

**Ricardo Alberto Vargas Morales** 

Diversas posturas con respecto a la admisibilidad o inadmisibilidad de la indemnización de perjuicios en caso de incumplimientos a los deberes matrimoniales en el derecho chileno

*Various Positions with Respect to the Admissibility or Inadmissibility of Indemnification of Injuries in Case of Breaches of Marriage Duties in Chilean Law*

*Várias posições relativas à admissibilidade ou inadmissibilidade de indenização de prejuízos em caso de violação de deveres de casamento na lei Chile*

**Resumen:** *El presente estudio examina la procedencia de la responsabilidad civil extracontractual a propósito de la infracción de los deberes matrimoniales. Se formula una revisión y análisis sistemático acerca de los principales argumentos de admisibilidad e improcedencia vertidos por doctrina nacional o acogidos por la jurisprudencia.*

**Palabras clave:** *matrimonio, indemnización de perjuicios, responsabilidad, incumplimiento, y deberes matrimoniales.*

**Abstract:** *The present study examines the origin of the non-contractual civil liability regarding the infringement of matrimonial duties. A systematic review is made about the main arguments of admissibility and inadmissibility expressed by national doctrine or accepted by jurisprudence.*

**Keywords:** *Marriage, Compensation for Damages, Liability, Breach, Marriage Duties.*

 Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Magíster en Derecho, con Mención en Derecho Privado, por la Universidad de Concepción y Magister en Derecho Tributario por la Universidad Diego Portales. Doctor (c) en Derecho, Universidad de Talca, cohorte 2017. Profesor de Derecho Civil, Universidad Santo Tomas, Talca, Chile. Orcid:

 0000-0001-8487-0991 ricardovargasmoralex@gmail.com

**Resumo:** *O presente estudo examina a origem da responsabilidade civil extracontratual em relação à violação de deveres matrimoniais. Uma revisão sistemática é feita sobre os principais argumentos de admissibilidade e inadmissibilidade expressos pela doutrina nacional ou aceitos pela jurisprudência.*

**Palavras-chave:** *casamento, compensação por danos, responsabilidade civil, violação, obrigações matrimoniais.*

*Recibido: 20191026*

*Aceptado: 20200316*

## Introducción

La expansión del derecho de daños a los producidos en el ámbito de las relaciones familiares, es un tópico de discusión reciente en nuestro país. A partir de la entrada en vigor de la Ley de Matrimonio Civil, la doctrina nacional ha despertado de un siglo de letargo, y ha comenzado a preguntarse; ¿qué ocurre cuando se aplican las normas y principios de la responsabilidad civil extracontractual a algunos hechos dañosos derivados de las relaciones familiares?

La procedencia de la responsabilidad civil derivada del incumplimiento de los deberes matrimoniales, es uno de los puntos controvertidos del Derecho de Familia, y no ha logrado admisión universal. Ello se debe a una serie de dificultades que dicen relación con el grado de injerencia de las instituciones del derecho común en el Derecho de Familia, el compatibilizar la protección de los derechos individuales con la naturaleza de las relaciones matrimoniales, la utilización instrumental de los principios y normas de responsabilidad en el Derecho de Familia, como el principio *de no causar daño* (sin considerar su lógica y función en el sistema de responsabilidad). Y la aplicación del régimen de las relaciones jurídicas patrimoniales resulta compleja, pues desnaturalizaría a la familia y el matrimonio.

Es necesario tender puentes entre dos sistemas. Lo que lleva a algunos a sugerir que el derecho de daños parece avenirse mal con el Derecho de Familia. Cuyos principios generales o reglas particulares parecen no conciliar. Ello no es menor, pues, plantea el problema de trasladar la extrapatrimonialidad inherente de su contenido a la arena de la patrimonialidad, siendo difícil armonizar los preceptos de los unos con los otros. Generando nudos críticos en la aplicación de los elementos de la responsabilidad extracontractual, aplicados a los conflictos conyugales y barreras institucionales que obstaculizan el ejercicio de la acción indemnizatoria.

Para poder identificarlos, examinaremos el tratamiento dogmático y jurisprudencial que ha recibido la hipótesis *de la reparación del daño por responsabilidad civil extracontractual en los casos de infracción de los deberes matrimoniales*. Revisando especialmente:

- I) El estado actual de su regulación normativa en Chile;
- II) Los principales argumentos esgrimidos para desechar su procedencia (también llamadas teorías denegatorias);
- III) Y, los principales argumentos sostenidos para configurar la procedencia de la responsabilidad civil extracontractual, enfatizando su admisibilidad general (teorías de admisibilidad amplia) y su admisibilidad restringida según el origen de la lesión y el daño específico a resarcir (teorías de admisibilidad restringida).

### **Estado actual de la cuestión. Silencio e insuficiencia del marco regulatorio en el Derecho Civil Chileno**

Ni en disposiciones del Derecho de Familia<sup>(1)</sup>. Ni en las normas generales de responsabilidad extracontractual relativa a delitos y cuasidelitos civiles dispuesta en el Código Civil<sup>(2)</sup>, se ha regulado expresamente acerca de la reparación de los daños causados entre cónyuges con ocasión de la infracción grave de alguno de los deberes conyugales que impone el matrimonio. No existen, disposiciones especiales que alteren las reglas generales sobre legitimación activa de la acción, ni sobre legitimación pasiva, o disposiciones que alteren la capacidad delictual de los cónyuges, que tipifiquen ilícitos civiles específicos, o que confieran inmunidad a los cónyuges por los daños que se causen unilateral o recíprocamente, ni tampoco normas que regulen expresamente el plazo del ejercicio de la acción indemnizatoria en esta materia<sup>(3)</sup> (Cornejo, 2012) (Otarola, 2015) (Stanford y Torres, 2016) (Vivanco Luengo, 2017).

Sin embargo, entre las disposiciones regulatorias de las relaciones conyugales, sí se encuentran tipificados los derechos, deberes y obligaciones emanados del matrimonio en los artículos 131, 132, 133, 134 y 136 del Código Civil chileno, cuya regulación supone la positivización de deberes jurídicos de alto contenido ético-moral y de aplicación cotidiana, ninguna de las disposiciones del párrafo primero sobre “reglas generales” ubicado en el título VI del libro I del Código Civil que dispone normas sobre *Obligaciones y derechos entre los cónyuges*, contempla sanciones para el caso concreto de infracción de estos deberes, mucho menos la obligación de indemnizar al cónyuge-victima que hubiere sufrido las consecuencias del hecho vulneratorio de derechos, deberes y obligaciones emanados del matrimonio<sup>(4)</sup>. Este silencio e insuficiencia normativa, pone en entredicho sí estos deberes son verdaderamente jurídicos o sí son simplemente deberes ético-morales.

La falta de expresa regulación normativa sobre la materia tanto en las normas dispuestas en el en el título VI del libro I sobre *Obligaciones y derechos entre los cónyuges* y del título XXXV del libro IV de *los delitos y cuasidelitos*, ambos del Código Civil, configuran barreras institucionales que generan problemas: Respecto de la calificación jurídica de las Obligaciones y derechos entre los cónyuges, particularmente del deber de fidelidad y del adulterio; Respecto a la satisfacción de los elementos generales de la responsabilidad extracontractual, particularmente el de la reprochabilidad o culpabilidad; Respecto de la conciliación de los principios generales del derecho de familia con los principios generales del derecho de daños; respecto de la incertidumbre de algunas cuestiones de índole procesal, como la participación de terceros coautores o cómplices no obligados por los deberes conyugales; respecto del plazo de ejercicio de la acción indemnizatoria en estos casos, y su computación atendidos los inconvenientes familiares que el ejercicio de la acción provocaría durante la convivencia conyugal; igual incerteza respecto la suspensión del plazo de prescripción de la acción indemnizatoria conforme la regulación general de la prescripción. Algunas de estas barreras generan problemas a la hora del ejercicio de la acción indemnizatoria y de su resolución por tribunales de justicia.

El cónyuge víctima debe, entonces, incluso frente a lo evidente, recurrir a construcciones más o menos rebuscadas y artificiosas, y fundar su resarcimiento directamente sobre la infracción de deberes matrimoniales o sobre hechos ilícitos generales, siempre sobre reglas del derecho civil patrimonial, además, debe salvar los plazos generales del ejercicio de la acción indemnizatoria.

Lo que ha llevado, con mayor o menor razón, al expreso rechazo jurisprudencial de los contados casos concretos conocidos a la fecha, en que se ha pretendido indemnización de los perjuicios ocasionados por la infracción de deberes matrimoniales o por la configuración de causales de divorcio culposo a que refiere el Art. 54 LMC, intentados:

- I) con ocasión del ejercicio de la acción de divorcio (de forma conjunta o por demanda reconvenzional) ante el juzgado de Familia;
- II) Utilizando la compensación económica como vehículo indemnizatorio, ante el mismo tribunal;
- III) O, mediante acciones indemnizatorias ordinarias intentadas directamente ante Juzgados de Letras en lo Civil.

