



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho.

Departamento de Derecho Privado.

ADULTERIO Y RESPONSABILIDAD CIVIL

**Memoria para optar al Grado Académico de Licenciado en Ciencias
Jurídicas y Sociales**

Autores: Priscilla Ann Stanford Valencia

Benjamín Ignacio Torres Gálvez

Profesor Guía: Cristián Banfi del Río

Santiago, Chile

Noviembre 2016

“Iuris praecepta haec sunt: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere”.

Ulpiano.

DEDICATORIA.

A mis padres y a Benjamín, con gratitud absoluta.

P.S.V.

A Dios y a mis padres, a quienes todo debo.

A mi familia y amigos, por su paciencia, consejos y cariño.

A la Sra. Olga y don Juan Antonio Feliú (Q.E.P.D.), por mostrarme el camino que debo seguir para convertirme en el profesional que espero ser.

A las islas que llevo en el corazón.

A Priscilla y su familia, por haber sido mis compañeras durante un largo viaje.

B.T.G.

TABLA DE CONTENIDOS

| | |
|--|----|
| INTRODUCCIÓN ----- | 1 |
| CAPÍTULO PRIMERO: LA FAMILIA, EL MATRIMONIO Y EL ADULTERIO ----- | 4 |
| 1. La familia en el ordenamiento jurídico nacional. ----- | 4 |
| 2. El matrimonio y su evolución en la legislación nacional. ----- | 7 |
| 3. El adulterio ante el derecho chileno. ----- | 8 |
| CAPÍTULO SEGUNDO: REVISIÓN DE LAS SANCIONES QUE SE APLICARON HISTÓRICAMENTE AL ADULTERIO. ----- | 12 |
| 4. Utilidad de la revisión de las sanciones impuestas al adulterio por otras legislaciones ----- | 12 |
| 5. El adulterio ante el derecho romano. ----- | 12 |
| 6. El adulterio ante el derecho visigótico. ----- | 16 |
| 7. El adulterio en el derecho medieval español. ----- | 18 |
| 8. El adulterio en el derecho indiano. ----- | 20 |
| 9. Algunas consideraciones. ----- | 21 |
| CAPÍTULO TERCERO: EL ADULTERIO ANTE EL DERECHO DE CHILE REPUBLICANO. ----- | 23 |
| 10. Consideraciones preliminares.----- | 23 |
| 11. El adulterio ante el derecho penal chileno.----- | 23 |
| 12. El adulterio ante la legislación civil chilena. ----- | 25 |
| a. Divorcio. ----- | 26 |
| b. Separación judicial de los cónyuges. ----- | 26 |
| c. Separación judicial de bienes.----- | 28 |
| CAPÍTULO CUARTO: ACERCA DE LA PROCEDENCIA DE APLICAR REGLAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL ÁMBITO FAMILIAR. ----- | 29 |
| 13. Presentación del problema. ----- | 29 |
| 14. De la responsabilidad en general.----- | 29 |
| 15. De la responsabilidad civil.----- | 30 |
| 16. La discusión sobre la admisibilidad de la reparación del daño provocado al interior de la familia. ----- | 31 |
| 17. Principales argumentos de la tesis denegatoria. ----- | 32 |
| a. Especialidad del derecho de familia. ----- | 32 |
| b. Especialidad de las sanciones del derecho de familia. ----- | 34 |
| c. Ausencia de norma expresa. ----- | 35 |
| d. Naturaleza de las relaciones de familia. ----- | 35 |
| e. Inmunidad familiar y consortium. ----- | 36 |
| f. Argumentos de (in)conveniencia. ----- | 38 |

| | | |
|-----|--|----|
| 18. | Principales argumentos de las tesis permisivas. ----- | 40 |
| a. | El principio general del Derecho Alterum non laedere.----- | 40 |
| b. | Evolución social de la familia, el principio de igualdad entre cónyuges y la protección de sus derechos individuales.----- | 41 |
| c. | Evolución del derecho de familia. ----- | 43 |
| d. | El Derecho de familia es parte integrante del Derecho Civil. ----- | 44 |
| e. | Carácter general de la indemnización de perjuicios. ----- | 45 |
| f. | Constitucionalización del derecho privado. ----- | 46 |
| g. | Falta de necesidad de norma que admita expresamente la aplicación de las reglas de responsabilidad civil en el Derecho de familia. ----- | 49 |
| h. | Consecuencias negativas de negar acciones de daños en Derecho de familia. ----- | 49 |
| 19. | La posición de los tribunales chilenos acerca de la procedencia de aplicar reglas de responsabilidad civil en el ámbito familiar. ----- | 50 |
| 20. | Nuestra opinión ----- | 57 |
| a. | El ordenamiento jurídico chileno es uno. ----- | 57 |
| b. | El ordenamiento jurídico chileno consagra un principio general de responsabilidad. ----- | 60 |
| c. | Compatibilidad con las normas especiales del derecho de familia. ----- | 64 |
| d. | La persona como sujeto de derechos, el reconocimiento y defensa de la familia y la procedencia de acciones indemnizatorias. ----- | 65 |
| 21. | Admisión de la procedencia de aplicar normas de responsabilidad civil al entorno familiar. ----- | 68 |

CAPÍTULO QUINTO: ACERCA DE LA PROCEDENCIA DE LA REPARACIÓN DE PERJUICIOS A CONSECUENCIA DEL ADULTERIO. -----70

| | | |
|-----|--|----|
| 22. | Aplicabilidad de las normas de responsabilidad civil a la hipótesis del adulterio.----- | 70 |
| 23. | La posición de los tribunales chilenos acerca de la procedencia de aplicar la indemnización de perjuicios como sanción al adulterio. ----- | 70 |
| 24. | Referencias doctrinarias acerca de la procedencia de aplicar la indemnización de perjuicios como sanción al adulterio. ----- | 71 |
| 25. | Nuestra opinión.----- | 72 |
| a. | El artículo 132 del Código Civil. El adulterio da origen a las sanciones que la ley prevé. ----- | 73 |
| b. | El deber de fidelidad es una verdadera obligación jurídica. ----- | 76 |
| c. | La especialidad del matrimonio ante la entrada en vigencia de la Ley N° 20.830 que creó el acuerdo de unión civil.----- | 81 |

CAPÍTULO SEXTO: ESTATUTO DE RESPONSABILIDAD CIVIL APLICABLE A LA HIPÓTESIS DE ADULTERIO. -----85

| | | |
|-----|--|----|
| 26. | Estatutos de responsabilidad civil.----- | 85 |
| 27. | Importancia de la distinción. ----- | 86 |
| 28. | Rasgos comunes a ambos estatutos de responsabilidad civil.----- | 88 |
| 29. | Carácter fundamental de los daños y perjuicios.----- | 88 |
| 30. | Perjuicios que podrían sobrevenir a causa del adulterio.----- | 90 |
| 31. | La responsabilidad civil de toda persona, sea contractual o extracontractual, nace a consecuencia de una acción u omisión suya.----- | 94 |

32. Necesidad de un nexo causal entre el adulterio y el daño sufrido por el cónyuge inocente.-----96

CAPÍTULO SÉPTIMO: DETERMINACIÓN DEL ESTATUTO DE RESPONSABILIDAD CIVIL APLICABLE A LA HIPÓTESIS DE ADULTERIO. -----98

Párrafo Primero. Análisis de la aplicabilidad del estatuto de responsabilidad contractual.-----98

33. Razones en favor de aplicar el estatuto de responsabilidad contractual. -----98
- a. La propuesta del profesor Vargas: Responsabilidad obligacional. ----- 99
 - b. La propuesta del profesor Rodríguez: Responsabilidad contractual, con modificaciones.-----100
 - c. Otra postura admisible: Nuestro codificador señaló expresamente que el matrimonio es un contrato. -----100
34. Requisitos específicos exigidos por el estatuto de responsabilidad civil contractual. ----- 102
35. El adulterio es infracción de una obligación jurídica preexistente. ----- 102
36. Capacidad del cónyuge adúltero.----- 103
37. Mora del deudor.----- 104
38. Imposibilidad de ejecución forzada o agotamiento de los medios para obtenerla. --- 104
39. Acerca de la imputabilidad. ----- 105
- a. Necesidad de reproche subjetivo.----- 105
 - a.1. El adulterio como conducta culposa.-----105
 - a.2. El adulterio como conducta dolosa. ----- 107
 - b. Falta de necesidad de reproche subjetivo. ----- 109
 - b.1. Responsabilidad contractual sin culpa. El adulterio como incumplimiento de una obligación de resultado y como infracción a una obligación de no hacer.----- 110
 - b.2. El juicio de antijuridicidad reemplaza al criterio de imputación. ----- 111
40. Ausencia de eximentes de responsabilidad.----- 112
41. Acerca de la procedencia de la reparación del daño moral en sede contractual.-----115
42. Inaplicabilidad de la condición resolutoria tácita y la excepción de contrato no cumplido a la especie. ----- 116
43. Prescripción de la acción de responsabilidad civil contractual. -----116
44. Comentarios finales.-----116

Párrafo Segundo. Análisis de la aplicabilidad del estatuto de responsabilidad extracontractual. ----- 116

45. Razones en favor de aplicar el estatuto de responsabilidad extracontractual.-----116
- a. Negación del carácter contractual del matrimonio. ----- 117
 - b. El adulterio como ilícito civil. ----- 118

| | | |
|--|---|------------|
| 46. | Consideraciones especiales para la aplicación del estatuto de responsabilidad civil extracontractual en la hipótesis del adulterio. ----- | 118 |
| 47. | Acerca de la capacidad del agente. ----- | 119 |
| 48. | Imputabilidad. ----- | 120 |
| 49. | Causales de justificación. ----- | 121 |
| 50. | Prescripción de la acción de responsabilidad civil extracontractual. ----- | 122 |
| 51. | Comentarios finales. ----- | 123 |
| 52. | Determinación del estatuto aplicable. ----- | 123 |
| CAPÍTULO OCTAVO: ANÁLISIS DE OTROS ASPECTOS PROCESALES Y SUSTANTIVOS RELATIVOS A LA ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN DE LOS PERJUICIOS IRROGADOS A CONSECUENCIA DEL ADULTERIO. ----- | | 127 |
| 53. | Tribunal competente para conocer de la acción de indemnización de perjuicios por adulterio y procedimiento aplicable a la sustanciación del juicio. ----- | 127 |
| 54. | Relaciones entre la responsabilidad civil, el divorcio y otras acciones especiales del derecho de familia. ----- | 128 |
| 55. | Aplicabilidad de la responsabilidad civil respecto de los regímenes patrimoniales matrimoniales. ----- | 130 |
| 56. | Caso de la demanda dirigida contra el tercero que sostuvo relaciones sexuales con uno de los cónyuges.----- | 133 |
| CONCLUSIONES. ----- | | 135 |
| BIBLIOGRAFÍA. ----- | | 140 |

RESUMEN

La procedencia de aplicar normas de responsabilidad civil en el ámbito familiar y conyugal ha sido materia de arduo debate en derecho comparado. Sobre el particular existen numerosos artículos doctrinales, pronunciamientos jurisprudenciales y hasta se han dictado leyes que regulan especialmente la materia.

En Chile, no existe una norma jurídica que se pronuncie al respecto y la materia es objeto de reciente discusión doctrinaria. Además, escasamente se ha puesto en conocimiento de los tribunales de justicia, motivo por el cual no existe una tendencia jurisprudencial clara. Con todo, parece no haber dudas acerca de la admisibilidad de aplicar normas de responsabilidad civil a los casos de ilícitos penales entre familiares.

En este contexto, la presente memoria de prueba tiene como objeto determinar si en el actual estado de la legislación chilena, se conformaría a derecho dar lugar a una demanda de indemnización de perjuicios interpuesta por un cónyuge en contra de su consorte, respecto de los perjuicios irrogados a consecuencia de un adulterio.

Con tal objeto, se pasará revista a la evolución histórica que han experimentado las sanciones al adulterio y se analizará si tal conducta es apta para dar lugar al cumplimiento de las normas de responsabilidad civil dispuestas por nuestro ordenamiento jurídico.

PALABRAS CLAVES: Adulterio – deber de fidelidad – responsabilidad civil – indemnización de perjuicios.

INTRODUCCIÓN

El matrimonio ha sido la piedra angular sobre la que históricamente se construyó la familia en el mundo occidental, de cuya cultura formamos parte. Por ello, el ordenamiento jurídico nacional lo reconoce y regula de manera profusa.

Así, el Código Civil lo define en su artículo 102, 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.

De su celebración nace para los contrayentes una serie de derechos y deberes, de diversa naturaleza, que miran ya al interés de los cónyuges, ya al de la sociedad toda. Uno de los efectos del vínculo matrimonial es el deber de fidelidad que pesa sobre ambos contrayentes, y que los obliga a observar recíprocamente una conducta leal para con el otro cónyuge. De todas las formas de contravención de este deber conyugal, sobresale el adulterio por ser reprobado por diversos sistemas religiosos, éticos y jurídicos.

Por ejemplo, en el derecho chileno, el adulterio era sancionado como un delito penal hasta la década de los noventa; y el uxoricidio en caso de adulterio fue considerado un eximente de responsabilidad penal hasta la década de los cincuenta. Sin perjuicio de que dichas figuras no forman parte la legislación vigente, en la actualidad el ordenamiento jurídico impone diversas sanciones al cónyuge adúltero.

En este contexto, el objeto del presente estudio radica en determinar si la obligación de resarcir los perjuicios provocados por el cónyuge infiel resulta aplicable al caso de adulterio. Ello, porque en el derecho chileno no existe norma expresa a este respecto.

Atendido que el adulterio equivale a la contravención de una obligación propia del derecho de familia, cual es el deber de fidelidad entre los cónyuges, el presente estudio parte fijando ciertos conceptos propios del derecho de familia. Así, en el Capítulo Primero se revisa la noción del concepto de familia que fluye de la legislación vigente, y luego se hace una breve alusión a la evolución de la regulación del matrimonio y del adulterio en la legislación nacional.

Luego, en los Capítulos Segundo y Tercero, se estudia el tratamiento jurídico que se dio históricamente al adulterio, pasando revista por el derecho romano, germánico, español, indiano y la evolución experimentada en el derecho patrio.

Según se expuso, el objetivo del presente trabajo radica en determinar si el adulterio puede constituir una fuente de responsabilidad civil en el derecho chileno. Sin embargo, existe una discusión doctrinaria y jurisprudencial a la que es preciso referirse preliminarmente, a saber, la procedencia de aplicar las normas de responsabilidad civil en el ámbito familiar y conyugal. Y es que, no podría concebirse al adulterio como fuente de responsabilidad civil si es que se descartara toda posibilidad de aplicación del derecho de daños en materia de familia. Por ello es que dedicamos el Capítulo Cuarto del presente trabajo a revisar dicha materia.

Así, en el referido Capítulo Cuarto revisamos los principales argumentos en que se han fundado las teorías que niegan lugar a la aplicación de normas de responsabilidad civil en el derecho de familia y las respuestas de las teorías a favor de su procedencia. Seguidamente, pasaremos revista a pronunciamientos de tribunales chilenos sobre la materia. El capítulo finaliza con una exposición de nuestra postura respecto de la procedencia de aplicar normas de responsabilidad civil entre miembros de una familia.

Si bien la admisión de la aplicación de reglas del derecho de daños al interior del ámbito familiar y conyugal es, sin dudas, condición indispensable para que pudiera llegar a estimarse que el adulterio sea apto para dar lugar a la indemnización de perjuicios, no es el único requisito. En otras palabras, no basta afirmar la admisibilidad de la responsabilidad civil en el derecho de familia para dar lugar a indemnización en caso de adulterio. Por ello, destinamos el Capítulo Quinto del presente trabajo a la revisión de planteamientos doctrinales y jurisprudenciales que se pronuncian sobre la aplicación de normas de responsabilidad civil a la hipótesis específica del adulterio. El capítulo finaliza con la definición de nuestra postura respecto de si el ordenamiento jurídico chileno admite que un cónyuge exija indemnización de los perjuicios sufridos a consecuencia del adulterio de su cónyuge.

En el Capítulo Sexto se analiza otra materia altamente discutida por la doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera, que nace a consecuencia de afirmar la aplicabilidad de las normas de responsabilidad civil entre cónyuges y familiares, a saber, cuál sería el estatuto de responsabilidad civil que regula el juicio indemnizatorio. Y es que, habiéndose determinado que el adulterio fuese apto para constituir fuente de responsabilidad civil, cabe referirse a los presupuestos de la acción judicial que debiera entablarse, estableciendo el régimen de responsabilidad civil

aplicable a la especie. Existen dos grandes sistemas o estatutos de regulación de la responsabilidad civil: el contractual y el extracontractual. En este capítulo se expone brevemente la importancia de la distinción y las consecuencias de optar por uno u otro estatuto. Asimismo, se analizan ciertos elementos o requisitos comunes a ambos regímenes, en relación con la hipótesis de adulterio.

En el Capítulo Séptimo se analizan los elementos propios de la responsabilidad contractual y de la extracontractual, con el objeto de determinar cuál sería el régimen de responsabilidad civil aplicable al caso de adulterio.

En el Capítulo Octavo de esta obra, presentaremos algunas observaciones relativas a aspectos procesales y sustantivos relevantes para el ejercicio de la acción de responsabilidad civil en la hipótesis del adulterio, tales como la determinación del tribunal competente para conocer de ella, el procedimiento bajo el cual debería sustanciarse el juicio, y la procedencia de exigir reparación del tercero con el cual el cónyuge adulteró, las conexiones entre el juicio de responsabilidad civil y el ejercicio de acciones especiales del derecho de familia, y la influencia de la dictación de una sentencia condenatoria sobre el régimen patrimonial matrimonial existente entre los cónyuges.

Finalmente, cerramos el presente trabajo con la exposición de las conclusiones logradas como resultado de la investigación realizada.

CAPÍTULO PRIMERO

LA FAMILIA, EL MATRIMONIO Y EL ADULTERIO.

1. La familia en el ordenamiento jurídico nacional.

“Familia, vocablo unívoco y equívoco, como el que más. Al solo escucharlo o leerlo, todos sabemos de qué se trata. Sólo que no significa lo mismo en todos los lugares”.¹ Estas palabras de Fernando Hinestrosa reflejan, a nuestro juicio, la dificultad de abordar el concepto de familia.

Si bien en estas páginas no se pretende determinar el sentido del término familia, sí resulta necesario comenzar este estudio con una breve revisión de la situación legislativa de la familia en Chile, por cuanto tal circunstancia constituye uno de los antecedentes que han de tenerse a la vista al momento de determinar la aplicabilidad de las reglas de responsabilidad civil entre cónyuges.

Para comenzar, cabe destacar que, como reconoce nuestra jurisprudencia, “el concepto de familia no aparece definido en el ordenamiento jurídico chileno, como tampoco –por lo general- en otras legislaciones. Algunos autores acentúan en sus definiciones la importancia del matrimonio y las relaciones de parentesco, en otros amplían el concepto a uniones fácticas, incluyendo aun las convivencias homosexuales. Se trata, pues, de un concepto en continua evolución, tanto en el tiempo como en el espacio”.²⁻³

A pesar de no existir una definición de familia en nuestro derecho, sí existen algunas referencias expresas a la familia en normas de carácter constitucional y legal.

¹ HINESTROSA FERNANDO. 1998-1999. Hacia un derecho de familia del siglo XXI. Revista de Derecho Privado. (4): 4.

² Sentencia dictada el 30 de marzo de 2001, por la Illtma. Corte de Apelaciones de Santiago, recaída en los autos Rol N° 4033-1998.

³ Véase: BARCIA LEHMANN, RODRIGO. 2011. Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia. Santiago. Legal Publishing Chile. pp. 8-9.; BARROS ERRÁZURIZ, ALFREDO. 1931. Curso de Derecho Civil, Tercer Año, (Primera Parte), Volumen IV. Cuarta Edición. Santiago. Editorial Nascimento. pp. 5-6; LÓPEZ DÍAZ, CARLOS. 2005. Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia. Tomo I. Santiago. Librotecnia. pp. 17-18.; LÓPEZ DÍAZ, CARLOS. 2005. Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia. Tomo I. Santiago. Editorial El Jurista. pp. 20 y ss.; RAMOS PAZOS, RENÉ. 2007. Derecho de Familia. Tomo I. Sexta Edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. pp. 9-14; RUZ LÁRTIGA, GONZALO. 2012. Explicaciones de Derecho Civil. Tomo V. Derecho de las personas en familia. Santiago. Legal Publishing Chile. pp. 18-21 y pp.189 y ss.; TRONCOSO LARRONDE, HERNÁN. 2014. Derecho de Familia. Décimo Quinta Edición. Santiago. Legal Publishing Chile. pp. 6 y ss.

Así, el artículo 1º de nuestra Carta Fundamental, contenido en el Capítulo I intitulado Bases de la institucionalidad, señala que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y dispone como deber del Estado dar protección a la población y a la familia, y propender al fortalecimiento de ésta.⁴ El tenor del referido artículo 1º lleva a Soto a afirmar que la familia es el constitutivo material de la sociedad, aquello que la configura, pues la sociedad no es sino el conjunto de familias.⁵ El mismo autor señala, además, que la obligación de proteger a la familia y de propender a su fortalecimiento, que pesa sobre el Estado, es aplicable en toda actividad estatal, sea en la función administrativa, legislativa o judicial.⁶

De otra parte, Ruz enseña que una declaración similar a la contenida en el inciso 2º del artículo 1º de la Constitución se encuentra en la mayoría de los tratados o convenciones internacionales ratificados por Chile, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁷

Asimismo, el artículo 19 de la Constitución Política de la República, contenido en su Capítulo III, intitulado De los derechos y deberes constitucionales, asegura a todas las personas, en su numeral 4º, el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia.

Hemos señalado que no existe una definición legal del vocablo familia, de manera que el Código Civil tampoco expresa su significado. Sin perjuicio de ello, la doctrina nacional más antigua desprendió el concepto de familia y parentesco del tenor de las normas contenidas en los

⁴ El tenor literal de la norma dispuesta en el artículo 1º de la Constitución Política de la República dispone:

“Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad.

El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.

El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.”

⁵ SOTO KLOSS, EDUARDO. 1994. La Familia en la Constitución Política. Revista Chilena de Derecho. Volumen 21. (2): 224.

⁶ *Ibíd.*

⁷ RUZ LÁRTIGA, GONZALO. 2012. *Ob. Cit.* pp. 12-13.

artículos 42, 815, 988, 989 y 990, todos del Código de Bello.⁸Ruz, por su parte, señala que las referencias del codificador civil al contenido de la familia están dispuestas en los artículos 42, 815 inciso 3º y 983 del Código Civil,⁹ mientras que López agrega la norma del artículo 15 N° 2.¹⁰

De entre las referidas normas del Código Civil destaca el artículo 815 que, para el limitado caso de los derechos de uso y habitación, dispone que la familia comprende al cónyuge y los hijos, los sirvientes necesarios para la familia, las personas con que viven y las personas a quienes se deben alimentos. Sin duda, es un concepto demasiado amplio como para ser extendido fuera del ámbito en que fue concebida la norma.¹¹

La antigua Ley de Matrimonio Civil, de 10 de enero de 1884, no hizo mención alguna del término familia. En cambio, la Ley N° 19.947, de 2004, que estableció la nueva Ley de Matrimonio Civil, dispone en su artículo 1º, inciso 1º, que “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El matrimonio es la base principal de la familia”. Como puede verse, la Ley de Matrimonio Civil repite la afirmación contenida en el artículo 1º de la Carta Fundamental y la complementa disponiendo que el matrimonio es la base principal de la familia.

López señala la existencia de normas dispuestas en otras leyes especiales de las que fluye el concepto jurídico de familia, citando las normas contenidas en el artículo 7º de la Ley N° 19.620 sobre adopción de menores, el artículo 1º de la Ley N° 19.325 que establece normas sobre procedimiento y sanciones relativos a los actos de violencia intrafamiliar y los artículos 410 y 296 *in fine* del Código Penal.¹²

De otra parte, creemos que la entrada en vigencia de la Ley N° 20.830, que creó el Acuerdo de Unión Civil, resulta de la más alta relevancia para entender la situación legislativa de la familia en Chile, por cuanto la celebración de este acuerdo cuenta dentro de sus efectos el que se considere parientes a los convivientes civiles, para los efectos previstos en el artículo 42 del Código Civil.¹³

En el actual escenario legislativo y social, podemos afirmar que el derecho chileno reconoce y ampara un concepto de familia fundado en vínculos de convivencia y parentesco, sin exigir que dichos vínculos nazcan de la decisión de un hombre y una mujer de contraer matrimonio.¹⁴ Y es

⁸ BARCIA LEHMANN, RODRIGO. 2011. *Ob. Cit.* p. 17.

⁹ RUZ LÁRTIGA, GONZALO. 2012. *Ob. Cit.* pp. 17-18.

¹⁰ LÓPEZ DÍAZ, CARLOS. 2005. *Ob. Cit.* p. 19.

¹¹ En el mismo sentido se pronuncia BARCIA LEHMANN, RODRIGO. 2011. *Ob. Cit.* p. 16.

¹² LÓPEZ DÍAZ, CARLOS. 2005. *Ob. Cit.* p. 19.

¹³ Según dispone el artículo 1º de la Ley N° 20.830.

¹⁴ En este sentido, por ejemplo, se pronuncia el Mensaje del Presidente de la República con el que inició el proyecto de ley que derivó en la creación del Acuerdo de Vida en Pareja, Mensaje N° 156-359 de 8 de agosto de

que el concepto de familia es funcional, es un instrumento entregado a cada uno para el desarrollo de su personalidad.¹⁵ Lo anterior no obsta a la circunstancia que el matrimonio siga constituyendo el modelo preferido por el legislador para el nacimiento y desarrollo de la vida familiar.

Al mismo tiempo, la familia es un cuerpo intermedio entre el individuo y el Estado, de carácter fundamental para la sociedad, que constituye un centro de intereses heterogéneos distinto de los intereses de los miembros que la componen (como el interés del padre, el interés de los hijos o el interés de la madre), digno, por cierto, de la protección del Estado y del Derecho.¹⁶

Dicha protección estatal se ha plasmado, entre otras manifestaciones, en la dictación de un conjunto de normas orientadas a regular las relaciones entre los miembros de la familia y entre estos y terceros, es decir, el Derecho de familia.¹⁷ Ahora, atendido el especial objeto de su regulación, ha de tenerse presente que el Derecho de familia es funcional al concepto de familia que predomina en la sociedad.¹⁸

2. El matrimonio y su evolución en la legislación nacional.

Hasta principios del siglo XIX el matrimonio en Chile estaba entregado exclusivamente a la Iglesia Católica. Con todo, el 6 de septiembre de 1844 se promulgó una ley que reguló el matrimonio de personas que no eran católicas, respecto de los cuales la Iglesia sería la encargada de llevarlos a cabo, sin ninguna solemnidad o rito, con la intervención de un cura párroco, pero en calidad de Oficial Civil, quien se encargaría de registrar tales vínculos.¹⁹

2011, que señala: “La familia se manifiesta a través de “distintas expresiones”. Así, la familia tradicional o nuclear, que consta de madre y padre unidos por un vínculo matrimonial y sus potenciales hijos, corresponde a la expresión más estable, duradera y anhelada de familia en Chile que nuestro gobierno se ha comprometido a fomentar. Pero además, existen otros grupos familiares, como los monoparentales, los de familias extendidas, los formados por las parejas de convivientes y aquellos formados por parientes consanguíneos. Cada uno de ellos, incluso los que no den ni puedan dar lugar a la procreación, son dignos de respeto y consideración por el Estado pues todos en mayor o menor medida, significan un beneficio para quienes los integran y la sociedad en su conjunto, en la medida que permiten compartir amor, afectos y vivir en la intimidad, confieren un apoyo emocional fundamental para desarrollarse en la vida y, en el plano material, permiten apoyarse económicamente y amortiguar las oscilaciones cíclicas en los ingresos de cada uno de sus miembros.

¹⁵ RUZ LÁRTIGA, GONZALO. 2012. *Ob. Cit.* p.26.

¹⁶ RUZ LÁRTIGA, GONZALO. 2012. *Ob. Cit.* p.15.

¹⁷ El Derecho de familia, en su faz objetiva, ha sido definido por Ramos, citando a Ferrara, como el complejo de las normas jurídicas que regulan las relaciones personales y patrimoniales de los pertenecientes a la familia entre sí y respecto de terceros. RAMOS PAZOS, RENÉ. 2007. *Ob. Cit.* p. 16. En sentido similar, LÓPEZ DÍAZ, CARLOS. 2005. *Ob. Cit.* p. 15 y; RUZ LÁRTIGA, GONZALO. 2012. *Ob. Cit.* p.26.

¹⁸ BARCIA LEHMANN, RODRIGO. 2011. *Ob. Cit.* p. 14.

¹⁹ BETTINI SILVA, KARINA e IBARRA GUTIÉRREZ, ESTRELLA. 2007. La Iglesia y la Ley de Matrimonio Civil. Memoria para optar al Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. p. 27.

La entrada en vigencia del Código Civil, el 1º de enero de 1857, no significó un cambio al respecto, toda vez que *“Se conserva a la autoridad eclesiástica el derecho de decisión sobre la validez del matrimonio y se reconocen como impedimentos para contraerlo los que han sido declarados tales por la Iglesia Católica. El matrimonio que es válido a los ojos de la Iglesia, lo es también ante la ley civil...”*²⁰

El Código de Bello reafirmó las bases en que se sustenta la institución del matrimonio en Chile, al definirlo en su artículo 102 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 1884 tuvo lugar la secularización del matrimonio, con la dictación de la Ley de Matrimonio Civil. Dicho cuerpo normativo significó un cambio radical en el sistema matrimonial chileno, toda vez que dispuso que los requisitos y formalidades que prescribe la religión – cualquiera que esta sea- no se tomarán en cuenta para decidir sobre la validez del matrimonio ni para reglar sus efectos civiles, cuestiones que quedan dentro de la jurisdicción civil.

Cabe señalar que la Ley de Matrimonio Civil de 1884 dispuso expresamente la circunstancia de quedar vigentes las disposiciones del Código Civil en lo que no fueren contrarias a ella.

La ley en comento fue objeto de numerosas modificaciones a través de los 120 años que estuvo en vigencia,²¹ hasta que finalmente fue reemplazada en 2004 por una nueva Ley de Matrimonio Civil, establecida por la Ley N° 19.947 y que actualmente se encuentra en vigencia.

El artículo 1º de la nueva Ley de Matrimonio Civil dispuso, en su inciso 1º, que el matrimonio es la base principal de la familia y que, a su vez, ésta es el núcleo fundamental de la sociedad. Cabe mencionar que la noción de familia como núcleo fundamental de la sociedad tiene reconocimiento constitucional.²²

3. El adulterio ante el derecho chileno.

“Los cónyuges están obligados a guardarse fe”. De esta forma el artículo 131 del Código Civil estableció el denominado deber de fidelidad que pesa entre los cónyuges con motivo del matrimonio. Su contenido no se encuentra expresamente señalado en nuestro ordenamiento jurídico, de manera que se ha discutido su alcance.

²⁰ Mensaje con que S.E. el Presidente de la República, don Manuel Montt, propuso al Congreso Nacional la aprobación del Código Civil.

²¹ BETTINI SILVA, KARINA e IBARRA GUTIÉRREZ, ESTRELLA. 2007. *Ob. Cit.* pp. 31-32.

²² Según consta en el inciso 2º del artículo 1º de la Constitución Política de la República.

Y es que, según el Diccionario de la Real Academia Española, fidelidad es lealtad, observancia de la fe que alguien debe a otra persona, esto es, el cumplimiento de la palabra que se da o promesa que se hace a alguien con cierta solemnidad o publicidad.

La doctrina más tradicional ha entendido que tal deber jurídico se limita a la prohibición de mantener relaciones sexuales con terceros.²³ Sin embargo, en la actualidad, los Tribunales Superiores de Justicia han tendido a reconocer que este deber de guardarse fe “no sólo se estrecha en los angostos límites de la fidelidad sexual, sino que se proyecta en todos los ámbitos de la vida... la que no aparece determinada solamente por la naturaleza y fines de la institución matrimonial y, por ende, se extiende a todos los ámbitos en los cuales se proyecta la comunidad de vida entre marido y mujer”.²⁴

En este sentido más amplio, se ha entendido a la fidelidad como “el requerimiento y deber de exclusividad entre los cónyuges respecto de las relaciones sexuales y de las manifestaciones afectivas propias de la relación afectiva de una pareja”.²⁵

Cualquiera sea la posición que al respecto se adopte, resulta indesmentible que el adulterio constituye una grave infracción al deber de fidelidad que impone el matrimonio. Ello, toda vez que el artículo 132 del Código Civil así lo dispone.

La misma norma señala 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. En similares términos, la Real Academia Española define al adulterio como la relación sexual voluntaria entre persona casada y otra de distinto sexo que no sea su cónyuge.²⁶

Sea cual sea la acepción de fidelidad que se adopte, el adulterio no constituye la única forma de contravención del deber de los cónyuges de guardarse fe. Así, las relaciones sexuales de carácter homosexual que mantenga uno de los cónyuges con un tercero, si bien no constituyen adulterio,²⁷

²³ En este sentido RAMOS PAZOS, RENÉ. 2007. *Ob. Cit.* p. 143; LÓPEZ DÍAZ, CARLOS. 2005. *Ob. Cit.* p. 303 y; BARROS ERRÁZURIZ, ALFREDO. *Ob. Cit.* p. 67.

²⁴ Sentencia dictada el 4 de julio de 2008, por la ltma. Corte de Apelaciones de Santiago, citada en BARRIENTOS GRANDÓN, JAVIER. 2012. Código Civil. Concordancias, Historia de la Ley, Jurisprudencia, Notas Explicativas, Índice Temático. Santiago. Legal Publishing Chile. p. 234. Texto de la sentencia publicado por Legal Publishing Chile, bajo el N° 39.356.

²⁵ PICÓ RUBIO, JORGE DEL. 2016. La relación conyugal y el Derecho: la persona en pareja, el matrimonio y sus efectos. En: Derecho de Familia. Segunda Edición. Santiago. Legal Publishing Chile. p. 88.

²⁶ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española. Vigésimo Tercera Edición. [en línea] <<http://dle.rae.es/?id=0rdvn7W>> [consulta: 22 septiembre 2016].

²⁷ Históricamente el adulterio ha sido tratado de manera diferente a la homosexualidad, más que por la naturaleza de la cosa, por el hecho de haber constituido diferentes tipos penales. Véase en este sentido, AGUILAR ROS, PALOMA. 1989. El adulterio: Discurso jurídico y discurso literario en la Baja Edad Media. Tesis

significan una clara vulneración de la prohibición mantener relaciones sexuales con terceros. Es más, la Excm. Corte Suprema ha señalado que el ámbito de la lealtad sexual no está referido solo a la prohibición de relaciones sexuales, sino a cualquier acto que la conciencia social repunte como infidelidad conyugal, esto es, como una ruptura del deber de guardarse fe, ya sea con personas de distinto o del mismo sexo, y supongan o no la realización completa de cópula o ayuntamiento sexual.²⁸ En este sentido, Barcia expone una segunda concepción del deber de fidelidad en el matrimonio, que es de menor entidad, como si uno de los cónyuges mantiene una relación sentimental con un tercero o tercera.²⁹ Con todo, según reconoce Ruz, el adulterio configura el incumplimiento más grave de la obligación de fidelidad.³⁰

El objeto de estudio del presente escrito se reduce a analizar la procedencia de la indemnización de perjuicios como consecuencia del adulterio de uno de los cónyuges, entendiendo aquél en los términos del Código Civil, teniendo siempre presente que no es la única forma de transgresión del deber de fidelidad que impone el matrimonio.

En un principio, el Código Civil no definía al adulterio.³¹ Con todo, mal podría pensarse que la conducta adúltera no fuera objeto de regulación del legislador civil, toda vez que emana de la definición misma del matrimonio, en tanto unión con fines de convivencia y procreación. Tal circunstancia queda ratificada por lo dispuesto en el artículo 131 del Código de Bello: “Los cónyuges están obligados a guardarse fe, a socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida”. Así, el legislador nacional ha reconocido la existencia del deber de fidelidad como uno de los efectos personales que emanan del vínculo matrimonial.

En este escenario, el adulterio recibía un enérgico tratamiento penal y civil.³² Ahora bien, a pesar que durante casi todo el siglo XX existieron las figuras penales de adulterio y amancebamiento, en materia civil se daba mayor extensión al concepto de adulterio, entendiendo por tal la infracción al deber de fidelidad en relación a la cohabitación y el débito conyugal.

La dictación de la Ley N° 19.335 supuso para esta materia un avance significativo, toda vez que incluyó en el inciso 2° del artículo 132 del Código Civil la siguiente definición legal de

Doctoral. [en línea] Granada, España, Universidad de Granada, Facultad de Derecho. <<http://hdl.handle.net/10481/6309>> [consulta 11 septiembre 2016]. p. 10.

²⁸ En sentencia dictada por la Excm. Corte Suprema, el 7 de mayo de 2014, recaída en los autos Rol N° 7795-2013.

²⁹ BARCIA LEHMANN, RODRIGO. 2011. *Ob. Cit.* p. 91.

³⁰ RUZ LÁRTIGA, GONZALO. 2012. *Ob. Cit.* p. 215.

³¹ Ruz señala a este respecto que, al estudiar la regulación del adulterio civil de esa época, hoy llama la atención que el Código Civil, a pesar de referirse en algunas oportunidades a él, no lo definía. RUZ LÁRTIGA, GONZALO. 2012. *Ob. Cit.* p. 9.

³² *Ibíd.*

adulterio: “Cometen adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido y el varón que yace con mujer que no sea su cónyuge”.

Sin embargo, el tenor literal de la disposición fue objeto de serias críticas por la posibilidad de que de éste se colija que el varón soltero que yace con mujer soltera o casada cometería adulterio.³³ Tal situación derivó en la modificación de la norma, mediante la dictación de la Ley N° 19.422, de 13 de noviembre de 1995. Así, la redacción actual del inciso 2° del artículo 132 del Código de Bello es la que sigue: “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”, de ahí que sólo puede hablarse de adulterio cuando involucra, a lo menos, a una persona casada.

³³ Véase: Historia de la Ley N° 19.422, que modifica el artículo 132 del Código Civil.

CAPÍTULO SEGUNDO

REVISIÓN DE LAS SANCIONES QUE SE APLICARON HISTÓRICAMENTE AL ADULTERIO.

4. Utilidad de la revisión de las sanciones impuestas al adulterio por otras legislaciones.

Entendiendo que el derecho chileno no es una creación autóctona, sino la adaptación de los principios jurídicos que han regido en el mundo occidental, a cuya cultura pertenece Chile,³⁴ creemos que la revisión de las sanciones que el Derecho ha dispuesto respecto del adulterio ha de contemplar los escenarios del derecho romano, el derecho visigótico, el derecho medieval español, el derecho indiano y el derecho patrio; por cuanto “nuestro pasado jurídico era el derecho español, desde la prehistoria de España hasta el siglo X, desde éste hasta la independencia del castellano y, paralelamente desde el primer asentamiento humano en nuestro territorio, el derecho indiano con las peculiaridades propias del reino de Chile”.³⁵

5. El adulterio ante el derecho romano.

En la antigua Roma la noción de familia, como proyección de la persona en su mínimo grado de organización social³⁶, se construyó centrada en la figura paterna del *pater familias*, cuya potestad caracterizó a la familia por una estricta unidad, que ofrece rasgos de absolutismo.³⁷

Según enseña Guzmán, existen dos acepciones referidas a la familia en el sentido de grupo parental. Así, se entiende por *familia proprio iure* al conjunto de personas libres que por legítimo nacimiento o en virtud de un acto jurídico se encuentran actualmente sometidas a la potestad de un *pater*, y entonces, además del mismo padre, se cuenta en ella a la mujer *in manu*, los hijos y las hijas naturales y adoptivas y a todos los demás descendientes por vía masculina. De otra parte, el

³⁴ EYZAGUIRRE, JAIME. 1995. Historia del derecho. Décimo Cuarta Edición. Santiago. Editorial Universitaria. p. 16.

³⁵ Alamiro de Ávila Martel, citado por BARRIENTOS GRANDÓN, JAVIER. 2003. Curso de Historia del Derecho. Tomo I. Santiago. LexisNexis Chile. p. 12.

³⁶ LÓPEZ DÍAZ, CARLOS. 2005. *Ob. Cit.* p. 36.

³⁷ GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO. 2013. Derecho Privado Romano. Tomo I. Segunda Edición. Santiago. Legal Publishing Chile. p. 314.

conjunto de familias de propio Derecho, cuyos *patres* una vez estuvieron sometidos a una misma potestad paterna, forman una *familia communi iure*, que continúa ligada por un vínculo parental llamado *adgnatio*.³⁸

De esta manera, como advierte Calderón, el concepto de familia en Roma era notablemente más amplio que el existente entre nosotros el día de hoy. La familia romana significaba un hogar, no una familia en el sentido moderno, y los hogares tenían gran variedad de formas y tamaños.³⁹

En un principio, los romanos consideraban las relaciones de pareja como una situación privada y, por tanto, no existió una definición de matrimonio, ni control legal de las parejas, sino hasta los tiempos de Augusto.⁴⁰

Y es que, con el paso de los años, la institución matrimonial se erigió como una importante pieza de la familia romana, concitando el interés del derecho para regularla y protegerla.

El matrimonio romano, en palabras de Modestino, es la unión de un hombre y una mujer, y consorcio de toda la vida, comunicación de Derecho divino y humano.⁴¹

El derecho romano contemplaba al matrimonio como una mera situación de hecho, cuya existencia dependía de la efectiva intención de los cónyuges de permanecer unidos. Este hecho se funda en dos elementos, uno material y otro subjetivo: la convivencia conyugal y la *affectio maritalis*, respectivamente⁴².

Guzmán enseña que la relación entre marido y mujer se constituye mediante el matrimonio civil; pero él no es un acto ni un estado jurídicos, sino un hecho o dato de la vida social, consistente en la convivencia estable, incondicionada, indefinida y excluyente entre un hombre y una mujer con apariencia honorable, derivada en especial de su publicidad.⁴³

³⁸ *Ibid.*

³⁹ CALDERÓN BÓRQUEZ, CRISTIÁN. 2012. Análisis jurídico de las relaciones de desigualdad entre cónyuges y mecanismos de protección al cónyuge débil. Memoria para optar al Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. p. 9.

⁴⁰ CALDERÓN BÓRQUEZ, CRISTIÁN. 2012. *Ob. Cit.* p. 11.

⁴¹ "*Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris comminatio.*" Digesto. 23.2.1.

⁴² CAJAS SILVA, CRISTIÁN. 2007. El matrimonio canónico. Ineficacia civil y responsabilidad penal en la ley de matrimonio civil de 2004. Memoria para optar al Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. p. 4.

⁴³ GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO. 2013. *Ob. Cit.* p. 367.

De esta forma, el matrimonio en Roma era un contrato bilateral, consensual y celebrado con el objeto de crear una unión permanente, mas no indisoluble. En efecto, tempranamente se reconoció la facultad de divorciarse a los cónyuges.⁴⁴

Desde un principio el adulterio fue objeto de reproche para el derecho romano. En efecto, en plena monarquía romana, las *leges regiae* ya lo trataban, entregando su sanción al ámbito doméstico. Su comisión daba lugar al *repudium*⁴⁵ e, incluso, podía llegar a sancionarse con la muerte de la mujer adúltera, mientras que, en el caso del marido adúltero, no se imponía sanción alguna.

El comienzo de la época republicana significó una evolución en la sanción del adulterio del marido toda vez que, en algunos casos, su infidelidad fue sancionada con penas de carácter pecuniario. En caso de adulterio de la mujer también hubo un pequeño cambio, al limitarse el derecho del marido de dar muerte a la mujer, toda vez que sólo podría darle muerte en caso de adulterio flagrante y siempre que hiriera o matare también al cómplice. En todo otro caso, la sanción se limitaba al repudio.⁴⁶

Con todo, los casos en que el adulterio dio lugar al repudio significaron, además, serias consecuencias patrimoniales. En efecto, si el marido cometió adulterio y por esta razón la mujer le repudia, éste se encuentra forzado a restituir la dote inmediatamente, perdiendo el plazo de 6 meses con que contaba para tales efectos. Por el contrario, si el marido repudió a la mujer por adulterio de ésta, tenía derecho a retener parte de la dote.⁴⁷

El año 18 a.C. constituye un nuevo hito en la evolución de la sanción al adulterio en el derecho romano. Ello porque César Augusto, en medio de numerosos intentos por promover el matrimonio y la procreación entre ciudadanos romanos, dictó la *Lex Iulia de Adulteriis Coercendis*. De conformidad con dicha normativa, estamos ante el crimen de *adulterium* si la mujer interviniente en una relación sexual es casada con otra persona.⁴⁸ De esta forma, el

⁴⁴ Véase QUINTANA FUENTES, GIA. 1996. El adulterio en el derecho romano. Memoria para optar al Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. p. 13.

⁴⁵ Facultad de poner término al matrimonio de forma unilateral, reconocida en un primer momento sólo al marido, pero luego extendida a la mujer en los casos de matrimonio *sine manus*.

⁴⁶ QUINTANA FUENTES, GIA. 1996. *Ob. Cit.* pp. 19-21.

⁴⁷ QUINTANA FUENTES, GIA. 1996. *Ob. Cit.* pp. 22-23.

⁴⁸ GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO. 2013. *Ob. Cit.* p. 379.

presupuesto fundamental para la existencia del adulterio es que la mujer que lo cometa esté casada legítimamente.⁴⁹

En virtud de la vigencia de tal cuerpo normativo, la naturaleza del delito de adulterio sufre una transformación, adquiriendo su acusación un carácter público, que convierte al adulterio en un delito perseguible con penas de igual carácter.

Esta ley estaba dirigida fundamentalmente a preservar la castidad de la mujer romana casada, por lo que no hay interés real en encausar al adúltero, en tanto se mantuviera lejos de las esposas de otros hombres.⁵⁰ Ello explica que la ley no contemple sanción penal para el marido adúltero, mientras que la misma continúa reconociendo, aunque de manera excepcional, el derecho del *pater familia* de dar muerte a la hija adúltera y a su cómplice, en caso de adulterio flagrante cometido en su casa o en la de su yerno.⁵¹

Con todo, las penas contenidas en la *Lex Iulia de Adulteriis Coercendis* son principalmente de orden patrimonial, toda vez que la ley impone al marido o mujer culpable de adulterio la pena de confiscación de bienes. En el primer caso, comprende la mitad de su patrimonio. En el caso de la mujer, la confiscación alcanza la tercera parte de sus bienes y la mitad de su dote.⁵² Junto a esta pena de carácter patrimonial aparecen otras sanciones, tales como la relegación, la pérdida del derecho a ser testigo y la prohibición a la mujer adúltera de contraer matrimonio.⁵³

Adicionalmente, ciertas reacciones del marido víctima del adulterio eran penadas como delito de *lenocinium*. Así ocurría cuando dejaba libre al cómplice del adulterio de su mujer y no repudiaba a ésta después de haber sido sorprendida en adulterio; también si hacía tratos con el adúltero, si se beneficiaba pecuniariamente del adulterio de su mujer, si recibía dinero por permitir el adulterio de su mujer, o después de cometido. La ley castiga, asimismo, a quien quiera que cobró algo porque conocía el adulterio, con pena de *lenocinium*, pero queda fuera de la ley quien deja de denunciarlo sin cobrar nada.⁵⁴

⁴⁹ AGUILAR ROS, PALOMA. 1989. *Ob. Cit.* p. 16.

⁵⁰ MALDONADO DE LIZALDE, EUGENIA. 1999. *Lex Iulia de Adulteriis Coercendis* del Emperador César Augusto (y otros delitos sexuales asociados). [en línea] Anuario Mexicano de Historia del Derecho Vol. XVII <<http://historico.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=hisder&n=17>> [consulta: 11 septiembre 2016].

⁵¹ QUINTANA FUENTES, GIA. 1996. *Ob. Cit.* p. 65.

⁵² AGUILAR ROS, PALOMA. 1989. *Ob. Cit.* pp. 14-15.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ MALDONADO DE LIZALDE, EUGENIA. 1999. *Ob. Cit.*

En cambio, se castiga como adúltera a la mujer que acepta una recompensa o un soborno, o *praemium*, bien para consolarla de la infidelidad de su esposo, para callarla, o como un regalo "para hacer las paces" por el adulterio de su esposo, o por permitirlo, a sabiendas.⁵⁵

La evolución del derecho romano reconoce un alto grado de influencia a consecuencia de la expansión del cristianismo, manifestada en la penetración de los principios morales y dogmáticos de la nueva fe en las normas del derecho romano vigente y de la filosofía jurídica.⁵⁶

La influencia del cristianismo en Roma también se manifestó en la evolución de las sanciones aplicables al adulterio. La indisolubilidad se vuelve característica esencial del matrimonio,⁵⁷ lo que vuelve aún más reprochable la comisión del delito de adulterio. En este contexto, en el año 331 la Constitución de Constantino admitía el divorcio sólo si concurría alguna causal, dentro de las que se contaba el adulterio de la mujer. De otra parte, el derecho postclásico romano vuelve a reconocer la facultad del *pater* y del marido ofendido de dar muerte a los adúlteros.⁵⁸

Finalmente, en la época Justiniana se suprime prácticamente la pena capital, sustituyéndola por otras penas, especialmente pecuniarias, en beneficio de la víctima⁵⁹

6. El adulterio ante el derecho visigótico

En plena decadencia del Imperio Romano diversos pueblos germanos se adentraron en las Galias e Hispania. Entre ellos se encontraba el pueblo visigodo. Los visigodos llegaron a Hispania como aliados militares de los romanos, comprometiéndose a combatir a suevos, alanos y vándalos.

