículo 102 del Código Civil, el cual señala que “*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*”, definición a la que debemos estar, en virtud del mandato que impone el artículo 20 del mismo cuerpo legal.

III. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL MATRIMONIO.

Este tema es uno de los más discutidos por la doctrina, pues – no obstante el tenor literal del artículo 102 de nuestro Código Civil – es posible encontrar diversas opiniones. La importancia de la discusión acerca de la naturaleza jurídica del matrimonio se ve reflejada en el estatuto jurídico a aplicar cuando deba indemnizarse los perjuicios sufridos por uno de los cónyuges como consecuencia del adulterio cometido por el otro.

1.- EL MATRIMONIO COMO INSTITUCIÓN.

Una primera opinión doctrinaria sostiene que el matrimonio es una institución, o sea, “es una situación jurídica, cuyas reglas y marcos están fijadas anticipadamente por el legislador, independientemente de la voluntad de los interesados. La institución es un todo orgánico, un cuerpo social que desborda las facultades del individuo. La persona sólo tiene libertad para someterse o no a una institución, pero si consiente en subordinarse a ella debe aceptarla tal cual es, sin poder entrar a modificar las reglas que la rigen”².

El matrimonio sería una institución, toda vez que se trata de una situación especial de vida, regida en sus aspectos generales por el Estado, que forman un todo, al cual deben adherirse los interesados; de manera que una vez prestado el consentimiento, su regulación escapa a la voluntad de las partes³.

² TRONCOSO LARRONDE, Hernán. *Derecho de Familia. Colección de Manuales*. Santiago, Legal Publishing Chile, 2010, pp. 13 y s.

³ FUEYO LANERI, Fernando. *Derecho Civil. T. VI. Derecho de Familia. Vol I*. Santiago, Imp. y Lito. Universo

Conforme lo señala el profesor Troncoso⁴, el matrimonio presentaría los rasgos propios de una institución, esto es:

- 1° Un núcleo social, ya que por un acto de fundación origina una familia, la cual tiene estabilidad y permanencia, ya que los cónyuges se perpetúan en los hijos.
- 2° Una clara idea directriz de bien común: constituir, organizar y educar una familia.
- 3° Una autoridad, que se manifiesta en la patria potestad.
- 4° Una estabilidad, ya que si bien algunos de los sostenedores de esta teoría aceptan el divorcio vincular, lo consideran como un remedio o una sanción, pero en ningún caso admiten que quede entregado al libre arbitrio de los cónyuges.

2.- EL MATRIMONIO COMO ACTO DE ESTADO.

Otra opinión doctrinaria que sostiene que el matrimonio es un acto de Estado, ya que es el Estado el que une a los contrayentes, a través del oficial del Registro Civil⁵; es decir, quien une a las partes en matrimonio es el Estado, a través del funcionario público, que en Chile es el Oficial del Registro Civil⁶. Antonio Cicu⁷ sostiene que la declaración de voluntad de los esposos debe ser dada al representante del Estado, de manera que no se trata de una simple aprobación de la autoridad pública, pues – en tal caso – la autorización debiera darse a posteriori; en consecuencia, es el Estado el que une en matrimonio, de manera que el Estado no interviene como extraño en tutela de un interés propio, frente a la natural libertad del individuo.

Con todo – sostiene el profesor Ramos Pazos⁸ – esta tesis es compatible con la idea del matrimonio institución; precisamente, por su carácter institucional, interviene el Estado, para declararlos casados en nombre de la ley. Agrega que concurren todos los elementos de una institución: núcleo humano básico (los cónyuges) que pasa a tener un valor por sí

S.A., 1959, pp. 80 y s.

⁴ TRONCOSO LARRONDE, Hernán, (n. 2), pp. 14 y s.

⁵ RAMOS PAZOS, René. *Derecho de Familia*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, T. I, 2005, p. 32.

⁶ TRONCOSO LARRONDE, Hernán, (n. 2), p. 16.

⁷ CICU, Antonio. *El Derecho de Familia*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires, Ediar Soc. Anón. Editores, 1947, pp. 308 y ss.

⁸ RAMOS PAZOS, René, (n. 5), p. 32.

mismo; está organizado dentro del orden jurídico; hay una idea directriz de bien común (vivir juntos, procrear – es decir, formar una familia – y auxiliarse mutuamente); es permanente, en cuanto dura lo que viven los cónyuges y sus efectos perduran en la descendencia común. El acto fundacional se expresa en la voluntad de los contrayentes de recibirse el uno al otro como marido y mujer. Pero, como sostiene el profesor Troncoso⁹, esta voluntad es sólo uno de los presupuestos necesarios para que el Estado los una en matrimonio; juegan aquí el interés de los contrayentes y el del Estado, sin embargo, el primero es preponderante, de tal forma que, si no hay impedimentos, el Estado debe unir en matrimonio a los que así lo desean.

3.- EL MATRIMONIO COMO CONTRATO.

Quienes defienden el carácter contractual del matrimonio, reconocen sus diferencias con los contratos patrimoniales, de manera que no es posible aplicar al matrimonio la definición de contrato o convención del artículo 1.438 del Código Civil, pero de todas formas sigue siendo un contrato, pues la actual Ley de Matrimonio Civil, N° 19.947 ha dado una importancia capital al consentimiento matrimonial – que debe ser libre y espontáneo – y que lo acerca al consentimiento propio de todo contrato, consagrando, de esta manera, la máxima *consensus facit matrimonium* y preocupándose la ley de cuidar que es consentimiento sea – precisamente – libre y espontáneo¹⁰.

El profesor Eduardo Court¹¹ también defiende el carácter contractual del matrimonio, atendiendo a la definición legal del artículo 102 del Código Civil, a la exigencia de un consentimiento libre y espontáneo, y a la regulación de los vicios del consentimiento en el matrimonio. Así también lo expresa el profesor Jorge del Picó¹², para quien el tenor literal de la disposición en comento no admite dudas; además – aunque se

⁹ TRONCOSO LARRONDE, Hernán, (n. 2), p. 16.

¹⁰ Cfr. BARRIENTOS GRANDÓN, Javier y NOVALES ALQUÉZAR, Aranzazu. *Nuevo Derecho Matrimonial Chileno. Ley N° 19.947: Celebración del Matrimonio, Separación, Divorcio y Nulidad*. Santiago, Lexis Nexis, 2004, p. 155.

¹¹ Cfr. COURT MURASSO, Eduardo, *Curso de Derecho de Familia. Matrimonio – Regímenes Matrimoniales – Uniones de Hecho*. Santiago, Legal Publishing, 2009, p. 14.

¹² Cfr. DEL PICÓ, Jorge (n. 1), p. 158.

trate de un contrato de orden público y de adhesión (toda vez que las partes no acuerdan libremente las cláusulas y efectos del contrato), su celebración implica consentir en su ejecución y elegir los contrayentes; de ahí que se ha preferido sostener que el matrimonio es un contrato en sentido amplio, esto es, como acto nacido de la voluntad de dos personas y reglamentado por la ley civil.

Así lo ha entendido también nuestro Tribunal Constitucional, al señalar en la causa Rol N° 1424 – 09 – INA¹³, en el considerando séptimo de la sentencia que se pronunció sobre la constitucionalidad del artículo 2° transitorio de la Ley N° 19.947, que “el matrimonio es un contrato solemne (contrato – institución, se señala)”, agregando – en el considerando octavo de la misma sentencia – que “la declaración del juez de la causa recae sobre la constatación de la existencia de una causal de término del contrato de matrimonio”; es decir, el Tribunal Constitucional expresamente ha calificado al matrimonio como un contrato.

A mayor abundamiento, como lo apunta la profesora Ximena Moreno¹⁴, el principio de la autonomía de la voluntad ha ido adquiriendo mayor presencia en materia de matrimonio – lo que vendría a reforzar su carácter de contrato – según se desprende de las siguientes situaciones: especial preocupación por el consentimiento matrimonial; incorporación del divorcio vincular; regulación de las relaciones mutuas en casos de cese de la convivencia matrimonial; reanudación de la vida en común de quienes estaban separados; acuerdos regulatorios de las relaciones mutuas en caso de divorcio de común acuerdo; determinación convencional de la compensación económica, e incorporación de la conciliación y la mediación.

Para poder determinar si el matrimonio es un contrato o no, debemos detenernos en precisar qué es lo que determina que una figura jurídica sea o no contrato, y la doctrina advierte que es el consentimiento lo que define a un contrato. Así, Raúl Díez Duarte¹⁵

¹³ Disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/view/1298> Última consulta: 14 de junio de 2012.

¹⁴ Cfr. MORENO CONCHA, Ximena. “Autonomía de la Voluntad en el Derecho Matrimonial Chileno” en *Estudios de Derecho Civil II. Jornadas Nacionales de Derecho Civil*. Olmué, 2006. Santiago, Editorial Lexis Nexis, 2007, pp. 133 y ss.

¹⁵ DÍEZ DUARTE, Raúl. *El Contrato. Estructura Civil y Procesal*. Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1994, p. 22.

sostiene que el consentimiento es el requisito esencial en todo contrato, el cual versar sobre todos los aspectos que constituyen el objeto del contrato, de manera tal que, si no existe acuerdo sobre alguno de estos puntos, no hay contrato.

Similar es la postura de Arturo Alessandri¹⁶, al sostener que el consentimiento de los contratantes juega un rol preponderante en el contrato, puesto que consiste – precisamente – en un acuerdo de voluntades de dos o más partes destinadas a crear obligaciones.

Del mismo modo, Ricardo Lorenzetti¹⁷ plantea que la noción de contrato se funda sobre la existencia del acuerdo o consentimiento de las partes, el que resulta ser obligatorio para las mismas.

A partir de estas opiniones, cabe concluir que los autores citados están contestes en que el acuerdo o el consentimiento es fundamental a la hora de configurar lo que es un contrato. Hay autores que también se aventuran a sostener que dicho acuerdo o consentimiento debe recaer, no sólo en la generación de las obligaciones que nacen del contrato, sino que – además – en el contenido u objeto del mismo, esto es, en las obligaciones y derechos que crea¹⁸.

En este contexto, aparece como indubitado que es de la esencia del contrato el concurso real de voluntades destinado a crear derechos personales y obligaciones; es decir, lo esencial del contrato sería la existencia de ese concurso real de voluntades en su génesis. Sin embargo, cabe preguntarse si es de la esencia de un contrato que dicho concurso real de voluntades haya de incidir en el contenido u objeto del mismo.

Para dilucidar este problema, vamos a analizar lo que ocurre con algunas categorías contractuales, esto es, con los contratos dirigidos y con los contratos forzosos heterodoxos. Los contratos dirigidos son aquellos regulados imperativamente por el legislador, de manera que las partes no pueden modificar o alterar sus elementos básicos o esenciales¹⁹. Algo similar ocurre en los contratos forzosos heterodoxos, en los que se pierde

¹⁶ ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo. *Derecho Civil. De los Contratos*. Santiago de Chile, Editorial Jurídica Ediar – Conosur Ltda., 1988, p. 6.

¹⁷ LORENZETTI, Ricardo. *Tratado de los Contratos. Parte General*. Buenos Aires, Editorial Rubinzal – Culzoni, 2004, p. 42.

¹⁸ Cfr. LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. *Los Contratos. Parte General*. Santiago, Abeledo Perrot, 5ª ed. actualizada por Fabián Elorriaga De Bonis, 2010, p. 3.

¹⁹ RUZ LÁRTEGA, Gonzalo. *Explicaciones de Derecho Civil. Contratos y Responsabilidad Extracontractual*. Santiago, Abeledo Perrot, 2011, p. 43.

completamente la libertad contractual. Desaparece íntegramente la fisonomía del contrato tradicional, toda vez que el legislador constituye el contrato de un solo golpe; en estos no hay que distinguir etapas, pues el contrato no precisa intercambio de voluntades: el vínculo jurídico, las partes y el contenido negocial, vienen predeterminados por un acto único de la autoridad pública²⁰.

En consecuencia, ni en el contrato dirigido ni en el contrato forzoso heterodoxo las partes pueden determinar el contenido del contrato. ¿Significa esto – acaso – que, en rigor, no podrían ser llamados contratos, debido a que el concurso real de voluntades no incide en el objeto del mismo?

El profesor Jorge López Santa María²¹ defiende la naturaleza contractual del contrato forzoso, para lo cual señala que – de acuerdo a la propuesta de Antonio Hernández – Gil – es posible clasificar las fuentes de las obligaciones en:

- 1.- La voluntad con la cooperación de las normas legales, en las que la relación jurídica es expresión de la autonomía de la voluntad implementada por la reglamentación legal heterónoma. Aquí podemos encontrar, por ejemplo, a los contratos típicos.
- 2.- Las normas legales a partir de un presupuesto de voluntad, en las que el ordenamiento impone la relación jurídica desde el momento que los individuos observan una conducta voluntaria. Aquí encontramos, por ejemplo, a los contratos dirigidos.
- 3.- Las normas legales con prescindencia de un presupuesto de voluntad, en las que el ordenamiento jurídico impone obligaciones, al margen de la voluntad, sobre la base de un estado de hecho o de una situación cuyos efectos se trata de corregir. Este sería el caso, por ejemplo, de los contratos forzosos.

Esta clasificación se puede aplicar solamente al contrato, como acto constitutivo de la relación jurídica y – en consecuencia – es posible sostener que tanto el contrato forzoso como el contrato dirigido son propiamente contratos.

Como consecuencia de lo anterior, cabe sostener que la determinación del contenido por las partes no es esencial en un contrato, pues es posible que éste venga impuesto imperativamente por la ley, sin que la figura pierda su carácter contractual. En

²⁰ LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, (n. 18), pp. 140 y s.

²¹ LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, (n. 18), pp. 147 y ss.

consecuencia, lo esencial del contrato sería que las partes consientan en su celebración y no necesariamente en su contenido o efectos.

Si esto es así, ¿es posible desconocer el carácter contractual del matrimonio por el hecho que sus consecuencias vienen impuestas imperativamente por la ley? De las reflexiones formuladas con ocasión de los contratos dirigidos y forzosos, pareciera ser que no. Así también lo entiende el profesor Jorge del Picó²², quien refuta las opiniones de los profesores Ramos Pazos²³ y Troncoso²⁴, pues el argumento que señala que el matrimonio es un acto de Estado por cuanto es el Estado, a través del funcionario del Registro Civil, el que une a las partes en matrimonio se desvanece, toda vez que el Servicio de Registro Civil cumple una función registral y publicitaria del acto jurídico, y en caso alguno lo constituye; es decir, se trata de una solemnidad más, como cualquiera otra en la que interviene un funcionario público en el carácter de ministro de fe, pero nadie se atrevería a sostener que, por ejemplo, la compraventa de bienes raíces es un acto de Estado porque se debe celebrar ante un notario público.

Por otra parte, es tal la importancia que tiene el consentimiento de los contrayentes en el matrimonio, que la doctrina es unánime al considerar al consentimiento como un requisito de existencia del matrimonio y al consentimiento libre y espontáneo como un requisito de validez²⁵. En este sentido interesa la opinión del profesor Del Picó²⁶, para quien el consentimiento matrimonial es la unión con la que se asiente, la aceptación de la deliberación racional, que viene en constituir el fundamento del acto humano, a diferencia del amor pasión, que simplemente sucede, agregando que es tal la importancia que la Ley N° 19.947 otorga al consentimiento matrimonial, que se puede afirmar que, en múltiples aspectos, ha asumido el principio *consensus facit matrimonium*.

De lo dicho podemos sostener que, dado que el consentimiento es un requisito de existencia tan relevante que los autores llegan a sostener que nuestra Ley de Matrimonio

²² DEL PICÓ RUBIO, Jorge, (n. 1), pp. 157 y s.

²³ Vid. RAMOS PAZOS, René, (n. 5), p. 32.

²⁴ Vid. TRONCOSO LARRONDE, Hernán (n. 2). P. 16.

²⁵ Vid. RAMOS PAZOS, René, (n. 5), pp. 34 y ss.; TRONCOSO LARRONDE, Hernán, (n.2), pp. 22 y ss.; COURT MURASSO, Eduardo, (n. 11), pp. 16 y ss.; LÓPEZ DÍAZ, Carlos. *Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia*. Santiago, Editorial Librotecnia, T. I, 2005, pp. 151 y ss.

²⁶ DEL PICÓ RUBIO, Jorge, (n. 1), pp. 271 y 273.

Civil consagra el principio “el consentimiento constituye matrimonio” y, por otro lado, que el consentimiento es el elemento fundamental que define a un contrato, el matrimonio es – definitivamente – un contrato. Esto permite sostener que toda infracción a los deberes y obligaciones que nacen del contrato de matrimonio constituyen un incumplimiento contractual y, consecuentemente, generan responsabilidad contractual.

IV. EFECTOS DEL MATRIMONIO.

Se trata de las consecuencias que derivan del matrimonio, tanto para las personas como para los bienes de los cónyuges²⁷. Estas consecuencias se proyectan en tres ámbitos²⁸, relacionados con la persona de los cónyuges, con sus bienes y con sus hijos, a los cuales el profesor René Ramos²⁹ agrega los derechos hereditarios, también reconocidos por el profesor Court³⁰.

Para los efectos de la presente investigación sólo interesa lo relativo al primer ámbito, esto es, a las consecuencias jurídicas que se producen en relación a la persona de los cónyuges.

El maestro español Federico Puig Peña, señala “que los efectos personales del matrimonio de alcance recíproco están constituidos por un 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”³¹.

Estos deberes recíprocos entre los cónyuges son³²: el deber de fidelidad, el deber de

²⁷ TRONCOSO LARRONDE, Hernán, (n. 2), p. 113.

²⁸ LÓPEZ DÍAZ, Carlos, (n. 25), p. 301.

²⁹ RAMOS PAZOS, René, (n. 5), p. 123.

³⁰ COURT MURASSO, Eduardo, (n. 11), p. 83.

³¹ PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de Derecho Civil Español*. T. II, Vol. I, Teoría General del Matrimonio. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1953, p. 217.

³² LÓPEZ DÍAZ, Carlos (n. 25), p. 303; RAMOS PAZOS, René (n. 5), pp. 124 y 125.

socorro, el deber de ayuda mutua o asistencia, el deber de respeto recíproco, el deber de protección recíproca, el derecho y deber de vivir en el hogar común, el deber de cohabitación y el deber de auxilio y expensas para la litis; aunque para el profesor Court³³ el deber de vivir juntos es lo mismo que deber de cohabitación.

Esta investigación no tiene por finalidad analizar si la infracción a todo deber personal autoriza o no a demandar la correspondiente indemnización de perjuicios, sino sólo lo relativo al adulterio, de manera que se centrará en el análisis del deber de fidelidad.

V. EL DEBER DE FIDELIDAD.

El artículo 131 del Código Civil dispone que “*Los cónyuges está obligados a guardarse fe, (...)*”. La doctrina nacional, en general, no se ha preocupado del contenido de este deber de fidelidad, limitándose a señalar que consiste en que los cónyuges deben cohabitar exclusivamente entre sí y no con terceros³⁴, esto es, no tener relaciones sexuales con terceros, o sea, no cometer adulterio³⁵.

Sin embargo, la doctrina extranjera ha sostenido que no sólo se infringe el deber de fidelidad cuando no se tiene comercio sexual con terceros, sino que también si se mantiene con ellos relaciones que pueden lesionar los sentimientos del otro cónyuge o permita interpretaciones equívocas³⁶. De esta manera, Bossert y Zannoni distinguen entre fidelidad material y moral; la primera resulta ser violada por el adulterio, mientras que la segunda es violada por conductas que – sin llegar a la relación sexual del cónyuge con un tercero – implican o permiten presumir una relación que exceda de una mera relación de amistad o una relación propia del trato social³⁷. En el mismo sentido se plantea Belluscio³⁸, al

³³ COURT MURASSO, Eduardo, (n. 11), p.83.

³⁴ TRONCOSO LARRONDE, Hernán, (n. 2), p. 114.

³⁵ RAMOS PAZOS, René, (n. 5), p. 125.

³⁶ BORDA, Guillermo. *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires, Editorial Lexis Nexis, 12ª ed., 2002, pp. 36 y s.

³⁷ BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo A. *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 5ª ed., 2001, pp. 78 y ss.

³⁸ BELLUSCIO, Augusto César. *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires, Editorial Astrea. T. I, 7ª ed., 2004, p. 286.

sostener que este deber también excluye toda relación con persona de sexo diferente que resulte sospechosa a los ojos de quienes la conozcan o que pueda lesionar la reputación o los sentimientos del otro cónyuge. De la misma manera, Vidal Taquini³⁹ sostiene que este deber también se vulnera con cualquiera otra relación de intimidad o afectuosidad excesiva con persona de otro sexo, susceptible de lesionar la reputación o los sentimientos del otro cónyuge, lo cual configura injurias graves al igual que las relaciones homosexuales.

Como consecuencia de lo anterior, es posible sostener que el contenido del deber de fidelidad viene dado por la abstención de tener relaciones sexuales con terceros – sean de distinto sexo (adulterio), como del mismo sexo – y de realizar cualquiera otra conducta que implique una relación de intimidad o afectuosidad que exceda de una mera relación de amistad o la propia del trato social, que pueda lesionar la reputación o los sentimientos del otro cónyuge.

VI. DE LAS INFRACCIONES AL DEBER DE FIDELIDAD, EN PARTICULAR, DEL ADULTERIO.

1. INFRACCIONES AL DEBER DE FIDELIDAD.

Para determinar de qué infracciones puede generar una infracción a este deber, es necesario tener claridad, previamente, respecto a cuál es el contenido de este deber. En efecto, dado que para nuestra doctrina nacional el deber de fidelidad se reduce a no tener relaciones sexuales con terceros, sólo se infringe este deber cuando se comete adulterio⁴⁰.

No obstante esta opinión mayoritaria, es posible estimar que existen otras formas de infringir el deber de fidelidad, distintas del adulterio. En efecto, si – conforme a lo señalado en el capítulo anterior – el deber de fidelidad comprende también el deber de los cónyuges de abstenerse de comportarse frente a terceros de una manera que exceda de la mera

³⁹ VIDAL TAQUINI, Carlos. *Matrimonio Civil. Ley 23.151. Comentario de los Artículos 159 a 239 del Código Civil y Demás Normas Vigentes*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 2000, p. 215.

⁴⁰ Vid. COURT MURASSO, Eduardo, (n. 11), p. 85; TRONCOSO LARRONDE, Hernán, (n. 2), p. 114; RAMOS PAZOS, René (n. 5), p. 125.

amistad⁴¹, pueden existir múltiples formas de infringir este deber, pues basta que uno de los cónyuges se comporte de manera equívoca frente a un tercero, que haga dudar que se trata solamente de un amigo, para que se infrinja este deber. Por otra parte, el propio artículo 132 del Código Civil señala que el adulterio constituye una grave infracción al deber de fidelidad, lo que da a entender que puede haber otras infracciones a este deber, incluyéndose, por ejemplo, las relaciones sexuales que pudiere tener cualquiera de los cónyuges con un tercero de su mismo sexo.

2. DEL ADULTERIO.

El artículo 132 CC señala que *“El adulterio constituye una grave infracción al deber de fidelidad que impone el matrimonio y da origen a las sanciones que la ley prevé”*, agregando su inciso segundo que *“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”*. Esta disposición se encarga de calificar esta infracción como “grave”, lo que tiene interés al momento de determinar la sanción. Para que haya adulterio, marido o mujer deben yacer, o sea, tener relaciones sexuales con un tercero de diferente sexo⁴².

Antes de la Ley N° 19.617, el artículo 361 CP – al sancionar el delito de violación – hablaba de “yacer” con mujer. En este sentido, los autores se preguntaban si sólo incluía la relación sexual vaginal, o si comprendía otros tipos de relaciones sexuales, como el coito anal u oral. El profesor Alfredo Etcheberry⁴³ señalaba que – a su juicio – la norma debía entenderse en un sentido amplio, es decir, comprensiva tanto del coito vaginal, como del coito anal u oral, pero – en este último caso – cuando se tratase de un verdadero remedo de cópula; sin embargo, como señala el profesor Luis Rodríguez Collao⁴⁴, la opinión del profesor Etcheberry era la minoritaria, pues primaba el criterio que entendía “yacer” como sinónimo de penetración por vía vaginal. En consecuencia, la misma conclusión cabría

⁴¹ Vid. OPAZO GONZÁLEZ, Mario. “Reflexiones Sobre el Deber de Fidelidad Matrimonial”, en *Revista Entheos* de la Universidad de Las Américas. Año 5 – Volumen Único. Santiago de Chile. 2007, pp. 39 y ss.

⁴² COURT MURASSO, Eduardo, (n. 11), p. 85.

⁴³ ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal*. T. IV. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 57.

⁴⁴ RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. *Delitos Sexuales. De conformidad con las Modificaciones Introducidas por la Ley N° 19.617 de 1999*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 138.

aplicar al artículo 132 CC y sostener – en definitiva – que hay adulterio cuando uno de los cónyuges mantiene relaciones sexuales vaginales con un tercero de distinto sexo.

3. EFECTOS DEL ADULTERIO.

De conformidad con la Ley de Matrimonio Civil vigente y con el Código Civil, esta infracción genera las siguientes sanciones:

3.1.- SEPARACIÓN JUDICIAL PERSONAL. (ART. 26 LEY N° 19.947).

Esta clase de separación judicial personal produce los siguientes efectos particulares:

3.1.1.- En materia sucesoria, el cónyuge que ha dado motivo a la separación judicial por su culpa se hace indigno de suceder. (Arts. 994 inciso 1° y 1.182 inciso 2° del Código Civil).

3.1.2.- En materia de donaciones, la sentencia firme de separación judicial autoriza para revocar todas las donaciones por causa del matrimonio que se hubieren hecho al cónyuge que dio motivo a la separación judicial por su culpa⁴⁵. (Arts. 172 y 1.790 inciso 2° del Código Civil).

Aunque el Código no lo dice expresamente, este artículo se refiere a las donaciones irrevocables que los cónyuges se hubieren hecho antes del matrimonio, pues las donaciones efectuadas durante su vigencia se consideran siempre revocables⁴⁶.

3.1.3.- En materia de beneficio de competencia, el cónyuge que dio lugar a la separación judicial por su culpa pierde el derecho a invocar el beneficio de competencia a que podría tener derecho⁴⁷. (Art. 1.626 N° 2 del Código Civil).

⁴⁵ RAMOS PAZOS, René, (n. 5), pp. 76 y s.

⁴⁶ LÓPEZ DÍAZ, Carlos, (n. 25), p. 220.

⁴⁷ RAMOS PAZOS, René, (n. 5), p. 76.