La falta de regulación de la materia a que hemos referido, obliga a los justiciables en silencio de la ley, a apostar todo a un sistema de reparación supletorio, dispuesto para las relaciones patrimoniales, cuyo único punto común parecería ser el referido al tratamiento dogmático del principio *alterum non laedere*, y la expansión del daño moral, que deberán competir con el tratamiento dogmático que ha recibido el Derecho de Familia, engendrando respuestas doctrinarias contradictorias y una jurisprudencia desordenada, tal como veremos a continuación.

## **Jurisprudencia nacional sobre la materia**

A partir de un primer caso, en que se demandó indemnización de perjuicios por responsabilidad extracontractual, causados por el incumplimiento del deber de fidelidad y la comisión de adulterio, acción que fue interpuesta por el marido en contra de su cónyuge y un tercero, se configura la base dogmática de las tesis denegatorias en Chile, lo anterior ocurrió con la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol. 7738-2007, a fecha 10 de noviembre 2009. Señala la Corte de Apelaciones de Santiago:

Se refiere la sentencia, fundadamente a los siguientes temas:

I. el Derecho de Familia.

II. principios que regulan el derecho de familia<sup>(5)</sup>.

III. naturaleza de las obligaciones y derechos que se generan por el vínculo de familia<sup>(6)</sup>.

IV. el adulterio.

V. naturaleza jurídica del adulterio.

VI. responsabilidad civil derivada del adulterio.

VII. procedencia del daño moral en el presente caso.

Sustenta su decisión en los elementos característicos y diferenciadores del derecho de familia.

Respecto de la reparación del adulterio, señalo la Corte que el hecho del adulterio a que refiere el Art. 132 del Código Civil, no es fuente de derecho ni de responsabilidad extracontractual, al respecto: *el adulterio debido a la naturaleza del matrimonio, no es viable considerarlo fuente de responsabilidad extracontractual.*

El sexo biológico de los cónyuges o contrayentes no influiría como barrera institucional, lo que haría procedente la acción, en el caso del acuerdo de vida en pareja entre personas del mismo sexo registral, colmando el principio de igualdad ante la ley, en lo que refiere la posibilidad de obtener resarcimiento del perjuicio. La Corte de Apelaciones de La Serena, ha resuelto al fallar sobre un caso de maltrato habitual en pareja homosexual, que *el concepto de conviviente incluye en forma extensiva, a aquel unido a otro en una relación de convivencia homosexual, a quien se considera además como integrante del grupo familiar (...)*<sup>(7)</sup>.

La Corte de Apelaciones de Rancagua rechazó una acción indemnizatoria que reclamaba el resarcimiento por daño moral a consecuencia del cese de la vida en común entre ex cónyuges. El fallo señala que este rubro no lo contempla la Ley de Matrimonio Civil<sup>(8)</sup>.

La Corte de Apelaciones de Puerto Montt, conociendo por vía de apelación de un pacto de fidelidad suscrito entre cónyuges, por medio del cual, el cónyuge infractor se obligaba a una evaluación de perjuicios anticipada. Así, el marido burlado, inició cobró en juicio ejecutivo de los cheques girados por su mujer a su favor, con el motivo de indemnizar el daño moral causado a su marido por el ilícito de adulterio, previamente pactado. Señaló en su considerando décimo cuarto que *existe objeto ilícito en todo pacto en que los cónyuges pretendieren obligarse unilateral o recíprocamente al pago de una indemnización por daño moral para el caso de faltar al deber de guardarse fe, por así disponerlo el artículo 1462 del Código Civil*<sup>(9)</sup>.

En este sentido, se han rechazado demandas de indemnización de perjuicios por los malos tratos que durante la convivencia le ocasiono el ex marido, demandadas por la vía de la compensación económica. La Corte de Apelaciones de Santiago, revoco al año 2010 una sentencia de primera instancia que dio lugar a la reparación, señalando que:

no es la compensación económica una institución creada para reparar este tipo de perjuicio y puede la actora, si así lo estima, perseguir la responsabilidad del demandado de acuerdo a las normas generales del Código Civil, en la sede y

de acuerdo al procedimiento correspondientes, pero lo que no puede pretender es que el supuesto perjuicio que le habrían irrogado los malos tratos del demandado le sean indemnizados por la vía del artículo 61 de la Ley de Matrimonio Civil<sup>(10)</sup>.

La Corte de Apelaciones de Talca el año 2012 conociendo por vía de apelación, conoció de un caso en que la cónyuge demandó por indemnización de perjuicios por responsabilidad extracontractual a su cónyuge, por los daños producidos como consecuencia de haberla contagiado del virus del papiloma humano producto de sus repetidas infidelidades matrimoniales, teniendo que someterse finalmente a cirugía de extirpación del útero, la Corte toma una postura afirmativa de la procedencia de la responsabilidad civil en el seno de la familia, pero niega lugar a la demanda por no acreditarse el nexo causal, y señala: *seguimos a la doctrina comparada que sobre el particular se inclina mayoritariamente por la posibilidad de indemnizar los daños y perjuicios que se produzcan por el incumplimiento de los deberes matrimoniales, no se vislumbra ninguna buena razón para impedir, a priori, una posible indemnización por el incumplimiento de los deberes matrimoniales*<sup>(11)</sup>.

La Corte de apelaciones de Talca, además es contraria al argumento de la especialidad y ha señalado: *no puede invocarse el argumento de la especificidad y carácter completo de las normas del Derecho de familia, para sostener que la infracción de los deberes conyugales hallan su propia y exclusiva sanción en las medidas típicas en ellas previstas, como son la separación y el divorcio, atendida su naturaleza*.

La Corte de Apelaciones de Santiago, al confirmar una demanda, por hechos calificados de violencia intrafamiliar con carácter de delito continuado, señaló respecto de la prescripción de acción indemnizatoria: *si se trata de un conjunto de actos complejos que causan daño, el plazo se cuenta desde que cesa el ilícito* y que en el caso de un ilícito que se mantiene en el tiempo y que produce consiguientemente un daño continuado, la prescripción *no podrá contarse sino desde que ese hecho haya cesado pues la perpetración del acto no es en tal caso instantánea y que se agote en un momento*<sup>(12)</sup>.

Posición que ha sido ratificada por la Corte Apelaciones de la Serena al pronunciarse sobre un caso de indemnización de perjuicios por malos tratos entre cónyuges, declara que la indemnización de los daños derivados de los hechos causales del divorcio sanción: *(...) pero de lo que no existe duda alguna, es que tal indemniza-*

*ción resulta del todo procedente cuando el motivo que dé lugar al divorcio afecta a la persona del otro cónyuge, independientemente si estaban o no unidos por el lazo matrimonial, como lo es, el atentado contra la vida o malos tratamientos graves contra la integridad física o psíquica del cónyuge víctima...*<sup>(13)</sup>.

El Tribunal Constitucional también ha dado argumentos en favor de la reparación del daño irrogado por incumplimiento de deberes matrimoniales, pues el carácter delictual de algunas causales de divorcio sanción no puede impedir la reparación indemnizatoria, al pronunciarse sobre la inaplicabilidad de del artículo 2° transitorio de la ley 19.947<sup>(14)</sup>.

### **Improcedencia de la reparación del daño causado por infracciones a deberes matrimoniales. Argumentos en contra**

Para efectos de sostener esta posición, los autores suelen recurrir a argumentos basados en las características, normas, principios y elementos diferenciadores del Derecho de Familia, en general; al hecho de que la reparación del daño causado por infracción de deberes matrimoniales es efectuado por instituciones propias del Derecho de Familia, pero, diversas a la indemnización de perjuicios; como también, sostienen su rechazo sobre la base de que algunos requisitos de procedencia de la responsabilidad extracontractual o de la acción indemnizatoria son incompatibles con el Derecho de Familia, tales argumentos tienen como fuente la posición adoptada por la jurisprudencia de los Tribunales superiores de Justicia en los primeros casos resueltos, como también lo esgrimido por la doctrina nacional que es reticente a permitir el resarcimiento.