El pueblo visigodo se estableció entonces en la Península Ibérica, donde se sucedieron los Reinos de Tolosa y de Toledo. Su estancia en Hispania dejó un gran legado cultural, que forma parte de los antecedentes del derecho que nos legó el proceso de colonización española en Chile, razón por la cual el estudio de la evolución de las sanciones al adulterio no estaría completo si no aludiéramos al derecho visigótico.

Atendido el fuerte carácter colectivista de la cultura propia de los pueblos germanos, la *sippe* jugó un importante rol en materia jurídica, por cuanto las relaciones entre los germanos no son

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ EYZAGUIRRE, JAIME. 1995. *Ob. Cit.* p. 33.

⁵⁷ EYZAGUIRRE, JAIME. 1995. *Ob. Cit.* p. 36.

⁵⁸ AGUILAR ROS, PALOMA. 1989. *Ob. Cit.* p.30.

⁵⁹ AGUILAR ROS, PALOMA. 1989. *Ob. Cit.* p. 41.

relaciones individuales, sino entre *sippe*: el linaje responde por el individuo.⁶⁰ El profesor Palma, citando a Escudero, enseña que la *sippe* es una comunidad de parientes de sangre, la organización agnaticia propia de quienes descienden en línea masculina de un tronco común, cuyo papel principal era el de garantizar la protección de todos sus miembros.⁶¹ Así, Eyzaguirre afirma que, por la influencia germánica, la familia es un órgano dotado de gran cohesión, que se ejerce una tutela general sobre los huérfanos menores y las mujeres solteras y viudas.⁶²

Al igual que en el caso romano, para los visigodos el matrimonio es también un hecho social, que se conforma por la relación sexual acompañada de la intención de vivir en unión permanente y de tener hijos.⁶³ Para los germanos, el matrimonio implicaba una relación jurídica que involucra a los cónyuges y sus respectivas *sippen*.⁶⁴ Con todo, su existencia imponía la sujeción de la mujer a su marido, toda vez que ésta pasaba al dominio doméstico de su esposo, ante el que tenía que responder de su castidad.⁶⁵

La fuerte raigambre cristiana del pueblo visigodo influyó en que el matrimonio fuera tomado en alta estima y la existencia de severas sanciones a la conducta adúltera.

Ahora bien, antes de pasar revista a las sanciones impuestas por el derecho visigótico al adulterio, cabe realizar dos importantes advertencias: En primer lugar, para los visigodos el adulterio es, ante todo, una conducta deshonesta. Su concepto adquiere una amplitud inusitada, pues se refiere a toda unión sexual extramatrimonial o sin propósito matrimonial, sancionando actos sexuales de vírgenes y viudas.⁶⁶ En segundo lugar, el adulterio es concebido como un acto básicamente femenino,⁶⁷ sin perjuicio de sancionarse excepcionalmente el adulterio del varón casado.

⁶⁰ PALMA GONZÁLEZ, ERIC. 2004. Historia del Derecho I. Tomo III. La sociedad hispano-germana. La sociedad hispano-musulmana. Santiago, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Central de Chile. Serie Colección Guías de Clases N° 37. p. 14.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² EYZAGUIRRE, JAIME. 1995. *Ob. Cit.* p. 55.

⁶³ CAJAS SILVA, CRISTIÁN. 2007. *Ob. Cit.* p. 6.

⁶⁴ PALMA GONZÁLEZ, ERIC. 2004. *Ob. Cit.* p. 14.

⁶⁵ AGUILAR ROS, PALOMA. 1989. *Ob. Cit.* p. 44.

⁶⁶ ÁLVAREZ CORA, ENRIQUE. 1997. Derecho sexual visigótico. Historia. Instituciones. Documentos. (24): 1-51. [en línea] Sevilla, España, Universidad de Sevilla, Depósito de Investigación. <<https://idus.us.es/xmlui/handle/11441/22260>> [consulta: 15 septiembre 2016] p. 23. En este sentido cabe apuntar que, en los códigos germánicos la fornicación entre personas no casadas estaba prescrita con multas graves. ROJAS DONAT, LUIS. 2005. Para una historia del matrimonio occidental. La sociedad romano-germánica. Siglos VI-XI. *Theoria*. Vol. 14 (1): 47-57.

⁶⁷ ÁLVAREZ CORA, ENRIQUE. 1997. *Ob. Cit.* p. 23.

Dentro de las sanciones que el derecho visigótico temprano establecía para los casos de adulterio contamos la persistencia del *ius occidendi*, esto es, el derecho del varón engañado o del padre de la adúltera consistente en dar muerte a ésta y su amante o, en caso contrario, hacer con ella y su cómplice lo que quisiera.⁶⁸ Asimismo, se aplica la pena de muerte por vivicombustión tras flagelación pública a la adúltera que se une a su siervo o liberto.⁶⁹

Con posterioridad, Chindasvinto estableció que la mujer adúltera y el adúltero, y sus respectivos patrimonios, quedan bajo la potestad del marido afrentado. Con todo, aun cuando el marido perdona a su mujer, carece éste de licencia para volver a hacer vida conyugal con la adúltera. Otras penas impuestas por Chindasvinto a los adúlteros consisten en esclavitud, pérdida de bienes, penitencia y exilio.

Finalmente, la versión ervigiana de la *Lex Wisigothorum* considerará adulterio no sólo a la violación del vínculo matrimonial sino también del compromiso de los esponsales,⁷⁰ aplicando idénticas penas.

7. El adulterio en el derecho medieval español.

Con la muerte del rey visigodo Witiza y el advenimiento de la invasión musulmana, el derecho imperante en la península ibérica sufre un gran cambio. Y es que, al desaparecer la monarquía visigótica, se extinguió el ente creador del derecho. Así, la época medieval en España se caracteriza por una clara dispersión normativa con una variedad de derechos locales, diversidad de ordenamientos jurídicos y un conjunto de normas de conducta a seguir por las que se regirán los habitantes de los distintos poblados y localidades.⁷¹

En la Alta Edad Media, el matrimonio sigue siendo el esquema fundamental de la formación de la familia y se ve altamente influenciado por los valores cristianos, los que propendieron en general a una mayor igualdad entre marido y mujer. Así, aunque el marido continúa teniendo un poder de asistencia y protección respecto de la mujer, en calidad de *caput mulieris*,⁷² y un conjunto de derechos sobre la persona y bienes de la mujer, denominado potestad marital, se reconoce un

⁶⁸ ÁLVAREZ CORA, ENRIQUE. 1997. *Ob. Cit.* p. 11.

⁶⁹ El castigo se vuelve más brutal atendido que al derecho visigótico repugna la existencia de mixturas sociales. ÁLVAREZ CORA, ENRIQUE. 1997. *Ob. Cit.* p. 14.

⁷⁰ ÁLVAREZ CORA, ENRIQUE. 1997. *Ob. Cit.* p. 42.

⁷¹ AGUILAR ROS, PALOMA. 1989. *Ob. Cit.* p. 65.

⁷² DOUGNAC RODRÍGUEZ, ANTONIO. 1990. La potestad marital y los derechos de la mujer casada en el sistema jurídico indiano. *Revista Chilena de Historia del Derecho* (16) p.270.

conjunto de derechos personales de la mujer frente a su cónyuge.⁷³ Con todo, las penas por adulterio siguen siendo más graves para la mujer que para el varón, toda vez que la conducta del marido no produce la *turbatio sanguinis*.⁷⁴

Por otra parte, la fuerte influencia cristiana produjo que la institución matrimonial adquiriera dos dimensiones, una contractual y otra sacramental, de manera que pasó a ser objeto de regulación tanto del derecho civil como del derecho canónico. De esta forma, en el derecho aplicable en España existía una suerte de repartición de competencias en materia matrimonial. Conforme con ella, sólo cabía al juez eclesiástico pronunciarse sobre esponsales, nulidad de matrimonio y divorcio. Mientras que al juez civil le competía intervenir en los efectos civiles y penales.⁷⁵

Ahora, en lo que a las sanciones aplicables al adulterio respecta, cabe señalar que, en función de la dispersión normativa que caracteriza a la época, éstas se aplican de diferentes formas y maneras según la geografía o por razones de carácter histórico.⁷⁶

De la normativa foral sobresale que sigue permitiéndose al ofendido matar a los adúlteros que ha sorprendido en delito flagrante, toda vez que se le exime de responsabilidad penal por tales homicidios.⁷⁷ Sin perjuicio de ello, el régimen punitivo recoge nuevas penas, ya de carácter económico, como multas, pérdida de la dote; ya de naturaleza infamante, tales como azotes, exposición pública de los adúlteros desnudos, destierro.⁷⁸ Asimismo, en las ciudades castellanas era frecuente que los amantes fueran reclusos en cárceles públicas o monasterios.⁷⁹

Según advierte Eyzaguirre, desde fines del siglo XII se produce una tendencia unificadora del derecho local español,⁸⁰ en que sobresalen las Siete Partidas y el Ordenamiento de Alcalá, cuerpos normativos a que nos referiremos más adelante, por cuanto fueron aplicados en nuestro territorio nacional en el período de vigencia del derecho indiano.

⁷³ DOUGNAC RODRÍGUEZ, ANTONIO. 1990. *Ob. Cit.* pp. 273 y ss.

⁷⁴ AGUILAR ROS, PALOMA. 1989. *Ob. Cit.* p. 71.

⁷⁵ PEÑA, ROBERTO. 1970. Notas para un estudio del derecho canónico matrimonial indiano. *Revista Chilena de Historia del Derecho.* (6) p.330.

⁷⁶ AGUILAR ROS, PALOMA. 1989. *Ob. Cit.* p. 71.

⁷⁷ AGUILAR ROS, PALOMA. 1989. *Ob. Cit.* p. 72.

⁷⁸ AGUILAR ROS, PALOMA. 1989. *Ob. Cit.* pp. 73 y ss.

⁷⁹ CÓRDOBA DE LA LLAVE, RICARDO. 1994. Adulterio, sexo y violencia en la Castilla medieval. Espacio, tiempo y forma. Serie IV, Historia moderna [en línea] España, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Facultad de Geografía e Historia, Departamento de Historia Moderna. <<http://revistas.uned.es/index.php/ETFIV/article/view/3279>>[consulta: 11 septiembre 2016] p.158.

⁸⁰ EYZAGUIRRE, JAIME. 1995. *Ob. Cit.* p. 90.

8. El adulterio en el derecho indiano.

Entendemos por derecho indiano al conjunto de reglas jurídicas aplicables en los territorios de América, dominados por España. Se trata de un ordenamiento jurídico complejo que comprendía normas de derecho indiano propiamente tal, derecho castellano y derecho indígena.

En este escenario, el derecho aplicable en Indias sigue reconociendo la doble dimensión del matrimonio, a saber, una referida al contrato, otra al sacramento. Con ello, sigue siendo regulado por el derecho civil y el derecho canónico.

El adulterio continúa siendo una conducta expresamente sancionada por el derecho. La posibilidad de que mediante su adulterio la mujer introdujera hijos espurios a la familia formada con su marido hacía que este delito fuera castigado con dureza.⁸¹

Por lo demás, de conformidad con la Recopilación de Leyes de Indias, las normas sobre adulterio se aplicaban indistintamente a españoles y mestizos.⁸²

El Fuero Juzgo establecía que, probados los hechos, la mujer y su co reo fueran puestos en poder del marido, pudiendo éste darles muerte y quedar exento de responsabilidad penal por tales hechos, además de quedar facultado para adquirir los bienes de los infractores cuando éstos no tuvieran hijos legítimos.⁸³ Ahora, para el Fuero Juzgo, el caso de infidelidad del varón casado no es merecedor de sanción.⁸⁴

El Fuero Real y la Nueva Recopilación también pusieron a disposición del marido engañado las vidas de los adúlteros.

Las Siete Partidas contemplaba penas algo más benignas para la mujer adúltera: azotes públicos, pérdida de derechos económicos matrimoniales e, incluso, la reclusión en un convento. En contrapartida, quien adulteró con ella era condenado a muerte.⁸⁵ En cambio, la conducta

⁸¹ DOUGNAC RODRÍGUEZ, ANTONIO. 1990. *Ob. Cit.* p. 275.

⁸² ESCALONA MUÑOZ GUSTAVO y FILIPPI PEREDO, MARIO. 2006. Sexualidad, familia y derecho: los delitos de adulterio, amancebamiento e incesto. Desarrollo Histórico y jurisprudencial (siglo XX). Memoria para optar al Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. [en línea] Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. http://www.cybertesis.uchile.cl/tesis/uchile/2006/de-escalona_g/pdfAmont/de-escalona_g.pdf>[consulta 11 septiembre 2016].

⁸³ *Ibíd.*

⁸⁴ *Ibíd.*

⁸⁵ DOUGNAC RODRÍGUEZ, ANTONIO. 1990. *Ob. Cit.* p. 276.

adulterina del marido no recibía sanción alguna,⁸⁶ toda vez que no causaba grave ofensa a la familia, ni la mujer era deshonrada.⁸⁷

Esta notoria diferencia entre marido y mujer fue matizada por la Novísima Recopilación, toda vez que ella sanciona al marido que tenga manceba en forma pública,⁸⁸ con penas de orden económico, destierro o de servicio al ejército.⁸⁹ Sin perjuicio de ello, la misma norma permite al marido dar muerte a su mujer y al amante, en caso que ésta fuera la que adulterara.⁹⁰

Con todo, en la práctica, en el reino de Chile era usual que a la mujer se la recluyera 4 a 6 meses en un convento, mientras que, al hombre con quien adulteró se le imponía la pena de destierro por uno o dos años.⁹¹

9. Algunas consideraciones

Del breve panorama recién expuesto, que dista mucho de ser completo –por exceder el objeto del presente estudio–, es posible desprender ciertas ideas centrales: i) la conducta adúltera repugna al derecho; ii) el disvalor de la acción y, por ende, la cuantía de las sanciones varía de acuerdo al género del cónyuge infiel; iii) las sanciones dispuestas para el cónyuge adúltero han adoptado variadas formas, ya de carácter pecuniario, ya de restricción de la libertad de los autores abarcando, incluso, la pena de muerte.

La primera de dichas conclusiones alude a la circunstancia de que, transversalmente, la conducta adúltera es objeto de censura y reproche para las sociedades estudiadas. Así, el derecho imperante en ellas aplica severas penas para quienes incurran en adulterio. Ahora bien, existen ciertos casos en que el derecho no sanciona o ampara al marido adúltero, como en la Antigua Roma o en la España Medieval. Con todo, aun en estas circunstancias el adulterio es reprobado por la sociedad, solo que ésta deja su sanción a la conciencia del varón, o bien, se limita a declararlo un pecado, al que no va asociada pena temporal alguna.

Otra conclusión a la que hemos arribado es la constatación de un trato desigual entre los cónyuges adúlteros, en razón de su sexo. En todos los casos, tal diferenciación equivale al establecimiento de penas más gravosas para la mujer. Esta situación descansa en dos supuestos

⁸⁶ ESCALONA MUÑOZ GUSTAVO y FILIPPI PEREDO, MARIO. 2006. *Ob. Cit.*

⁸⁷ *Ibíd.*

⁸⁸ *Ibíd.*

⁸⁹ *Ibíd.*

⁹⁰ *Ibíd.*

⁹¹ DOUGNAC RODRÍGUEZ, ANTONIO. 1990. *Ob. Cit.* p. 275.

aplicables a las distintas épocas estudiadas: la sujeción de la mujer a su marido y la búsqueda de evitar el nacimiento de hijos ajenos al matrimonio.

Finalmente, en cuanto a las sanciones aplicables al cónyuge adúltero, existe gran variedad de penas impuestas por los distintos ordenamientos jurídicos. Tal situación se manifiesta en la coexistencia de penas de carácter pecuniario, restrictivas de libertad, infamantes y hasta la imposición de la pena capital. De esta forma, queda meridianamente claro que el adulterio constituía un delito de gran interés para las distintas legislaciones.

CAPÍTULO TERCERO

EL ADULTERIO ANTE EL DERECHO DE CHILE REPUBLICANO.

10. Consideraciones preliminares.

Después del breve recorrido histórico de las sanciones al adulterio en los ordenamientos jurídicos que sirvieron de base para el nacimiento del derecho patrio, podemos analizar idéntica situación a la luz de las normas dictadas con posterioridad a la independencia de Chile.

Con tal objeto, hemos de hacer presente ciertas prevenciones. La primera es la circunstancia que la independencia del país no significó un quiebre inmediato o violento con el derecho que se aplicaba en la época del Chile colonial. En efecto, la nula experiencia legislativa en la naciente república supuso que el derecho colonial siguiera aplicándose. Esto ocurrió primero de hecho, pero luego fue sancionado por un Senadoconsulto de 7 de junio de 1820.⁹²

La segunda observación es que la conducta adúltera ha sido objeto de atención, regulación y sanción tanto por el derecho penal como por el derecho civil. Por esta razón, es que dividiremos la exposición de las sanciones previstas respecto del adulterio por la legislación nacional en dos partes, una penal y otra civil.

11. El adulterio ante el derecho penal chileno.

Una vez alcanzada la independencia de Chile, siguieron rigiendo en su territorio las leyes aplicadas durante la Colonia. Así, recién el 1º de marzo de 1875 nuestro país contó con su propia legislación penal, con la entrada en vigencia del Código del ramo.

El adulterio fue una figura penal de larga trayectoria en el régimen penal chileno, que heredó del derecho indiano la forma de sancionarlo, procesarlo y castigarlo.⁹³ En efecto, la Comisión Redactora del Código Penal decidió conservar el carácter de delito asignado a ciertas relaciones

⁹² PEÑA, SILVIA. 1982. Las raíces histórico-culturales del Derecho Penal chileno. Revista de Estudios Histórico-Jurídicos. (7) pp. 308-309.

⁹³ ESCALONA MUÑOZ GUSTAVO y FILIPPI PEREDO, MARIO. 2006. *Ob. Cit.*

extramatrimoniales –no sin antes haberse puesto en entredicho la necesidad de castigarlos conforme a la ley penal-⁹⁴, manteniendo ciertas diferencias de acuerdo al sexo del cónyuge culpable, a través del establecimiento de dos tipos penales: el adulterio y el amancebamiento. Ello, a pesar que de la historia fidedigna del establecimiento de la ley fluye que tal diferenciación no estuvo exenta de críticas.⁹⁵

Con todo, el codificador penal estimó que el adulterio y el amancebamiento constituían acciones típicas, antijurídicas y culpables, merecedoras de sanción penal.

Ambos delitos fueron tratados en el párrafo noveno, del Título VII, del Libro II, del Código Penal bajo el epígrafe “Crímenes y simples delitos contra el orden de las familias y la moralidad pública”, tomando como modelo al Código Penal español de 1848-1850.⁹⁶

Conforme señalaba el artículo 375 del Código Penal “Cometen adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido y el que yace con ella sabiendo que es casada, aunque después se declare nulo el matrimonio”. Como puede verse, el simple ayuntamiento carnal de la mujer casada fue objeto de reproche para el legislador nacional. Su sanción consistía en la pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados.

Por su parte, el artículo 381 del mismo cuerpo legal sancionaba al marido “que tuviere manceba dentro de la casa conyugal, o fuera de ella con escándalo”. Las penas asociadas al delito eran: destierro en cualquiera de sus grados para la manceba y reclusión menor en su grado mínimo para el marido culpable. Adicionalmente, el marido perdía el derecho de acusar a su mujer por los adulterios cometidos durante su amancebamiento.

La clara desigualdad en el trato al hombre y mujer infiel se hace todavía más evidente si atendemos al tenor del artículo 10 N° 11 del mentado código, toda vez que exime de responsabilidad penal al marido “que en el acto de sorprender a su mujer infraganti en delito de adulterio, da muerte, hiere o maltrata a ella y a su cómplice; con tal que la mala conducta de aquél no haga excusable la falta de ésta”.

Dichas normas, como adelantamos, son consecuencia de haberse seguido como modelo al Código Penal español de 1848-1850.⁹⁷ Pero, además, existe directa consonancia con la evolución a

⁹⁴ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. 1994. Historia de la Ley N° 19.335. que Establece Régimen de Participación en los Gananciales, y modifica el Código Civil, la Ley de Matrimonio Civil, el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales que indica. p. 197.

⁹⁵ ESCALONA MUÑOZ GUSTAVO y FILIPPI PEREDO, MARIO. 2006. *Ob. Cit.* Así, don José Antonio Gandarillas proponía a la Comisión Redactora el establecimiento de sanciones igualitarias para el varón y la mujer adúlteros

⁹⁶ ESCALONA MUÑOZ GUSTAVO y FILIPPI PEREDO, MARIO. 2006. *Ob. Cit.*

que anteriormente hicimos referencia, puesto que existe mayor reproche a la conducta de la mujer infiel, el tipo penal del adulterio es menos exigente que el de amancebamiento, la pena impuesta a los culpables de adulterio es superior a la que corresponde como consecuencia del amancebamiento e, incluso, existía una exención de responsabilidad que podría estimarse como resabio del antiguo *ius occidendi*, que sólo beneficia al marido.

La situación recién expuesta se mantuvo inmutable hasta mediados del siglo XX. En efecto, recién en 1953 fue derogada la eximente de responsabilidad penal del artículo 10 N° 11 del Código Penal. Con todo, la desigualdad en el tratamiento jurídico de las infidelidades de marido y mujer persistió hasta el 23 de septiembre de 1994, fecha en que fue publicada en el Diario Oficial la Ley N° 19.335 que “Establece régimen de participación en los gananciales, y modifica el Código Civil, la Ley de Matrimonio Civil, el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales que indica”.

Conforme con lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley N° 19.335, los artículos 375 a 381 inclusive fueron derogados del Código Penal. Así, dejaron de estar tipificadas las conductas de adulterio y amancebamiento, de manera que ya no son objeto de sanción por nuestra legislación penal y, por tanto, no existe hoy tratamiento desigual entre los cónyuges en materia penal.

12. El adulterio ante la legislación civil chilena.

Hemos expuesto cómo es que la legislación nacional sancionaba como un delito de carácter penal la conducta adúltera de la mujer casada, así como, en ciertos casos,⁹⁸ la infidelidad del varón casado. Ahora bien, dicha circunstancia no eximía de sanción civil a los cónyuges adúlteros.

Conviene comenzar la revisión de las sanciones previstas por la ley civil para el caso de adulterio previniendo que, en un principio, las sanciones civiles del adulterio eran discriminatorias respecto de la mujer, cuestión que se fue corrigiendo con una tendencia legislativa dirigida hacia la equiparidad jurídica entre los cónyuges,⁹⁹ de manera que hoy no se toma en cuenta el sexo del cónyuge adúltero para disponer la sanción a su comportamiento.

⁹⁷ RUZ LÁRTIGA, GONZALO. 2012. Ob. Cit. p.9.

⁹⁸ Cuando se cumpla el supuesto normativo de la figura penal del amancebamiento.

⁹⁹ Véanse ESCALONA MUÑOZ GUSTAVO y FILIPPI PEREDO, MARIO. 2006. Ob. Cit.; RUZ LÁRTIGA, GONZALO. 2012. Ob. Cit. pp. 9-10 y; BARCIA LEHMANN, RODRIGO. 2011. Ob. Cit. pp. 92-93.

El inciso 1º del artículo 132 del Código Civil, en su actual redacción, expone 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”.

Las sanciones expresamente dispuestas por el legislador para los casos de adulterio se encuentran dispersas en el Código de Bello y en la Ley de Matrimonio Civil, y son las que pasamos a revisar:

a. Divorcio.

Dentro de las sanciones expresamente dispuestas respecto del adulterio contamos, en primer lugar, la circunstancia de constituir causal suficiente para declarar el divorcio, poniendo así término al matrimonio.

Ello, en virtud del artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil que dispone que el divorcio podrá ser demandado por uno de los cónyuges, por falta imputable al otro, siempre que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común. Por lo demás, el mismo artículo señala que se incurre en dicha causal, entre otros casos, cuando ocurre una trasgresión grave y reiterada del deber de fidelidad propio del matrimonio.

Hemos señalado que el divorcio pone término al matrimonio. De ahí que, consecuentemente, ponga fin a las obligaciones y derechos de carácter patrimonial cuya titularidad y ejercicio se funden en su existencia, como los derechos sucesorios recíprocos y el derecho de alimentos.

Adicionalmente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 172 del Código Civil, el cónyuge inocente podrá revocar las donaciones que hubiere hecho al culpable, siempre que éste haya dado causa al divorcio por adulterio.

Por su parte, el artículo 62 de la Ley de Matrimonio Civil dispone que en caso de decretarse el divorcio por culpa de uno de los cónyuges –caso del adulterio-, el juez podrá denegar la compensación económica que habría correspondido al cónyuge que dio lugar a la causal, o disminuir prudencialmente su monto.

b. Separación judicial de los cónyuges.

Otra sanción dispuesta por la Ley de Matrimonio Civil, distinta del divorcio, es la declaración de la separación judicial de los cónyuges, que puede ser demandada en caso de adulterio toda vez que, dicha conducta constituye una grave infracción al deber de fidelidad que impone el

matrimonio y es, por ende, una falta imputable que constituye una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio, apto para tornar intolerable la vida en común. Con todo, el artículo 26 de la Ley N° 19.947, Ley de Matrimonio Civil, establece en su inciso 2° que no podrá invocarse el adulterio cuando exista previa separación de hecho consentida por ambos cónyuges.

La separación judicial de los cónyuges, a diferencia del divorcio, no pone término al matrimonio, dejando subsistentes todos los derechos y obligaciones personales que existen entre los cónyuges, con excepción de aquellos cuyo ejercicio sea incompatible con la vida separada de ambos, tales como los deberes de cohabitación y de fidelidad, que se suspenden.¹⁰⁰ Al mismo tiempo, la declaración de separación judicial de los cónyuges implica una serie de consecuencias patrimoniales y personales que no abordaremos, por exceder el objeto de esta investigación.

En cuanto a la separación judicial de los cónyuges declarada como consecuencia del adulterio de uno de ellos, cabe destacar las siguientes consecuencias especiales:

El artículo 35 de la Ley de Matrimonio Civil dispone que el derecho de los cónyuges a sucederse entre sí no se altere por la separación judicial, pero exceptúa el caso de aquél que hubiere dado lugar a la separación por su culpa. En idéntico sentido, el artículo 994 del Código de Bello dispone que el cónyuge separado judicialmente, que hubiere dado motivo a la separación por su culpa, no tendrá parte alguna en la herencia abintestato de su mujer o marido. Así, el cónyuge adúltero pierde el derecho de suceder al cónyuge inocente.

En cuanto al derecho de alimentos la regla es similar, aunque más benigna. Ello, porque del tenor literal de los artículos 174 y siguientes del Código Civil se desprende que ambos cónyuges tienen derecho a que el otro lo provea de alimentos; pero el cónyuge que haya dado causa a la separación judicial por su culpa –caso del adúltero–, sólo tendrá derecho para que el otro cónyuge lo provea de lo que necesite para su modesta sustentación, de conformidad con el artículo 175 del Código de Bello.

En cuanto a las donaciones que hubiere hecho el cónyuge inocente al adúltero, el artículo 172 del Código Civil prevé la posibilidad de que sean revocadas.

Por otro lado, el artículo 37 de la Ley de Matrimonio Civil señala expresamente que el hijo concebido una vez declarada la separación judicial de los cónyuges no goza de la presunción de paternidad establecida en el artículo 184 del Código Civil.

¹⁰⁰ Según dispone el artículo 33 de la Ley de Matrimonio Civil.

c. Separación judicial de bienes.

Finalmente, cabe hacer referencia a otra sanción civil al adulterio, distinta de la separación judicial de los cónyuges y del divorcio, que produce efectos sin necesidad de la declaración de aquéllos, a saber, la separación judicial de bienes.

El artículo 155 del Código Civil dispone como causal de separación de bienes si el marido, por su culpa, no cumple con las obligaciones que impone el artículo 131, dentro de las que se cuenta el deber de guardarse fe.

Así el adulterio del marido, en tanto grave infracción al deber de fidelidad impuesto por el matrimonio, da lugar a que se decrete la separación de bienes entre los cónyuges.

CAPÍTULO CUARTO

ACERCA DE LA PROCEDENCIA DE APLICAR REGLAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL ÁMBITO FAMILIAR.

13. Presentación del problema.

Hemos señalado que el inciso 1° del artículo 132 del Código Civil dispone que el adulterio da origen a las sanciones que la ley prevé. Asimismo, hemos pasado revista a aquellas sanciones que, de manera explícita, el legislador ha dispuesto respecto del cónyuge adúltero.

En adelante, el objeto de nuestra investigación se centrará en determinar la procedencia de indemnizar los perjuicios sufridos por el cónyuge inocente a consecuencia del adulterio de su pareja. Con tal objeto, resulta imperioso referirse en forma previa a la recepción de las reglas de responsabilidad civil en el ámbito familiar.

14. De la responsabilidad en general.

No existe en el derecho chileno una definición legal del término responsabilidad. Con todo, ello no ha sido óbice para que la responsabilidad sea reconocida como un principio general del derecho privado e, incluso, como una institución general del derecho.¹⁰¹

Según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, el término responsable deriva del latín medieval *responsabilis*, esto es, ‘que requiere respuesta’, y éste deriva del latín *responsare*, que quiere decir ‘responder’. Así, junto a Cabanellas de Torres, podemos definir la responsabilidad, en términos amplios, como la obligación de reparar y satisfacer por uno mismo o, en ocasiones especiales, por otro, la pérdida causada, el mal inferido o el daño

¹⁰¹ DUCCI CLARO, CARLOS. 1988. Derecho Civil. Parte General. Tercera Edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. pp. 24-26.

originado.¹⁰² El mismo autor enseña que el término responsabilidad puede utilizarse asimismo para referirse a la capacidad para aceptar las consecuencias de un acto consciente y voluntario.¹⁰³

En el mismo sentido, refiriéndose al concepto general de responsabilidad, el profesor Corral advierte que la palabra responsabilidad plantea una polisemia en el sentido vulgar, y también en el especializado, pudiendo el término referirse desde la obligación de reparar los daños producidos por ciertas personas o cosas, a la necesidad de afrontar las consecuencias de los actos propios.¹⁰⁴

Además, cabe consignar que la responsabilidad, sin otro calificativo, es una materia que excede, con mucho, el campo de lo jurídico. Así, podemos distinguir entre dos grandes órdenes de responsabilidad: la responsabilidad jurídica y la responsabilidad moral. Tal distinción por lo demás es reconocida por el mismo Código Civil, por ejemplo, al dejar el cumplimiento de la promesa de matrimonio mutuamente aceptada al mero honor y conciencia del individuo,¹⁰⁵ de manera que el cargo u obligación moral que resulte para quien incumpla su promesa, aun cuando tal incumplimiento le sea imputable, suscita un mero problema de conciencia, que se plantea en el fuero interno del individuo y que queda fuera del dominio del derecho.

En cambio, la responsabilidad será jurídica cuando proviene de un hecho o de una omisión que causa daño a otro o que la ley pena por ser contrario al orden social.¹⁰⁶ El profesor Ramos, por su parte, enseña que una persona tiene responsabilidad jurídica cuando está obligada a resarcir, reparar o indemnizar todo perjuicio causado a otra, sea porque habiendo contratado con él, incumplió alguna obligación derivada de ese contrato, sea porque incurrió en una conducta dolosa o culpable que le ha producido un daño, sea porque incumplió una obligación derivada de la ley o de un cuasicontrato.¹⁰⁷

15. De la responsabilidad civil.

¹⁰² CABANELLAS DE TORRES, GUILLERMO. 2000. Diccionario Jurídico Elemental. Décimo Cuarta Edición. Buenos Aires. Editorial Heliasta. p. 352.

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ CORRAL TALCIANI, HERNÁN. 2003. Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. p. 11.

¹⁰⁵ Conforme dispone el artículo 98 del Código Civil.

¹⁰⁶ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO. 2009. De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil chileno. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. p. 24.

¹⁰⁷ RAMOS PAZOS, RENÉ. 2006. De la Responsabilidad Extracontractual. Segunda Edición. Santiago. LexisNexis. p. 2.

Ahora bien, existen diversas clases de responsabilidad jurídica, atendido que la responsabilidad puede presentarse en diversas áreas del derecho con caracteres particulares.¹⁰⁸ De esta forma, podemos distinguir entre responsabilidad civil, penal, política¹⁰⁹ y administrativa, cada una de las cuales son independientes entre sí, salvo excepción expresa.

La responsabilidad civil, que es la que interesa en la especie, es definida por el profesor Alessandri como la obligación que pesa sobre una persona de indemnizar el daño sufrido por otra.¹¹⁰ En el mismo sentido, y citando a Henri y León Mazeaud, el profesor Ramos señala que una persona es responsable civilmente siempre que debe reparar un daño.¹¹¹ Por su parte, don Pablo Rodríguez expone que la responsabilidad civil consiste en el deber jurídico de reparar los daños o perjuicios que se producen con ocasión del incumplimiento de una obligación, que es un deber de conducta tipificado en la ley.¹¹² A su turno el profesor Barros, citando a Kelsen, enseña que desde un punto de vista lógico, la responsabilidad civil es un juicio normativo que consiste en imputar a una persona una obligación reparatoria en razón del daño que ha causado a otra persona.¹¹³

Según se expuso, el profesor Ducci afirma que la responsabilidad civil es un principio general de nuestro derecho privado. En el mismo sentido se pronuncia don Enrique Alcalde, al señalar que la obligación de indemnizar por los daños culposa o dolosamente causados es un principio general de derecho que emana de la propia naturaleza humana, por lo cual su validez y obligatoriedad se nos impone como una realidad que no depende de nuestra voluntad.¹¹⁴

16. La discusión sobre la admisibilidad de la reparación del daño provocado al interior de la familia.

Para poder abocarnos derechamente a la determinación de la admisibilidad de la acción indemnizatoria con motivo del adulterio, resulta menester que reparemos en una discusión que la

¹⁰⁸ RODRÍGUEZ GREZ, PABLO. 2004. Responsabilidad Extracontractual. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. p. 11.

¹⁰⁹ Cabe señalar que el profesor Hernán Corral Talciani estima que la responsabilidad política no se encuentra enmarcada dentro del ámbito de la responsabilidad jurídica sino que, por el contrario, constituye una categoría tan amplia como esta, de manera que la distingue como una alternativa a las responsabilidades morales y jurídicas. Véase: CORRAL TALCIANI, HERNÁN. 2003. *Ob. Cit.* pp. 13 y ss.

¹¹⁰ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO. 2009. *Ob. Cit.* p. 13.

¹¹¹ RAMOS PAZOS, RENÉ. 2006. *Ob. Cit.* p. 3.

¹¹² RODRÍGUEZ GREZ, PABLO. 2004. *Ob. Cit.* p. 11.

¹¹³ BARROS BOURIE, ENRIQUE. 2007. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. p. 15.

¹¹⁴ ALCALDE RODRÍGUEZ, ENRIQUE. 2003. Los Principios Generales del Derecho. Su función de garantía en el derecho público y privado chileno. Santiago. Ediciones Universidad Católica de Chile. pp. 58-59.

antecede lógicamente y que, por tanto, debe ser respondida satisfactoriamente para proseguir nuestro estudio, a saber, el problema de la procedencia y modalidad de aplicación de los mecanismos de reparación del daño propios de la responsabilidad civil a los perjuicios causados dentro de la familia.

La controversia nace de la circunstancia que, ni en las normas pertinentes de la responsabilidad civil contractual y extracontractual, ni en las normas relativas al matrimonio, existe disposición genérica alguna que derogue o restrinja la común aplicación de las normas sobre responsabilidad civil respecto de los daños que puedan ocasionarse los miembros de una familia en general.¹¹⁵

En nuestro país esta materia es de reciente, aunque prolífica, discusión. En derecho comparado, la cuestión ha sido arduamente debatida, de manera tal que hoy podemos reconocer la existencia de diversas respuestas a la cuestión de la admisibilidad de las reglas de responsabilidad civil en el contexto familiar que, en síntesis, se pueden agrupar en dos grandes conjuntos de conclusiones opuestas: las tesis denegatorias y las permisivas.¹¹⁶

Las primeras niegan lugar a toda pretensión de admitir la aplicación de las reglas de responsabilidad civil en el ámbito del derecho de familia, en tanto no haya dispuesto expresamente lo contrario el legislador. En cambio, las teorías permisivas son aquellas que proponen la aplicación de las reglas de responsabilidad civil a las relaciones de familia. Dentro de estas últimas podemos distinguir tesis atenuadas y extremas, dependiendo de si se postula la aplicación de las reglas de responsabilidad limitada a hipótesis determinadas, o bien como medio de defensa de derechos o intereses jurídicamente tutelados específicos o que, por el contrario, admiten la procedencia directa y sin limitaciones de la acción de responsabilidad respecto de cualquier acción u omisión que cause daño a otro.

A continuación, pasaremos revista a los principales argumentos en que se han fundado las tesis denegatorias y permisivas, con el objeto de determinar cuál es más acorde a nuestra legislación.

17. Principales argumentos de la tesis denegatoria.

a. Especialidad del derecho de familia.

¹¹⁵ LEPÍN MOLINA, CRISTIÁN. 2014. Presentación. En: Responsabilidad Civil y Familia. Santiago. Legal Publishing Chile. p. iv.

¹¹⁶ CORNEJO GARCÍA, MARÍA GLORIA. 2012. Particularidades de la responsabilidad civil extracontractual en el derecho de familia. Memoria para optar al Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho p. 16.

Como señalamos anteriormente, ante la falta de norma expresa que se refiera a la admisibilidad de la responsabilidad civil entre cónyuges, existe jurisprudencia y doctrina que se ha pronunciado por la tesis denegatoria, fundándose de manera preferente en la especialidad del derecho de familia y en la consideración de que el régimen matrimonial es especial y que las características propias de la institución atienden a una particular realidad que no permite la aplicación de las normas de responsabilidad civil.¹¹⁷

Sobre el particular, Delfina Borda¹¹⁸ afirma que la especialidad del derecho de familia hace imperativas sus normas, y torna inadmisibile la aplicación de otras ramas del derecho privado, como es el patrimonial. En idéntico sentido se ha pronunciado Dutto,¹¹⁹ señalando que la gran cantidad de normas imperativas excluye la aplicación de normas generales.

Martín-Casals y Ribot enseñan que los intereses involucrados en las relaciones familiares se organizan y protegen mediante el derecho de familia vigente en cada momento histórico, y sus reglas proporcionan criterios acerca de cómo deben ejercerse los roles de cónyuge y los de progenitor y, en razón de ello, concluyen que cuando el derecho de familia no proporcione una regulación específica, no existe una laguna que deba integrarse indiscriminadamente mediante las reglas de responsabilidad civil.¹²⁰

Todavía más, la especialidad del derecho de familia se haría más evidente en campo matrimonial, por cuanto tradicionalmente se ha sostenido que los cónyuges tendrían un régimen de derechos, deberes, responsabilidades y sanciones totalmente específico, que se vería desnaturalizado si se les introducen otras de distinto tipo, pues se le estaría dando una perspectiva individualista, incompatible con el interés superior de la familia.¹²¹

En consideración a los argumentos expuestos, el autor nacional David Vargas reconoce que el derecho de daños se aviene mal con el derecho de familia, en atención a que este último está inspirado en principios que exceden a cuestiones puramente patrimoniales, como son la jerarquización de la estructura familiar, el interés y bien común de la familia, la protección

¹¹⁷ MEDINA, GRACIELA. 2002. Daños en el Derecho de Familia. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni Editores. p. 407.

¹¹⁸ Delfina Borda, citada por MEDINA, GRACIELA. 2002. *Ob. Cit.* p. 49.

¹¹⁹ Ricardo Dutto, citado por MONTECINOS GRAU, BERNARDO ANDRÉS. 2011. Daños en el Derecho de Familia, en especial los derivados de las relaciones paterno materno filiales. Memoria para optar al Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. p.48.

¹²⁰ MARTÍN-CASALS, MIQUEL y RIBOT, JORDI. 2011. Daños en Derecho de familia: un paso adelante, dos atrás. [en línea] España, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Anuario de derecho civil. Vol. 64(2) <https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2011-20050300561 ANUARIO DE DERECHO CIVIL Da%F1os en Derecho de la familia: un paso adelante, dos atr%E1s> [consulta: 22 septiembre 2016] p. 527.

¹²¹ De ello da cuenta MENDOZA ALONZO, PAMELA. 2011. Daños morales por infidelidad matrimonial. Un acercamiento al derecho español. Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política. Vol. 2. (2) p. 47.

superior del menor, la sacralización del matrimonio, vínculos solidaridad y altruismo, todos contrarios a la presentación de cualquier reclamación jurídica entre las partes involucradas.¹²² De igual manera, Tanzi y Papillú afirman que el derecho de familia y la responsabilidad civil tradicionalmente han recorrido caminos diversos, pues se consideraba que aquél conformaba un sistema normativo autónomo y que era impermeable por los preceptos del derecho de daños.¹²³

Tapia, uno de los autores nacionales que defiende la tesis denegatoria, acusa que una diferente lógica subyace entre el derecho civil patrimonial y el derecho de las familias, por cuanto las relaciones privadas patrimoniales son vínculos entre “extraños”, fundados en el egoísmo (la búsqueda del propio beneficio), en cambio las familiares se refieren a relaciones entre personas unidas biológica y afectivamente, donde prima la entrega desinteresada por el otro (cooperación y solidaridad).¹²⁴

La especialidad del Derecho de familia ha sido la piedra angular de los fundamentos en que se funda la tesis denegatoria y, al mismo tiempo, es la fuente de la que manan otros diversos argumentos invocados por la doctrina y jurisprudencia que niega lugar a la aplicación de reglas de responsabilidad civil en el entorno familiar, los que pasamos a revisar.

b. Especialidad de las sanciones del derecho de familia.

Quienes niegan lugar a la aplicación de normas de responsabilidad civil al interior de la familia se fundan no solo en la especialidad del derecho de familia como rama autónoma del derecho, sino también en la autosuficiencia de las sanciones que dicha rama dispone. Así, en doctrina comparada se ha negado lugar a la aplicación de las reglas de responsabilidad civil en el seno de la familia señalando que sólo deben aplicarse las sanciones del derecho de familia, pues de otro modo se estaría atentando contra el principio *non bis in ídem*, ya que se estaría dando una doble sanción al actuar del sujeto: desde el derecho de familia y desde el derecho de daños.¹²⁵

¹²² VARGAS ARAVENA, DAVID. 2009. Daños civiles en el matrimonio. Tesis Doctoral. [en línea] Universidad de Salamanca, Facultad de Derecho. <http://gredos.usal.es/xmlui/bitstream/handle/10366/76356/DDP_VargasAravenaDG_Da%C3%B1osCivilesMatrimonio.pdf?sequence=3> [consulta: 14 septiembre 2016]. p. 1.

¹²³ TANZI, SILVIA y PAPIILLÚ, JUAN. 2011. Daños y perjuicios derivados del divorcio (doctrina y jurisprudencia en Argentina). Revista Chilena de Derecho Privado. (16) p. 138.

¹²⁴ TAPIA RODRÍGUEZ, MAURICIO. 2014. Principios, reglas y sanciones del Derecho de las familias. En: LEPÍN MOLINA, CRISTIÁN. Responsabilidad Civil y Familia. Santiago. Legal Publishing Chile. pp. 354-355.

¹²⁵ CORNEJO GARCÍA, MARÍA GLORIA. 2012. *Ob. Cit.* p.18.

En el mismo sentido, para negar lugar a la aplicación de reglas de responsabilidad civil se ha expresado que el derecho matrimonial ya contemplaría sanciones pecuniarias suficientes para el caso de incumplimiento de obligaciones matrimoniales.¹²⁶

De otra parte, Tapia advierte que las sanciones civiles difieren en el derecho patrimonial y en el derecho familiar; que la indemnización de perjuicios es una institución de derecho civil patrimonial y, como tal, por principio no debe extrapolarse al ámbito familiar y; que las sanciones civiles específicas para el incumplimiento de deberes familiares están taxativamente señaladas en el ordenamiento jurídico.¹²⁷

c. Ausencia de norma expresa.

El motivo primero de la existencia de la discusión sobre la procedencia de la reparación de perjuicios entre familiares es también esgrimido como argumento en favor de la tesis denegatoria: la ausencia de norma expresa a este respecto.

De esta forma, la ausencia de norma expresa es el fundamento de cierre de quienes defienden la especialidad del Derecho de familia y la autonomía de las sanciones que éste dispone. Atendido que 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.

Tanzi y Papillú señalan sobre el particular que, para oponerse a la aplicación de las normas de la responsabilidad civil a los daños derivados de las relaciones de familia se ha argumentado que no existen normas generales en el Derecho de Familia respecto de la reparación de los daños y que, de otro lado, cuando el legislador ha querido reconocer tal posibilidad expresamente ha establecido el derecho a la reparación.¹²⁸

En idéntico sentido, se ha sostenido que en aquellos países donde se admite la posibilidad de indemnizar los daños y perjuicios derivados del divorcio, tal posibilidad está expresamente prevista en la ley.¹²⁹

d. Naturaleza de las relaciones de familia.

¹²⁶ VALENZUELA DEL VALLE, JIMENA. 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. Año 19 (1) p. 245.

¹²⁷ TAPIA RODRÍGUEZ, MAURICIO. 2014. Principios, reglas y sanciones del Derecho de las familias. En: LEPÍN MOLINA, CRISTIÁN. Responsabilidad Civil y Familia. Santiago. Legal Publishing Chile. pp. 358-361.

¹²⁸ TANZI, SILVIA y PAPILLÚ, JUAN. 2011. *Ob. Cit.* pp.138-139.

¹²⁹ MEDINA, GRACIELA. 2002. *Ob. Cit.* p. 60.

Hemos señalado que quienes sostienen la tesis denegatoria afirman que la responsabilidad civil es extraña al ámbito familiar a consecuencia de la especialidad del Derecho de familia, pero tal juicio se ha fundado, además, en consideración a la naturaleza de las relaciones de familia.

En efecto, el profesor Corral ha expresado que el principal de los argumentos que se invoca para excluir a la familia del Derecho de daños es su autonomía, en cuanto relación interpersonal singularísima, basada en la confianza y en la aceptación y tolerancia de las conductas menos diligentes o cuidadosas.¹³⁰

Refiriéndose a la naturaleza de las relaciones familiares, Álvarez resalta que éstas suelen generar vínculos de solidaridad y desinterés, contrarios a la formulación de reclamaciones jurídicas entre las partes afectadas.¹³¹ Bosques, en tanto, afirma que son los vínculos de solidaridad y altruismo ligados a un deber de tolerancia intrafamiliar los que han servido de escudo, para evitar la entrada de las reclamaciones jurídicas en el ámbito familiar.¹³²

Atendidas las consideraciones expuestas es que Tanzi y Papillú enseñan que la tesis denegatoria privilegia la estructura familiar por sobre la reparación de los daños injustos.¹³³

e. Inmunidad familiar y *consortium*.

Íntimamente ligadas con la consideración de la naturaleza especial de las relaciones de familia, surgieron en derecho comparado dos grandes teorías en contra de la recepción de las reglas de la responsabilidad civil en el Derecho de familia: el privilegio o inmunidad familiar, propia del derecho continental y, el *consortium*, en el derecho anglosajón.

A este respecto el profesor Aravena apunta que uno de los primeros argumentos invocados para desestimar la aplicación de las normas de responsabilidad civil al Derecho de familia se encuentra en que, al interior de dicha rama, existirían ciertas inmunidades o privilegios que permitirían derogar o alterar la normal aplicación de estas normas de resarcimiento, estableciendo de una u otra forma, una libertad para que sus miembros se puedan dañar, amparados

¹³⁰ CORRAL TALCIANI, HERNÁN. 2012. Adulterio y responsabilidad civil. [en línea] <<https://corraltalciani.wordpress.com/2012/06/24/adulterio-y-responsabilidad-civil/>> [consulta: 11 septiembre 2016]

¹³¹ ÁLVAREZ P., PABLO. 2007. Responsabilidad civil originada por el divorcio sanción. Memoria para optar al Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Valdivia, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile. 23.8.

¹³² Gerardo José Bosques Hernández, citado en nota al pie por VERDA Y BEAMONTE, JOSÉ RAMÓN DE y CHAPARRO MATAMOROS, PEDRO. 2014. La responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares en España. En: LEPÍN MOLINA, CRISTIÁN. Responsabilidad Civil y Familia. Santiago. Legal Publishing Chile. p. 97.

¹³³ TANZI, SILVIA y PAPIILLÚ, JUAN. 2011. *Ob. Cit.* p.139.

precisamente en la relación familiar, dando lugar a campos de inmunidad o privilegio conyugal y parental,¹³⁴ que importan una exención del Derecho común.¹³⁵

Al respecto, Patti expone que el principio de la inmunidad se ha considerado imperante en base a diversas motivaciones, incluso la unidad de los cónyuges y la armonía de la familia de las perturbaciones relacionadas al establecimiento del juicio civil.¹³⁶ Mendoza enseña que el régimen de inmunidad y privilegio matrimonial es una costumbre social, una regla moral que impide que se litigue por hechos cometidos dentro de la familia.¹³⁷ Por su parte, López señala que en los ordenamientos del derecho continental es la propia configuración de la familia en los Códigos Civiles, la que hace que el problema de la reparación de perjuicios prácticamente no llegue a plantearse en los tribunales.¹³⁸

Según enseña Grosman, el fundamento de la doctrina de la inmunidad se asentaba en la necesidad de tutelar la tranquilidad doméstica, la intimidad y la armonía de la familia, que se vería perturbada por la iniciación de demandas reclamando la indemnización de daños, prefiriendo preservar la estructura familiar por sobre la protección de las víctimas de la violencia.¹³⁹

En cuanto a los ordenamientos del *Common law*, Ferrer enseña que forjaron históricamente reglas generales de inmunidad a favor de ciertas personas en atención a su relación familiar con la víctima del daño (*Domestic Relations*), ya sea en casos de daños entre cónyuges (*interspousal immunity*), ya en caso de daños causados por el padre o la madre a los hijos bajo su potestad (*parental immunity*).¹⁴⁰

Así, el ámbito de inmunidad creado en el *Common law* por vía jurisprudencial respecto de los daños entre cónyuges, se funda en el reconocimiento de la fusión de personalidades de los

¹³⁴ VARGAS ARAVENA, DAVID. 2009. *Ob. Cit.* p. 3.