3.1.4.- En materia de alimentos, éstos se rigen por las reglas especiales contempladas en el Párrafo V, del Título VI del Libro I del CC⁴⁸. Estas reglas corresponden a los artículos 174, 175 y 177 del Código Civil.

En relación a estas disposiciones, la profesora Inés Pardo de Carvalho⁴⁹ sostiene que le llama la atención que, a pesar de haberse suprimido por la Ley N° 19.585 la distinción entre alimentos congruos y necesarios, ni ese legislador ni el de la Ley N° 19.947 hayan eliminado la expresión “modesta”, que era propia de los alimentos necesarios.

3.2.- DIVORCIO. (ART. 54 LEY N° 19.947).

En relación a esta sanción, los autores Barrientos y Novales⁵⁰ sostienen que son aplicables las mismas consideraciones formuladas respecto de la separación judicial por culpa, toda vez que la causal genérica de divorcio culpable es la misma causal de separación judicial culpable, ya que la intención del legislador fue que la separación judicial fuese una alternativa al divorcio. Así consta en el segundo informe de la Comisión de Constitución del Senado. Con todo, el problema se presenta en el número 2 del inciso 2° de esta disposición, pues – conforme se ha señalado – exige que la trasgresión al deber de fidelidad sea grave y reiterada, en circunstancias que la causal genérica de divorcio – sanción no exige reiteración. En este sentido, dichos autores han señalado que esta exigencia aparece como una excepción al principio general sobre los caracteres de la falta imputable al otro cónyuge definida como causa genérica del divorcio por el inciso 1 del artículo 54 de la ley. A su turno, la profesora Alejandra Illanes⁵¹ sostiene que esta decisión parece arbitraria, si consideramos la relevancia que tienen estos deberes respecto de los otros impuestos por el matrimonio, y ubicamos este inciso en el contexto dado por el inciso

⁴⁸ COURT MURASSO, Eduardo, (n. 11), p. 48.

⁴⁹ PARDO DE CARVALLO, Inés. “La Separación de Hecho y la Separación Judicial” en *El Nuevo Derecho Chileno del Matrimonio (Ley N° 19.947 de 2004)*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p.156.

⁵⁰ Cfr. BARRIENTOS GRANDÓN, Javier y NOVALES ALQUÉZAR, Aranzazu, (n. 10), p. 361.

⁵¹ ILLANES VALDÉS, Alejandra. “El Divorcio (I). Sistema Adoptado por la Legislación Chilena. Divorcio. Sanción”, en *El Nuevo Derecho Chileno del Matrimonio (Ley N° 19.947 de 2004)*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 173.

primero del artículo 54, que no exige el requisito en cuestión.

Conforme a esto, el adulterio – por definición – cumple con el requisito de tratarse de una infracción grave al deber de fidelidad, pero – para dar cumplimiento al requisito de la reiteración, previsto en el número 2 del inciso 2º – uno de los cónyuges debiera cometer adulterio, a lo menos, dos veces.

3.3.- SEPARACIÓN JUDICIAL DE BIENES, SI LOS CÓNYUGES ESTÁN CASADOS EN RÉGIMEN DE SOCIEDAD CONYUGAL O DE PARTICIPACIÓN EN LOS GANANCIALES. (ARTS. 155 INCISO 2º Y 159 DEL CÓDIGO CIVIL).

Resulta discutible que una infracción al deber de fidelidad, como es el adulterio, pueda constituir una causal de separación judicial de bienes, pues importaría confundir los efectos personales del matrimonio (infracción al deber de fidelidad), los efectos del matrimonio en cuanto a los bienes (causal de separación judicial de bienes); es decir, se establece una sanción patrimonial frente al incumplimiento de un deber personal, lo que no tiene ningún sentido.

En síntesis, podemos afirmar que – de acuerdo a las disposiciones del Código Civil chileno – el matrimonio es considerado como un contrato – toda vez que lo que define su naturaleza contractual es la existencia del consentimiento de los cónyuges. Luego, como todo contrato, genera derechos y obligaciones para quienes lo han celebrado y – en el ámbito matrimonial – dentro de esas obligaciones está la de guardarse fe, conocida por la doctrina como deber de fidelidad, la cual consiste en que los cónyuges debe comportarse de tal manera frente a terceros, que no pueda presumirse que exista entre ellos un vínculo que exceda de la mera amistad, evitando – de esta manera – lesionar la honra del otro cónyuge. Corresponde analizar, en el capítulo siguiente, las formas en que se puede infringir la obligación de guardarse fe que recae sobre los cónyuges y – en particular – el adulterio.

Por otra parte, podemos sostener que el adulterio es una manera como se infringe la obligación de guardarse fe que la ley impone a los cónyuges, que la propia ley califica como infracción “grave” y que constituye causal de separación judicial personal, causal de

divorcio y causal de separación judicial de bienes, debiendo entenderse que se comete adulterio cuando uno de los cónyuges yace, es decir, cuando mantiene relaciones sexuales vaginales, anales u orales que constituya un remedo de cópula con un tercero de distinto sexo. Hecho este análisis, cabe preguntarse si los efectos del adulterio se agotan en las sanciones señaladas o si, por el contrario, produce otras consecuencias jurídicas, por ejemplo, la obligación de indemnizar los perjuicios causados al otro cónyuge, tema que será analizado en el capítulo siguiente.

CAPÍTULO SEGUNDO: DE LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA EN CASO DE ADULTERIO.

I. INTRODUCCIÓN AL CAPÍTULO SEGUNDO.

El presente capítulo tiene por finalidad demostrar que – pese a la especificidad del derecho de familia – el adulterio que comete uno de los cónyuges y que causa daños al otro, genera la obligación de indemnizar tales daños, concurriendo los demás requisitos de la responsabilidad civil. Para estos efectos, se revisará algunos aspectos relacionados con el tema de la responsabilidad civil, con el objeto de dejar esbozadas las bases sobre las que se trabajará la argumentación que permita demostrar que el adulterio puede generar responsabilidad civil.

En el presente capítulo también se examinará lo que ha ocurrido a nivel de doctrina – nacional y extranjera – en torno a la procedencia de la indemnización de perjuicios por adulterio, analizando los argumentos que sustentan todas las doctrinas y demostrando que el adulterio puede generar responsabilidad civil, si concurren todos los requisitos que hacen procedente la indemnización de perjuicios. Del mismo modo, se rebatirá los argumentos de las teorías denegatorias y eclécticas.

II. ASPECTOS PREVIOS EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL.

La doctrina⁵² se encuentra conteste – con pequeños matices – al entender que lo que define a la responsabilidad civil es el resultado, esto es, la obligación de indemnizar los

⁵² Vid. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *De la Responsabilidad Extracontractual*. Santiago, Editorial Ediar Editores, T. I, 1943, p. 11; CORRAL TALCIANI, Hernán, *Lecciones de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 21; RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. *Responsabilidad Extracontractual*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª ed., 2010, p. 11; BARROS BOURIE, Enrique. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 15; TAPIA SUÁREZ, Orlando. *De la Responsabilidad Civil en General y de la Responsabilidad Delictual entre los Contratantes*. Santiago, Editorial Legal Publishing, 2009, p. 8.

perjuicios sufridos por otro. Es por esta razón que los autores hablan de responsabilidad civil o reparatoria⁵³.

Ahora bien, la ley no exige que la reparación sea en dinero⁵⁴, de ahí que los autores han concluido que puede ser en naturaleza o en equivalente⁵⁵.

La reparación en naturaleza implica restituir el bien lesionado al estado anterior al hecho que genera la responsabilidad⁵⁶. En este sentido, la reparación implica hacer cesar el daño y restablecer el estado de cosas existente al momento en que se cometió el delito o cuasidelito y que éste destruyó⁵⁷. Desde esta perspectiva se ha sostenido que – en principio – debe preferirse esta clase de reparación, pues sería la forma más perfecta de eliminar los efectos nocivos del hecho ilícito y de restablecer la situación alterada por tal hecho, en términos de eliminar todo vestigio posible del daño⁵⁸. En consecuencia, cesa el daño – a lo menos – para el futuro⁵⁹.

La reparación en equivalente tiene por finalidad que se indemnice el efecto patrimonial o se compense el perjuicio moral que se sigue del daño producido⁶⁰. En este caso, sólo se procura a la víctima una compensación del daño y es – por esta razón – que sólo debiera proceder ante la imposibilidad de hacer desaparecer el perjuicio, toda vez que el daño subsiste, no obstante la indemnización⁶¹.

III. DE LA PROCEDENCIA DE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS EN CASO DE ADULTERIO.

El ordenamiento jurídico chileno, al igual que lo que ocurre en el extranjero, no ha resuelto expresamente esta interrogante, de manera que – frente al silencio del legislador –

⁵³ Cfr. CORRAL TALCINI, Hernán, (n. 52), p. 20.

⁵⁴ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, (n. 52), p. 343.

⁵⁵ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, (n. 52), T. II, p. 533.

⁵⁶ BARROS BOURIE, Enrique, (n. 52), p. 246.

⁵⁷ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, (n. 52), T. II, p. 533.

⁵⁸ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, (n. 52), p. 344.

⁵⁹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, (n. 52), T. II, p. 535.

⁶⁰ BARROS BOURIE, Enrique, (n. 52), p. 246.

⁶¹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, (n. 52), T. II, p. 534.

han surgido, en la doctrina extranjera⁶², teorías denegatorias, teorías eclécticas y teorías permisivas, distinguiéndose, dentro de estas últimas, entre una corriente que acepta tanto la indemnización de los daños causados por el adulterio como los causados por el divorcio, y la que restringe la indemnización sólo al adulterio.

1. TEORÍAS DENEGATORIAS.

Son las teorías que sostienen que no procede la indemnización de perjuicios, ni para resarcir los daños provenientes de los hechos constitutivos de la causal de divorcio o separación, ni para resarcir los daños provenientes del divorcio o separación en sí.

Para justificar esta posición, se han dado siguientes argumentos:

1.1.- NINGUNA NORMA LEGAL PREVÉ LA INDEMNIZACIÓN EN ESTE SUPUESTO.

Como se observó en el capítulo anterior, dentro de las sanciones para el adulterio, no existe ninguna disposición legal que señale a la indemnización de perjuicios como un efecto del adulterio⁶³.

Si la intención del legislador hubiese sido hacer procedente la indemnización de perjuicios en caso de adulterio, lo habría dicho expresamente, tal como ocurre en el ámbito patrimonial del derecho de familia, por ejemplo, en el artículo 1.771 CC que – frente a los daños causados en los bienes propios de alguno de los cónyuges casados en un régimen de sociedad conyugal – responderá el otro cónyuge si el daño se causó por su dolo o culpa grave.

Iría en apoyo de este argumento el hecho que el artículo 197 inciso 2º CC, después de la redacción dada por la Ley N° 19.585, admite expresamente una acción indemnizatoria

⁶² Vid. SAMBRIZZI, Eduardo. *Daños en el Derecho de Familia*. Buenos Aires, Editorial La Ley, 2001, pp. 133 y ss.

⁶³ Cfr. GROSMAN, Cecilia. “La Responsabilidad de los Cónyuges entre sí y Respecto de los Hijos”, en *Los Nuevos Daños. Soluciones Modernas de Reparación*. Buenos Aires, Editorial Hamurabi S.R.L., T. I, 2ª ed., 2000, p. 428.

en el ámbito personal del Derecho de Familia. Luego, a contrario sensu, debiera entenderse que – si el legislador expresamente la permitió en ese caso específico – en los demás casos no procede.

Frente a este argumento, debe tenerse presente que la ausencia de una disposición legal expresa no autoriza a excluir la aplicación de las reglas generales en materia de responsabilidad civil.

No cabe aplicar acá el argumento del contrario sensu. Como explica el jurista Luis Claro Solar, este argumento “es la más de las veces peligroso y falso. El silencio del legislador por sí solo no prueba nada. 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. Ordinariamente 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”⁶⁴. Luego, cabe preguntarse si el que deba indemnizarse los perjuicios causados a otra persona es algo excepcional, porque de ser así, procedería aplicar el argumento de contradicción; sin embargo, advertimos que ello no es excepcional, sino que una regla general, de manera que dicho argumento no tiene cabida.

1.2.- LA VIOLACIÓN DE LOS DEBERES MATRIMONIALES PRODUCE SANCIONES ESPECÍFICAS ESTABLECIDAS EN EL DERECHO DE FAMILIA.

En este sentido, el profesor Gabriel Hernández⁶⁵ sostiene que el derecho de familia está construido sobre la base de ciertos efectos jurídicos ante determinados supuestos de

⁶⁴ CLARO SOLAR, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. T. I. Santiago de Chile, Editorial Imprenta Cervantes, 1931, pp. 127 y s.

⁶⁵ HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel. “Responsabilidad Civil por Daños Ocasionados en las Relaciones de Familia”. Charla dictada en *Ciclo de Charlas “Los Martes al Colegio”*. Colegio de Abogados de Chile A. G., Santiago de Chile, 04 de noviembre de 2008, p. 12.

hecho, que lo distingue radicalmente del resto del ordenamiento jurídico; de esta manera, ante las crisis y rupturas conyugales se contemplan figuras como el divorcio y la separación judicial. Dicho de otro modo, ante un daño acaecido en las relaciones de familia, el legislador prescribe herramientas específicas para enfrentar el conflicto familiar, que toman en cuenta la dinámica propia de éste.

Admitir tales reclamos significaría una doble condenación frente al mismo hecho⁶⁶, lo que contradice el principio *non bis in idem*, pues se estaría sancionando dos veces el adulterio. Sin embargo, ello no es efectivo, pues, por una parte – en la actualidad – no se considera a la indemnización de perjuicios como una sanción y, por otra, de llegar a considerarse como una sanción, se estaría sancionando dos aspectos diferentes del mismo hecho.

En efecto, el profesor Hernán Corral⁶⁷ señala que la indemnización tiene un función eminentemente reparatoria o incluso satisfactoria, pero no sancionatoria. Sin embargo, reconoce la existencia de otras funciones, como son la función de garantía de la libertad del actuar, la función preventiva, la función institucional y la función punitiva o sancionatoria; en relación a esta última, sostiene que existen sistemas en los que la indemnización de perjuicios cumple también una función punitiva en forma explícita y declarada, éste es el caso del sistema angloamericano, donde existen los denominados *punitive damages* o daños punitivos frente a los ilícitos civiles (*torts*), que es la forma de cumplir esta función punitiva. Con todo, agrega que esta figura no debe ser importada a un sistema como el nuestro, en el que se diferencia la responsabilidad civil de la responsabilidad penal.

Para la profesora Carmen Domínguez⁶⁸, la reparación por daño moral es una compensación satisfactoria, es decir, siempre se trata de un sustituto o una compensación en cualquiera de sus especies, esto bien sea en forma específica o en dinero. Agrega que si se entiende de este modo a la reparación, es posible sostener que no es necesario distinguir – como suele hacerlo la doctrina – entre la función satisfactoria que cumple la indemnización en el caso de los daños morales y la función compensatoria que tiene en las hipótesis de perjuicios patrimoniales, porque, en verdad, su rol es siempre el mismo, como

⁶⁶ Cfr. GROSMAN, Cecilia, (n. 63), p. 428.

⁶⁷ CORRAL TALCIANI, Hernán, (n. 52), pp. 67 y 69.

⁶⁸ DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. *El Daño Moral*. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, T. I, 2000, p. 136.

lo es el de la propia responsabilidad civil: la reparación pecuniaria es siempre una compensación que no persigue borrar el perjuicio, cosa imposible, sino procurar con la atribución de una determinada cantidad de dinero las satisfacciones que la víctima o acreedor estimen del caso⁶⁹.

Por otro lado, incluso en el evento que se considere como una sanción, las doctrinas permisivas señalan que se estaría sancionando aspectos distintos del mismo ilícito, cuestión que también resulta aplicable en nuestro país, pues es posible identificar casos en los que la ley establece diversas sanciones para un mismo hecho. Por ejemplo:

1.2.1.- La falta de asenso.

Si un menor de dieciocho años y mayor de dieciséis contrae matrimonio sin el asenso, los artículos 114 y 115 del Código Civil prescriben las siguientes sanciones:

1.2.1.1.- El menor puede ser desheredado, no sólo por aquél cuyo consentimiento se omitió, sino por todos los demás ascendientes.

1.2.1.2.- El menor pierde la mitad de lo que le habría correspondido en la sucesión intestada de los mismos ascendientes.

1.2.1.3.- Los ascendientes cuyo consentimiento se omitió puede revocar las donaciones que antes del matrimonio le hubiere hecho al menor.

Como puede verse, se aplican distintas sanciones a la falta de asenso o, mejor aún, se sancionan diversos aspectos del mismo hecho, sin que la doctrina nacional se haya pronunciado señalando que se está conculcando el principio non bis in idem⁷⁰.

1.2.2.- Heredero que sustrae un efecto hereditario.

A partir del artículo 1.231 CC, el heredero tiene una doble sanción, ya que pierde la facultad de repudiar la asignación, y no obstante su repudiación permanecerá como

⁶⁹ DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, (n. 68), p. 162.

⁷⁰ Cfr. COURT MURASSO, Eduardo, (n. 11), pp. 27 y s., y RAMOS PAZOS, René, (n. 5), T. I, p. 50.

heredero y, además, pierde su derecho cuotativo en los efectos sustraídos⁷¹.

En este caso, tampoco se advierte – por parte de la doctrina – una especial preocupación por el hecho de existir una doble sanción⁷².

1.3.- ESPECIALIDAD DEL DERECHO DE FAMILIA.

Según Cecilia Grosman⁷³ los preceptos generales actúan únicamente cuando hay un total vacío legislativo, hipótesis en la cual no se encuentra el divorcio.

Conforme lo explica Graciela Medina⁷⁴ el régimen matrimonial es especial, de manera que las características propias de la institución del matrimonio atienden a una particular realidad fundamental de convivencia que no permite aplicar las normas que son propias del ámbito-negocial o relativas a la responsabilidad por los hechos ilícitos.

Eduardo Sambrizzi⁷⁵ también señala que los autores partidarios de la tesis denegatoria sostienen que esta especialidad del Derecho de Familia implica la inaplicabilidad – en ese ámbito – de normas generales de responsabilidad, las cuales no habrían sido dictadas para el caso del matrimonio, en cuya regulación no se señala de manera explícita la posibilidad de una indemnización para los supuestos de separación personal o de divorcio.

No cabe duda que el derecho de familia tiene una naturaleza específica, lo que – según Vidal Taquini⁷⁶ – conduce a una estructura particular debido a la diferencia de las instituciones que rigen la convivencia del núcleo y por sus efectos exclusivos y propios, lo que obliga al intérprete a tener en cuenta –antes que todo – la correlación de las instituciones familiares con las demás partes del Código Civil, puesto que son múltiples y

⁷¹ SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. *Derecho Sucesorio*. T. II, versión de René Abeliuk M., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 7ª ed., 2007, p. 469.

⁷² En este mismo sentido ELORRIAGA DE BONIS, Fabián. *Derecho Sucesorio*. Santiago, Editorial LexisNexis, 2005, p. 74, y DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón y DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón. *Derecho Sucesorio*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, T. I, 3ª ed., 2011, p. 207.

⁷³ Cfr. GROSMA, Graciela, (n. 63), p. 428.

⁷⁴ MEDINA, Graciela. *Daños en el Derecho de Familia*. Buenos Aires, Editorial Rubinzal – Culzoni Editores, 2002, pp. 49.

⁷⁵ SAMBRIZZI, Eduardo, (n. 62), pp. 134 y s.

⁷⁶ VIDAL TAQUINI, Carlos, (n. 39), p. 467.

variados los regímenes que se aúnan en dicho Código y en las leyes que lo complementan. De esta manera es necesario resistirse al juego de preceptos generales del Código sobre actos ilícitos, máxime cuando sólo el procedimiento deductivo conduciría a su aplicación.

En consecuencia, el divorcio tiene sus propias sanciones⁷⁷, de manera que si no se contempló expresamente la indemnización de perjuicios, es porque no tiene cabida en nuestra legislación.

Cabe tener presente que no es efectivo que los preceptos generales tengan cabida sólo en caso de un total vacío legislativo, pues – para aplicar los preceptos generales – basta con que exista un vacío legislativo, aunque éste no sea total.

En este sentido, es posible identificar diversos casos en los que se aplican las reglas generales, existiendo sólo un silencio parcial del legislador. Para estos efectos, vamos a señalar tres ejemplos:

1.3.1.- Contrato de trabajo.

El Código del Trabajo ha señalado algunas normas especiales que hacen excepción a las reglas civiles en materia de contratación. El Código del Trabajo no contiene una teoría general de la contratación laboral, pero ello no obsta a que – supletoriamente – puedan aplicarse las normas civiles.

Así por ejemplo, los profesores William Thayer Arteaga y Patricio Novoa Fuenzalida, al señalar las características del contrato individual de trabajo, expresamente hacen referencia a las disposiciones del Código Civil⁷⁸; lo mismo ocurre, al tratar de los requisitos esenciales del contrato de trabajo⁷⁹. Lo mismo hace el profesor Héctor Humeres Moguer, quien, al referirse al carácter consensual del contrato individual de trabajo, expresamente se remite al artículo 1.443 del Código Civil⁸⁰. En el mismo sentido se

⁷⁷ MIZRAHI, Mauricio. *Familia, Matrimonio y Divorcio*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 2001, p. 504.

⁷⁸ Cfr. THAYER ARTEAGA, William y NOVOA FUENZALIDA, Patricio. *Manual de Derecho del Trabajo. Derecho individual del Trabajo*. T. III. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003, pp. 104 y ss.

⁷⁹ Cfr. THAYER ARTEAGA, William y NOVOA FUENZALIDA, Patricio, (n. 78), pp. 185 y ss.

⁸⁰ Cfr. HUMERES NOGUER, Héctor. *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Derecho Individual del Trabajo y Procedimiento Laboral*. T. I. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2009, p. 116.

pronuncia el profesor Luis Lizama Portal⁸¹, quien – al referirse a las condiciones de validez del contrato de trabajo – señala que se encuentran sujeto a las reglas generales del derecho común sobre validez de los actos jurídicos y se remite al artículo 1.445 del Código Civil. Así también lo hace la profesora Gabriela Lanata Fuenzalida⁸², quien – al examinar las características del contrato individual del trabajo, expresamente se refiere a las clasificaciones de los contratos que establece el Código Civil.

1.3.2.- Matrimonio simplemente nulo.

En materia de efectos de la nulidad del matrimonio, se acostumbra a distinguir entre matrimonio nulo putativo y matrimonio simplemente nulo. En este último caso – se señala – se aplican las reglas generales en materia de nulidad, de los artículos 1.687 y siguientes del Código Civil, aunque no exista un total silencio legislativo.

Así lo entiende, por ejemplo, el profesor Eduardo Court, quien aplica las reglas generales a los efectos de un matrimonio simplemente nulo⁸³. Lo mismo ocurre con el profesor René Ramos Pazos, quien hace aplicable el artículo 1.687 del Código Civil⁸⁴.

1.3.3.- Mujer o sus herederos que renuncian a los gananciales.

Según el artículo 1.781 del Código Civil, una vez disuelta la sociedad conyugal, puede renunciar la mujer o, si ha fallecido, pueden hacerlo sus herederos⁸⁵. De conformidad al artículo 1.782 inciso 2º del mismo Código, la renuncia a los gananciales es un acto jurídico irrevocable. Sin embargo, la misma disposición señala que puede rescindirse en caso de error y de dolo, sin mencionar la fuerza. No obstante este silencio del legislador, la doctrina ha sostenido que, en caso de fuerza, deben aplicarse las reglas generales de los

⁸¹ LIZAMA PORTAL, Luis. *Derecho del Trabajo*. Santiago de Chile, Editorial LexisNexis, 2005, p. 21.

⁸² Cfr. LANATA FUENZALIDA, Gabriela. *Contrato Individual de Trabajo*. Santiago de Chile, Editorial LexisNexis, 2006, pp. 89 y ss.

⁸³ Cfr. COURT MURASSO, Eduardo, (n. 11), p. 57.

⁸⁴ Cfr. RAMOS PAZOS, René, (n. 5), T. I, p. 90.

⁸⁵ COURT MURASSO, Eduardo, (n. 11), p. 191.

artículos 1.456 y 1.457 CC⁸⁶.

En consecuencia, aunque la disposición legal especial nada dice respecto a que la renuncia a los gananciales se puede rescindir en caso de fuerza, la doctrina no discute que ello procede de conformidad a las reglas generales.

1.4.- ARGUMENTOS ÉTICOS.

La conciencia se subleva ante los reclamos del cónyuge que pretende cobrarse el precio de su honor lastimado; fomenta especulaciones malsanas y codicias agresivas, y es arbitraria la fijación del daño moral⁸⁷. En este sentido, Vidal Taquini⁸⁸ sostiene que la indemnización de perjuicios por adulterio provoca una repulsión instintiva, por lo cual la conciencia moral se subleva ante semejantes reclamos, siendo incomprensible. La doctrina que admite tales indemnizaciones fomenta especulaciones malsanas y codicias agresivas, pues la mujer que se dice seducida y espera lucro del precio de su dolor ¿qué otra cosa hace sino invocar su torpeza, es decir, caer en la excepción que cierra en otros casos la puerta de los tribunales? Consecuente con lo anterior, los litigios en los que el cónyuge exhibe ante los tribunales las miserias de la vida conyugal y hace mérito de ellas para cobrarse en dinero constante y sonante su deshonor, son indignos desde el punto de vista de la sensibilidad social y, aunque el adulterio es un hecho ilícito y que el marido engañado pueda haber sufrido daños con motivo de él, la acción por la cual se pretende lucrar con la deshonor, es contraria a la moral y a las buenas costumbres y no puede ser acogida por los tribunales.

Dentro de los argumentos éticos, Hernández Paulsen señala que la naturaleza de las relaciones de familia impide aplicar el estatuto de la responsabilidad civil, atendido que al interior de estas relaciones existen vínculos de solidaridad y altruismo que son contrarios a las reclamaciones judiciales. De esta manera no es propio de la relación de familia – que supone solidaridad y altruismo – que un cónyuge o conviviente demande al otro. Ello, por

⁸⁶ RAMOS PAZOS, René, (n. 5), T. I, p. 273; LÓPEZ DÍAZ, Carlos, (n. 25), T. I, p. 378; COURT MURASSO, Eduardo, (n. 11), p. 192.

⁸⁷ Vid. GROSMAÑ, Cecilia, (n. 63), pp. 428 y s.

⁸⁸ VIDAL TAQUINI, Carlos, (n. 39), p. 467 y s.

cuanto se produciría la disolución, el debilitamiento de la familia como institución⁸⁹.