En el caso de las teorías denegatorias fundadas en argumentos de carácter general, estas, han encontrado particular asidero en la jurisprudencia nacional que en los primeros casos resueltos ha sido reticente a admitir su procedencia acogiendo tales argumentos generales<sup>(15)</sup>. Conforme se lee el rechazo a su procedencia puede fundarse en:

— *La inmunidad de responsabilidad entre cónyuges.* Así, la familia es percibida como una unidad en la que prima el interés familiar por sobre el de los individuos que la componen, percepción expresada en las doctrinas de la unidad y la fusión, que dominan los derechos de los cónyuges, de aquí que el matrimonio hace que el marido y la mujer se fusionen y conviertan en una unidad y como resultado de ello, la personalidad jurídica de la mujer se confunde con la de su marido y, en consecuencia, esta pierde su estatuto jurídico,

el control sobre sus activos y la mayor parte de su capacidad jurídica. Siendo así, la naturaleza unitaria de los cónyuges se manifiesta en las severas restricciones impuestas sobre el divorcio. Como también en materia de relaciones familiares a través de la existencia de ciertas reglas de inmunidad en los daños entre cónyuges (Otárola, 2015) (Cornejo, 2012)<sup>(16)(17)</sup>;

— *La especialidad de las normas del Derecho de Familia*. Cuya aplicación debe primar por sobre la del estatuto general de responsabilidad civil extracontractual. Especialidad que se manifiesta al menos en tres dimensiones: en los principios propios que lo rigen, en las materias que se regulan (relaciones interpersonales de contenido extra patrimonial fundadas en vínculos de parentesco o matrimonio) y en las sanciones que en él se establecen, suponer lo contrario implicaría atentar contra el interés de la familia en favor de una perspectiva individualista (Sambrizzi, 2001)<sup>(18)(19)(20)</sup>;

— *Inexistencia de deberes jurídicos maritales*. Su establecimiento deviene por la costumbre o la ética, así como también por su contenido y la ausencia de consecuencias jurídicas, luego de su transgresión, a pesar de la regulación jurídica. Por otro lado, carecen de contenido patrimonial (Opazo, 2013)<sup>(21)</sup>;

— *Por la incoercibilidad de los deberes y obligaciones que impone el matrimonio*. El matrimonio engendra obligaciones que solo son susceptibles de cumplimiento voluntario, son incoercibles o inexigibles in natura, e implican la voluntariedad real de cada cónyuge en los actos de cumplimiento. Por eso, nunca ha existido la posibilidad de algo análogo a una acción de cumplimiento o ejecución forzada para este contenido esencial del matrimonio, descartando de plano la procedencia de la indemnización de perjuicios (Tapia, 2016) (Ramos Pazos, 2010);

— *Por la falta de previsión legislativa para el resarcimiento los daños derivados del incumplimiento de los deberes que impone el matrimonio*<sup>(22)</sup> (Opazo, 2013). Cuando el legislador ha querido sancionar el daño en las relaciones de familia lo ha hecho expresamente procurándose de sanciones especiales, de tal modo que su silencio debe ser interpretado como un expreso rechazo, el Derecho de Familia se basta a sí mismo, en ausencia de remisión expresa a las normas generales de la responsabilidad civil, no cabría admitir su aplicación (Valenzuela, 2012) (Opazo, 2013) (Claro Solar, 1931)<sup>(23)</sup>.

— *Infracción al principio non bis in ídem*. La especialidad del Derecho de Familia ha determinado la existencia de un régimen de sanciones propio que persigue castigar al culpable de la violación de un derecho o de un interés que se estima relevante para la mantención del matrimonio, este régimen incorpora, al igual que la responsabilidad civil, una cierta intencionalidad, o al menos una negligencia, de parte de uno de los cónyuges, al ser necesaria la culpa en el incumplimiento de las obligaciones matrimoniales. La naturaleza punitiva que se asigna a la condena pecuniaria que a partir de dicho incumplimiento marital se origina, como también a las sanciones civiles del Derecho de Familia es la misma, en cuanto ambas persiguen castigar al culpable. Para ambos casos, la culpa se erige como hecho generador e indispensable. La probable existencia de demandas múltiples agravaría la situación del cónyuge responsable, lo que transgrediría el principio non bis in ídem (Hernández Paulsen, 2008) (Otárola, 2015);

— *Por aplicación del principio de intervención mínima del Estado en materia de familia*. La aceptación de la responsabilidad civil por infracción de deberes conyugales podría conducir a una excesiva intervención de los jueces en la moral de los individuos, y llevar a que éstos se inmiscuyan en el fuero interno de los justiciables y califiquen sus comportamientos como buenos o malos a través de la indemnización de perjuicios. La aplicación automática de la responsabilidad civil a la infracción estatutaria genera un intervencionismo judicial excesivo y la publicidad del proceso, la exposición, la intimidad y las miserias sexuales de los litigantes<sup>(24)</sup> (Barcia y Rivera, 2015) (Tapia, 2015);

— *Argumentos más banales y frívolos se han esgrimido*. Entre otros: la disminución de matrimonios<sup>(25)</sup> (Barcia y Rivera, 2015) (Otárola, 2015); el aumento del costo de litigación; la sobrecarga de trabajo de los Juzgados Civiles y de Familia<sup>(26)</sup> (Hernández Paulsen, 2008); por el hecho ser contrario a la solidaridad y altruismo que los miembros de la familia se deben entre sí (Hernández Paulsen, 2008) (Otárola, 2015); por el hecho ser contrario a la ética, moral y buenas costumbres (Opazo, 2013).

Para argumentar el rechazo a la indemnización de perjuicios, la doctrina nacional ha sostenido que el daño causado por infracción de deberes matrimoniales puede ser reparado pecuniariamente, pero, mediante otras instituciones propias del derecho de familia, diversas a la indemnización de perjuicios:

— *Mediante el derecho a demandar de alimentos del cónyuge inocente.* La transgresión del deber de socorro y auxilio mutuo que se deben los cónyuges engendra frente a la ruptura el derecho a demandar alimentos en contra del cónyuge infractor, prestación que para la jurisprudencia tendría un carácter compensatorio, tendiente a reparar integralmente el daño derivado de la abstención de uno de los cónyuges de ayudar moral o patrimonialmente al otro, mediante una sanción especial del derecho de familia<sup>(27)(28)</sup> (Opazo, 2013). Tal finalidad dada a la institución de los alimentos resulta artificiosa, pues, el legislador chileno no la ha previsto en la prestación alimentaria.

— *La compensación económica*<sup>(29)</sup>. Se ha sostenido que la institución puede tener una naturaleza indemnizatoria que excluye la reparación del daño causado conforme a las reglas generales de responsabilidad extracontractual. Sin embargo, tal argumento ha sido rechazado, pues: I) Las prestaciones a título de compensación, no tienen naturaleza indemnizatoria, al no guardar relación alguna con el estatuto de la responsabilidad civil extracontractual; II) El daño ocasionado por los hechos invocados en la causal del divorcio, de ninguna manera pueden estimarse cubierto por la compensación económica; III) La institución de la compensación económica persigue finalidades propias, siendo independiente la naturaleza jurídica que se le asigne a la compensación<sup>(30)</sup>; IV) Sin embargo, es posible estimar, que la indemnización del lucro cesante dejado de obtener por el hecho de haberse dedicado al cuidado del hogar o de los hijos no sería acumulable a una nueva pretensión resarcitoria. Lo que no obsta, a que existan otros perjuicios resarcibles como el daño moral que ha quedado sin reparar (Domínguez Hidalgo, 2000).

También es posible identificar argumentos de exclusión basados en elementos de la responsabilidad extracontractual o de la acción indemnizatoria, cuya aplicación práctica o teórica resultaría incompatible con el derecho de familia. La doctrina nacional formula reparos a la hora de admitir la procedencia del resarcimiento, pues varios requisitos de procedencia de la responsabilidad extracontractual o del ejercicio de la acción indemnizatoria, no serían capaces de cumplir requisitos doctrinarios o legales mínimos para su aplicación, optando los autores por denegar su procedencia. Algunos de estos argumentos son:

— *Indemnización de los “errores de elección”* La posibilidad de error se considera como un riesgo incorporado en todo matrimonio, puesto que siempre existe la posibilidad de fracasar en él o equivocarse forma parte de lo pre-

visible y, por tanto, los cónyuges quedan sujetos a una exoneración de responsabilidad (Otárola, 2015) (Barcia y Rivera, 2015) (Opazo, 2013).

— *No puede ser ejercida la acción indemnizatoria por quién interpuso la demanda de divorcio sanción.* Planteado en el caso del daño provocado por el divorcio en sí, éste sólo sería resarcible en la medida que el cónyuge que lo reclama no haya sido quien dedujo la acción, de lo contrario, sería él quien ha preferido colocarse en tal situación<sup>(31)</sup> (Corral Talciani, 2004) (Vivanco, 2017);

— *Improcedencia de la acción indemnizatoria en casos de divorcio por cese de convivencia.* Al fundarse en un hecho objetivo, el transcurso de un plazo determinado y variable (según la demanda de divorcio se haga unilateralmente o de común acuerdo por los cónyuges), entienden autores que configura una causal de divorcio sin culpa. Para Cornejo no puede seguirse una demanda de indemnización de perjuicios, luego de este tipo de divorcio, pues, no es razonable intentar una demanda de indemnización de perjuicios por daños ocasionados durante el matrimonio o por el divorcio en sí mismo, dado que no existe coherencia alguna entre lo pretendido en la demanda de divorcio y la demanda por perjuicios que le sigue<sup>(32)(33)(34)</sup> (Medina, 2002)

— *Ejercicio de acciones de estado de familia como requisito previo para la demanda de indemnización de perjuicios.* Para Cornejo es necesario que se haya intentado alguna acción de estado de familia (sea de divorcio, de nulidad matrimonial o de separación judicial) en forma previa, pues, exigir únicamente que no exista convivencia matrimonial puede generar situaciones confusas, dado que el cese de la convivencia es de difícil prueba. La autora sostiene que se podría hacer una excepción en los casos en que se haya dejado constancia del término de la convivencia a través de alguna de las formas señaladas en el Art. 22 LMC (Cornejo, 2012) (Corral, 2008) (Corral, 2011) (Vargas Aravena, 2015).