¹³⁵ PATTI, SALVATORE. 2014. Familia e inmunidad. En: LEPÍN MOLINA, CRISTIÁN. Responsabilidad Civil y Familia. Santiago. Legal Publishing Chile. p. 1.

¹³⁶ PATTI, SALVATORE. 2014. *Ob. Cit.* p. 3.

¹³⁷ MENDOZA ALONZO, PAMELA. 2011. *Ob. Cit.* p. 42.

¹³⁸ LÓPEZ DE LA CRUZ, LAURA. 2010. El resarcimiento del daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales. [en línea] Cataluña, España, InDret: Revista para el análisis del derecho. <http://www.indret.com/pdf/783_es.pdf>[consulta: 18 septiembre 2016] p. 5.

¹³⁹ Cecilia Grosman, citada por MASSMANN WYNEKEN, JULIE. 2006. La omisión de la responsabilidad parental y resarcimiento. Un nuevo caso de Derecho de Daños. Memoria para optar al Grado Académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. p. 4.

¹⁴⁰ FERRER RIBA, JOSEP. 2001. Relaciones familiares y límites del derecho de daños. [en línea] Cataluña, España, InDret: Revista para el análisis del derecho. <http://www.indret.com/pdf/065_es.pdf>[consulta 20 septiembre 2016] pp. 5 y ss.

cónyuges,¹⁴¹ también conocido como *marital unity* o *consortium*, como principal efecto del matrimonio.¹⁴² Con todo, el alcance de dicha inmunidad fue recortándose hasta su completa abolición en muchas jurisdicciones o su conservación más o menos residual en otras.¹⁴³⁻¹⁴⁴ Y es que el lento declive de la familia patriarcal, como consecuencia de la evolución de las costumbres y de las conquistas feministas, llevó a la extinción del principio de inmunidad interconyugal.¹⁴⁵

f. Argumentos de (in)conveniencia.

Con el término “(in)conveniencia” queremos hacer referencia a aquella clase de argumentos en que puede fundarse la tesis denegatoria de la aplicación de las reglas de responsabilidad civil al ámbito familiar que, más que aportar razones jurídicas de fondo que guarden relación con la autonomía del Derecho de familia y su incompatibilidad con el derecho de daños, se centran en el análisis de razones prácticas o de forma, que harían desaconsejable extender la procedencia de la responsabilidad civil a materias de familia. En palabras de Salas, puede hablarse de argumentos que trascienden lo estrictamente jurídico apelando a ideas morales que rechazarían estas reclamaciones jurídicas,¹⁴⁶ a lo que agregamos, que pueden comprender consideraciones de índole económica, administrativas, sociales, entre otros.

Dentro de esta clase de argumentos contamos a quienes afirman que, de aplicarse las normas de responsabilidad civil se desincentivaría los matrimonios¹⁴⁷ y aumentaría el costo del divorcio, por la amenaza que representaría pagar indemnizaciones por incumplir deberes matrimoniales,¹⁴⁸ o que, en el ámbito parental, se debilitaría la discrecionalidad de los padres a la hora de criar a sus hijos.¹⁴⁹

¹⁴¹ En ROCA, ENCARNACIÓN. 2014. Daños en el Derecho de Familia. En: LEPÍN MOLINA, CRISTIÁN. Responsabilidad Civil y Familia. Santiago. Legal Publishing Chile. pp. 57-96, la autora enseña que, en derecho anglosajón, la fusión de personalidades de los cónyuges y la pérdida de la personalidad propia de la mujer se funda en el texto bíblico del Génesis, Capítulo 2, versículo 24, que reza: “Y vendrán los dos a ser la misma carne”.

¹⁴² ÁLVAREZ P., PABLO. 2007. *Ob. Cit.* p. 6.

¹⁴³ FERRER RIBA, JOSEP. 2001. *Ob. Cit.* p. 6.

¹⁴⁴ Una concisa reseña de la evolución que sufrió la inmunidad conyugal en el derecho anglosajón se encuentra en VARGAS ARAVENA, DAVID. 2009. *Ob. Cit.* pp. 82 y ss.

¹⁴⁵ LÓPEZ DE LA CRUZ, LAURA. 2010. *Ob. Cit.* p.6.

¹⁴⁶ SALAS SALAS, MANUEL. 2012. Infracción de los deberes personales del matrimonio, ¿un nuevo ámbito para el derecho de daños? Memoria para optar al Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. [en línea] Valdivia, Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. <<http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2012/fjs161i/doc/fjs161i.pdf>>[consulta 11 septiembre 2016]p. 24.

¹⁴⁷ MEDINA, GRACIELA. 2002. *Ob. Cit.* p. 56.

¹⁴⁸ CORNEJO GARCÍA, MARÍA GLORIA. 2012. *Ob. Cit.* p.17.

¹⁴⁹ MONTECINOS GRAU, BERNARDO ANDRÉS. 2011. *Ob. Cit.* p. 49.

Otros alegan que, si se da cabida a acciones indemnizatorias en términos amplios, podría involucrar a los tribunales de justicia en disputas triviales entre los cónyuges.¹⁵⁰ En este sentido, Hernández acusa que no habría posibilidades reales de controlar que a los tribunales no llegaran los llamados casos de bagatela y los casos que no tienen mayor sustento jurídico.¹⁵¹

Medina observa que la doctrina a favor de la tesis denegatoria ha afirmado que el otorgamiento de una indemnización a favor del inocente es un incentivo a la repotenciación de los juicios contradictorios, y se frustra la posible solución del conflicto matrimonial y familiar a través de otros modernos métodos alternativos y técnicas multidisciplinarias.¹⁵² En idéntico sentido Fleitas ha señalado que la posibilidad de reclamar reparaciones incrementa el conflicto y dificulta los posibles acuerdos, cuando deberían enfocarse los esfuerzos en superar la crisis y no en profundizarla.¹⁵³

De otra parte, en doctrina comparada se ha afirmado que la acción por la cual se pretenda lucrar con la deshonra es contraria a la moral, las buenas costumbres y la sensibilidad.¹⁵⁴

Asimismo, López afirma que no todo daño moral debe ser reparado, como la traición de un amigo, la frustración de un trabajo, el desengaño amoroso, la infracción de los deberes personales del matrimonio, etc.¹⁵⁵

Otro argumento de la tesis denegatoria radica en la improcedencia de indemnizar el error en la elección del cónyuge.¹⁵⁶ Medina, cita jurisprudencia argentina que señala, a este respecto, que “se entiende que quien contrae matrimonio lo hace prestando un consentimiento válido –exigencia fundamental- con todo lo que ello implica. Si por distintas razones, la elección del cónyuge se revela equivocada, se sufren disgustos, humillaciones o inevitables rupturas, ha de admitirse que tales circunstancias han de ser cuidadosamente sopesadas antes de dar un paso trascendental en la vida. Acordar por vía jurisprudencial una reparación indemnizatoria significaría tanto como asegurarle a quien se equivoca en su elección una reparación pretendidamente paliativa de los agravios sufridos”.¹⁵⁷

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ Gabriel Hernández Paulsen, citado por CORNEJO GARCÍA, MARÍA GLORIA. 2012. *Ob. Cit.* p.19.

¹⁵² MEDINA, GRACIELA. 2002. *Ob. Cit.* p. 61.

¹⁵³ Abel Fleitas, citado por MONTECINOS GRAU, BERNARDO ANDRÉS. 2011. *Ob. Cit.* p. 50.

¹⁵⁴ *Ibid.*

¹⁵⁵ LÓPEZ DE LA CRUZ, LAURA. 2010. *Ob. Cit.* p. 28.

¹⁵⁶ TANZI, SILVIA y PAPILLÚ, JUAN. 2011. *Ob. Cit.* p. 142; y SALAS SALAS, MANUEL. 2012. *Ob. Cit.* p. 24.

¹⁵⁷ MEDINA, GRACIELA. 2002. *Ob. Cit.* p. 55.

De otra parte, la misma autora agrega como otro argumento propio de la tesis denegatoria al que señala que las demandas de indemnización de perjuicios podrían beneficiar también al demandado por su conducta reprochable pues, si las partes viven juntas, ambas comparten los beneficios obtenidos.¹⁵⁸

Cornejo, refiriéndose a la realidad nacional señaló que existen barreras institucionales que no permitirían que en la práctica fuese efectiva la posibilidad de solicitar indemnización de perjuicios, a saber, problemas de representación del menor de edad, plazos de prescripción, determinación del tribunal competente para conocer del juicio indemnizatorio y la discusión acerca de la naturaleza jurídica de la compensación económica.¹⁵⁹ En similar sentido se ha pronunciado Ferrer respecto de la realidad española.¹⁶⁰

18. Principales argumentos de las tesis permisivas.

Hasta ahora hemos dado cuenta de los principales argumentos en que se funda la doctrina y jurisprudencia comparada para negar lugar a cualquier intento de aplicar las reglas de la responsabilidad civil entre miembros de una familia.

Corresponde entonces referirse a los argumentos en que los adherentes a las tesis permisivas fundan la procedencia de indemnizar los daños ocasionados al interior de una familia.

a. El principio general del Derecho *Alterum non laedere*.

Vivas enseña que el “*neminem laedere*” o deber de no dañar es también aplicable a la dimensión familiar o doméstica por cuanto, aun cuando el legislador no prevé expresamente el derecho a una indemnización reparadora en el Derecho de familia, también es cierto que no ha excluido explícitamente la operatividad del remedio resarcitorio en el ámbito doméstico.¹⁶¹

¹⁵⁸ MEDINA, GRACIELA. 2002. *Ob. Cit.* p. 411.

¹⁵⁹ CORNEJO GARCÍA, MARÍA GLORIA. 2012. *Ob. Cit.* p.19.

¹⁶⁰ Véase FERRER RIBA, JOSEP. 2001. *Ob. Cit.* p. 3.

¹⁶¹ VIVAS TESÓN, INMACULADA. 2012. Daños en las relaciones familiares. [en línea] Fortaleza, Brasil, Universidade de Fortaleza, Revista Pensar. Vol. 17 (2) <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/pensar-revista-de-ci%C3%A0ncias-jur%C3%ADdicas-vol-17-n-2-juldez-2012>> [consulta: 14 septiembre 2016] pp.530-531.

Medina comparte esta opinión, exponiendo que la especialidad del Derecho de familia y la diferencia de su contenido no es justificativo para violar el principio jurídico de no dañar a otro, que tiene jerarquía constitucional y supranacional.¹⁶²

Rodríguez expresa que el derecho chileno reconoce en el *alterum non laedere* un principio indemnizatorio amplio, que no se reduce a la existencia de tipos legales expresos. Informa además que este mismo principio es el que rige en Francia, donde se admite la indemnización de perjuicios contra el cónyuge culpable, aun cuando hoy esté tipificado el ilícito para facilitar el indicio de culpabilidad, y que lo mismo ocurre en Argentina.¹⁶³ En igual sentido, Massmann explica que el Derecho de familia se somete a los principios generales del Derecho y que, por tanto, procede la reparación aunque la ley no lo señale expresamente, pues existe un deber genérico de no dañar a otro, principio ético y jurídico establecido en el artículo 2329 del Código Civil.¹⁶⁴

b. Evolución social de la familia, el principio de igualdad entre cónyuges y la protección de sus derechos individuales.

Ramos Cabanellas advierte que, desde el punto de vista social, parece claro que la familia se encuentra en permanente cambio.¹⁶⁵ La doctrina especializada en Derecho de familia ha dado cuenta de la evolución histórica de la familia que ha transitado de un modelo patriarcal a otro basado en el principio de igualdad de los cónyuges.¹⁶⁶ Ello ha llevado a López a hablar de la consagración de la familia democrática, en la que más allá de la familia como institución, se tiene en cuenta de manera individualizada a los miembros que la componen, cuyos derechos constitucionales constituyen el auténtico objeto de protección jurídica.¹⁶⁷ En este sentido es que de Verda y Beamonte y Chaparro han señalado que la condición de miembro de una familia no puede servir como criterio de exención de responsabilidad de los daños causados en la misma, lo que sería especialmente evidente en el caso de los cónyuges, desde el momento que la legislación

¹⁶² MEDINA, GRACIELA. 2002. *Ob. Cit.* p. 49.

¹⁶³ RODRÍGUEZ PINTO, MARÍA SARA. 2012. Indemnización de perjuicios por infracción al deber de fidelidad en el matrimonio. [en línea] El Mercurio Legal. 25 julio, 2012. <<http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Análisis-Juridico/2012/07/25/Indemnizacion-de-perjuicios-por-infraccion-al-deber-de-fidelidad-en-el-matrimonio.aspx>>[consulta: 14 septiembre 2016].

¹⁶⁴ MASSMANN WYNEKEN, JULIE. 2006. *Ob. Cit.* p. 19.

¹⁶⁵ RAMOS CABANELLAS. 2014. Daños originados en las relaciones de familia: situación en Uruguay. *En*: LEPÍN MOLINA, CRISTIÁN. 2014. Responsabilidad Civil y Familia. Santiago. Legal Publishing Chile. Legal Publishing Chile. p. 252.

¹⁶⁶ ÁLVAREZ P., PABLO. 2007. *Ob. Cit.* p. 5. En idéntico sentido, véase MENDOZA ALONZO, PAMELA. 2011. *Ob. Cit.* p. 43.

¹⁶⁷ LÓPEZ DE LA CRUZ, LAURA. 2010. *Ob. Cit.* p. 9.

acentúa la consideración del matrimonio como un medio al servicio del desarrollo de la personalidad de los contrayentes.¹⁶⁸

Sobre el particular Medina da cuenta de la evolución de una estructura familiar jerarquizada basada en el dominio del *paterfamilias* a una estructura igualitaria, en la cual la mujer y el marido se encuentran colocados en una posición igualitaria tanto en el gobierno de la familia como en la contribución a su sostenimiento¹⁶⁹. En seguida, la misma autora expone que existe un menor énfasis en la idea de concebir a la familia como una estructura unitaria, mientras se pone el acento sobre la autonomía individual de cada uno de los integrantes de la familia, a partir del reconocimiento de la personalidad singular como individuos.¹⁷⁰ En este sentido es que Zambrano llama a no subestimar las consecuencias del amor, reafirmando la idea de total sometimiento de las relaciones familiares al Derecho, dado que el familiar es primero persona, y sólo después será miembro de la familia.¹⁷¹

Vivas señala que el modelo familia-institución (presidido por el “principio de unidad jurídica de la familia”) ha sido sustituido por el de familia-comunidad, en el cual los intereses merecedores de protección se identifican con los intereses individuales y solidarios de sus componentes.¹⁷² En el mismo sentido Figueredo reconoce una notoria evolución social de la familia, dando un enfoque hacia el sujeto individual, respetando sus derechos fundamentales y sus circunstancias afectivas.¹⁷³ Y es que un miembro de la familia es, para nuestra sociedad actual, en primer lugar un ser humano, al cual hay que tratar con la dignidad que le corresponde.¹⁷⁴

Atendido lo anterior, Vivas enseña que la familia, en nuestros días, es lugar de autorrealización y desarrollo de la personalidad del individuo, razón por la cual la cuestión de la responsabilidad civil en las relaciones internas familiares conecta directamente con la resarcibilidad de la lesión de los derechos fundamentales e irrenunciables de la persona. Apunta que es el “derecho al yo” el cual no puede verse lesionado, restringido o anulado en modo alguno

¹⁶⁸ VERDA Y BEAMONTE, JOSÉ RAMÓN DE y CHAPARRO MATAMOROS, PEDRO. 2014. *Ob. Cit.* p.99.

¹⁶⁹ MEDINA, GRACIELA. 2002. *Ob. Cit.* p. 20.

¹⁷⁰ *Ibid.*

¹⁷¹ ZAMBRANO, VIRGINIA. 2014. Responsabilidad civil en el entorno familiar (“Proyectos para el futuro: no subestimar las consecuencias del amor”). En: LEPÍN MOLINA, CRISTIÁN. Responsabilidad Civil y Familia. Santiago. Legal Publishing Chile. p. 19.

¹⁷² VIVAS TESÓN, INMACULADA. 2012. *Ob. Cit.* pp. 524-525.

¹⁷³ FIGUEREDO FIGUEREDO, JOHAR AKEEM. 2014. Análisis crítico de la familia jurídica en Chile: Una mirada a los modelos de familia. Memoria para optar al Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas. [en línea] Iquique, Universidad de Tarapacá, Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas. <https://www.academia.edu/9102741/Analisis_Critico_de_la_Familia_Jur%C3%ADdica_en_Chile_Una_mirada_a_los_modelos_de_familia?auto=download>[consulta: 18 septiembre 2016] p.72.

¹⁷⁴ MASSMANN WYNEKEN, JULIE. 2006. *Ob. Cit.* pp. 4-5.

por formar parte de una familia, que es, precisamente, el vehículo más importante de realización plena de la persona.¹⁷⁵

En idéntico sentido de Verda y Beamonte señala que, a consecuencia del paso de la familia institución a la familia comunidad, la familia queda configurada como una sede de autorrealización y desarrollo personal, marcada por el recíproco respecto, e inmune a cualquier distinción de roles, en cuyo ámbito sus componentes conservan sus connotaciones esenciales y reciben reconocimiento y tutela, antes que como cónyuges, como personas.¹⁷⁶ En análogo sentido, el mismo autor, junto a Chaparro, reconoce que, a medida que la familia evoluciona y que el modelo patriarcal se sustituye por otro, basado en el principio de igualdad de los cónyuges y en el de titularidad y ejercicio conjunto de la patria potestad, la intervención de los tribunales, para asegurar la efectividad de dicho principio, así como el respeto de los derechos fundamentales e intereses legítimos de los miembros de la familia, parece inevitable.¹⁷⁷

De otra parte, Méndez¹⁷⁸ señala que partiendo de la calidad de derecho humano del que se tiende a la integralidad física y espiritual, hemos llegado a sostenerlo asimismo de los derechos familiares y entre ellos, tal vez en primer lugar, de los cónyuges conjugados en la fe matrimonial, que se manifiesta en las múltiples facetas de la fidelidad, la asistencia y la convivencia de los esposos. Faltar a los correlativos deberes, infringir los derechos del consorte implican afectar su dignidad, el respeto incondicional debido a su ser.

c. Evolución del derecho de familia.

Arancibia y Cornejo exponen que, a consecuencia de los profundos cambios en la evolución del concepto familia, el Derecho de familia es la rama del Derecho Civil que más transformaciones ha experimentado desde la promulgación del Código Civil.¹⁷⁹ Sobre el particular, Lepín enseña que se ha ido creando un nuevo estatuto, que modifica sustancialmente los principios que históricamente han regido el ordenamiento jurídico chileno desde la entrada en vigencia del Código Civil, de manera que los principios que representaban las ideas dominantes a la época de dictación del Código han dado paso, en una larga evolución, a principios que emanan

¹⁷⁵ VIVAS TESÓN, INMACULADA. 2012. *Ob. Cit.* p. 531.

¹⁷⁶ José Ramón de Verda y Beamonte, citado por ÁLVAREZ P., PABLO. 2007. *Ob. Cit.* p. 5.

¹⁷⁷ VERDA Y BEAMONTE, JOSÉ RAMÓN DE y CHAPARRO MATAMOROS, PEDRO. 2014. *Ob. Cit.* pp. 97-98.

¹⁷⁸ María Josefa Méndez Costa, citada por MEDINA, GRACIELA. 2002. *Ob. Cit.* p.50.

¹⁷⁹ ARANCIBIA OBRADOR, MARÍA JOSÉ y CORNEJO AGUILERA, PABLO. 2014. El Derecho de familia en Chile. Evolución y nuevos desafíos. *Revista Ius et Praxis*, año 20 (1) p. 279.

de las nuevas normas que regulan el Derecho positivo y que son más representativos de la sociedad actual.¹⁸⁰

Con todo, dicha circunstancia no es exclusiva de nuestro derecho. En efecto, Medina, refiriéndose al derecho argentino, reconoce que si bien todo el derecho privado ha evolucionado en estos últimos años, el Derecho de Familia es uno de los que particularmente ha sufrido más transformaciones, derivado en gran medida de la evolución de las costumbres y del cambio en las reglas morales.¹⁸¹ Mientras, en España, Díez-Picazo observa que quizá no exista, en el Derecho Privado, ninguna otra parte que haya experimentado los embates de los cambios sociales como el Derecho de familia.¹⁸²

Arancibia y Cornejo afirman luego que en las últimas décadas el ordenamiento jurídico chileno ha enfrentado profundas transformaciones en todo lo que concierne a la regulación del Derecho de familia, suponiendo estos cambios una completa alteración de los principios que subyacen a esta normativa. Así, hemos pasado de encontrarnos regidos por un Derecho de familia inspirado en los principios de protección de la familia legítima, estructuración jerarquizada de las relaciones de familia y protección reforzada del vínculo matrimonial, a reconocer la pluralidad de formas en que esta entidad puede organizarse, siempre en un marco regido por la igualdad y el mutuo respeto entre sus miembros.¹⁸³

d. El Derecho de familia es parte integrante del Derecho Civil.

Tanzi y Papillú enseñan, que quienes admiten la procedencia de la aplicación de reglas de responsabilidad civil en el ámbito familiar afirman que el derecho de daños es parte integrante del Derecho Civil, al cual también pertenece el derecho de familia y que el derecho de familia no se basta a sí mismo.¹⁸⁴ De esta manera, no se concibe un sistema de derecho de familia cerrado y autorreferente, sino como parte de un sistema más articulado y complejo, al cual no son ajenos los principios generales de la legislación.¹⁸⁵

Sobre este último aspecto, Medina señala que el Derecho de familia no constituye un ordenamiento que se baste a sí mismo y, por ende, para solucionar los conflictos deben aplicarse

¹⁸⁰ LEPÍN MOLINA, CRISTIÁN. 2014. Responsabilidad civil en las relaciones de familia. En: Responsabilidad Civil y Familia. Santiago. Legal Publishing Chile. pp. 402-403.

¹⁸¹ MEDINA, GRACIELA. 2002. *Ob. Cit.* pp. 19-20.

¹⁸² DIEZ-PICAZO, LUIS. 2004. Derecho de familia y sociedad democrática. *Arbor* CLXXVIII (702) p. 313.

¹⁸³ ARANCIBIA OBRADOR, MARÍA JOSÉ y CORNEJO AGUILERA, PABLO. 2014. *Ob. Cit.* p. 287.

¹⁸⁴ TANZI, SILVIA y PAPILLÚ, JUAN. 2011. *Ob. Cit.* p. 140.

¹⁸⁵ ZAMBRANO, VIRGINIA. 2014. *Ob. Cit.* p. 34.

los principios de la teoría general del Derecho Civil.¹⁸⁶ La misma autora afirma que la especialidad en materia de familia no crea una tercera rama del Derecho ni impide la aplicación de los principios generales; que “si bien es cierto que la materia está inspirada y gobernada por principios que le son propios, también tienen principios propios otras ramas del Derecho Privado como el Derecho Societario, los Derechos Reales, o el Derecho de la Empresa, y no por ello se los ha excluido del Derecho común”.¹⁸⁷

Cornejo señala a este respecto que, independientemente que el derecho de familia posea principios propios y regule materias determinadas, sigue siendo parte del Derecho Civil y, por lo tanto, se aplican a él sus principios generales, entre los que se cuenta el de la responsabilidad.¹⁸⁸ En idéntico sentido se pronuncia Montecinos, quien afirma que el derecho de familia al igual que el derecho de responsabilidad, forman parte del Derecho Privado y, más específicamente aún, del Derecho Civil.¹⁸⁹ Por lo demás, el mismo autor destaca que, en opinión de Diez-Picazo, el derecho más civil de todos es el derecho de familia.¹⁹⁰

En estas condiciones, atendido que tanto la doctrina como la jurisprudencia nacionales están de acuerdo en que el artículo 2314 del Código Civil establece la aplicación de la responsabilidad a la generalidad de los casos, sin distinciones y que, de otra parte, una de las características de la evolución de la responsabilidad civil ha sido su expansión, Cornejo concluye que, siendo la responsabilidad la regla general en nuestro Derecho Civil, su aplicación no debe restringirse en el Derecho de familia.¹⁹¹

De modo similar, Mendoza afirma que una postura que excluya tajantemente las normas de responsabilidad civil del ámbito familiar, olvida que el Derecho es esencialmente unitario, por lo que las normas se encuentran necesariamente interrelacionadas, y por ende, si existe un daño en la familia, se deben aplicar las normas y vías que se estimen convenientes para resarcirlo.¹⁹²

e. Carácter general de la indemnización de perjuicios.

¹⁸⁶ MEDINA, GRACIELA. 2002. *Ob. Cit.* p. 407.

¹⁸⁷ MEDINA, GRACIELA. 2002. *Ob. Cit.* p. 50.

¹⁸⁸ CORNEJO GARCÍA, MARÍA GLORIA. 2012. *Ob. Cit.* p.22.

¹⁸⁹ MONTECINOS GRAU, BERNARDO ANDRÉS. 2011. *Ob. Cit.* pp. 50-51.

¹⁹⁰ *Ibid.*

¹⁹¹ CORNEJO GARCÍA, MARÍA GLORIA. 2012. *Ob. Cit.* p. 32.

¹⁹² MENDOZA ALONZO, PAMELA. 2011. *Ob. Cit.* p. 49.

Según hemos expuesto, el Derecho Civil constituye el derecho común y supletorio, de manera que informa a todo el ordenamiento jurídico. Pues bien, a su turno, el principio de responsabilidad es un principio jurídico que informa al Derecho Civil, de manera que la obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados a un tercero constituye la norma general.

En este orden de ideas, Tanzi y Papillú enseñan, que quienes se inclinan por reconocer la reparación de los daños causados al interior de la familia, sostienen que la indemnización se basa en el carácter general de las normas sobre la responsabilidad civil.¹⁹³

De otra parte, según expone Yzquierdo, ya en 1936, Jossierand afirmaba que la responsabilidad civil “es la gran *vedette* del Derecho civil mundial: se encuentra solicitada por doquiera”.¹⁹⁴ En similar sentido, Ramón Domínguez Águila ha señalado que “La responsabilidad civil está de moda en Chile desde hace algunos años aunque, claro está, como siempre con bastante tardanza frente a lo ocurrido en otros países, en los cuales ya la mayor parte de su contenido son cuestiones casi clásicas”.¹⁹⁵

f. Constitucionalización del derecho privado.

Conforme enseña el profesor Ferrada, la constitucionalización del derecho es un fenómeno de carácter histórico y jurídico, cuyos orígenes se remontan al proceso de reconstrucción europea post Segunda Guerra Mundial, consistente en la promulgación de nuevos textos constitucionales que, como reacción a la barbarie y atrocidades de la guerra y los autoritarismos, establecen un entramado de valores y principios materiales de profundo contenido humanista y un sistema de garantías a los derechos y libertades del hombre que influirán sobre todo el ordenamiento jurídico.¹⁹⁶

Se ha contado como efecto principal del proceso de constitucionalización del derecho, la idea de irradiación de los derechos fundamentales, de manera tal que no son en primera línea las normas de organización de los poderes públicos, ni las que definen sus competencias, sino aquellas que condicionan materialmente el ejercicio de las mismas, las que, en el sistema de fuentes, se han ido percolando hacia los niveles subconstitucionales, bajo la afirmación general de

¹⁹³ TANZI, SILVIA y PAPIILLÚ, JUAN. 2011. *Ob. Cit.* p. 144.

¹⁹⁴ YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO. 1998. El derecho civil de la postmodernidad. *Anales de la Facultad de Derecho, Universidad de La Laguna* (15) p. 341.

¹⁹⁵ DOMÍNGUEZ ÁGUILA, RAMÓN. 2005. Prólogo. En: ALARCÓN SOTO, ALEJANDRO. *La Pena Privada*. Santiago. Ediciones Jurídicas de Santiago. P.3.

¹⁹⁶ FERRADA BÓRQUEZ, JUAN CARLOS. 2003. Presentación. En: UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE. *La Constitucionalización del Derecho chileno*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. p. 7.

que todo el ordenamiento jurídico debe ser informado por la Constitución.¹⁹⁷ En palabras de Cazor, la Carta Fundamental, que es la norma rectora del ordenamiento, constitucionaliza y expresa cómo ha de ser el resto del derecho.¹⁹⁸

Y es que, como enseña este último autor, en la actualidad la Constitución, además de norma primaria, presenta la característica de ser una norma directamente vinculante para todos los órganos del Estado, los cuales necesariamente deben someter su acción a ella. De la misma forma, reconoce derechos que son inmediatamente operativos, de eficacia plena, aun cuando el legislador no los haya regulado. Preeminencia constitucional que en ningún caso se traduce en la abolición de la capacidad reguladora de la ley en el ámbito de los derechos de las personas. Poniéndose en evidencia, con ello, la insoslayable interacción que se produce entre Constitución, ley y derechos fundamentales.¹⁹⁹

De otra parte Rovira, citando a Pena, enseña que como consecuencia del proceso de constitucionalización del Derecho Privado, el Derecho Civil no tiene ya su fuente suprema en el Código Civil, sino en la Constitución y en sus principios supremos, por lo tanto, no son ya los del Código Civil sino los constitucionales que, consiguientemente, desde ahora, serán el punto de referencia último, para la calificación de cualquier precepto.²⁰⁰

En este escenario, Vivas destaca que el espíritu de los principios constitucionales ha ido penetrando progresivamente en el Derecho de familia español, tanto en sus normas como, muy especialmente, en su aplicación a la realidad familiar por parte de los operadores jurídicos, guiadas por el objetivo de proteger, en las relaciones (horizontales y verticales) familiares, ya no el interés superior de la familia, sino el interés de la persona en la familia.²⁰¹ En idéntico sentido Kemelmajer, refiriéndose al proceso de constitucionalización del Derecho privado en Argentina, señala como efecto sobre el Derecho de familia la necesidad de reconocer el derecho de toda

¹⁹⁷ ALDUNATE LIZANA, EDUARDO. 2003. El efecto de irradiación de los derechos fundamentales. En: UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE. La Constitucionalización del Derecho chileno. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. p. 13.

¹⁹⁸ CAZOR ALISTE, KAMEL. 2003. La progresiva constitucionalización del poder público administrativo chileno: un análisis jurisprudencial. En: UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE. La Constitucionalización del Derecho chileno. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. p. 39.

¹⁹⁹ CAZOR ALISTE, KAMEL. 2003. La progresiva constitucionalización del poder público administrativo chileno: un análisis jurisprudencial. En: UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE. La Constitucionalización del Derecho chileno. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. p. 43.

²⁰⁰ ROVIRA SUEIRO, MARÍA E. 1997. La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Tesis Doctoral para acceder al grado de Doctor en Derecho. [en línea] A Coruña, Universidade da Coruña, Facultad de Derecho. <<http://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/1050>> [consulta: 14 septiembre 2016] p. 63.

²⁰¹ VIVAS TESÓN, INMACULADA. 2012. *Ob. Cit.* p. 524.

persona a su vida íntima y familiar, trasladando el punto de mira desde la familia como organismo, a la persona, como titular del derecho a vivir en familia.²⁰²

Pronunciándose sobre el proceso de constitucionalización del Derecho y su incidencia en el Derecho de familia, Montecinos afirma que no hay razón para que no se llegue a aplicar el estatuto de responsabilidad civil, a los daños ocasionados dentro del Derecho de familia, atendido el corte garantista de los derechos humanos, propio del proceso de constitucionalización.²⁰³

Cornejo enseña que, si bien en Chile el principio del *alterum non laedere* no tiene rango constitucional expreso, no se puede desconocer que nuestra Constitución Política protege este principio y en ella subsume la idea de la reparación del daño injusto. En este sentido, la autora expone que la Constitución Política de la República acentúa la protección de la persona, a la que garantiza en su artículo 19 N° 1 el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, sumado a la noción que el Estado está al servicio de la persona humana.²⁰⁴

Asimismo, Novales reconoce que el principio *neminem laedere*, es un principio general que inspira la regulación de la responsabilidad civil y que es claro que el derecho de la persona a no ser dañada y el correlativo deber jurídico de no dañar a otro hace a la dignidad y a la integridad física y moral del ser humano y obliga a eliminar todo daño, tanto patrimonial como moral, ocasionado en el seno de la familia y entre familiares.²⁰⁵

En análogo sentido Lulle afirma la inconstitucionalidad de la exclusión de un régimen reparatorio sólo porque exista un vínculo matrimonial entre la víctima y el victimario, pues la Constitución asegura a todas las personas la integridad física y psíquica, su libertad y honra, por lo que no hacer responsable civilmente al cónyuge culpable por sus actos contrarios a derecho implica violar dichas garantías y consolidar su impunidad delictual.²⁰⁶

De otra parte, Alcalde expresa que el constitucionalismo moderno no sólo confirma la vigencia de los principios reconocidos por el Código, sino que potencia aún más su aplicación, proyectándola a planos que exceden con creces las fronteras comúnmente aceptadas para el derecho civil. El mismo autor agrega luego que, por tal razón, el fenómeno de la

²⁰² KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA. 2014. La eliminación del divorcio contencioso en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la República Argentina y su incidencia en el Derecho de Daños. En: Responsabilidad Civil y Familia. Santiago. Legal Publishing Chile. p. 217.

²⁰³ MONTECINOS GRAU, BERNARDO ANDRÉS. 2011. *Ob. Cit.* p.23.

²⁰⁴ CORNEJO GARCÍA, MARÍA GLORIA. 2012. *Ob. Cit.* pp. 39-40.

²⁰⁵ Aránzazu Novales Alquezar, citada en *Ibíd.*

²⁰⁶ LLULLE NAVARRETE, PHILIPPE. 2013. Divorcio, Compensación Económica y Responsabilidad Civil Conyugal. Santiago. Legal Publishing Chile. p. 304.

constitucionalización del derecho privado podría calificarse también como verdadera privatización de nuestro derecho público.²⁰⁷

g. Falta de necesidad de norma que admita expresamente la aplicación de las reglas de responsabilidad civil en el Derecho de familia.

Medina afirma que sostener la necesidad de dictación de una norma que admita expresamente la aplicación de las reglas de responsabilidad civil en el Derecho de familia es contrario al sistema legal argentino, pues lo contrario sería pretender que sólo existe deber de reparar cuando haya una norma expresa que así lo disponga.²⁰⁸ Razonamiento que es aplicable también al ordenamiento jurídico chileno. La misma autora agrega a modo de ejemplo, que en Francia, que es uno de los países donde se admite legalmente la posibilidad de indemnizar los daños y perjuicios derivados del divorcio, la reparación fue aceptada judicialmente con anterioridad a su recepción legislativa.²⁰⁹

h. Consecuencias negativas de negar acciones de daños en Derecho de familia.

Mosset, prologando una célebre obra de Graciela Medina, ha alertado que cerrar el ámbito familiar al derecho de daños “es dar piedra libre a cualquier conducta, por más perjudicial que ella fuera; es creer que toda familia, por el solo hecho de ser tal, es un ámbito de amor y solidaridad, de piedad y conmiseración. Es dar espaldas a la realidad que nos exhibe cientos o miles de familias destruidas, en las que ya no existe la menor consideración, y no decimos amor, entre quienes son sus miembros”.²¹⁰ Refiriéndose a este reconocimiento de la realidad familiar, Vergara afirma que es tan irreal suponer, a priori, que las relaciones de familia están siempre marcadas por el afecto y la unidad familiar, como suponer lo contrario.²¹¹

En vistas de lo anterior es que Montecinos, siguiendo a Gabriel Hernández, acusa que la impunidad de conductas dañosas y dolosas desincentiva el comportamiento de las personas conforme a ciertos estándares mínimos, de manera que si no hay responsabilidad se corre el riesgo que las personas causen daño dentro de la esfera familiar impunemente, en la medida que saben que no tendrán sanción, los daños pueden aumentar si no se fija un coto.²¹²

²⁰⁷ ALCALDE RODRÍGUEZ, ENRIQUE. 2003. *Ob. Cit.* pp. 98-99.

²⁰⁸ MEDINA, GRACIELA. 2002. *Ob. Cit.* p. 54.

²⁰⁹ MEDINA, GRACIELA. 2002. *Ob. Cit.* p. 60.

²¹⁰ MOSSET ITURRASPE, JORGE. 2002. Prólogo. *En:* MEDINA, GRACIELA. 2002. *Ob. Cit.* p. 11.

²¹¹ José Vergara Bezanilla, citado por MONTECINOS GRAU, BERNARDO ANDRÉS. 2011. *Ob. Cit.* p. 52.

²¹² *Ibíd.*

19. La posición de los tribunales chilenos acerca de la procedencia de aplicar reglas de responsabilidad civil en el ámbito familiar.

Hasta ahora expusimos los principales argumentos hechos valer por las tesis denegatoria y permisivas, dando cuenta del estado actual de la discusión, en doctrina. Corresponde entonces detenernos para analizar cuál ha sido la postura de la jurisprudencia nacional respecto de la procedencia de aplicar reglas de responsabilidad civil en el ámbito familiar.

Como podrá notar inmediatamente el lector, los antecedentes que pasamos a exponer corresponden a jurisprudencia dictada en los últimos diez años. Tal circunstancia se explica por cuanto, como se adelantó, el tema es de reciente discusión en nuestro país.

En efecto, la sentencia más antigua que se pronuncia a este respecto, de que hemos tenido conocimiento, data de septiembre de 2006.²¹³ Esta fue dictada por el 5° Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago, conociendo de una demanda de divorcio por cese de convivencia y de una demanda reconvencional por divorcio por culpa, compensación económica e indemnización de perjuicios. Lulle enseña que el tribunal no dio lugar a la indemnización porque la mujer no probó el divorcio culpable.²¹⁴ Tal decisión fue confirmada por la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago.²¹⁵

En agosto de 2007 la Iltma. Corte de Apelaciones de Valdivia, confirmando una sentencia del 2° Juzgado de Letras en lo Civil de Valdivia,²¹⁶ negó lugar a la indemnización de perjuicios demandada reconvencionalmente en causa de divorcio por cuanto, “en la especie la demandante reconvencional se limitó a oponerse al divorcio pedido por el actor principal y no dedujo por su parte acción de divorcio...”²¹⁷ El profesor Lepín extrae de este fallo de la Corte de Apelaciones de Valdivia la regla siguiente: “Procede rechazar demanda de compensación económica presentada como una acción de indemnización de perjuicios fundada en el detrimento injusto y

²¹³ Sentencia dictada el 26 de septiembre de 2006, por el 5° Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago, recaída en los autos Rol N° 1465-2005.

²¹⁴ LLULLE NAVARRETE, PHILIPPE. 2013. *Ob. Cit.* p. 274.

²¹⁵ Por sentencia dictada el 23 de agosto de 2007 por la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, recaída en los autos Rol N° 10181-2006.

²¹⁶ Recaída en los autos Rol N° C-157-2005.

²¹⁷ Considerando Décimo Primero de sentencia dictada el 8 de agosto de 2007 por la Iltma. Corte de Apelaciones de Valdivia, recaída en los autos Rol N° 411-2007.

consiguiente daño económico, moral y psicológico producido por el incumplimiento grave y reiterado de los deberes matrimoniales”.²¹⁸

En octubre de 2007, la Itma. 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.²¹⁹ Según enseña Lulle el fallo señala que este rubro no lo contempla la Ley de Matrimonio Civil, “razón suficiente para rechazar el pago, más aún si se considera que no hay divorcio por culpa, y que la extrapolación del daño moral al Derecho de Familia en los términos del artículo 2329 del Código Civil no resulta pertinente, puesto que, situado dicho pago sólo en el ámbito extracontractual, recientemente se ha extendido a la responsabilidad extracontractual, integración que aún no alcanza a aquellas situaciones que por el cese de la vida en común puedan afectar seriamente a uno o a ambos cónyuges recíprocamente, y que impliquen aquellos sufrimientos a que se refiere el apelante”.²²⁰

La Itma. Corte de Apelaciones de Concepción, en fallos de 2007²²¹ y 2008²²² si bien no alcanzó a pronunciarse respecto de la procedencia de la acción de responsabilidad entre cónyuges, declaró que los Tribunales de Familia son competentes para conocer de la acción de indemnización de perjuicios que se funde en la infracción de alguno de los deberes matrimoniales. En sentido diverso se pronunció la Excma. Corte Suprema,²²³ afirmando que los Juzgados de Letras en lo Civil son competentes para el conocimiento y resolución de una demanda de indemnización de perjuicios entablada contra la ex cónyuge del actor, por la obtención dolosa de alimentos a favor de una menor que no es hija suya, por cuanto “aun cuando el actor invoca como fundamento de su pretensión que la acción proviene de una cuestión que se deriva directa e inmediatamente de las relaciones de familia, ello no altera la naturaleza jurídica de la responsabilidad que se pretende hacer efectiva y de los perjuicios reclamados”.

En mayo de 2008, el 19º Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago rechazó una demanda de indemnización de perjuicios entre cónyuges por responsabilidad civil extracontractual fundada en

²¹⁸ LEPÍN MOLINA, CRISTIÁN. 2015. *Jurisprudencia de Derecho Familiar: Nueva Ley de Matrimonio Civil (2004-2014)*. Santiago. Legal Publishing Chile. Tomo I. Colección Repertorios. p. 1077.

²¹⁹ En sentencia dictada el 29 de octubre de 2007 por la Itma. Corte de Apelaciones de Rancagua, recaída en los autos Rol N° 672-2007.

²²⁰ LLULLE NAVARRETE, PHILIPPE. 2013. *Ob. Cit.* p. 274.

²²¹ En sentencia dictada el 25 de octubre de 2007 por la Itma. Corte de Apelaciones de Concepción, recaída en los autos Rol N° 909-2007.

²²² En sentencia dictada el 15 de septiembre de 2008 por la Itma. Corte de Apelaciones de Concepción, recaída en los autos Rol N° 1310-2008.

²²³ En sentencia dictada el 17 de diciembre de 2008 por la Excma. Corte Suprema, recaída en los autos Rol N° 5298-2008.

malos tratos, abandono de lecho y contagio de enfermedad de transmisión sexual. Tal decisión fue confirmada por el tribunal de alzada capitalino.²²⁴ El motivo del rechazo descansa en la circunstancia que los hechos denunciados serían constitutivos de responsabilidad civil contractual y no extracontractual.²²⁵ La Excma. Corte Suprema llegó a conocer de esta causa, mas no pudo pronunciarse respecto de la procedencia de la responsabilidad civil en el ámbito familiar ni señalar el estatuto de responsabilidad civil aplicable a la especie por cuanto, según señala el máximo tribunal, “la demandante en el recurso de casación en el fondo no dio por infringidos los artículos 102 y 132 y siguientes del Código Civil, normas que tuvo presente la sentencia para rechazar la demanda; y tampoco denunció la infracción de los artículos 2314 y 2329 del Código Civil, disposiciones legales fundamento de su acción, con lo que se ha privado a esta Corte de casación de los elementos necesarios para decidir la controversia, precisando el recto sentido y alcance de las normas decisoria *litis* atingentes a la materia debatida”.²²⁶

En cambio, en noviembre de 2009, la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago sí tuvo la oportunidad de pronunciarse derechamente respecto de la procedencia de la acción de responsabilidad en el derecho de familia, al resolver un recurso de apelación, confirmando la sentencia definitiva del 1° Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago, que rechazó una demanda de indemnización de perjuicios por adulterio y falsa paternidad.²²⁷ Lulle afirma que el fallo de la Itma. Corte²²⁸ fue dictado en consideración a las siguientes razones: a) porque el Derecho de Familia está configurado por derechos de contenido ético extrapatrimoniales, no susceptibles de cumplirse forzosamente a través de la indemnización de perjuicios; b) porque los principios rectores sobre los que se estructura el Derecho de Familia lo distinguen absolutamente de los actos jurídicos patrimoniales; c) porque las relaciones de familia poseen un fuerte contenido ético que sobrepasa el ámbito estrictamente jurídico; d) porque a la fecha de los hechos no existía definición legal del adulterio; e) porque la naturaleza jurídica del adulterio no consistiría en un delito o cuasidelito civil, sino en una infracción al deber de fidelidad; f) porque el Derecho de Familia por

²²⁴ Por sentencia dictada el 13 de julio de 2010 por la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, recaída en los autos Rol N° 4223-2008.

²²⁵ Así lo afirma el Considerando Octavo de la sentencia dictada el 28 de septiembre de 2012 por la Excma. Corte Suprema, recaída en los autos Rol N° 6200-2010, sobre casación en la forma y en el fondo en contra de sentencia dictada por la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, recaída en los autos Rol N° 4223-2008.

²²⁶ Considerando Décimo Cuarto de la sentencia dictada el 28 de septiembre de 2012 por la Excma. Corte Suprema, recaída en los autos Rol N° 6200-2010, sobre casación en la forma y en el fondo en contra de sentencia dictada por la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, recaída en los autos Rol N° 4223-2008.

²²⁷ Sentencia dictada el 26 de marzo de 2007 por el 1° Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago, recaída en los autos Rol N° 3095-1999.

²²⁸ Contenido en sentencia de 10 de noviembre de 2009, dictada por la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, recaída en autos rol N° 7738-2007.

su especialidad, contempla sus propias sanciones, no siendo aplicables las normas generales de la responsabilidad civil y; g) porque el adulterio siempre ha tenido una sanción especial y porque las normas que regulan las fuentes de responsabilidad extracontractual se refieren a la reparación de daños derivados de obligaciones de carácter patrimonial.²²⁹

Con todo, la misma Corte de Apelaciones de Santiago, pronunciándose respecto de un recurso de apelación interpuesto contra una sentencia del 1° Juzgado de Familia de Santiago, que acogió una acción de divorcio por culpa y de compensación económica, señaló que no es la compensación económica una institución creada para indemnizar a la ex cónyuge por los malos tratos que recibió durante la convivencia por parte de su marido, agregando que “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 correspondiente, 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”.²³⁰

Conociendo del recurso de apelación interpuesto en contra de una sentencia del 1° Juzgado de Letras de Curicó, que rechazó la acción de indemnización de perjuicios entablada por una mujer en contra de su marido por daños materiales y morales, sufridos a consecuencia de repetidas infidelidades matrimoniales, el contagio del virus del papiloma humano y el sometimiento a una histerectomía total a consecuencia de éste,²³¹ la Iltrma. Corte de Apelaciones de Talca reconoce expresamente que hablar de responsabilidad civil en el seno de la familia y, más aún, en el más restringido del ámbito matrimonial, supone referirse a un tema no por todos aceptado en Derecho.²³² Acto seguido, los sentenciadores se pronuncian a favor de la posibilidad de indemnizar los daños y perjuicios que se produzcan por el incumplimiento de los deberes matrimoniales, por cuanto “no se vislumbra ninguna buena razón para impedir, *a priori*, una posible indemnización por el incumplimiento de los deberes matrimoniales”.²³³ Con todo, el tribunal de alzada advierte que no todo daño sufrido en el matrimonio da origen, por sí solo, a una

²²⁹ LLULLE NAVARRETE, PHILIPPE. 2013. *Ob. Cit.* pp. 275-276.

²³⁰ Considerando Quinto de la sentencia dictada el 4 de noviembre de 2010, por la Iltrma. Corte de Apelaciones de Santiago, recaída en los autos Rol N° 890-2010.

²³¹ Sentencia dictada el 3 de enero de 2012, por el 1° Juzgado de Letras en lo Civil de Curicó, recaída en los autos Rol N° 1580-2009.

²³² Considerando Sexto de la sentencia dictada el 30 de agosto de 2012, por la Iltrma. Corte de Apelaciones de Talca, recaída en los autos Rol N° 133-2012.

²³³ Considerando Octavo de la sentencia dictada el 30 de agosto de 2012, por la Iltrma. Corte de Apelaciones de Talca, recaída en los autos Rol N° 133-2012.

reparación, debiendo configurarse los demás presupuestos de la responsabilidad civil.²³⁴ Adicionalmente, en la sentencia se deja constancia de la discusión, entre los que aceptan la procedencia de la responsabilidad civil en el ámbito familiar, acerca de si ésta debe regirse por el estatuto de responsabilidad civil contractual o extracontractual, y señala a este respecto que la distinción ha venido perdiendo importancia y, en consecuencia, afirma que “se exige una conducta antijurídica, factor de atribución, dolo o culpa, un nexo causal y la existencia del daño”.²³⁵ La Iltma. Corte decidió confirmar la resolución apelada y rechazar la demanda, en atención a no haberse acreditado la relación de causalidad entre las infidelidades del marido y el contagio del virus a la mujer.

Ante el 3º Juzgado de Letras en lo Civil de La Serena se ventiló un juicio seguido entre ex cónyuges, en que se persiguió la indemnización de perjuicios sufridos por la mujer a consecuencia de malos tratos que dieron lugar a la declaración de divorcio por culpa. La jueza se pronunció a favor de la procedencia de aplicar las reglas de responsabilidad civil en el seno de la familia, “principalmente por la inequidad que importa dejar un daño injusto sin reparación, y el hecho de ser miembro de la familia es una agravación que compromete más al agente dañador”, aplicando a la especie el estatuto de responsabilidad civil extracontractual²³⁶ y acogiendo, en definitiva, la acción indemnizatoria. Conociendo de un recurso de apelación contra la sentencia referida, la Iltma. Corte de Apelaciones de La Serena confirmó la sentencia de primera instancia, elevando el monto de la indemnización.²³⁷ En este caso existe también pronunciamiento de la Excma. Corte Suprema que, resolviendo un recurso de casación en el fondo contra la sentencia de alzada, falló que “más allá de las disquisiciones doctrinarias sobre la procedencia de la reparación por el incumplimiento de los deberes matrimoniales, en la especie se ha determinado la responsabilidad civil del demandado como consecuencia de acreditarse el deterioro emocional o psicológico que le ha causado a la actora fruto de sus conductas antijurídicas que han motivado el divorcio por culpa decretado respecto de las partes”²³⁸, del cual Acuña extrae que la Excma. Corte reafirma que el

²³⁴ Considerando Décimo primero de la sentencia dictada el 30 de agosto de 2012, por la Iltma. Corte de Apelaciones de Talca, recaída en los autos Rol N° 133-2012.