Este argumento puede ser refutado, ya que no hay nada de inmoral en que se demande la indemnización de los daños causados por el adulterio, sino que lo inmoral es que queden daños sin indemnizar.

En este sentido, no se trata de lucrar con el deshonor, sino simplemente obtener una indemnización por el daño sufrido. En consecuencia, sólo habrá derecho a obtener esa indemnización, en la medida en que se pruebe la existencia de un perjuicio que cumpla con todos los requisitos que exige la doctrina para que sea indemnizable.

Por otro lado, el pretendido argumento ético es aplicable a toda indemnización de un daño extrapatrimonial, pues hay un dolor, sufrimiento o angustia que se indemniza con dinero, y no se cuestiona la procedencia de dicha indemnización. De ahí que se habla – como ya se señaló – de la función satisfactoria de la indemnización.

Esta indemnización de perjuicios no es inmoral, “pues no se trata de obtener un beneficio sino de resarcirse de los perjuicios ocasionados por la conducta del culpable, sea directamente por los propios actos de éste, sea indirectamente como consecuencia de la separación o del divorcio. La reparación debe incluir, naturalmente, el daño material, así como también el moral”⁹⁰.

1.5.- DIFICULTAD EN DETERMINAR LA IMPUTABILIDAD EN EL QUIEBRE DE LA RELACIÓN MATRIMONIAL.

La calificación de culpable en una sentencia de divorcio o separación personal es muy endeble, porque es muy difícil determinar – en una relación privada, íntima y de interacción cotidiana – cuál es el alcance de la responsabilidad de cada uno en el fracaso matrimonial⁹¹

En este sentido Sambrizzi⁹² señala que, si bien en general la culpa en el divorcio o la separación es atribuible a ambos cónyuges, el juez puede encontrar culpable a sólo uno de

⁸⁹ HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel, (n. 65), pp. 11 y s.

⁹⁰ BELLUSCIO, Augusto, (n. 38), p. 541.

⁹¹ Cfr. GROSMAN, Cecilia, (n. 63), p. 429.

⁹² SAMBRIZZI, Eduardo, (n. 62), p. 136.

ellos, resultando difícil dilucidar cuál es el cónyuge verdaderamente culpable, o si los hechos en virtud de los cuales se declaró la culpabilidad de uno, no tuvieron como causa otros hechos del otro cónyuge, igualmente constitutivos de causales de separación, que no se hayan podido acreditar en el juicio.

Mizrahi⁹³ comparte esta opinión, al sostener que el rompimiento de la unión matrimonial suele tener su causa en problemas bilaterales, en una relación disfuncional, de manera que no existe certeza respecto a que exista culpa exclusiva de uno de los cónyuges, toda vez que estos hechos podrían ser el resultado de una mala convivencia conyugal, en las que los agravios han sido recíprocos.

Este argumento también puede ser refutado, ya que no tiene cabida en el caso que nos ocupa. En efecto, una cosa es sostener que en la ruptura de la armonía conyugal intervienen distintos factores que son imputables a ambos cónyuges, pero otra distinta es sostener que el adulterio no pueda ser imputable a alguno de los consortes. En efecto, resulta claro que el adulterio es imputable sólo al cónyuge adúltero, sin que sea posible que éste trate de justificar su conducta en los actos de desamor del otro cónyuge, pues – sostener esto – equivaldría a una especie de excepción de contrato no cumplido, la cual no es admisible en materia matrimonial.

1.6.- UNA DEMANDA INDEMNIZATORIA CONTRIBUIRÍA A PROFUNDIZAR LOS CONFLICTOS ENTRE LOS CÓNYUGES O ENTRE QUIENES FUERON CÓNYUGES.

El proceso contradictorio en el cual se pretende indagar en la culpabilidad causa daño al núcleo familiar, pues contribuye a profundizar los conflictos⁹⁴.

La tendencia en la doctrina y en el derecho comparado, como apunta Mizrahi⁹⁵, es abandonar la noción de divorcio culpable e ir al divorcio – remedio; sin embargo, de aceptarse la indemnización, se impulsaría una fuga del divorcio – remedio al divorcio – sanción; de esta manera existe un mandato para el juez – quien tiene una responsabilidad

⁹³ MIZRAHI, Mauricio, (n. 77), p. 505.

⁹⁴ Cfr. GROSMAN, Cecilia, (n. 63), p. 429.

⁹⁵ MIZRAHI, Mauricio, (n. 77), p. 505.

social – y, por tanto, debe evitar sumergir más profundamente a los litigantes en la crisis que padecen. Consecuente con ello, no puede admitirse la reparación de daños por adulterio, pues tal interpretación favorecerá a un mayor deterioro de las relaciones de familia.

A mayor abundamiento, de admitirse la indemnización por los hechos que dan lugar al divorcio, se estaría frustrando toda posible solución del conflicto matrimonial y familiar, a través de los modernos métodos alternativos y técnicas multidisciplinarias⁹⁶. Además – como señala Hernández Paulsen⁹⁷ – de aplicarse el estatuto de la responsabilidad civil sin contrapesos llevaría a un aumento de la litigiosidad. En efecto, si los abogados nos quejamos de que los tribunales de familia están colapsados, resulta peligroso imaginarse qué ocurriría con esta litigiosidad de admitirse la indemnización de perjuicios en el Derecho de Familia. Por otro lado, no habría posibilidades reales de controlar que a los tribunales no llegaran los llamados “casos de bagatela” y los casos que carecen de mayor sustento jurídico. Cualquier disputa familiar, cualquier discusión, por mínima que sea, terminaría siendo conocida por los tribunales de justicia con todo el atochamiento que esto genera.

Como consecuencia de esto, habría daños que deben quedar sin reparación, por ejemplo, la traición de un amigo⁹⁸.

Este argumento es difícil de sostener, pues, si pensamos que se está en un juicio de divorcio o separación judicial por adulterio, es muy poco probable que un juicio indemnizatorio pueda profundizar – aún más – los conflictos familiares.

Pareciera ser que – cuando se llega a la demanda de divorcio o separación judicial por culpa – la armonía conyugal se ha resquebrajado irremediablemente y, si bien el Juez de Familia tiene el deber de procurar recomponer la vida conyugal que se ha visto quebrantada, en los hechos ello prácticamente no ocurre.

⁹⁶ MEDINA, Graciela, (n. 74), pp. 60 y s.

⁹⁷ HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel, (n. 65), p. 13.

⁹⁸ Cfr. MEDINA, Graciela, (n.74), p. 57.

1.7.- NO PUEDE HABER RESPONSABILIDAD CIVIL, PUES – EN RIGOR – NO EXISTE EL INCUMPLIMIENTO DE UNA OBLIGACIÓN, SINO SÓLO EL INCUMPLIMIENTO DE UN DEBER.

La doctrina denegatoria ha sostenido que el matrimonio genera deberes personales entre los cónyuges los cuales – en rigor – no constituyen obligaciones, puesto que carecen de un contenido patrimonial. En consecuencia, el divorcio o la separación se producen por la infracción de un deber y no por el incumplimiento de una obligación⁹⁹. En efecto, para que exista una obligación la prestación que constituye su objeto debe ser susceptible de apreciación pecuniaria, consecuencia patrimonial del derecho creditorio, por lo cual – si la prestación careciera de significación pecuniaria, si no fuera estimable en dinero – el acreedor no tendría la obligación en su patrimonio ni experimentaría daño patrimonial alguno por causa de su inejecución. Si aquello que alguien debiera cumplir a favor de otro no tuviese significación patrimonial, no se trataría de una obligación *stricto sensu*, como el deber de fidelidad o de asistencia entre los esposos, el deber de criar y educar a los hijos, y si bien esto no significa negar la existencia de tales deberes ni mucho menos, no constituyen obligaciones como derechos creditorios. No es posible ampliar de tal manera el concepto de obligación como para hacer entrar en esta noción los deberes referentes a prestaciones que no son susceptibles de apreciación pecuniaria, porque ello deforma la visión del deber de contenido extramatrimonial cuando proyecta para su infracción el sistema de sanciones de tipo resarcitorio propio del régimen de las obligaciones, y así no es admisible que el cónyuge inocente en caso de divorcio, reclame del otro el resarcimiento del daño que le causa el incumplimiento del deber de fidelidad conyugal¹⁰⁰.

En el mismo sentido, Llambías¹⁰¹ sostiene que si una relación jurídica está desprovista de significación patrimonial, y con ello de coercibilidad, por la vía subsidiaria del resarcimiento de un daño, queda deformada la estructura de la “obligación” y debilitado el valor que representa para el hombre como instrumento idóneo para la satisfacción de sus necesidades morales o materiales; englobar, forzada e indiscriminadamente, en una misma

⁹⁹ SAMBRIZZI, Eduardo, (n. 62), p. 134.

¹⁰⁰ VIDAL TAQUINI, Carlos, (n. 39), pp. 468 y s.

¹⁰¹ LLAMBIÁS, Jorge y otros. *Manual de Derecho Civil. Obligaciones*. Buenos Aires, Editorial LexisNexis Abeledo – Perrot, 2005, p. 20.

categoría jurídica, derechos patrimoniales y extramatrimoniales no presenta ninguna ventaja, pues la diversidad de su naturaleza impondrá una diversidad de régimen que la ciencia del derecho no puede desconocer.

En síntesis, la obligación se distingue del simple deber moral en que tiene sanción en caso de incumplimiento y puede ser cumplida compulsivamente¹⁰².

Este argumento también es difícil de sostener, pues la ya clásica disputa en torno a la patrimonialidad de la prestación ha ido cediendo terreno frente a la concepción que sostiene que, para que exista obligación, no es requisito indispensable que su prestación tenga un contenido patrimonial.

En este sentido, el profesor Daniel Peñailillo¹⁰³ señala que no es posible afirmar que lo que constituye o no obligación no se defina exclusivamente con el contenido de la prestación, puesto que ello también depende de la presencia de los demás elementos y, principalmente, con la intención de obligarse, llamada – en general – seriedad de la voluntad. Así, ciertos vínculos sin contenido patrimonial que aspiran a ganar respeto de obligaciones, podrán rechazarse por falta de esa intención formal del deudor de obligarse en sentido jurídico. Consecuente con ello, ¿podría alguien sostener que, quien contrae matrimonio, no lo hace con la intención de obligarse? Si así fuere, estaríamos frente al impedimento dirimente que la doctrina ha denominado “falta de madurez”¹⁰⁴, contemplado en el artículo 5° N° 4 de la Ley N° 19.947.

En el mismo sentido se plantea la profesora Carmen Domínguez¹⁰⁵, quien cuestiona a las teorías que exigen la necesaria patrimonialidad de la prestación para estar frente a una obligación, sosteniendo que en las teorías que pretenden justificar el requisito de la patrimonialidad de la prestación existe una petición de principio, puesto que ninguna

¹⁰² CAFFARENA DE JILES, Elena. “Refutación a los Comentarios de don Enrique Rossel Saavedra, sobre la Jurisprudencia en Materia de Alimentos” en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. XLIX, 1ª Parte, 1952, p. 32.

¹⁰³ PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. *Obligaciones. Teoría General y Clasificaciones. La Resolución por Incumplimiento*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1ª Edición, 2006, p. 92.

¹⁰⁴ Cfr. RAMOS PAZOS, René, (n. 5), T. I, p. 43; BARRIENTOS GRANDON, Javier y NOVALES ALQUÉZAR, Aranzazu, (n. 10), p. 228; SALINAS ARANEDA, Carlos. “Una Lectura de las Nuevas Causales de Nulidad del Matrimonio Civil a la Luz del Derecho Canónico” en *El Nuevo Derecho Chileno del Matrimonio (Ley N° 19.947 de 2004)*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 116.

¹⁰⁵ DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, (n. 68), p. 226.

fundamenta adecuadamente la razón de por qué sólo lo patrimonial puede ser el contenido obligacional. Luego, en defecto de razones jurídicas de fondo que demuestren la necesidad de excluir – dentro de la categoría de las obligaciones jurídicas – a aquellas que carezcan de una prestación patrimonial, deben admitirse un concepto amplio de dicha prestación. Esto significa aceptar que la obligación puede o no estar constituida por una prestación de índole patrimonial.

Cabe tener presente que los argumentos dados por Llambías no tienen aplicación en Chile, por cuanto la conclusión a que él llega la extrae a partir de los artículos 1.167, 953 y 1.169 del Código Civil argentino¹⁰⁶, de los que se desprende que la obligación debe tener un contenido patrimonial, disposiciones que no tienen normas equivalente en nuestro Código Civil, de manera que no es posible llegar a la misma conclusión.

A mayor abundamiento, el propio artículo 131 del Código Civil señala que los cónyuges “*están obligados a guardarse fe*”, es decir, el propio legislador califica al deber de fidelidad como una obligación.

Tampoco resulta justificada la afirmación hecha por doña Elena Caffarena¹⁰⁷, en orden a la obligación se caracteriza por el hecho que su incumplimiento tiene aparejada una sanción y porque se puede pedir su cumplimiento forzado. En efecto, cuando estamos frente al incumplimiento de una obligación de no hacer, de conformidad al artículo 1.555 del Código Civil, por regla general, el único efecto será que surja la obligación del deudor de indemnizar los perjuicios que haya sufrido el acreedor y, como ya se señaló, la indemnización de perjuicios no constituye una sanción¹⁰⁸. Por otro lado, está el ya clásico ejemplo de las obligaciones naturales que – de conformidad a lo dispuesto en el artículo 1.470 del Código Civil – no confieren acción para demandar su cumplimiento; sin embargo, no se discute su naturaleza obligacional. En consecuencia, una obligación se determina por su estructura propia y no por la existencia de una sanción o de la posibilidad

¹⁰⁶ El artículo 1.167 del Código Civil argentino expresa “*Lo dispuesto sobre los objetos de los actos jurídicos y de las obligaciones que se contrajeren, rige respecto a los contratos, y las prestaciones que no pueden ser el objeto de los actos jurídicos, no pueden serlo de los contratos*”. El artículo 953 del mismo cuerpo legal señala “*El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, (...)*”. El artículo 1.169 del mismo código dispone que “*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*”.

¹⁰⁷ Vid. n. 102.

¹⁰⁸ DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, (n. 68), p. 162.

de exigir su cumplimiento forzado.

1.8 SE TRATARÍA DE UNA INDEMNIZACIÓN EN CASO DE ERROR DE ELECCIÓN.

Según Graciela Medina¹⁰⁹, para las teorías denegatorias no procede la indemnización, pues – quienes se casan – piensan que los deberes derivados del matrimonio serán cumplidos por el otro cónyuge y que si esto no se logra se deberá soportar el fracaso. En consecuencia, de admitirse la indemnización, ello significaría asegurar a quien se equivoca en su elección una reparación pretendidamente paliativa de los agravios sufridos¹¹⁰, lo que resulta ser – a todas luces – inadmisibile.

Este argumento no resulta aplicable, porque no se está demandando la indemnización por el fracaso matrimonial, sino que por los perjuicios efectivamente causados. De esta manera, resulta tan absurdo como sostener que – en cualquier contrato patrimonial – el acreedor no tiene derecho a ser indemnizado en caso que su deudor no cumpla, porque el propio acreedor se equivocó al elegir a la persona de su co-contratante, ya que – pudiendo haber elegido a un co-contratante diligente, optó por alguien negligente.

1.9 DISMINUCIÓN DE LOS MATRIMONIOS.

Si las personas supieran que van a tener que indemnizar los daños que causen a su cónyuge por infracción a los deberes que genera el matrimonio, no se casarían, es decir, se produciría una disminución en la tasa de matrimonios¹¹¹.

Además, se produciría un aumento de los costos del divorcio, pues – además de compensación económica – habría que pagar una indemnización de perjuicios¹¹².

Este argumento tampoco tiene asidero. En primer lugar, la celebración de matrimonios – per se – no es un fin valioso en sí mismo, sino en cuanto está dirigida al mayor respeto posible a la dignidad humana. Si la celebración de matrimonios fuese un fin

¹⁰⁹ MEDINA, Graciela, (n. 74), p. 55.

¹¹⁰ MIZRAHI, Mauricio, (n. 77), p. 505.

¹¹¹ Cfr. MEDINA, Graciela, (n. 74), p. 56.

¹¹² Cfr. HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel, (n. 65), p. 12.

en sí misma, el legislador no se hubiera interesado en regular los vicios del consentimiento, pues el fin de obtener que la celebración de matrimonios sería más importante que la presencia de un consentimiento viciado. En segundo lugar, resulta aplicable lo señalado en el numeral anterior, esto es, que resulta tan absurdo como sostener que debe terminarse con la responsabilidad contractual, pues ella acarrea una disminución en la celebración de contratos.

1.10 LOS DAÑOS HAN SIDO COMPENSADOS CON ALIMENTOS.

Los daños son compensados con los alimentos que el cónyuge inocente debe pagar al culpable; si el legislador ha previsto en la prestación alimentaria aspectos que son propios de las prestaciones compensatorias, compensa el daño que eventualmente pudo haber sufrido alguno de los cónyuges¹¹³.

En nuestro país, este tema se entiende referido a la compensación económica y al problema de su naturaleza jurídica¹¹⁴.

¹¹³ Cfr. MEDINA, Graciela, (n. 74), p. 57.

¹¹⁴ El artículo 61 de la Ley N° 19.947 señala que “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 lo 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”. A partir de esto se han dado distintas definiciones de lo que es la compensación económica; algunos autores la definen poniendo acento en que se trata de una prestación (VENEGAS ORTIZ, Pablo y VENEGAS ALFARO, Andrés. *La Compensación Económica en la Nueva Ley de Matrimonio Civil*. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 13); otros en que se trata de una obligación legal (VIDAL OLIVARES, Álvaro. “La Compensación por Menoscabo Económico en la Ley de Matrimonio Civil” en *El Nuevo Derecho Chileno del Matrimonio (Ley N° 19.947 de 2004)*. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 286); otros, en que se trata de una consecuencia económica (DEL PICÓ RUBIO, Jorge, (n. 1), p. 440), y otros en que se trata de un derecho (RAMOS Pazos, René, (n. 5), T. I, pp. 110 y s., y BARRIENTOS GRANDÓN, Javier y NOVALES ALQUÉZAR, Aranzazu, (n. 10), p. 420).

Del mismo modo, se ha discutido su naturaleza jurídica. Para algunos tiene una naturaleza alimenticia, como se señaló en la indicación de los senadores Chadwick, Romero y Díez; sin embargo, esta consideración de la compensación económica como alimentos fue sustituida por una asimilación a éstos, es decir, sin ser alimentos, era considerada como tales (BARRIENTOS GRANDÓN, Javier y NOVALES ALQUÉZAR, Aranzazu, (n. 10), pp. 413 y 416); finalmente – en el texto definitivo – sólo quedó que se le consideraría como alimentos para el efecto de su pago. Otros señalan que tiene un carácter compensatorio: su fundamento se encuentra en el desequilibrio económico. (VIDAL OLIVARES, Álvaro. “La Compensación por Menoscabo Económico en la Ley de Matrimonio Civil” en *El Nuevo Derecho Chileno del Matrimonio (Ley N° 19.947 de 2004)*. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 251); en consecuencia, se trataría de una manifestación del Principio del Rechazo al Enriquecimiento a Expensas de Otro (PIZARRO WILSON, Carlos. “La Compensación Económica en la Nueva Ley de Matrimonio Civil” en *Revista Chilena de Derecho Privado*. Santiago de

De aceptarse que tiene una naturaleza indemnizatoria, no cabría la indemnización de perjuicios por los daños causados por adulterio, pues éstos ya habrían sido indemnizados. Sin embargo, no es posible sostener tal naturaleza indemnizatoria, por las siguientes razones:

1.10.1.- No concurre ninguno de los requisitos exigidos por la ley para que surja la responsabilidad civil. En efecto, no se advierte cuál sería el hecho antijurídico y no hay imputabilidad. Por otro lado, en la determinación de su monto, no se toma en consideración la extensión de los daños causados, sino los parámetros que establece el artículo 62 inciso 1º de la Ley N° 19.947; es más, la ley ni siquiera exige la concurrencia de un daño, pues, como lo señalan Pizarro Wilson y Vidal Olivares¹¹⁵, el menoscabo proviene de las referidas condiciones de la vida matrimonial.

1.10.2.- Tampoco puede sostenerse que estamos frente a un caso de responsabilidad estricta, pues ésta – debido a su carácter excepcional – precisa de un texto legal expreso que la consagre.

10.2.3.- A mayor abundamiento, en caso de adulterio, pareciera ser que tienen mayor relevancia los daños extrapatrimoniales; los patrimoniales sólo tendrían cabida en caso que el adulterio de uno de los cónyuges hubiera implicado algún tipo de gasto de parte del otro cónyuge, por ejemplo, en terapia psicológica, en medicamentos, etc.

10.2.4.- Además, falta la característica fundamental de la responsabilidad civil, que consiste en restituir las cosas al estado anterior a la ocurrencia del hecho que causa daño. No es función de la compensación colocar al cónyuge en la misma situación, como si el matrimonio no se hubiese celebrado o su terminación no hubiese tenido lugar; la mirada es hacia el futuro; en otras palabras, la compensación corrige el menoscabo y no repara el menoscabo, evitando el empeoramiento del cónyuge más débil; para ello el legislador obliga a considerar el pasado para el solo efecto de mirar hacia el futuro¹¹⁶.

Chile. Ediciones Fundación Fueyo Laneri, N° 3, 2004, pp. 90 y s). Finalmente, hay quienes sostienen que corresponde a una indemnización o compensación por daños patrimoniales (COURT MURASSO, Eduardo, (n. 11), p. 71); se trataría de una indemnización del lucro cesante y del costo de oportunidad laboral (Cfr. BARRIENTOS GRANDÓN, Javier y NOVALES ALQUÉZAR, Aranzazu, (n. 10), p. 418).

¹¹⁵ PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro. *La Compensación Económica por Divorcio o Nulidad Matrimonial*. Santiago de Chile, Editorial Legal Publishing, 2010, p. 31.

¹¹⁶ VIDAL OLIVARES, Álvaro, (n. 114), p. 247.

10.2.5.- Cabe tener presente que para el profesor Carlos Lepin¹¹⁷ la naturaleza jurídica de la compensación económica correspondería a una hipótesis de responsabilidad sin culpa; se llama sin culpa, porque existe aunque de parte del sujeto no haya habido la más mínima culpa y provenga de hechos lícitos o permitidos por la autoridad. Sin embargo, tal afirmación resulta contradictoria con lo señalado precedentemente, en orden a que en la indemnización el objetivo es neutralizar la totalidad del daño causado, con identidad – en la medida de lo posible – entre el perjuicio y su reparación. Por el contrario, compensar tiene un significado aritméticamente menos igualatorio, aunque su origen semántico sea el mismo¹¹⁸, toda vez que la compensación económica no tiene por finalidad neutralizar la totalidad del daño causado, de manera que no puede ser considerada indemnización de perjuicios y – por ende – no puede hablarse de responsabilidad legal.

En consecuencia, aparece claro que la compensación económica es sólo una obligación de origen legal que tiene por objeto corregir el menoscabo económico que produce el divorcio o la nulidad, para que el cónyuge que se dedicó al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común pueda enfrentar su vida futura separada. Para estos efectos, la ley señala que debe proporcionarse al acreedor una base cierta para que encare su vida futura separada en unas condiciones similares a las que gozaba durante el matrimonio y que, en todo caso, le aseguren una cierta autonomía económica; no se trata de garantizar la conservación del estatus económico matrimonial, sino de resarcir en la medida de lo posible el sacrificio realizado a favor del matrimonio que ahora ya no tiene proyección hacia el futuro; en consecuencia, no se trata de igualar patrimonios, ni tampoco lograr un equilibrio exacto una vez terminado el vínculo matrimonial, sino que se trata de proporcionar al cónyuge más débil el resarcimiento del menoscabo que le permitirá atenuar el impacto de la ruptura, dándole un impulso hacia el futuro¹¹⁹.

¹¹⁷ LEPIN MOLINA, Cristián. *La Compensación Económica. Efecto Patrimonial de la Terminación del Matrimonio*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010, p. 93.

¹¹⁸ LEPIN MOLINA, Cristián (n. 117), p. 76.

¹¹⁹ PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro, (n. 115), pp. 34 y s.

1.11 LA EXPRESA RECEPCIÓN LEGISLATIVA EN LOS PAÍSES EN LOS QUE SE ADMITE.

Graciela Medina¹²⁰ apunta que se señala que en los países donde se admite expresamente la posibilidad de indemnizar los daños y perjuicios derivados del divorcio, tal posibilidad está expresamente prevista en la ley; luego, si nuestro ordenamiento jurídico no lo contempló expresamente, es porque no procede. Sin embargo, ella rebate este argumento señalando el ejemplo de Francia, que es uno de los países donde se admite legalmente la posibilidad de indemnizar los daños y perjuicios derivados del divorcio, pero que esta solución fue aceptada judicialmente con anterioridad a su recepción legislativa, de manera que este argumento también pierde validez.

1.12 LA NO INFLUENCIA DE LA CULPABILIDAD O INOCENCIA EN LA DIVISIÓN DE LOS BIENES COMUNES.

Graciela Medina¹²¹ apunta que no sería procedente una indemnización de perjuicios, pues la imputabilidad de uno de los cónyuges no es considerada al momento de dividir los bienes comunes, al término de la sociedad conyugal. Sin embargo, no se debe confundir lo que es la división de los bienes comunes con lo que es la indemnización de perjuicios. Lo anterior aparece de manifiesto, en orden a que el adulterio puede tener lugar en un matrimonio independientemente del régimen patrimonial existente; en consecuencia, la eventual indemnización de perjuicios no tiene ninguna relación con la liquidación de la sociedad conyugal. No obstante lo anterior, ella misma se encarga de rebatir este argumento, sosteniendo que en la reparación de perjuicios no se dividen bienes sino que se reparan daños, por lo que este argumento carece de deducción lógica, ya que, a nuestro juicio, nada tiene que ver que en el régimen de comunidad de bienes a la disolución de la sociedad conyugal éstos se partan por mitades sin tener en cuenta la inocencia o la culpabilidad con la obligación de indemnizar los daños causados por el divorcio.

¹²⁰ MEDINA, Graciela, (n. 74), p. 60.

¹²¹ Cfr. MEDINA, Graciela, (n. 74), p. 60.

2. TEORÍAS ECLÉCTICAS.

Estas teorías sostienen – en síntesis – que no se puede llegar al extremo, como lo pretenden las teorías denegatorias, de negar toda posibilidad de indemnización dentro de los miembros de la familia, como si existiese algún tipo de inmunidad; pero tampoco cabe aplicar las reglas generales del Derecho de daños, en forma irrestricta, dentro del ámbito familiar. Se trata, pues, de compatibilizar los principios generales del Derecho de daños con los principios generales del Derecho de familia.