— *Dificultad de determinar imputabilidad en el quiebre matrimonial.* La determinación del exclusivo culpable de los hechos es muy endeble, pues suele tener su causa en problemas bilaterales, siendo difícil determinar en el contexto de una relación (privada, íntima y de interacción cotidiana) cuál es el alcance de la responsabilidad que a cada uno de los cónyuges compete en el fracaso matrimonial<sup>(35)(36)</sup> (Grosman, 2000) (Sambrizzi, 2001) (Tapia, 2016) (Opazo, 2013);

— *Imposibilidad de determinar culpabilidad entre cónyuges.* Se infiere del estudio de diversos autores nacionales, que este es el principal problema a la hora de extender el derecho de daños a relaciones familiares, particularmente en lo que dice relación con la gravedad de la conducta exigida, en la determinación de un estándar de comportamientos exigible al cónyuge, y la prueba del dolo o de la culpa grave; algunos autores dotan al factor de imputación subjetiva de un excesivo y preponderante rol a la hora de determinar su procedencia, aumentando el estándar de diligencia o cuidado en las relaciones familiares. Descuidando, sin embargo, el hecho de que este elemento ha sido desplazado del centro del sistema de responsabilidad, que ya no es el reproche moral a la conducta del victimario, sino la reparación del daño que ha sufrido la víctima; quienes están a favor de la admisibilidad sostienen (con mucha razón) que el estándar de culpabilidad sólo puede referir al exigido al cónyuge medio en sus relaciones domésticas, y que su determinación es cuestión de prueba<sup>(37)(38)</sup> (Tapia, 2015) (Tapia, 2016) (Valenzuela, 2012)

*La concurrencia de culpas.* Cuando el quiebre matrimonial es producto de culpas compartidas. Por aplicación de reglas de la responsabilidad civil extracontractual, debe determinarse en qué medida la culpa del demandante podría reducir o excluir la reparación conforme al Art. 2330 CC. La existencia de culpas compartidas provocada por la participación de ambos cónyuges en el quiebre, es usual en materia de divorcio, ello no debe extrañar, pues se trata de relaciones humanas sujetas a complejas interacciones de causalidad y reacción. Así, de existir, debe negarse toda pretensión resarcitoria, ya que ambos cónyuges han provocado con su actuar un mismo resultado dañoso<sup>(39)</sup> (Tapia, 2016) (Vivanco, 2017) (Medina, 2002);

— *Improcedencia de la responsabilidad solidaria de terceros participes.* Para Vivanco la regla establecida en el Art. 2317 CC resulta inaplicable al tercero, en tanto la obligación de reparar se agota en la frontera de lo familiar, al tratarse de deberes tan personalísimos fundados en el vínculo familiar. El tercero cómplice no tiene deberes conyugales (como por ejemplo el de fidelidad), para él no hay nunca nexos causales, ya que el tercero, es libre de no cumplirlos, por más que su conducta sea antijurídica y repugnante, la acción indemnizatoria no puede ser dirigida en su contra<sup>(40)</sup> (Vivanco, 2017) (Stanford y Torres, 2016) (Barros Bourie, 2007);

— *Problemas de relativos a la computación del plazo de prescripción de la acción indemnizatoria por falta de regulación expresa, que obligarían a optar entre el régimen de responsabilidad contractual o extracontractual para este tipo de ilícitos.* Advirtiéndose problemas, como: si es admisible la suspensión de los plazos de prescripción extintiva entre cónyuges conforme al Art, 2509 CC en su inciso final o si resulta inadmisibile por tratarse de un plazo de prescripción especial de corto tiempo en razón del Art. 2524 CC; si debe computarse el plazo de la acción tras la dictación de la sentencia de divorcio, o si debe computarse el plazo desde el último de los hechos que causa la separación o divorcio porque el hecho de la infracción puede llegar a ser conocida con posterioridad a la ocurrencia de la perpetración de los hechos; o si debe computarse conforme las reglas generales del Art, 2332 CC, vale decir, contado desde la fecha de perpetración del acto dañoso. La interposición de una acción indemnizatoria en plena vigencia de la relación conyugal produciría un desquiciamiento grave de la vida en común, tornándola intolerable<sup>(41)(42)</sup> (Valenzuela, 2012) (De La Maza, 2012)

### **Procedencia de la reparación del daño causado por infracciones a deberes matrimoniales. Argumentos a favor**

En Chile la doctrina es unánime, respecto de la aplicabilidad del régimen de responsabilidad extracontractual para resarcir el perjuicio ocasionado a causa del incumplimiento de los deberes que impone el matrimonio, sin embargo, su aceptación admite una escisión, entre: una teoría de admisibilidad amplia sustentada en base a normas y principios generales del derecho de daños, que lleva a concluir que resultan supletoriamente aplicables y compatibles con el Derecho de Familia; y otra, más restrictiva que sustenta la admisibilidad según el origen de la lesión y el daño específico a resarcir.

Las teorías amplias de admisibilidad de responsabilidad extracontractual al daño ocasionado a causa del incumplimiento de los deberes que impone el matrimonio, fundan su afirmación sobre normas y principios generales del derecho de daños, que llevan a admitir la aplicabilidad de las normas de la responsabilidad civil extracontractual, por estimarla compatibles con el Derecho de Familia. Son en síntesis las siguientes:

— *En virtud del principio Alterum non laedere, de indemnidad e integridad del daño.* Los daños en sede familiar constituyen infracción al deber genérico

de no dañar a otro, y remiten a falta de toda disposición a la aplicación de reglas generales de responsabilidad, el que no debe estar excluido de aplicarse a las relaciones familiares y concretamente a las situaciones de crisis familiares (Corral, 2013).

— *A falta de regulación expresa son aplicables las normas generales de la responsabilidad civil extracontractual, en tanto estatuto supletorio general en materia de responsabilidad, también por basarse en un principio indemnizatorio amplio, que no se reduce a la existencia de tipos legales expresos.* Afirmar lo contrario sería pretender que sólo existe deber de reparar cuando haya una norma expresa que así lo disponga<sup>(43)(44)</sup> (Tapia, 2016).

— *El Derecho de Familia es parte integrante del Derecho Civil.* El Derecho de Familia no constituye un ordenamiento que se baste a sí mismo, por ende, para solucionar los conflictos deben aplicarse los principios de la teoría general del Derecho Civil. La especialidad en materia de familia no crea una tercera rama del Derecho, ni impide la aplicación de los principios generales; pues a pesar de estar inspirado y gobernada por principios que le son propios, también tiene principios propios otras ramas del Derecho Privado. Siendo el principio de la responsabilidad, principio rector, y regla general en nuestro Derecho Civil, su aplicación no debe restringirse en el Derecho de familia (Cornejo, 2012) (Stanford y Torres, 2016).

— *Se trata de verdaderos ilícitos.* Los hechos que dan lugar a la separación judicial o al divorcio son, ante todo, hechos ilícitos por violar deberes y obligaciones que impone el matrimonio, y su infracción acarrea sanciones civiles, ello porque el delito o cuasidelito civil es más amplio que el delito penal (Valenzuela, 2012).

— *Los Derechos y deberes que impone el matrimonio, son genuinamente jurídicos y no meramente deberes ético-morales.* Su ausencia de coercibilidad no enerva la responsabilidad, y con ella propende a la protección de la familia sancionando conductas dañosas<sup>(45)</sup> (Valenzuela, 2012) (Hernández Paulsen, 2008).

— *Compatibilidad de sanciones civiles con la indemnización de perjuicios no infringe el principio non bis in idem.* No se castiga dos veces, con dos sanciones, al mismo comportamiento: cada sanción aprecia un aspecto distinto del obrar antijurídico, el divorcio el aspecto familiar y la indemnización, el as-

pecto patrimonial, que significa quitarle a uno de los esposos la plenitud moral o económica, haciéndolo víctima de un detrimento o menoscabo”<sup>(46)</sup> (Otárola, 2015).

Debe efectuarse una adecuación de las normas del derecho de Familia al Derecho Constitucional Chileno. La Constitución plasma un orden objetivo de valores en cuyo cimiento está la dignidad humana y los derechos fundamentales que fluyen de ella. Tal principio antropológico debe ser respetado y promovido por todos, además de irradiar al resto del ordenamiento jurídico y regir todas las relaciones jurídicas y, más todavía, aquellas entre particulares. En tales derechos existe una faz subjetiva e individual de defensa de la persona contra el Estado, y otra objetiva o general de tutela de esta frente a los particulares, de esta última ha nacido el deber de proteger de modo prioritario a la persona humana y el reconocimiento del lugar que ella ocupa actualmente en la disciplina jurídica pública y privada. No siendo admisible que la violación de derechos fundamentales sea resarcible fuera de la familia, o en el matrimonio; por otro lado, las normas específicas del Derecho de Familia no pueden impedir la defensa de los derechos de que el cónyuge goza como persona, debiendo primar el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación<sup>(47)</sup> (Barcia y Rivera, 2015).