²³⁵ Considerando Décimo primero de la sentencia dictada el 30 de agosto de 2012, por la Iltma. Corte de Apelaciones de Talca, recaída en los autos Rol N° 133-2012.

²³⁶ Considerando Décimo Séptimo de la sentencia dictada el 14 de diciembre de 2012, por el 3º Juzgado de Letras en lo Civil de La Serena, recaída en los autos Rol N° 3492-2012.

²³⁷ Sentencia dictada el 3 de abril de 2014, por la Iltma. Corte de Apelaciones de La Serena, recaída en los autos Rol N° 507-2013.

²³⁸ Considerando Séptimo de la sentencia dictada por la Excma. Corte Suprema, el 30 de diciembre de 2014, recaída en los autos N° 10622-2014.

principio de especialidad del Derecho de familia no excluye a priori la aplicación del Derecho de daños.²³⁹

En diciembre de 2013, el 10º Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago se pronunció respecto de una demanda de indemnización de perjuicios, según el estatuto de responsabilidad extracontractual, por el sufrimiento ocasionado por la falta de reconocimiento espontáneo y voluntario de la filiación. El juez civil decidió rechazar la demanda, no sin antes referirse a la discusión doctrinaria sobre la procedencia de la responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones paterno filiales y sus requisitos de aplicación,²⁴⁰ pronunciándose por la afirmativa.²⁴¹ Acto seguido, el sentenciador afirma que el estatuto de responsabilidad civil aplicable a la especie es el de la responsabilidad extracontractual.²⁴² La razón del rechazo de la demanda radica en no haberse probado la existencia de un delito o un cuasidelito civil.

De otra parte, en agosto de 2014, la Il. Corte de Apelaciones de Santiago acogió una demanda de indemnización de perjuicios por responsabilidad extracontractual derivada de lesiones provocadas en el contexto de violencia intrafamiliar y, además, aplicó el plazo de prescripción de las acciones indemnizatorias por delitos y cuasidelitos civiles previsto en el artículo 2332 del Código Civil.²⁴³

Como puede verse, en algunos casos los tribunales ordinarios de justicia se han manifestado de manera expresa a favor de la tesis denegatoria²⁴⁴ y, en otros, a favor de la procedencia de aplicar las normas de la responsabilidad civil al ámbito familiar.²⁴⁵ De otra parte, encontramos

²³⁹ SAN MARTÍN ACUÑA, MARCELA. 2015. El principio de especialidad del derecho de familia. [en línea] El Mercurio Legal. 28 de enero, 2015. <<http://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?id=903641&Path=/OD/C9/>> [consulta: 14 septiembre 2016].

²⁴⁰ Considerandos Décimo Sexto y Décimo Séptimo de la sentencia dictada el 27 de diciembre de 2013, por el 10º Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago, recaída en los autos Rol Nº C-9243-2012.

²⁴¹ Considerando Décimo Octavo, de la sentencia referida en la nota anterior.

²⁴² Considerandos Décimo Noveno y siguientes, de la sentencia referida en las notas precedentes.

²⁴³ En sentencia dictada el 21 de agosto de 2014, por la Il. Corte de Apelaciones de Santiago, recaída en los autos Rol Nº 9125-2013.

²⁴⁴ En este sentido, sentencia dictada el 29 de octubre de 2007 por la Il. Corte de Apelaciones de Rancagua, recaída en los autos Rol Nº 672-2007 y; sentencia dictada el 26 de marzo de 2007 por el 1º Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago, recaída en los autos Rol Nº 3095-1999, referidas anteriormente.

²⁴⁵ Dentro de este grupo de fallos contamos, sentencia dictada el 17 de diciembre de 2008 por la Excm. Corte Suprema, recaída en los autos Rol Nº 5298-2008; sentencia dictada el 4 de noviembre de 2010, por la Il. Corte de Apelaciones de Santiago, recaída en los autos Rol Nº 890-2010; sentencia dictada el 30 de agosto de 2012, por la Il. Corte de Apelaciones de Talca, recaída en los autos Rol Nº 133-2012; sentencia dictada el 14 de diciembre de 2012, por el 3º Juzgado de Letras en lo Civil de La Serena, recaída en los autos Rol Nº 3492-2012 y; sentencia dictada el 3 de abril de 2014, por la Il. Corte de Apelaciones de La Serena, recaída en los

fallos que, si bien no señalan expresamente su adhesión a las teorías permisivas, permiten deducir una aceptación tácita de la aplicación de las normas de responsabilidad civil en el derecho de familia.²⁴⁶

Atendido el tenor de la jurisprudencia referida, manifestamos nuestro desacuerdo con la afirmación del profesor Lepín en orden a que la mayoría de la doctrina y jurisprudencia chilena es reticente en aceptar la acción de indemnización de perjuicios en materia de familia.²⁴⁷ Y es que, tal como reconoce Massmann, a pesar de la escasez de leyes reguladoras del tema en Chile, existen varios casos de Derechos de Daños en el ámbito familiar ya reconocidos por nuestra jurisprudencia y doctrina.²⁴⁸

Nosotros, de otra parte, postulamos que no existe a la fecha una línea jurisprudencial que dirima la discusión en favor de las tesis denegatorias o permisivas de la procedencia de aplicar las normas del derecho de daños al ámbito familiar. Por el contrario, nos encontramos ante un alarmante escenario de incerteza jurídica que urge remediar. Y es que la garantía constitucional de igualdad ante la ley se hará efectiva en este ámbito únicamente en el momento que nuestros tribunales se pronuncien de manera consistente en favor de una u otra doctrina.

Para lograr dicho resultado, creemos, existen dos soluciones: o el legislador zanja la discusión mediante la dictación de una norma expresa, o bien, nuestros tribunales superiores de justicia deberán generar una jurisprudencia más uniforme, hipótesis que exige, además, esfuerzos de juristas y litigantes para aportar al sustento jurídico a las decisiones judiciales.

En este escenario es que expondremos nuestra posición respecto de la procedencia de aplicar normas de responsabilidad civil en el ámbito familiar.

autos Rol N° 507-2013 y; sentencia dictada el 27 de diciembre de 2013, por el 10° Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago, recaída en los autos Rol N° C-9243-2012, referidos anteriormente.

²⁴⁶ Postulamos que las decisiones contenidas en la sentencia dictada por la Excm. Corte Suprema, el 30 de diciembre de 2014, recaída en los autos N° 10622-2014 y la sentencia dictada el 21 de agosto de 2014, por la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, recaída en los autos Rol N° 9125-2013, si bien no se refieren expresamente a la discusión de la procedencia de aplicación de responsabilidad civil en el ámbito familiar, suponen necesariamente la adhesión de la teoría permisiva, a lo menos en su corriente restrictiva. Asimismo, creemos que del tenor de ciertos fallos se desprende la aceptación de la aplicabilidad de las normas de responsabilidad civil, por cuanto sus decisiones de rechazar la acción indemnizatoria se fundan meramente en errores formales del libelo. Entre estos últimos contamos los fallos contenidos en la sentencia dictada el 26 de septiembre de 2006, por el 5° Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago, recaída en los autos Rol N° 1465-2005; la sentencia dictada el 23 de agosto de 2007 por la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, recaída en los autos Rol N° 10181-2006; la sentencia dictada el 8 de agosto de 2007 por la Itma. Corte de Apelaciones de Valdivia, recaída en los autos Rol N° 411-2007 y; la sentencia dictada el 13 de julio de 2010 por la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, recaída en los autos Rol N° 4223-2008.

²⁴⁷ LEPÍN MOLINA, CRISTIÁN. 2014. *Ob. Cit.* pp. 412-413.

²⁴⁸ MASSMANN WYNEKEN, JULIE. 2006. *Ob. Cit.* p. 9.

20. Nuestra opinión

Creemos que la discusión en torno a la procedencia de aplicar las normas de responsabilidad civil en el ámbito familiar responde a una tensión regulatoria, advertida por Barcia en los términos siguientes: “El Derecho de Familia moderno se hace cargo de una tensión regulatoria entre los siguientes dos extremos: un Derecho de Familia que desarrolla los derechos del individuo, tanto desde la perspectiva de su infancia y adolescencia, como de su edad adulta, haciendo responsable a los adultos de sus propias decisiones y evitando una intervención excesiva del Derecho en el seno de la familia; y un Derecho de Familia eminentemente protector, que se ocupa del derecho de alimentos, la VIF [violencia intrafamiliar], la protección de los niños y adolescentes, y los derechos de la ancianidad. La primera concepción del Derecho de Familia está configurada por el principio de la autonomía privada y la segunda se centra en la protección de la familia, y de grupos vulnerables... La tensión entre estas dos formas de entender al Derecho de Familia y de la Infancia –las que necesariamente conviven en todo ordenamiento jurídico- es lo que explica el Derecho de Familia y de la Infancia moderno, y como se verá, esta forma de entender a este Derecho –básicamente como una tensión entre el principio del desarrollo de los derechos del individuo, a través de la autonomía privada, y el de la protección de la familia- es esencial y nos permitirá resolver con mayor claridad los distintos problemas que se nos van a ir presentando”.²⁴⁹

Atendidos los argumentos expuestos por la doctrina y jurisprudencia y el estado actual de nuestra legislación postulamos que, en el ordenamiento jurídico chileno, no se conformaría a derecho dejar de aplicar las normas de responsabilidad civil al interior del ámbito familiar, por las razones que pasamos a exponer:

a. El ordenamiento jurídico chileno es uno.

El profesor Squella enseña que el ordenamiento jurídico es una realidad preferentemente normativa, configurada por el conjunto unitario de normas y principios que rigen en un cierto momento dentro de un ámbito espacial determinado.²⁵⁰ En tal calidad, un ordenamiento no es sólo

²⁴⁹ BARCIA LEHMANN, RODRIGO. 2011. Ob. Cit. p. 8.

²⁵⁰ SQUELLA NARDUCCI, AGUSTÍN. 2014. Introducción al Derecho. Edición actualizada febrero 2014. Santiago. Legal Publishing Chile. p. 384. En idéntico sentido, véase CORDERO QUINZACARA, EDUARDO. 2009. Los principios y reglas que estructuran el ordenamiento jurídico chileno. Revista *Ius et Praxis*, año 15 (2): 11-49.

un conjunto de normas, es la estructura, la función y fin normativo que da sentido a las normas, que permite predicar su validez, su existencia, sus características, jerarquía y clasificación.²⁵¹

Pues bien, el ordenamiento jurídico chileno constituye un conjunto plural y complejo de normas jurídicas²⁵² en el que tales normas no actúan aisladamente sino que son operadas en relación con las demás reglas que lo integran, es decir, en el marco de un sistema o conjunto de elementos interrelacionados, entre los que existe una cierta cohesión y unidad de propósito.²⁵³ Y es que, como enseña Squella, la idea de que las normas forman un ordenamiento supone que las primeras no permanecen inconexas o en una situación de mera yuxtaposición, sino que se hallan vinculadas unas a otras, ora coordinada, ora subordinadamente.²⁵⁴

Es en este contexto en que la especialidad del derecho de familia debe ser concebida y analizada.

La especialidad del derecho de familia como rama jurídica parece estar fuera de discusión, toda vez que la doctrina de forma unánime reconoce en su seno principios y características especiales que le son propias.²⁵⁵ Con todo, a nuestro juicio, no cabe confundir tal condición de especialidad con una pretendida autonomía del Derecho de familia respecto del conjunto de normas que conforman el ordenamiento jurídico nacional.

Del carácter especial de las normas que regulan las relaciones entre familiares, no se desprende la necesidad de excluir la aplicación de las demás normas previstas en el ordenamiento jurídico. En efecto el principio de especialidad, cuyo objeto es mantener la unidad del sistema ante eventuales conflictos que se puedan producir entre normas del mismo grado,²⁵⁶ y que se manifiesta en los artículos 4º y 13 del Código Civil, no impone la exclusión de toda otra norma cuando existan normas especiales, sino que ordena la aplicación preferente de las disposiciones especiales por sobre otras normas generales, cuando entre ellas existiere oposición.

²⁵¹ CÁRDENAS GRACIA, JAIME. 2009. Introducción al estudio del derecho. [en línea] México D.F. NostraEdiciones.<<http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3260>>[consulta: 14 septiembre 2016].

²⁵² CORDERO QUINZACARA, EDUARDO. 2009. *Ob. Cit.* p. 49.

²⁵³ CÁRDENAS GRACIA, JAIME. 2009. *Ob. Cit.* p. 125.

²⁵⁴ SQUELLA NARDUCCI, AGUSTÍN. 2014. *Ob. Cit.* p. 385.

²⁵⁵ En este sentido, véanse: BARCIA LEHMANN, RODRIGO. 2011. *Ob. Cit.* pp. 8 y ss.; PICÓ RUBIO, JORGE DEL. 2016. Familia y Derecho. *En: Derecho de Familia. Segunda Edición.* Santiago. Legal Publishing Chile. pp. 27 y ss.; RAMOS PAZOS, RENÉ. 2007. *Ob. Cit.* pp. 11 y ss.; TRONCOSO LARRONDE, HERNÁN. 2014. *Ob. Cit.* pp.1 y ss.

²⁵⁶ CORDERO QUINZACARA, EDUARDO. 2009. *Ob. Cit.* p. 41.

Así, no podría concebirse en el derecho chileno disposición alguna que pueda fundar la completa autonomía de una rama especial del derecho, pues atenta contra la noción misma de ordenamiento jurídico.

Según se expuso con anterioridad,²⁵⁷ existen opiniones doctrinarias y jurisprudenciales que defienden la idea de suficiencia de las sanciones expresamente señaladas para el ámbito familiar por el legislador. Estimamos que tal juicio no es apto para fundar la exclusión de la aplicación de normas de responsabilidad civil entre familiares, por cuanto, tal afirmación constituye una verdadera decisión de política legislativa que, sin embargo, no ha emanado del Poder Legislativo y, por tanto, no obliga a terceros.

Por lo demás, tal parecer suele fundarse en el criterio de especialidad del derecho de familia circunstancia que, como vimos, no equivale a la autonomía de dicha rama y, por tanto, no puede fundar una estimación de pretendida “suficiencia de sanciones”.

A nuestro entender, la especialidad del derecho de familia ha de responder a su característica de derecho funcional, orientado a proteger a la familia y los individuos que la integran y, desde esa perspectiva, no concebimos que sea lícito dejar de aplicar las reglas de responsabilidad civil en el ámbito familiar, generando un peligroso ámbito de exención de responsabilidad.

Además, cabe señalar que, a pesar de constituir una rama especial, existe una relación cada vez más estrecha entre el derecho de familia y las demás ramas del Derecho Privado, del cual aquella forma parte integrante,²⁵⁸ resaltando la influencia del proceso de constitucionalización del derecho privado.²⁵⁹

De otra parte, se ha negado la aplicación de normas de responsabilidad civil en el entorno familiar fundándose en la aseveración que el Derecho de familia no pertenecería al Derecho privado, sino que sus normas serían propias del Derecho público.

Nosotros adherimos a las palabras de Barcia en cuanto a que “un Derecho de Familias debería estar integrado por el conjunto de normas jurídicas que regulan las distintas manifestaciones de los vínculos jurídicos familiares. Como estas relaciones conciernen a personas en sociedad, integran por ello el Derecho Civil. El Derecho de Familias es, en razón de su contenido, Derecho privado, y más precisamente, parte del Derecho Civil. No pertenece al

²⁵⁷ Véanse *supra* párrafos N° 17.b. y N° 19 de este trabajo.

²⁵⁸ A este respecto, véanse: DIEZ-PICAZO, LUIS. 2004. *Ob. Cit.* p. 321; YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO. 1998. *Ob. Cit.*; TRONCOSO LARRONDE, HERNÁN. 2014. *Ob. Cit.* p. 2.

²⁵⁹ BARCIA LEHMANN, RODRIGO. 2011. *Ob. Cit.* p. 11.

Derecho público, cuyas normas vinculan a los sujetos con el Estado como sujeto de Derecho público”.²⁶⁰

Por lo demás, sobre este respecto Fueyo enseña que ya no es aceptable la disgregación y el separatismo, como tampoco la discriminación dogmática de los campos del Derecho público y del privado, lo cual se desarrolló como una consecuencia lógica de la antinomia entre Estado e individuo.²⁶¹

Así, no vislumbramos en el derecho chileno la existencia de una razón jurídica para dejar de aplicar normas de responsabilidad civil en el ámbito familiar.

b. El ordenamiento jurídico chileno consagra un principio general de responsabilidad.

Creemos firmemente que la responsabilidad por el acto propio constituye un verdadero principio general de la legislación chilena. En efecto, nos cuesta concebir la existencia de un ordenamiento jurídico que no reconozca en la responsabilidad civil uno de sus pilares fundamentales.

Ya sea que se adscriba a la tradición *iusnaturalista* o *iuspositivista*, no puede desmentirse que todo el Derecho se encuentra informado por principios y directrices que sirven de fundamento para la creación de las normas jurídicas y que informan su aplicación a los casos particulares que deba resolver el órgano jurisdiccional.

Pues bien, proponemos que la sola idea que una persona deba reparar el daño que un tercero sufra a consecuencia de su actuar, esto es, hacerse responsable del acto propio, especialmente cuando tal daño proviene de un comportamiento doloso o culposo, responde a un estándar que debe ser observado, porque es una exigencia de la justicia y de equidad y, en tal calidad, constituye un verdadero principio jurídico, siguiendo el concepto dado por Dworkin.²⁶²

Atendido lo expuesto podemos afirmar, junto con Alcalde, que la obligación de indemnizar los daños culposa o dolosamente causados corresponde a un principio general del derecho que emana de la propia naturaleza humana, cuya validez y obligatoriedad se impone como una realidad que no depende de nuestra mera voluntad,²⁶³ y cuyo reconocimiento responde a la necesidad de la sociedad de propender al establecimiento mismo del Derecho, como instrumento

²⁶⁰ RUZ LÁRTIGA, GONZALO. 2012. *Ob. Cit.* pp. 26-27.

²⁶¹ FUEYO LANERI, FERNANDO. 2004. *Ob. Cit.* p. 261.

²⁶² Dworkin, citado por ALCALDE RODRÍGUEZ, ENRIQUE. 2003. *Ob. Cit.* p. 56.

²⁶³ ALCALDE RODRÍGUEZ, ENRIQUE. 2003. *Ob. Cit.* pp. 58-59.

orientado a garantizar la paz social y el bien común. En similar sentido, Rodríguez señala la existencia de un principio indemnizatorio en el Derecho chileno: *alterum non laedere*, de carácter amplio y que no se reduce a la existencia de tipos legales expresos.²⁶⁴

Resulta de toda lógica que así sea: si la responsabilidad es una sanción destinada a restaurar el orden jurídico cuando éste se ha alterado como consecuencia de que un sujeto ha dejado de dar cumplimiento a sus obligaciones,²⁶⁵ esta necesidad de reacción es la que funda la existencia misma del Derecho.

Así, cabe afirmar que la responsabilidad por el hecho propio es un principio que informa el derecho nacional en todas sus ramas. En este sentido, es fácil citar ejemplos de su expresión en las más diversas especialidades del derecho público y privado chileno, tales como, derecho del consumidor,²⁶⁶ derecho ambiental,²⁶⁷ derecho municipal,²⁶⁸ derecho laboral y de la seguridad social,²⁶⁹ derecho urbanístico,²⁷⁰ derecho de la libre competencia,²⁷¹ derecho penal,²⁷² derecho administrativo,²⁷³ derecho sanitario,²⁷⁴ etc.

²⁶⁴ RODRÍGUEZ PINTO, MARÍA SARA. 2012. *Ob. Cit.*

²⁶⁵ RODRÍGUEZ GREZ, PABLO. 2004. *Ob. Cit.* p. 13.

²⁶⁶ Véase BARRIENTOS CAMUS, FRANCISCA MARÍA. 2010. La responsabilidad civil del fabricante bajo el artículo 23 de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores y su relación con la responsabilidad civil del vendedor. *Revista chilena de derecho privado* (14): 109-158.

²⁶⁷ Véase DELGADO SCHNEIDER, VERÓNICA. 2012. La responsabilidad civil extracontractual por el daño ambiental causado en la construcción u operación de las carreteras. *Revista de derecho (Valdivia)*, 25(1): 47-76.; y VIDAL OLIVARES, ÁLVARO. 2007. Las acciones civiles derivadas del daño ambiental en la ley nº 19.300. *Revista de derecho (Valparaíso)*, (29): 119-140.

²⁶⁸ Véase HUIDOBRO SALAS, RAMÓN. 2008. Aproximación a la responsabilidad extracontractual en el ámbito municipal. *En: PANTOJA BAUZÁ, ROLANDO. Derecho Administrativo. 120 años de cátedra. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. pp. 393-398.*

²⁶⁹ Véase DIEZ SCHWERTER, JOSÉ LUIS. 2008. Responsabilidad civil derivada de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales: Aspectos relevantes de su regulación y operatoria actual. *Revista de derecho (Valparaíso)*, (31): 163-185.

²⁷⁰ Véase ESPINOZA MUÑOZ, MARCELA y VISTOSO MONREAL, ODETTE. 2014. Responsabilidad por Daños provocados por fallas o Defectos en la Construcción de Inmuebles. Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. [en línea] Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/116345/de-espinoza_m.pdf?sequence=1> [consulta 20 septiembre 2016].

²⁷¹ Véase BANFI DEL RÍO, CRISTIÁN. 2013. Responsabilidad Civil por Competencia Desleal. Santiago. Legal Publishing Chile. 396p.

²⁷² Véase MARÍN G., JUAN CARLOS. 2005. La acción civil en el nuevo código procesal penal chileno: su tratamiento procesal. *Revista de Estudios de la Justicia* (6): 11-44.

²⁷³ Véase FERRADA BÓRQUEZ, JUAN CARLOS. 2012. La responsabilidad civil de los funcionarios públicos en el juicio de cuentas. *En: CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. La Contraloría General de la República. 85 años de vida institucional (1927-2012). Unidad de Servicios Gráficos de la Contraloría General de la República. pp. 299-316.*

Es más, como destaca Lepín,²⁷⁵ en el mismo derecho de familia podemos encontrar numerosas manifestaciones del principio de la responsabilidad por el hecho propio, a saber: responsabilidad por incertidumbre de paternidad en las segundas nupcias (artículo 130 del Código Civil), responsabilidad del cónyuge que obtiene la declaración de un bien familiar fraudulentamente (artículo 141 del Código Civil), responsabilidad por el ejercicio de mala fe de acciones de filiación (artículo 197 del Código Civil), responsabilidad en la administración de los bienes del hijo (artículo 256 del Código Civil), responsabilidad por obtención dolosa de alimentos (artículo 328 del Código Civil), responsabilidad por ocultación o distracción de bienes de la sociedad conyugal (artículo 1768 del Código Civil), responsabilidad por pérdida o deterioro de bienes de la sociedad conyugal (artículo 1771 del Código Civil), responsabilidad en caso de violencia intrafamiliar (artículo 11 de la Ley N° 20.066), responsabilidad civil por hurtos, defraudaciones o daños entre parientes o cónyuges (artículo 489 del Código Penal). Asimismo, el profesor Lepín cuenta a la compensación económica como otra manifestación del reconocimiento de la procedencia de la indemnización de perjuicios en materias relacionadas al matrimonio, postura de la que diferimos, por cuanto estimamos que compensación económica e indemnización de perjuicios son instituciones distintas y que bien pueden ser complementarias.

Lo anterior no ha de sorprendernos, y es que el principio de la responsabilidad reconoce en el derecho privado, común y general, además de sus raíces, fundamentos consagrados a nivel constitucional y que pueden ser aplicados de manera directa al ámbito familiar, según pasamos a señalar.

El profesor Cordero enseña que nuestra Carta Fundamental dispuso expresamente su eficacia directa, en su artículo 6°. En consecuencia, la Constitución Política de la República no se limita a una norma que regula de forma para producir nuevas normas jurídicas, sino que integra aquel derecho que tiene la capacidad de incidir en las relaciones jurídicas concretas sobre las cuales deberán pronunciarse los jueces de la instancia. Así, la Constitución se concibe como fuente del derecho y son destinatarios de sus preceptos toda persona o sujeto de derecho, sea público o privado.²⁷⁶

²⁷⁴ Véase TOCORNAL COOPER, JOSEFINA. 2010. Responsabilidad civil por infecciones intrahospitalarias. *Revista Chilena de Derecho*, 37(3): 477-504.

²⁷⁵ LEPÍN MOLINA, CRISTIÁN. 2014. Responsabilidad civil en las relaciones de familia. *En: Responsabilidad Civil y Familia*. Santiago. Legal Publishing Chile. pp. pp. 408-413.

²⁷⁶ CORDERO QUINZACARA, EDUARDO. 2009. *Ob. Cit.* pp. 26 y ss.

Sobre esta base, Corral²⁷⁷ sostiene que el sistema de reparación de daños está implícitamente asumido por la Constitución, al menos en su pretensión de que el Estado esté al servicio de la persona humana y promueva el bien común. Con todo, a su juicio, la norma constitucional clave en materia de responsabilidad es la del artículo 6°, que después de señalar que los preceptos constitucionales no obligan solo a los órganos del Estado, sino a toda persona, dispone que la infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley. El profesor Corral extrae de dicha norma la conclusión que la transgresión de derechos constitucionales que causa daño debe ser materia de responsabilidad civil.

En seguida, hemos de tener presente que, para el derecho nacional, la razón más general para la atribución de responsabilidad es que el daño se deba a culpa o dolo del demandado, éste es el régimen común y supletorio de responsabilidad en el derecho chileno, aplicable a todos aquellos casos que no están regidos por una regla especial diversa.²⁷⁸

Así, podemos concluir que el ordenamiento jurídico nacional, como manifestación del principio de responsabilidad, pondrá de cargo de un patrimonio ajeno el resarcimiento de perjuicios experimentados por una persona, cuando el daño experimentado provenga de una conducta antijurídica dolosa o culposa. De manera tal que, en palabras de Barros, el principio de la responsabilidad por culpa cumple, a la vez, la función de ser el fundamento y límite de la responsabilidad: por regla general, sólo se responde si se ha incurrido en dolo o negligencia.²⁷⁹

Atendida la manifestación de la responsabilidad como principio general de nuestro Derecho, y la inexistencia de una disposición legal que haga aplicables los argumentos de *consortium* y pretendida inmunidad familiar, no podemos sino expresar nuestro rechazo a tales fundamentos. Por lo demás, ya la doctrina nacional ha afirmado que tales ideas parecen no tener, ni haber tenido, vigencia en nuestro ordenamiento jurídico.²⁸⁰

De otra parte cuando un juez, conociendo de una demanda de responsabilidad civil interpuesta contra un familiar del actor, constate la inexistencia de una norma que determine la procedencia o improcedencia de aplicación de las normas de responsabilidad civil en el entorno familiar, no podrá dejar de conocer y resolver el asunto sometido a su decisión²⁸¹, y deberá fundar

²⁷⁷ CORRAL TALCIANI, HERNÁN. 2003. *Ob. Cit.* p. 74.

²⁷⁸ BARROS BOURIE, ENRIQUE. 2007. *Ob. Cit.* p. 61.

²⁷⁹ *Ibid.*

²⁸⁰ VALENZUELA DEL VALLE, JIMENA. 2012. *Ob. Cit.* pp. 245-246.

²⁸¹ De conformidad con el principio de inexcusabilidad de los tribunales, manifestado en el inciso 2º del artículo 76 de la Constitución Política de la República y el inciso 2º del artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales.

su fallo, a falta de ley, en razones de equidad.²⁸² Pues bien, el principio de equidad que habrá de fundar el fallo en la situación descrita es, precisamente, el principio de responsabilidad y el deber de no dañar a otro.

Por todo lo expuesto creemos, junto con Vargas, en la existencia de un principio general de responsabilidad que inunda todo nuestro ordenamiento jurídico, incluido el derecho de familia en general y el matrimonial en lo particular, en la medida que concurren los requisitos para ello, y no estemos frente a un escenario especialmente excluido o restringido de dicha aplicación (como acontece en el caso de los esponsales).²⁸³

c. Compatibilidad con las normas especiales del derecho de familia.

Otra razón por la que, postulamos, procede dar lugar a la aplicación de las normas sobre responsabilidad civil en el ámbito familiar, descansa en su plena compatibilidad con las sanciones y normas especiales del derecho de familia, por cuanto regulan aspectos diferentes.

Las sanciones expresamente dispuestas por el legislador para los casos de adulterio se encuentran dispersas en el Código de Bello y en la Ley de Matrimonio Civil, y son: el divorcio, la separación judicial de los cónyuges y la separación judicial de bienes.

Ellas miran a regular las relaciones futuras entre los cónyuges cuando, a consecuencia del adulterio, pues se ha roto la confianza entre ambos. Así, mientras el divorcio pone término al matrimonio y, por ende, al deber de fidelidad que de éste emanaba; la separación judicial pone fin, entre otros, al deber de fidelidad que unía a los cónyuges, dejando subsistente el vínculo matrimonial. Como puede verse, en ambos casos el deber de fidelidad se termina.

Cuestión distinta ocurre en el caso de la separación judicial de bienes, cuya declaración deja a salvo el deber de fidelidad entre los cónyuges, mas pone término al régimen de bienes de la sociedad conyugal.

Así las cosas, las sanciones dispuestas expresamente respecto del adulterio no miran a la indemnización de los perjuicios que tal conducta irroque a la persona de su cónyuge.

²⁸² El artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, numeral 5º.

²⁸³ VARGAS ARAVENA, DAVID. 2015. *Ob. Cit.* p. 80.

Lo mismo puede expresarse respecto de la compensación económica, aun cuando Barrientos y Novales hayan sostenido lo contrario²⁸⁴, por cuanto dicha institución, figura especialísima del Derecho de familia, fue creada como respuesta al cese de todo vínculo entre los cónyuges que se han divorciado o, en su caso, anulado²⁸⁵, aplicable también para en el ámbito del acuerdo de unión civil, mas no con una finalidad reparatoria.

Hacemos nuestras las palabras del profesor Rodríguez, quien expone al respecto que “la compensación económica es perfectamente compatible con las indemnizaciones que, conforme a las reglas generales, proceden en caso de un divorcio culpable o de una causal de nulidad imputable a uno de los contrayentes, pues no nos hallamos, en el caso de la compensación económica, en situación de cubrir todos los perjuicios causados a uno de los cónyuges, en la medida que su pago no cubre todos los daños derivados de la celebración o la ruptura del vínculo matrimonial, cuando dichos daños son imputables a uno de los contrayentes. El derecho consagrado en el artículo 61 de la LMC está basado en supuestos bien específicos que no tienen relación, ni directa ni indirecta, con el deber de responder de los perjuicios causados por un obrar doloso o culpable. Por consiguiente, la circunstancia de pagar dicha compensación no exonera de responder de los demás perjuicios provocados”²⁸⁶.

d. La persona como sujeto de derechos, el reconocimiento y defensa de la familia y la procedencia de acciones indemnizatorias.

Resulta indiscutible que el ordenamiento jurídico chileno tiene por objeto la protección de la persona humana y, asimismo de la familia. En este sentido es que Corral advierte que los civilistas no han podido ignorar la moderna relevancia de la teoría de la persona y se observa un nuevo planteamiento y desarrollo en el tratamiento del hombre como centro y fundamento del Derecho Civil.²⁸⁷

²⁸⁴ BARRIENTOS GRANDÓN, JAVIER y NOVALES ALQUÉZAR, ARANZAZU. 2004. Nuevo Derecho Matrimonial Chileno, ley N° 19.947: Celebración del matrimonio, separación, divorcio y nulidad. Segunda Edición. Santiago. LexisNexis Chile. pp. 409-410.

²⁸⁵ RIVEROS FERRADA, CAROLINA. 2016. La Compensación Económica. En: PICÓ RUBIO, JORGE DEL. Derecho de Familia. Segunda Edición. Santiago. Legal Publishing Chile. p. 217.

²⁸⁶ RODRÍGUEZ GREZ, PABLO. 2009. Ley de Matrimonio Civil: interpretación, efectos e insuficiencias. Revista Actualidad Jurídica, Separata N°20, Universidad del Desarrollo. p. 28.

²⁸⁷ CORRAL TALCIANI, HERNÁN. 2009. Derecho Civil y Persona Humana. Cuestiones debatidas. Segunda Edición. Santiago. Legal Publishing Chile. p. 5. En idéntico sentido se ha pronunciado Antonio Hernández Gil, citado por VÁSQUEZ FERREYRA, ROBERTO. 1995. Responsabilidad civil por lesión a los derechos de la personalidad (La protección civil del honor, la intimidad, la propia imagen y la identidad personal). Revista de Derecho Universidad de Concepción, año LXIII (198) p. 35.

La doctrina que niega lugar a la admisión de reglas de responsabilidad civil en el ámbito familiar parece acusar una especie de conflicto respecto de la protección de los intereses comunitarios de la familia y los intereses particulares de sus miembros.

Nosotros, en cambio, pensamos que tales intereses no son, necesariamente, contrapuestos. Y que, en caso de existir duda entre qué interés habrá de prevalecer, ha de permitirse el pleno ejercicio de los derechos de la persona humana, por una razón muy simple: si bien la familia es objeto de protección constitucional, no es un sujeto de derechos, por carecer de personalidad jurídica propia. Y es que la idea de personalidad implica la posibilidad de ser sujeto de una relación jurídica, de un derecho²⁸⁸ o, en otras palabras, es la aptitud legal para ser sujeto de derechos y obligaciones.²⁸⁹

En cambio, si negamos el derecho de toda persona a que los daños que injustamente ha sufrido a consecuencia del actuar negligente de otro, estaremos desconociendo, en el ámbito del derecho de daños, la aptitud de la persona humana de ser sujeto de derecho. En circunstancias que los únicos sujetos de derecho son las personas, el término persona significa precisamente en derecho la posibilidad de ser sujeto de una relación jurídica.²⁹⁰

Cierto es que la Constitución Política de la República reconoce a la familia como el núcleo fundamental de la sociedad e impone al Estado el deber de protegerla, mas dicho reconocimiento y defensa no alcanzan a dotar a este especial grupo de personas de una personalidad jurídica propia.

En este escenario, creemos que no se conforma a derecho limitar el ejercicio de los derechos de las personas, individualmente consideradas, con el pretendido objetivo de proteger a la familia. Y es que la familia, al no gozar de personalidad jurídica, mal podría ser titular de derechos que entren en conflicto con los derechos subjetivos de sus miembros. Así las cosas, la noción de familia como núcleo fundamental de la sociedad ha de ser protegida por el Estado, mas no a costa de la limitación de derechos de la persona humana.

De otra parte, cabe afirmar que no vislumbramos que la aplicación de las normas de responsabilidad civil tenga como necesaria consecuencia la desprotección de la familia. Es más, a nuestro juicio, aceptar la posibilidad de reparar los daños producidos entre familiares o cónyuges,

²⁸⁸ DUCCI CLARO, CARLOS. 1988. *Ob. Cit.* p. 97.

²⁸⁹ CABANELLAS DE TORRES, GUILLERMO. 2000. *Diccionario Jurídico Elemental*. Décimo Cuarta Edición. Buenos Aires. Editorial Heliasta. p. 304.

²⁹⁰ DUCCI CLARO, CARLOS. 1988. *Ob. Cit.* p. 97.

lejos de constituir un atentado contra la institución familiar, aparece como una herramienta adicional de solución de conflictos.

En primer lugar, estimamos que no atenta contra la armonía familiar porque, cuando un sujeto decide pedir ayuda a la justicia, las relaciones familiares generalmente ya están deterioradas y sus miembros distanciados.²⁹¹

En este sentido, debe tenerse en cuenta además que el legislador no considera que las acciones indemnizatorias configuren un atentado contra la familia, por cuanto mal podría haber dispuesto normas que imponen el deber de indemnizar en supuestos propios del Derecho de familia²⁹², si así lo estimare. Recordemos que por mandato constitucional el Estado, y por ende el poder legislativo, debe protección a la familia, y no puede atentar contra ella.

De otra parte, decimos que la indemnización de perjuicios aparece como una herramienta adicional de solución de conflictos entre familiares puesto que, en la medida que los daños sufridos por una persona sean debidamente resarcidos, creemos que habrá más posibilidades que la víctima pueda perdonar al victimario y que, con el tiempo, pueda reconstruirse una relación familiar sana entre demandante y demandado. En otras palabras, si no se admite la procedencia de la indemnización, la restauración de la relación familiar dependerá de la reconciliación entre las partes, circunstancia que supone el perdón espontáneo de la víctima y su capacidad para asumir los daños que sufre a consecuencia del actuar de su familiar; en el entendido que, si la víctima debe soportar una carga, patrimonial o extrapatrimonial, es probable que sea más difícil perdonar la acción u omisión dañosa. En cambio, de admitirse la procedencia de la indemnización de los perjuicios, la restauración de la relación entre los cónyuges dependerá únicamente de factores afectivos, que determinan la posibilidad de reconciliación entre las partes, y no ya de la capacidad de la víctima de hacerse cargo de forma exclusiva de todos los daños sufridos.

Así, creemos que la admisión de la indemnización de perjuicios a consecuencia de la aplicación de normas de responsabilidad civil, constituye una oportunidad para, valiéndonos de palabras del legislador penal, reparar el mal causado e impedir sus ulteriores consecuencias.

²⁹¹ MASSMANN WYNEKEN, JULIE. 2006. *Ob. Cit.* p. 8.

²⁹² Y es que, como señala RODRÍGUEZ PINTO, MARÍA SARA. 2012. *Ob. Cit.* “Las mismas reglas del Derecho de Familia remiten en varios casos al régimen indemnizatorio del Título XXXV del Libro IV, como las acciones de filiación deducidas de mala fe o con el propósito de lesionar la honra (artículo 197), o los alimentos obtenidos con dolo que engendran la obligación de indemnizar perjuicios al afectado (artículo 328), o el matrimonio celebrado por la mujer antes del tiempo establecido para evitar la confusión de paternidad (artículo 130 con relación al artículo 128). Estas obligaciones indemnizatorias se rigen por las reglas generales del Título XXXV del Libro IV.”

Claro está que lo ideal es que, si a consecuencia del actuar de una persona, un familiar sufre daños, quien ocasionó el perjuicio intente, *motu proprio*, reparar el daño causado. Pero si así no ocurriere, estimamos valiosa la posibilidad que el órgano jurisdiccional competente lo condene a indemnizar los perjuicios que derivan de su actuar. Quizá sólo una vez reparado el daño la víctima se sienta dispuesta a perdonar y esa constituye una verdadera posibilidad de reconciliación, cuando el perdón del ofendido no se otorga de manera espontánea.

Por otro lado, no creemos que sean admisibles los argumentos de la tesis denegatoria referidos a la proliferación de disputas triviales y casos de bagatela, por cuanto ellos constituyen un prejujuicio de la entidad de los daños y, además, estamos convencidos que en todo caso es un riesgo que es preferible correr, antes que negar la aplicación de justicia a casos concretos, por estimarlos de baja relevancia o cuantía.

21. Admisión de la procedencia de aplicar normas de responsabilidad civil al entorno familiar.

Por las razones recién expuestas, además de los razonamientos referidos al señalar los principales argumentos de las teorías permisivas,²⁹³ postulamos que no existen motivos normativos ni axiológicos suficientes para pretender que nuestro ordenamiento jurídico excluye, por regla general, a las relaciones de familia de las normas de responsabilidad civil.

Es más, creemos, junto con de la Maza, que en el estado actual de evolución de la discusión sobre la aplicabilidad de las normas de responsabilidad civil en el ámbito familiar, la pregunta que ha de formularse no es exactamente si se aplican o no las reglas del derecho de daños a las relaciones de familia, sino más bien bajo qué condiciones se aplican.²⁹⁴

Hemos señalado que la tesis permisiva admite la distinción entre corrientes amplias o restringidas, dependiendo si se estima que las normas de responsabilidad civil han de aplicarse directamente o con limitaciones que atiendan a la naturaleza especialísima de las relaciones familiares.

A nuestro entender, la solución definitiva a tal disyuntiva ha de provenir del poder legislativo. Los autores y la jurisprudencia pueden aportar valiosos argumentos para la adopción

²⁹³ Véase *supra* párrafo N° 18 de este trabajo.

²⁹⁴ MAZA GAZMURI, IÑIGO DE LA. 2012 a. Adulterio y responsabilidad civil. [en línea] El Mercurio Legal. 14 de septiembre 2012. <<http://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=901426&Path=/OD/C1/>> [consulta: 14 septiembre 2016].

de una u otra tesis pero, en consideración a la necesidad de certeza jurídica e igualdad en la aplicación de la ley, no creemos que sea válido imponer restricciones no expresadas en el ordenamiento jurídico para la admisión de las normas de responsabilidad civil en el ámbito familiar.

Así, atendido el estado actual de nuestra legislación, y no las razones que sin dudas aconsejarían que la ley recoja ciertas restricciones a la aplicación de reglas de responsabilidad civil, hemos de pronunciarnos a favor de la tesis permisiva en su modalidad amplia. En otras palabras, defendemos la aplicación de las normas generales sobre responsabilidad civil en las relaciones de familia, sin exigir el cumplimiento de otro requisito que los previstos en sede civil.

CAPÍTULO QUINTO

ACERCA DE LA PROCEDENCIA DE LA REPARACIÓN DE PERJUICIOS A CONSECUENCIA DEL ADULTERIO.

22. Aplicabilidad de las normas de responsabilidad civil a la hipótesis del adulterio.

Hasta ahora hemos pasado revista a la discusión acerca de la recepción de las normas de responsabilidad civil en el ámbito familiar y nos hemos pronunciado por la respuesta afirmativa. Con todo, tal circunstancia no significa necesariamente que los perjuicios que sufra uno de los cónyuges a consecuencia del incumplimiento de deberes matrimoniales y, especialmente, del adulterio, sea resarcible conforme a las reglas de responsabilidad civil, hipótesis específica que pasamos a revisar.

23. La posición de los tribunales chilenos acerca de la procedencia de aplicar la indemnización de perjuicios como sanción al adulterio

Creemos que es conveniente comenzar esta parte del estudio revisando qué es lo que han fallado a este respecto los tribunales ordinarios de justicia. Existen algunas sentencias cuyo análisis, sin duda, nos entregará valiosa información para la determinación de si el adulterio puede ser fuente de responsabilidad civil ante el derecho chileno.

En primer lugar, contamos el rechazo de la acción en que se reclamó indemnización de perjuicios con ocasión del adulterio y falsa paternidad, de que conoció el 1° Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago²⁹⁵ y la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago,²⁹⁶ a que se hiciera referencia en el apartado relativo a la posición de los tribunales chilenos acerca de la procedencia de aplicar reglas de responsabilidad civil en el ámbito familiar.²⁹⁷ Según se expuso, el fundamento del rechazo de la acción indemnizatoria descansa, a grandes rasgos, en la especialidad del derecho de familia y sus sanciones, de manera que no serían aplicables las normas generales sobre

²⁹⁵ Resuelto por sentencia dictada el 26 de marzo de 2007 por el 1° Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago, recaída en los autos Rol N° 3095-1999.

²⁹⁶ Fallado por sentencia de 10 de noviembre de 2009, dictada por la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, recaída en autos rol N° 7738-2007.

²⁹⁷ Véase *supra* párrafo N° 19 de este trabajo.

responsabilidad civil en el caso de adulterio y, en el carácter marcadamente ético de los deberes matrimoniales.

En seguida, cabe referirse al fallo contenido en sentencia dictada el 3 de abril de 2014, por la Iltma. Corte de Apelaciones de La Serena,²⁹⁸ que si bien se pronuncia sólo respecto de 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 “podría no ser aplicable para todas las causales de divorcio contempladas en el artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil, puesto que allí existen motivos que más bien constituyen incumplimiento a los denominados deberes matrimoniales, como la convivencia, el socorro, la fidelidad que caen en el ámbito del Derecho de Familia, de manera que en tales casos, el asunto es más bien discutible y habría que analizar el caso concreto, con todas sus circunstancias, pero de lo que no existe duda alguna, es que tal indemnización 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...”.²⁹⁹

Finalmente, existe un interesantísimo caso en que los cónyuges habían acordado una sanción monetaria para el caso de adulterio de uno de ellos, a modo de resarcimiento de perjuicios, en que el Juzgado de Letras en lo Civil de Puerto Varas dio lugar a la ejecución para el cobro de cheques,³⁰⁰ decisión que fue revocada por la Iltma. Corte de Apelaciones de Puerto Montt,³⁰¹ respecto de la cual, por lo demás, se pronunció la Excm. Corte Suprema,³⁰² conociendo de un recurso de casación en el fondo. La decisión de negar lugar a la ejecución de los cheques se funda en que los mismos carecerían de causa real y lícita y, al mismo tiempo, adolecen de objeto ilícito, por cuanto “pretender una indemnización por daño moral por una presunta relación extramatrimonial de uno de los cónyuges es contraria al orden público”, fundándose también en la especialidad de las sanciones del Derecho de familia.

24. Referencias doctrinarias acerca de la procedencia de aplicar la indemnización de perjuicios como sanción al adulterio.

²⁹⁸ Recaída en los autos Rol N° 507-2013, a que se hiciera referencia en el apartado relativo a la posición de los tribunales chilenos acerca de la procedencia de aplicar reglas de responsabilidad civil en el ámbito familiar. Véase *supra* párrafo N° 19.

²⁹⁹ Considerando Décimo cuarto de la sentencia dictada el 3 de abril de 2014, por la Iltma. Corte de Apelaciones de La Serena, recaída en los autos Rol N° 507-2013.

³⁰⁰ En sentencia de 13 de marzo de 2010, recaída en los autos Rol N° 40280-2008.

³⁰¹ Por sentencia de 20 de diciembre de 2010, recaída en los autos Rol N° 181-2010.

³⁰² En sentencia de 6 de marzo de 2012, recaída en los autos Rol N° 778-2011.

Álvarez afirma que la doctrina mayoritaria chilena ha postulado que sí es posible reclamar una indemnización de perjuicios por los daños que un cónyuge irroga al otro con ocasión de los hechos descritos por el artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil constitutivos de una causa de divorcio -uno de los cuales es el incumplimiento del deber de fidelidad- y que le sean imputables. Dentro de los autores referidos cuenta a Carmen Domínguez, Hernán Corral, Carlos Pizarro, Francisco Segura, Álvaro Vidal, Javier Barrientos, Pablo Rodríguez y Gustavo Cuevas. Con todo, Álvarez advierte que tales autores solo se limitan a enunciar la posibilidad de reclamar esta indemnización, sin realizar un estudio acabado sobre el tema.³⁰³ Jimena Valenzuela agrega a la lista de autores a favor de la aplicabilidad de las reglas de responsabilidad civil a Francisco Herane y Matilde Larrocau.³⁰⁴ Incluso Valenzuela afirma que Somarriva defiende la admisión de indemnización de perjuicios contra el cónyuge culpable de adulterio, dada la amplitud de la responsabilidad extracontractual y la aceptación unánime que recibe la procedencia de la indemnización del daño moral.³⁰⁵ Asimismo, podemos agregar a la lista a María Sara Rodríguez e Íñigo de la Maza. Ambos afirman la posibilidad de perseguir la indemnización de perjuicios sufridos a consecuencia del adulterio, acogiéndose al estatuto de responsabilidad extracontractual.³⁰⁶ De otra parte, Valenzuela enseña que los autores chilenos que tratan temas de responsabilidad civil en general pasan en silencio el problema de la aplicabilidad de las normas de responsabilidad civil al Derecho de familia.³⁰⁷

25. Nuestra opinión.

En nuestra opinión, atendido que adherimos a defender la aplicabilidad del estatuto de responsabilidad civil en el ámbito familiar y, a falta de norma expresa en contrario, entendemos que no puede negarse *a priori* la posibilidad de demandar los perjuicios ocasionados con motivo del adulterio.

De otra parte, estimamos que existen en el ordenamiento jurídico chileno argumentos que reafirman la necesidad de aceptar su aplicabilidad, atendidas las especiales características del adulterio y su regulación normativa, según pasamos a exponer.

³⁰³ ÁLVAREZ P., PABLO. 2007. *Ob. Cit.* p. 11.

³⁰⁴ VALENZUELA DEL VALLE, JIMENA. 2012. *Ob. Cit.* p. 244.

³⁰⁵ VALENZUELA DEL VALLE, JIMENA. 2012. *Ob. Cit.* pp. 248-249.

³⁰⁶ MAZA GAZMURI, IÑIGO DE LA. 2012 b. El adulterio como ilícito civil. [en línea] El Mercurio Legal. 24 de octubre 2012. < <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2012/10/24/El-adulterio-como-ilicito-civil.aspx> > [consulta: 15 septiembre 2016].

³⁰⁷ VALENZUELA DEL VALLE, JIMENA. 2012. *Ob. Cit.* p. 243.

a. El artículo 132 del Código Civil. El adulterio da origen a las sanciones que la ley prevé.

Conforme dispone el artículo 132 inciso 1° del Código Civil, el adulterio da origen a las sanciones que la ley prevé.

Siguiendo al profesor Rodríguez, entendemos que toda norma jurídica es una proposición lógica que se expresa en una fórmula literal, de manera que lo primero que cabe al intérprete es desentrañar su significado, esto es, aquello que la norma dice,³⁰⁸ con el objeto de conocer su verdadero sentido y alcance.