En este sentido, el profesor Gonzalo Severín Fuster¹²² sostiene que la solución que se dé en Chile al problema de la indemnización de los daños provocados por el divorcio o causados con ocasión de él, pasa por una adecuada coordinación de los principios del Derecho de familia y del Derecho de daños, coordinación que – considerando la experiencia extranjera – supone integrar ciertos criterios de exención o de atenuación de responsabilidad, pero ello – en caso alguno – puede llevar a convertir a la familia en un reducto en que se puede dañar sin responsabilidad.

Ahora bien, a juicio de este profesor, dicha coordinación de principios se configura a partir del criterio basado en el ejercicio de las funciones familiares para determinar la procedencia o no de una indemnización de perjuicios en los casos de divorcio, y luego – una vez determinada la procedencia de la acción indemnizatoria – procede integrar el privilegio basado en las relaciones de convivencia en el análisis de los elementos de la responsabilidad civil, en particular, en el análisis del factor de atribución.

En el análisis del primer factor, esto es, el criterio basado en el ejercicio de las funciones familiares, debe concluirse que no cabe la indemnización de daños causados con ocasión de incurrir en una causal de divorcio – sanción, sino cuando exista un daño a un interés conceptualmente distinto de la perduración del matrimonio o del simple cumplimiento de los deberes personales que se derivan de éste. Esta limitación a las reglas generales en materia de Derecho de daños encuentra su fundamento en que el contenido de

¹²² SEVERÍN FUSTER, Gonzalo. “Indemnización entre Cónyuges por los Daños Causados con Ocasión del Divorcio” en *Estudio de Derecho Civil III. Jornadas Nacionales de Derecho Civil Valparaíso, 2007*. Santiago de Chile, Editorial Legal Publishing, 2008, pp. 129 y ss.

los deberes matrimoniales y las sanciones a su infracción, están determinados por el derecho de familia, el que dispone de remedios específicamente familiares, de manera que la indemnización de daños, como remedio al incumplimiento o cumplimiento deficiente de los deberes de familia, es excepcional. Esta postura no implica en caso alguno un régimen de inmunidad entre cónyuges, pues la exención de responsabilidad en este caso, basada en la naturaleza de los deberes conyugales, tiene un límite, pues no rige respecto de aquellas conductas que causen daño a derechos o intereses del otro cónyuge conceptualmente separables de su interés en el mantenimiento del matrimonio y en el respeto a sus reglas.

Para determinar si procede o no la acción indemnizatoria, debe prescindirse de la existencia del vínculo matrimonial. Los actos que serían fuente de daños entre terceros, lo serán entre los cónyuges. Aquellos daños que sólo pueden producirse en atención a los especiales roles que tienen los cónyuges, y los deberes personales que se derivan del estatuto matrimonial, y que la misma ley impone, tendrán, consecuentemente, sólo las consecuencias que la misma ley determina. De esta manera, si la causal que se ha alegado es el adulterio, el juez debería negar la procedencia de la aplicación de las normas de responsabilidad, pues en virtud del criterio general que hemos señalado, no procedería su reparación, toda vez que – prescindiendo de la calidad de cónyuge – no es posible causar daños por este concepto.

En un sentido opuesto, el incumplimiento de un deber matrimonial puede llegar a hacer procedente una acción indemnizatoria cuando ésta se justifica en un daño distinto del mero interés en que se cumplan los deberes matrimoniales o perdure el matrimonio. Así, puede ocurrir que – con ocasión del incumplimiento de un deber matrimonial, como la fidelidad o la convivencia, o con ocasión de la ejecución de otra conducta que constituya causal de divorcio – se cause un daño a un interés diverso del interés que el cónyuge pueda tener en la conservación del matrimonio, en la conservación de los vínculos afectivos o de que se cumplan los deberes personales matrimoniales, la indemnización es procedente precisamente por esa razón, este sería el caso si, como consecuencia del incumplimiento del deber de fidelidad, el cónyuge culpable, por ejemplo, ha contraído una enfermedad de transmisión sexual que luego ha contagiado al otro, o bien, la mujer infiel ha quedado embarazada y ha hecho pasar a su hijo como hijo del marido; entonces, el interés afectado

es claramente distinto del solo interés en conservar el matrimonio o el interés en el cumplimiento de los deberes personales. En estos casos, no es la infidelidad lo que justifica la separación, sino el contagio de una enfermedad o el engaño respecto de la paternidad.

En el mismo sentido se plantea la autora argentina Cecilia Grosman¹²³, quien sostiene que sólo deben ser reparados los hechos ilícitos cometidos por un cónyuge contra el otro que igualmente hubieran debido ser indemnizados si la víctima fuese un tercero y al margen de que exista o no una demanda y sentencia de divorcio, de manera tal que, en lo que dice relación con la vulneración de los deberes matrimoniales, como el deber de fidelidad, de asistencia moral, de convivencia, de débito conyugal, de consideración al otro esposo, tales hechos deben ser enjuiciados por las normas específicas del derecho de familia, que establecen sanciones propias para el cónyuge culpable, pero sin que sea procedente la indemnización de perjuicios.

3. DOCTRINAS PERMISIVAS.

Éstas sostienen que procede la indemnización de perjuicios, ya sea por los hechos constitutivos de la causal de divorcio o separación, o bien por el divorcio o la separación mismos.

Estas teorías han fundado su posición en los siguientes argumentos:

3.1.- LOS HECHOS QUE HAN DADO LUGAR A LA SEPARACIÓN PERSONAL O AL DIVORCIO CONSTITUYEN UN ACTO ILÍCITO, YA SEA POR VIOLAR LA LOS DEBERES DERIVADOS DEL MATRIMONIO, O POR DAR LUGAR A LA SANCIÓN CIVIL DEL DIVORCIO.

Si los hechos constitutivos de la causal de divorcio o separación han causado daños al otro cónyuge, éstos deben ser indemnizados; el adulterio es un ilícito civil que genera la obligación de indemnizar los daños causados, en consecuencia, junto a otras conductas de

¹²³ GROSAN, Cecilia, (n. 63), p. 439.

igual gravedad constituyen delitos civiles que conculcan el patrimonio moral de uno de los cónyuges y originan el deber de resarcir el daño moral producido¹²⁴; la violación de los deberes impuestos por el matrimonio genera responsabilidad extracontractual porque se trata de hechos ilícitos, o sea, actos voluntarios que infringen una regla de derecho, de los cuales resulta un daño¹²⁵.

En este sentido, Novellino¹²⁶ señala que las causales de divorcio evidencian que nos hallamos ante la violación de un deber legal, circunstancia que permite suponer la existencia de un autor consciente y responsable, de manera tal que si su conducta produce un perjuicio, entra en el concepto de acto ilícito.

En el mismo orden de cosas, como señala Mizrahi¹²⁷, los hechos que configuran las causales subjetivas de divorcio son *ilícitos* y, por lo tanto, si ocasionan un perjuicio, dan nacimiento a la obligación de indemnizar. En este sentido, si se viola algún deber que el matrimonio impone a los cónyuges, por ejemplo, en caso de adulterio, se genera una responsabilidad extracontractual porque se trata de hechos ilícitos, o sea, actos voluntarios que infringen una regla de derecho, de los cuales resulta un daño¹²⁸. Además, el adulterio – al igual que los demás hechos que configuran causales de divorcio – son hechos ilícitos, ya sea por violar obligaciones emergentes del matrimonio, o bien por la propia circunstancias de que dan lugar a la sanción civil del divorcio, la cual implica una obligación de abstenerse de ejecutarlos¹²⁹.

El adulterio es un hecho ilícito, entendiéndose por tal no solamente lo que es antijurídico sino también lo contrario a la moral, a las buenas costumbres y a la justicia¹³⁰.

¹²⁴ Cfr. SAMBRIZZI, Eduardo, (n. 62), p. 139 y s.

¹²⁵ GROSMAN, Cecilia, (n. 63), p. 427.

¹²⁶ NOVELLINO, Norberto. “Acerca de la Procedencia o no de la Indemnización por Daños en el Derecho de Familia” en *Derecho de Daños. Daños en el Derecho de Familia. Cuarta Parte (A)*. Buenos Aires, Editorial Ediciones La Rocca, 2000, p. 47.

¹²⁷ MIZRAHI, Mauricio, (n. 77), p. 495.

¹²⁸ GROSMAN, Cecilia, (n. 63), p. 427.

¹²⁹ NOVELLINO, Norberto, (n. 126), p. 58.

¹³⁰ VARELA DE MOTTA, María Inés et al. en *Daños y Perjuicios causados por Adulterio. Mesa Redonda. Jurisprudencia Nacional*. Montevideo, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 1990, p. 9.

3.2.- SON APLICABLES LAS REGLAS GENERALES.

La especialidad del derecho de familia no es un obstáculo para la aplicación de las reglas generales en materia de responsabilidad civil¹³¹. Esta especialidad es principalmente didáctica, y tal rama – a pesar de sus características particulares – integra el derecho civil¹³². En efecto, como apunta el profesor Gabriel Hernández¹³³, el derecho de familia es derecho civil, y uno de los principios rectores de éste es el del *alterum non lædere*, esto es, el principio de no dañar a los demás; en este sentido, cabe preguntarse por qué razones no podría aplicarse este principio a las relaciones de familia, qué motivos justificarían que no existiese el deber de no dañar al cónyuge, a la pareja o a los hijos, por qué habría de hacerse excepción – en el derecho de familia – a la aplicación del principio *alterum non lædere* que, por lo demás, está consagrado no sólo a nivel legal sino que también a nivel constitucional. En este sentido, sostiene la profesora Graciela Medina¹³⁴, que el derecho de familia debe adecuar sus normas al derecho constitucional y respetar el rango superior del principio jurídico de no dañar, de jerarquía constitucional y supranacional.

Además, apunta Mauricio Mizrahi¹³⁵, no es necesario contar con una norma expresa que autorice a demandar la indemnización de perjuicios, debido a que el carácter general de las reglas de la responsabilidad civil se proyectan sobre todo el ordenamiento jurídico una vez comprobado el hecho antijurídico y el daño consecuente.

En apoyo de este argumento es posible sostener que existen otras ramas del Derecho Privado que tienen principios propios, como el derecho societario, los derechos reales o el derecho de la empresa, y no por ello se los ha excluido del derecho común. De esta manera, el derecho de familia no constituye una tercera rama del derecho, es decir, no constituye un ordenamiento que se baste a sí mismo y, por ende, para solucionar conflictos, deben aplicarse los principios de la teoría general del derecho civil¹³⁶.

¹³¹ Cfr. SAMBRIZZI, Eduardo, (n. 62), p. 140.

¹³² MIZRAHI, Mauricio, (n. 77), p. 497.

¹³³ HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel, (n. 65), p. 13.

¹³⁴ MEDINA, Graciela, (n. 74), p. 49.

¹³⁵ MIZRAHI, Mauricio, (n. 77), p. 496.

¹³⁶ MEDINA, Graciela, (n. 74), pp. 50 y s.

3.3.- NO ES EFECTIVO QUE UN MISMO HECHO SE SANCIONE DOS VECES.

No se está sancionando dos veces un mismo hecho, pues divorcio e indemnización están sancionando aspectos distintos del mismo hecho ilícito¹³⁷. En efecto, apunta Cecilia Grosman¹³⁸, los efectos del divorcio o separación personal específicamente establecidos en las normas del Derecho de Familia, como alimentos o atribución de vivienda, no compensan los perjuicios espirituales y materiales ocasionados por las conductas que tipifican las causales de divorcio, como tampoco los daños que ocasiona el divorcio en sí mismo. Agrega Novellino¹³⁹ que el dinero no borrarán el daño causado, menos aun si se han lesionado afecciones legítimas; pero en alguna medida servirá para compensar el perjuicio sufrido; el ánimo de lucro o de enriquecerse injustamente se combate con la exigencia de la prueba de un daño cierto; esta cuestión – por lo demás – puede predicarse respecto de todo el daño moral.

Por otro lado, en caso de adulterio, las sanciones al cónyuge culpable apuntan a la pérdida de las ventajas patrimoniales del matrimonio, pero esto no tiene un carácter indemnizatorio, no sirve para indemnizar al cónyuge agraviado que había tenido un efectivo daño patrimonial y/o espiritual, sino que son simplemente sanciones que el legislador establece, a los efectos de poner de relieve el rechazo que causaba un daño de esta naturaleza; pero es más bien una manifestación de rechazo social, y de ninguna manera podría ser una indemnización para el cónyuge agraviado¹⁴⁰.

3.4.- SE PROTEGE A LA FAMILIA.

La indemnización es una forma de protección a la familia, por tratarse de un medio adecuado para favorecer la permanencia del matrimonio en la plenitud de sus efectos¹⁴¹.

¹³⁷ Cfr. SAMBRIZZI, Eduardo, (n. 62), p. 141.

¹³⁸ GROSAN, Cecilia, (n. 63), p. 428.

¹³⁹ NOVELLINO, Norberto, (n. 126), p. 65.

¹⁴⁰ VARELA DE MOTTA, Inés, (n. 130), p. 10.

¹⁴¹ Cfr. SAMBRIZZI, Eduardo, (n. 62), p. 142.

Mizrahi¹⁴² apunta que la posibilidad de aplicar condenas reparatorias contra el culpable del divorcio sería disuasiva de conductas contrarias a los deberes matrimoniales y, por ende, un factor que incidiría en la moderación de las costumbres.

En este mismo sentido señala el profesor Gabriel Hernández¹⁴³ que la impunidad de conductas dañosas, principalmente dolosas, desincentiva el comportamiento de las personas conforme a ciertos estándares de conducta mínimos; en otras palabras, si no se aplica el estatuto de la responsabilidad civil a las relaciones de familia, sobre todo en los daños causados con dolo, con mala fe o con malicia (como sería el caso del adulterio), se corre el riesgo que el estándar de conducta al interior de la familia se rebaje, de manera que las personas se terminen comportando en el futuro de acuerdo a un estándar de diligencia muy bajo y guarden muy poca consideración con los miembros de su familia, lo que – evidentemente – no se condice con una postura protectora de la familia, de manera que hay que poner atajo a esa posibilidad.

De esta manera, se trataría de una verdadera conminación sociojurídica para quien se pueda constituir en factor disgregante de la unión matrimonial y del organismo familiar¹⁴⁴.

3.5.- NADA HAY DE INMORAL EN DEMANDAR INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS.

Señala Sambrizzi¹⁴⁵ que lo inmoral sería que hubiese daños sin indemnizar; como apunta Mizrahi¹⁴⁶, la ética quedaría reñida con el Derecho si, producido el daño, la reparación se limitara a la simple declaración de la culpa del ofensor. De admitirse esta especie de inmunidad familiar se estaría consagrando una especie de inmunidad a favor de la conducta ilícita del cónyuge culpable, sin que exista una razón superior que lo haga desaconsejable¹⁴⁷.

Por otro lado, la indemnización no es inmoral porque no se intenta obtener un

¹⁴² MIZRAHI, Mauricio, (n. 77), p. 497.

¹⁴³ HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel, (n. 65), p. 14.

¹⁴⁴ NOVELLINO, Norberto, (n. 126), p. 66.

¹⁴⁵ Cfr. SAMBRIZZI, Eduardo, (n. 62), p. 139.

¹⁴⁶ MIZRAHI, Mauricio, (n. 77), p. 497.

¹⁴⁷ SAMBRIZZI, Eduardo, (n. 62), p. 147.

beneficio o un incremento patrimonial con el reclamo, sino sólo resarcirse de los perjuicios que el culpable ha ocasionado¹⁴⁸.

En este sentido, cabe tener presente – además – que cuando media una conducta ilícita de uno de los miembros del matrimonio, es un imperativo de justicia hacer lugar a la reparación del daño ocasionado por tal conducta, debiendo indemnizarse tanto el perjuicio material como el moral¹⁴⁹.

A mayor abundamiento, como lo señala el profesor Gabriel Hernández¹⁵⁰, es en la esfera de la vida familiar donde mayores resguardos conductuales deben asumirse, porque si bien las personas tenemos del imperativo de comportarnos diligentemente con todos los demás, evidentemente, en las relaciones de familia también es necesario guardar determinados grados de diligencia. Consecuente con lo anterior, cabe preguntarse por qué ese grado de diligencia debería ser inferior, respecto de terceros con quienes no se tiene un vínculo de familia; cuál sería la razón que permita fundamentar un grado de diligencia inferior. Y frente a tales interrogantes es posible sostener que el grado de diligencia no tiene por qué ser inferior, sino que todo lo contrario, ya que es en las relaciones de familia donde con más cuidado nos tenemos que manejar, porque son mayores los daños que se puede provocar. Los primeros que están llamados a recibir nuestra consideración son los miembros de la familia: el cónyuge, la pareja y los hijos. Luego, lo inmoral sería no tener que responder frente a los daños en las relaciones de familia, ámbito en el que se debe ser especialmente diligente.

3.6.- EL CULPABLE DE LA RUPTURA NO TIENE DERECHO A UNA SOLUCIÓN PRIVILEGIADA.

Si un hecho antijurídico causa daño a otro, no existe ninguna razón para proceder de una manera distinta en caso que el autor del mismo y su víctima sean miembros de una familia; al contrario, la relación de mayor intimidad debe considerarse como una agravante,

¹⁴⁸ GROSMAN, Cecilia, (n. 63), p. 428.

¹⁴⁹ NOVELLINO, Norberto, (n. 126), p. 61.

¹⁵⁰ HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel, (n. 65), p. 14

porque existe un deber más intenso de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas¹⁵¹.

3.7.- UN EVENTUAL AUMENTO EN LA LITIGIOSIDAD NO PUEDE SER ESGRIMIDO COMO UN ARGUMENTO PARA EXCLUIR LA POSIBILIDAD DE DEMANDAR LA INDEMNIZACIÓN DE LOS PERJUICIOS SUFRIDOS.

Señala Mizrahi¹⁵² que los jueces no tienen como misión evaluar las consecuencias que se pueden producir en el caso de operarse una fuga de los justificables del divorcio – remedio al divorcio – sanción; los jueces deben fallar conforme a Derecho los asuntos que se someten a su decisión y no tomar decisiones de política legislativa, las cuales corresponden a los órganos colegisladores y que están vedadas al órgano jurisdiccional.

3.8.- EL HECHO QUE EL LEGISLADOR EXPRESAMENTE HAYA PREVISTO LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS PARA OTRAS MATERIAS EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DE FAMILIA NO ES UN OBSTÁCULO PARA QUE LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA PROCEDA EN MATERIA DE DIVORCIO.

Graciela Medina¹⁵³ sostiene que, si bien es cierto la ley no contempla expresamente la procedencia de la acción indemnizatoria, también es cierto que no lo prohíbe; luego, si se restringiera la procedencia de las indemnizaciones a los daños tipificados expresamente, se estaría privando de tutela legal a facultades que la misma ley reconoce en protección de intereses también legítimos, lo cual – a todas luces – no resulta procedente. Luego, es posible sostener que no era necesaria una norma legal expresa que contemplara la acción indemnizatoria: ello sería contrario a nuestro sistema legal, pues ello implicaría que sólo existe el deber de reparar cuando haya una norma expresa que así lo disponga, lo que no se condice con las reglas de nuestro sistema legal.

¹⁵¹ GROSMAN, Cecilia, (n. 63), p. 427.

¹⁵² MIZRAHI, Mauricio, (n. 77), p. 497.

¹⁵³ MEDINA, Graciela, (n. 74), p. 53 y s.



En este sentido, si bien el legislador ha previsto la indemnización de perjuicios en ciertos ámbitos especiales del Derecho de Familia, nada obsta a que pueda efectuarse una aplicación analógica de las disposiciones que así lo establecen para el caso de adulterio de uno de los cónyuges¹⁵⁴.

3.9.- EN CUANTO A LA DISMINUCIÓN DE MATRIMONIOS, CABE SEÑALAR QUE ELLA NO PUEDE ESGRIMIRSE COMO EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD.

Como expresa Graciela Medina¹⁵⁵, no sería aceptable que estando dados los presupuestos de la responsabilidad civil se exima al responsable porque existan personas que lean el precedente y asustadas no se casen; esta forma de razonar es propia del *common law* donde los jueces pueden crear las figuras de ilícitos indispensables o rechazarlas con fundamentos sociológicos o de política jurídica, pero impropia de nuestro sistema jurídico de tradición romano – germánica donde los magistrados han de atenerse al plexo positivo.

3.10.- LA DETERMINACIÓN DEL CÓNYUGE CULPABLE, ES UNA CUESTIÓN DE PRUEBA.

Frente al argumento que el fracaso matrimonial se debe a causas de difícil identificación, ya que en su producción han contribuido ambos cónyuges, es posible sostener que la cuestión se limita a un problema de la casuística, de análisis de las pruebas¹⁵⁶.

3.11.- INTERESES COMPROMETIDOS.

En la indemnización de perjuicios no sólo aparece comprometido un interés privado, sino que también están en juego el orden público y el orden social¹⁵⁷.

¹⁵⁴ MIZRAHI, Mauricio, (n. 77), p. 497.

¹⁵⁵ MEDINA, Graciela, (n. 74), p. 56.

¹⁵⁶ MIZRAHI, Mauricio, (n. 77), p. 498.

¹⁵⁷ NOVELLINO, Norberto, (n. 126), p. 58.

3.12.- LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS NO IMPLICA LA INDEMNIZACIÓN DEL ERROR SINO DEL PERJUICIO.

Graciela Medina¹⁵⁸ sostiene que muchas veces puede mediar un error en las cualidades del otro contratante, pero ello no necesariamente ha de presuponer una indemnización. Sólo cabrá la reparación si el compañero erradamente elegido comete un acto antijurídico que produzca un daño, porque lo que se debe indemnizar es el perjuicio y no el error de elección.

En síntesis, podemos advertir que – si bien el tema de la posibilidad de conceder la acción resarcitoria al cónyuge que ha sufrido perjuicios como consecuencia del adulterio del otro cónyuge no es pacífico – existen buenos argumentos para sostener que tal acción es procedente; básicamente, la especialidad el Derecho de Familia no es un obstáculo para la procedencia de la acción indemnizatoria, pues los preceptos generales operan en todo aquello que no está regulado de manera especial, de manera que – aunque existan disposiciones especiales – si éstas son insuficientes o si no regulan todos los aspectos o casos que puedan presentarse, cabe aplicar los preceptos generales. Por otro lado, en la actualidad no se considera a la indemnización como una sanción, de manera que no puede sostenerse que se está conculcando el principio non bis in idem. También cabe considerar que – en el caso del adulterio – concurren todos los requisitos de la responsabilidad civil, de manera que no existen argumentos jurídicos para negar tal acción al cónyuge que ha sufrido algún perjuicio. Establecido que, por una parte, en caso de adulterio no existe ningún impedimento jurídico obste al nacimiento de la obligación de indemnizar al cónyuge inocente y, por otra, que concurren todos los requisitos de la responsabilidad civil, corresponde examinar bajo qué estatuto se debe ejercer la acción indemnizatoria, tema al que está dedicado el próximo capítulo.

¹⁵⁸ MEDINA, Graciela, (n. 74), pp. 55 y s.

CAPÍTULO TERCERO: LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA EN CASO DE ADULTERIO SE SUJETA A LAS REGLAS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL.

I. INTRODUCCIÓN AL CAPÍTULO TERCERO.

Lo que se demostrará en el presente capítulo es que la acción indemnizatoria en caso de adulterio debe ejercerse conforme al estatuto de la responsabilidad contractual. Lo anterior resulta claro, toda vez que quedó demostrado en el capítulo primero que el matrimonio es un contrato.

Como consecuencia de lo anterior, se analizará la concurrencia de los requisitos de la responsabilidad contractual al caso en que uno de los cónyuges ha cometido adulterio.

II. ASPECTOS PREVIOS.

Recordemos que – en nuestro ordenamiento jurídico – el legislador ha contemplado dos estatutos distintos: el de la responsabilidad contractual (en el Título XII del Libro IV del Código Civil, artículos 1.545 y siguientes) y el de la responsabilidad extracontractual (en el Título XXXV del Libro IV del Código Civil, artículos 2.314 y siguientes). En consecuencia, de aceptarse la procedencia de la acción indemnizatoria en caso de adulterio, surge la pregunta de cuál sería el estatuto jurídico de responsabilidad que se debe aplicar.

III. OPINIÓN DE LA DOCTRINA.

La doctrina ha señalado que el estatuto jurídico a aplicar es el de la responsabilidad

extracontractual¹⁵⁹. Los argumentos que se han dado, son los siguientes:

1.- La responsabilidad deriva de los hechos violatorios de los deberes de convivencia, asistencia o fidelidad y no de un incumplimiento contractual. El matrimonio no es un contrato y, por lo tanto, no estamos frente a un incumplimiento contractual. Como apunta Sambrizzi¹⁶⁰, no se trata simplemente de una responsabilidad derivada del incumplimiento de una obligación nacida ya sea del deber de convivencia, del de asistencia o del de fidelidad, sino de una responsabilidad de origen extracontractual que deriva de los hechos violatorios de esos deberes.

No es posible encuadrar esta responsabilidad dentro de la responsabilidad contractual, pues no se puede asimilar el matrimonio a un contrato, toda vez que – si bien hay un acuerdo de voluntades - todas las manifestaciones, los efectos, ya sea personales o patrimoniales, todo está estrictamente regulado por la ley; no puede ser de ninguna manera un contrato en que importa fundamentalmente lo patrimonial¹⁶¹.

2.- Se trata del incumplimiento de obligaciones legales y no de obligaciones contractuales, de manera que resultaría imposible aplicar las reglas de la responsabilidad contractual.

En caso de adulterio – sostiene Graciela Medina¹⁶² – se viola el deber genérico de no dañar a otro y también cabe señalar que las obligaciones matrimoniales son obligaciones legales, no son obligaciones libremente convenidas por las partes, por lo tanto resulta imposible la aplicación de las reglas de la responsabilidad contractual. En este mismo sentido – como sostiene el profesor Francisco Herane – el incumplimiento de los deberes matrimoniales sólo es un incumplimiento de deberes impuestos por ley; por lo tanto, se trata de hechos ilícitos que deben ser sancionados de acuerdo a las reglas del Título

¹⁵⁹ Cfr. SAMBRIZZI, Eduardo, (n. 62), p 145; MEDINA, Graciela, (n. 74), pp. 72 y s. VARELA DE MOTTA, María Inés y ORDOQUI, Gustavo, (n. 130), pp 9 y ss.

¹⁶⁰ SAMBRIZZI, Eduardo, (n. 62), p 145.