Su improcedencia supondría una solución privilegiada para el culpable del daño, frente al hecho antijurídico que causa daño al otro, no hay razón alguna para no proceder en contra del autor del hecho, aunque él y su víctima sean miembros de una familia. La relación de mayor intimidad debe considerarse como una agravante, porque existe un deber más intenso de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas<sup>(48)</sup>.

Sin embargo, los argumentos fundados exclusivamente en principios generales del derecho de daños, no son definitivos ni suficientes. Éstos no se pueden aplicar directamente al incumplimiento de un deber matrimonial, pero, no parece razonable negar bajo cualquier circunstancia, lugar a la responsabilidad civil por incumplimiento de deberes del matrimonio. Es indispensable establecer algunos criterios que determinen los límites a la responsabilidad civil respecto del incumplimiento de deberes del matrimonio, siendo su aplicación restringida a los siguientes casos:

— *Hechos ilícitos cometidos por un cónyuge contra el otro que igualmente hubieran debido ser indemnizados si la víctima fuese un tercero.* 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, de esta manera, sólo las consecuencias que la misma ley determina a los casos generales. 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. Para determinar si procede o no la acción indemnizatoria, debe prescindirse de la existencia del vínculo matrimonial<sup>(49)</sup> (Tapia, 2016).

— *En casos de hechos constitutivos de infracciones graves a los derechos, deberes y obligaciones que impone el matrimonio.* Sus partidarios sostienen que no cualquier daño es indemnizable dentro del ámbito de la familia, sólo deben considerarse los incumplimientos graves a deberes fundamentales o esenciales del matrimonio y que el interés del lesionado a obtener una justa reparación pueda ser considerado superior al que busca tutelar la paz y la intimidad familiar.

— *Es procedente en el caso de violaciones de derechos fundamentales.* Pues, el principio de especialidad del Derecho de Familia: cede, al estar construido sobre derechos fundamentales no puede quedar exento de su reparación. Para Barcia y Rivera este criterio se sostiene bajo la regla general de que es improcedente resarcir perjuicios en el caso de infracciones a deberes matrimoniales, y sólo es posible resarcirlos, cuando en el hecho dañoso concurren conjuntamente violación de derechos fundamentales, como podría ser la transgresión a la integridad física y psíquica, dignidad de uno de los cónyuges, a derechos de la personalidad, a su honra, etc. (Barcia y Rivera, 2015);

— *Por derivar de delitos tipificados en el Código Penal o de hechos de violencia intrafamiliar.* En casos de comisión de un delito penal o de hechos de violencia intrafamiliar, en contra del cónyuge, los que naturalmente generan derecho a la reparación. Se trata de la aplicación de reglas generales de responsabilidad civil, que obliga al autor del hecho a resarcir el daño con prescindencia de la sanción que señalen las leyes penales al ilícito penal, bajo este criterio restrictivo los casos de incumplimiento de deberes del matrimonio —tipificados únicamente el Código Civil— quedarían excluidos desvirtuando con ello todo argumento que en favor se sostiene sobre el particular<sup>(50)</sup>.

Siguiendo con la tesis de admisibilidad restrictiva, algunos autores se han preguntado si en nuestro Derecho, es posible reparar el daño ocasionado por los hechos constitutivos de la causal (de infracción o de divorcio sanción) o si sólo puede ser reparado el daño causado por el divorcio en sí. Según su grado admisibilidad es posible reparar:

— *Reparación por incumplimiento de deberes matrimoniales en general.* La infracción genérica de alguno de los derecho-deberes y obligaciones tipificados en los artículos 131, 132, 133, 134, 136 del CC, en tanto su transgresión sea grave, o reconducible lesión de derechos fundamentales, o el daño derivado de la comisión de delitos sufridos por uno de los cónyuges. Sin embargo, algunos autores, discurren que estas obligaciones al tener su antecedente en el contrato de matrimonio sostienen que su infracción debe ser resuelta por el sistema de responsabilidad contractual; también se han pronunciado la oportunidad para obtener la reparación del daño causado durante la convivencia conyugal o si sólo es procedente tras su la terminación de la relación conyugal; en este punto es dable señalar que algunos autores plantean la regulación del daño bajo un sistema autónomo de responsabilidad denominado responsabilidad matrimonial, aplicable por especialidad, y oposición a las reglas generales de responsabilidad contractual y extracontractual<sup>(51)</sup> (Vargas Aravena, 2009) (Otarola, 2015);

— *Reparación de los daños provocados por hechos que causan el divorcio.* Los hechos constitutivos de las causales de divorcio son acciones antijurídicas, ya que constituyen violaciones a deberes jurídicos legalmente establecidos y libremente asumidos. Esta afirmación es válida, especialmente si recordamos las razones por las cuales los deberes morales o derechos-deberes del Derecho de Familia son exigibles desde un punto de vista jurídico. En consecuencia, en el juicio de responsabilidad civil, el hecho ilícito estará conformado por la o las causales que motivaron el divorcio por culpa, estas causales están contenidas en el Art. 54 LMC;

— *Reparación de los daños provocados exclusivamente por el hecho del divorcio en sí mismo.* Diversos autores se han pronunciado acerca de sí resulta procedente el perjuicio sufrido a consecuencia del hecho del divorcio. La profesora Valenzuela sostiene que en casos de ejercicio abusivo de la acción de divorcio procede la reparación del daño por configurar abuso de derecho, *si uno de los cónyuges utiliza el juicio de divorcio o el divorcio mismo como*

*un modo de agresión o venganza en contra del otro, exponiendo a la víctima a interrogatorios impertinentes, sin guardar un mínimo de buena fe procesal y de resguardo de la intimidación familiar, sin embargo tal opinión no goza de unanimidad y ha sido rechazada tajantemente<sup>(52)(53)</sup> (Valenzuela, 2012) (Tapia, 2015) (Tapia, 2015);*

— *En particular sobre el resarcimiento del daño en casos de adulterio como infracción al deber de fidelidad.* El deber de fidelidad es concebido —en principio— como una concreción del deber de respeto en el plano de las relaciones externas de contenido sexual. De sentido negativo, esto implica la exclusividad de relaciones sexuales entre cónyuges y, por ende, la abstención de éstas con terceros.

En el Derecho chileno, tradicionalmente, la vulneración se circunscribe a una dimensión estrictamente sexual, identificando infidelidad conyugal con infidelidad sexual, reduciendo la noción del adulterio al ilícito sexual. No obstante, con la despenalización del delito de adulterio, la jurisprudencia ha redefinido la noción del deber fidelidad, ampliando su sentido conforme a su tenor literal: *lealtad, observancia de la fe o confianza que uno debe a otro*, lo que se halla unida a conceptos como el del honor, reputación, honestidad y dignidad<sup>(54)</sup>.

En estos términos, la infidelidad —indicativa de que comprende no solo la exclusividad sexual— que podría dar lugar a indemnización comprende la obligación negativa de abstenerse de realizar cualquier acto o conducta, sea o no en relación con terceras personas, que suponga una traición o engaño a esa confianza o fe que se tienen depositados mutuamente los cónyuges y que ponga en peligro valores como el honor, la honestidad, la reputación, la integridad o la dignidad del otro cónyuge.

Sin embargo, el punto de partida para resarcir daño proveniente de la infracción de este deber, se encuentra dentro de las causales de divorcio por culpa, pues la causal genérica, contenida en el número 2 del inciso segundo del artículo 54 LMC, que alude a una especie de *transgresión grave*, insertando tácitamente de la transgresión al deber de fidelidad y por ende el adulterio a que refiere el Art. 132 CC que expresamente declara 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<sup>(55)</sup>* (Stanford y Torres, 2016), luego en su inciso segundo tipifica el adulterio: *Cometen adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido y el varón casado que con mujer que no sea su cónyuge* (Otarola).

## Conclusiones

Aunque el plan general de esta obra ha pretendido exponer y analizar con cierto grado de contradictoriedad, el debate planteado acerca de la *admisibilidad y procedencia de la reparación del daño causado por la de infracción de deberes matrimoniales*. El debate paulatinamente se inclina a favor de la admisibilidad de la reparación conforme el estatuto supletorio y general de la responsabilidad extracontractual.

El ordenamiento jurídico chileno ha otorgado reparación del daño por responsabilidad civil extracontractual, en los casos de infracción de los deberes matrimoniales mediante solución jurisprudencial, paulatinamente, ha ido admitiendo su posibilidad, pero siempre desde su reconducción a hechos ilícitos genéricos tales como el maltrato habitual, el delito de lesiones o la violencia intrafamiliar. Los puntos de comparación han demostrado que nuestro ordenamiento jurídico chileno, en su función jurisdiccional (respecto de estos casos concretos), no es particularmente restrictivo a la hora de admitirlos y juzgarlos. Nuestro ordenamiento no se encuentra en posición desmejorada respecto de otros ordenamientos jurídicos, pero su grado de admisibilidad y avance muestra que este puede sin duda alguna mejorar: urge formular una interpretación extensiva de los principios constitucionales chilenos, que permitan extender la reparación del daño al ámbito familiar en un mejor sentido, y admitir abiertamente el derecho subjetivo a la acción entre cónyuges y la legitimación activa para interponer todo tipo de acciones de responsabilidad contra el otro por los daños ocasionados, sea intencionalmente o por culpa.