En este sentido, lo que el codificador nos ha dicho es que la ley ha dispuesto la aplicación de sanciones respecto del cónyuge adúltero. Esto es, quien adulterare ha de responder de conformidad con la ley. Ni más, ni menos.

A primera vista, parecería que dicha afirmación resulta innecesaria o sobreabundante, toda vez que, si la ley prevé sanciones para el cónyuge adúltero es lógico que se apliquen éstas. Así, por ejemplo, si el artículo 172 del Código de Bello permite al cónyuge inocente revocar las donaciones que hizo al cónyuge adúltero, no vemos la necesidad de que el artículo 132 afirme que el adulterio da origen a las sanciones previstas por la ley para que éstas operen. En otras palabras, una liviana lectura de lo dispuesto en el artículo 132, inciso 1° *in fine*, invitaría al intérprete a creer innecesaria dicha mención.

Sin embargo, reglas básicas de interpretación jurídica nos obligan a buscar el valor o utilidad práctica de todas las expresiones de que se ha valido el legislador. Así lo ha reconocido la Excm. Corte Suprema al expresar que “Aunque la norma sobre la interpretación de los contratos según la cual el sentido en que una cláusula puede producir algún efecto debe preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno, no puede aplicarse a la interpretación de las leyes, demuestra en todo caso que el espíritu de la legislación está inspirado en ese criterio lógico: hay que preferir el sentido en que una disposición puede surtir algún efecto por sobre aquel en que no produce efecto alguno”.³⁰⁹

Por lo demás, la doctrina nacional contemporánea mayoritaria ha entendido que todo texto jurídico, por muy claro que parezca, necesita de interpretación.

³⁰⁸ RODRÍGUEZ GREZ, PABLO. 2004 b. Teoría de la Interpretación Jurídica. Segunda Edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. p. 37.

³⁰⁹ Sentencia dictada por la Excm. Corte Suprema en mayo de 1951, citada por ANDREUCCI AGUILERA, RODRIGO. 2008. Los conceptos de la Corte Suprema sobre interpretación de la ley a través de sus sentencias. *Nomos*. Universidad de Viña del Mar (1) p. 21.

Entonces, cabe preguntarnos ¿para qué hizo esta afirmación el codificador? La respuesta, conforme dispone el artículo 19 del Código de Bello, debe buscarse en la intención o espíritu de la ley, claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento. Es decir, hemos de acudir a los elementos lógico e histórico de interpretación.

El artículo 132 del Código Civil fue agregado en 1994, por el artículo 28 N° 2 de la Ley N° 19.335,³¹⁰ que estableció el régimen de participación en los gananciales y modificó diversos cuerpos normativos, entre los que se cuenta el Código Civil.

Dicha ley tuvo su origen en un proyecto del Ejecutivo que perseguía hacer efectivo el principio constitucional de igualdad ante la ley³¹¹ y propender a un adecuado equilibrio entre las funciones de cooperación y las reglas de protección a los cónyuges, a sus intereses, a sus hijos y a su familia.³¹² De esta forma, el elemento lógico de interpretación, que resulta de descubrir la armonía entre el texto de la norma y su propósito e intención o, por otro lado, entre todas sus partes,³¹³ indica que el artículo 132 responde a una función de garantía de los derechos de los cónyuges y de igualdad entre los mismos en cuanto a los deberes que el matrimonio les impone.

Con todo, la actual redacción del artículo 132 del Código de Bello no estaba contenida en el proyecto acompañado al Congreso, sino que fue el resultado de una intensa discusión parlamentaria. Y es que, en medio de la discusión de dicho proyecto de ley, se generó un intenso debate acerca de la conveniencia de desincriminar el adulterio. En este contexto, como idea para acercar posiciones, una Comisión Mixta convino en estudiar la posibilidad de definir el adulterio en el Código Civil, configurándolo, en términos explícitos, como una conducta ilícita, específicamente una infracción de carácter grave al deber de fidelidad que emana del matrimonio y, a la vez, hacer referencia a las sanciones que le asigna la ley.³¹⁴ Para materializar el acuerdo, se aprovecharon las circunstancias de que el artículo 132 del Código Civil se encontraba derogado y su ubicación privilegiada, al ser inmediatamente precedido por el artículo que impone el deber de fidelidad de los cónyuges.³¹⁵

³¹⁰ Posteriormente, el inciso 2º de dicha norma fue modificado por el artículo único de la Ley N° 19.422, de 13 de noviembre de 1995.

³¹¹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. 1994. Historia de la Ley N° 19.335 Establece Régimen de Participación en los Gananciales, y Modifica el Código Civil, la Ley de Matrimonio Civil, el Código Penal y otros cuerpos legales que indica. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30702>> [consulta: 15 septiembre 2016] p. 50.

³¹² BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. 1994. *Ob. Cit.* p. 76.

³¹³ RODRÍGUEZ GREZ, PABLO. 2004 b. *Ob. Cit.* p. 82.

³¹⁴ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. 1994. *Ob. Cit.* p. 487.

³¹⁵ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. 1994. *Ob. Cit.* p. 488.

Así, podemos concluir que el objeto de la dictación del nuevo texto del artículo 132 del Código Civil radica en servir de complemento a la despenalización del adulterio; sacándolo del ámbito del derecho público para trasladarlo al derecho privado,³¹⁶ estableciendo que las relaciones, obligaciones, derechos y sanciones aplicables a los cónyuges corresponden al campo del derecho civil.³¹⁷ En definitiva, el texto actual del artículo 132 del Código de Bello tiene por objeto mantener en la legislación la señal de la exigencia de fidelidad y la definición del adulterio y, al mismo tiempo, facilitar todas las sanciones civiles.³¹⁸

Entonces, de la historia fidedigna del establecimiento de la norma fluye que el inciso primero del artículo 132 del Código Civil persigue realzar el carácter antijurídico del adulterio y disponer la aplicación de las sanciones que resulten pertinentes.

Ahora bien, precisamente este es el aspecto que suscita mayor relevancia a nuestro parecer: la determinación de las sanciones aplicables a los casos de adulterio. Específicamente, establecer si procedería en derecho atribuir al cónyuge adúltero sanciones distintas de las indicadas en el Capítulo Tercero de este trabajo.

Conforme al elemento gramatical de interpretación, podemos concluir que el artículo 132 no establece tal determinación, sino sólo la necesidad de que las sanciones que se vayan a aplicar se encuentren previstas en la ley.

El elemento lógico nos lleva a señalar que, de acuerdo con la orientación garantista de la ley, el artículo 132 otorga un cierto margen de apertura a la aplicación de cualquiera de las variadas sanciones que la legislación haya dispuesto, de manera de resguardar los derechos e intereses del cónyuge inocente.

En el mismo sentido, de la historia del establecimiento del actual tenor literal del artículo 132 del Código Civil, a que hiciéramos referencia, desprendemos que el legislador pretendía fortalecer las sanciones civiles respecto del adulterio como contrapartida de su desincriminación.

Finalmente, el elemento sistemático nos lleva a afirmar que, en Chile, el derecho privado defiende la reparación del daño causado a terceros como regla general, de manera que, a falta de pronunciamiento en contrario del legislador, es dable concluir que sanciones no expresamente contempladas para el caso de adulterio, pero aplicables como regla general en derecho privado, como es el caso de la indemnización de perjuicios, resultan plenamente aplicables al adulterio.

³¹⁶ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. 1994. *Ob. Cit.* p. 508.

³¹⁷ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. 1994. *Ob. Cit.* p. 510.

³¹⁸ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. 1994. *Ob. Cit.* p. 524.

Así, atendidos los argumentos expuestos, postulamos que, como la norma no distingue, no cabe al intérprete restringir las sanciones aplicables al adulterio únicamente a las hipótesis en que así lo dispuso el legislador de manera expresa.

b. El deber de fidelidad es una verdadera obligación jurídica.

Buena parte de la doctrina y jurisprudencia nacional ha defendido la idea que las relaciones personales de los cónyuges no constituyen verdaderos derechos y obligaciones jurídicas, sino meros deberes morales.³¹⁹ De preferencia, sustentan su posición citando la obra del profesor René Ramos Pazos, en que expone que el Código Civil regula las relaciones personales de los cónyuges, otorgándoles derechos e imponiéndoles deberes de contenido eminentemente moral, con un marcado carácter ético y cuyo cumplimiento queda entregado fundamentalmente a la conciencia de los cónyuges.³²⁰

De otra parte, el profesor Vargas enseña que, según quienes adhieren a esta doctrina, la preeminencia del contenido ético-moral, y la imposibilidad de cumplimiento compulsivo, serían los dos elementos distintos de los deberes conyugales que los lleva a calificar sólo como deberes específicos de conducta pero no de obligaciones, haciendo imposible el ejercicio de una acción indemnizatoria frente a su incumplimiento, ya que para ello sería necesario la infracción de una obligación (entendiéndola en sentido técnico) o del deber general de conducta, y no sólo de un deber específico como lo serían los deberes conyugales.³²¹

Dentro de aquellos que, en Chile, sostienen tal postura, el profesor Vargas cuenta a René Abeliuk, Gabriel Hernández, María Dora Martinic y Graciela Weinstein.³²²

Con todo, mal podría pretenderse que tal sea la doctrina tradicional ni mayoritaria en Chile, por cuanto, como observa Valenzuela, una parte importante de la doctrina chilena, entre los que cuenta a Arturo Alessandri, Manuel Somarriva, Antonio Vodanovic y Luis Claro Solar, considera los derechos y deberes conyugales como verdaderas obligaciones de carácter jurídico.³²³

Nosotros podemos agregar que ya en 1931 el profesor Barros Errázuriz reconocía que el matrimonio es un contrato que produce entre los cónyuges no sólo obligaciones morales, sino también obligaciones civiles, cuyo cumplimiento puede reclamarse de la justicia.³²⁴ Dougnac

³¹⁹ CORNEJO GARCÍA, MARÍA GLORIA. 2012. *Ob. Cit.* pp. 28-29. En este mismo sentido, Barcia afirma que “generalmente estos deberes no generan una obligación civil y estas facultades, en la mayoría de los casos, no se traducen en derechos subjetivos ejecutables”. En BARCIA LEHMANN, RODRIGO. 2011. *Ob. Cit.* p. 90.

³²⁰ RAMOS PAZOS, RENÉ. 2007. *Ob. Cit.* p. 142.

³²¹ VARGAS ARAVENA, DAVID. 2015. *Ob. Cit.* p. 61.

³²² *Ibid.*

³²³ VALENZUELA DEL VALLE, JIMENA. 2012. *Ob. Cit.* p. 248.

³²⁴ BARROS ERRÁZURIZ, ALFREDO. *Ob. Cit.* p. 67.

incluso llega a reconocer un verdadero derecho de contenido no patrimonial o preferentemente personal de la mujer casada a la fidelidad de su marido, presente ya en el Derecho Indiano aplicado durante la colonia.³²⁵

Ahora, pasamos a referirnos a argumentos de fondo con que se pretende negar carácter jurídico a obligaciones dispuestas expresamente por el legislador, dando cuenta de su insuficiencia.

En primer lugar, parte de nuestra doctrina ha negado la calidad jurídica a los deberes conyugales atendiendo a su contenido de carácter ético o moral. Contra tal razonamiento cabe señalar, que como advierte Mendoza, el carácter jurídico de los deberes conyugales no les priva de ser considerados también como deberes ético-morales, o viceversa, su carácter ético o moral no les priva de su juridicidad.³²⁶

Cabe en este punto recordar que la responsabilidad moral proviene de infringir los mandatos de la moral o de la religión, suscitando un mero problema de conciencia, que se plantea en el fuero interno del individuo³²⁷ y que no interesa al Derecho; mas, cuando a la misma acción le sigue la generación de un daño a la persona o propiedad de otro, o perturbe la convivencia social, pasa a ser objeto de regulación por el Derecho y, en consecuencia, es apta para dar origen a la responsabilidad jurídica. En este sentido, Mendoza afirma la existencia de innumerables normas éticas o morales que han sido incorporadas al ordenamiento jurídico, normas que por su parte tienen una sanción en este y coercibilidad directa, como sería el “no robar”, “no matar”, etc.³²⁸

De otra parte, Vargas enseña que el carácter jurídico de los deberes conyugales no deriva sólo de su consagración expresa en la ley, sino que por ser necesarios para la obtención de los fines que el artículo 102 del Código Civil establece al matrimonio.³²⁹

En segundo lugar, se ha fundado la negativa al reconocimiento del carácter jurídico de los deberes conyugales atendiendo a la imposibilidad de obtener su cumplimiento forzado.

A este respecto, se puede replicar que el carácter jurídico de una obligación no se define por su coercibilidad, pues hay obligaciones indiscutiblemente jurídicas que no admiten coercibilidad,

³²⁵ DOUGNAC RODRÍGUEZ, ANTONIO. 1990. *Ob. Cit.* p. 273.

³²⁶ MENDOZA ALONZO, PAMELA. 2011. *Ob. Cit.* p. 45. En idéntico sentido, VARGAS ARAVENA, DAVID. 2015. *Ob. Cit.* p. 65.

³²⁷ TOMASELLO HART, LESLIE. 1969. El daño moral en la responsabilidad contractual. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. p. 18.

³²⁸ MENDOZA ALONZO, PAMELA. 2011. *Ob. Cit.* p. 45. En idéntico sentido, VARGAS ARAVENA, DAVID. 2015. *Ob. Cit.* p. 65.

³²⁹ VARGAS ARAVENA, DAVID. 2015. *Ob. Cit.* p. 65.

como las obligaciones naturales previstas en el artículo 1470 del Código Civil. Y es que una cosa es la obligación o el débito y otra la coacción o responsabilidad.³³⁰

Con todo, buena parte de la doctrina nacional reconoce hoy que los deberes de familia, incluidos los deberes emanados del matrimonio, son obligaciones jurídicas, muchas de ellas exigibles coactivamente y todas con sanciones legales por su infracción.³³¹ En idéntico sentido, Mendoza advierte que los deberes conyugales consagrados en el Código Civil son obligaciones jurídicas que el cónyuge debe respetar, debido a que existen normas legales que contienen un mandato de tipo positivo al respecto, cuyo incumplimiento puede traer aparejadas consecuencias jurídicas más allá del principio de especialidad.³³²

De otra parte, Tomasello afirma que el solo hecho que respecto de las obligaciones con contenido no patrimonial no fuera posible hacer valer la ejecución forzosa, no significa excluir de forma total estas obligaciones del ámbito del Derecho, puesto que ellas podrían considerarse como obligaciones de un grado no tan perfecto y en que sólo cabe la posibilidad de una indemnización satisfactoria.³³³

En este sentido, reconocemos que resulta evidente la imposibilidad de exigir coactivamente el cumplimiento de la obligación de abstenerse de mantener relaciones sexuales con terceros, por cuanto atentaría contra la libertad personal y de la libre configuración y ejercicio de la sexualidad del cónyuge. Mas no vemos impedimento alguno para que pueda exigirse el cumplimiento por equivalencia, en caso de haberse incurrido en adulterio, fundados en las mismas razones que hacen aplicable, a nuestro juicio, las normas de responsabilidad civil en el ámbito familiar, a que nos referimos anteriormente³³⁴. Y es que la imposibilidad de ejecución forzada del deber de fidelidad no puede llevar al absurdo de negar el derecho mismo. Es más, la imposibilidad de coacción ha sido estimada por Fueyo como un verdadero requisito de la indemnización, para los casos generales de responsabilidad civil contractual.³³⁵

Así, no siendo lícito exigir coactivamente el cumplimiento del deber de fidelidad del cónyuge, creemos que la admisión de la resarcibilidad de los daños que su incumplimiento irroge es la vía apta y necesaria para resguardar los legítimos intereses del cónyuge inocente. Y es que, en palabras de Tomasello, “el hecho de que no se pueda hacer mejor no es motivo para no hacer

³³⁰ VALENZUELA DEL VALLE, JIMENA. 2012. *Ob. Cit.* p. 248.

³³¹ RODRÍGUEZ PINTO, MARÍA SARA. 2012. *Ob. Cit.*

³³² MENDOZA ALONZO, PAMELA. 2011. *Ob. Cit.* p. 46.

³³³ TOMASELLO HART, LESLIE. 1969. *Ob. Cit.* p. 123.

³³⁴ Véase *supra* párrafo N° 20 de este trabajo.

³³⁵ FUEYO LANERI, FERNANDO. 2004. *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones.* Tercera Edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. p. 363.

absolutamente nada: debemos contentarnos con una indemnización en dinero a falta de otro sustituto mejor al cumplimiento voluntario o forzado de la obligación”.³³⁶

En tercer lugar, se acusa por parte de la doctrina que niega valor jurídico a los deberes conyugales, que toda pretensión dirigida a su ejecución forzosa es contradictoria con la naturaleza misma del matrimonio y que también lo sería la de su cumplimiento por equivalente, pues tratándose de deberes que sólo pueden ser cumplidos por libre decisión moral de uno y otro cónyuge parecería contradictorio que puedan arbitrarse medios dirigidos a la compulsión indirecta de aquéllos.³³⁷

A este respecto cabe señalar que no advertimos en el derecho chileno la existencia de disposición alguna que pueda fundar la pretendida contradicción apuntada. Por el contrario, sí encontramos en el ordenamiento jurídico nacional normas que imponen la obligación de indemnizar los perjuicios sufridos por el acreedor en caso de incumplimiento de obligaciones de no hacer, categoría que estimamos aplicable a las hipótesis de adulterio.³³⁸

De otra parte, llama la atención que se estime que el cumplimiento por equivalencia de un deber conyugal, y no su incumplimiento, sea contradictorio con la naturaleza del matrimonio.

En cuarto lugar se ha afirmado que, como consecuencia de la derogación del delito de adulterio, se habría restado fuerza a la exigibilidad del deber de fidelidad, de manera tal que el carácter civil declarativo sería el único remanente de este deber conyugal que habría mutado, por su ineficacia jurídica, en norma moral.³³⁹

Disentimos de tal afirmación, por cuanto la costumbre no tiene aptitud suficiente para derogar a la ley y, estando el deber de fidelidad dispuesto en la ley, su eficacia jurídica no ha podido verse afectada. Como se ha expuesto, la posibilidad de exigir coactivamente el cumplimiento de una obligación no es lo que dota a una norma jurídica de eficacia. La norma no deja de ser jurídica por la sola imposibilidad de cumplimiento forzado. Tampoco tal circunstancia la torna necesariamente en norma moral. Por lo demás, la historia fidedigna del establecimiento de la Ley N° 19.335 da cuenta del interés del legislador de sancionar civilmente el adulterio.

Una vez rebatidos los principales fundamentos de la doctrina que niega carácter jurídico a las obligaciones o deberes conyugales, podemos agregar que existen poderosos argumentos de texto que reafirman su carácter de obligaciones jurídicas.

³³⁶ TOMASELLO HART, LESLIE. 1969. *Ob. Cit.* p. 131.

³³⁷ FERRER RIBA, JOSEP. 2001. Relaciones familiares y límites del derecho de daños. *InDret: Revista para el análisis del derecho.* (4) p.14.

³³⁸ Así, para el caso de incumplimiento de una obligación de no hacer, el artículo 1555 del Código Civil dispone, en su inciso final, que “el acreedor quedará de todos modos indemne”.

³³⁹ PICÓ RUBIO, JORGE DEL. 2016. *El matrimonio.* En: *Derecho de Familia.* Segunda Edición. Santiago. Legal Publishing Chile. p. 89.

En este sentido, Ruz advierte que Andrés Bello nunca dejó dudas en el Código Civil que consideraba obligaciones a los efectos del matrimonio y los efectos de la filiación; por cuanto nominó al Título VI del Libro Primero como “Obligaciones y Derechos entre cónyuges” y al Título IX como “De los Derechos y Obligaciones entre padres e hijos”. Asimismo, el autor destaca que en los artículos allí contenidos, las disposiciones se concebían en términos de derechos y obligaciones.³⁴⁰ En análogo sentido, Álvarez afirma que los deberes conyugales son precisamente obligaciones jurídicas, porque, la ley, es decir, el Código Civil en el Libro I Título VI, los titula como obligaciones y derechos entre cónyuges. Además, agrega, que también denota el carácter de obligación el hecho que la misma Ley de Matrimonio Civil en su artículo 44 letra a) establezca como causal de nulidad el hecho que algún contrayente tenga la incapacidad señalada en el artículo 5 n° 4 de la misma ley, esto es, los que carecieren de suficiente juicio o discernimiento para comprender y comprometerse con los derechos y deberes esenciales del matrimonio.³⁴¹

Por todo lo expuesto, sostenemos que en el caso del deber de fidelidad estamos ante un deber no meramente ético o aspiracional, sino de un deber jurídico exigido por la conformación misma de la institución del matrimonio.³⁴²

Tal deber de fidelidad es una obligación positiva, de hacer, esto es, de guardarse fe. Con todo, como se desprende del tenor del artículo 132 del Código Civil, contiene la obligación de no cometer adulterio, verdadera obligación negativa, de no hacer.

Creemos, junto con Ruz, que “si consideramos que los efectos personales del matrimonio se aproximan más al mundo de la ética o la moral de una determinada posición filosófico-religiosa que a reglas jurídicas, entonces habrá que considerar seriamente sacarlas del Código Civil; en cambio, si consideramos que ellos son efectos de un contrato regido por las leyes civiles, habría que reconocer al menos la posibilidad que su incumplimiento genere perjuicios que deban ser reparables conforme a las reglas generales de la responsabilidad civil”.³⁴³ Y es que, según observa Cornejo, si se negase toda posibilidad de aplicación de las normas sobre responsabilidad civil extracontractual a los “deberes morales”, se estaría desconociendo su naturaleza jurídica como parte del derecho de familia. Si no existiese absolutamente ninguna consecuencia jurídica por el

³⁴⁰RUZ LÁRTIGA, GONZALO. 2012. *Ob. Cit.* p. 212.

³⁴¹ÁLVAREZ P., PABLO. 2007. Responsabilidad civil originada por el divorcio sanción. Memoria para optar al Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. [en línea] Valdivia, Universidad Austral de Chile Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. <<http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2007/fja473r/doc/fja473r.pdf>>[consulta 11 septiembre 2016] p. 15.

³⁴²CORRAL TALCIANI, HERNÁN. 2014. “Chipe libre”: ¿es negociable el deber conyugal de fidelidad? [en línea] <<https://corraltalciani.wordpress.com/2014/08/03/chipe-libre-es-negociable-el-deber-conyugal-de-fidelidad/>> [consulta: 15 septiembre 2016].

³⁴³RUZ LÁRTIGA, GONZALO. 2012. *Ob. Cit.* pp. 209-210.

incumplimiento de los derechos-deberes, éstos no debiesen estar regulados en nuestro Código Civil, ni ser parte del Derecho de Familia, debiesen en cambio pertenecer al orden moral.³⁴⁴

El ejercicio de la profesión del abogado y la función del juez miran a la aplicación del Derecho al caso concreto. Es el legislador quien debe estimar si los deberes conyugales son materia de regulación de normas jurídicas o morales. Entonces, abogados y jueces deben asumir el actual escenario legislativo: si el Código de Bello impone tales deberes a los cónyuges, es porque claramente tienen éstos carácter jurídico, sin perjuicio del sustrato moral que funda su reconocimiento.

Volvemos en este punto a coincidir con Ruz en el sentido que no nos oponemos a que los efectos personales que derivan del matrimonio para los cónyuges sean considerados simples normas morales o comportamientos éticos, pero en ese caso, habría que sacarlas del Código. Si se mantienen en él, es porque son normas jurídicas y en un Estado de Derecho y laico como el nuestro, las normas jurídicas han de cumplirse.³⁴⁵

Así, siendo el adulterio una hipótesis de incumplimiento grave de una obligación jurídica y teniendo en cuenta el principio de nuestra legislación que ordena la reparación del daño ocasionado dolosa o culposamente a terceros, creemos que son aplicables las normas sobre responsabilidad civil a la hipótesis del adulterio, por constituir un supuesto jurídicamente relevante.

c. La especialidad del matrimonio ante la entrada en vigencia de la Ley N° 20.830 que creó el acuerdo de unión civil.

El 21 de abril de 2015, fue publicada en el Diario Oficial la Ley N° 20.830 que crea el Acuerdo de Unión Civil, ley que entró en vigencia seis meses después. Según dispone el artículo 1° del referido cuerpo normativo, en su inciso primero, el acuerdo de unión civil es un contrato celebrado entre dos personas que comparten un hogar, con el propósito de regular los efectos jurídicos derivados de su vida afectiva en común, de carácter estable y permanente.

Su celebración confiere a los contrayentes el estado civil de conviviente civil³⁴⁶ y genera entre éstos y sus respectivos consanguíneos vínculos de parentesco.³⁴⁷

El Título IV de la Ley N° 20.830³⁴⁸ trata de los efectos del Acuerdo de Unión Civil, regulando preferentemente las relaciones patrimoniales entre los convivientes civiles y entre éstos

³⁴⁴CORNEJO GARCÍA, MARÍA GLORIA. 2012. *Ob. Cit.* pp. 30-31.

³⁴⁵RUZ LÁRTIGA, GONZALO. 2012. *Ob. Cit.* p. 211.

³⁴⁶Según dispone el artículo 1°, inciso 2°, de la Ley N° 20.830.

³⁴⁷De conformidad con el artículo 1°, inciso 2°, y artículo 4°, ambos de la Ley N° 20.830.

³⁴⁸Que contiene los artículos 14 a 21, ambos inclusive, de la Ley N° 20.830.

y terceros. En cuanto a relaciones personales, el artículo 14 de la ley se limita a establecer que “Los convivientes civiles se deberán ayuda mutua. Asimismo, estarán obligados a solventar los gastos generados por su vida en común, de conformidad a sus facultades económicas y al régimen patrimonial que exista entre ellos.”

López enseña que la ayuda mutua consiste en el cuidado y atención personal que los convivientes civiles se deben en todas las circunstancias de la vida, mientras dure el acuerdo de unión civil.³⁴⁹ El mismo autor estima que, aunque la ley no lo indique, se hacen plenamente aplicables las normas contenidas en el Código Civil con ocasión del matrimonio, referidas a los derechos y deberes personales de los cónyuges, entre ellos, el deber de fidelidad previsto en el artículo 131 del Código de Bello.³⁵⁰

A falta de norma que así lo disponga, y atendido el carácter especialísimo de la institución matrimonial y del acuerdo de unión civil para nuestro ordenamiento jurídico, no nos queda sino disentir del juicio del profesor López. Creemos, por el contrario, que el acuerdo de unión civil no crea más derechos y obligaciones que las establecidas en la Ley N° 20.830, circunstancia dispuesta expresamente por la ley en su artículo 2°.

Y es que, siguiendo al mismo autor, podemos afirmar que en muchos aspectos el acuerdo de unión civil es muy cercano al matrimonio, mas es posible advertir entre ellos profundas diferencias,³⁵¹ entre las que contamos, precisamente, la diversa regulación de los efectos personales respecto de los cónyuges y los convivientes civiles.³⁵²

No puede simplemente aplicarse la regulación del matrimonio al acuerdo de unión civil. Tal circunstancia permitiría la creación de híbridos matrimonio/unión civil, al menos en casos que los convivientes civiles sean una pareja heterosexual. Así, por ejemplo, se permitiría a los contrayentes optar por un régimen de bienes no previsto para los cónyuges.³⁵³

Otra razón para negar la remisión a las normas que regulan las relaciones personales de los cónyuges radica en la circunstancia que los deberes conyugales integran el núcleo mismo de la

³⁴⁹ LÓPEZ DÍAZ, CARLOS. 2015. El Acuerdo de Unión Civil. Santiago. Editorial El Jurista. p. 61.

³⁵⁰ LÓPEZ DÍAZ, CARLOS. 2015. El Acuerdo de Unión Civil. Santiago. Editorial El Jurista. p. 31.

³⁵¹ LÓPEZ DÍAZ, CARLOS. 2015. El Acuerdo de Unión Civil. Santiago. Editorial El Jurista. p. 26.

³⁵² En este sentido se pronuncia PICÓ RUBIO, JORGE DEL. 2016. La relación conyugal y el Derecho: la persona en pareja, el matrimonio y sus efectos. En: Derecho de Familia. Segunda Edición. Santiago. Legal Publishing Chile. p. 75.

³⁵³ Dispuesto en el artículo 15 de la Ley N° 20.830.

causa matrimonial.³⁵⁴ Y entre ellos, atendida su especialidad, el deber de fidelidad juega un importante papel.

Corral enseña que la exclusividad afectiva y sexual entre el marido y la mujer está implícitamente exigida por la definición legal cuando señala que el matrimonio produce una “unión... por toda la vida”, agregando que “la expresión ‘por toda la vida’ no se refiere sólo a la duración vitalicia del vínculo, que ya está establecida en forma expresa con la palabra ‘indisolublemente’, sino a que la ‘común unidad’ que se genera no involucra algún aspecto parcial sino la totalidad de la persona del varón y de la persona de la mujer: es una donación completa de afectos, sentimientos y corporeidad”.³⁵⁵

Tal es la relevancia del deber de fidelidad que Ramos, al referirse a éste, lo señala como una obligación principal que deriva del matrimonio.³⁵⁶ En idéntico sentido, Barcia afirma que el deber de fidelidad, en cuanto se trata de un deber de abstenerse de tener relaciones sexuales con otro, caracteriza al matrimonio monogámico.³⁵⁷

Y es que, según enseña Barrientos, la obligación de guardarse fe se presenta como un necesario complemento para la más plena consecución del fin del bien de los cónyuges, porque sin él aparecería como imposible la constitución de vida instituida entre marido y mujer desde el mismo momento en el que se ofrecieron y aceptaron recíprocamente como tales, comprometiendo la integridad de sus personas en el consorcio que formaron.³⁵⁸

De otra parte, Rodríguez es enfático al señalar que sólo la ley puede imponer el deber de fidelidad o de cohabitación, porque ambos constituyen una restricción de la libertad en un aspecto esencial; de manera que no puede una persona comprometer válidamente su fidelidad al margen del contrato de matrimonio, adoleciendo tal estipulación de nulidad absoluta por carecer de causa y objeto lícito.³⁵⁹

³⁵⁴ MENDOZA ALONZO, PAMELA. 2011. *Ob. Cit.* p. 45.

³⁵⁵ CORRAL TALCIANI, HERNÁN. 2014. *Ob. Cit.*

³⁵⁶ RAMOS PAZOS, RENÉ. 2007. *Ob. Cit.* p. 143

³⁵⁷ BARCIA LEHMANN, RODRIGO. 2011. *Ob. Cit.* p. 91.

³⁵⁸ BARRIENTOS GRANDÓN, JAVIER. 2011. *Derecho de las personas. El Derecho matrimonial.* Santiago. Abeledo Perrot, Thomson Reuters, Legal Publishing Chile. p. 498

³⁵⁹ RODRÍGUEZ GREZ, PABLO. 2009. *Ley de Matrimonio Civil: interpretación, efectos e insuficiencias.* Revista Actualidad Jurídica, Separata N°20, Universidad del Desarrollo. p. 17.

Es por ello que mantener relaciones sexuales con alguien sólo pasa a ser jurídicamente reprochable si los involucrados estaban obligados a abstenerse de ellas por estar casados con otro u otra.³⁶⁰

Así las cosas, al día de hoy la existencia del deber de fidelidad es uno de los rasgos especialísimos de la institución matrimonial, razón por la cual estimamos que, si se quiere fomentar la celebración de matrimonios, ha de promoverse la observancia de los deberes que impone y sancionar su infracción. De lo contrario, no existiría en materia de deber de fidelidad diferencia alguna entre las parejas casadas, los convivientes civiles y las parejas de hecho.

De otra parte, nos parece que, ante el reconocimiento de nuestro ordenamiento jurídico a la existencia de diversos modelos de familia, y la actual posibilidad de optar por el acuerdo de unión civil en lugar del matrimonio, las políticas legislativas y las decisiones judiciales deben orientarse, más que a aumentar el número de matrimonios celebrados, a garantizar el cumplimiento de los fines que tuvieron en mente las parejas al momento de contraer matrimonio. Y es que, a nuestro entender, el matrimonio se fortalece no con la mayor cantidad de parejas que lo celebran, sino en la medida que éste se convierte en lugar de amor, convivencia y desarrollo individual y colectivo de los cónyuges y sus hijos.

Se ha dicho que, de aplicarse las normas de responsabilidad civil al plano conyugal se desincentivarían los matrimonios.³⁶¹ Nosotros, en cambio, atendido el estado actual de nuestra legislación, creemos que la aplicación de normas de responsabilidad civil fomenta el cumplimiento de los fines y deberes del matrimonio.

En este sentido, creemos que aceptar la posibilidad de resarcir los daños ocasionados con motivo del adulterio entrega una herramienta para asegurar los derechos de la víctima y, al mismo tiempo, resalta y protege el valor de la fidelidad conyugal como obligación especialísima, propia de la institución matrimonial.

³⁶⁰ CORRAL TALCIANI, HERNÁN. 2012. *Ob. Cit.*

³⁶¹ MEDINA, GRACIELA. 2002. *Ob. Cit.* p. 56.

CAPÍTULO SEXTO

ESTATUTO DE RESPONSABILIDAD CIVIL APLICABLE A LA HIPÓTESIS DE ADULTERIO.

26. Estatutos de responsabilidad civil.

Una vez admitida la procedencia de la responsabilidad civil en las relaciones de familia, y en particular en la hipótesis del adulterio, corresponde analizar los estatutos de responsabilidad civil que prevé el ordenamiento jurídico.

Y es que la responsabilidad civil en nuestro derecho reconoce dos estatutos diversos que, a pesar de perseguir idéntico fin resarcitorio, suponen una regulación diversa, según si la responsabilidad nace a consecuencia del incumplimiento de una obligación jurídica preexistente o si, por el contrario, la obligación de resarcir perjuicios se origina en ausencia de vínculo jurídico previo. Así, se distingue la responsabilidad civil contractual de la extracontractual.

A este respecto enseña Alessandri que mientras la responsabilidad contractual supone una obligación anterior, se produce entre personas ligadas por un vínculo jurídico preexistente, a cuya violación sirve de sanción, la responsabilidad delictual o cuasidelictual supone la ausencia de obligación, se produce entre personas jurídicas extrañas, por lo menos en cuanto al hecho de que deriva, y es ella la que crea la obligación de reparar el daño. La responsabilidad delictual o cuasidelictual es, por lo mismo, fuente de obligaciones; con anterioridad no existía entre las partes ninguna obligación con la cual se relacione el hecho que la genera.³⁶²

De otra parte, el profesor Ramos enseña que estamos frente a la responsabilidad contractual en el caso que el daño provenga de no haberse cumplido una obligación contractual o de haberse cumplido imperfecta o tardíamente; y que, en cambio, la responsabilidad será extracontractual cuando con dolo o culpa se causa un daño a otro, que no importe incumplimiento de un contrato.³⁶³

³⁶² ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO. 2009. *Ob. Cit.* p. 35.

³⁶³ RAMOS PAZOS, RENÉ. 2006. *Ob. Cit.* pp. 4-5.

En el mismo sentido, Barros señala que la responsabilidad contractual tiene por antecedente la convención voluntaria y la extracontractual el hecho ilícito, que no está antecedido de una relación jurídica obligatoria.³⁶⁴ Con todo, el referido autor advierte que más allá de la diversidad en cuanto a su fuente, la responsabilidad contractual difiere lógicamente de la extracontractual en su estructura más esencial, de manera que mientras la responsabilidad contractual da lugar a una obligación de segundo grado, que tiene por antecedente el incumplimiento de otra obligación de primer grado que nace del contrato, en materia extracontractual la relación de responsabilidad civil no tiene por antecedente un vínculo obligatorio que la anteceda.³⁶⁵

Por su parte, el profesor Rodríguez señala que la diferencia más importante entre la responsabilidad civil contractual y la extracontractual radica en el origen de la obligación incumplida, de manera que si la obligación que se deja de satisfacer deriva de un contrato, estamos frente a la responsabilidad contractual; pero si la obligación corresponde al deber de comportarse prudentemente sin causar daño a nadie, que sería una obligación general instituida en la ley, estamos en el ámbito de la responsabilidad delictual o cuasidelictual.³⁶⁶

27. Importancia de la distinción.

La distinción entre ambos estatutos y la determinación de cuál es aplicable al caso concreto resulta de la más alta importancia, atendido que ellos están regulados de manera diversa en el Código Civil. En efecto, mientras la responsabilidad contractual está reglamentada en el Título XII del Libro IV del Código Civil, al tratar de los efectos de las obligaciones; la responsabilidad delictual y cuasidelictual lo está en el Título XXXV del mismo Libro, dedicado a los delitos y cuasidelitos.

Tal circunstancia ha dado lugar a que la doctrina nacional exponga una serie de diferencias, en cuanto a los requisitos de procedencia y efectos de ambos estatutos de responsabilidad civil. Así, se ha señalado que la responsabilidad contractual difiere de la extracontractual en las siguientes materias: requisitos de capacidad, gradación de la culpa, carga de la prueba de la culpa, necesidad de constituir en mora al deudor, forma en que responden los deudores cuando existen varias personas responsables del daño, responsabilidad por el hecho de terceros, plazos de prescripción de la acción de responsabilidad, posibilidad de postergar la determinación de la

³⁶⁴ BARROS BOURIE, ENRIQUE. 2007. *Ob. Cit.* p. 976.

³⁶⁵ BARROS BOURIE, ENRIQUE. 2007. *Ob. Cit.* p. 978.

³⁶⁶ RODRÍGUEZ GREZ, PABLO. 2004 a. *Ob. Cit.* pp. 20-21.

especie y monto de los perjuicios, ley aplicable y, extensión de la reparación³⁶⁷. Lo anterior sin perjuicio de los matices y objeciones que plantea cada autor respecto de uno o más de los criterios.³⁶⁸

Como puede verse, ante la existencia de dos estatutos con regulaciones diversas, resulta imprescindible para el éxito de la acción de responsabilidad, determinar previamente qué estatuto de responsabilidad civil es el aplicable a cada caso. Tal necesidad, nos obliga a distinguir la fuente de la obligación resarcitoria.

Del tenor literal de los artículos 1437 y 2284 del Código Civil fluye que la obligación de reparar los daños y perjuicios puede nacer ya del incumplimiento de una obligación contractual, ya a consecuencia de un delito o cuasidelito, o bien, del incumplimiento de una obligación de fuente legal o cuasicontractual.

Queda claro que la responsabilidad civil que deriva del incumplimiento de un contrato se rige por el estatuto de la responsabilidad contractual. Asimismo, no cabe duda que la responsabilidad civil que nace de los delitos y cuasidelitos civiles está regulada por el estatuto de la responsabilidad extracontractual. Mas, la doctrina no es unánime para determinar el estatuto que ha de regir la responsabilidad civil que derive del incumplimiento de una obligación de fuente legal o cuasicontractual, dando origen a la clásica discusión sobre cuál de los estatutos de responsabilidad, el contractual o el extracontractual, constituye el régimen común de responsabilidad civil.³⁶⁹

Es más, la decisión de aplicar uno u otro estatuto reconoce en doctrina otra discusión, en la hipótesis de que un mismo hecho importe, al mismo tiempo, el incumplimiento de una obligación contractual y la ocurrencia de un delito o cuasidelito civil. Y es que existe consenso en la doctrina y jurisprudencia nacional en cuanto a negar la posibilidad de acumular las acciones de

³⁶⁷ Véase ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO. 2009. *Ob. Cit.* pp. 37 y ss.; BARROS BOURIE, ENRIQUE. 2007. *Ob. Cit.* pp. 976 y ss.; CORRAL TALCIANI, HERNÁN. 2003. *Ob. Cit.* pp. 28 y ss.; RAMOS PAZOS, RENÉ. 2006. *Ob. Cit.* pp. 14 y ss.

³⁶⁸ Así, a modo meramente ejemplar, podemos señalar que Barros se opone a Alessandri y Ramos Pazos cuando estos afirman que en materia delictual y cuasidelictual toda falta de cuidado, por levísima que sea, engendra responsabilidad.

³⁶⁹ Sobre el particular, se han pronunciado a favor de la responsabilidad contractual como el estatuto de derecho común de la responsabilidad civil los autores ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO. 2009. *Ob. Cit.* p. 43; Claro Solar, según es citado por RAMOS PAZOS, RENÉ. 2006. *Ob. Cit.* p. 24; Abeliuk, según cita CORRAL TALCIANI, HERNÁN. 2003. *Ob. Cit.* p. 40. A favor de la responsabilidad extracontractual contamos a Ducci y Rodríguez, según son citados por RAMOS PAZOS, RENÉ. 2006. *Ob. Cit.* pp. 25-26; y a CORRAL TALCIANI, HERNÁN. 2003. *Ob. Cit.* p. 41. A pesar que BARROS BOURIE, ENRIQUE. 2007. *Ob. Cit.* pp. 1067 y ss. afirme que el estatuto de responsabilidad extracontractual es general y supletorio, adopta una postura ecléctica al proponer la aplicación del régimen contractual respecto de los cuasicontratos.

responsabilidad civil contractual y extracontractual, esto es, ejercer ambas acciones respecto de un mismo hecho dañoso³⁷⁰. Tal circunstancia obliga a que la víctima del daño someta su pretensión conforme a uno de los estatutos de responsabilidad civil. En este escenario, la doctrina nacional no está conteste respecto de si ha de reconocerse al actor la posibilidad de optar por uno u otro estatuto de responsabilidad civil o si, por el contrario, la víctima está obligada a preferir la aplicación de un estatuto sobre otro.³⁷¹

28. Rasgos comunes a ambos estatutos de responsabilidad civil.

Sin perjuicio de lo expuesto, los estatutos de responsabilidad civil contractual y extracontractual comparten una misma lógica y más de alguno de sus requisitos constitutivos, tales como la necesidad que la víctima sufra un daño, y la necesidad de relación causal entre la acción dolosa o culposa y el daño sufrido por la víctima.

Atendida dicha circunstancia y la imperiosa necesidad que tales requisitos concurren para que proceda la aplicación de cualquiera de los estatutos de responsabilidad civil, nos referiremos a la posibilidad que la hipótesis de adulterio sea apta para cumplir con dichos requisitos, para luego referirnos a la determinación del estatuto de responsabilidad civil aplicable a la especie.

29. Carácter fundamental de los daños y perjuicios.

Cualquiera sea el régimen de responsabilidad civil que se aplique a una situación fáctica, la jurisprudencia y doctrina nacionales están contestes en que la existencia de daños o perjuicios es fundamento esencial para la procedencia de la responsabilidad civil.

Tanta es la relevancia del daño en materia de responsabilidad civil que don Ramón Domínguez Águila sostiene que el daño más que elemento de responsabilidad civil, es un presupuesto de ella, sea contractual o extracontractual.³⁷² Por su parte, Barros Bourie llama la atención acerca que el elemento más genérico en la responsabilidad civil es el daño, porque es común a toda forma de responsabilidad civil, sea por culpa o estricta, de manera que no hay

³⁷⁰ En este sentido se pronuncian: ABELIUK MANASEVICH, RENÉ. 2008. *Ob. Cit.* p. 933.; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO. 2009. *Ob. Cit.* p. 61.; BARROS BOURIE, ENRIQUE. 2007. *Ob. Cit.* p. 1056; FUEYO LANERI, FERNANDO. 2004. *Ob. Cit.* pp. 358-359.; RAMOS PAZOS, RENÉ. 2006. *Ob. Cit.* p. 29.

³⁷¹ Véanse a este respecto: ABELIUK MANASEVICH, RENÉ. 2008. *Ob. Cit.* pp. 933 y ss.; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO. 2009. *Ob. Cit.* pp. 63 y ss.; BARROS BOURIE, ENRIQUE. 2007. *Ob. Cit.* pp. 1057 y ss.; CORRAL TALCIANI, HERNÁN. 2003. *Ob. Cit.* pp. 33 y ss.; RAMOS PAZOS, RENÉ. 2006. *Ob. Cit.* pp. 27 y ss.; RODRÍGUEZ GREZ, PABLO. 2004 a. *Ob. Cit.* p. 31.

³⁷² Ramón Domínguez Águila, citado por RAMOS PAZOS, RENÉ. 2006. *Ob. Cit.* p. 76.

responsabilidad patrimonial si la víctima no ha sufrido daño alguno, razón por la cual el concepto de daño es determinante para definir la extensión material de la responsabilidad civil.³⁷³ Y es que no puede repararse lo que no existe.³⁷⁴

De otra parte, el profesor Ramos es categórico al señalar que lo que caracteriza la responsabilidad civil es el daño, de manera que si éste falta no hay responsabilidad civil,³⁷⁵ mientras que el profesor Alessandri expone que sin daño no hay responsabilidad civil, pues sin interés no hay acción, y la obligación de reparar un daño nace precisamente de haberse causado.³⁷⁶ En análogo sentido, Meza expone que el daño es un elemento esencial de una acción encaminada a repararlo.³⁷⁷

Como puede verse, el daño constituye un elemento central de la responsabilidad civil para la doctrina clásica.

Por lo demás, atendida la constante evolución que esta materia ha experimentado, llama la atención que las teorías más modernas promuevan un valor aún mayor, al daño, como elemento central de la reparación. Sobre este respecto el profesor Rodríguez expone que la doctrina más reciente basa la responsabilidad en el hecho dañoso y no en la culpa o el dolo, de manera tal que lo que acarrea la reparación es el daño injusto, mirado desde la posición de víctima y no del autor del daño.³⁷⁸ En idéntico sentido, el profesor Corral enseña que por influencia del *common law* y la necesidad de propiciar una nueva inteligencia de las normas para centrar la mirada no tanto en el responsable, sino en la víctima, se ha extendido en el último tiempo la expresión “derecho de daños”, en reemplazo del concepto de responsabilidad civil.³⁷⁹

Así las cosas, el estudio de la procedencia de una acción reparadora fundada en el adulterio debe, necesariamente, partir del supuesto que la infidelidad de uno de los cónyuges irrogó perjuicios, patrimoniales o extrapatrimoniales, al otro cónyuge.

³⁷³ BARROS BOURIE, ENRIQUE. 2007. *Ob. Cit.* p. 62.

³⁷⁴ ABELIUK MANASEVICH, RENÉ. 2008. *Las Obligaciones. Tomo II. Quinta Edición.* Santiago. Editorial Jurídica de Chile. p. 814.

³⁷⁵ RAMOS PAZOS, RENÉ. 2006. *Ob. Cit.* p. 4.

³⁷⁶ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO. 2009. *Ob. Cit.* p. 152.

³⁷⁷ MEZA BARROS, RAMÓN. 1999. *Manual de Derecho Civil. De las obligaciones. Novena Edición.* Santiago. Editorial Jurídica de Chile. p. 270.

³⁷⁸ RODRÍGUEZ GREZ, PABLO. 2004 a. *Ob. Cit.* p. 93.

³⁷⁹ CORRAL TALCIANI, HERNÁN. 2003. *Ob. Cit.* pp. 24-25. En el mismo sentido, FUEYO LANERI, FERNANDO. 2004. *Ob. Cit.* p. 365.

30. Perjuicios que podrían sobrevenir a causa del adulterio.

Brebbia define el daño jurídico como la violación de uno o varios de los derechos subjetivos que integran la personalidad jurídica de un sujeto, producida por un hecho voluntario, que engendra a favor de la persona agraviada el derecho de obtener una reparación del sujeto a quien la norma imputa el referido hecho, calificado de ilícito.³⁸⁰ Como puede verse, tal concepto admite la reparación del daño de carácter patrimonial y también del daño extrapatrimonial.

Atendida la diversidad de formas de vivir en pareja y la circunstancia que los temas afectivos pueden afectar a cada individuo de diferente manera, creemos inoficioso intentar siquiera hacer una lista de los daños que estimamos podrían derivar de la ocurrencia de un adulterio. Baste, para efectos de continuar el análisis, destacar que esta especial forma de trasgresión del deber de fidelidad que impone el matrimonio, atendido el carácter afectivo y emocional de la vida en común de los cónyuges, es apta para afectar intensamente la psiquis de la víctima, pudiendo derivar incluso en daño patrimonial a consecuencia, por ejemplo, de su caída en un severo cuadro depresivo y la consecuente inhabilidad de desempeñar un trabajo.

Tal daño patrimonial no requiere mayor comentario pues resulta evidente que, si se irrogó a consecuencia del adulterio, ha de ser resarcido. En cambio, conviene detenerse respecto de la posibilidad de resarcimiento del daño moral que es consecuencia de la conducta del cónyuge adúltero.

La Excma. Corte Suprema ha señalado que el daño moral “es aquel que proviene de toda acción u omisión que pueda estimarse lesiva a las facultades espirituales, a los afectos o a las condiciones sociales o morales inherentes a la personalidad humana: en último término, todo aquello que signifique un menoscabo en los atributos o facultades mentales del que sufre el daño”.³⁸¹ El mismo tribunal ha señalado también que al daño moral “se le ha concebido como el dolor, pesar o molestia que sufre una persona en su sensibilidad física, en sus sentimientos o afectos o en su calidad de vida y cuya indemnización se identifica en general con la expresión latina *pretium doloris* o ‘precio del dolor’ y haciendo una clasificación elemental de los tipos de intereses susceptibles de perjuicio moral comprende tanto los atributos de la personalidad, tales como el honor o la honra, la intimidad o la propia imagen, cuya lesión involucra generalmente aspectos patrimoniales y extrapatrimoniales, tales como el dolor corporal, los perjuicios estéticos o de agrado; o cualquier deterioro del normal desarrollo de la vida familiar, afectiva o sexual; los

³⁸⁰ Brebbia, citado por FUEYO LANERI, FERNANDO. 2004. *Ob. Cit.* p. 373.