¹⁶¹ VALERA DE MOTTA, María Inés, (n. 130), p. 9.

¹⁶² MEDINA, Graciela, (n. 74), p. 72.

XXXIII, Libro IV del Código Civil¹⁶³.

3.- El deber de fidelidad no es una obligación en sentido técnico, pues carece de un contenido patrimonial. Para que se genere responsabilidad contractual, es necesario que la obligación que se infringe tenga un contenido patrimonial, lo que no ocurre en el presente caso, de manera que sólo se está vulnerando un deber, lo que no puede generar responsabilidad contractual¹⁶⁴.

4.- Aunque pudiese sostenerse que el matrimonio es un contrato, el estatuto de la responsabilidad contractual fue pensado por el legislador para regular fundamentalmente incumplimientos patrimoniales, toda vez que respecto de éstos se contempla la posibilidad del cumplimiento forzado, posibilidad inadmisibles en el caso de la infracción de los derechos – deberes matrimoniales¹⁶⁵.

No obstante lo expuesto por la generalidad de la doctrina, de todo lo expuesto con anterioridad, se desprende que el estatuto a aplicar corresponde al de la responsabilidad contractual, en virtud de la naturaleza jurídica del matrimonio, toda vez que se trata de un contrato. Así se ha concluido, toda vez que – lo que define a un contrato – es el concurso real de voluntades de dos o más partes. Como ese concurso real de voluntades está presente en el matrimonio, sólo cabe concluir su naturaleza contractual¹⁶⁶.

¹⁶³ HERANE VIVES, Francisco. “Reparación por Incumplimiento de los Deberes Matrimoniales”, en *“Estudios de Derecho Civil II. Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Olmué 2006*. Santiago, Editorial LexisNexis, 2007, p. 193.

¹⁶⁴ ORDOQUI, Gustavo, (n. 130), p. 12.

¹⁶⁵ HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel, (n. 65), p. 21.

¹⁶⁶ Incluso en el evento que se considere que el matrimonio no es un contrato, sino que es una institución o un acto de Estado, de todas formas el estatuto jurídico a aplicar es el de la responsabilidad contractual, pues estaríamos frente a un caso de incumplimiento de obligaciones legales, el cual – atendida su estructura – también se rige por las reglas de la responsabilidad contractual, ya sea por la amplitud de los términos de las disposiciones del Título XII del Libro IV, que resultan aplicables a todas las obligaciones, cualquiera que sea su fuente; por el lenguaje empleado por el legislador al regular hipótesis de responsabilidad legal, análogo al de la responsabilidad contractual, y porque en ambos casos el hecho generador de responsabilidad es el incumplimiento de una obligación existente y no el incumplimiento de un deber genérico de cuidado.

IV. CONCURRENCIA DE LOS REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL EN CASO DE ADULTERIO.

La doctrina no es unánime al señalar cuáles son los requisitos de la responsabilidad contractual. En general existe consenso en orden a que se requiere de incumplimiento de una obligación y la existencia de perjuicios.

La doctrina tradicional¹⁶⁷ sostiene – además – la concurrencia de imputabilidad, esto es, la existencia de un juicio de reproche que se formula al deudor y que se traduce en la culpa o el dolo como factores de atribución de responsabilidad. Sin embargo, el profesor Peñailillo¹⁶⁸ plantea que la responsabilidad contractual sería objetiva¹⁶⁹; en efecto, sostiene que las reglas que regulan la indemnización de perjuicios contractuales exigen: incumplimiento (artículos 1.556 y 1.558 CC); daño, que en la generalidad de los casos debe ser previsible (artículos 1.556, 1.558 CC); mora (artículo 1557 CC) y causalidad (que se desprende del artículo 1.558 CC, al señalar que el daño ha de ser consecuencia inmediata y directa). Y no se ha exigido culpa, ni se ha dispuesto que la ausencia de culpa libere de responsabilidad al deudor. Antes bien, expresa y claramente se dispone que sólo el caso fortuito libera al deudor incumplidor. De esta manera, el deudor responde por el simple hecho del incumplimiento que causa perjuicios y, para excluir su responsabilidad, no le

¹⁶⁷ Cfr. MEZA BARROS, Ramón. *Manual de Derecho Civil. De las Obligaciones*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992, p. 256; RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. *Responsabilidad Contractual*. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 27; ABELIUK MANASEVICH, René. *Las Obligaciones*. T. II, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009, p. 814; FUEYO LANERI, Fernando. *Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones. Tercera edición actualizada por el Profesor Gonzalo Figueroa Yáñez*. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 361; TAPIA SUÁREZ, Orlando, (n. 52), p. 49.

¹⁶⁸ PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. “Responsabilidad Contractual Objetiva” en *Estudios de Derecho Civil IV. Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Olmué, 2008*. Santiago de Chile, Editorial Legal Publishing, 2009, pp. 331 y ss.

¹⁶⁹ En realidad, la idea de una responsabilidad contractual objetiva no es nueva. Autores como Ramón Meza Barros, sostienen que el deudor responde por su simple hecho cuando, sin haber dolo o culpa, el deudor es autor de un hecho causa del incumplimiento y del consiguiente perjuicio para el acreedor, agregando que no es imputable el incumplimiento cuando es el resultado de un hecho completamente extraño al deudor, esto es, de un caso fortuito o fuerza mayor (Vid. MEZA BARROS, Ramón [n. 167], p. 257), de lo que se desprende que la ausencia de culpa no es suficiente para eximir al deudor de responsabilidad, de manera que sostener que, sin culpa, el deudor debe responder de todas formas, equivale a sostener que la culpa no es un requisito de la responsabilidad contractual, lo que objetiviza esta clase de responsabilidad. A mayor abundamiento, si el solo hecho del deudor es suficiente para imputarle responsabilidad, ello implica sostener que el factor de atribución de responsabilidad es el nexo causal, lo que es propio de una responsabilidad objetiva.

basta con acreditar que actuó con diligencia, o sea, sin culpa; sino que tendría que probar caso fortuito. Veremos qué rol desempeña la diligencia y su antónimo – la culpa – al tratar el requisito de la imputabilidad.

Por otro lado, algunos autores – como Rodríguez Grez¹⁷⁰, Tapia Suárez¹⁷¹, Abeliuk Manasevich¹⁷² y Peñailillo Arévalo¹⁷³ – exigen la concurrencia de una relación de causalidad o nexo causal entre el incumplimiento y los daños, de manera tal que sólo se responde por los perjuicios directos. Pese a que Meza Barros¹⁷⁴ y Fueyo Laneri¹⁷⁵ no mencionan expresamente este requisito, se deduce al sostener que el incumplimiento “haya causado” perjuicios al acreedor.

La mayoría de los autores¹⁷⁶ sostiene que – además – se requiere de mora del deudor, según se desprende del tenor literal del artículo 1.557 del Código Civil. Con todo, cabe tener presente que el profesor Fueyo¹⁷⁷ precisa que la constitución en mora es sólo un requisito para cobrar los perjuicios sufridos, pero no es un requisito para que proceda la indemnización, es decir, los perjuicios que se indemnizan son los que se causan desde que se produce el incumplimiento, pero sólo se pueden cobrar desde que el deudor ha sido constituido en mora. Por otro lado, el profesor Rodríguez Grez¹⁷⁸ no menciona a la constitución en mora dentro de los requisitos de la responsabilidad contractual y tampoco señala las razones por las cuales no sería procedente.

Además de los requisitos ya expuestos, el profesor Orlando Tapia¹⁷⁹ agrega que el contrato celebrado sea válido y que el contrato se haya celebrado entre la víctima y el responsable.

¹⁷⁰ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, (n. 167), p. 27.

¹⁷¹ TAPIA SUÁREZ, Orlando, (n. 52), pp. 49 y s.

¹⁷² ABELIUK MANASEVICH, René, (n. 167), T. II, p. 814.

¹⁷³ PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (n. 168), pp. 331 y ss.

¹⁷⁴ MEZA BARROS, Ramón, (n. 167), p. 256.

¹⁷⁵ FUEYO LANERI, Fernando, (n. 167), p. 361.

¹⁷⁶ MEZA BARROS, Ramón, (n. 167), p. 256; TAPIA SUÁREZ, Orlando, (n. 52), p. 50; ABELIUK MANASEVICH, René, (n. 167), T. II, p. 814; FUEYO LANERI, Fernando, (n. 167), p. 361; PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, (n. 168), p. 339.

¹⁷⁷ FUEYO LANERI, Fernando, (n. 167), p. 361.

¹⁷⁸ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, (n. 167), p. 27.

¹⁷⁹ TAPIA SUÁREZ, Orlando, (n. 52), pp. 49 y 50.

1.- EXISTENCIA DE UNA OBLIGACIÓN.

De conformidad a lo razonado a lo largo de esta tesis, la responsabilidad contractual procede cuando se incumple una obligación contractual preexistente, lo cual supone – necesariamente – la existencia de esta obligación de origen contractual; si ella no existe, falta el presupuesto básico para que exista responsabilidad contractual. Dado que ha quedado demostrado que el matrimonio es un contrato, como tal genera obligaciones contractuales¹⁸⁰.

En caso de adulterio, el artículo 131 del Código Civil señala que los cónyuges están obligados a guardarse fe; en consecuencia, por el hecho de celebrarse el contrato de matrimonio, los cónyuges contraen esa obligación.

2.- INCUMPLIMIENTO DE ESA OBLIGACIÓN.

El profesor René Abeliuk¹⁸¹ sostiene que el incumplimiento es el no pago, esto es, la falta de satisfacción íntegra y oportuna de la obligación al tenor de ella; en otras palabras, y usando los términos del artículo 1.556 del Código Civil, hay incumplimiento cuando la obligación no se cumple, se cumple imperfectamente o se retarda su cumplimiento. Sin embargo, este requisito, ha sido analizado desde dos puntos de vista distintos.

El profesor Fernando Fueyo¹⁸² lo analiza con un criterio objetivo, señalando que

¹⁸⁰ Cabe tener presente que, desde la perspectiva del denominado Nuevo Derecho de la Contratación, el contrato deja de concebirse únicamente como un instrumento creador de derechos y obligaciones, sino que se impone una noción más realista que atiende sobre todo al interés de las partes: se trata de un medio de los particulares para organizar sus propios intereses y, más precisamente, busca satisfacer los intereses de las partes; las partes, al contratar, buscan la consecución de un propósito práctico que alcanzarán a través de la ejecución del contrato, propósito que interesa en la medida en que se haya incorporado, explícita o implícitamente, a la regla contractual. Vid. VIDAL OLIVARES, Álvaro. “La Noción de Incumplimiento Esencial en el Código Civil” en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXII (Valparaíso, Chile, 1^{er} Semestre de 2009)*, pp. 226 y s. En el mismo sentido, el catedrático español Antonio M. Morales Moreno sostiene que el contrato establece y regula relaciones entre personas, creando compromisos concretos, orientados a satisfacer sus respectivos intereses; la lesión de ese interés es el supuesto del sistema de protección de la responsabilidad contractual en sentido amplio. Vid. MORALES MORENO, Antonio M. “Problemas que Plantea la Unificación del Concepto de Incumplimiento del Contrato. Respuesta a Enrique Barros” en *Derecho de Daños*. Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 201 y s.

¹⁸¹ ABELIUK MANASEVICH, René, (n. 167), T. II., p. 793.

¹⁸² FUEYO LANERI, Fernando, (n. 167), p. 361.

incumplimiento es la falta de cumplimiento del contenido de la obligación y caracteriza al acto como ilícito objetivamente, es decir, prescindiendo de toda consideración subjetiva.

El profesor Pablo Rodríguez¹⁸³ – por su parte – analiza este requisito con un criterio subjetivo, pues incluye el deber de diligencia dentro del cumplimiento. De esta manera, sostiene que la inejecución de la conducta comprometida tiene lugar cuando concurren tres elementos: la obligación asumida, la prestación y la conducta efectivamente desplegada. La obligación asumida consiste en el grado de culpa o deber de diligencia que pesa sobre el deudor. Toda obligación conlleva un determinado grado de diligencia que está dado por la culpa de la cual se responde. La prestación es la descripción del proyecto que se pretende alcanzar con el vínculo contractual. En relación a la conducta efectivamente desplegada, la prestación – en tanto proyecto que ambos contratantes pretenden alcanzar – no es más que una referencia, una meta ideal, una proyección de los resultados de la conducta debida. Por lo tanto, si la prestación se logra, esto es, se da, se hace o no se hace en los términos convenidos) la obligación se tendrá para todos los efectos por cumplida, cualquiera que sea la conducta que el deudor desplegó para lograrlo. En cambio, si la prestación no se logra, no significa ello que la obligación se ha incumplido, ya que es posible que el deudor haya desplegado la conducta debida, ejecutando todos los actos que quedan comprendidos en el nivel de diligencia y cuidado a que estaba comprometido. En consecuencia, la ausencia de la prestación hace presumir la culpa del deudor. De esta manera la inejecución de la conducta debida – señala este autor – es una cuestión objetiva que requiere la concurrencia de dos elementos: la ausencia de la prestación y la falta de la diligencia y cuidado que debe desplegar el deudor en función de la prestación; sin embargo, al incorporar la falta de diligencia dentro del incumplimiento, se aleja de una concepción objetiva para adentrarse en un criterio subjetivo.

Esta noción de incumplimiento – que podríamos llamar tradicional – está siendo objeto de revisión en el contexto del denominado Nuevo Derecho de la Contratación. De esta manera, autores como el profesor Álvaro Vidal¹⁸⁴ sostiene que la noción de

¹⁸³ Cfr. RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, (n. 167), pp. 121 y ss.

¹⁸⁴ VIDAL OLIVARES, Álvaro R. “Cumplimiento e Incumplimiento Contractual en el Código Civil: Una perspectiva más realista”. *Revista Chilena de Derecho* [online]. 2007, vol. 34, n.1 [citado 2012-06-14], pp.

incumplimiento es objetiva e inicialmente actúa al margen de la culpa o del dolo del deudor: se trata simplemente de la constatación de la falta de coincidencia entre el dato ideal, esto es, lo prometido, y el real, que corresponde a lo ejecutado por el deudor, con la consiguiente insatisfacción del interés del acreedor; se trata de toda desviación del programa de prestación objeto de la obligación, sea o no imputable al deudor, e incluye todas sus manifestaciones, incumplimiento definitivo, retraso y cumplimiento defectuoso. Así también lo entiende el catedrático español Antonio M. Morales Moreno¹⁸⁵, para quien la noción de incumplimiento debe ser considerada en forma neutra o aséptica desde el punto de vista de su imputación al deudor: sólo expresa el problema de la insatisfacción del interés del acreedor. En el mismo sentido, la profesora Nieves Fenoy¹⁸⁶ señala que para que haya incumplimiento, basta la divergencia entre lo ejecutado por el deudor y lo dispuesto en la regla contractual, sea ello excusable o no.

A partir de lo expuesto, la noción de incumplimiento desde la perspectiva del denominado Nuevo Derecho de la Contratación aparece objetivada, es decir, prescindiendo de toda consideración al fuero interno del deudor: habrá incumplimiento cuando lo ejecutado por el deudor sea diferente a lo que señalaba la regla del contrato, independientemente si esa desviación en el programa contractual se debe a culpa o dolo del deudor, o si se debe a una circunstancia completamente ajena a la voluntad de éste, produciendo – de esta manera – una insatisfacción a un interés del acreedor, que se pretendía satisfacer a través del contrato y del cumplimiento de las obligaciones que de él emanan.

En caso de adulterio, el artículo 132 del Código Civil señala que el adulterio es una grave infracción al deber de fidelidad que impone el matrimonio, de manera que resulta evidente que – cuando uno de los cónyuges comete adulterio – está incumpliendo esa obligación de guardarse fe.

41-59. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372007000100004&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-3437. doi: 10.4067/S0718-34372007000100004.

¹⁸⁵ MORALES MORENO, Antonio M., (n. 180), p. 207.

¹⁸⁶ FENOY PICÓN, Nieves. “El Incumplimiento Contractual y sus Remedios en la Propuesta Española de Modernización” en *Incumplimiento Contractual. Nuevas Perspectivas. Cuadernos de Análisis Jurídico. Colección Derecho Privado VII*. Ediciones Universidad Diego Portales. Escuela de Derecho, Santiago, 2011, pp. 31 y s.

3.- IMPUTABILIDAD DEL DEUDOR.

En general los autores sostienen que el incumplimiento tiene que ser imputable al deudor y que los factores de imputabilidad son el dolo y la culpa¹⁸⁷.

Cabe tener presente que el profesor Ramón Meza Barros¹⁸⁸ agrega – como factor de atribución de responsabilidad – el hecho del deudor, señalando que existe un simple hecho del deudor cuando, sin haber dolo o culpa, el deudor es autor de un hecho causa del incumplimiento y del consiguiente perjuicio para el acreedor¹⁸⁹.

El profesor Pablo Rodríguez¹⁹⁰ precisa que el juicio de reproche puede ser de dos clases: puede estar referido a la actitud interior del sujeto responsable (lo cual implica una calificación del fuero íntimo del dañador, a fin de descubrir cuál fue su actitud ante el deber de conducta infringido), caso en el cual hablamos de responsabilidad subjetiva, en la que los factores de atribución de responsabilidad son la culpa y el dolo, o bien, ser el resultado de la confrontación de la conducta con un resultado objetivo del cual surge directamente la responsabilidad, cualquiera que sea la posición interior del infractor, caso en el cual hablamos de responsabilidad objetiva, en la que el factor de atribución de responsabilidad es el riesgo. En la responsabilidad contractual la censura es, por lo general, subjetiva y sólo excepcionalmente es objetiva.

Conforme a lo señalado, el profesor Daniel Peñailillo¹⁹¹ sostiene que la responsabilidad contractual sería objetiva, esto es, que la imputabilidad no sería un requisito para que surja la obligación de indemnizar. En este sentido, cabe preguntarse qué rol jugaría la culpa – tan extensamente tratada en el Código – si no es un requisito de la responsabilidad contractual y, consecuentemente, qué rol cumple la diligencia. El profesor Peñailillo contesta señalando que la diligencia cumple dos funciones: por una parte cumple una función integradora de la obligación, es decir, forma parte de la prestación; de modo que si el deudor ejecuta la prestación diligentemente, ha cumplido y, por tanto, de nada

¹⁸⁷ Vid. n. 167.

¹⁸⁸ MEZA BARROS, Ramón (n. 167), p. 257.

¹⁸⁹ En esta parte, el profesor Meza señala que varias disposiciones del Código Civil habrían equiparado el hecho a la culpa del deudor, por ejemplo, los artículos 900, 906, 1671, 1826, 1925 y 1926.

¹⁹⁰ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (n. 167), pp. 141 y ss.

¹⁹¹ Vid. n. 168.

responde; y si la ejecuta sin ella (es decir, con negligencia) incumplió, y debe responder. Es el rol que cumple en las llamadas obligaciones de medio. Por otra parte, también cumple una función promotora o instrumental, que conduce a ejecutar, o sea, que permite o hace factible la prestación comprometida; esta función se presenta tanto en las obligaciones de medio como en las de resultado; en este caso, la culpa excluye el caso fortuito, lo cual impide que la obligación se extinga y se exonere al deudor de responsabilidad. De esta manera la diligencia está contribuyendo a configurar la frontera de la responsabilidad contractual: si el caso fortuito sobreviene sin culpa del deudor la obligación se extingue y el deudor queda liberado, pero si sobreviene con su culpa, no lo libera. Y esto ocurre en toda clase de obligaciones (desde luego, en las de resultado produce el efecto extintivo – liberatorio; pero también en las de medio; en éstas, si en la ejecución de la prestación el deudor actuó con culpa, no necesariamente va a responder, porque todavía puede demostrar la ocurrencia de un caso fortuito inculpable, con el efecto extintivo – liberatorio).

En el mismo sentido, el profesor Jorge Baraona¹⁹² critica la posición del profesor Rodríguez, señalando que no es posible sostener que se excluya la responsabilidad del deudor cuando se acredite que se ha cumplido con la diligencia debida, pues tal conclusión implicaría sostener que la pérdida de la cosa debida extingue la obligación y libera al deudor de toda responsabilidad cuando ella ha sido causada por un hecho que no ha podido ser impedido por el deudor empujando la diligencia debida, lo que a su turno implica afirmar que la obligación de dar una cosa específica sólo impone un deber de esfuerzo al deudor.

El tema de si la imputabilidad es o no un requisito de la responsabilidad contractual excede con creces el objeto de la presente investigación¹⁹³, de manera que no corresponde

¹⁹² BARAONA GONZÁLEZ, Jorge. “Responsabilidad Contractual y Factores de Imputación de Daños: Apuntes para una Relectura en Clave Objetiva” en *Revista Chilena de Derecho*. Vol 24, N° 1, 1997, p. 164.

¹⁹³ Con todo, cabe tener presente la opinión del autor colombiano Javier Tamayo, quien señala que se debe trabajar sobre la distinción entre obligaciones de medio y de resultado. A su juicio, en las obligaciones de medio se admite la ausencia de culpa como causal de exoneración, de manera que la culpa sería requisito de la responsabilidad contractual; en cambio, en las obligaciones de resultado sólo se admitiría la causa extraña como causal de exoneración (y en algunos casos, ni siquiera la causa extraña), de manera que la culpa no sería un requisito de la responsabilidad contractual, de lo que se colige que sería una responsabilidad objetiva (Vid. TAMAYO JARAMILLO, Javier. *Tratado de Responsabilidad de Responsabilidad Civil*. T. I, Editorial Legis, Bogotá, 2008, pp. 399 y ss.)

pronunciarse al respecto, salvo en lo estrictamente necesario para determinar qué ocurre en caso de adulterio. Según la doctrina tradicional, los factores de atribución de responsabilidad serían la culpa y el dolo.

3.1.- Culpa.

De conformidad a lo sostenido por la doctrina tradicional, se requiere de culpa en el incumplimiento para que surja la obligación de indemnizar los perjuicios causados por ese incumplimiento. Hay culpa cuando – de parte del deudor – existe falta de diligencia o cuidado¹⁹⁴ o, más precisamente, cuando falta de diligencia o cuidado que debe emplearse en el cumplimiento de una obligación¹⁹⁵. En palabras del profesor Pablo Rodríguez Grez¹⁹⁶, la culpa es un reproche jurídico que se funda en un error de conducta, que consiste en no ejecutar la actividad que hipotéticamente habría desplegado un modelo de persona cuidadosa – entendiendo como tal a aquella que se comporta como es debido – y que tiene por objeto imputar al infractor las consecuencias de sus actos.

Desde esta perspectiva tradicional, resulta difícil concebir que un cónyuge cometa adulterio por culpa, ya que cuesta creer que alguno de ellos tenga relaciones sexuales con un tercero de distinto sexo por mera negligencia.

Sin embargo, conforme a la opinión del profesor Peñailillo¹⁹⁷, la culpa no es un requisito autónomo de la indemnización, sino que es un elemento para determinar si hubo incumplimiento, pues el empleo de la debida diligencia forma parte del cumplimiento (en las obligaciones de medio) y, por otra parte, la culpa es un elemento que permite excluir el caso fortuito liberatorio (tanto en las obligaciones de medio como de resultado).

Con todo, la culpa va a estar presente – no sólo en la etapa de ejecución del contrato (como la ausencia de uno de los requisitos del cumplimiento, como lo sostiene el profesor Peñailillo) – sino que también como uno de los requisitos de la mora del deudor, toda vez

¹⁹⁴ ABELIUK MANASEVICH, René, (n. 167), T. II, p. 817.

¹⁹⁵ FUEYO LANERI, Fernando, (n. 167), p. 392 y ss.

¹⁹⁶ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (n. 167), p. 147.

¹⁹⁷ Vid. n. 168.

que – como se señalará – se trata del retardo imputable al deudor¹⁹⁸ (de conformidad a lo prescrito por el artículo 1.557 del Código Civil, si la imputabilidad es requisito de la mora del deudor, y ésta es requisito de la indemnización, indirectamente la imputabilidad sigue siendo un requisito de la indemnización de perjuicios^{199 - 200}). Sin embargo, la culpa sólo sería un requisito indirecto de la indemnización de perjuicios en las obligaciones positivas, pues la misma disposición señala que en las obligaciones negativas la indemnización se debe desde la sola contravención, ya que esta clase de obligaciones es incompatible con la mora (no puede haber retardo en el cumplimiento, sino que derechamente hay incumplimiento). Luego, como en este caso – conforme se dirá – estamos frente a una obligación negativa, que no requiere de mora, el punto que resulta discutible es precisar qué ocurre si el incumplimiento se debe a culpa del deudor.

En consecuencia, la culpa carece de trascendencia en lo que dice relación con el adulterio, pues – de conformidad con lo señalado – para la doctrina tradicional que exige la culpa como un requisito de la responsabilidad contractual, se trataría de figuras incompatibles. Con mayor razón resulta intrascendente para la teoría que sostiene que la culpa no es un requisito para que surja la obligación de indemnizar perjuicios.

3.2.- El dolo.

Hay dolo cuando – de parte del deudor – existe la intención de no pagar²⁰¹, es decir, el incumplimiento es doloso cuando constituye una previsión efectiva y real, pues nadie, ni el deudor, puede dudar del incumplimiento; se trata de obrar a sabiendas, o sea, con la

¹⁹⁸ Vid. n. 249 y ss.

¹⁹⁹ Con todo, hay autores que señalan que hay que distinguir entre indemnización compensatoria e indemnización moratoria: tratándose de la compensatoria, la mora es un requisito para que sea exigible la obligación de indemnizar perjuicios, pero dicha obligación nació antes, con el incumplimiento; en cambio, tratándose de la indemnización moratoria, la mora es un requisito para que nazca la obligación de indemnizar (Vid. ABELIUK MANASEVICH, René, (n. 167), T. II., p. 861 y s.)

²⁰⁰ De todas formas, según la tesis del profesor Tamayo, la obligación de pagar a tiempo es de resultado, de manera que el deudor sólo puede exonerarse probando una causa extraña (Vid. TAMAYO JARAMILLO, Javier, (n. 193), p. 515 y ss.); si esto es así, la culpa no sería un requisito para la indemnización de perjuicios por la mora, ya que sólo la causa extraña (y no la ausencia de culpa) exoneraría al deudor de la obligación de indemnizar.