Lo anteriormente expuesto, nos lleva a concluir, en línea, que:

I) es admisible que el cónyuge víctima que ha sufrido un daño patrimonial o moral a consecuencia de infracciones de deberes matrimoniales, pueda obtener reparación íntegra del daño mediante la obtención de una indemnización de perjuicios;

II) que es indiferente, si el origen de esta infracción que genera el daño deriva de las infracciones de los deberes tipificados en los Arts. 131, 132, 133, 134, 136 del CC, o de la comisión de alguna de las casuales de divorcio culposo enumeradas en el art. 54 LMC, o de la comisión de un delito penal en contra de la persona del otro cónyuge, de la comisión del acto lesivo de violencia intrafamiliar; un acto que transgrede gravemente la honra, dignidad, integridad psíquica del otro cónyuge;

III) al igual que en el punto anterior, la acción u omisión de estos actos, cualquiera sea su origen, constituye un hecho ilícito que transgrede alguna de las obligaciones y deberes que impone el matrimonio y engendra la obligación de indemnizar el daño o perjuicio causado;

IV) que, a falta de estatutos especiales (como la responsabilidad matrimonial) el resarcimiento del daño provocado por el incumplimiento de deberes matrimoniales, debe sujetarse al estatuto general y supletorio de responsabilidad extracontractual;

V) que, en caso de que la acción se funde exclusivamente en la infracción de deberes conyugales no puede dirigirse la acción en contra de terceros partícipes, por no estar obligados a deberes conyugales.

## Referencias

- Barcia, R., y Rivera, J. (2015). ¿En qué casos el incumplimiento de deberes del matrimonio genera responsabilidad civil? *Revista Ius et Praxis*, 2(21), 19-60.
- Barros, E. (2006). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Jurídica de Chile.
- Claro, L. (1931). *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. Tomo I. Imprenta Cervantes.
- Cornejo, M. (2012). *Particularidades de la responsabilidad civil extracontractual en el derecho de familia* (Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Facultad de derecho de la Universidad de Chile; Profesor Guía: Aldo Molinari Valdés). Santiago de Chile.
- Corral, H. (2004). Una ley de paradojas: Comentario a la Nueva Ley de Matrimonio Civil, *Revista Chilena de Derecho Privado*, (2), 267.
- Corral, H. (2011). *Separación, nulidad y divorcio, Análisis desde los principios y las reglas de la Ley de Matrimonio Civil*. Abeledo Perrot-Thomson Reuters.
- Corral, H. (2013). *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual* (2.<sup>a</sup> ed.). Thomson Reuters.
- De La Maza, I. (2012). *El adulterio como ilícito civil, en periódico El Mercurio Legal*. <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2012/10/24/El-adulterio-como-ilicito-civil.aspx>.
- Domínguez, C. (2000). *El daño moral* (Tomo 1). Jurídica de Chile.
- Grosman, C (2000). La responsabilidad de los cónyuges entre sí y respecto de los hijos. En C. Ghersi (Coord.) *Los nuevos daños*. Hammurabi.
- Hernández, G. (2008). Responsabilidad Civil por Daños Ocasionados en las Relaciones de Familia. (Charla dictada en Ciclo de Charlas “Los Martes al Colegio”). *Separata del Colegio de Abogados de Chile, 2008*.
- Medina, G. (2002). *Daños en el Derecho de Familia*. Rubinzal-Culzoni.

- Opazo, M. (2013). *Indemnización de perjuicios por incumplimiento de las obligaciones matrimoniales*. Repositorio de la Universidad Gabriela Mistral.
- Otarola, Y. (2015). *La extensión de la responsabilidad civil al incumplimiento de los deberes maritales* (Tesis doctoral presentada para optar al grado de Doctor en Derecho en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Pontificia Universidad Católica de Chile). Santiago de Chile.
- Ramos, R. (2010). *Derecho de Familia* (Tomo 1 y 2) (3.º Ed.). Jurídica de Chile.
- Sambrizzi, E. (2001). *Daños en el Derecho de Familia*. La Ley.
- Stanford, P, y torres, B. (2016). *Adulterio y responsabilidad civil*. (Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Facultad de derecho de la Universidad de Chile; Profesor Guía: Cristián Banfi del Río). Santiago de Chile.
- Tapia, M. (2016). Divorcio y responsabilidad civil en el Derecho chileno. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, 84(239), 139-198.
- Valenzuela, J. (2012). *Responsabilidad Civil por el Incumplimiento de Obligaciones Matrimoniales y por el Ejercicio Abusivo del Divorcio Unilateral*. Un Estudio de su Admisibilidad en Chile. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 19.
- Vargas, D. (2009). *Daños civiles en el matrimonio* (Tesis Doctoral presentada ante la Universidad de Salamanca).
- Vargas, D. (2015). Del resarcimiento en Chile de los daños causados en el matrimonio. *Revista Ius et Praxis*, 1 (21), 57-100.
- Vivanco, P. (2017). *Responsabilidad civil en el ámbito del derecho de familia*. (Tesis presentada a la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción para optar al grado académico de Magíster en Derecho. Profesor Guía: Ramón Domínguez Águila; Concepción de Chile).

## **Normas Citadas**

---

Código Civil de Chile, artículos 99 al 132 y 2.314 al 2.334.

Chile, Ley 19.947, de 17 de Mayo de 2.004.

Chile, Ley 20.066, de 07 de Octubre del 2.005.

## **Jurisprudencia citada**

---

Chile. Corte de Apelaciones de la Serena, rol 373-2006.

Chile. Corte de Apelaciones de la Serena, rol 507-2013.

Chile. Corte de Apelaciones de Puerto Montt, rol 181-2010.

Chile. Corte de Apelaciones de Talca, rol 133-2012.

Chile. Corte de Apelaciones de Santiago, rol 7.738-2007.

Chile. Corte de Apelaciones de Santiago, rol 937-2008.

Chile. Corte de Apelaciones de Santiago, rol 821-2010.

Chile. Corte de Apelaciones de Santiago, rol 890-2010.

Chile. Corte de Apelaciones de Santiago, rol 9125-2013.

Chile. Corte de Apelaciones de Santiago, rol 1361-2011.

Chile. Corte de Apelaciones de Rancagua, rol 672-2007.

Chile. Corte Suprema, rol 5334-2005.

Chile. Corte Suprema, rol 5048-2006.

Chile. Corte Suprema, rol 10622-2014.

Chile. Corte Suprema, rol 7795-2013.

Chile. Tribunal Constitucional, rol INA 1423-2009.

## Notas

<sup>1</sup> Referimos a las disposiciones pertinentes del Título IV sobre el matrimonio, del Título VI sobre Obligaciones y derechos entre los cónyuges, del libro I del Código Civil (en adelante CC); a la ley 19.947 sobre Ley de Matrimonio Civil (en adelante LMC); a la ley 20.066 sobre Violencia intrafamiliar; sin perjuicio de la remisión instituciones del derecho de familia como los alimentos, el régimen de sociedad conyugal, la compensación económica, la separación judicial, el divorcio, etc. Contenidas en cuerpos normativos y leyes especiales ya citadas.

<sup>2</sup> Disposiciones del Título XXXV del libro IV del CC, sobre “los delitos y cuasidelitos. Desde los arts. 2314 a 2334.

<sup>3</sup> El repaso de obras que tratan la problemática de forma completa ratifica esta falta de regulación expresa y sistematizada. Para una revisión completa de la materia, Ver: La memoria, Particularidades de la responsabilidad civil extracontractual en el derecho de familia, María Gloria. Cornejo García, En: Cornejo (2012); La Tesis doctoral, La extensión de la responsabilidad civil al incumplimiento de los deberes maritales, de la Dra. Yasna Otárola, En: Otárola (2015); La memoria, Adulterio y responsabilidad civil, de los autores Priscilla Stanford y, Benjamín Torres (2016), En: Stanford y Torres (2016); la tesis del magister, Responsabilidad civil en el ámbito del derecho de familia, de Pablo Vivanco Luengo, En: Vivanco Luengo (2017).

<sup>4</sup> El derecho de familia chileno recurre a la indemnización de perjuicios para reparar anomalías en las relaciones paterno-filiales o conyugales. Dispuestas en los artículos: Art. 98 (no se podrá alegar la promesa de matrimonio ni para pedir que éste se lleve a efecto, ni para demandar indemnización de perjuicios); Art. 130 (serán obligados solidariamente a la indemnización de todos los perjuicios y costas ocasionados a terceros por la incertidumbre de la paternidad, la mujer que antes del tiempo debido hubiere pasado a otras nupcias, y su nuevo marido); Art. 141 (la actuación fraudulenta de uno de los cónyuges para obtener la declaración de bien familiar lo deja obligado a indemnizar perjuicios); Art. 197 (el ejercicio de una acción de filiación de mala fe o con el propósito de lesionar la honra del demandado obliga a indemnizar los perjuicios que se cause al afectado); Art. 328 (en el caso de dolo para obtener alimentos,

serán obligados solidariamente a la restitución y a la indemnización de perjuicios todos los que han participado en el dolo).