³⁸¹ Sentencia dictada por la Excma. Corte Suprema, el 7 de agosto de 2013, recaída en los autos Rol N° 3582-2012.

daños en la autoestima a consecuencias de lesiones o pérdida de miembros, y los llamados perjuicios de afección, ocasionados por el sufrimiento o muerte de un ser querido e intereses relacionados con la calidad de vida en general, constituidos por las molestias ocasionadas en razón de la vecindad, tales como ruidos molestos, humos y malos olores; intereses relacionados con la integridad física y psíquica afectan, asimismo, la calidad de vida de la víctima”.³⁸²

Jurisprudencia de otros tribunales superiores de justicia ha señalado que el daño moral “radica en la zozobra espiritual y el sufrimiento síquico que determinadas circunstancias producen en el ánimo de una persona, lo que provoca un detrimento en la calidad de su existencia. Tales circunstancias pueden obedecer a diversas causas, materiales o físicas...”.³⁸³ Asimismo, se ha dicho que el daño moral “es un concepto que se refiere a la lesión o menoscabo que el hecho dañoso pueda ocasionar en un derecho o interés del que es titular la persona afectada y que se encuentra en la esfera extrapatrimonial del individuo”.³⁸⁴

Según observa Fueyo, la doctrina nacional hace radicar el daño moral en el efecto psíquico o físico que este daño causa en el sujeto que lo sufre, sosteniéndose que el daño moral es el dolor sufrido por una persona como consecuencia de un hecho ilícito de que es víctima, sin repercusión patrimonial, aunque importando una disminución de los atributos o facultades morales de quien sufre el daño.³⁸⁵ En el mismo sentido, Lyon señala que el daño moral es la lesión de un interés moral tutelado por la ley, y dicho interés no es otra cosa que los derechos de la personalidad. Entonces, la lesión de un derecho de la personalidad dará siempre lugar a la obligación de indemnizar el daño producido a la víctima en una parte esencial de su propia personalidad.³⁸⁶

El profesor Figueroa enseña que el fundamento primero de todos los derechos esenciales de las personas naturales es su dignidad, y que el derecho a la integridad moral y al honor, el derecho a la privacidad, a la intimidad y a la imagen, la inviolabilidad del hogar y de la correspondencia, tienden todos a resguardar la dignidad de cada individuo de la especie humana.³⁸⁷

³⁸² Sentencia dictada por la Excma. Corte Suprema, el 30 de junio de 2008, recaída en los autos Rol N° 5857-2006.

³⁸³ Sentencia dictada por la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, el 9 de marzo de 2006, recaída en los autos Rol N° 1664-2005.

³⁸⁴ Sentencia dictada por la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, el 9 de abril de 2007, recaída en los autos Rol N° 1956-2002.

³⁸⁵ FUEYO LANERI, FERNANDO. 2004. *Ob. Cit.* p. 375.

³⁸⁶ LYON PUELMA, ALBERTO. 2007. *Personas Naturales*. Tercera Edición. Santiago. Ediciones Universidad Católica de Chile. p. 80.

³⁸⁷ FIGUEROA YÁÑEZ, GONZALO. 1998. Los derechos de la personalidad en general: concepción tradicional. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* (19). p. 23.

El respeto a la dignidad de las personas y a la importancia de su estructura moral es una cuestión que incide directamente en ellas, pues toda responsabilidad contractual y extracontractual es necesariamente afectada cuando se toca la dignidad de la persona.³⁸⁸

En estas circunstancias, creemos que la indemnización por daño moral constituye la principal respuesta sancionatoria para los casos de violación de los derechos de la personalidad.

Y es que frente a la prerrogativa de la persona humana sobre su vida, integridad física, honor, libertad, etc., existe un deber jurídico general de respeto, que es lo que caracteriza a todo derecho subjetivo³⁸⁹ y nadie puede verse expuesto a soportar impunemente un dolor o un sufrimiento cuando provenga de la violación de un derecho de la personalidad, porque por ello se ha establecido el derecho;³⁹⁰ de manera tal que todo atentado en contra de la integridad física o psíquica de una persona obliga al ofensor a indemnizar a la víctima de los perjuicios patrimoniales y morales que le ha causado la lesión.³⁹¹

Creemos que, en el derecho chileno, la máxima expresión normativa de los derechos de la personalidad descansa en el numeral 1º del artículo 19 de la Constitución Política de la República, que asegura a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona.³⁹² Sobre el particular, la Il. Corte de Apelaciones de Antofagasta reconoce que el derecho de la persona a mantener su integridad psíquica está elevado a la categoría constitucional, “de manera que cualquiera acción desplegada por persona o agente alguno que provoque o atente contra esta integridad, constituye un perjuicio y, por ende, un daño que el derecho debe restablecer, sea efectiva o alternativamente”.³⁹³

De otra parte, el mismo artículo 19 de la Constitución, en su numeral 4º, asegura a todas las personas el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia.³⁹⁴ Lyon enseña que el honor de las personas es entendido en dos niveles: como crédito

³⁸⁸ LYON PUELMA, ALBERTO. 2007. *Ob. Cit.* p. 76.

³⁸⁹ Abelenda, citado por LYON PUELMA, ALBERTO. 2007. *Ob. Cit.* p. 78.

³⁹⁰ LYON PUELMA, ALBERTO. 2007. *Ob. Cit.* pp. 81-82.

³⁹¹ LYON PUELMA, ALBERTO. 2007. *Ob. Cit.* p. 99.

³⁹² En similar sentido, el artículo 3º de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre dispone que “todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”. De otra parte, el artículo 5º del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de San José de Costa Rica reconoce que “toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”.

³⁹³ Sentencia dictada por la Il. Corte de Apelaciones de Antofagasta, el 31 de octubre de 2006, recaída en los autos Rol Nº 711-2006.

³⁹⁴ Sobre el derecho a la honra el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de San José de Costa Rica dispone que “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su

moral y como proyección de la virtud. En su primera dimensión, el honor de las personas se afecta, se viola, se perturba, por expresiones y por acciones, es decir, por palabras o por hechos que importen menosprecio, descrédito o deshonra. La humillación, el insulto, las burlas, la exposición deliberada al ridículo o a hechos vergonzosos, el maltrato, las órdenes dictadas con abuso de poder, el uso o utilización de una persona como objeto sexual o mero instrumento para la obtención de fines inconfesados, todas ellas, constituyen violaciones a esta dimensión del honor de las personas. El honor, considerado en su segundo nivel, se concibe como una proyección de la virtud engendrada en el patrimonio moral de la persona y, por tanto, se atenta contra éste cuando se imputa una acción constitutiva de una degradación moral que opaque la virtud moral de la persona.³⁹⁵

Ahora bien, nuestra jurisprudencia ha fallado que todo daño moral puro o con consecuencias patrimoniales, para ser indemnizable, requiere que tenga carácter de certidumbre y realidad, por lo que aquellos que obedecen a meras conjeturas o a una posibilidad no lo son, pues constituyen específicamente daños patrimoniales indirectos.³⁹⁶ Así, no podríamos pensar en un perjuicio de afección, fundamento de una reparación que los autores llaman *pretium doloris*, o precio del dolor; si se acredita sólo una repercusión afectiva, sin transgredirse un derecho o bien de la personalidad.³⁹⁷

De ahí que el profesor Vargas advierta que no basta cualquier daño, sino que debe ser directo, cierto, anormal, relevante, se debe comprobar la existencia de un daño objetivo imputable a otro cónyuge, en especial cuando se aleguen daños no patrimoniales; así pues, las nimiedades, las meras o simples molestias no constituyen daños resarcibles, más aún cuando en el matrimonio, atendido la convivencia de los cónyuges, al máximo grado de interrelación personal, éstos se encuentran expuestos a mayores conflictos que pueden acarrear ciertas molestias o desavenencias, pero que en ningún caso constituyen daños o perjuicios indemnizables.³⁹⁸

Así las cosas, podemos concluir, junto con el profesor Rodríguez, que respecto de la indemnización de perjuicios por incumplimiento de deberes conyugales, entre los daños de mayor envergadura habrá de encontrarse la lesión de intereses extrapatrimoniales y que, atendida la tendencia de nuestra jurisprudencia, no cabe duda que la reparación de este rubro es procedente,

correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación" (artículo 17 N°1) y que "Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra estas injerencias o esos ataques" (artículo 17 N° 2).

³⁹⁵ LYON PUELMA, ALBERTO. 2007. *Ob. Cit.* pp. 148-150.

³⁹⁶ Sentencia dictada por la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, el 9 de diciembre de 2003, recaída en los autos Rol N° 4677-1999.

³⁹⁷ FUEYO LANERI, FERNANDO. 2004. *Ob. Cit.* p. 380.

³⁹⁸ VARGAS ARAVENA, DAVID. 2015. *Ob. Cit.* p. 88.

tanto más si se considera que el matrimonio tiene un contenido, proyección y alcance que exceden en mucho lo meramente patrimonial.³⁹⁹

31. La responsabilidad civil de toda persona, sea contractual o extracontractual, nace a consecuencia de una acción u omisión suya.

La responsabilidad, en tanto obligación de reparar los perjuicios sufridos por un tercero, reconoce en su fuente primaria en la actuación propia de quien originó el daño. Y es que, como explica el profesor Corral, “sólo puede concebirse la responsabilidad cuando existe una voluntad humana libre, es decir, capaz de determinar sus propios comportamientos en relación a una finalidad... el ser libre ejerce una cierta titularidad sobre los actos a través de los cuales ejercita su libre arbitrio: le son predicables, son ‘suyos’, no sólo en la forma que han sido queridos, sino en toda su significación y en todas las consecuencias que le son inherentes. Esta relación entre el acto propio y sus efectos y el sujeto humano que lo realiza libremente es lo que queremos significar, a rasgos muy genéricos, con el término responsabilidad”.⁴⁰⁰

En el mismo sentido, el profesor Rodríguez enseña que la responsabilidad solo puede concebirse en la esfera de la conducta humana.⁴⁰¹ De ahí que la responsabilidad civil tenga siempre por antecedente un daño atribuible a la conducta libre del demandado.⁴⁰²

Así, para dar lugar a la acción de indemnización de perjuicios en sede contractual, Fueyo exige que la situación antijurídica del incumplimiento sea consecuencia de un comportamiento del obligado, según el cual exterioriza una voluntad que produce un cambio en el estado de derecho creado por la obligación.⁴⁰³

De igual forma Barros enseña, refiriéndose a la responsabilidad extracontractual, que nuestro derecho establece como condición de la responsabilidad un hecho voluntario de quien resulta obligado.⁴⁰⁴

Pues bien, en la hipótesis del adulterio, el comportamiento del obligado que importa el incumplimiento al deber de fidelidad, se encuentra descrito en el inciso segundo del artículo 132 del Código Civil, de manera tal que cuando una mujer casada yace con varón que no sea su marido, o un varón casado yace con mujer que no sea su cónyuge, se cumple con el presupuesto

³⁹⁹ RODRÍGUEZ GREZ, PABLO. 2009. *Ob. Cit.* p. 34.

⁴⁰⁰ CORRAL TALCIANI, HERNÁN. 2003. *Ob. Cit.* p. 12.

⁴⁰¹ RODRÍGUEZ GREZ, PABLO. 2004 a. *Ob. Cit.* p. 119.

⁴⁰² BARROS ERRÁZURIZ, ALFREDO. *Ob. Cit.* p. 63.

⁴⁰³ FUEYO LANERI, FERNANDO. 2004. *Ob. Cit.* pp. 258-259.

⁴⁰⁴ BARROS ERRÁZURIZ, ALFREDO. *Ob. Cit.* p. 63.

señalado. Del tenor literal del precepto se desprende que es necesario que la conducta sea cometida por uno de los cónyuges, pues precisamente respecto de ellos rige el deber de guardarse fe, que es inexigible respecto de cualquier otra persona.

El referido artículo 132 del Código de Bello, agregado en 1994 a dicho cuerpo normativo⁴⁰⁵ y cuya redacción fuera modificada en 1995,⁴⁰⁶ utilizó el vocablo “yacer” como verbo rector de la acción, cuyo concepto no se encuentra definido por la ley.

En estas circunstancias, cabe atender a las acepciones del término “yacer” contenidas en el Diccionario de la Lengua Española, donde se expone que tal verbo, dicho de una persona, significa “Estar echada o tendida”, “Existir o estar real o figuradamente en algún lugar” o, “Tener trato carnal con alguien”.⁴⁰⁷ Es este último sentido del que se valió el legislador civil: así se desprende de la historia fidedigna del establecimiento de la ley.⁴⁰⁸

Ahora bien, cabe observar que no basta la sola realización del acto sexual para que estemos frente a un adulterio. Resulta imperioso que, además, dicho actuar sea manifestación de la voluntad libre del cónyuge, esto es, que la relación sexual hubiera sido consentida, pues solo así la conducta es apta para constituir una infracción al deber de fidelidad. De manera tal que, si un cónyuge es forzado a sostener una relación sexual con una persona distinta de su marido o mujer, faltando su libre consentimiento en el acto, como en el caso de la violación, no procedería perseguir su responsabilidad civil por adulterio por cuanto éste no se ha configurado.

En este sentido, cabe recalcar que la voluntariedad forma parte de la definición misma de adulterio, expuesta en el Diccionario de la lengua española, en tanto, “Relación sexual voluntaria entre una persona casada y otra que no sea su cónyuge”.⁴⁰⁹

Asimismo, según se expuso, la voluntad libre en la acción es esencial para que pueda imputarse responsabilidad civil, es el presupuesto que permite al sujeto prever las consecuencias de su actuar.

De otra parte, el profesor Vargas exige que, además, tal conducta sea calificada como grave y reiterada, puesto que “Si el legislador impone la concurrencia de los requisitos de gravedad y reiteración para que la violación de los deberes sea causa de separación o divorcio... esa misma

⁴⁰⁵ En virtud del artículo 28, Nº 2 de la Ley Nº 19.335.

⁴⁰⁶ En virtud del artículo único de la Ley Nº 19.422.

⁴⁰⁷ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española. Vigésimo Tercera Edición. [en línea] <<http://dle.rae.es/?id=c8Ud9rf>> [consulta: 22 septiembre 2016].

⁴⁰⁸ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. 1994. *Ob. Cit.*

⁴⁰⁹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española. Vigésimo Tercera Edición. [en línea] <<http://dle.rae.es/?id=0rdvn7W>> [consulta: 22 septiembre 2016].

exigencia, ese mismo estándar, se debe aplicar para determinar cuándo ese incumplimiento puede dar origen a una acción de responsabilidad civil. El objetivo que se busca con la exigencia de la gravedad o reiteración es evitar las acciones entre cónyuges por simples molestias o nimiedades, y con ello la proliferación de las mismas”.⁴¹⁰

A nuestro entender, es al estimar la existencia y cuantía del daño que el juez deberá pronunciarse respecto de las consecuencias de la conducta del cónyuge adúltero; de manera que la circunstancia de que el cónyuge víctima sufra simples molestias o perjuicios nimios o, por el contrario, experimente serios perjuicios, no forma parte del análisis relativo a la conducta del cónyuge incumplidor, razón por la que no adherimos al planteamiento expuesto.

32. Necesidad de un nexo causal entre el adulterio y el daño sufrido por el cónyuge inocente.

Hemos dado cuenta que la indemnización de perjuicios en caso de adulterio sólo procederá si es que se ha ocasionado un daño al cónyuge inocente. Según enseña Fueyo, tal es un requisito que emerge del solo enunciado reparación de daños, y es que lo que se repara son precisamente daños y estos deben existir realmente.⁴¹¹ Mas, resulta imprescindible que exista una conexión entre el hecho del responsable y el daño, de ahí que el profesor Barros afirme categóricamente que la causalidad es requisito común a todo tipo de responsabilidad civil⁴¹² y que ésta es fundamento y límite de la responsabilidad.⁴¹³

De esta forma, en sede contractual, además de la existencia de daños, se exige que éstos hayan de tener origen, necesariamente, en el hecho infractor; en aquel acontecimiento culposo o doloso que da lugar a indemnización.⁴¹⁴ Así se desprende del tenor de los artículos 1558 y 1556 del Código Civil.

En este sentido, Abeliuk enseña que, 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.⁴¹⁵ Entre un acto ilícito y un determinado daño hay relación causal cuando el primero engendra el segundo y éste no puede darse sin aquel, es decir, cuando el hecho doloso o culposo es la causa directa y necesaria del daño.⁴¹⁶

⁴¹⁰ VARGAS ARAVENA, DAVID. 2015. *Ob. Cit.* p. 87.

⁴¹¹ FUEYO LANERI, FERNANDO. 2004. *Ob. Cit.* p. 367.

⁴¹² BARROS BOURIE, ENRIQUE. 2007. *Ob. Cit.* p. 373.

⁴¹³ BARROS BOURIE, ENRIQUE. 2007. *Ob. Cit.* p. 374.

⁴¹⁴ FUEYO LANERI, FERNANDO. 2004. *Ob. Cit.* p. 367.

⁴¹⁵ ABELIUK MANASEVICH, RENÉ. 2008. *Ob. Cit.* p. 815.

⁴¹⁶ VARGAS ARAVENA, DAVID. 2015. *Ob. Cit.* p. 89.

En sede extracontractual se exige una relación necesaria, directa e inmediata entre la acción u omisión y el daño, exigencias que fluyen del tenor de las normas contenidas en los artículos 2314 y 2329 del Código Civil.⁴¹⁷

Así, la carga de la prueba de la relación causal entre el incumplimiento contractual y el daño pesa sobre el cónyuge inocente que demande la indemnización.

⁴¹⁷ RUZ LÁRTIGA, GONZALO. 2014. Explicaciones de Derecho Civil. Tomo IV. Contratos y Responsabilidad Extracontractual. Santiago. Legal Publishing Chile. p. 470.

CAPÍTULO SÉPTIMO.

DETERMINACIÓN DEL ESTATUTO DE RESPONSABILIDAD CIVIL APLICABLE A LA HIPÓTESIS DE ADULTERIO.

Párrafo Primero.

Análisis de la aplicabilidad del estatuto de responsabilidad contractual.

33. Razones en favor de aplicar el estatuto de responsabilidad contractual.

Si es que aceptamos la aplicabilidad de las normas de responsabilidad civil al entorno conyugal y, más precisamente, a las relaciones entre cónyuges, parecería lógico que, atendido el claro tenor literal del artículo 102 del Código Civil, habría de hacerse valer tal responsabilidad civil de conformidad con las reglas dispuestas por el estatuto de la responsabilidad contractual.⁴¹⁸

Con todo, la mayoría de los autores que adscriben a las tesis permisivas se han pronunciado a favor de la aplicabilidad del estatuto de responsabilidad extracontractual,⁴¹⁹ fundándose principalmente en la discusión acerca de la naturaleza jurídica del matrimonio.

Y es que la doctrina nacional y comparada han intentado, históricamente, determinar una categoría que explique la naturaleza jurídica del matrimonio. En este contexto se ha dicho que el matrimonio es un contrato, una institución, un híbrido de contrato e institución, o un acto del Estado.⁴²⁰ Otras teorías, menos extendidas hoy día, configuraron al matrimonio como una sociedad, un estado, o como un sacramento.⁴²¹

⁴¹⁸ Que dispone: “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.”

⁴¹⁹ En este sentido, MAZA GAZMURI, IÑIGO DE LA. 2012 b. *Ob. Cit.*

⁴²⁰ Véanse: BETTINI SILVA, KARINA e IBARRA GUTIÉRREZ, ESTRELLA. 2007. *Ob. Cit.* pp. 22-26.; LARRAÍN RÍOS, HERNÁN. 1998. Matrimonio, ¿contrato o institución? [en línea] Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, Vol. 9 (1): 153-160. <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S071809501998000200007&script=sci_arttext> [consulta: 18 septiembre 2016]; PICÓ RUBIO, JORGE DEL. 2015. Derecho Matrimonial Chileno. Segunda Edición. Santiago. Legal Publishing Chile. pp. 113-126; RAMOS PAZOS, RENÉ. 2007. *Ob. Cit.* pp. 30y ss.; TRONCOSO LARRONDE, HERNÁN. 2014. *Ob. Cit.* pp. 11-15; UGARTE GODOY, JOSÉ JOAQUÍN. 1989. El Matrimonio. Notas sobre su concepto, naturaleza y régimen. Revista de Derecho. Vol. 16 (3): 753-761.; LARRAÍN RÍOS, HERNÁN. 1950. Naturaleza jurídica del matrimonio. [en línea] Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Vol.14.

Si bien concedemos que el contenido y efectos jurídicos del matrimonio exceden con mucho a aquellos propios del ámbito contractual, creemos que tal aserto no es suficiente para descartar, por sí solo, la aplicación del estatuto de responsabilidad contractual y que, de otra parte, existen a lo menos tres órdenes de argumentos en que se puede fundar la postura de quienes estiman aplicable el estatuto de responsabilidad civil contractual para el caso del adulterio.

a. La propuesta del profesor Vargas: Responsabilidad obligacional.

En respaldo de lo recién expuesto, en relación a que la naturaleza jurídica del matrimonio reconocida por la doctrina nacional no obstaría a la aplicación del estatuto de responsabilidad civil contractual baste señalar que, a pesar de compartir la afirmación de que el matrimonio no es un contrato,⁴²² el profesor Vargas sostiene que los daños causados por incumplimiento de deberes personales entre los cónyuges se deben resarcir de acuerdo con el estatuto de responsabilidad contractual.⁴²³

Lo anterior, fundado en que el Título XII del Libro IV del Código Civil, en el cual se encuentran ubicadas las disposiciones que regulan la llamada responsabilidad contractual, lleva por título “Del efecto de las obligaciones”, debiendo aplicarse dicha normativa siempre que entre las partes exista un vínculo obligacional preexistente, cualquiera sea la fuente de dicha obligación, ya que el legislador expresa que dicho estatuto regula el efecto de las obligaciones en general y no el efecto de los contratos en particular. Por la misma razón, el autor cree que sería más preciso distinguir entre responsabilidad civil obligacional y responsabilidad civil extraobligacional, y no hablar de responsabilidad civil contractual o extracontractual.

Existen, en derecho comparado, posturas similares. Así según enseñan Tanzi y Papillú, en Argentina, Elena Highton sostiene que las normas de la responsabilidad contractual no sólo se aplican a los casos de incumplimientos de contratos, sino que, también, abarca todos aquellos casos en que hay una obligación preexistente nacida de un acto lícito. De este modo, la responsabilidad contractual no sólo deriva del incumplimiento de un contrato sino, también, de la inobservancia de una obligación legal, como en el caso, del matrimonio.⁴²⁴

<<http://www.analesderecho.uchile.cl/index.php/ACJYS/rt/prINTERfriendly/4337/4227>> [consulta: 18 septiembre 2016].

⁴²¹ DOUGNAC RODRÍGUEZ, ANTONIO. 1999. El matrimonio en Chile según la legislación y la doctrina de los autores. Aspectos generales y contratos previos al sacramento. *Revista Chilena de Historia del Derecho* (18): pp. 258-262.; OSSANDÓN V., JUAN CARLOS. 1980. Fines y propiedades del matrimonio. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 7 (1-6) p. 35.; LARRAÍN RÍOS, HERNÁN. 1998. *Ob. Cit.* p. 153.

⁴²² VARGAS ARAVENA, DAVID. 2015. *Ob. Cit.* p. 85.

⁴²³ VARGAS ARAVENA, DAVID. 2015. *Ob. Cit.* pp. 85 y ss.

⁴²⁴ TANZI, SILVIA y PAPIILLÚ, JUAN. 2011. *Ob. Cit.* p. 145.

b. La propuesta del profesor Rodríguez: Responsabilidad contractual, con modificaciones.

El profesor Rodríguez se ha pronunciado a favor de aplicar el régimen de responsabilidad civil contractual entre los cónyuges, no obstante reconocer que el matrimonio es una institución que solo externamente toma forma de contrato, postulando que deben “aplicarse al mismo las normas de la responsabilidad contractual en lo que dice relación con los perjuicios indemnizables (artículos 1556 y 1558 del Código Civil), los plazos de prescripción de la acción indemnizatoria (artículo 2515 del mismo cuerpo legal), etcétera, normas que, sin embargo, deben interpretarse atendiendo a la naturaleza del vínculo extinguido, ya que nunca será lo mismo fijar los perjuicios que se siguen del incumplimiento culpable de un contrato cualquiera, por importante que sea, que fijar los daños que produce la ruptura definitiva del vínculo conyugal”.⁴²⁵

c. Otra postura admisible: Nuestro codificador señaló expresamente que el matrimonio es un contrato.

Un argumento diverso que estimamos podría esgrimirse en defensa de la aplicabilidad del estatuto de responsabilidad civil contractual, encuentra su fundamento en el tenor artículo 102 del Código Civil. Y es que, atendido el clarísimo tenor literal de la norma, no cabe duda que la función del artículo 102 del Código Civil no es otra que la de establecer una definición legal del matrimonio y que, conforme a ella, el Código de Bello lo caracteriza como un contrato solemne.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe apuntar que existe, en general, consenso doctrinario respecto que los efectos jurídicos propios del matrimonio trascienden aquellos propios de los contratos.

Con todo, mal podría pensarse que dicho parecer sea apto para modificar la fuerza obligatoria de la ley, o alterar su contenido. Y es que la ley es una declaración de la voluntad soberana⁴²⁶ y, en tal calidad, una vez promulgada y publicada, es obligatoria para todos los habitantes de la República,⁴²⁷ hasta su derogación,⁴²⁸ no pudiendo alegar nadie ignorancia de su contenido.⁴²⁹

En este escenario, no es lícito desatender la definición legal dispuesta en el artículo 102 del Código Civil, fundado en las críticas doctrinarias respecto de su redacción, menos cuando sólo toca al legislador interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio.⁴³⁰

Sin perjuicio de todo lo expuesto, la norma clave a tener en cuenta a este respecto, está dispuesta en el artículo 20 del Código Civil, en el párrafo destinado a la interpretación de la ley, que

⁴²⁵ RODRÍGUEZ GREZ, PABLO. 2009. *Ob. Cit.* p. 34.

⁴²⁶ Conforme dispone el artículo 1º del Código Civil.

⁴²⁷ Según lo dispuesto en los artículos 6º, 7º y 14 del Código Civil.

⁴²⁸ Conforme con lo dispuesto en los artículos 52 y 53 del Código Civil.

⁴²⁹ Según se desprende del artículo 8º del Código Civil.

⁴³⁰ De conformidad con el tenor del artículo 3º del Código Civil.

ordena dar a las palabras su significado legal cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias. Así, la circunstancia que la doctrina estime incorrecta o insuficiente la definición dispuesta en el artículo 102 del Código de Bello no es apta para modificar su tenor literal, menos cuando el artículo 23 del mismo cuerpo normativo dispone que la extensión que deba darse a la ley ha de determinarse según las reglas de interpretación, entre ellas, la del referido artículo 20.

Así las cosas, se ajustaría a derecho interpretar que el matrimonio es, para nuestro ordenamiento jurídico, un contrato; especialísimo si se quiere, pero contrato, al fin y al cabo. De modo que habrán de aplicárseles las reglas previstas para los contratos en cuanto no se afecten las particularidades de la institución matrimonial.

En este sentido, por ejemplo, es lógico que no se le apliquen las normas generales sobre terminación de los contratos, como la condición resolutoria tácita que va envuelta en todo contrato bilateral,⁴³¹ atendido el carácter taxativo del artículo 42 de la Ley N° 19.947, Ley de Matrimonio Civil, que dispuso las causales de terminación del matrimonio.

Cabe, de otra parte, apuntar que las críticas doctrinarias a la definición legal del matrimonio como un contrato, nacen de una visión sesgada de los contratos, centrada en su faz patrimonial. Mas, como reconoce el profesor López, el contrato no es solo una herramienta económica, sino que también responde a una función social y a la subfunción de cooperación,⁴³² y no siempre su objeto será pecuniario.⁴³³ En estas circunstancias, atendido el tenor literal del artículo 102 del Código de Bello, el matrimonio debería ser reconocido como el ejemplo paradigmático de los rasgos señalados.

La profesora Mendoza observa en España, la existencia de una corriente doctrinal que, en idéntico sentido, estima que el matrimonio es un contrato en un sentido amplio, como acuerdo de voluntades o negocio jurídico bilateral, pero no en su acepción rigurosa, que se reduce a los acuerdos de voluntades en materia patrimonial.⁴³⁴

El matrimonio, en cuanto contrato, es de orden público y de adhesión, ya que las partes no establecen libremente las condiciones y efectos del contrato, su celebración implica consentir en su ejecución y elegir los contrayentes, pero no se puede expresar opinión ni siquiera respecto de sus efectos fundamentales.⁴³⁵

⁴³¹ Prevista en el artículo 1489 del Código Civil.

⁴³² LÓPEZ SANTA MARÍA, JORGE. 2005. Los Contratos. Parte General. Cuarta Edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. pp. 33-35.

⁴³³ TOMASELLO HART, LESLIE. 1969. *Ob. Cit.* pp. 75 y ss.

⁴³⁴ MENDOZA ALONZO, PAMELA. 2011. *Ob. Cit.* p. 53.

⁴³⁵ PICÓ RUBIO, JORGE DEL. 2016. La relación conyugal y el Derecho: la persona en pareja, el matrimonio y sus efectos. En: Derecho de Familia. Segunda Edición. Santiago. Legal Publishing Chile. p. 84.

De otra parte, pueden aplicarse al matrimonio otras de las clasificaciones legales y doctrinarias respecto de los contratos. Así, podemos caracterizarlo además como un contrato bilateral, principal y solemne, nominado o típico y de tracto sucesivo. Creemos que las clasificaciones previstas en los artículos 1440 y 1441 del Código Civil no son aplicables al contrato de matrimonio, atendido que estas tienen un marcado enfoque patrimonial que no se condice con la naturaleza mucho más amplia del contrato de matrimonio.

Que el contrato sea bilateral significa que impone al sujeto, por un lado, el cumplimiento de las obligaciones que nacen de éste y, por otro lado, le concede al mismo sujeto la facultad de exigir del otro el cumplimiento de la norma. Esta bilateralidad en materia de derechos y deberes entre cónyuges se traduce en la característica de “reciprocidad” que, en palabras de la profesora Novales, “no significa que los deberes personales de los cónyuges sean obligaciones sinalagmáticas”, lo que sucede es que, a pesar de imponerse a ambos cónyuges, su cumplimiento no depende de que el otro cónyuge los cumpla por su parte. Así, si nuestro cónyuge no cumple con su deber de fidelidad, no por ello yo puedo excusarme de cumplir el mío y quedar exento de responsabilidad.⁴³⁶

Pues bien, si según se expuso precedentemente, no existen fundamentos suficientes para que pueda estimarse que la aplicación de reglas de responsabilidad civil contravenga o atente contra la especialísima regulación del matrimonio. Y, siendo el matrimonio un contrato para nuestro derecho, bien podría sostenerse que el estatuto de responsabilidad civil aplicable a daños causados entre cónyuges no debería ser otro que el de la responsabilidad civil contractual.

34. Requisitos específicos exigidos por el estatuto de responsabilidad civil contractual.

Pasamos a revisar entonces si en la hipótesis de adulterio pueden concurrir los requisitos exigidos por el estatuto de la responsabilidad contractual. No nos referiremos a la necesidad de existencia de un daño, de una acción u omisión voluntaria del demandado y una relación de causalidad entre hecho y daño, por cuanto ya fue objeto de estudio.⁴³⁷ Luego, nos pronunciaremos brevemente sobre la procedencia y efectos de la aplicación de reglas propias a este estatuto de responsabilidad civil.

35. El adulterio es infracción de una obligación jurídica preexistente.

Dentro de los requisitos que se exigen para dar lugar a la indemnización de daños y perjuicios en sede civil contractual, la doctrina contempla la infracción de una obligación preexistente.

⁴³⁶ RUZ LÁRTIGA, GONZALO. 2012. Ob. Cit. p. 214.

⁴³⁷ Véase *supra* los párrafos N°s. 28 a 32, ambos inclusive, de este trabajo.

En este sentido, Fueyo enseña que la infracción de la obligación es el supuesto de hecho, necesario, cronológicamente el primero, que autoriza al acreedor para buscar el valor de reemplazo, la indemnización, si se reúnen los demás requisitos. El mismo agrega que esta falta de cumplimiento del contenido de la obligación caracteriza al acto como ilícito objetivamente.⁴³⁸

En este trabajo hemos expuesto argumentos para fundar las siguientes premisas: i) el matrimonio es un contrato;⁴³⁹ ii) el matrimonio impone deberes y derechos a los cónyuges, entre los que contamos al deber de fidelidad;⁴⁴⁰ iii) el deber de fidelidad es un deber jurídico;⁴⁴¹ iv) una de las manifestaciones del deber de fidelidad es la obligación de no cometer adulterio;⁴⁴² v) el adulterio supone una forma de incumplimiento grave del deber de fidelidad.⁴⁴³

Así, resulta evidente que el adulterio supone la infracción de una obligación jurídica preexistente y, por tanto, puede reputársele como un acto injusto, por producir una situación antijurídica,⁴⁴⁴ puesto que hay antijuridicidad siempre que se atente contra las normas establecidas por el Derecho respectivo,⁴⁴⁵ circunstancia que claramente concurre en la especie.

36. Capacidad del cónyuge adúltero.

Una de las diferencias marcadas por la doctrina y jurisprudencia nacional al comparar los estatutos de responsabilidad civil contractual y extracontractual radica en las normas que determinan la capacidad del sujeto civilmente responsable. En este sentido se señala que la responsabilidad extracontractual impone normas de capacidad más amplias que en sede contractual,⁴⁴⁶ por cuanto a esta última se aplican simplemente las normas generales contenidas en el artículo 1447 del Código Civil.

Pues bien, tratándose de las reglas que determinan la capacidad del responsable civil en caso de adulterio, podemos afirmar que nuestro ordenamiento jurídico contempla normas de capacidad todavía menos amplias que las previstas por regla general en sede contractual.

Lo anterior por cuanto, como el adulterio supone la acción de un hombre o mujer casados, sólo incurrirá en tal infracción la persona capaz para contraer matrimonio, esto es, aquel que no esté afecto a los impedimentos dirimentes, ya absolutos, ya relativos, que obsten a la celebración

⁴³⁸ FUEYO LANERI, FERNANDO. 2004. *Ob. Cit.* p. 361.

⁴³⁹ Véase *supra* párrafo N° 33.c.

⁴⁴⁰ Véase *supra* párrafo N° 3.

⁴⁴¹ Véase *supra* párrafo N° 25.b.

⁴⁴² Véase *supra* párrafos N°s. 3 y 12.

⁴⁴³ Véase *supra* párrafos N°s. 3 y 12.

⁴⁴⁴ FUEYO LANERI, FERNANDO. 2004. *Ob. Cit.* p. 255.

⁴⁴⁵ FUEYO LANERI, FERNANDO. 2004. *Ob. Cit.* p. 260.

⁴⁴⁶ Véase BARROS BOURIE, ENRIQUE. 2007. *Ob. Cit.* p. 65.

del matrimonio, cuya omisión acarrea la nulidad del vínculo conyugal y que están consagrados en los artículos 5, 6 y 7 de la Ley de Matrimonio Civil.

37. Mora del deudor.

Mora es la dilación injusta en el cumplimiento de una obligación.⁴⁴⁷ Meza ha definido la mora del deudor como el retardo en el cumplimiento de la obligación, imputable a éste, y que persiste después de la interpelación del acreedor.⁴⁴⁸

Según ha reconocido de manera unánime la doctrina y jurisprudencia nacional, atendido el tenor literal de las normas contenidas en los artículos 1557 y 1538 del Código Civil, la mora es un requisito de la indemnización de perjuicios en las obligaciones de dar y hacer; mientras que en las de no hacer basta el no cumplimiento.⁴⁴⁹

Pues bien, resulta evidente que el deber conyugal de fidelidad es una obligación de hacer, por cuanto la redacción del artículo 131 del Código Civil obliga a los cónyuges a guardarse fe. Mas, analizando tal deber desde el prisma más restringido de la fidelidad sexual, fluye que el adulterio es la infracción de una obligación de no hacer, a saber, en términos del artículo 132 del Código de Bello, la prohibición de yacer con un tercero distinto del cónyuge.

En estas condiciones, la acción de indemnización por daños sufridos con ocasión del adulterio no requiere la constitución en mora del deudor.

38. Imposibilidad de ejecución forzada o agotamiento de los medios para obtenerla.

El profesor Fueyo exige, como requisito de procedencia de la acción de responsabilidad civil contractual, que se acredite la imposibilidad de ejecución forzada de la obligación debida o el agotamiento de los medios para obtenerla.⁴⁵⁰

Según se expuso, en el caso de adulterio estamos ante la contravención de una obligación de no hacer, en que no puede deshacerse lo hecho, por cuanto no puede destruirse la relación sexual mantenida por el cónyuge adúltero con una tercera persona.

Pues bien, el artículo 1555 del Código Civil dispuso que “si no puede deshacerse lo hecho”, la obligación directa se sustituye por la de indemnizar, lisa y llanamente,⁴⁵¹ por cuanto, si no

⁴⁴⁷ FUEYO LANERI, FERNANDO. 2004. *Ob. Cit.* p. 441.

⁴⁴⁸ MEZA BARROS, RAMÓN. 1999. *Ob. Cit.* p. 262. En similar sentido, ABELIUK MANASEVICH, RENÉ. 2008. *Ob. Cit.* p. 854.

⁴⁴⁹ ABELIUK MANASEVICH, RENÉ. 2008. *Ob. Cit.* p. 854.

⁴⁵⁰ FUEYO LANERI, FERNANDO. 2004. *Ob. Cit.* p. 363.

⁴⁵¹ FUEYO LANERI, FERNANDO. 2004. *Ob. Cit.* p. 347.

puede ya deshacerse lo hecho, al acreedor no le quedará otro camino que pedir la indemnización de perjuicios.⁴⁵²

Así las cosas, no existe a este respecto impedimento alguno contra la procedencia de la acción de indemnización por daños sufridos con ocasión del adulterio.

39. Acerca de la imputabilidad.

La existencia de un perjuicio y de un incumplimiento de un deber jurídico no siempre da lugar a responsabilidad. Por el contrario, el principio general es que los daños sufridos por una persona han de ser asumidos por ella. Por excepción, dicho costo será asumido por otra persona, cuando exista una razón jurídica que le atribuya tal obligación.

Así, hemos de pronunciarnos respecto de cuál sería la razón jurídica que obliga al cónyuge adúltero a hacerse cargo de asumir el costo del daño sufrido por el cónyuge víctima del adulterio. Según pasamos a exponer, podrían sostenerse a este respecto diversidad de posturas.

a. Necesidad de reproche subjetivo.

Según enseña el profesor Meza, para que proceda la indemnización de perjuicios es menester que el incumplimiento total o parcial o el retardo en la ejecución sean imputables al deudor, circunstancia que ocurre cuando el incumplimiento es el resultado del dolo, culpa o un hecho del deudor.⁴⁵³ La culpabilidad consiste en atribuir el efecto o resultado contrario a derecho a un presupuesto subjetivo situado en la persona del autor, por actuación dolosa o culposa de éste.⁴⁵⁴

Así, la ilicitud del acto puede derivar del descuido o negligencia en la realización de un acto, lícito por sí, que por intervención de tal elemento provoca ofensa al derecho de otro. O bien puede ser consecuencia de un querer más profundo, que desea o admite, en beneficio propio, deliberadamente, la injuria de otro.⁴⁵⁵

a.1. El adulterio como conducta culposa.

Culpa es la falta de diligencia o cuidado que debe emplearse en el cumplimiento de una obligación o en la ejecución de un hecho.⁴⁵⁶ La culpa contractual se presume, y quien pretenda descargarse de ella deberá probar caso fortuito, o solamente la “debida” diligencia o cuidado.⁴⁵⁷

En materia de responsabilidad civil contractual, nuestro Código Civil dispuso, en su artículo 44, la gradación de la culpa, de manera que la culpa contractual admite grados, constitutivos de

⁴⁵² ABELIUK MANASEVICH, RENÉ. 2008. *Ob. Cit.* p. 807.

⁴⁵³ MEZA BARROS, RAMÓN. 1999. *Ob. Cit.* pp. 236-237.

⁴⁵⁴ FUEYO LANERI, FERNANDO. 2004. *Ob. Cit.* p.259.

⁴⁵⁵ FUEYO LANERI, FERNANDO. 2004. *Ob. Cit.* p. 419.

⁴⁵⁶ FUEYO LANERI, FERNANDO. 2004. *Ob. Cit.* p. 422.

⁴⁵⁷ *Ibíd.*

mayor o menor diligencia o cuidado, según el interés que lleve cada parte en la relación respectiva, o según la convención expresa de ellas.⁴⁵⁸

En estas circunstancias, corresponde pronunciarse sobre el grado de culpa de que respondería el cónyuge adúltero pues, como se expresó, puede este descargarse de la culpa acreditando que obró con la debida diligencia o cuidado. Y es que la culpa contractual se aprecia en abstracto, la ley compara la conducta del sujeto con un modelo ideal, de manera tal que, habiendo probado el cumplimiento del estándar exigido por el modelo ideal, no existiría responsabilidad civil del cónyuge adúltero.

Pues bien, nuestra primera aproximación relativa a la determinación del grado de culpa de que responde el cónyuge adúltero será conforme con las reglas dispuestas en el artículo 1547 del Código Civil. Dicha norma dispone que el deudor responderá del grado de diligencia a que se haya obligado, según estipulación expresa de las partes. En subsidio, el deudor será responsable por el grado de diligencia establecido en disposiciones especiales de las leyes. Finalmente, en caso de no existir estipulación de las partes ni ley especial, el inciso primero del artículo 1547 del Código de Bello establece una regla general, atendiendo a las partes que reciben el beneficio o utilidad del contrato.

En primer lugar, cabe descartar que los cónyuges puedan estipular el grado de diligencia con que deben actuar en el matrimonio en general, ni respecto del deber de fidelidad en particular. Y es que es la ley quien determina los efectos de la celebración del matrimonio, de manera tal que la regulación del deber de fidelidad no queda sujeta a la autonomía de la voluntad de los cónyuges. Así, como reconoce el profesor Corral, el deber de fidelidad es un deber indisponible, de orden público, irrenunciable e inalterable por acuerdos negociales.⁴⁵⁹

Luego, cabe señalar que no existe norma jurídica que establezca el grado de culpa de que responde el cónyuge dentro del matrimonio.

No nos quedaría entonces sino atender a la regla general supletoria establecida en el inciso primero del artículo 1547 del Código Civil. Sin embargo, sostenemos que tal norma no es directamente aplicable, por cuanto atiende como criterio de distinción a la utilidad o beneficio que reporta el contrato para las partes, criterio de carácter netamente económico y que no se condice con el objeto y efectos del matrimonio.

Atendido lo expuesto, no queda sino concluir que no existe norma expresa que se refiera a la hipótesis del adulterio, ni al deber de fidelidad en particular, ni a los deberes conyugales en general.

⁴⁵⁸ FUEYO LANERI, FERNANDO. 2004. *Ob. Cit.* p. 421.

⁴⁵⁹ CORRAL TALCIANI, HERNÁN. 2014. *Ob. Cit.*

Ante estas circunstancias, el profesor Vargas reconoce la necesidad de aplicar la regla general, esto es, el estándar de la culpa leve,⁴⁶⁰ mas advierte que “el modelo abstracto y externo del buen padre de familia se debe concretar a través del criterio de adaptación del verdadero modelo dispuesto, atendiendo a las exigencias de la naturaleza de la obligación (a los deberes de fidelidad, respeto, cohabitación, ayuda y socorro mutuo, donde se entremezclan prestaciones de dar, hacer y no hacer, personales, y de Derecho de familia), al carácter *intuito personae* del matrimonio (donde las circunstancias de las personas son conocidas y expresamente “aceptadas” por matrimonio), como por la convivencia a que da lugar (donde las personas se comportan e interaccionan tal como son, de acuerdo con sus aptitudes naturales y adquiridas, sin sujeción a especiales deberes de precaución), consideraciones subjetivas que nos llevan a estimar que la diligencia del buen padre de familia se rebaja o degrada, concretándose en un modelo de conducta que obliga a los cónyuges sólo a responder de los daños causados por dolo o culpa grave”.⁴⁶¹ De esta manera, el citado autor termina proponiendo se fije en la culpa grave o dolo el grado de imputación exigible para dar lugar a la reparación de los daños causados por incumplimiento de los deberes conyugales, con la expresa finalidad de morigerar las consecuencias de la aplicación del Derecho de daños al ámbito matrimonial, resguardando la unidad y paz familiar, evitándose acciones indemnizatorias fundadas en meros descuidos; reconociendo la existencia de un “privilegio conyugal”, aplicable no solo a los daños entre cónyuges, sino como verdadera regla o principio del derecho de familia en general .⁴⁶²

En sentido análogo se pronuncia el profesor Corral, al señalar que “La supuesta inmunidad familiar puede servir para exigir un parámetro más alto de cuidado, pero no para tolerar toda conducta ilícita. De este modo, no se sustraen completamente las relaciones de familia del principio general de no causar daño a otro injustamente, pero el estatuto de la responsabilidad se adapta a las particularidades de este tipo de relaciones humanas. Así, parece razonable exigir que se trate de dolo o culpa lata y propiciar que, en cambio, deban tolerarse los daños derivados de culpa leve o levísima”.⁴⁶³

a.2. El adulterio como conducta dolosa.

⁴⁶⁰ Definida en el inciso tercero del artículo 44 del Código Civil en los términos siguientes: “*Culpa leve, descuido leve, descuido ligero*, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. *Culpa o descuido*, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la *diligencia o cuidado ordinario o mediano*”. Seguidamente, el inciso cuarto de la misma norma dispone: “El que debe administrar un negocio como un *buen padre de familia* es responsable de esta especie de culpa”.

⁴⁶¹ VARGAS ARAVENA, DAVID. 2015. *Ob. Cit.* p. 90.

⁴⁶² VARGAS ARAVENA, DAVID. 2015. *Ob. Cit.* pp. 90-91.

⁴⁶³ CORRAL TALCIANI, HERNÁN. 2012. *Ob. Cit.*

El Código Civil define el dolo, en el inciso final del artículo 44, como “la intención positiva de inferir injuria en la persona o propiedad de otro”. En doctrina, se le ha definido como “toda maquinación, intencionalmente ejecutada, para engañar o dañar”.⁴⁶⁴

Atendidas las particulares circunstancias del adulterio, bien podría estimarse que su comisión presupone siempre dolo por parte del cónyuge infiel, por las razones que pasamos a exponer.

El deber de fidelidad contiene la obligación de los cónyuges de no cometer adulterio.⁴⁶⁵ Esta última obligación es una obligación de no hacer y, por tanto, será incumplida cuando se haya ejecutado la conducta prohibida, en este caso, cuando la mujer casada yace con varón que no sea su marido, o cuando el varón casado yace con mujer que no sea su cónyuge.⁴⁶⁶ El verbo yacer está tomado en su acepción de “tener trato carnal con alguien”,⁴⁶⁷ “tener acceso carnal, lo mismo que cópula carnal”,⁴⁶⁸ esto es, mantener relaciones sexuales.

Una vez acreditada la ocurrencia del hecho prohibido, a saber, sostener una relación sexual con un tercero distinto del cónyuge, correspondería analizar el grado de diligencia exigible a los cónyuges en el cumplimiento de tal obligación. Sin embargo, resulta difícil imaginar que el cónyuge pueda excusar su actuar alegando haber cumplido un determinado estándar de diligencia. Y es que, al menos nosotros, no podemos concebir cómo es que una persona casada pueda ser estimada como diligente cuando ha consentido en mantener relaciones sexuales con una persona distinta de su cónyuge y, por tanto, ha decidido de manera consciente dejar de cumplir una de las obligaciones que emanan del matrimonio.

Tal circunstancia bien podría fundar la afirmación que el adulterio no responde a una conducta culposa sino dolosa, por cuanto el deudor, deliberadamente, no cumplió la obligación.⁴⁶⁹

Y es que, para que estemos ante un caso de incumplimiento doloso de una obligación contractual, Fueyo exige la concurrencia de dos elementos: i) conocimiento de la obligación pertinente, en sus términos precisos y; ii) conciencia del incumplimiento.⁴⁷⁰ Estimamos que ambas condiciones concurren siempre en caso de adulterio.

Para acreditar el conocimiento de la obligación por parte del cónyuge adúltero, bastaría remitirnos a las normas dispuestas en los artículos 131, 132 y 8º del Código Civil, de cuyo tenor

⁴⁶⁴ MEZA BARROS, RAMÓN. 1999. *Ob. Cit.* p. 244.

⁴⁶⁵ Véase *supra* párrafo Nº 3 de este trabajo.

⁴⁶⁶ Según dispone el inciso segundo del artículo 132 del Código Civil.

⁴⁶⁷ Contemplado en el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española. [en línea] <<http://dle.rae.es/?w=yacer>> [consulta: 21 septiembre 2016].

⁴⁶⁸ CABANELLAS DE TORRES, GUILLERMO. 2000. *Ob. Cit.* p. 419.

⁴⁶⁹ MEZA BARROS, RAMÓN. 1999. *Ob. Cit.* p. 237.

⁴⁷⁰ FUEYO LANERI, FERNANDO. 2004. *Ob. Cit.* p. 432.

se desprende la presunción de derecho de conocimiento del deber conyugal de fidelidad y la prohibición del adulterio.

Sin perjuicio de lo anterior, la Ley de Matrimonio Civil dispone como diligencia previa a la celebración del matrimonio, la obligación del Oficial del Registro Civil de proporcionar a quienes le comunicaren su intención de celebrar el matrimonio información suficiente acerca de los derechos y deberes recíprocos que produce el matrimonio.⁴⁷¹ De otra parte la ley dispone que, al momento mismo de la celebración del matrimonio, el Oficial del Registro Civil deba dar lectura, entre otros, al artículo 131 del Código Civil que consagra el deber conyugal de fidelidad.⁴⁷² Y si el matrimonio fuere celebrado ante entidades religiosas de derecho público, al momento de su inscripción, igualmente el Oficial de Registro Civil debe dar a conocer a los requirentes “los derechos y deberes que corresponden a los cónyuges...”⁴⁷³

Como puede verse, incluso desde antes de la celebración del matrimonio existe conocimiento cierto, y no solo presunto, de los contrayentes respecto del contenido del deber de fidelidad y la prohibición del adulterio.