²⁰¹ ABELIUK MANASEVICH, René, (n. 167), T. II, p. 817.

conciencia de ejecutar algo de un modo cierto, a ciencia segura. Hay dolo si el incumplimiento es perfectamente previsto y querido por el deudor, de cuyo hecho depende; estaría en manos de este último cumplir y – sin embargo – no quiere hacerlo; prefiere el resultado del incumplimiento que cumplir; conoce el daño que naturalmente sobrevendrá y, a la vez, el beneficio que ese resultado le reportará, el que constituye, casi siempre, el móvil fundamental de su conducta²⁰²; en consecuencia, el dolo es – en este ámbito – toda maquinación fraudulenta destinada a eludir el cumplimiento de una obligación²⁰³. Conforme lo señala el profesor Pablo Rodríguez²⁰⁴ los elementos del dolo son: a) la conducta autodeterminada; b) la conciencia de la ilicitud de la misma; y c) la convicción de que ella provocará inevitablemente un daño injusto, de manera que habrá un actuar doloso si existe en el agente una representación de las consecuencias del acto, pero, en cierta medida, se ha desdeñado el control que el agente tiene sobre la cadena causal y su capacidad para interrumpirla. Si se unen estos factores (*representación y control sobre la cadena causal*) resulta obvio y justo imputar el resultado a todo aquel que, sin desearlo positiva y directamente, se lo representa y no interrumpe la cadena causal pudiendo hacerlo. Esta concepción del dolo es importante, pues no la limita al denominado dolo directo, sino que comprende también al dolo eventual

En el caso del adulterio, resulta claro que se trata de un incumplimiento doloso del deber de fidelidad. En efecto, independientemente del concepto de dolo contractual que se maneje, en el adulterio hay un incumplimiento doloso; así si concebimos al dolo como la sola intención de no pagar (como la define el profesor Abeliuk²⁰⁵), o bien, como toda maquinación fraudulenta destinada a eludir el cumplimiento de una obligación (como lo señala el profesor Meza Barros²⁰⁶), éste elemento está presente en el adulterio, ya que – al cometer adulterio – el cónyuge tendrá la intención de no cumplir con su deber de fidelidad, o bien, se comportará de una cierta manera para no ser descubierto cometiendo adulterio, por ejemplo, dirá que estaba en algún lugar cuando en realidad estaba en otro, ocultará

²⁰² FUEYO LANERI, Fernando, (n. 167), p. 392 y ss.

²⁰³ MEZA BARROS, Ramón (n. 167), p. 257.

²⁰⁴ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (n. 167), pp. 149 y 157.

²⁰⁵ Vid. n. 201.

²⁰⁶ Vid. n. 203.

información, dirá que se encontraba en algún lugar donde no había señal para su teléfono celular, etc.

De esta manera, dado que esta forma de incumplimiento del deber de fidelidad será generalmente dolosa, se podrá aplicar el artículo 1.558 inc. 1º CC, esto es, que se deba indemnizar los perjuicios directos, previstos e imprevistos. Esto tiene relevancia, especialmente tratándose del daño emergente, pues éste incluirá los gastos en tratamiento psicológico para superar el daño que puede generar el hecho de descubrir el adulterio del otro cónyuge, cuestión que puede no haber sido previsible al momento de contraerse el matrimonio; lo mismo ocurrirá con el daño extrapatrimonial.

4.- DAÑOS.

No hay una definición unánime respecto a qué debe entenderse por este requisito.

Algunos autores, como los profesores Meza Barros²⁰⁷ y Rodríguez Grez²⁰⁸, restringen este concepto al daño patrimonial.

Otros, como los profesores Abeliuk²⁰⁹ y Fueyo²¹⁰ dan un concepto amplio de daño, comprensivo tanto del perjuicio material como del perjuicio moral.

En caso de adulterio, ésta será una cuestión de hecho que deberá probarse en el correspondiente juicio indemnizatorio.

Los daños a indemnizar serán los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales experimentados por el cónyuge inocente. El daño patrimonial comprenderá el daño emergente; al parecer no habría lucro cesante que indemnizar, pues no se advierte la existencia de alguna ganancia que el acreedor haya dejado de obtener a causa del incumplimiento y a la que legítimamente tenía derecho.

El problema se presenta con el daño extrapatrimonial. Tratándose del adulterio y – en general – frente a cualquiera infracción al deber de fidelidad, los daños más frecuentes serán los extrapatrimoniales y, si bien se ha discutido la procedencia de la indemnización

²⁰⁷ Cfr. MEZA BARROS, Ramón (n. 167), p. 193.

²⁰⁸ Cfr. RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (n. 167), p. 216.

²⁰⁹ Cfr. ABELIUK MANASEVICH, René, (n. 167), T. II, p. 814.

²¹⁰ FUEYO LANERI, Fernando, (n. 167), p. 363.

del denominado daño moral en caso de responsabilidad contractual, en los últimos años ha predominado en la doctrina la idea que existen importantes argumentos jurídicos que permiten hacer procedente su indemnización en sede contractual²¹¹.

4.1.- Daños que deben ser indemnizados.

De lo expuesto precedentemente, cabe preguntarse si los daños que se reparan ¿son los provenientes de los hechos que causaron el divorcio o la separación judicial, o los provenientes del divorcio o separación judicial en sí?

En este punto la doctrina permisiva se divide:

4.1.1.- Corriente que sostiene que debe indemnizarse tanto los daños causados por los hechos constitutivos del divorcio o separación judicial, como los causados por el divorcio o separación judicial en sí.

Sambrizzi²¹² reconoce que una opinión doctrinaria afirma que – tratándose de los daños provocados por el divorcio – no procedería la reparación del daño moral derivado de la sentencia de divorcio, pero sí los daños materiales derivados de una sentencia de esa naturaleza, en cuanto sean daños ciertos que constituyan una consecuencia directa de ese pronunciamiento, y estén apoyados en pruebas que demuestren sin lugar a duda su existencia y entidad; tales serían, por ejemplo y entre otros, los daños derivados de la disolución de la sociedad conyugal que se producen en forma ineludible por la sentencia. Sin embargo, sostiene que – en su opinión – son resarcibles los daños resultantes de los hechos ilícitos que llevaron a la separación o al divorcio (en este caso, los daños que provoca el adulterio), como también de los derivados del divorcio en sí mismo, debiendo indemnizarse tanto el daño material como el moral.

²¹¹ Cfr. DOMÍGUEZ HIDALGO, Carmen. “Los Derechos de la Personalidad y el Principio de la Reparación Integral del Daño” en *Estudios de Derecho Civil IV Jornadas Nacionales de Derecho Civil Olmué, 2008*. Santiago de Chile, Editorial Legal Publishing, 2009, pp. 651 y ss.

²¹² SAMBRIZZI, Eduardo, (n. 62), pp. 140 y 145.

Para Graciela Medina²¹³ las secuelas del divorcio pueden dañar afecciones legítimas de los cónyuges. La declaración del divorcio frustra todo un proyecto de vida sustentado en el matrimonio y en la familia unida; el sujeto pierde la compañía y asistencia espiritual del otro cónyuge, se ve privado de la colaboración del otro progenitor en la formación y educación de los hijos; el inocente es obligado a padecer la soledad a que lo condena el divorcio, especialmente cuando tiene cierta edad y el matrimonio ha durado un tiempo considerable, siendo en estas condiciones especialmente sentida la pérdida de afecciones; la cónyuge pierde el carácter de mujer casada y el nivel social de tal.

No cabe duda que el divorcio o la separación en su caso pueden causar daños; el punto es precisar si tales daños deben ser indemnizados por el otro cónyuge, lo cual no sería procedente, conforme se expondrá en el acápite siguiente.

4.1.2.- Corriente que sostiene que sólo deben indemnizarse los daños causados por los hechos constitutivos del divorcio o separación judicial.

Los partidarios de esta opinión sostienen que sólo son indemnizables los perjuicios causados por los hechos constitutivos del divorcio por culpa o de la separación judicial por culpa²¹⁴ y no los daños causados por el divorcio en sí, en razón de los siguientes argumentos:

4.1.2.1.- No concurren los requisitos de la responsabilidad civil.

En doctrina se discute si los daños causados por actos lícitos deben ser indemnizados o no, pero ninguna duda cabe respecto a que los daños producidos por hechos ilícitos deben ser indemnizados.

Este problema surge al tratar de dilucidar si la antijuridicidad es o no un requisito para que surja responsabilidad civil. Si decimos que lo es, no cabría la responsabilidad por los actos lícitos; en cambio, si sostenemos que no es un requisito, cabría la indemnización

²¹³ MEDINA, Graciela, (n. 74), pp. 67 y s.

²¹⁴ Vid. Nota 50.

de los perjuicios causados por actos lícitos.

Frente a este problema existen diversas opiniones:

4.1.2.1.1.- Corriente que no considera a la antijuridicidad como un requisito de la responsabilidad civil.

Un sector de la doctrina sostiene que la antijuridicidad no es un requisito de la responsabilidad, de manera que puede haber indemnización de perjuicios por actos lícitos y – en consecuencia – debieran ser indemnizados los perjuicios causados tanto por el adulterio como por el divorcio a que da lugar aquél. Esta teoría entrega los siguientes fundamentos:

4.1.2.1.1.1.- La antijuridicidad quedaría subsumida en la imputabilidad.

El profesor Enrique Barros²¹⁵ no contempla a la antijuridicidad como requisito de la responsabilidad extracontractual, pues – en su concepto – los elementos del juicio de responsabilidad por culpa o negligencia son: una acción libre de un sujeto capaz; que sea realizada con dolo o negligencia; que el demandante haya sufrido un daño, y que entre la acción culpable y el daño exista una relación causal. En efecto, a juicio de este autor la culpa civil no se distingue de la antijuridicidad o, dicho de otro modo, la antijuridicidad se identifica con la culpa, toda vez que la culpa importa la infracción de un deber de cuidado, y así puede ser entendida su conocida definición como la infracción a un deber preexistente. Como consecuencia de lo anterior, este profesor – si bien identifica causales de justificación – en su concepto, el efecto de éstas es excluir la culpa.

Esta forma de argumentar no parece razonable, pues la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad en sentido amplio se advierte a partir de la definición de ambas expresiones. En efecto la antijuridicidad supone una contradicción entre el hecho y el ordenamiento jurídico, mientras que la culpabilidad corresponde al juicio de reproche

²¹⁵ Cfr. BARROS BOURIE, Enrique, (n. 52), pp. 61, 95, 96 y 132.

que se formula a una persona quien – pudiendo actuar conforme a Derecho – por dolo (es decir, intencionalmente) o por culpa (es decir, negligentemente) no se comporta en la forma prescrita por el ordenamiento jurídico. La diferencia se advierte por cuanto la antijuridicidad es una cuestión estrictamente objetiva: basta la constatación de la contradicción entre la conducta desplegada por el agente con la conducta prescrita por la norma; en cambio, la culpabilidad corresponde a una cuestión subjetiva: es necesario que el agente haya estado en condiciones de actuar conforme a Derecho, debe haber tenido de la posibilidad de optar entre comportarse o no de acuerdo a lo prescrito por la norma, y haber elegido infringirla, ya sea en forma intencional o por negligencia.

De esta manera es posible que una conducta sea culpable – en el sentido que puede formularse un juicio de reproche a quien ejecutó la conducta, estando en condiciones de haber actuado de un modo distinto – pero jurídica, en el sentido que esa forma de actuar – aunque sea culpable – se encuentra amparada por el Derecho.

De no entenderse de este modo, se daría el absurdo que una persona resultaría obligada a indemnizar los daños causados a otra, concurriendo solamente la capacidad, el dolo o la culpa, el daño y la relación de causalidad, aunque se trate de un hecho amparado por el Derecho; por ejemplo, si una persona causa daño a otra existiendo legítima defensa, hay capacidad, probablemente habrá dolo, hay daño y relación de causalidad, pero resultaría absurdo sostener que la víctima – amparada por la legítima defensa – se encontrase obligada a indemnizar los daños causados a su agresor, como consecuencia del hecho constitutivo de legítima defensa; lo mismo cabría concluir respecto de lo que ocurre en ciertos deportes, como el boxeo y algunas artes marciales, en los que el objetivo del juego es causar daño al contendor, se trata de hechos que causan daños, probablemente cometidos con dolo (claramente hay una intención positiva de causar injuria o daño a la persona del otro), pero si no generan la obligación de indemnizar – al menos mientras se practiquen de conformidad a las reglas del juego – es porque falta el elemento antijuridicidad, toda vez que se trata de hechos amparados por el Derecho.

4.1.2.1.1.2.- La historia fidedigna del establecimiento de la ley.

Nuestro Código Civil es seguidor del sistema de responsabilidad civil del *Code*, inspirado en las enseñanzas de Domat y Pothier, que establece una cláusula general de responsabilidad basado en el criterio de la culpa. Estos ilustres juristas no conocieron el concepto de antijuridicidad antes analizado, ya que la distinción de ésta como categoría jurídica comienza con una discusión tenida a su respecto por Merkel e Jhering durante la segunda mitad del siglo XIX²¹⁶.

Éste no es un buen argumento; no es posible sostener que – por el hecho que la noción de antijuridicidad sea posterior a la dictación del Código Civil – deba prescindirse de ella. En efecto, son innumerables las situaciones que nuestro legislador no contempló, pero que – en la actualidad – indiscutiblemente forman parte de nuestro sistema jurídico; piénsese, por ejemplo; lo que ocurre con la indemnización del daño moral, pese a que la procedencia de su indemnización se discute (aunque cada vez menos) en sede contractual, desde antiguo fue aceptada en sede extracontractual; en este sentido, es posible sostener que la indemnización de daños extrapatrimoniales nunca estuvo en la mente de los legisladores decimonónicos, pero – de todas formas – la evolución del Derecho ha acogido su reparación por la vía jurisprudencial²¹⁷.

4.1.2.1.1.3.- La importancia que se le da al elemento daño.

El epicentro de la responsabilidad civil extracontractual se encuentra indiscutiblemente en el elemento daño. Bajo esta perspectiva, vemos como los ordenamientos, no obstante su diversa conformación como sistemas típicos y atípicos, han avanzado hacia un mismo norte: dar mayor protección al dañado, imponiéndole el peso de cargar con el perjuicio sufrido sólo cuando el dañante esté amparado por una causal de justificación del hecho lesivo²¹⁸.

²¹⁶ CÉSPEDES MUÑOZ, Carlos, (n. 176), p. 634.

²¹⁷ DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, (n. 67), p. 262.

²¹⁸ CÉSPEDES MUÑOZ, Carlos, (n. 176), p. 635.

Pese a la importancia que se le da en la actualidad al elemento daño, no puede llegarse al extremo de sostener que absolutamente todo daño debe ser indemnizado, pues – el solo hecho de reconocer la existencia de causales de justificación – implica reconocer que hay daños que quedan sin indemnizar.

4.1.2.1.1.4.- La supresión de la antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad extracontractual de los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil.

Se ha pretendido prescindir de una mención expresa de la noción de antijuridicidad, porque en el ámbito comparado aporta más problemas que soluciones, toda vez que en algunos ordenamientos se considera como desvalor del resultado, mientras que en otros se entiende como desvalor de la conducta; por otra parte – en los ordenamientos que adoptan un sistema subjetivo – culpa y antijuridicidad se distinguen o se confunden, dependiendo de dónde se centre la noción de desvalor²¹⁹.

Si bien puede ser efectivo que se busque prescindir de mencionar expresamente a la antijuridicidad, ello no implica que – efectivamente – se prescinda de ella, pues – como reconoce el mismo autor²²⁰ – al permitir que se tengan en cuenta circunstancias subjetivas que justifican la desviación del estándar de conducta exigible en un determinado grupo de sujetos, ello implica reconocer que determinadas conductas – no obstante causar daño – no darán lugar a la indemnización de perjuicios, pues se encuentran amparadas por el ordenamiento jurídico, es decir, no son contrarias a Derecho.

4.1.2.1.2.- Corriente que considera tácitamente a la antijuridicidad como un requisito de la responsabilidad civil.

²¹⁹ CÉSPEDES MUÑOZ, Carlos. “La Antijuridicidad: ¿Presupuesto de la Responsabilidad Civil Extracontractual en el Ordenamiento Chileno?”, en *Estudios de Derecho Civil V. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Concepción, 2009*, Santiago, Editorial Legal Publishing, 2010, p. 636.

²²⁰ Vid. CÉSPEDES MUÑOZ, Carlos, (n. 219), p. 637.

Para el profesor René Abeliuk²²¹, los requisitos de la responsabilidad extracontractual son una acción u omisión del agente; culpa o dolo de su parte; la no concurrencia de una causal de exención de responsabilidad; capacidad del autor del hecho ilícito; daño a la víctima, y relación de causalidad entre la acción u omisión culpable o dolosa y el daño producido.

Este autor no se refiere directamente a la antijuridicidad como requisito de la responsabilidad extracontractual, pero indirectamente sí la contempla, al referirse a la capacidad del autor del hecho ilícito, es decir, exige que se trate de un hecho ilícito y – por tanto – contrario a Derecho; además, señala que no debe concurrir una causal de exención de responsabilidad, lo que supone que no concurra alguna circunstancia que justifique la acción u omisión del agente, es decir, que no concurra alguna circunstancia prevista por el ordenamiento jurídico, que torne el hecho en una conducta amparada por el Derecho.

4.1.2.13.- Corriente que expresamente considera a la antijuridicidad como requisito de la responsabilidad civil.

El profesor Hernán Corral²²² expresamente exige la concurrencia de la antijuridicidad como requisito de la responsabilidad aquiliana, señalando que se trata un requisito autónomo e independiente de la culpabilidad y del daño.

El profesor Álvaro Quintanilla²²³ precisa que la antijuridicidad es un requisito de toda responsabilidad civil, sea contractual o extracontractual, es decir, tanto en la responsabilidad contractual como en la extracontractual existe un hecho antijurídico que genera la responsabilidad; la diferencia es que en la responsabilidad contractual, se trata del incumplimiento a un deber acotado: el deber de cumplir el contrato; en cambio, en la responsabilidad extracontractual, se trata del incumplimiento a un deber genérico: el deber de no causar daño a otro (*Alterum non Lædere*).

Se puede definir la antijuridicidad como la contradicción entre una determinada

²²¹ Cfr. ABELIUK MANASEVICH, René, (n. 167), T. I, p. 216.

²²² CORRAL TALCIANI, Hernán, (n. 52), p. 118.

²²³ QUINTANILLA PÉREZ, Álvaro. “¿Responsabilidad del Estado por Actos Lícitos?” en *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*. N° 1. Santiago de Chile, 2000, pp. 58 y s.

conducta y el ordenamiento normativo considerado en su integridad²²⁴.

Para defender la autonomía de la antijuridicidad como requisito de la responsabilidad civil, el autor argentino Alberto Bueres²²⁵ comienza señalando que, en el ámbito de la responsabilidad civil, la antijuridicidad está dada por la trasgresión al Principio *alterum non lædere* de forma injustificada. El principio del *alterum non lædere* estaría consagrado en el artículo 1.109 del Código Civil argentino²²⁶, recogiendo un sistema de atipicidad o tipicidad en blanco, esto es, que los preceptos legales contienen una cláusula general, la cual puede aplicarse a todos los supuestos de daños resarcibles.

Por su parte, cláusula general significa que es expresión de una técnica legislativa incompleta, la cual, antes que preveer completamente una *fattispecie abstracta*, consagra una directiva destinada a concretarse, mediante la formación de una regla por parte de la jurisprudencia que se aplicará a los casos puntuales. En otras palabras, el no dañar a otro que informa el artículo 1109 y concordantes del Código Civil argentino, en tanto norma primaria que contiene una cláusula general, se va a particularizar o concretar por el análisis judicial, a base del auxilio de una norma o normas, o de valores, o principios del ordenamiento, sea que la actividad de mérito se refiera a intereses ya considerados como idóneos para su protección, bien que se los descubra (*ex novo*) en las entrañas del ordenamiento.

De lo anterior se deriva que la antijuridicidad es un elemento constitutivo de la responsabilidad civil, porque si la antijuridicidad es un requisito obstativo o negativo cuando hay causas de justificación, es lógico entender que si no las hay, tal antijuridicidad es positiva o constitutiva; en otras palabras, si una conducta autorizada es justa, vale decir, no injusta – no antijurídica –, resulta claro que si no está autorizada es injusta (antijurídica). Es por esta razón que este autor define la responsabilidad civil como la obligación de reparar un daño injusto causado a otro.

Cabe tener presente que este autor argentino reconoce que hay casos de

²²⁴ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, (n. 52), p. 131.

²²⁵ BUERES, Alberto. *Derecho de Daños*. Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2001, pp. 473 y ss.

²²⁶ El artículo 1.109 inciso 1º del Código Civil argentino dispone “*Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio. Esta obligación es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos del derecho civil*”.

responsabilidad civil por actos lícitos, pero éstos son excepcionales y – por ende – requieren de un texto legal expreso.

De razonarse de otro modo, esto es, si negásemos la presencia del *alterum non lædere* en el trasfondo del ordenamiento jurídico, como cláusula general, habría que aceptar otra regla: es lícito dañar mientras una norma no prohíba un daño concreto.

Corroborar la exigencia de la antijuridicidad como requisito de la responsabilidad civil, el hecho que la doctrina haya podido identificar diversas causales de justificación, las cuales no hacen sino impedir que nazca este requisito, de manera que – como el hecho pasa a estar amparado por el Derecho – hace improcedente una demanda de indemnización de perjuicios.

En este orden de ideas, los autores coinciden en que son causales de justificación la legítima defensa, el estado de necesidad y el ejercicio legítimo de un derecho²²⁷, aunque para algunos excluye la ilicitud²²⁸, mientras que para otros excluye la culpabilidad²²⁹. Por su parte, el profesor Corral²³⁰ identifica otras circunstancias que excluyen la ilicitud, como son, la ignorancia o error respecto del hecho dañoso si en las mismas circunstancias un hombre prudente hubiere incurrido en ella o él, y la *exceptio veritatis* en los daños causados a la honra; el profesor Enrique Barros²³¹ identifica – por su parte – el consentimiento de la víctima; mientras que el profesor Pablo Rodríguez Grez²³² identifica como causales de justificación la legítima defensa; el estado de necesidad; el hecho de haber obrado por una fuerza irresistible o impulsado por un medio insuperable, y el actuar en ejercicio legítimo de un derecho.

Pese a que el profesor Barros²³³ sostiene que estas causales excluyen la culpabilidad (que, en su concepto, cubre los requisitos objetivos que debe cumplir el acto del demandado para que haya lugar a responsabilidad), pareciera ser que ello no es así, porque la exclusión de la culpabilidad se produce sólo por la ausencia de culpa o dolo; en otras palabras, siendo

²²⁷ CORRAL TALCIANI, Hernán, (n. 52), pp. 127 y ss; BARROS BOURIE, Enrique, (n. 52), pp. 134 y ss.; RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, (n. 52), pp. 153 y ss.

²²⁸ CORRAL TALCIANI, Hernán, (n. 52), p. 127.

²²⁹ BARROS BOURIE, Enrique, (n. 52), p. 134.

²³⁰ CORRAL TALCIANI, Hernán, (n. 52), pp. 127 y ss.

²³¹ BARROS BOURIE, Enrique, (n. 52), p. 134.

²³² Cfr. RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, (n. 52), pp. 153 y ss.

²³³ BARROS BOURIE, Enrique, (n. 52), p. 132.

la culpabilidad (en sentido amplio) un requisito para que surja la obligación de indemnizar, basta con que no haya culpa (ausencia de culpa) para que dicha obligación nazca, siendo irrelevante establecer causales de exclusión de la culpabilidad, porque – de razonarse de otro modo – frente a la ausencia de culpa por causales distintas a las señaladas, sólo cabría dos situaciones, ambas absurdas: la primera es que las demás causales que excluyen la culpa también impidan el nacimiento de la obligación de indemnizar, caso en el cual no tendría ningún sentido establecer causales específicas de exclusión de la culpa; la segunda, que las demás causales que excluyen la culpa no impidan el nacimiento de la obligación de indemnizar, caso en el cual debiéramos concluir que la culpabilidad en sentido amplio no es un requisito de la responsabilidad extracontractual.

De lo expuesto se desprende que la antijuridicidad es un requisito de la responsabilidad civil y, siendo así, el divorcio y la separación judicial son hechos lícitos, pues se encuentran regulados por el Derecho, de manera tal que – en sí – no pueden generar responsabilidad civil, a menos que existiera un texto legal expreso que así lo señalare.

Vidal Taquini²³⁴ señala que esta corriente de opinión, que distingue entre daños derivados de los hechos constitutivos de la o las causales de divorcio, y daños derivados del divorcio en sí, sostiene que para su procedencia cabe partir del principio general en materia de responsabilidad civil contenido en el artículo 1.109 del Código Civil argentino y – una vez aceptado que toda causal de divorcio involucra un hecho ilícito civil – corresponderá hacer aplicación de las disposiciones de los artículos 1.068, 1.077, 1.078, y concordantes del mismo cuerpo legal, y aunque los deberes matrimoniales no sean obligaciones de contenido patrimonial, su violación ocasiona un daño, por lo que el perjuicio indemnizable está representado por la apreciación material del daño, a pesar de que el contenido del deber fuese, en su origen, extramatrimonial, debiéndose aplicar analógicamente el artículo 225 del mismo Código, por tratarse de la situación similar²³⁵.

²³⁴ VIDAL TAQUINI, Carlos, (n. 39), pp. 474 y s.

²³⁵ El artículo 1.109 inc. 1º CC argentino señala *“Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio. Esta obligación es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos del derecho civil”*. El artículo 1.068 CC argentino dispone *“Habrá daños siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades”*. El artículo 1.077 CC argentino señala *“Todo delito hace nacer la obligación de*

En el mismo sentido se manifiesta Blengio Brito²³⁶, para quien el divorcio en sí no puede generar ningún tipo de responsabilidad patrimonial, puesto que es un hecho lícito, opinión compartida por el profesor Francisco Herane²³⁷, toda vez que falta la antijuridicidad; en efecto, el divorcio es una solución que la ley suministra; el ordenamiento jurídico otorga el derecho a solicitar y obtener una sentencia de divorcio, de manera que ninguna acción antijurídica implica su ejercicio.

El profesor Gabriel Hernández²³⁸ va más allá, señalando que – en caso de divorcio – no concurren los requisitos de la responsabilidad civil. En efecto, como el divorcio emana directamente de una demanda y la deducción de una acción judicial, no puede entenderse como culpable y contraria a Derecho, ya que nadie está obligado a permanecer casado; y atendido que las causas inmediatas del divorcio en sí mismo son la demanda y la sentencia, no hay imputabilidad, antijuridicidad ni relación de causalidad y, por tanto, no puede haber responsabilidad civil.

4.1.2.2.- La Teoría de los Actos Propios.