<sup>5</sup> En Corte de Apelaciones de Santiago, considerando quinto, rol. 7738-2007, sentencia del 10 de noviembre 2009

<sup>6</sup> En Corte de Apelaciones de Santiago, rol. 7738-2007.

<sup>7</sup> En: Corte de Apelaciones de La Serena, en Rol N° 373-2006, del 08 de enero de 2007.

<sup>8</sup> En: Corte de Apelaciones de Rancagua, Rol N° 672-2007, dictada el 29 de octubre de 2007.

<sup>9</sup> En: Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol N° 181- 2010, en sentencia del 20 de diciembre 2010.

<sup>10</sup> En: Sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 890-2010, en sentencia del 4 de noviembre de 2010.

<sup>11</sup> En: Corte de Apelaciones de Talca, Rol N° 133-2012, del 30 de agosto de 2012.

<sup>12</sup> En: Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 9125-2013, del 21 de agosto de 2014.

<sup>13</sup> En Corte Apelaciones de la Serena, Rol N° 507-2013, del 03 de abril de 2014.

<sup>14</sup> Tribunal Constitucional, Rol INA 1423-09, del 31 de diciembre de 2009.

<sup>15</sup> A partir de un primer caso, en que se demandó indemnización de perjuicios por responsabilidad extracontractual, causados por el incumplimiento del deber de fidelidad, interpuesta por el marido en contra de su cónyuge y un tercero. Se configura la base dogmática de las tesis denegatorias. En: Corte de Apelaciones de Santiago, Rol. 7738-2007, sentencia del 10 de noviembre 2009.

<sup>16</sup> Los sistemas de inmunidad familiar propios del common law, se mantuvieron inalterables hasta mediados del siglo XX. El sistema de inmunidad llegó a su fin a mediados del Siglo XX, siendo abolido, permitiéndose actualmente: la demanda y reparación de

daños producidos al interior de la familia. Para una revisión detallada, Ver: Otárola (2015, pp. 198-215).

<sup>17</sup> En Chile el privilegio de inmunidad nunca ha tenido vigencia, resultando inaplicable el argumento. En favor de esta opinión: La profesora Valenzuela sostiene que las normas del Art. 2314 y siguientes del Código Civil nada dicen sobre un supuesto privilegio de inmunidad entre cónyuges no se refieren al problema específico de la infracción de las obligaciones personales derivadas del matrimonio. En: Otárola (2015). Cornejo, sostiene que: Negar la aplicación del estatuto de responsabilidad civil en el Derecho de Familia implica generar espacios de impunidad sobre conductas dañosas, lo que se traduce en un desincentivo para comportarse según los estándares de conducta que se pueden exigir al hombre en sociedad (el buen padre de familia, el hombre medio, etc.). Si los miembros de una familia se tratan con menor consideración que con los demás miembros de la sociedad, se está poniendo en riesgo a la familia como institución. En: Cornejo (2012, p. 36).

<sup>18</sup> Esta especialidad del derecho de familia supone la inaplicabilidad 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. En: Sambrizzi (2001, p. 134).

<sup>19</sup> La Corte de apelaciones de Talca, es contraria al argumento de la especialidad y ha señalado: “no puede invocarse el argumento de la especificidad y carácter completo de las normas del Derecho de familia...”. En: Corte de Apelaciones de Talca, Rol N° 133-2012, del 30 de agosto de 2012.

<sup>20</sup> En: Corte de Apelaciones de Santiago, Rol. 7738-2007, sentencia del 10 de noviembre 2009.

<sup>21</sup> La Corte de Apelaciones de Puerto Montt, conociendo por vía de apelación de un pacto de fidelidad suscrito entre cónyuges, por medio el cónyuge infractor se obligaba al de un perjuicio avaluado anticipada. El marido burlado, inició cobró en juicio ejecutivo los cheques girados por su mujer a su favor, con el motivo de indemnizar el daño moral causado a su marido por el ilícito de adulterio, previamente pactado. Señaló en su considerando décimo cuarto que existe objeto ilícito en todo pacto en que los cónyuges pretendieren obligarse unilateral o recíprocamente al pago de una indemnización por daño moral para el caso de faltar al deber de guardarse fe, por así

disponerlo el artículo 1462 del Código Civil. En: Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol N° 181- 2010, en sentencia del 20 de diciembre 2010.

<sup>22</sup> Tal argumento ha sido esgrimido para sostener que el adulterio no es fuente de responsabilidad civil extracontractual. En: Opazo (2013, p. 58).

<sup>23</sup> El incumplimiento de las obligaciones matrimoniales trae aparejada diversas sanciones: Ello se traduce generalmente en la imposición del régimen legal del divorcio que comprende sanciones civiles tales como: la resolución del vínculo jurídico que unía a los cónyuges, esto es, el divorcio; la pérdida de derechos, como la privación de la vocación hereditaria, la revocación de las donaciones o la mantención de obligaciones que debieran haberse extinguido con el término del matrimonio, como la permanencia de los alimentos a favor del cónyuge inocente. En: (Valenzuela (2012 p. 249); Opazo (2013 p. 56.)

<sup>24</sup> En: Barcia y Rivera (2015, p. 20); También, el profesor Tapia sostiene que, en base a la experiencia chilena en materia de divorcio por culpa, que el examen del carácter grave y reiterado del adulterio expone a análisis escandalosos de cuestiones íntimas de las parejas donde el derecho tiene poco que decir. Situaciones como el número de encuentros sexuales con otro; sospechosas fotos subidas a Facebook; extrañas y amorosas conversaciones por chat y telefónicas; conversaciones por chat que habría presenciado una hija matrimonial; son algunas de las impúdicas ventilaciones de intimidades a que dan lugar estas causales, y en las que la Justicia se encuentra obligada a pronunciarse. En: Tapia (2015, p. 186).

<sup>25</sup> Barcia y Rivera exponen que la indemnización de perjuicios: castiga a los que se casan. Por ello se generan desincentivos, por una parte, los que contraen el matrimonio no pueden desvincularse del estatuto matrimonial, sin sufrir un alto costo por ello, y por la otra, los que pueden ingresar no lo hacen por temor a los costos del ingreso. En: Barcia y Rivera (2015, p. 26); Otárola expone que se trata de un argumento meramente valórico, pues, aunque se atribuya a la indemnización de perjuicios ser factor disuasivo para asumir un compromiso como el matrimonio, debe considerarse que personas que toman la decisión de contraer matrimonio no evalúan de antemano los costos materiales posibles de un fracaso, ni siquiera vislumbran tal posibilidad. En: Otárola (2015, pp. 33-35).

<sup>26</sup> Dar cabida a acciones indemnizatorias en términos amplios, podría involucrar a los tribunales de justicia en disputas triviales entre los cónyuges. No habría posibilidades

reales de controlar que a los tribunales no llegaran casos de bagatela. En: Hernández Paulsen (2008, p. 13).

<sup>27</sup> La jurisprudencia le ha dado una extensión amplia a la obligación de alimentos que constituye el deber de socorro, esto es, la ayuda, que se cumple permanentemente en la vida común, casi imperceptiblemente y que adquiere toda dimensión con la ruptura de la convivencia. En: Corte Suprema, Rol N° 5334-2005, del 21 de septiembre de 2005; En el mismo sentido, en; Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 821-2010, del 09 de noviembre de 2010.

<sup>28</sup> Quienes refieren a esta institución para efectos de resarcir el perjuicio, no han argumentado mayormente el por qué esta institución tendría tal virtud reparatoria. En: Opazo (2013, p. 70).

<sup>29</sup> No procede efectuar un el estudio acabado de la institución de la compensación económica. Estando pacificada la finalidad perseguida por la institución. Y descartado desde todo punto de vista por la doctrina nacional, el empleo de la compensación económica como medio para resarcir los daños causados por incumplimiento de los deberes conyugales, pues no guarda ninguna relación con la naturaleza y finalidad de la compensación económica.

<sup>30</sup> Se han rechazado demandas de indemnización de perjuicios por los malos tratos que durante la convivencia le ocasiono el exmarido, demandadas por la vía de la compensación económica. La Corte de Apelaciones de Santiago, revoco al año 2010 una sentencia de primera instancia que dio lugar a la reparación. En: Sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 890-2010, en sentencia del 4 de noviembre de 2010.

<sup>31</sup> En Contra: Vivanco sostiene que: (...). La tesis de Corral conduce al absurdo de estimar que el cónyuge inocente debe abstenerse de accionar de divorcio sanción, a fin de lograr el resarcimiento, espera que podría ser eterna, porque aun cuando espere los tres años que exige el divorcio remedio, el sólo ejercicio de esta última acción le impediría de reclamar los daños, sin perjuicio que la acción civil podría estar prescrita. En: Vivanco (2017, p. 244).