Atendida dicha circunstancia resulta evidente que el adulterio, en tanto conducta voluntaria, supone siempre la plena conciencia de incumplimiento por parte del cónyuge quien, atendidos los fines del matrimonio, bien pudo prever que de su infidelidad se seguiría un daño para su cónyuge que aun cuando no persigue su ocurrencia, lo acepta como inevitable.

Así, bien podría estimarse que la conducta adúltera es dolosa por cuanto consiste en un acto intencional del deudor que contraviene directamente el cumplimiento de su obligación.

En el mismo sentido se pronuncia el profesor Corral, al señalar que “es claro que quien comete adulterio lo hace con dolo, pues hay una intención positiva de inferir injuria (injusticia) a la persona de otro (art. 44 Código Civil). Para que haya dolo civil no es necesario que no exista otro propósito que dañar a la persona. Normalmente quien actúa dolosamente busca un interés propio más que perjudicar al tercero, pero lo hace a sabiendas de que ese daño se producirá”.⁴⁷⁴

b. Falta de necesidad de reproche subjetivo.

A pesar que el sistema de responsabilidad por culpa constituye el régimen común y supletorio de responsabilidad civil en el derecho chileno,⁴⁷⁵ existen autores que reconocen casos en que no sería imprescindible probar el dolo o culpa del contratante incumplidor para que nazca su obligación de resarcir perjuicios. Ello como consecuencia de una nueva interpretación del artículo

⁴⁷¹ Artículo 10 de la Ley N° 19.947.

⁴⁷² Así lo dispone el artículo 18 de la Ley N° 19.947.

⁴⁷³ Conforme con el tenor del artículo 20 de la Ley N° 19.947.

⁴⁷⁴ CORRAL TALCIANI, HERNÁN. 2012. *Ob. Cit.*

⁴⁷⁵ BARROS BOURIE, ENRIQUE. 2007. *Ob. Cit.* p. 75.

1547 del Código Civil, que recorta el ámbito de acción de la presunción de culpa en sede contractual y, de paso, no hace exigible el requisito de imputación de dolo o culpa del actor respecto de toda obligación contractual.⁴⁷⁶

Según dicha doctrina, la culpa no correspondería en todo evento a un elemento constitutivo del incumplimiento, por cuanto éste se debería entender como la insatisfacción de la prestación sin análisis del comportamiento del deudor.⁴⁷⁷

En este sentido se pronuncia Urrejola, al afirmar que la responsabilidad contractual establecida en el Código Civil puede configurarse sin culpa o sin dolo y que, por ende, el artículo 1547 del Código Civil tiene un campo de aplicación circunscrito sólo al incumplimiento de algunas obligaciones de hacer, no teniendo un campo de aplicación general, circunstancias que lo llevan a reconocer la existencia de dos sistemas de responsabilidad contractual, uno subjetivo y otro objetivo.⁴⁷⁸

b.1. Responsabilidad contractual sin culpa. El adulterio como incumplimiento de una obligación de resultado y como infracción a una obligación de no hacer.

Barros observa que la doctrina del contrato ha tendido a que la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones de resultado sea independiente de la prueba e incluso de la existencia de la culpa.⁴⁷⁹ En tal contexto, Corral advierte que la distinción entre obligaciones de medio y de resultado, ha penetrado en nuestro Derecho, de la mano de una tendencia hacia la objetivación de la responsabilidad por incumplimiento contractual.⁴⁸⁰ De manera tal que, en nuestro derecho, la utilidad de la distinción radica en clarificar cuándo existe incumplimiento contractual y la función que debemos asignar a la culpa.⁴⁸¹

En las obligaciones de medios, al deudor se le exige una conducta diligente para que logre la satisfacción de la prestación comprometida. No existe un compromiso con el resultado, el deudor debe ser diligente en el intento por lograr dicho resultado o pretensión a favor del acreedor. En

⁴⁷⁶ Sobre el particular véanse especialmente URREJOLA SANTA MARÍA, SERGIO. 2011. El hecho generador del incumplimiento contractual y el artículo 1547 del Código Civil. *Revista chilena de derecho privado* (17): 27-69. y; PIZARRO WILSON, CARLOS. 2008. La culpa como elemento constitutivo del incumplimiento en las obligaciones de medio o de diligencia. *Revista de derecho (Valparaíso)* (31): 255-265.

⁴⁷⁷ PIZARRO WILSON, CARLOS. 2008. *Ob. Cit.* p. 256.

⁴⁷⁸ URREJOLA SANTA MARÍA, SERGIO. 2011. *Ob. Cit.* p. 64.

⁴⁷⁹ BARROS BOURIE, ENRIQUE. 2007. *Ob. Cit.* p. 983.

⁴⁸⁰ CORRAL TALCIANI, HERNÁN. 2016 a. Implantes mamarios y obligación de resultado. [en línea] *El Mercurio Legal*. 24 de marzo de 2016. <<http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Análisis-Juridico/2016/03/24/Implantes-mamarios-y-obligacion-de-resultado.aspx>> [consulta: 21 septiembre 2016].

⁴⁸¹ PIZARRO WILSON, CARLOS. 2008. *Ob. Cit.* p. 259.

cambio, las obligaciones de resultado exigen al deudor la pretensión misma, sin miramientos a la diligencia que haya comprometido para obtenerla.⁴⁸²

A partir de tal distinción se ha dicho que, tratándose de obligaciones de resultado, la culpa carece de función, siendo sólo relevante si la obligación fue satisfecha o no, excluyéndose un análisis del comportamiento del deudor destinado a lograr la satisfacción de la pretensión, de manera tal que, al calificar la obligación contractual como de resultado, se instauraría una genuina responsabilidad objetiva en sede contractual.⁴⁸³

Jurisprudencia reciente de los Tribunales Superiores de Justicia ha acogido dicho razonamiento. Así lo reconoce el profesor Corral, quien enseña que se ha fallado que la responsabilidad es diferente según si se trata de una obligación de medios o de resultado. En la obligación de medios se presumiría la culpa, pero se permitiría al deudor exonerarse probando que el incumplimiento se produjo pese a haber actuado con la diligencia debida (art. 1547 inc. 3° del Código Civil); mientras que, en la obligación de resultado, bastaría la verificación del incumplimiento para que se impute el daño causado al deudor, el que no puede alegar que actuó sin culpa y sólo podría exonerarse cuando acredite un quiebre del nexo causal (por caso fortuito, culpa del acreedor o de un tercero).⁴⁸⁴

Si bien el deber de fidelidad debe, a nuestro juicio, contarse dentro de las obligaciones de medios, no cabe duda que la obligación específica de no cometer adulterio es una obligación de resultado, pues solo puede cumplirse en la medida que no se incurra en el supuesto contenido en la norma. De manera que bien podrían aplicarse los razonamientos expuestos a la hipótesis de responsabilidad civil por adulterio.

Por lo demás, no hemos de desatender que la obligación de no cometer adulterio es una obligación de no hacer, respecto de las cuales la doctrina en comento ha señalado que la sola acreditación de haber realizado o ejecutado lo que estaba prohibido basta para configurar el incumplimiento contractual, de manera tal que para configurar el hecho generador del incumplimiento contractual de una obligación de no hacer sólo basta acreditar la infracción, prescindiendo de la valoración de la conducta del deudor.⁴⁸⁵

b.2. El juicio de antijuridicidad reemplaza al criterio de imputación.

De otra parte, el profesor Rodríguez ha afirmado la improcedencia de imponer a los cónyuges un determinado nivel de diligencia y cuidado en el cumplimiento de las obligaciones y deberes personales que emanan del matrimonio, de manera tal que no cabría graduar ni fijar una pauta

⁴⁸² PIZARRO WILSON, CARLOS. 2008. *Ob. Cit.* p. 258.

⁴⁸³ PIZARRO WILSON, CARLOS. 2008. *Ob. Cit.* p. 263.

⁴⁸⁴ CORRAL TALCIANI, HERNÁN. 2016 a. *Ob. Cit.*

⁴⁸⁵ URREJOLA SANTA MARÍA, SERGIO. 2011. *Ob. Cit.* pp. 50-51.

sobre esta materia cuando se trata de obligaciones y deberes personales.⁴⁸⁶ A su juicio, “responde, en el ámbito del derecho de familia, aquel que infringe la ley, incumpliendo el mandato normativo, al margen de si ello es consecuencia de culpa o dolo. La antijuridicidad, en este campo, desplaza el reproche subjetivo que implica el factor de imputabilidad”.⁴⁸⁷

40. Ausencia de eximentes de responsabilidad.

La doctrina nacional ha reconocido la existencia de circunstancias que alteran o eliminan la responsabilidad del deudor, sea porque eliminan la culpa o dolo del deudor, sea porque eximan de la indemnización de perjuicios, sea porque eximan al deudor de la obligación misma. Entre ellas se cuentan: la ausencia de culpa, el caso fortuito o fuerza mayor, el estado de necesidad, el hecho o culpa del acreedor, el hecho ajeno, la teoría de la imprevisión y las convenciones modificatorias de la responsabilidad.⁴⁸⁸

En cuanto a la ausencia de culpa, nos remitimos a lo expuesto en el numeral precedente, de manera que nos limitaremos a hacer las observaciones siguientes: la culpa es el criterio de imputación por excelencia en materia de responsabilidad civil de manera que, en su ausencia, no nacería la obligación de resarcir perjuicios. Con todo, existen argumentos normativos que permitirían alegar que, en la hipótesis de adulterio, el incumplimiento de la obligación preexistente es imputable a dolo. Asimismo, atendido que la obligación de no cometer adulterio constituye una obligación de no hacer, parte de la doctrina nacional estima que no es necesario probar la existencia de culpa.

De otra parte, la ausencia de culpa como causa de exención de responsabilidad, supone la dificultad de tratar de imaginar una hipótesis en que la decisión del cónyuge de mantener una relación sexual con un tercero pueda ser calificada como una conducta diligente.

El caso fortuito o fuerza mayor, está definido en el artículo 45 del Código Civil como “el imprevisto a que no es posible resistir”. Creemos que el caso fortuito o fuerza mayor no es aplicable como eximente de responsabilidad civil en caso de adulterio, por las razones que pasamos a exponer.

El caso fortuito o fuerza mayor está constituido por un hecho extraño a la voluntad de las partes, imprevisible e irresistible. Sin embargo, tales características no se avienen con la hipótesis de adulterio que, necesariamente, exige que la relación sexual extramatrimonial hubiere sido consentida. Tal consentimiento supone un grado de control del cónyuge infiel de sus actuaciones

⁴⁸⁶ RODRÍGUEZ GREZ, PABLO. 2009. *Ob. Cit.* pp. 31-32.

⁴⁸⁷ *Ibid.*

⁴⁸⁸ Véase ABELIUK MANASEVICH, RENÉ. 2008. *Ob. Cit.* pp. 826 y ss.

propias que no se condice con la irresistibilidad del caso fortuito. El hecho mismo de la relación sexual supone una actuación propia de tal cónyuge y que no es completamente ajena a él.

De otra parte, según enseña Abeliuk, el efecto que produce el caso fortuito es el de extinguir la obligación, incluso tratándose, como en la especie, de obligaciones de no hacer.⁴⁸⁹ Pues bien, creemos que tal característica tampoco se aviene con la prohibición de cometer adulterio, pues ésta es una manifestación del deber de fidelidad impuesto por el matrimonio a los cónyuges, obligación de carácter especialísimo que sólo dejará de ser exigible a consecuencia del término del vínculo matrimonial o por haber sido declarada la separación judicial de los cónyuges. Así, resulta inadmisibles que opere el efecto extintivo de las obligaciones por caso fortuito, por cuanto, en caso contrario, se alteraría el régimen especialmente dispuesto por el Código Civil para las relaciones personales entre los cónyuges.

Por las razones expuestas es que, por ejemplo, no podría considerarse la existencia de problemas serios de convivencia y falta de comunicación entre los cónyuges como eximente de responsabilidad. En primer lugar, porque se podría argumentar que tal circunstancia no es completamente ajena al cónyuge adúltero, por cuanto bien podría ser consecuencia de conductas propias y, en todo caso, éste siempre podría emplear acciones diversas con el objeto de mejorar el clima de convivencia y la comunicación con su pareja. Por otra parte, resulta dudoso que la ocurrencia de problemas de convivencia y comunicación sean imprevisibles al momento de contraer matrimonio; más aún atendido que se trata de una unión actual e indisoluble y para toda la vida. En tercer lugar, no vemos que el adulterio sea la consecuencia necesaria e irresistible de la existencia de problemas de comunicación o convivencia en la pareja.

Caso distinto es el del cónyuge que mantuvo relaciones sexuales con un tercero en un intervalo no lúcido, afectado de alguna patología psicológica o psiquiátrica de magnitud relevante. Aquí bien podríamos estar ante una circunstancia ajena, imprevisible e irresistible. Nosotros estimamos que el cónyuge infiel nada debe indemnizar, mas no a consecuencia de haber operado un caso fortuito o fuerza mayor, sino porque dicha hipótesis no constituye un adulterio propiamente tal, por faltar el elemento volitivo, no resultando imputable al cónyuge incumplimiento alguno a su obligación de no cometer adulterio.

El estado de necesidad, supone en materia contractual el incumplimiento de la obligación con la mira de evitar un mal mayor, en circunstancias que el deudor pudo cumplir, pero a costa de un daño grave para él.

Abeliuk enseña que, si el estado de necesidad no puede asimilarse al caso fortuito, o a una ausencia de culpa, no es posible considerarlo como liberatorio para el deudor, ya que no hay

⁴⁸⁹ ABELIUK MANASEVICH, RENÉ. 2008. *Ob. Cit.* p. 829.

disposición alguna en que pueda asilarse.⁴⁹⁰ De manera tal que la aplicación del estado de necesidad, como causa eximente de responsabilidad a la hipótesis de adulterio, supone las dificultades que se acaban de revisar.

De otra parte, analizar el hecho o culpa del acreedor supone una materia de la más alta importancia en el estudio de las eximentes de responsabilidad para el caso de adulterio. Y es que, normalmente, se dice que en los problemas de pareja no hay un solo culpable.

Si aplicáramos tal postulado a la hipótesis del adulterio, deberíamos considerar las circunstancias que antecedieron a la consumación del acto sexual con persona distinta del cónyuge. Tal análisis puede arrojar, por ejemplo, que los cónyuges han consentido en participar de reuniones *swingers*, o acordado mantener una relación “abierta”,⁴⁹¹ o bien, que el cónyuge que solicita indemnización de los daños que sufrió a consecuencia del adulterio hubiera sostenido, de igual manera, relaciones sexuales con un tercero, sin consentimiento del otro cónyuge. Cabe preguntarse si tales hipótesis podrían servir como causal de exención de responsabilidad.

El deber de fidelidad y la prohibición del adulterio constituyen obligaciones señaladas por la ley y que los cónyuges no pueden modificar. Entonces, creemos que no existe justificación posible para eximir al cónyuge de dicha obligación y, en consecuencia, no obsta a la procedencia de indemnización de perjuicios en caso de incumplimiento. Con todo, a nuestro juicio, las hipótesis concebidas podrían dar lugar a una menor evaluación del daño sufrido por el cónyuge inocente, toda vez que es más probable que el daño moral que experimente con motivo de la infidelidad sea menor que el que sufriría el cónyuge que creía vivir una relación de pareja caracterizada por la exclusividad sexual y afectiva.

En similar sentido se pronuncia Corral, al señalar que “el cónyuge infiel no podrá invocar en su favor el acuerdo de ‘chipe libre’⁴⁹² para liberarse de las sanciones que la ley contempla para la infracción del deber de fidelidad. Lo único que quizás podría considerarse es que ante una demanda de responsabilidad civil por el daño causado por el adulterio, el cónyuge demandado podría obtener una reducción de la indemnización sobre la base del art. 2330 del Código Civil, ya que podrá decirse que el cónyuge víctima, al haber consentido en este curioso pacto, se expuso imprudentemente al daño al dar alas a la infidelidad de su marido o mujer”.⁴⁹³ Si bien es cierto, el artículo 2330 forma parte del título XXXV, del Libro IV del Código Civil, que trata de los delitos

⁴⁹⁰ ABELIUK MANASEVICH, RENÉ. 2008. *Ob. Cit.* p. 837.

⁴⁹¹ Esto es, consintiendo en que el cónyuge mantenga relaciones sexuales y/o afectivas de forma paralela al matrimonio.

⁴⁹² Con dicho término el autor se refiere a pactos de exclusión o suspensión del deber de fidelidad entre cónyuges.

⁴⁹³ CORRAL TALCIANI, HERNÁN. 2014. *Ob. Cit.*

y cuasidelitos, junto con Abeliuk no vemos impedimento en que el sentido de la norma sea aplicable en sede contractual, por aplicación de principios generales.⁴⁹⁴

Finalmente, hacemos presente que no estimamos aplicables al adulterio, como causales de exención de responsabilidad, a la teoría de la imprevisión ni las convenciones modificatorias de la responsabilidad. La primera, por resultar imposible que concurran los requisitos necesarios para su aplicación, atendidas las características especiales del matrimonio y el deber de fidelidad que de él emana. En efecto, la teoría de la imprevisión pretende buscar un equilibrio patrimonial de las prestaciones, finalidad que no responde a la naturaleza del deber de fidelidad. En cuanto a las convenciones modificatorias de la responsabilidad, no proceden atendido que los efectos jurídicos del matrimonio están señalados en la ley y son indisponibles e inmodificables por los cónyuges.

En vistas de lo expuesto, cabe concluir que no vemos *a priori* que exista una causal eximente de responsabilidad aplicable a todo caso de adulterio y que nos obligue a descartar la posibilidad de obtener una reparación por el daño que el cónyuge inocente ha sufrido con ocasión de la relación sexual extramatrimonial.

41. Acerca de la procedencia de la reparación del daño moral en sede contractual.

Atendido que lo más probable es que el daño que produce la conducta adúltera sea de orden moral, hemos de reparar en el estado actual de la antigua discusión doctrinaria acerca de la procedencia de la reparación del daño moral en sede contractual. Y es que, a falta de una norma como la contenida en el artículo 2329 del Código Civil, y atendida una interpretación restrictiva del artículo 1556 del mismo cuerpo normativo, históricamente se negó lugar a la reparación del daño moral en sede contractual.⁴⁹⁵

Lo cierto es que hace dos décadas nuestros tribunales superiores de justicia se pronuncian a favor de su procedencia,⁴⁹⁶ de manera que no existe hoy, al menos a este respecto, obstáculo alguno para la aplicación del estatuto de responsabilidad contractual a la materia.

⁴⁹⁴ ABELIUK MANASEVICH, RENÉ. 2008. *Ob. Cit.* p. 863.

⁴⁹⁵ Véase especialmente TOMASELLO HART, LESLIE. 1969. *Ob. Cit.* Sobre la resarcibilidad del daño moral en sede contractual véanse también: FUEYO LANERI, FERNANDO. 2004. *Ob. Cit.* pp. 384 y ss.; JANA L., ANDRÉS y TAPIA R., MAURICIO. 2004. Daño moral en la responsabilidad contractual a propósito de un fallo de la Corte Suprema de 5 de noviembre de 2001. *En:* PIZARRO, CARLOS. Cuadernos de Análisis Jurídico. Colección Derecho Privado, N° 1. pp. 171-209; RUTHERFORD PARENTTI, ROMY GRACE. 2013. La reparación del daño moral derivado del incumplimiento contractual. Tendencia en la reciente jurisprudencia nacional y española. *Revista Chilena de Derecho* Vol. 40 (2): pp. 669-689; VERGARA BEZANILLA, JOSÉ PABLO. 2011. Comentarios sobre el daño moral en materia contractual. *Revista de Derecho* (26): pp. 11-26.

⁴⁹⁶ Sumamente ilustrativas resultan las sentencias dictadas por la Excm. Corte Suprema el 11 de abril de 2007, recaída en los autos Rol N° 3291-2005 y otra dictada por el mismo tribunal, el 3 de septiembre de 2002, recaída en los autos Rol N° 4035-2001.

42. Inaplicabilidad de la condición resolutoria tácita y la excepción de contrato no cumplido a la especie.

De otra parte, el título XII del Libro IV del Código Civil, que dispone las reglas que se aplican a la responsabilidad civil contractual bajo el epígrafe “Del efecto de las obligaciones”, consagró en el artículo 1552 la denominada excepción de contrato no cumplido o *exceptio non adimpleti contractus*, que es la que corresponde al deudor en un contrato bilateral para negarse a cumplir su obligación mientras la otra parte no cumpla o se allane a cumplir la suya.⁴⁹⁷

Creemos que tal excepción no puede, en ningún caso, aplicarse a los deberes conyugales, atendidas las especiales características del matrimonio y la regulación legal de sus efectos, que los cónyuges no pueden modificar a su arbitrio.

Y es que, como reconoce Abeliuk, esta institución envuelve una autotutela, “porque el deudor puede legítimamente dejar de cumplir su obligación... sin ulteriores responsabilidades para él, pero, además, se le da la tutela de permitir oponer la excepción correspondiente”,⁴⁹⁸ circunstancia que mal podría proceder respecto del matrimonio, cuyos efectos están consagrados en la ley y constituyen materias indisponibles para las partes.

Idénticas razones nos obligan a descartar de plano, además, la aplicabilidad al matrimonio de la condición resolutoria tácita contemplada en el artículo 1489 del Código Civil.

43. Prescripción de la acción de responsabilidad civil contractual.

A falta de norma especial, el plazo de prescripción aplicable a la acción de responsabilidad civil contractual no puede ser otro que el de cinco años, contados desde que la obligación se haya hecho exigible.⁴⁹⁹ Esto es, en la especie, desde que el cónyuge contravino la obligación de no cometer adulterio.

Tal circunstancia supone una ventaja comparativa para la aplicación de este estatuto de responsabilidad civil, en comparación con el de responsabilidad extracontractual, cuyo plazo de prescripción es menor.

44. Comentarios finales.

Atendidos los razonamientos precedentes no apreciamos razones suficientes, al menos de carácter teórico, para descartar la aplicación del estatuto de responsabilidad civil contractual a la hipótesis del adulterio. Por el contrario, estimamos que, en el actual estado de nuestra legislación,

⁴⁹⁷ ABELIUK MANASEVICH, RENÉ. 2008. *Ob. Cit.* p. 941.

⁴⁹⁸ ABELIUK MANASEVICH, RENÉ. 2008. *Ob. Cit.* p. 940.

⁴⁹⁹ Conforme fluye del tenor literal de los artículos 2514 y 2515 del Código Civil.

bien podría acogerse una acción de responsabilidad civil por adulterio ejercida en sede contractual.

Sin perjuicio de lo anterior, hacemos presente que la tramitación de un juicio de responsabilidad civil por adulterio en esta sede, supone que el demandante asuma un alto grado de incerteza jurídica, a consecuencia de la falta de consenso en doctrina y jurisprudencia sobre ciertos aspectos críticos para el éxito de la acción judicial, tales como la discusión sobre la naturaleza jurídica del matrimonio y de las obligaciones que de él emanan, el criterio de imputación aplicable al adulterio, o la procedencia de indemnizar el daño moral en sede contractual.

Párrafo Segundo.

Análisis de la aplicabilidad del estatuto de responsabilidad extracontractual.

45. Razones en favor de aplicar el estatuto de responsabilidad extracontractual.

Estimamos, junto con Vargas, que la tendencia mayoritaria de aquellos que defienden la aplicación de las normas de responsabilidad civil en el ámbito familiar, es la de aplicar a ésta el estatuto de la responsabilidad civil extracontractual.⁵⁰⁰ Cabe pronunciarse entonces sobre las razones en que se funda tal tendencia.

a. Negación del carácter contractual del matrimonio.

Según se expusiera anteriormente, se ha discutido arduamente en doctrina acerca de la naturaleza jurídica del matrimonio. Con todo, la mayoría de nuestros autores niega al matrimonio la calidad de mero contrato.⁵⁰¹

Como consecuencia de lo anterior, los autores que admiten la procedencia de aplicar reglas de responsabilidad civil en el ámbito familiar proponen aplicar el estatuto de responsabilidad extracontractual entre los cónyuges, haciendo énfasis en que la sede contractual estaría orientada de manera primordial a materias patrimoniales.

En este sentido se ha pronunciado el profesor De la Maza, al señalar que si bien el artículo 102 del Código Civil define el matrimonio como un contrato, “probablemente dicha denominación

⁵⁰⁰ VARGAS ARAVENA, DAVID. 2015. *Ob. Cit.* p. 84.

⁵⁰¹ Véase *supra* párrafo N° 33 de este trabajo.

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”.⁵⁰²

b. El adulterio como ilícito civil.

Hemos señalado que la responsabilidad civil extracontractual nace a consecuencia de un hecho ilícito, que no está antecedido de una relación jurídica obligatoria.⁵⁰³ Por tanto, quien persiga la reparación de los daños sufridos por una persona a consecuencia del adulterio de su cónyuge, de conformidad con la regulación dispuesta para el estatuto extracontractual, necesariamente habrá de sostener que el adulterio constituye un ilícito civil, ya sea bajo la forma de un delito o cuasidelito civil.

Pues bien, tal requisito esencial no supone obstáculo alguno a la aplicabilidad de las reglas de responsabilidad civil al caso de adulterio. Y es que resulta evidente que la contravención a una prohibición dispuesta en la ley, como ocurre en el caso de la conducta adúltera señalada en el artículo 132 del Código Civil, supone la existencia de un hecho ilícito. Valiéndonos de palabras del profesor Abeliuk, reconocemos en la hipótesis del adulterio un hecho, en cuanto existe una conducta, por acción del obligado, e ilícito, por ser contraria al derecho.⁵⁰⁴

En este sentido se ha pronunciado María Sara Rodríguez, al afirmar que la infracción de los deberes de familia configura un hecho ilícito que, si causa daño, es un delito civil, por el que también debería poder exigirse la indemnización de perjuicios.⁵⁰⁵ Asimismo, y refiriéndose derechamente al adulterio, el profesor Corral enseña que debe ser considerado como “un hecho ilícito que puede dar lugar a sanciones de diverso carácter”.⁵⁰⁶ De otra parte, el profesor Ruz afirma derechamente que el adulterio es un delito civil.⁵⁰⁷

46. Consideraciones especiales para la aplicación del estatuto de responsabilidad civil extracontractual en la hipótesis del adulterio.

El profesor Alessandri desprende del tenor de los artículos 2284, 2314 y 2319 del Código Civil que, para que un hecho o una omisión engendre responsabilidad delictual o cuasidelictual civil es menester: i) que su autor sea capaz de delito o cuasidelito; ii) que ese hecho u omisión

⁵⁰² MAZA GAZMURI, IÑIGO DE LA. 2012 b. *Ob. Cit.*

⁵⁰³ BARROS BOURIE, ENRIQUE. 2007. *Ob. Cit.* p. 976.

⁵⁰⁴ ABELIUK MANASEVICH, RENÉ. 2008. *Ob. Cit.* p. 200.

⁵⁰⁵ RODRÍGUEZ PINTO, MARÍA SARA. 2012. *Ob. Cit.*

⁵⁰⁶ CORRAL TALCIANI, HERNÁN. 2014. *Ob. Cit.*

⁵⁰⁷ RUZ LÁRTIGA, GONZALO. 2012. *Ob. Cit.* 215.

provenga de dolo o culpa; iii) que cause un daño, y; iv) que entre el hecho o la omisión dolosa o culpable y el daño exista una relación de causalidad.⁵⁰⁸

Acerca de la existencia del daño y la necesidad de relación causal entre la acción y el daño ya nos referimos, de manera que nos remitimos a lo señalado en los párrafos N° 28 y siguientes de este trabajo. Por tanto, nos ocuparemos de aquellos aspectos que difieran en su tratamiento respecto del estatuto de responsabilidad civil analizado con anterioridad.

47. Acerca de la capacidad del agente.

La norma que regula la capacidad en materias delictuales y cuasidelictuales está dispuesta en el artículo 2319 del Código Civil.⁵⁰⁹

Del atento examen de la referida norma fluye que la capacidad es, en materia extracontractual, más amplia que la contractual. Según enseña Alessandri, ello se debe a que el hombre adquiere la noción del bien y del mal mucho antes que la madurez y la experiencia necesarias para actuar en la vida de los negocios.⁵¹⁰

Por regla general el cónyuge adúltero cumplirá con los parámetros dispuestos en el señalado artículo 2319 y, en consecuencia, se cumplirá el requisito de capacidad del agente dañoso. Lo anterior por cuanto, para contraer válidamente matrimonio, los contrayentes deben tener al menos 16 años, de manera que al momento del adulterio cumplirá con el parámetro etario. Así las cosas, el cónyuge demandado solo podría alegar demencia al momento de ejecutar el adulterio como causal de incapacidad, circunstancia que, de acuerdo con lo señalado por el profesor Hernán Corral, deberá ser actual, total y no imputable a la voluntad del sujeto.⁵¹¹

Por lo demás, ha de tenerse presente que el artículo 2318 del Código Civil impide eximirse de la responsabilidad por actos ejecutados bajo privación de la razón a consecuencia de la ingesta de alcohol, cuando la ingesta de tal sustancia hubiere sido voluntaria.

⁵⁰⁸ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO. 2009. *Ob. Cit.* p. 95.

⁵⁰⁹ Que dispone: “No son capaces de delito o cuasidelito los menores de siete años ni los dementes; pero serán responsables de los daños causador por ellos las personas a cuyo cargo estén, si pudiere imputárseles negligencia.

Queda a la prudencia del juez determinar si el menor de dieciséis años ha cometido el delito o cuasidelito sin discernimiento; y en este caso se seguirá la regla del inciso anterior”.

⁵¹⁰ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO. 2009. *Ob. Cit.* p. 96.

⁵¹¹ CORRAL TALCIANI, HERNÁN. 2003. *Ob. Cit.* pp.107-108.

48. Imputabilidad.

Alessandri enseña que, en el sistema de nuestro Código Civil, la fuente de la responsabilidad civil es el hecho perjudicial doloso o culpable y no el hecho perjudicial liso y llano.⁵¹² Así, la imputabilidad es un elemento dentro de la responsabilidad que nos “permite determinar cuándo un hecho antijurídico merece sanción civil (imposición de responsabilidad)”.⁵¹³

El análisis relativo a la imputabilidad se centra en determinar si el cónyuge tuvo la posibilidad de prever y controlar las consecuencias del acto, porque en tal caso la conducta adultera se imputa a dolo o culpa del sujeto.

Según lo expuesto, para que el adulterio sea apto para dar lugar a la indemnización de perjuicios en sede extracontractual, resulta necesario acreditar en juicio que el cónyuge infiel pudo o debió representar las consecuencias de su actuar, al momento de yacer con una persona distinta de su marido o mujer, y que, pese a ello, hubiere aceptado el daño que irrogaría a su cónyuge, ya sea porque lo quería o buscaba, caso de actuar doloso, o porque no esperaba que el efecto se produjera, en este último se habla de una conducta culposa o negligente.

Así, se incurre en dolo toda vez que se obra con la intención de dañar,⁵¹⁴ estándar que se cumplirá “siempre que el autor del hecho (acción u omisión) se encuentre en situación de a) prever racionalmente el resultado dañoso, por lo menos como probable (lo cual supone descubrir la cadena causal que desemboca en la consecuencia dañosa); b) aceptar este resultado y, por lo mismo, asumir que el perjuicio obedece a esa y no a otra acción complementaria o conjunta; y c) estar en situación de optar por una conducta opuesta que excluya el daño”.⁵¹⁵

De otra parte, la culpa no intencional o negligencia es concebida como la inobservancia del cuidado debido en la conducta susceptible de causar daño a otros, de modo tal que la culpa civil es esencialmente un juicio de ilicitud acerca de la conducta y no respecto de un estado de ánimo.⁵¹⁶

Constatado lo anterior, cabe concluir que el demandante en sede extracontractual no se verá obligado a acreditar en juicio que el adúltero actuó con la intención directa de provocar daño en la persona de su cónyuge, bastando acreditar que el cónyuge adúltero no ajustó su actuar al deber de cuidado que era aplicable.

⁵¹² ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO. 2009. *Ob. Cit.* p. 119.

⁵¹³ RODRÍGUEZ GREZ, PABLO. 2004 a. *Ob. Cit.* p. 162.

⁵¹⁴ RODRÍGUEZ GREZ, PABLO. 2004 a. *Ob. Cit.* p. 163.

⁵¹⁵ RODRÍGUEZ GREZ, PABLO. 2004 a. *Ob. Cit.* pp. 165-166.

⁵¹⁶ BARROS BOURIE, ENRIQUE. 2007. *Ob. Cit.* p. 78.

Según enseña el profesor Barros, la determinación del deber de cuidado aplicable a cada caso puede responder a tres fuentes distintas, la legislación, los usos normativos y el estándar genérico de la persona diligente.⁵¹⁷

Estimamos que, respecto del adulterio, bien podría argüirse que estamos ante un caso de culpa infraccional o culpa contra la legalidad, atendida la directa transgresión de lo dispuesto en el artículo 132 del Código Civil, de manera que la conducta adúltera habrá de estimarse siempre como culpable, sin necesidad de ser completada con una imputación subjetiva del ilícito,⁵¹⁸ en tanto no cumple con el parámetro señalado por el legislador, que al regular la convivencia matrimonial impuso el deber de los cónyuges de guardarse fe y la prohibición expresa de mantener relaciones sexuales con terceros. De esta forma, el actuar diligente del cónyuge implica necesariamente la abstención respecto de tal conducta.

Con todo, ha de tenerse presente la circunstancia observada por Abeliuk, en orden a que “La clasificación tradicional entre delitos y cuasidelitos civiles ha descansado en la diferente actitud del agente; todos sus demás elementos son comunes, pero en el delito hay dolo del autor del daño y culpa en el cuasidelito civil. Salvada esta separación, no hay otras entre éste y aquél, y no es mayor la responsabilidad en el caso de dolo que en el de la culpa, pues su intensidad se mide por el daño y no por la actuación del agente”.⁵¹⁹

49. Causales de justificación.

Las causales de justificación son ciertas situaciones o supuestos de hecho que excluyen la antijuridicidad del acto dañoso y, por ende, la responsabilidad,⁵²⁰ al neutralizar el juicio de ilicitud de la conducta.⁵²¹ Así, son un conjunto de circunstancias ajenas a la acción, pero que la rodean, y que el ordenamiento jurídico reconoce como aptas para excluir la antijuridicidad de la acción, de manera tal que, aun cuando el hecho cumpliera con todas las condiciones necesarias para ser un ilícito, no es merecedor de una sanción legal.

⁵¹⁷ BARROS BOURIE, ENRIQUE. 2007. *Ob. Cit.* p. 97.

⁵¹⁸ BARROS BOURIE, ENRIQUE. 2007. *Ob. Cit.* p. 99.

⁵¹⁹ ABELIUK MANASEVICH, RENÉ. 2008. *Ob. Cit.* p. 217.

⁵²⁰ RODRÍGUEZ GREZ, PABLO. 2004 a. *Ob. Cit.* p. 150.

⁵²¹ BARROS BOURIE, ENRIQUE. 2007. *Ob. Cit.* p. 133.

Según enseña el profesor Corral, la ley no ha reglamentado las causas eximentes de responsabilidad civil, pero la doctrina ha ido identificándolas.⁵²² Barros observa que las causales de justificación de común aceptación por la doctrina son: la ejecución de actos autorizados por el derecho, el consentimiento de la víctima, el estado de necesidad y la legítima defensa.⁵²³

Creemos que la primera de las causales señaladas podrá tener lugar cuando se hubiere declarado la separación judicial de los cónyuges, puesto que aunque siga vigente el vínculo matrimonial entre ambos, ya no subsiste el deber de fidelidad y, por tanto, deja de pesar sobre ellos la prohibición de cometer adulterio, pudiendo entenderse que el derecho autoriza a los cónyuges a mantener relaciones sexuales con terceros.

En cuanto respecta al consentimiento de la víctima y el estado de necesidad, podemos señalar que, a nuestro juicio, no son aptas para eximir de la responsabilidad civil, atendido que la prohibición de cometer adulterio no es susceptible de ser derogada por acuerdo de los cónyuges o por la voluntad unilateral de uno de ellos.⁵²⁴ De otra parte, no vislumbramos cómo es que el adulterio podría constituir un medio para evitar un mal mayor, requisito necesario para que opere la causal de estado de necesidad.

Este último razonamiento es aplicable, además, a la causal de exención de la legítima defensa. Y es que, no logramos imaginar un supuesto en que la mantención de relaciones sexuales consentidas podría estar orientada a la defensa de una persona o sus bienes. La única hipótesis que se acerca es la del cónyuge que mantiene una relación sexual bajo amenaza, circunstancia que en caso alguno constituye adulterio, sino un delito penal de violación. De esta forma, no existiría un delito o cuasidelito civil por el cual debiera responder el cónyuge y, por tanto, no opera ninguna causal de exención de responsabilidad civil.

50. Prescripción de la acción de responsabilidad civil extracontractual.

Conforme dispone el artículo 2332 del Código Civil, el plazo de prescripción aplicable a la acción de responsabilidad civil extracontractual es de cuatro años, contados desde la perpetración del acto.

Tal circunstancia supone una desventaja comparativa en relación con el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil contractual, cuyo plazo de prescripción es mayor por un año.

⁵²² CORRAL TALCIANI, HERNÁN. 2003. *Ob. Cit.* p. 127.

⁵²³ BARROS BOURIE, ENRIQUE. 2007. *Ob. Cit.* p. 134.

⁵²⁴ Véase *supra* párrafo N° 40 de este trabajo.

51. Comentarios finales.

De la exposición precedente fluye que el adulterio bien puede ser considerado un ilícito civil y, en tal calidad, dar origen a la obligación de reparar los perjuicios que de ello provengan, por cumplirse todos los requisitos de la responsabilidad extracontractual.

El juicio de responsabilidad civil sustanciado de conformidad con las reglas del estatuto de responsabilidad civil extracontractual permite salvar la discusión doctrinaria relativa a la naturaleza jurídica del matrimonio y tender a obtener una completa reparación de los daños ocasionados por el adulterio. Mas cuenta, a nuestro criterio, con el defecto de no existir una respuesta satisfactoria para la completa negación del estatuto de responsabilidad contractual a la materia, atendido el tenor literal del artículo 102 del Código Civil que define al matrimonio como un contrato solemne.

En materias de capacidad, existencia de causales de exención de responsabilidad y prescripción, si bien las regulaciones de los estatutos de responsabilidad civil contractual y extracontractual difieren entre sí, no suponen un problema para la sustanciación de una demanda de responsabilidad civil por adulterio, ni una gran ventaja comparativa para alguno de los dos estatutos por sobre el otro.⁵²⁵

En cuanto a la imputabilidad, el estatuto de responsabilidad civil extracontractual pareciera ofrecer algún mayor grado de certeza jurídica que en sede contractual, en cuanto a la hipótesis de adulterio. Lo anterior por cuanto, según se expuso, es más relevante determinar la posibilidad de prever las consecuencias del actuar propio que la condición subjetiva del autor, de manera que no existe gran diferencia entre dolo y culpa.⁵²⁶ Además, existen fundamentos suficientes para estimar que el adulterio constituye un caso de culpa contra la legalidad.

Finalmente, hacemos presente que el argumento más potente en favor de la aplicación del estatuto extracontractual hoy se torna relativo. Y es que hasta hace algunos años la jurisprudencia reservaba la posibilidad de resarcir perjuicios extrapatrimoniales únicamente en sede extracontractual, circunstancia que ha variado, reconociendo la posibilidad de perseguir la reparación de daño de esta especie en sede contractual.⁵²⁷

52. Determinación del estatuto aplicable.

⁵²⁵ Véanse *supra* los párrafos N°s. 36, 43, 47 y 50 de este trabajo.

⁵²⁶ Véase *supra* párrafo N° 48 de este trabajo.

⁵²⁷ Véase *supra* párrafo N° 41 de este trabajo.

Según se ha expuesto, el adulterio puede ser concebido como un delito o cuasidelito civil o como un incumplimiento de una obligación preexistente, de forma tal que bien podría dar lugar a la aplicación del estatuto de responsabilidad civil extracontractual como contractual. En estas circunstancias, no queda claro cuál es el estatuto que debiera aplicarse a la especie. Nos encontramos en una especie de zona gris, en que la distinción entre la responsabilidad contractual y extracontractual no resulta del todo clara, circunstancia que concurre, asimismo, por ejemplo, en el caso de la responsabilidad civil médica.

El profesor Fueyo enseña que el cúmulo de responsabilidades se entiende, en su forma restringida,⁵²⁸ como una simple opción o elección entre la acción contractual y la delictual, con motivo del daño causado por uno de los contratantes a su contraparte.⁵²⁹ Barros, a este respecto, se interroga si puede el actor optar por la acción que más le conviene, o debe entenderse, por el contrario, que existe un conflicto de normas que debe resolverse excluyendo la aplicabilidad de uno de los ordenamientos.⁵³⁰

La legislación chilena no ha dispuesto una norma que resuelva tal interrogante y la doctrina nacional no está conteste respecto de cuál es la solución. Según observa Pérez, “las respuestas doctrinarias y jurisprudenciales que en nuestro país se han planteado en torno al tema de la concurrencia de las responsabilidades son de lo más variadas y no se encuentra un patrón claramente definido”, aunque el mismo autor enseña que la jurisprudencia mayoritaria ha tendido a desconocer el derecho de opción de la víctima.⁵³¹

Con todo, habrá de reconocerse que la doctrina civilista más tradicional se ha pronunciado por la negativa a la opción. Así, Alessandri afirma que “la opción entre ambas responsabilidades, es inadmisibles”.⁵³² En el mismo sentido, el profesor Abeliuk es tajante al afirmar que “si el legislador, a falta de estipulación de las partes, ha reglamentado la responsabilidad del deudor por

⁵²⁸ La acepción amplia del concepto, en palabras de Corral, “parece dar la impresión de que ambas responsabilidades pueden ser “acumuladas” para que la víctima obtenga dos indemnizaciones del daño, una por el incumplimiento del contrato y otra por el delito o cuasidelito civil. Tal idea predispone para pensar que la solución más razonable es su prohibición: el “*non cumul*”, que Alessandri Rodríguez impuso en Chile con los argumentos de la doctrina francesa. Véase CORRAL TALCIANI, HERNÁN. 2016 b. “Cúmulo” de responsabilidades: esperanzador giro jurisprudencial. [en línea] El Mercurio Legal. 23 de septiembre de 2016. <<http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2016/09/23/Cumulo-de-responsabilidades-esperanzador-giro-jurisprudencial.aspx>> [consulta: 4 octubre 2016].

⁵²⁹ FUEYO LANERI, FERNANDO. 2004. *Ob. Cit.* p. 358.

⁵³⁰ BARROS BOURIE, ENRIQUE. 2007. *Ob. Cit.* p. 1056.

⁵³¹ PÉREZ BRAVO, CARLOS. 2008. La concurrencia de responsabilidades. *Ars Boni et Aequi* (4) p. 113.

⁵³² ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO. 2009. *Ob. Cit.* p.63.

el incumplimiento, dichas normas son las que deben aplicarse y no otras”.⁵³³ Por su parte, Fueyo admite la opción a favor del demandante para escoger entre la acción contractual y delictual sólo en caso de estipulación de las partes e incumplimiento constitutivo a la vez de delito o cuasidelito penal.⁵³⁴

Sin embargo, en un fallo de reciente dictación, la Excma. Corte Suprema se pronunció respecto de la materia en comento,⁵³⁵ con ocasión de un recurso de casación presentado en un juicio de indemnización de perjuicios por responsabilidad civil médica afirmando que, como el hecho imputado a la demandada es constitutivo o puede ser considerado simultáneamente tanto como un incumplimiento imputable y como un hecho ilícito, “no se vislumbra razón jurídica alguna para que pueda privarse a la víctima, el derecho de optar por el estatuto que utilizará para reclamar la reparación que pretende a modo de indemnización de perjuicios, es decir, de elegir o escoger, entre el ejercicio de la acción por responsabilidad contractual o el de la acción por responsabilidad delictual, al presentarse como en el caso de autos, tanto un incumplimiento a una obligación contractual y a una obligación legal, las que tienen un mismo objeto”.

Respecto del fallo señalado, el profesor Corral observa que, si bien la Corte parece limitar la facultad de optar para los supuestos de responsabilidad civil médica, “la amplitud de los argumentos esgrimidos para rechazar el ‘*non cumul*’ permite aventurar que la teoría de la opción pueda más adelante hacerse extensiva a otras materias en las que se produce la misma concurrencia o concurso entre las normas de ambos regímenes de resarcimiento de perjuicios (daños por transporte de personas, accidentes del trabajo, lesiones por productos defectuosos, etc.).”⁵³⁶

Inútil sería plantear nuestra postura sobre el particular sin contar con fundamentos normativos nuevos que aportar, de manera que, ante este escenario, nos limitaremos a exponer la siguiente reflexión: sea cual sea la postura que se adopte respecto de la opción, creemos que tal circunstancia no debe obstar a la cumplida indemnización de los perjuicios sufridos a causa del adulterio.

Nos parecería inaceptable que una demanda de responsabilidad civil por adulterio sea rechazada por la razón de haberse ejercido conforme al estatuto contractual y el tribunal estimare

⁵³³ ABELIUK MANASEVICH, RENÉ. 2008. *Ob. Cit.* p. 934. En el mismo sentido se pronuncia RODRÍGUEZ GREZ, PABLO. 2004 a. *Ob. Cit.* p. 19.

⁵³⁴ FUEYO LANERI, FERNANDO. 2004. *Ob. Cit.* p. 359.

⁵³⁵ En sentencia dictada el 21 de marzo de 2016, recaída en los autos Rol N° 31.061-2014.

⁵³⁶ CORRAL TALCIANI, HERNÁN. 2016 b. *Ob. Cit.*

aplicable a la especie el estatuto extracontractual, o viceversa. Y es que el adulterio participa de la característica de hecho ilícito y, al mismo tiempo, de incumplimiento imputable de una obligación jurídica preexistente, siendo un acto apto para dar lugar a una sentencia condenatoria tanto en sede contractual como extracontractual, según se expuso con anterioridad en este trabajo.

CAPÍTULO OCTAVO.

ANÁLISIS DE OTROS ASPECTOS PROCESALES Y SUSTANTIVOS RELATIVOS A LA ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN DE LOS PERJUICIOS IRROGADOS A CONSECUENCIA DEL ADULTERIO.

53. Tribunal competente para conocer de la acción de indemnización de perjuicios por adulterio y procedimiento aplicable a la sustanciación del juicio.

Hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.286, que introdujo modificaciones orgánicas y procedimentales a la Ley de Tribunales de Familia, se discutía cuál era el tribunal competente para conocer de una demanda por responsabilidad civil en el entorno familiar.⁵³⁷

En el estado actual de nuestra legislación, y sea cual sea el estatuto de responsabilidad a que se someta la acción indemnizatoria, no cabe duda que la demanda de indemnización de perjuicios sufridos con ocasión del adulterio ha de ejercerse en sede civil, por cuanto los Tribunales de Familia no cuentan con competencia en materias de responsabilidad civil.

Y es que, si bien los Juzgados de Familia son una judicatura especialmente creada para conocer y resolver aquellos conflictos que tengan lugar en el entorno familiar, solo son competentes para conocer en única o primera instancia todos los asuntos de familia señalados por la Ley N° 19.968, y demás materias que otras leyes generales o especiales le encomienden; y ninguna norma les encomienda el conocimiento de este tipo de juicios sobre responsabilidad civil.

En cambio, resulta evidente que el tribunal competente en esta materia es el Juzgado de Letras en lo Civil, por cuanto éste goza de competencia para resolver de causas de familia cuyo

⁵³⁷ Se discutía respecto de si el artículo 8°, numeral 19, de la Ley N° 19.968 que creó los Tribunales de Familia, les otorgaba competencia para conocer de juicios de responsabilidad civil entre cónyuges o familiares. Tal discusión perdió interés práctico cuando la Ley N° 20.286 derogó tal norma. Sobre el particular, véase SEVERÍN FUSTER, GONZALO FRANCISCO. 2008. Demandas de daños en los Tribunales de Familia. Comentarios a un fallo, a partir de la modificación introducida por la Ley N° 20.286 en materia de competencia del tribunal. *Nomos*. Universidad de Viña del Mar. (2): 251-259.; SEVERÍN FUSTER, GONZALO FRANCISCO. 2009. Incompetencia del Tribunal de Familia para conocer las demandas de daño por infracción de los deberes conyugales. *En*: PIZARRO WILSON, CARLOS. Estudios de Derecho Civil IV. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué 2008. Santiago. Legal Publishing Chile. pp. 247-260. y; LEPÍN MOLINA, CRISTIÁN. 2014. Responsabilidad civil en las relaciones de familia. *En*: Responsabilidad Civil y Familia. Santiago. Legal Publishing Chile. pp. 436-437.

conocimiento no corresponda a los Juzgados de Familia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45, numeral 2°, letra k), del Código Orgánico de Tribunales.

En cuanto al procedimiento aplicable a la sustanciación del juicio sobre responsabilidad civil entre cónyuges, a falta de norma que señale un procedimiento especial, no nos queda sino concluir que debe ser el procedimiento ordinario, por cuanto el Código de Procedimiento Civil dispone en su artículo 3° que “Se aplicará el procedimiento ordinario en todas las gestiones, trámites y actuaciones que no estén sometidos a una regla especial diversa, cualquiera que sea su naturaleza”.