De conformidad a los artículos 26 inciso 2º y 56 inciso 2º de la Ley Nº 19.947, la titularidad de la acción de divorcio, en caso de divorcio culpable, corresponde exclusivamente al cónyuge inocente. En consecuencia, dicho cónyuge contaría con dos acciones: la acción de divorcio o separación judicial y la acción indemnizatoria. Si fuesen indemnizables tanto los daños causados por los hechos constitutivos de la causal de divorcio o separación judicial, como los daños causados por el divorcio o separación judicial en sí, resultaría que el cónyuge inocente podría demandar la indemnización de los

reparar el perjuicio que por él resultare a otra persona". El artículo 1.078 CC argentino dispone "*La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima. La acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos*". El artículo 225 CC argentino dispone "*El cónyuge de buena fe puede demandar, por indemnización de daños y perjuicios al de mala fe y a los terceros que hubiesen provocado el error, incurrido en dolo o ejercido la violencia*".

²³⁶ BRITO, Blengio y otros, vid. n. 130, p. 30.

²³⁷ HERANE VIVES, Francisco, (n. 163), p. 189.

²³⁸ HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel, (n. 65), p. 29.

daños causados por un divorcio o separación que él mismo provocó, lo que atenta ostensiblemente contra la Teoría de los Actos Propios. El tema resulta discutible desde todo punto de vista, pues si una persona ha demandado el divorcio o la separación, ¿cómo podría justificarse que – con posterioridad – esa misma persona esté demandado indemnización de perjuicios por un hecho (el divorcio o separación) que él mismo provocó?

Mauricio Mizrahi²³⁹ apunta que no procede la indemnización de los daños causados por el divorcio en sí mismo, por cuanto se estaría ante una situación en que el reclamo se pretende por quien demandó o reconvino pidiendo y finalmente obteniendo el divorcio; a ese cónyuge le causaba más daño la situación de convivencia matrimonial que el divorcio. En consecuencia, el divorcio es – para el cónyuge inocente – una situación menos gravosa que la convivencia matrimonial. De esta manera, el divorcio no es fuente de daños; es más un remedio que una situación dañosa, porque el daño moral, si de tal se trata, se provocó antes, con las conductas que se imputan al culpable.

Como expresa el autor Raúl Díez Duarte²⁴⁰, la teoría o doctrina de los actos propios – que se traduce en el principio *venire contra factum proprium non valet* – establece que a nadie es lícito hacer valer un derecho civil o procesal en contradicción con su anterior conducta jurídica. Esta doctrina encuentra su fundamento en el principio de contradicción, que es relevante en lógica deductiva.

A juicio de este profesor, la teoría de los actos propios estaría consagrada en el artículo 1.683 CC, el cual sería de aplicación general, toda vez que el principio de lógica deductiva que contiene es trascendental, tanto en el aspecto civil como en el procesal; a mayor abundamiento, dicha disposición consigna la sanción al que transgrede el principio de contradicción, pilar fundamental de todo acto volitivo y ejecutado de buena fe.

En consecuencia, no resulta posible que el cónyuge inocente – que es quien demandó el divorcio o separación – pueda pretender que se le indemnicen los perjuicios causados por el divorcio que él mismo provocó.

²³⁹ MIZRAHI, Mauricio, (n. 77), p. 501.

²⁴⁰ DÍEZ DUARTE, Raúl, (n. 15), p. 365 y s.

4.1.2.3.- La titularidad de la acción indemnizatoria.

De sostenerse que son indemnizables los daños causados por el divorcio o la separación judicial en sí, se podría llegar al absurdo de señalar que el cónyuge que dio motivo al divorcio o separación por su culpa, también podría ser titular de la acción indemnizatoria. En efecto, estaríamos razonando sobre la base que la antijuridicidad no es un requisito para que surja la responsabilidad civil, de manera que – como el divorcio o la separación judicial no constituyen un incumplimiento contractual – serían aplicables las reglas de la responsabilidad extracontractual. En este sentido, el cónyuge inocente sería imputable; como provocó el divorcio o la separación habría que entender que de su parte hubo dolo o, a lo menos, culpa; habría daños y un nexo causal. En consecuencia, si el divorcio o la separación causó daños al cónyuge culpable, éste podría demandar la indemnización de tales perjuicios, lo que resulta – a todas luces – contrario a los principios que informan nuestro ordenamiento jurídico, especialmente el principio del *nemo auditur*.

4.2 ¿Puede demandarse indemnización de perjuicios y no el divorcio o la separación?

El cónyuge inocente es titular de dos acciones: la de divorcio (o de separación judicial personal) y la indemnizatoria. El problema que se puede presentar consiste en determinar si dicho cónyuge debe ejercer ambas acciones o si puede demandar solamente la indemnización de perjuicios y no el divorcio o separación.

Pareciera ser que ambas acciones son independientes, de manera que se pueden ejercer en forma separada y – por lo tanto – se podría demandar la indemnización de perjuicios y no el divorcio o separación.

Con todo, apunta María Inés Varela de Motta²⁴¹ – de demandarse exclusivamente la indemnización de perjuicios y no el divorcio o la separación judicial personal – es porque, en rigor, el cónyuge inocente no ha sufrido daños; si el cónyuge inocente no inicia el juicio

²⁴¹ VARELA DE MOTTA, María Inés et al., (n. 130), p. 30.

de divorcio o de separación judicial es porque obtiene una gratificación mayor permaneciendo junto a su cónyuge. Entonces no hay daño, y si lo hubo, se compensó con la situación en que quiere permanecer. También puede ocurrir que en el caso de adulterio, la mujer consiente, o no quiere divorciarse; si no le molesta, no hay daño; si le molesta y no se quiere divorciar, hay claramente una remisión, puede haber un derecho de resarcimiento, pero ella lo renuncia. Si a ella le molesta y le daña, y decide perdonar y no divorciarse, no hay daño; el daño tiene que ser real como todo daño²⁴².

En rigor, pareciera ser que el problema realmente se presenta cuando los cónyuges continúan viviendo juntos después de descubrirse el adulterio de uno de ellos y el cónyuge inocente sólo demanda la indemnización de perjuicios al culpable, toda vez que esta forma de razonar pugna con la moral, pues da a entender que – en este supuesto – el cónyuge inocente efectivamente está lucrando con su miseria, en el sentido que sólo busca la indemnización, siendo indiferente lo que ocurra con su vida conyugal. En este sentido, cabe tener presente que el artículo 132 del Código Civil, al definir qué se debe entender por adulterio, parte señalando – en su inciso primero – que constituye una infracción grave al deber de fidelidad. Luego, si no obstante existir y haberse tomado conocimiento del adulterio, los cónyuges siguen viviendo juntos, pareciera ser que el cónyuge inocente no sufrió daño alguno, o bien, éste no tiene la magnitud suficiente como para autorizar una demanda indemnizatoria

Por otra parte, no existe un deber jurídico de divorciarse o de demandar la separación judicial presentada que sea una causal para ello; también existe la figura de la separación de hecho²⁴³, la cual está reconocida por nuestro ordenamiento jurídico y de la cual no es posible inferir algún tipo de perdón o remisión.

Con todo, se presenta un inconveniente de carácter práctico cuando los cónyuges están casados en régimen de sociedad conyugal. Si el cónyuge inocente sólo demanda la indemnización de perjuicios, podrían darse dos situaciones, claramente absurdas:

1.- Que el cónyuge inocente fuese la mujer. Ella demanda la indemnización de perjuicios al marido, pero como se trata de la adquisición de un bien mueble durante la

²⁴² SAYAGUÉS ARECO, Enrique et al., vid n. 130, p. 31.

²⁴³ El Párrafo 1º del Capítulo III de la Ley N° 19.947, artículos 21 a 25, se refiere a la separación de hecho.

vigencia de la sociedad conyugal, ingresaría al haber social, por lo que la indemnización la paga el marido y sería administrada por el marido²⁴⁴.

2.- Que el cónyuge inocente fuese el marido. Demanda a la mujer; ella tiene que responder con su patrimonio propio, el cual es administrado por el marido.

5.- RELACIÓN DE CAUSALIDAD ENTRE EL INCUMPLIMIENTO Y LOS DAÑOS.

Para el profesor René Abeliuk²⁴⁵ no existen diferencias sustanciales entre la causalidad contractual y la extracontractual, pues – entre el incumplimiento y el daño – debe existir una relación de causa a efecto, en los mismos términos que entre el hecho ilícito y el daño en la responsabilidad extracontractual, y en ambas lleva a la eliminación de los perjuicios indirectos de entre los indemnizables.

Frente dicha opinión, el profesor Pablo Rodríguez²⁴⁶ sostiene que, si bien debe existir una relación de causa a efecto entre el incumplimiento y el daño, y que la causalidad jurídica es distinta de la causalidad física, aunque ambas se encuentran vinculadas, de manera tal que – para conceptuar la relación de causalidad en el ámbito jurídico – es necesario unir a la causalidad material o física los ingredientes de la causalidad jurídica, de suerte que esta última resulta de la combinación de ambos elementos, quedando de esta manera establecido que la relación de causalidad une dos términos de diversa índole: por una parte, la causalidad física (no hay causalidad en ausencia del hecho que genera el daño) y el factor de imputación (culpa, dolo o riesgo), difiere de la opinión del profesor Abeliuk, toda vez – a su juicio – la relación de causalidad en sede extracontractual es distinta a la que se da en sede contractual. En efecto, en sede extracontractual, se inclina por sostener que se debe hacer prevalecer la causalidad física para resolver el problema ontológico (escoger las condiciones observables para precisar la causa), y la causalidad jurídica, en cuanto juicio de probabilidad razonable, para resolver el problema gnomológico (determinar la posibilidad de un efecto según el desenvolvimiento de las leyes del mundo

²⁴⁴ El profesor Eduardo Court Murasso señala que en el caso de una indemnización por daño moral o corporal, por consistir en dinero, la indemnización ingresa al haber relativo de la sociedad conyugal, (n. 11), p. 136.

²⁴⁵ ABELIUK MANASEVICH, René, (n. 167), T. II, p. 815.

²⁴⁶ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, (n. 52), pp. 267 y s.

de la naturaleza)²⁴⁷. En cambio, en sede contractual, de las distintas teorías que tratan de explicar la relación de causalidad, el profesor Rodríguez se inclina por la teoría de la causa necesaria señalando que la causa principal y necesaria del daño contractual radica en el incumplimiento, esto es, en el hecho de no desplegarse por parte del deudor la conducta debida y descrita en el contrato; los daños están referidos a las metas descritas en el contrato, los cuales pueden agravarse o atenuarse, pero no diversificarse, y la concurrencia de otras causas imprevistas justificativas del daño (concausas) sólo agravan el incumplimiento doloso (responsabilidad por daños imprevistos), nunca el incumplimiento culpable (responsabilidad por daño previsto). En consecuencia, el problema causal en la responsabilidad contractual se resuelve con el simple expediente de suprimir mentalmente el incumplimiento de la relación obligacional: si el daño perdura, el incumplimiento no es la causa del mismo; en caso contrario, la causa del efecto dañoso es el incumplimiento²⁴⁸.

En caso de adulterio, es una cuestión de hecho que deberá probarse en el correspondiente juicio indemnizatorio.

Cabe tener presente que – conforme a lo señalado – sólo se indemnizarán los daños que sean consecuencia del adulterio, mas no los que sean efecto del divorcio en sí.

6.- MORA DEL DEUDOR.

El artículo 1.557 del Código Civil exige la constitución en mora del deudor para que éste deba la correspondiente indemnización de perjuicios o, si la obligación es de no hacer, la sola contravención.

El Código no ha dado una definición de mora del deudor y los autores²⁴⁹ señalan – en general – que requiere de retardo o tardanza en el cumplimiento de una obligación, retardo que debe ser imputable al deudor y que debe persistir después de haber sido requerido por el acreedor. El profesor René Abeliuk²⁵⁰ precisa que la mora del deudor se

²⁴⁷ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, (n. 167), pp. 397 y s.

²⁴⁸ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, (n. 52), pp. 276 y s.

²⁴⁹ MEZA BARROS, Ramón, (n. 167), p. 283; ABELIUK MANASEVICH, René, (n. 167), T. II., p. 854; FUEYO LANERI, Fernando, (n. 167), p. 440; TAPIA SUÁREZ, Orlando, (n. 52), p. 100.

²⁵⁰ ABELIUK MANASEVICH, René, (n. 167), T. II., p. 854.

define como retardo – y no como incumplimiento – por cuanto este retardo puede significar un incumplimiento definitivo, o meramente un atraso del deudor. Al momento de la constitución en mora ello se ignora, y por eso hablamos de retardo.

Tratándose del adulterio, éste no requiere de la mora del deudor, puesto que – conforme lo expresa el artículo 1.557 del Código Civil - tratándose de una obligación de no hacer, la indemnización de perjuicios se debe desde la contravención. En este sentido, como el denominado deber de fidelidad importa toda una forma de comportarse que deben observar los cónyuges frente a terceros, que no implique o permita presumir una relación que exceda la meramente amistosa o propia del trato social, en términos que pueda llegar a lesionar la reputación o los sentimientos del otro cónyuge; en el fondo, este deber implica que en el comportamiento que deben observar los cónyuges frente a terceros, no se pueda colegir que existe algún tipo de sentimiento que exceda de una mera relación de amistad²⁵¹, claramente constituye una obligación de no hacer y, por lo tanto, en caso de adulterio – que es una infracción grave de ese deber – bastaría la sola contravención, es decir, la comisión del adulterio, para que surgiera la obligación de indemnizar.

En síntesis, podemos advertir que, si uno de los cónyuges comete adulterio, concurren todos los requisitos que exige la ley para que nazca la obligación de indemnizar los perjuicios causados al otro cónyuge de conformidad al estatuto de la responsabilidad contractual. En efecto, existe una obligación (guardarse fe), el incumplimiento de esa obligación (el adulterio, de acuerdo a la definición legal), imputabilidad (existe culpa o dolo, si se estima que es un requisito de la responsabilidad contractual), habría daños y relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño (estos dos últimos requisitos corresponden a cuestiones de hecho que habrá que analizar caso a caso si concurren o no). Como ya ha quedado demostrado que la acción indemnizatoria que nace del adulterio debe ejercerse de conformidad a las reglas del estatuto de la responsabilidad contractual, pues concurren todos los requisitos de esta última, corresponde determinar – finalmente – cuál es el Tribunal competente para conocer de dicha acción indemnizatoria.

²⁵¹ OPAZO GONZÁLEZ, Mario, (n. 44), p. 43.

CAPÍTULO CUARTO: DEL TRIBUNAL COMPETENTE PARA CONOCER DE LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA.

Habiéndose establecido la procedencia de la acción indemnizatoria en caso de adulterio, de conformidad al estatuto de la responsabilidad contractual, surge la pregunta respecto a cuál es el Tribunal competente para conocer de esa acción, si los Tribunales Civiles o si los Tribunales de Familia.

1.- OPINIÓN QUE SOSTIENE QUE SON COMPETENTES LOS TRIBUNALES DE FAMILIA.

Se ha señalado que el Tribunal competente para conocer de una eventual acción indemnizatoria por infracción a los deberes conyugales serían los Tribunales de Familia. Para sostener esta posición, se han señalado los siguientes argumentos:

1.1.- Es el Tribunal mejor instruido de los hechos.

El profesor Francisco Herane²⁵² señala que el Tribunal de Familia es el que va a conocer de la causa del divorcio vincular y será quien, por tanto, conozca los motivos de dicha separación. Otros fundamentos que se pueden esgrimir para lo anterior son básicamente razones de economía procesal y el principio de la acumulación de materias, principio que rige en materia de familia.

No es efectivo que el Tribunal de Familia sea el tribunal mejor instruido de los hechos. No hay ningún antecedente que permita sostener que – por el hecho de haber conocido de la causa de divorcio o de separación judicial – realmente conozca mejor los hechos que motivaron el divorcio. Este argumento resulta falaz, pues la prueba que se debe rendir en materia de familia es distinta de la que se debe rendir en un juicio indemnizatorio; esto se desprende de los requisitos exigidos en cada uno de estos juicios.

En este sentido, cabe tener presente que la diferencia entre los requisitos de la

²⁵² HERANE VIVES, Francisco, (n. 163), p. 193.

responsabilidad contractual y del divorcio culpable son evidentes. En efecto, al referirse a la “falta imputable”, los autores dicen que “imputable” quiere decir “culpable”, de manera tal que si, por ejemplo, uno de los cónyuges sufre un grave accidente que lo deja parapléjico, tal hecho puede hacer intolerable la vida en común, pero no configura causal de divorcio²⁵³; que la imputabilidad implica un juicio de atribución de la conducta reprochable al cónyuge que incurra en ella, en un vínculo causal entre la conducta u omisión y el resultado de la falta²⁵⁴, y que la exigencia de imputabilidad presupone la capacidad en el cónyuge que incurre en ella, sobre todo, en el ámbito de una voluntad libremente determinada, de manera que, por ejemplo, un acto realizado o una omisión en la que ha incurrido un cónyuge, que ha caído en demencia con posterioridad a la celebración del matrimonio, no cumple con esta exigencia de la imputabilidad²⁵⁵.

Sin embargo, cuando la ley enumera de forma no taxativa diversos supuestos constitutivos de divorcio – sanción, resulta a lo menos discutible que ellos respondan a una falta imputable. Para estos efectos, vamos a analizar dos casos de los mencionados en el inciso segundo del artículo 54 de la Ley N° 19.947:

1.1.- Conducta homosexual.

El artículo 54 inciso segundo de la Ley N° 19.947 señala que “*Se incurre en dicha causal, entre otros casos, cuando ocurre cualquiera de los siguientes hechos: 4° Conducta homosexual;*”. Sin embargo, los autores cuestionan que se trate de una falta imputable a alguno de los cónyuges, pues – como señalan Barrientos y Novales²⁵⁶ – pareciera ser que la ley ha efectuado una cierta y previa atribución de responsabilidad por la conducta homosexual, sin considerar que es posible que, en muchas situaciones, la referida conducta no pueda ser calificada como una falta imputable, sino como una consecuencia de causas, biológicas o psicológicas, respecto de la cual no puede realizarse un juicio de reproche al

²⁵³ RAMOS PAZOS, René, (n. 5), T. I., p. 102.

²⁵⁴ LÓPEZ DÍAZ, Carlos, (n. 25), T. I, p. 268.

²⁵⁵ BARRIENTOS GRANDÓN, Javier y NOVALES ALQUÉZAR, Aránzazu, (n. 10), p. 364.

²⁵⁶ BARRIENTOS GRANDÓN, Javier y NOVALES ALQUÉZAR, Aránzazu, (n. 10), p. 376.

cónyuge que la manifiesta. Por su parte, López Díaz²⁵⁷ apunta que el homosexual tiene el pleno derecho de contraer matrimonio, y no se advierte cómo su calidad – que no fue elegida por él – implique una espada de Damocles que, de ser mal interpretada por los tribunales, puede implicar la destrucción de su proyecto personal de realizarse como persona, de manera que si es posible sostener que tal condición no es elegida, no puede ser objeto de algún juicio de reproche. Para Hernández Paulsen²⁵⁸ la conducta homosexual – que es una orientación sexual – y el alcoholismo o drogadicción – que son enfermedades – ni siquiera son atribuibles a culpa.

1.2.- Alcoholismo o drogadicción.

El artículo 54 inciso segundo de la Ley N° 19.947 señala que “*Se incurre en dicha causal, entre otros casos, cuando ocurre cualquiera de los siguientes hechos: 5° Alcoholismo o drogadicción que constituya un impedimento grave para la convivencia armoniosa entre los cónyuges o entre éstos y los hijos*”. En este caso, los autores también se preguntan si estamos o no frente a una falta imputable al otro cónyuge, puesto que se trata de una enfermedad.

Así, Barrientos y Novales²⁵⁹ han señalado que la Ley N° 19.947 ha eliminado la referencia al calificativo de “vicio” que establecía la antigua Ley de Matrimonio Civil, y ha optado simplemente por la referencia al “alcoholismo” y “drogadicción”, que hoy día son tenidas como enfermedades. Por su parte, el profesor Del Picó²⁶⁰ también ha señalado que esta causal es discutible en lo que respecta a la relación vinculante culpable o dolosa del cónyuge con las sustancias indicadas, toda vez que la adicción a las drogas o el alcoholismo son consideradas como patologías. En tal sentido, el cónyuge que abandona al otro por estar afectado por una patología bien podría a su vez ser requerido como infractor del deber de ayuda y socorro en estado de necesidad. Por ello, se debe entender que aplica no como causal basada en una culpa o responsabilidad del cónyuge demandado, sino como un

²⁵⁷ LÓPEZ DÍAZ, Carlos, (n. 25), p. 276.

²⁵⁸ HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel, (n. 65), p. 31.

²⁵⁹ BARRIENTOS GRANDÓN, Javier y NOVALES ALQUÉZAR, Aránzazu, (n. 10), p. 377.

²⁶⁰ DEL PICÓ RUBIO, Jorge, (n. 1), p. 423.

sacrificio que la ley estima excesivo.

En ambos casos, para que se pueda declarar el divorcio, basta con que se acredite la conducta homosexual o el alcoholismo o la drogadicción en los términos que exige la ley, pero ello no significa la existencia de culpa o dolo en los términos exigidos en materia de responsabilidad civil. En consecuencia, la sola declaración del divorcio por alguna de estas causales es insuficiente para que proceda la indemnización de perjuicios, pues no se ha acreditado los requisitos de ésta, lo que demuestra que no necesariamente el Tribunal de Familia será el que esté mejor instruido de los hechos²⁶¹.

1.2.- La ley expresamente otorga competencia a este Tribunal.

La Corte de Apelaciones de Concepción²⁶² ha señalado que los Tribunales de Familia son competentes para conocer de estas materias, en virtud de lo establecido en el artículo 8° N° 19 de la Ley N° 19.968. En efecto, esta disposición legal señalaba – dentro de las materias que son de competencia de los Tribunales de Familia – *“cualquier otra cuestión personal derivada de las relaciones de familia”*, lo que – sin lugar a dudas – comprende la acción indemnizatoria por infracción a los deberes personales que genera el matrimonio.

Cabe tener presente que este argumento ha perdido eficacia, pues la Ley N° 20.286 modificó el N° 19 del artículo 8° de la Ley N° 19.968, cuya redacción actual señala que es de competencia de los tribunales de familia *“Toda otra materia que la ley les encomiende”*.

El artículo 8° N° 19 de la Ley N° 19.968, después de la redacción dada por la Ley N° 20.286, claramente restringe la competencia de los Tribunales de Familia: si antes era discutible que estos Tribunales pudiesen conocer de alguna acción indemnizatoria, pues la redacción original de la ley (*“cualquier otra cuestión personal derivada de las relaciones*

²⁶¹ De ahí que resulta criticable la técnica legislativa, toda vez que – mientras la causal genérica del divorcio culpable exige falta imputable al otro cónyuge – los hechos que se enumeran no siempre responden a esta exigencia.

²⁶² Cfr. Corte de Apelaciones de Concepción. Recurso de Apelación. 25 de octubre de 2007. Rol N° 909 – 2007. Disponible en http://www.poderjudicial.cl/modulos/BusqCausas/BCA_esta402.php?rowdetalle=AAANoPAAMAABVUcA AC&consulta=100&causa=909/2007&numcua=42270&secre=FAMILIA, visitado por última vez el 14 de junio de 2012.

de familia”) permitía cuestionar esta competencia, toda vez que una acción indemnizatoria no corresponde a una “cuestión personal”, sino que a una “cuestión patrimonial”, la redacción actual (“*Toda otra materia que la ley les encomiende*”) claramente excluye esta competencia, pues no existe un texto legal expreso que les confiera dicha competencia.

2.- OPINIÓN QUE SOSTIENE QUE SON COMPETENTES LOS TRIBUNALES CIVILES.

El profesor Gonzalo Severín Fuster²⁶³ funda esta opinión en los siguientes argumentos:

2.1.- La correcta interpretación que ha de hacerse al artículo 8° N° 19 de la Ley N° 19.968.

Esta disposición, al referirse a las materias que son de conocimiento de los Tribunales de Familia sólo se refiere a las cuestiones de carácter personal – y no patrimonial – derivadas de las relaciones de familia. En efecto, las demandas de indemnización de perjuicios, aun cuando sean interpuestas entre los cónyuges, son cuestiones patrimoniales, pues no obstante ellas tengan por fundamento la infracción de un deber derivado de la relación matrimonial, resulta que con la indemnización se persigue la reparación patrimonial de los daños que con dicha infracción se ha causado.

Por otro lado, si el legislador hubiese querido que los Tribunales de Familia conociesen de las cuestiones patrimoniales, lo habría dicho expresamente. En este sentido, cabe tener presente que – en materia de Derecho de Familia – es común distinguir los efectos o consecuencias personales de los efectos o consecuencias patrimoniales que se derivan de las relaciones familiares.

A mayor abundamiento, dentro del propio artículo 8° de la Ley N° 19.968, existen otros numerales que conceden competencia a los Tribunales de Familia, para conocer de

²⁶³ Cfr. SEVERÍN FUSTER, Gonzalo. “Incompetencia del Tribunal de Familia para Conocer las Demandas de Daño por Infracción de los Deberes Conyugales” en *Estudios de Derecho Civil IV. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué, 2008*, Santiago de Chile, Editorial Legal Publishing, 2009, pp. 247 y ss.

cuestiones patrimoniales derivadas de las relaciones de familia.

Finalmente, estos Tribunales no han atraído hacia sí todas las cuestiones derivadas de las relaciones de familia, sino sólo las personales, pues – en rigor – existen materias que perfectamente pueden considerarse derivadas de las relaciones de familia y que tienen un carácter patrimonial, como los derechos sucesorios, cuestiones que sin embargo, no caben dentro de la competencia de los Juzgados de Familia.

2.2.- La limitada reparación que puede conceder el Tribunal conociendo de violencia intrafamiliar.

Lo normal será que el derecho a la indemnización de perjuicios entre cónyuges, surja con ocasión de un episodio de violencia intrafamiliar. Si esto es así, y a menos que se trate de hechos constitutivos de delito, el Tribunal de Familia deberá conocer tanto del procedimiento por violencia intrafamiliar, como de la acción indemnizatoria.

En este contexto, cabe tener presente que el artículo 11 de la Ley 20.066 dispone *“Desembolsos y perjuicios patrimoniales. La sentencia establecerá la obligación del condenado de pagar a la víctima los desembolsos y perjuicios de carácter patrimonial que se hubieren ocasionado con la ejecución del o los actos constitutivos de violencia intrafamiliar objeto del juicio, incluida la reposición en dinero o en especie de bienes dañados, destruidos o perdidos. Estos perjuicios serán determinados prudencialmente por el juez”*. En consecuencia:

2.2.1.- Obliga al juez a incluir en la sentencia una condena de daños, por los desembolsos y perjuicios de carácter patrimonial que se hubieren ocasionado con la ejecución del o de los actos de violencia, aun cuando la respectiva reparación no se haya solicitado.