<sup>32</sup> El mismo criterio se ha desarrollado en la doctrina argentina. En: Medina (2002, p. 79).

<sup>33</sup> Se subentiende que, al acudir a la acción de divorcio por cese de la convivencia, existe una renuncia tácita por parte del cónyuge que demanda, y una del que es demandado, si contesta la demanda sin utilizar su derecho a una demanda reconvenicional de divorcio por culpa.

<sup>34</sup> La Corte de Apelaciones de Rancagua rechazó una acción indemnizatoria que reclamaba el resarcimiento por daño moral a consecuencia del cese de la vida en común entre ex cónyuges. El fallo señala que este rubro no lo contempla la Ley de Matrimonio Civil. En: Corte de Apelaciones de Rancagua, Rol N° 672-2007, dictada el 29 de octubre de 2007.

<sup>35</sup> Así: (Grosman, 2000, p. 429); Sambrizzi (2001, p. 136); El profesor Mauricio Tapia es el principal detractor basando sus argumentos en el elemento de culpabilidad, especialmente en la dificultosa reprochabilidad, el problema de la determinación o atribución de dolo o culpa a los cónyuges, En: Tapia (2016, pp. 139-198).

<sup>36</sup> Una cosa 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 incumplimiento de las obligaciones matrimoniales no pueda ser imputable a alguno de los consortes. En efecto, ese incumplimiento no puede tratar de ser justificado 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. En: Opazo (2013, p. 65).

<sup>37</sup> Tratándose de la determinación de culpabilidad respecto de la infracción al deber de fidelidad y el adulterio, algunos autores, como Tapia, han llevado extremado sus disquisiciones a cuestiones meramente carnales. Poniendo en duda la construcción de patrones ideales de comportamiento en el matrimonio, la dificultad del reproche al adúltero que bajo su premisa no puede al dolo o la culpa grave (púes el infiel no busca causar positivamente el perjuicio, ni tampoco su conducta es en extremo negligente), y la dificultad de determinar cuándo se produce (si por el hecho de seducir, mantener contacto por terceros o sostener relaciones sexuales). Rechazando su procedencia en afirmaciones que creo son puramente morales. En: Tapia (2016, p. 188).

<sup>38</sup> En contra: Valenzuela (2012, p. 253); y Opazo sostiene que la determinación de culpabilidad del cónyuge es una cuestión de índole probatoria. En: Opazo (2013, p. 64).

<sup>39</sup> Para Medina: Esta solución es injusta, pues no considera el que una conducta pueda ser más gravosa que la otra, o haber resultado uno de los cónyuges más perjudicado que el otro. Además, la culpa de los cónyuges no neutraliza la responsabilidad, por cuanto la culpa de uno de ellos no da derecho a la agresión del otro. En: Medina (2002, p. 85).

<sup>40</sup> En el caso del adulterio: hay que partir de la base que, el cónyuge incumplidor no es forzado ni inducido a ser infiel, es un acto libre. Por lo mismo, la acción del tercero, salvo el caso de complicidad en la obstrucción será, de ordinario irrelevante, horadando así el nexo causal. Es por este motivo que un tercero no tiene obligación de indemnizar. En: (Vivanco (2017, p. 262); Stanford y Torres (2016, pp. 133-134); Barros Bourie señala que: Los derechos contractuales que una persona tiene respecto de otra no dan lugar per sé a deberes de cuidado para terceros ajenos a esa relación contractual, al menos de una manera que signifique reconocer posiciones jurídicas que están protegidas en términos absolutos respecto de cualquier tercero En: Barros Bourie (2007, p. 998).

<sup>41</sup> Comparto la opinión del profesor De la Maza, al señalar; que, si bien el artículo 102 del Código Civil define el matrimonio como un contrato, “probablemente dicha denominación obedezca a la necesidad de acuerdo en el acto constitutivo y no autorice —ni resulte aconsejable— el recurso a normas de marcado carácter patrimonial como las del Libro IV del Código Civil” En. De La Maza (2012, snº).

<sup>42</sup> En: Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 9125-2013, del 21 de agosto de 2014.

<sup>43</sup> En: Corte de Apelaciones de Talca, Rol N° 133-2012, del 30 de agosto de 2012.

<sup>44</sup> Tapia sostiene que con la sanción patrimonial al incumplimiento de deberes, se pretende que la ley civil cumpla una función propia de creencias religiosas, convicciones personales, prácticas sociales, es decir la defensa del matrimonio para toda la vida. En: Tapia (2016, p. 181).

<sup>45</sup> La Corte de Apelaciones de Talca en el fallo ya citado de 30 de agosto de 2012, fue claro al decir que los deberes conyugales, pese a que sean incoercibles directamente, son auténticos deberes jurídicos exigibles legalmente. En: Corte de Apelaciones de Talca, Rol N° 133-2012, sentencia del 30 de agosto de 2012.

<sup>46</sup> La responsabilidad civil no es excluyente de otras responsabilidades. Es complementaria y subsidiaria, es decir, no se impone luego de otras sanciones o cuando estas no se han impuesto, por lo que puede coexistir con otras responsabilidades, sin dar lugar a planteamientos de non bis in ídem. Incluso puede ser previa. En: Otárola (2015, p. 46).

<sup>47</sup> En: Corte de Apelaciones de La Serena, en Rol N° 373-2006, del 08 de enero de 2007.

<sup>48</sup> La Corte de Apelaciones de Santiago, al conocer de una demanda de indemnización interpuesta por la mujer en contra de su marido por maltrato habitual y violencia intrafamiliar, por vía de casación en la forma, revoca sentencia, señala que: es posible presumir que la calidad de cónyuges de las partes en conflicto —hecho objetivo no discutido en autos— acentúa la percepción de daño en la víctima y genera una turbación en el ámbito de los afectos —a pesar de que existiera una separación de hecho— que no es posible ignorar. En: Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 1361-2011, del 19 de diciembre 2012.

<sup>49</sup> Posición que ha sido ratificada por la jurisprudencia al pronunciarse sobre un caso de indemnización de perjuicios por malos tratos entre cónyuges. En Corte Apelaciones de la Serena, Rol N° 507-2013, del 03 de abril de 2014.

<sup>50</sup> El Tribunal Constitucional ha dado argumentos en favor de esta posición al señalar que el carácter delictual de algunas causales de divorcio sanción no puede impedir la reparación indemnizatoria. Tribunal Constitucional, Rol INA 1423-09, del 31 de diciembre de 2009.

<sup>51</sup> Para algunos autores, frente al incumplimiento de los derechos-deberes que impone el matrimonio, se configuran de deberes contractuales. Entonces, el estatuto de responsabilidad aplicable sería entonces el de la responsabilidad contractual. Ver: Tesis doctoral, Daños civiles en el matrimonio, de Vargas Aravena (2009).

<sup>52</sup> En el caso de ejercicio abusivo de la acción de divorcio. Ver: Valenzuela (2012, pp. 256-258).

<sup>53</sup> Para Tapia el mero ejercicio de la acción de divorcio no puede dar lugar a la indemnización de perjuicios. En: Tapia (2015, p. 171).

<sup>54</sup> La Corte suprema ha señalado que la infracción al deber de fidelidad no solo se traduce en que uno de los cónyuges cometa adulterio, puesto que este no es sino una forma particular de infringir dicha obligación. Más bien, concurre esta infracción si el marido o mujer realiza una conducta que compromete la búsqueda del bien para ambos cónyuges, entendido este último concepto en términos amplios, abarcador de todas las circunstancias de la vida conyugal, esto es, que destruye la fe, confianza y lealtad debida, manifestada ostensiblemente en el quehacer personal del cónyuge infractor. Corte Suprema, Rol N° 5048-2006, sentencia de 17 de marzo de 2007; La Corte de Apelaciones de Santiago ha añadido que el deber de guardarse fe no solo se estrecha en los angostos límites de la fidelidad sexual, sino que se proyecta en todos los ámbitos de la vida, por cuanto guardar la fe conyugal implica fidelidad y esta es la lealtad u observancia de la fe que alguien debe a otra persona, la que no aparece determinada solamente a la naturaleza y fines del matrimonio y, por ende, se extiende a todos los ámbitos en los cuales se proyecta la comunidad de vida entre marido y mujer, En este mismo orden, también ha expresado que conceptualmente la infidelidad no solo abarca el adulterio, sino que basta una vinculación con un tercero que no guarde los límites de lo común y habitual en las relaciones sociales y denote una proximidad de tipo sentimental. En: Sentencia de la CA de Santiago, Rol N° 937-2008, de fecha 04 de julio de 2008; También en: Sentencia Corte Suprema, Rol N° 7795-2013, del 7 de mayo de 2014.

<sup>55</sup> Stanford y Torres, formulan una interpretación del inciso 1° del Art. 132 CC. En: Stanford y Torres (2016 pp. 73-76).