54. Relaciones entre la responsabilidad civil, el divorcio y otras acciones especiales del derecho de familia.

Al pronunciarse respecto de la procedencia de aplicar normas de responsabilidad civil en el ámbito conyugal, diversos autores centran su atención en la posibilidad de resarcir los perjuicios originados en el divorcio.⁵³⁸ Tal aproximación parecería sugerir que, para demandar la responsabilidad civil, sería necesario que previamente se declarara el divorcio de los cónyuges, por sentencia firme.

Creemos que el ordenamiento jurídico chileno no impone tal requisito, sino que, por el contrario, reconoce la plena autonomía entre la acción de responsabilidad civil y las acciones especiales del derecho de familia. De manera tal que no sería necesario que el cónyuge víctima del adulterio demande el fin del matrimonio mediante la declaración de divorcio, para que pueda solicitar el resarcimiento de los perjuicios sufridos a consecuencia del adulterio. Y es que no existe norma alguna que así lo disponga. Así, la responsabilidad civil del adúltero podría perseguirse antes, después o con prescindencia de la tramitación de un juicio de divorcio o separación judicial de los cónyuges.

En vista de lo anterior, creemos que la única relevancia que puede alcanzar la tramitación previa de una acción especial del derecho de familia, respecto del ejercicio de la acción de responsabilidad civil, recae en materia probatoria, según pasamos a exponer.

⁵³⁸ En este sentido, entre otros, ÁLVAREZ P., PABLO. 2007. *Ob. Cit.*; MEDINA, GRACIELA. 2002. *Ob. Cit.*; TANZI, SILVIA y PAPIILLÚ, JUAN. 2011. *Ob. Cit.*

Según se ha dado cuenta a lo largo del presente trabajo, el adulterio puede constituir un supuesto para la dictación de sentencias que acojan acciones de divorcio por culpa,⁵³⁹ separación judicial de los cónyuges⁵⁴⁰ o separación judicial de bienes,⁵⁴¹ de manera que en tales procedimientos podría tenerse por acreditada la existencia de adulterio, dejando constancia en la sentencia respectiva.

Asimismo, existen otros actos jurídicos especiales del derecho de familia que, aunque no explícitamente, pueden considerarse aptos para dar cuenta de la existencia de un adulterio, tales como las sentencias que se dicten en juicios de filiación y los actos de reconocimiento de paternidad. Y es que, el nacimiento de un hijo concebido con persona distinta del cónyuge al tiempo del matrimonio, lógicamente da cuenta de la existencia de adulterio y, si bien no existe norma expresa a este respecto, tal es un antecedente relevante para generar convicción en el juez respecto de la efectividad de una infidelidad.

Contar con alguno de dichos antecedentes, sin dudas, sería de gran utilidad para el demandante de responsabilidad civil por adulterio, por cuanto podrían ser acompañados al juicio civil⁵⁴² con la mira de acreditar la existencia del adulterio y, cuando correspondiere, la entidad del daño sufrido por el cónyuge víctima de la infidelidad. Mas, insistimos, el ejercicio previo de las acciones especiales del derecho de familia no es requisito de procedencia de la acción de responsabilidad civil por adulterio.

De otra parte creemos que, al reconocer la autonomía de la acción de responsabilidad civil, se otorga otra herramienta para la solución de los conflictos conyugales, reservando la terminación del matrimonio como un remedio de *última ratio*, a la vez que permite que el cónyuge adúltero asuma de manera efectiva la responsabilidad de sus actos.

Cierto es que parece extraña, a primera vista, la existencia de un juicio entre personas unidas por un vínculo matrimonial no disuelto, mas no existe norma alguna que descarte tal situación. Por el contrario, el artículo 136 del Código Civil prevé expresamente la posibilidad de entablarse un

⁵³⁹ De conformidad con lo dispuesto en el artículo 54 N° 2 de la Ley N° 19.947 de Matrimonio Civil.

⁵⁴⁰ En cuanto el adulterio sea considerado como una falta imputable al cónyuge y que constituye una violación grave de los deberes y obligaciones impuestas por el matrimonio, que torna intolerable la vida en común, según lo dispuesto en el inciso 1° del artículo 26 de la Ley N° 19.947 de Matrimonio Civil.

⁵⁴¹ Según dispone el artículo 155 del Código Civil.

⁵⁴² El profesor Alejandro Romero enseña que la aceptación de las sentencias judiciales como un medio de prueba está contemplada dentro de la regulación de los instrumentos o como una manifestación de la prueba de presunciones. ROMERO SEGUÉL, ALEJANDRO. 2012. La sentencia judicial como medio de prueba. Revista Chilena de Derecho Vol. 39 (2) p. 253.

juicio entre cónyuges, disponiendo la obligación del marido de proveer expensas para la *litis* seguida en su contra, en los casos indicados en la norma.⁵⁴³

55. Aplicabilidad de la responsabilidad civil respecto de los regímenes patrimoniales matrimoniales.

Llegados a este punto, cabe analizar qué ocurriría de imponerse la obligación al cónyuge adúltero de indemnizar los perjuicios sufridos por su consorte, en lo relativo a las relaciones patrimoniales entre ambas partes. Con tal objeto, atenderemos a si al momento de efectuarse el pago efectivo de la indemnización subsistía entre las partes el vínculo matrimonial y, en caso afirmativo, al régimen patrimonial matrimonial aplicable.

En caso de no subsistir el matrimonio, a consecuencia de haberse declarado el divorcio, la obligación de resarcir perjuicios no supone problema alguno para las relaciones patrimoniales entre las partes litigantes, siendo aplicables las normas generales. Lo mismo ocurre en el caso de existir el vínculo matrimonial entre las partes, cuando el régimen patrimonial matrimonial pactado entre ellos es el de separación de bienes,⁵⁴⁴ o bien, cuando se haya declarado previamente la separación judicial de los cónyuges.⁵⁴⁵

Ahora, nos referiremos al caso que entre el demandante vencedor y el demandado condenado a indemnizar los perjuicios existiera un vínculo matrimonial y el régimen patrimonial matrimonial vigente a la fecha del pago efectivo de la obligación reparatoria. En tal hipótesis, el demandante podrá perseguir el cumplimiento forzado en los bienes propios del adúltero, o bien, en los bienes sociales. Y es que, al ser la sociedad conyugal una comunidad restringida de bienes, se distinguen tres patrimonios: el social, el del marido y el de la mujer; a los que se puede agregar, además, el

⁵⁴³ El texto de la norma dispone: “Los cónyuges serán obligados a suministrarse los auxilios que necesiten para sus acciones o defensas judiciales. El marido deberá, además, si está casado en sociedad conyugal, proveer a la mujer de las expensas para la *litis* que ésta siga en su contra, si no tiene los bienes a que se refieren los artículos 150, 166 y 167, o ellos fueren insuficientes”.

⁵⁴⁴ Pues, según enseña Barros “En el régimen de separación de bienes cada cónyuge se apropia de las indemnizaciones que tengan su causa en bienes que les pertenezcan o en derechos de la personalidad que les hayan sido afectados”. BARROS BOURIE, ENRIQUE. 2007. *Ob. Cit.* pp. 914-915.

⁵⁴⁵ Por cuanto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley N° 19.947 de Matrimonio Civil, por la separación judicial termina la sociedad conyugal o el régimen de participación en los gananciales que hubiere existido entre los cónyuges.

patrimonio reservado de la mujer casada que ejerce un empleo, oficio, profesión o industria separada del marido.⁵⁴⁶

De perseguirse el cumplimiento forzado de la obligación de indemnizar en los bienes propios del adúltero, no existe problema alguno. Sólo el patrimonio del adúltero soporta el costo de la indemnización.

Con todo, cabe señalar que el dinero obtenido por el cónyuge inocente, a título de indemnización, ingresará al haber social, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1725.⁵⁴⁷ En todo caso al patrimonio del demandante ingresa el derecho a recompensa, en virtud del cual, a la disolución y liquidación de la sociedad conyugal podrá obtener que la indemnización percibida ingrese de manera definitiva a su patrimonio, conforme disponen los artículos 1770 y 1773. Y es que, en caso de haberse condenado a un cónyuge a indemnizar los perjuicios irrogados al otro a consecuencia del adulterio, resulta evidente que estamos ante una hipótesis en que la indemnización está encaminada a compensar un daño personalísimo y, aunque ingrese a la sociedad conyugal, el interés pertenece al cónyuge que lo ha sufrido, de modo que tiene derecho a la correspondiente recompensa.⁵⁴⁸

Si, en cambio, la indemnización de perjuicios a que diera lugar el adulterio se hiciera efectiva sobre bienes sociales, las normas jurídicas aplicables serían las siguientes.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1740, regla tercera, del Código Civil, la sociedad es obligada al pago de las deudas personales de cada uno de los cónyuges, quedando el deudor obligado a compensar a la sociedad lo que ésta invierta en ello. En el mismo sentido, el artículo 1778 del Código de Bello dispuso que cada cónyuge deberá asimismo recompensa a la sociedad por los perjuicios que le hubiere causado con dolo o culpa grave, y por el pago que ella hiciera de las multas y reparaciones pecuniarias a que fuere condenado por algún delito o cuasidelito.

De otra parte, según expusimos, el dinero obtenido por el cónyuge inocente, a título de indemnización, ingresará al haber social, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1725.

Como puede verse, durante la vigencia de la sociedad conyugal el pago de una indemnización de perjuicios entre cónyuges podría dar lugar a que un mismo patrimonio, el haber social, soporte

⁵⁴⁶ AEDO BARRENA, CRISTIAN y MONDACA ALEXIS. 2016. Régimen económico del matrimonio. En: PICÓ RUBIO, JORGE DEL. Derecho de Familia. Segunda Edición. Santiago. Legal Publishing Chile. p. 283.

⁵⁴⁷ BARROS BOURIE, ENRIQUE. 2007. *Ob. Cit.* pp. 914-915.

⁵⁴⁸ *Ibíd.*

el costo y, al mismo tiempo, reciba el pago de la obligación resarcitoria. Circunstancia que podría parecer injusta. Con todo, la situación quedará definitivamente resuelta recién al momento que se ponga término a la sociedad conyugal, según fluye del tenor de las normas contenidas en los artículos 1770, 1773, 1740 regla tercera y, 1748: el cónyuge inocente recibirá el monto de la indemnización por la vía del derecho de recompensa contra la sociedad; y el cónyuge adúltero asumirá el costo de la indemnización, pues la sociedad hará valer un derecho de recompensa. Así, en definitiva, sólo el patrimonio del adúltero soportará el costo de la indemnización al liquidarse la sociedad conyugal.

Finalmente, cabe referirse al régimen de participación en los gananciales. En principio, podría temerse que este régimen pudiera dar lugar a una circunstancia injusta en caso que el patrimonio del demandante hubiere obtenido mayores gananciales al término del régimen matrimonial, por cuanto de esta forma, a través del crédito de participación en los gananciales, el cónyuge adúltero podría obtener parte del beneficio económico que reportó la indemnización de perjuicios al demandante.

Nosotros postulamos que las reglas aplicables al régimen de participación en los gananciales permiten descartar tal posibilidad, según pasamos a exponer:

Creemos, junto con Barros, que en el régimen de participación en los gananciales el daño patrimonial se traduce en una pérdida patrimonial que es compensada por la indemnización, de modo que el resultado final no afecta el crédito de gananciales (la disminución del patrimonio afectado es compensada por la indemnización en virtud del principio de reparación integral del daño).⁵⁴⁹ Mas disentimos de su autorizada opinión cuando se pronuncia respecto del daño moral, en cuanto entiende que la indemnización “deviene en un aumento patrimonial neto en aplicación de la regla de cálculo del artículo 1792-6”.⁵⁵⁰ En sentido diverso, estimamos que la cantidad de dinero recibida a título de indemnización de perjuicios ha de contarse como adquisición a título gratuito, por cuanto mira a la sola utilidad del demandante, efectuada durante la vigencia del régimen y, en tal calidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1792-7 del Código Civil, ha de agregarse al patrimonio originario, de manera que no servirá para aumentar el valor de los gananciales.

Como puede verse, en el actual estado de nuestra legislación es posible –y a nuestro juicio, necesario- aplicar las normas de responsabilidad civil al ámbito conyugal sin que, en la práctica, su

⁵⁴⁹ *Ibíd.*

⁵⁵⁰ *Ibíd.*

recepción implique contravención alguna a las normas que regulan al matrimonio, la separación judicial, el divorcio, ni los regímenes patrimoniales matrimoniales.

56. Caso de la demanda dirigida contra el tercero que sostuvo relaciones sexuales con uno de los cónyuges.

Hasta ahora nos hemos referido a la posibilidad que el cónyuge adúltero se vea forzado a indemnizar los perjuicios sufridos por su cónyuge a consecuencia de su adulterio. Según hemos dado cuenta, la procedencia de la indemnización y las condiciones para acoger una demanda de tal naturaleza se discute. Con todo, hemos expuesto que existen fundamentos jurídicos suficientes para que pueda obtenerse dicha reparación en sede contractual o extracontractual.

Pues bien, atendida la naturaleza esencialmente interpersonal del adulterio, cabe preguntarse acerca de si el tercero que sostuvo relaciones sexuales con uno de los cónyuges podría verse obligado a reparar los perjuicios sufridos por el otro cónyuge.

Nuestra postura es la de negar lugar a la acción encaminada a que el tercero responda civilmente ante el cónyuge víctima de adulterio, atendidos los argumentos que pasamos a exponer.

En primer lugar, el matrimonio no impone deberes sobre terceros distintos de los cónyuges. No concebimos la existencia de una relación jurídica entre el cónyuge inocente y el tercero que participa en la consumación del adulterio, que justifique una eventual demanda de responsabilidad civil, ya que no existe fuente alguna de la que emane una obligación que permita exigir al tercero un comportamiento determinado, que en caso de incumplimiento conlleve una afectación de su patrimonio. La libertad sexual del tercero es un derecho cuyo ejercicio no infringe norma jurídica prohibitiva alguna, a diferencia de los que sucede entre cónyuges, quienes están obligados a guardarse fe, de acuerdo al tenor de los artículos 131 y 132 del Código Civil.

Podría alegarse, que el vínculo matrimonial impondría un deber de cuidado a los terceros, que en el caso del adulterio se manifestaría en la obligación de abstenerse de mantener relaciones sexuales con alguno de los cónyuges. Mas dicho efecto no está previsto expresamente en la ley, y no vemos cómo el acuerdo de voluntades de que nace el matrimonio podría obligar a terceros, por cuanto “los derechos contractuales que una persona tiene respecto de otra no dan lugar *per se* 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’.”⁵⁵¹

En segundo lugar, el artículo 132 del Código Civil no contempla a personas distintas de los cónyuges como individuos capaces de cometer adulterio. La norma referida señala, en 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”. Como puede verse, el sujeto activo del adulterio es siempre uno de los cónyuges y no otra persona, pues sólo cometen adulterio los cónyuges y no los terceros con quienes mantienen relaciones sexuales los cuales, por tanto, éstos no pueden ser considerados como autores de ilícito civil alguno.

Así las cosas, el actuar del tercero no es antijurídico, pues no implica incumplimiento de un deber preexistente de aquel para con el cónyuge inocente, ni constituye un ilícito civil.

En tercer lugar, porque la *ratio legis* de la aplicación de sanciones civiles al adulterio descansa en la consideración del vínculo matrimonial existente entre los cónyuges y, en particular, en la mira de promover la observancia del deber conyugal de fidelidad, de manera que es el actuar de los cónyuges, y no el de terceros ajenos al matrimonio, el que interesa regular al legislador.

En cuarto lugar, creemos que no correspondería perseguir la responsabilidad civil del tercero atendidas las especiales circunstancias del daño que el cónyuge inocente puede sufrir a consecuencia del adulterio, que generalmente será de naturaleza moral, en cuanto el adulterio atenta contra los lazos afectivos y de confianza propios de la vida en común que implica el matrimonio. Generalmente la conducta adúltera será apta para provocar tales daños en consideración, primordialmente, a la actuación del cónyuge y no a la identidad del amante, salvo casos excepcionales.

En quinto lugar, y desde una perspectiva práctica, el cónyuge inocente no necesitaría perseguir la responsabilidad civil del tercero si es que es debidamente resarcido por el cónyuge adúltero. El único interés por el cual el cónyuge podría pretender demandar en un mismo juicio también al tercero es en consideración a la insuficiencia del patrimonio del cónyuge adúltero en caso de dictarse sentencia condenatoria. Y es que, en otro caso, si se diera lugar a la demanda de responsabilidad civil en contra del tercero, el único beneficiado sería el cónyuge infiel, por cuanto la demanda contra el tercero no tiene relevancia en la evaluación del daño sufrido por el demandante, pero sí para la determinación de la obligación a la deuda que impondría la sentencia.

⁵⁵¹ BARROS BOURIE, ENRIQUE. 2007. *Ob. Cit.* p. 994.

CONCLUSIONES.

1. La familia es, para nuestro ordenamiento jurídico, el núcleo fundamental de la sociedad. A su vez, el matrimonio constituye el modelo paradigmático, aunque no único, de constitución de la familia. El matrimonio supone la unión libre de un hombre y una mujer y genera importantes efectos jurídicos y sociales. Uno de los efectos propios del vínculo matrimonial es el deber de fidelidad mutua que pesa sobre los cónyuges y que les impone la obligación de no cometer adulterio. El adulterio supone la más grave infracción al deber de fidelidad que pesa entre los cónyuges y, en tal calidad, ha sido sancionado históricamente por diversos ordenamientos jurídicos.

2. De la revisión de las normas que sobre adulterio fueron dictadas en el derecho romano, el derecho visigótico, el derecho medieval español y en el derecho indiano, fluye que el adulterio constituía para tales ordenamientos un acto antijurídico, apto para dar lugar a la imposición de sanciones en contra del cónyuge adúltero e, incluso, contra su amante. Además, cabe destacar como rasgos distintivos de tales regulaciones, el amplio catálogo de sanciones aplicables, que abarcaban desde penas de carácter patrimonial hasta la pena de muerte, y la clara distinción en torno al sexo del cónyuge infiel para la configuración del ilícito y la determinación de la sanción aplicable, diferenciación que siempre resultaba más gravosa para el sexo femenino.

3. Tributario de dicha tradición, el derecho chileno conservó varios de los rasgos señalados, sancionando la conducta adúltera a través de normas de derecho penal y de derecho civil.

Así el Código Penal chileno contempló, desde su entrada en vigencia en 1875, los delitos de adulterio y amancebamiento, además de una causal que exime de responsabilidad penal al marido que sorprende *in fraganti* a su cónyuge en adulterio, distinguiendo el sexo del cónyuge infiel para la configuración del ilícito o de la causal de exención de responsabilidad penal. Tanto las figuras delictivas, como la causal de exención de responsabilidad penal, fueron derogadas durante la segunda mitad del siglo XX.

En un principio, el Código Civil no definía al adulterio, mas contempló en su artículo 131 el deber de fidelidad conyugal. Recién en 1994, con la dictación de la Ley N° 19.335, modificada un año después por la Ley N° 19.422, el Código Civil señaló una definición legal del adulterio.

Mediante la misma Ley N° 19.335, el legislador optó por dejar de sancionar el adulterio en sede penal, concentrando su tratamiento normativo en sede civil y, además, decidió renunciar al tratamiento desigual que se daba históricamente a la infidelidad del hombre y de la mujer casada.

4. Las sanciones contempladas expresamente por el legislador para el caso de adulterio se encuentran dispuestas en el Código Civil y en la Ley de Matrimonio Civil y se limitan a dar al cónyuge inocente acción para demandar el divorcio, la separación judicial de los cónyuges o la separación judicial de bienes. Como consecuencia del ejercicio de alguna de las dos primeras, el adulterio puede dar lugar, además, a la revocación de donaciones, la denegación de la compensación económica o la disminución de su valor, la pérdida de derechos sucesorios, disminución en el derecho de alimentos o, la inaplicabilidad de la presunción *pater is est*.

5. Si, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 132 del Código Civil, el adulterio da lugar a las sanciones que la ley prevé, cabe preguntarse si es que dicha conducta es apta para dar lugar a sanciones distintas de las señaladas, que no hubieren sido expresamente dispuestas para tal hipótesis y, en particular, si es que el adulterio podría ser considerado fuente de responsabilidad civil. No existe en el ordenamiento jurídico chileno norma alguna que se pronuncie a este respecto.

6. En doctrina la cuestión no es pacífica, en buena medida, porque todavía se discute la procedencia de acciones de indemnización de perjuicios en el ámbito familiar y conyugal.

Existe un amplio sector doctrinal que, en ausencia de norma expresa que así lo disponga, rechaza de plano la aplicación de normas de derecho de daños entre miembros de una familia, fundados principalmente en la especialidad del derecho de familia y de sus sanciones, y la naturaleza especialísima de las relaciones de familia en comparación con aquellas propias del derecho patrimonial.

En oposición a la corriente referida, existe un importante sector doctrinario que promueve la aplicación de normas sobre responsabilidad civil en el ámbito familiar y conyugal, en ausencia de una norma general que lo prohíba. Lo anterior, fundados primordialmente en la idea central que la

especialidad del derecho de familia no es razón suficiente para contravenir el principio general del derecho de no dañar a otros.

7. En Chile la cuestión acerca de la procedencia de la aplicación de normas de responsabilidad civil ha sido recientemente puesta bajo conocimiento de los tribunales ordinarios de justicia, los cuales no han sentado las bases de una jurisprudencia que otorgue una respuesta definitiva, o al menos contundente, sobre la materia. En efecto, existen pronunciamientos en uno y otro sentido.

8. Ante el escenario descrito y, atendido el estado actual de la legislación chilena, postulamos que no se conformaría a derecho negar la aplicación de normas de responsabilidad civil entre cónyuges y familiares, según pasamos a exponer.

En primer lugar, creemos que no cabe confundir la especialidad del derecho de familia con una pretendida autonomía o autosuficiencia de tal rama jurídica. El ordenamiento jurídico chileno es uno, y constituye un sistema en que las diversas ramas especiales del derecho se conectan e interactúan entre sí.

En segundo término, postulamos que no es lícito negar la aplicación de normas de responsabilidad civil entre cónyuges y familiares, pues reconocemos en el derecho chileno la existencia del principio general de responsabilidad, que no se reduce a la existencia de tipos legales expresos y que se manifiesta en las más diversas ramas especiales del ordenamiento jurídico nacional.

En tercer lugar, creemos que corresponde aplicar las reglas de responsabilidad civil al ámbito familiar por cuanto la indemnización de perjuicios es plenamente compatible con las sanciones y normas especiales del derecho de familia, pues regulan aspectos diferentes.

En cuarto lugar, creemos que no se conforma a derecho limitar el ejercicio de los derechos de las personas, individualmente consideradas, con el pretendido objetivo de proteger a la familia. Por lo demás, no vislumbramos que la aplicación de las normas de responsabilidad civil tenga como necesaria consecuencia la desprotección de la familia.

Por los motivos señalados, postulamos que no existen argumentos normativos ni axiológicos suficientes para pretender que el ordenamiento jurídico chileno excluya, por regla general, a las relaciones de familia de las normas de responsabilidad civil.

9. De otra parte, atendida la falta de norma especial, creemos que los requisitos que deben imponerse a la aplicación de reglas de responsabilidad civil en el ámbito familiar han de ser los requisitos generales dispuestos en la legislación civil. Y es que, en consideración a la necesidad de certeza jurídica e igualdad en la aplicación de la ley, no estimamos que sea válido imponer restricciones no expresadas en la ley para la aplicación de las normas de responsabilidad civil en el ámbito familiar.

10. A falta de norma expresa en contrario, entendemos que no puede negarse *a priori* la posibilidad de demandar los perjuicios ocasionados con motivo de un adulterio. Por el contrario, estimamos que existen en el ordenamiento jurídico chileno argumentos que reafirman la necesidad de aceptar su aplicabilidad, atendidas las especiales características del adulterio y su regulación normativa.

11. Una vez admitida la procedencia de la responsabilidad civil en las relaciones de familia, y en particular en la hipótesis del adulterio, corresponde analizar cuál es el estatuto aplicable. En materia civil, existen regímenes de responsabilidad contractual y extracontractual y, como la legislación no dispone una norma expresa que disponga un estatuto especial aplicable a la especie, habrá que someterse a alguno de los estatutos referidos.

Sin perjuicio de lo anterior, luego de analizar los requisitos y condiciones propios de cada estatuto de responsabilidad civil, concluimos que existen variados argumentos jurídicos aptos para fundar la responsabilidad civil del cónyuge adúltero, cualquiera sea el régimen a que se someta su consideración en juicio. Lo anterior, fundado en la circunstancia que el adulterio bien puede ser concebido como un delito o cuasidelito civil o como un incumplimiento de una obligación preexistente, de tal forma que bien podría dar lugar a la aplicación del estatuto de responsabilidad civil extracontractual como contractual.

Así las cosas, más que pronunciarnos en favor de la aplicación de uno u otro estatuto, nos interesa destacar que, resultaría contrario a derecho que se niegue lugar a una demanda de responsabilidad civil por adulterio fundada en la única razón de haberse ejercido conforme al estatuto contractual y el tribunal estimare aplicable a la especie el estatuto extracontractual, o viceversa.

12. De otra parte, a falta de norma especial, cabe afirmar que el juicio de responsabilidad civil por adulterio habrá de someterse en todo caso a conocimiento y fallo del Juzgado de Letras en lo Civil que fuere competente de conformidad con las reglas de competencia relativa, y sustanciarse según las reglas del procedimiento ordinario.

13. Asimismo, en el cuerpo de esta memoria nos pronunciamos en contra de la procedencia de una acción de responsabilidad dirigida en contra del tercero que mantuvo relaciones sexuales con uno de los cónyuges, por cuanto éste no cometió acto ilícito alguno, en razón que solo pueden ser sujetos activos del ilícito civil de adulterio los cónyuges, atendida la redacción de la norma contenida en el artículo 132, inciso segundo, del Código de Bello.

14. A modo de cierre, expondremos una reflexión final acerca del objeto de nuestro estudio. El análisis de la aptitud del adulterio para ser considerado fuente de responsabilidad civil significó un ejercicio personal, profesional e intelectual, del más alto interés para los autores de la presente memoria de prueba. Desde el punto de vista profesional, porque perseguimos la aplicación del derecho a una realidad tan incómoda como recurrente, en la que la cumplida administración de justicia puede propender a defender los derechos de quienes sufran perjuicios a consecuencia del adulterio.

De otra parte, recalcamos el alto interés intelectual que significa para nosotros la materia, pues en ella descubrimos una suerte de nueva aproximación al concepto mismo del derecho. En efecto, estimamos que las directrices señaladas por Ulpiano como definición misma del derecho, pueden aplicarse a las hipótesis de adulterio y que, de la reflexión en torno a ellas, fluye la procedencia y necesidad jurídica de aplicar las normas de responsabilidad civil en estos casos.

Honeste vivere, alterum non laedere y suum cuique tribuere. Vivir honestamente, no dañar a otros y dar a cada uno lo suyo son imperativos de justicia que deben orientar el comportamiento de los individuos en sociedad y, por tanto, si a consecuencia de una actuación de mala fe se irroga perjuicio a otra persona –caso del adulterio-, el daño ha de ser reparado cumplidamente.

BIBLIOGRAFÍA

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ABELIUK MANASEVICH, RENÉ. 2008. Las Obligaciones. Quinta Edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. Dos Tomos.

ALCALDE RODRÍGUEZ, ENRIQUE. 2003. Los Principios Generales del Derecho. Su función de garantía en el derecho público y privado chileno. Santiago. Ediciones Universidad Católica de Chile. 278p.

ALARCÓN SOTO, ALEJANDRO. 2005. La Pena Privada. Santiago. Ediciones Jurídicas de Santiago. 156p.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO. 2009. De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil chileno. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 559p.

ANDREUCCI AGUILERA, RODRIGO. 2008. Los conceptos de la Corte Suprema sobre interpretación de la ley a través de sus sentencias. *Nomos*. Universidad de Viña del Mar (1): 11-39.

ARANCIBIA OBRADOR, MARÍA JOSÉ y CORNEJO AGUILERA, PABLO. 2014. El Derecho de familia en Chile. Evolución y nuevos desafíos. *Revista Ius et Praxis*, año 20 (1):279-318.

BANFI DEL RÍO, CRISTIÁN. 2013. Responsabilidad Civil por Competencia Desleal. Santiago. Legal Publishing Chile. 396p.

BARCIA LEHMANN, RODRIGO. 2011. Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia. Santiago. Legal Publishing Chile. 572p.

BARRIENTOS CAMUS, FRANCISCA MARÍA. 2010. La responsabilidad civil del fabricante bajo el artículo 23 de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores y su relación con la responsabilidad civil del vendedor. Revista chilena de derecho privado (14): 109-158.

BARRIENTOS GRANDÓN, JAVIER. 2003. Curso de Historia del Derecho. Tomo I. Santiago. LexisNexis Chile. 369p.

BARRIENTOS GRANDÓN, JAVIER. 2011. Derecho de las personas. El Derecho matrimonial. Santiago. Abeledo Perrot, Thomson Reuters, Legal Publishing Chile. 942p.

BARRIENTOS GRANDÓN, JAVIER. 2012. Código Civil. Concordancias, Historia de la Ley, Jurisprudencia, Notas Explicativas, Índice Temático. Santiago. Legal Publishing Chile. Dos Tomos.

BARRIENTOS GRANDÓN, JAVIER y NOVALES ALQUÉZAR, ARANZAZU. 2004. Nuevo Derecho Matrimonial Chileno, ley N° 19.947: Celebración del matrimonio, separación, divorcio y nulidad. Segunda Edición. Santiago. LexisNexis Chile. 472p.

BARROS BOURIE, ENRIQUE. 2007. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 1227p.

BARROS ERRÁZURIZ, ALFREDO. 1931. Curso de Derecho Civil, Tercer Año, (Primera Parte). Cuarta Edición. Santiago. Editorial Nascimento. Volumen IV.

BETTINI SILVA, KARINA e IBARRA GUTIÉRREZ, ESTRELLA. 2007. La Iglesia y la Ley de Matrimonio Civil. Memoria para optar al Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 104p.

CABANELLAS DE TORRES, GUILLERMO. 2000. Diccionario Jurídico Elemental. Décimo Cuarta Edición. Buenos Aires. Editorial Heliasta. 422p.

CAJAS SILVA, CRISTIÁN. 2007. El matrimonio canónico. Ineficacia civil y responsabilidad penal en la ley de matrimonio civil de 2004. Memoria para optar al Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 194p.

CALDERÓN BÓRQUEZ, CRISTIÁN. 2012. Análisis jurídico de las relaciones de desigualdad entre cónyuges y mecanismos de protección al cónyuge débil. Memoria para optar al Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 214p.

CORDERO QUINZACARA, EDUARDO. 2009. Los principios y reglas que estructuran el ordenamiento jurídico chileno. *Revista Ius et Praxis*, año 15 (2): 11-49

CORNEJO GARCÍA, MARÍA GLORIA. 2012. Particularidades de la responsabilidad civil extracontractual en el derecho de familia. Memoria para optar al Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 169p.

CORRAL TALCIANI, HERNÁN. 2003. Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 423p.

CORRAL TALCIANI, HERNÁN. 2009. Derecho Civil y Persona Humana. Cuestiones debatidas. Segunda Edición. Santiago. Legal Publishing Chile. 244p.

DELGADO SCHNEIDER, VERÓNICA. 2012. La responsabilidad civil extracontractual por el daño ambiental causado en la construcción u operación de las carreteras. Revista de derecho (Valdivia), 25(1): 47-76.

DIEZ SCHWERTER, JOSÉ LUIS. 2008. Responsabilidad civil derivada de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales: Aspectos relevantes de su regulación y operatoria actual. Revista de derecho (Valparaíso), (31): 163-185.

DIEZ-PICAZO, LUIS. 2004. Derecho de familia y sociedad democrática. Arbor CLXXVIII (702): 313-321.

DOUGNAC RODRÍGUEZ, ANTONIO. 1990. La potestad marital y los derechos de la mujer casada en el sistema jurídico indiano. Revista Chilena de Historia del Derecho (16): 269-299.

DOUGNAC RODRÍGUEZ, ANTONIO. 1999. El matrimonio en Chile según la legislación y la doctrina de los autores. Aspectos generales y contratos previos al sacramento. Revista Chilena de Historia del Derecho (18): 245-262.

DUCCI CLARO, CARLOS. 1988. Derecho Civil. Parte General. Tercera Edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 423p.

EYZAGUIRRE, JAIME. 1995. Historia del derecho. Décimo Cuarta Edición. Santiago. Editorial Universitaria. 226p.

FERRADA BÓRQUEZ, JUAN CARLOS. 2012. La responsabilidad civil de los funcionarios públicos en el juicio de cuentas. En: CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. La Contraloría General de la República. 85 años de vida institucional (1927-2012). Unidad de Servicios Gráficos de la Contraloría General de la República. pp. 299-316.

FIGUEROA YÁÑEZ, GONZALO. 1998. Los derechos de la personalidad en general: concepción tradicional. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XIX. pp. 21-34.

FUEYO LANERI, FERNANDO. 2004. Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones. Tercera Edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 650p.

GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO. 2013. Derecho Privado Romano. Segunda Edición. Santiago. Legal Publishing Chile. Dos Tomos.

HINESTROSA FERNANDO. 1999. Hacia un derecho de familia del siglo XXI. Revista de Derecho Privado. (4)

HUIDOBRO SALAS, RAMÓN. 2008. Aproximación a la responsabilidad extracontractual en el ámbito municipal. En: PANTOJA BAUZÁ, ROLANDO. Derecho Administrativo. 120 años de cátedra. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. pp. 393-398.

LEPÍN MOLINA, CRISTIÁN. 2014. Responsabilidad Civil y Familia. Santiago. Legal Publishing Chile. 438p.

LEPÍN MOLINA, CRISTIÁN. 2015. Jurisprudencia de Derecho Familiar: Nueva Ley de Matrimonio Civil (2004-2014). Santiago. Legal Publishing Chile. Tomo I. Colección Repertorios.

LÓPEZ DÍAZ, CARLOS. 2005. Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia. Santiago. Editorial El Jurista. Dos Tomos.

LÓPEZ DÍAZ, CARLOS. 2015. El Acuerdo de Unión Civil. Santiago. Editorial El Jurista. 174p.

LLULLE NAVARRETE, PHILIPPE. 2013. Divorcio, Compensación Económica y Responsabilidad Civil Conyugal. Santiago. Legal Publishing Chile. 353p.

MARÍN G., JUAN CARLOS. 2005. La acción civil en el nuevo código procesal penal chileno: su tratamiento procesal. Revista de Estudios de la Justicia (6): 11-44.

MASSMANN WYNEKEN, JULIE. 2006. La omisión de la responsabilidad parental y resarcimiento. Un nuevo caso de Derecho de Daños. Memoria para optar al Grado Académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 123p.

MEDINA, GRACIELA. 2002. Daños en el Derecho de Familia. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni Editores. 592p.

MENDOZA ALONZO, PAMELA. 2011. Daños morales por infidelidad matrimonial. Un acercamiento al derecho español. Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política. Vol. 2. (2): 41-63.

MEZA BARROS, RAMÓN. 1999. Manual de Derecho Civil. De las obligaciones. Novena Edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 519p.

MONTECINOS GRAU, BERNARDO ANDRÉS. 2011. Daños en el Derecho de Familia, en especial los derivados de las relaciones paterno materno filiales. Memoria para optar al Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 108p.

OSSANDÓN V., JUAN CARLOS. 1980. Fines y propiedades del matrimonio. Revista Chilena de Derecho. Vol. 7 (1-6): 35-47.

PALMA GONZÁLEZ, ERIC. 2004. Historia del Derecho I. Tomo III. La sociedad hispano-germana. La sociedad hispano-musulmana. Santiago, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Central de Chile. Serie Colección Guías de Clases N° 37.

PEÑA, ROBERTO. 1970. Notas para un estudio del derecho canónico matrimonial indiano. Revista Chilena de Historia del Derecho. (6): 319-334

PEÑA, SILVIA. 1982. Las raíces histórico-culturales del Derecho Penal chileno. Revista de Estudios Histórico-Jurídicos. (7): 289-314.

PÉREZ BRAVO, CARLOS. 2008. La concurrencia de responsabilidades. *Ars Boni et Aequi* (4): 111-125.

PICÓ RUBIO, JORGE DEL. 2016. Derecho de Familia. Segunda Edición. Santiago. Legal Publishing Chile. 700p.

PIZARRO WILSON, CARLOS. 2008. La culpa como elemento constitutivo del incumplimiento en las obligaciones de medio o de diligencia. *Revista de derecho (Valparaíso)* (31): 255-265.

QUINTANA FUENTES, GIA. 1996. El adulterio en el derecho romano. Memoria para optar al Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 79p.

RAMOS PAZOS, RENÉ. 2006. De la Responsabilidad Extracontractual. Segunda Edición. Santiago. LexisNexis. 147p.

RAMOS PAZOS, RENÉ. 2007. Derecho de Familia. Sexta Edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. Dos Tomos.

RODRÍGUEZ GREZ, PABLO. 2004 a. Responsabilidad Extracontractual. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 505p.

RODRÍGUEZ GREZ, PABLO. 2004 b. Teoría de la Interpretación Jurídica. Segunda Edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 182p.

RODRÍGUEZ GREZ, PABLO. 2009. Ley de Matrimonio Civil: interpretación, efectos e insuficiencias. *Revista Actualidad Jurídica, Separata N°20*, Universidad del Desarrollo. 86p.

ROJAS DONAT, LUIS. 2005. Para una historia del matrimonio occidental. La sociedad romano-germánica. Siglos VI-XI. *Theoria*. Vol 14 (1): 47-57.

ROMERO SEGUEL, ALEJANDRO. 2012. La sentencia judicial como medio de prueba. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 39 (2): 251-276.

RUZ LÁRTIGA, GONZALO. 2012. Explicaciones de Derecho Civil. Tomo V. Derecho de las personas en familia. Santiago. Legal Publishing Chile. 643p.

SEVERÍN FUSTER, GONZALO FRANCISCO. 2008. Demandas de daños en los Tribunales de Familia. Comentarios a un fallo, a partir de la modificación introducida por la Ley N° 20.286 en materia de competencia del tribunal. *Nomos*. Universidad de Viña del Mar. (2): 251-259.

SEVERÍN FUSTER, GONZALO FRANCISCO. 2009. Incompetencia del Tribunal de Familia para conocer las demandas de daño por infracción de los deberes conyugales. En: PIZARRO WILSON, CARLOS. Estudios de Derecho Civil IV. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué 2008. Santiago. Legal Publishing Chile. pp. 247-260.

SOTO KLOSS, EDUARDO. 1994. La Familia en la Constitución Política. *Revista Chilena de Derecho*. Volumen 21. (2): 217-225.

SQUELLA NARDUCCI, AGUSTÍN. 2014. Introducción al Derecho. Edición actualizada febrero 2014. Santiago. Legal Publishing Chile. 751p.

TANZI, SILVIA y PAPILLÚ, JUAN. 2011. Daños y perjuicios derivados del divorcio (doctrina y jurisprudencia en Argentina). *Revista Chilena de Derecho Privado*. (16): 135-161.

TOCORNAL COOPER, JOSEFINA. 2010. Responsabilidad civil por infecciones intrahospitalarias. *Revista Chilena de Derecho*, 37(3): 477-504.

TRONCOSO LARRONDE, HERNÁN. 2014. Derecho de Familia. Décimo Quinta Edición. Santiago. Legal Publishing Chile. 375p.

UGARTE GODOY, JOSÉ JOAQUÍN. 1989. El Matrimonio. Notas sobre su concepto, naturaleza y régimen. Revista de Derecho. Vol. 16 (3): 753-761.

UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE. 2003. La Constitucionalización del Derecho chileno. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 298p.

URREJOLA SANTA MARÍA, SERGIO. 2011. El hecho generador del incumplimiento contractual y el artículo 1547 del Código Civil. Revista chilena de derecho privado (17): 27-69.

VALENZUELA DEL VALLE, JIMENA. 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. Año 19 (1): pp. 241-269.

VARGAS ARAVENA, DAVID. 2015. Del resarcimiento en Chile de los daños causados en el matrimonio. Revista *Ius et Praxis*, año 21 (1): 57-100.

VÁSQUEZ FERREYRA, ROBERTO. 1995. Responsabilidad civil por lesión a los derechos de la personalidad (La protección civil del honor, la intimidad, la propia imagen y la identidad personal). Revista de Derecho Universidad de Concepción, año LXIII (198): 35-60.

VIDAL OLIVARES, ÁLVARO. 2007. Las acciones civiles derivadas del daño ambiental en la ley n° 19.300. Revista de derecho (Valparaíso), (29): 119-140.

REFERENCIAS ELECTRÓNICAS.

AGUILAR ROS, PALOMA. 1989. El adulterio: Discurso jurídico y discurso literario en la Baja Edad Media. Tesis Doctoral. [en línea] Granada, España, Universidad de Granada, Facultad de Derecho. <<http://hdl.handle.net/10481/6309>>[consulta 11 septiembre 2016].

ÁLVAREZ CORA, ENRIQUE. 1997. Derecho sexual visigótico. Historia. Instituciones. Documentos. (24): 1-51. [en línea] Sevilla, España, Universidad de Sevilla, Depósito de Investigación. <<https://idus.us.es/xmlui/handle/11441/22260>> [consulta: 15 septiembre 2016]

ÁLVAREZ P., PABLO. 2007. Responsabilidad civil originada por el divorcio sanción. Memoria para optar al Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. [en línea] Valdivia, Universidad Austral de Chile Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. <<http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2007/fja473r/doc/fja473r.pdf>>[consulta 11 septiembre 2016].

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. 1994. Historia de la Ley N° 19.335 Establece Régimen de Participación en los Gananciales, y Modifica el Código Civil, la Ley de Matrimonio Civil, el Código Penal y otros cuerpos legales que indica. [en línea]<<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30702>> [consulta: 15 septiembre 2016]

CÁRDENAS GRACIA, JAIME. 2009. Introducción al estudio del derecho. [en línea] México D.F. Nostra Ediciones.

<<http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3260>> [consulta: 14 septiembre 2016].

CÓRDOBA DE LA LLAVE, RICARDO. 1994. Adulterio, sexo y violencia en la Castilla medieval. Espacio, tiempo y forma. Serie IV, Historia moderna [en línea] España, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Facultad de Geografía e Historia, Departamento de Historia Moderna. <<http://revistas.uned.es/index.php/ETFIV/article/view/3279>> [consulta: 11 septiembre 2016].

CORRAL TALCIANI, HERNÁN. 2012. Adulterio y responsabilidad civil. [en línea] <<https://corraltalciani.wordpress.com/2012/06/24/adulterio-y-responsabilidad-civil/>> [consulta: 11 septiembre 2016].

CORRAL TALCIANI, HERNÁN. 2014. “Chipe libre”: ¿es negociable el deber conyugal de fidelidad? [en línea] <<https://corraltalciani.wordpress.com/2014/08/03/chipe-libre-es-negociable-el-deber-conyugal-de-fidelidad/>> [consulta: 15 septiembre 2016].

CORRAL TALCIANI, HERNÁN. 2016 a. Implantes mamarios y obligación de resultado. [en línea] El Mercurio Legal. 24 de marzo de 2016. <<http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2016/03/24/Implantes-mamarios-y-obligacion-de-resultado.aspx>> [consulta: 21 septiembre 2016].

CORRAL TALCIANI, HERNÁN. 2016 b. “Cúmulo” de responsabilidades: esperanzador giro jurisprudencial. [en línea] El Mercurio Legal. 23 de septiembre de 2016. <<http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2016/09/23/Cumulo-de-responsabilidades-esperanzador-giro-jurisprudencial.aspx>> [consulta: 4 octubre 2016].

ESCALONA MUÑOZ GUSTAVO y FILIPPI PEREDO, MARIO. 2006. Sexualidad, familia y derecho: los delitos de adulterio, amancebamiento e incesto. Desarrollo Histórico y

jurisprudencial (siglo XX). Memoria para optar al Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. [en línea] Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. <http://www.cybertesis.uchile.cl/tesis/uchile/2006/de-escalona_g/pdfAmont/de-escalona_g.pdf> [consulta 11 septiembre 2016].

ESPINOZA MUÑOZ, MARCELA y VISTOSO MONREAL, ODETTE. 2014. Responsabilidad por Daños provocados por fallas o Defectos en la Construcción de Inmuebles. Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. [en línea] Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/116345/de-espinoza_m.pdf?sequence=1> [consulta 20 septiembre 2016].

FERRER RIBA, JOSEP. 2001. Relaciones familiares y límites del derecho de daños. [en línea] Cataluña, España, InDret: Revista para el análisis del derecho. <http://www.indret.com/pdf/065_es.pdf> [consulta 20 septiembre 2016].

FIGUEREDO FIGUEREDO, JOHAR AKEEM. 2014. Análisis crítico de la familia jurídica en Chile: Una mirada a los modelos de familia. Memoria para optar al Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas. [en línea] Iquique, Universidad de Tarapacá, Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas. <https://www.academia.edu/9102741/Analisis_Critico_de_la_Familia_Jur%ADdica_en_Chile_Una_mirada_a_los_modelos_de_familia?auto=download> [consulta: 18 septiembre 2016]

LARRAÍN RÍOS, HERNÁN. 1950. Naturaleza jurídica del matrimonio. [en línea] Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Vol. 14. <<http://www.analesderecho.uchile.cl/index.php/ACJYS/rt/printerFriendly/4337/4227>> [consulta: 18 septiembre 2016]

LARRAÍN RÍOS, HERNÁN. 1998. Matrimonio, ¿contrato o institución? [en línea] Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, Vol. 9 (1): 153-160. <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S071809501998000200007&script=sci_arttext> [consulta: 18 septiembre 2016]

LÓPEZ DE LA CRUZ, LAURA. 2010. El resarcimiento del daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales. [en línea] Cataluña, España, InDret: Revista para el análisis del derecho. <http://www.indret.com/pdf/783_es.pdf> [consulta: 18 septiembre 2016]

MALDONADO DE LIZALDE, EUGENIA. 1999. Lex Iulia de Adulteriis Coercendis del Emperador César Augusto (y otros delitos sexuales asociados). [en línea] México, Anuario Mexicano de Historia del Derecho Vol. XVII <<http://historico.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=hisder&n=17>> [consulta: 11 septiembre 2016].

MARTÍN-CASALS, MIQUEL y RIBOT, JORDI. 2011. Daños en Derecho de familia: un paso adelante, dos atrás. [en línea] España, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Anuario de derecho civil. Vol. 64(2) <https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2011-20050300561_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_Da%F1os_en_Derecho_de_la_familia:_un_paso_adelante,_dos_atr%E1s> [consulta: 22 septiembre 2016].

MAZA GAZMURI, IÑIGO DE LA. 2012 a. Adulterio y responsabilidad civil. [en línea] El Mercurio Legal. 14 de septiembre 2012. <<http://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=901426&Path=/OD/C1/>> [consulta: 14 septiembre 2016].

MAZA GAZMURI, IÑIGO DE LA. 2012 b. El adulterio como ilícito civil. [en línea] El Mercurio Legal. 24 de octubre 2012. <<http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2012/10/24/El-adulterio-como-ilicito-civil.aspx>> [consulta: 15 septiembre 2016].

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española. Vigésimo Tercera Edición. [en línea] <<http://dle.rae.es/?id=c8Ud9rf>> [consulta: 22 septiembre 2016].

RODRÍGUEZ PINTO, MARÍA SARA. 2012. Indemnización de perjuicios por infracción al deber de fidelidad en el matrimonio. [en línea] El Mercurio Legal. 25 julio, 2012. <<http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2012/07/25/Indemnizacion-de-perjuicios-por-infraccion-al-deber-de-fidelidad-en-el-matrimonio.aspx>> [consulta: 14 septiembre 2016].

ROVIRA SUEIRO, MARÍA E. 1997. La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Tesis Doctoral para acceder al grado de Doctor en Derecho. [en línea] A Coruña, Universidade da Coruña, Facultad de Derecho. <<http://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/1050>> [consulta: 14 septiembre 2016].

SAN MARTÍN ACUÑA, MARCELA. 2015. El principio de especialidad del derecho de familia. [en línea] El Mercurio Legal. 28 de enero, 2015. <<http://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=903641&Path=/0D/C9/>> [consulta: 14 septiembre 2016].

SALAS SALAS, MANUEL. 2012. Infracción de los deberes personales del matrimonio, ¿un nuevo ámbito para el derecho de daños? Memoria para optar al Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. [en línea] Valdivia, Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. <<http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2012/fjs161i/doc/fjs161i.pdf>> [consulta 11 septiembre 2016].

VARGAS ARAVENA, DAVID. 2009. Daños civiles en el matrimonio. Tesis Doctoral. [en línea] Universidad de Salamanca, Facultad de Derecho. <http://gredos.usal.es/xmlui/bitstream/handle/10366/76356/DDP_VargasAravenaDG_Da%C3%B1osCivilesMatrimonio.pdf?sequence=3> [consulta: 14 septiembre 2016].

VIVAS TESÓN, INMACULADA. 2012. Daños en las relaciones familiares. [en línea] Fortaleza, Brasil, Universidade de Fortaleza, Revista Pensar. Vol. 17 (2) <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/pensar-revista-de-ci%C3%A1ncias-jur%C3%ADdicas-vol-17-n-2-juldez-2012>> [consulta: 14 septiembre 2016].

YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO. 1998. El derecho civil de la postmodernidad. [en línea] San Cristóbal de La Laguna, España, Universidad de La Laguna, Anales de la Facultad de Derecho (15) <[http://publica.webs.ull.es/upload/REV%20ANALES/15-1998/13%20\(Mariano%20Yzquierdo%20Tolsada\).pdf](http://publica.webs.ull.es/upload/REV%20ANALES/15-1998/13%20(Mariano%20Yzquierdo%20Tolsada).pdf)> [consulta 11 septiembre 2016].