2.2.2.- La parte final de la disposición transcrita, señala que el monto de los perjuicios será determinado *prudencialmente* por el juez, lo cual resulta cuando menos difícil de aplicar en los casos en que no se haya rendido probanza alguna en ese sentido, desde que no es finalidad primordial del procedimiento de violencia intrafamiliar la reparación pecuniaria.

Además, el daño en las cosas también se apreciará prudencialmente, cuestión que ciertamente resulta difícil de justificar.

2.2.3.- Esta disposición puede llevar a distorsionar el concepto de violencia intrafamiliar, puesto que podría dar pie a sostener que la habría incluso cuando sólo exista daño en las cosas (si derivado de ello se causa un daño moral, por ejemplo, ya que es también violencia intrafamiliar la psicológica). En otras palabras, si se produce sólo un daño en las cosas, ello podría causar un daño moral, por ejemplo, si la cosa que se daña tenía un valor de afección; y si hay daño moral, podría entenderse que hay violencia intrafamiliar psicológica, lo que – evidentemente – excede de lo querido por el legislador.

2.2.4.- Si esta disposición obliga al juez a fijar una indemnización por los daños patrimoniales; a contrario sensu, debe entenderse que queda a salvo la acción para demandar la indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en sede civil. Así se desprende de la historia fidedigna del establecimiento de la ley, ya que “la Comisión debatió acerca de la posibilidad de incluir, entre las cuestiones que el juez deberá resolver al dictar sentencia en el juicio por violencia intrafamiliar la obligación del condenado de resarcir, además del daño patrimonial, el daño físico y psicológico causado y los gastos médicos en que hubieren incurrido la víctima y los miembros del grupo familiar directamente afectados, como producto del maltrato infligido. Los representantes del Ejecutivo, no obstante compartir el propósito de incluir entre las obligaciones del condenado la indemnización de todo daño a la víctima, advirtieron que el procedimiento breve, concentrado y expedito ideado para el juzgamiento de las causas sobre violencia intrafamiliar no daría tiempo al juez para avaluar todos los perjuicios causados. De ahí que la propuesta original busca que el juez se pronuncie obligatoriamente sobre los perjuicios directos de carácter patrimonial, que serían aquellos desembolsos efectivos que la víctima ha debido realizar para volver al estado previo a la situación de violencia, incluidos los gastos médicos efectuados por ésta, y no sobre una reparación completa, que podría ser materia de un juicio de lato conocimiento. Es decir, aspira a asegurar un resultado mínimo,

dejando a salvo la acción indemnizatoria ordinaria”²⁶⁴.

En cuanto al argumento del profesor Severin, en orden a que es limitada la reparación que puede conceder el Tribunal conociendo de un caso de violencia intrafamiliar, éste no resulta procedente, pues – conforme a lo señalado precedentemente – no es efectivo que sólo pueda existir una acción indemnizatoria con ocasión de un episodio de violencia intrafamiliar.

2.3.- En realidad no existe conveniencia alguna en que sea el Tribunal de Familia el que conozca de estas materias.

Frente a la opinión que sostiene que conviene que el Tribunal de Familia conozca de la acción indemnizatoria, pues es el Tribunal que está mejor instruido de los hechos que motivaron el divorcio, se alzan dos argumentos destinados a demostrar que esa pretendida conveniencia en realidad no es tal. En efecto:

2.3.1.- Limita injustificadamente la autonomía y procedencia de la acción de daño.

De razonarse de este modo, se llegaría a la conclusión que la acción indemnizatoria sólo podría ejercerse en forma conjunta con una acción de divorcio o una acción de separación judicial lo que – a su juicio – sería improcedente, pues no tiene sentido afirmar, por una parte, la procedencia de la acción según las reglas generales y, por otra, a la hora de determinar el tribunal que deberá conocerla, se le niega autonomía, desde que supondría necesariamente la acción de divorcio.

Consecuente con lo anterior, al no existir norma que regule la reparación en esta hipótesis, la acción se regiría por las reglas generales, por ejemplo, en lo relativo a la prescripción, y parece que pudiera hallarse un motivo suficiente que permita rechazar la tramitación de la demanda de daños presentada con posterioridad a la declaración del

²⁶⁴ Informe de la Comisión de Familia, acerca del proyecto de ley que introduce modificaciones en la Ley N° 19.325 (Boletín N° 2318-18) cit. por SEVERÍN FUSTER, Gonzalo en (n. 263), pp. 254 y s.

divorcio y en un juicio diferente. Si esto último es posible, el argumento presentado se desvanece, pues nada asegura que el tribunal que tenga que resolver sobre la indemnización de perjuicios vaya a ser el que mejor ha conocido los motivos de la separación.

2.3.2.- Esta afirmación no coloca al Tribunal en mejor situación para analizar si se dan los elementos de la responsabilidad extracontractual en el caso concreto.

Esta afirmación resulta falaz, pues – en un número considerable de casos – una vez que ha cesado la convivencia y transcurridos los plazos legales, se puede demandar el divorcio unilateral o solicitar el divorcio bilateral, aunque detrás de ese cese de la convivencia exista una causal de divorcio culpable, de manera que no es efectivo que el Tribunal de Familia conozca las verdaderas causas del divorcio.

Por otro lado, cabe tener presente que los requisitos de la responsabilidad extracontractual no coinciden, necesariamente, con los requisitos del divorcio culpable. Para estos efectos, se propone el siguiente ejemplo: el Tribunal de Familia deberá dar por acreditada la culpa para poder condenar a la indemnización de los perjuicios siguiendo las reglas generales. La culpa requerida por la responsabilidad extracontractual no coincide necesariamente con la culpa que pueda atribuirse a uno de los cónyuges con el objeto de declarar el divorcio culpable. Para la declaración del divorcio culpable, basta con probar la ocurrencia de alguno de los supuestos contenidos en el artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil, es decir, basta acreditar la ejecución de dichos actos. Si el tribunal de Familia conoce de una demanda de indemnización de daños, es dable pensar que no requerirá ninguna otra circunstancia ni más prueba que la rendida para acreditar la culpa como causal del divorcio y, por tanto, siguiendo esta lógica, podría condenar al demandado de divorcio culpable, acreditada la causal, a una indemnización de daños, por ejemplo, por la conducta homosexual o incluso por alcoholismo. Así, la sola prueba sobre la culpabilidad en el divorcio podría ser considerada como suficiente para acreditar la responsabilidad civil, y a la inversa, la falta de prueba en relación al carácter culpable del divorcio, podría determinar el rechazo de la demanda de daños, demanda que, siguiendo la lógica de esta doctrina que criticamos, no podría intentarse en forma separada con posterioridad, por el efecto de la

cosa juzgada.

2.4.- Las reglas y principios que rigen en una y otra judicatura.

Se defiende la competencia de los Tribunales de Familia en los principios de acumulación necesaria y economía procesal.

En relación al primero, esto es, al principio de acumulación necesaria, cabe tener presente que – de conformidad al artículo 17 de la Ley N° 19.968 – sólo procede en caso que los asuntos sometidos al conocimiento de los Tribunales de Familia se sustancien conforme al mismo procedimiento, de lo cual no es posible desprender ningún argumento que permita dilucidar qué materias deban ser o no de competencia de este tribunal.

Por otro lado, tratándose del principio de economía procesal, se ha señalado que, importante como es, no puede determinar la competencia de un tribunal, sobre todo tratándose de materias regidas por principios informadores distintos, que se justifican en la especialidad de las materias que conoce. Además, ello importaría una concepción muy restringida del principio de la economía procesal, que mira sólo el caso particular pero no considera el impacto global que el número de demandas provoca en la administración de justicia, lo que se traduciría en la falta de una justicia especializada y oportuna para los casos que efectivamente la requieren y que hoy ya están quedando postergadas, como lo son las medidas de protección de los niños, niñas o adolescentes, los procedimientos de adopción (sobre todo en lo relativo a la declaración de susceptibilidad), las causas de violencia intrafamiliar, etc.

De lo expuesto, se desprende que existen mejores argumentos para sostener que la acción indemnizatoria por adulterio debe ser de conocimiento de los Tribunales Civiles, conforme a lo señalado por el profesor Severín, toda vez que las acciones indemnizatorias no se encuentran dentro del listado taxativo de materias que son de conocimiento de los Tribunales de Familia.

CONCLUSIONES.

Examinar el tema de la responsabilidad civil por adulterio en el ordenamiento jurídico civil chileno no es un tema sencillo. La complejidad de este tema procede de diversas aristas que se ha hecho necesario examinar, en orden a poder extraer algunas conclusiones que permiten sostener que la hipótesis planteada en la Introducción del presente trabajo ha sido completamente demostrada. En efecto, la hipótesis que dio origen a la presente tesis es que las normas del ordenamiento jurídico civil chileno permiten que uno de los cónyuges pueda demandar al otro para que le indemnice los perjuicios causados por el adulterio de este último, de conformidad al estatuto de la responsabilidad contractual.

Para demostrar la hipótesis planteada, el capítulo primero estuvo destinado a aproximarse a la noción de matrimonio y su naturaleza jurídica. No obstante que es un tema muy discutido en doctrina, existen buenas razones para sostener que se trata de un contrato, pues lo que define a un contrato es el concurso real de voluntades destinado a crear consecuencias jurídicas, consentimiento que está presente y es fundamental en el matrimonio. La circunstancia de su permanencia en el tiempo o que las consecuencias jurídicas vengan impuestas imperativamente por la ley no obstan al carácter contractual del matrimonio, pues es posible encontrar tales caracteres (permanencia o regulación imperativa) en diversas formas especiales de contratación. Siendo el matrimonio un contrato, genera obligaciones para los cónyuges; para los efectos de este trabajo se analizó en particular el deber de fidelidad y, en especial, su contenido.

Acotada la obligación de guardarse fe que recae sobre los cónyuges, se destinó el capítulo segundo a examinar el incumplimiento de esta obligación, esto es, los casos en que se infringe el deber de fidelidad, con especial detención en el adulterio, pues – de acuerdo a nuestro texto positivo (artículo 132 del Código Civil) – constituye una infracción grave al deber de fidelidad; de ahí que el análisis se centró en definir qué debe entenderse por adulterio y cuáles son las consecuencias jurídicas que produce, de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico civil.

Una vez examinadas las sanciones al adulterio, cabe preguntarse si se agota ahí el tema de las consecuencias jurídicas del adulterio o si, por el contrario, existe también la

posibilidad de demandar la correspondiente indemnización de perjuicios. De esta manera se examinó, en el capítulo tercero, el panorama en la doctrina, identificando las diversas opiniones de los autores (tesis denegatoria, ecléctica y permisiva) con sus respectivos argumentos, refutando aquéllos de las tesis denegatoria y ecléctica, optando derechamente por la tesis permisiva y reforzando sus fundamentos.

Dado que quedó demostrado en el capítulo tercero que las normas de nuestro ordenamiento jurídico civil autorizan la acción de indemnizatoria del cónyuge inocente en contra de su cónyuge adúltero, se destinó el capítulo cuarto a precisar cuál sería el estatuto jurídico a aplicara para el ejercicio de la correspondiente acción indemnizatoria. Como quedó demostrado en el capítulo primero, el matrimonio – en nuestro sistema – es un contrato, de manera que resulta evidente que la infracción a la obligación de guardarse fe da origen a la acción indemnizatoria que debe ejercerse de acuerdo al estatuto de la responsabilidad contractual. Incluso en el evento que se considere que el matrimonio no es un contrato (sea que se estime como un acto de Estado o una institución), de todas formas se debe aplicar el estatuto de la responsabilidad contractual, pues éste corresponde al derecho común en materia de responsabilidad civil, siendo aplicable al incumplimiento de una obligación estrictamente legal.

Tal como quedó demostrado en el capítulo cuarto, en orden a que la acción indemnizatoria debe ejercerse de conformidad al estatuto de la responsabilidad contractual, el capítulo quinto estuvo destinado a examinar cómo concurren los requisitos de la responsabilidad contractual en caso de adulterio. Existiendo consenso en orden a que se requiere de una obligación preexistente (de guardarse fe), el incumplimiento de dicha obligación (cuando se comete adulterio por parte de uno de los cónyuges), daño y relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño (estos dos últimos aspectos como cuestiones de hecho que deben ser acreditados caso a caso); que no se requiere de mora, pues se infringe una obligación de no hacer que sólo precisa del incumplimiento, y con la discusión en orden a si se requiere o no de culpabilidad en sentido amplio (discusión que no cambia las conclusiones de este trabajo, pues, si se sostiene que nuestro sistema de responsabilidad contractual es subjetivo, habiendo adulterio concurre dolo o, a lo menos, culpa, y si se sostiene que nuestro sistema de responsabilidad contractual es objetivo, basta

el nexa causal para atribuir responsabilidad civil, prescindiéndose de la culpa o el dolo).

Finalmente, habiéndose demostrado la procedencia de la acción indemnizatoria en caso de adulterio, de acuerdo al estatuto de la responsabilidad contractual, se destinó el capítulo sexto a determinar cuál es el Tribunal competente para conocer de esta acción; si bien en doctrina se ha discutido si son competentes los Tribunales Civiles o de Familia, dada la taxatividad del artículo 8° de la Ley N° 19.968 que señala las materias que son de competencia de los Tribunales de Familia, y que dentro de ellas no está la acción indemnizatoria en caso de adulterio, se concluye que el conocimiento de tal acción corresponde a los Tribunales Civiles.

De esta manera ha quedado demostrada la hipótesis planteada, deseando solamente que este trabajo de investigación contribuya a enriquecer la dogmática jurídica nacional, especialmente en el área del Derecho de Familia, permitiendo un diálogo entre las distintas opiniones doctrinarias para el crecimiento y desarrollo de la ciencia jurídica.

BIBLIOGRAFÍA.

LIBROS.

- ABELIUK MANASEVICH, René. *Las Obligaciones*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *De la Responsabilidad Extracontractual*. Santiago, Editorial Ediar Editores, 1943.
- _____ *Derecho Civil. De los Contratos*. Santiago, Editorial Jurídica Ediar – Conosur Ltda., 1988.
- BARRIENTOS GRANDÓN, Javier y NOVALES ALQUÉZAR, Aranzazu. *Nuevo Derecho Matrimonial Chileno. Ley N° 19.947: Celebración del Matrimonio, Separación, Divorcio y Nulidad*. Santiago, Editorial LexisNexis, 2004.
- BARROS BOURIE, Enrique. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006.
- BELLUSCIO, Augusto. *Manual de Derecho de Familia*. T. I. Buenos Aires, Editorial Astrea, 2004.
- BORDA, Guillermo. *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires, Editorial Lexis Nexis, 12ª ed., 2002.
- BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo A. *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 5ª ed., 2001.
- BUERES, Alberto. *Derecho de Daños*. Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2001.
- CICU, Antonio. *El Derecho de Familia*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires, Ediar Soc. Anón. Editores, 1947
- CLARO SOLAR, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. T. I, Santiago, Editorial Imprenta Cervantes, 1931.
- CORRAL TALCIANI, Hernán. *Lecciones de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003.
- COURT MURASSO, Eduardo. *Curso de Derecho de Familia. Matrimonio – Regímenes Matrimoniales – Uniones de Hecho*". Santiago. Editorial Legal Publishing, 2009.

- DEL PICÓ RUBIO, Jorge. *Derecho Matrimonial Chileno*, Santiago, Abeledo Perrot, 2010.
- DÍEZ DUARTE, Raúl. *El Contrato. Estructura Civil y Procesal*. Santiago. Editorial Jurídica Conosur, 1994.
- DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón y DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón. *Derecho Sucesorio*. T. I. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 3ª ed., 2011.
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. *El Daño Moral*. T. I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000.
- ELORRIAGA DE BONIS, Fabián. *Derecho Sucesorio*. Santiago, Editorial LexisNexis, 2005.
- ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal*. T. IV. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998.
- FUEYO LANERI, Fernando. *Derecho Civil. T. VI. Derecho de Familia. Vol I*. Santiago, Imp. y Lito. Universo S.A., 1959.
- _____. *Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones. Tercera edición actualizada por el Profesor Gonzalo Figueroa Yáñez*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 2004.
- HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel. “Responsabilidad Civil por Daños Ocasionados en las Relaciones de Familia”. Charla dictada en *Ciclo de Charlas “Los Martes al Colegio”*. Colegio de Abogados de Chile A. G., Santiago, 04 de noviembre de 2008.
- HUMÈRES NOGUER, Héctor. *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Derecho Individual del Trabajo y Procedimiento Laboral*, T. I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 18ª Edición, 2009.
- LANATA FUENZALIDA, Gabriela. *Contrato Individual de Trabajo*, Santiago, Editorial LexisNexis, 1ª Edición, 2006.
- LEPIN MOLINA, Cristián. *La Compensación Económica. Efecto Patrimonial de la Terminación del Matrimonio*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1ª Edición, 2010.
- LIZAMA PORTAL, Luis. *Derecho del Trabajo*, Santiago, Editorial LexisNexis, 1ª Edición, 2005.

- LLAMBÍAS, Jorge y otros. *Manual de Derecho Civil. Obligaciones*. Buenos Aires, Editorial LexisNexis Abeledo – Perrot, 2005.
- LÓPEZ DÍAZ, Carlos. *Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia*. T. I, Santiago, Editorial Librotecnia, 2005.
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. *Los Contratos*. T. I. Santiago, Abeledo Perrot, 5ª ed. actualizada por Fabián Elorriaga De Bonis, 2010.
- LORENZETTI, Ricardo. *Tratado de los Contratos. Parte General*. Buenos Aires, Editorial Rubinzal – Culzoni, 2004.
- MAZEAUD, Henry, MAZEAUD, León y TUNC, André. *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*. Traducción de Luis Alcalá – Zamora y Castillo. Buenos Aires, Editorial Ediciones Jurídicas Europa – América, 1960.
- MEDINA, Graciela. *Daños en el Derecho de Familia*. Buenos Aires, Editorial Rubinzal – Culzoni Editores, 2002.
- MEZA BARROS, René. *Manual de Derecho Civil. De las Obligaciones*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992.
- MIZRAHI, Mauricio. *Familia, Matrimonio y Divorcio*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 2001.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. *Obligaciones. Teoría General y Clasificaciones. La Resolución por Incumplimiento*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.
- PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro. *La Compensación Económica por Divorcio o Nulidad Matrimonial*. Santiago, Editorial Legal Publishing, 2010.
- PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de Derecho Civil Español*. T. II, Vol. I, Teoría General del Matrimonio. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1953.
- RAMOS PAZOS, René. *Derecho de Familia*, T. I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. *Delitos Sexuales. De conformidad con las Modificaciones Introducidas por la Ley N° 19.617 de 1999*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000.

- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. *Responsabilidad Contractual*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003.
- _____ . *Responsabilidad Extracontractual*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010.
- RUZ LÁRTEGA, Gonzalo. *Explicaciones de Derecho Civil. Contratos y Responsabilidad Extracontractual*. Santiago, Abeledo Perrot, 2011.
- SAMBRIZZI, Eduardo. *Daños en el Derecho de Familia*. Buenos Aires, Editorial La Ley, 2001.
- SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. *Derecho Sucesorio*. T. I, en la versión de René Abeliuk M. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007.
- TAMAYO JARAMILLO, Javier. *Tratado de Responsabilidad de Responsabilidad Civil*. T. I, Editorial Legis, Bogotá, 2008
- TAPIA SUÁREZ, Orlando. *De la Responsabilidad Civil en General y de la Responsabilidad Delictual entre los Contratantes*. Santiago, Editorial Legal Publishing, 2009.
- THAYER ARTEAGA, William y NOVOA FUENZALIDA, Patricio. *Manual de Derecho del Trabajo. Derecho Individual del Trabajo*, T. III, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 14ª Edición, 2003.
- TRONCOSO LARRONDE, Hernán. *Derecho de Familia. Colección de Manuales*. Santiago, Editorial Legal Publishing Chile, 2010.
- VARELA DE MOTTA, María Inés y otros. *Daños y Perjuicios causados por Adulterio. Mesa Redonda. Jurisprudencia Nacional*. Montevideo, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 1990.
- VENEGAS ORTIZ, Pablo y VENEGAS ALFARO, Andrés. *La Compensación Económica en la Nueva Ley de Matrimonio Civil*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007.
- VIDAL TAQUINI, Carlos. *Matrimonio Civil. Ley 23.151. Comentario de los Artículos 159 a 239 del Código Civil y Demás Normas Vigentes*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 2000.

ARTÍCULOS.

- BARAONA GONZÁLEZ, Jorge. “Responsabilidad Contractual y Factores de Imputación de Daños: Apuntes para una Relectura en Clave Objetiva” en *Revista Chilena de Derecho*. Vol 24, N° 1, 1997.
- CAFFARENA DE JILES, Elena. “Refutación a los Comentarios de don Enrique Rossel Saavedra, sobre la Jurisprudencia en Materia de Alimentos” en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. XLIX, 1ª Parte, 1952
- CÉSPEDES MUÑOZ, Carlos. “La Antijuridicidad: ¿Presupuesto de la Responsabilidad Civil Extracontractual en el Ordenamiento Chileno?”, en *Estudios de Derecho Civil V. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Concepción, 2009*, Santiago, Editorial Legal Publishing, 2010.
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. “Los Derechos de la Personalidad y el Principio de la Reparación Integral del Daño” en *Estudios de Derecho Civil IV Jornadas Nacionales de Derecho Civil Olmué, 2008*. Santiago, Editorial Legal Publishing, 2009.
- FENOY PICÓN, Nieves. “El Incumplimiento Contractual y sus Remedios en la Propuesta Española de Modernización” en *Incumplimiento Contractual. Nuevas Perspectivas. Cuadernos de Análisis Jurídico. Colección Derecho Privado VII*. Ediciones Universidad Diego Portales. Escuela de Derecho, Santiago, 2011.
- GROSMAN, Cecilia. “La Responsabilidad de los Cónyuges entre sí y Respecto de los Hijos”, en *Los Nuevos Daños. Soluciones Modernas de Reparación*. Buenos Aires, Editorial Hamurabi S.R.L., T. I, 2000.
- HERANE VIVES, Francisco. “Reparación por Incumplimiento de los Deberes Matrimoniales”, en *Estudios de Derecho Civil II. Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Olmué 2006*. Santiago, Editorial LexisNexis, 2007
- ILLANES VALDÉS, Alejandra. “El Divorcio (I). Sistema Adoptado por la Legislación Chilena. Divorcio. Sanción”, en *El Nuevo Derecho Chileno del Matrimonio (Ley N° 19.947 de 2004)*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006.
- MORALES MORENO, Antonio M. “Problemas que Plantea la Unificación del Concepto de Incumplimiento del Contrato. Respuesta a Enrique Barros” en *Derecho de*

Daños. Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

- MORENO CONCHA, Ximena. “Autonomía de la Voluntad en el Derecho Matrimonial Chileno” en *Estudios de Derecho Civil II. Jornadas Nacionales de Derecho Civil*. Olmué, 2006. Santiago, Editorial Lexis Nexis, 2007.

- NOVELLINO, Norberto. “Acerca de la Procedencia o no de la Indemnización por Daños en el Derecho de Familia” en *Derecho de Daños. Daños en el Derecho de Familia. Cuarta Parte (A)*. Buenos Aires, Editorial Ediciones La Rocca, 2000.

- OPAZO GONZÁLEZ, Mario. “Reflexiones Sobre el Deber de Fidelidad Matrimonial”, en *Revista Entheos* de la Universidad de Las Américas. Año 5 – Volumen Único. Santiago. 2007.

- PARDO DE CARVALLO, Inés. “La Separación de Hecho y la Separación Judicial” en *El Nuevo Derecho Chileno del Matrimonio (Ley N° 19.947 de 2004)*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006.

- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. “Responsabilidad Contractual Objetiva” en *Estudios de Derecho Civil IV. Jornadas Nacionales de Derecho Civil*. Olmué, 2008. Santiago, Editorial Legal Publishing, 2009.

- PIZARRO WILSON, Carlos. “La Compensación Económica en la Nueva Ley de Matrimonio Civil” en *Revista Chilena de Derecho Privado*. Santiago. Ediciones Fundación Fuego Laneri, N° 3, 2004.

- QUINTANILLA PÉREZ, Álvaro. “¿Responsabilidad del Estado por Actos Lícitos?” en *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*. N° 1, Santiago, 2000.

- SALINAS ARANEDA, Carlos. “Una Lectura de las Nuevas Causales de Nulidad del Matrimonio Civil a la Luz del Derecho Canónico” en *El Nuevo Derecho Chileno del Matrimonio (Ley N° 19.947 de 2004)*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006.

- SEVERÍN FUSTER, Gonzalo. “Indemnización entre Cónyuges por los Daños Causados con Ocasión del Divorcio” en *Estudio de Derecho Civil III. Jornadas Nacionales de Derecho Civil Valparaíso, 2007*. Santiago, Editorial Legal Publishing, 2008.

- _____. “Incompetencia del Tribunal de Familia para Conocer las Demandas de Daño por Infracción de los Deberes Conyugales” en *Estudios de Derecho Civil IV. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué, 2008*, Santiago, Editorial Legal Publishing,

2009.

- VIDAL OLIVARES, Álvaro. “La Compensación por Menoscabo Económico en la Ley de Matrimonio Civil” en *El Nuevo Derecho Chileno del Matrimonio (Ley N° 19.947 de 2004)*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 200d6.

- _____ “La Noción de Incumplimiento Esencial en el Código Civil” en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXII (Valparaíso, Chile, 1^{er} Semestre de 2009)*.

- _____ “Cumplimiento e Incumplimiento Contractual en el Código Civil: Una perspectiva más realista”. *Revista Chilena de Derecho* [online]. 2007, vol.34, n.1 [citado 2012-06-14], pp. 41-59. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372007000100004&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-3437. doi: 10.4067/S0718-34372007000100004.

DOCUMENTOS DE INTERNET.

- Sentencia del Tribunal Constitucional chileno, disponible en:

<http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/view/1298>

- Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, disponible en:

http://www.poderjudicial.cl/modulos/BusqCausas/BCA_esta402.php?rowdetalle=AAANoPAAAMAABVUCaAC&consulta=100&causa=909/2007&numcua=42270&secre=FAMILIA



00160566

MAG _____ CB 00160566

061r _____ RU 90617 _____

(2012)

AUTOR Opazo González, Mario

TÍTULO Responsabilidad civil por adulterio

NOMBRE DEL LECTOR	Fecha devol.
-------------------	--------------

Opazo González, Mario
Responsabilidad civil por adulterio

CB 00160566