



**Biblioteca
IBEROAMERICANA
de DERECHO**

INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES MATRIMONIALES Y RESPONSABILIDAD CIVIL

YASNA OTAROLA ESPINOZA
Profesora de Derecho Civil

PRÓLOGO

CARMEN DOMÍNGUEZ HIDALGO
Profesora Titular de la Facultad de Derecho
de la Pontificia Universidad Católica de Chile



PRÓLOGO

Siempre es una alegría prologar un libro o presentarlo una vez publicado. Lo es aún más cuando en ese libro a uno le ha correspondido alguna parte del resultado de lo que se publica, como sucede en este caso, dado que este libro corresponde a la tesis doctoral de la autora Yasna Otárola que me tocara dirigir en el seno del Programa de Doctorado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile donde ella cursó sus estudios.

Y es una alegría por múltiples motivos, algunos generales y otros específicos. En efecto, para quienes nos dedicamos a la vida académica en el ámbito del Derecho, el libro es el producto de investigación que más dedicación y esfuerzo nos supone y con el que consideramos estar haciendo la mayor contribución al desarrollo de la ciencia jurídica y, en lo que más nos interesa, a las respuestas con que el Derecho mejora la protección de la persona que es, finalmente, su función o rol. A diferencia de las ciencias denominadas «exactas» donde los resultados de la investigación se traducen en artículos en revistas indexadas y, a pesar de que ese producto de la investigación tienda a imponérsenos como parámetro también a los que nos dedicamos a las ciencias jurídicas y sociales, lo cierto es que el valor de un libro sigue siendo para nuestro medio el resultado de la investigación por excelencia. Bien sabemos que, en la historia del Derecho, son libros los que han transformado culturas, han abierto las puertas a nuevas respuestas, han propiciado giros jurisprudenciales y han generado doctrina y escuelas. Por lo mismo, cada vez que publicamos un libro lo hacemos con la esperanza de poder provocar alguno de esos cambios, convencidos de que la respuesta que el Derecho otorga al problema que hemos decidido abordar pueda ser mejor con nuestro aporte.

A lo anterior se añade, como motivo de alegría, la que produce ver el resultado de un trabajo arduo como es el de elaboración de una tesis doctoral. Bien sabemos que ello supone innumerables horas de lectura y reflexión combinadas con momentos de exultante alegría pero también de cansancio o dificultad. En el caso de la tesis que está siendo publicada todo ello se verificó tal como debe suceder, estimulado el trabajo por una profesora que generó múltiples correcciones para que el resultado fuese lo mejor posible. La satisfacción se ve aumentada por el hecho de tratarse de la primera tesis doctoral de nuestro Programa de Doctorado que es publicada en el extranjero.

Se suma además el interés que provoca el tema elegido que lo es no sólo para el Derecho chileno, desde dónde fue escrita la tesis, sino para todos los sistemas jurídicos y por varios motivos. Primero, porque conjuga dos materias de gran relevancia en la tutela jurídica de la persona como lo son el Derecho de familia y la responsabilidad civil, ambas de gran debate y desarrollo en los últimos años por doquier. En segundo lugar, se trata de un tema que ha comenzado a debatirse intensamente en el ámbito académico comparado, enfrentándose posiciones muy dispares en torno a la posibilidad o no de extender la reparación de los daños a aquellos que se producen en el ámbito familiar. Se trata, por tanto, de un tema novedoso en cuanto tiene un incipiente desarrollo dogmático en muchos países y la jurisprudencia recaída en él es en muchos, como sucede en Chile, muy escasa. De este modo, surge evidente el aporte en que se inscribe este libro que precisamente aspira a contribuir a la reflexión en torno a la cuestión controvertida.

En efecto, el libro que presentamos pretende incidir en una de las aristas que ese análisis supone consistente en revisar si debe o no admitirse la extensión del deber de reparar al ámbito del incumplimiento de los deberes que surgen entre los cónyuges. Esa pregunta surge como etapa evidente de una responsabilidad civil que tiende a extenderse cada día en todos los ámbitos del quehacer personal y social.

Para desarrollar su respuesta, el estudio realizado se sistematiza en torno a dos partes, cada uno dividido a su vez en dos capítulos.

En la primera parte, se revisan acuciosamente los términos en que se ha planteado el debate en torno a la cuestión tanto en el Derecho chileno como en aquellos que nos son de interés más directo en cuanto pertenecientes a nuestra misma tradición jurídica o que, aun cuando pertenecen a otra como los del Common Law, son de relevancia en el tema en cuanto tienen un importante desarrollo en materia de responsabilidad civil y reconocen al matrimonio y, en especial, sus deberes en sentido próximo.

En el primer capítulo, se revisan latamente los fundamentos invocados para descartar la extensión del deber de reparar en la hipótesis ya referida, desarrollando todos los extremos de la argumentación.

En el segundo capítulo, el trabajo se centra en el análisis de los argumentos invocados para defender la extensión de la responsabilidad civil en el caso de incumplimiento de deberes matrimoniales, revisando con detalle las variadas razones por las que se considera debe admitirse que un cónyuge pueda demandar al otro indemnización por los perjuicios que el incumplimiento de una obligación marital le causa.

En la segunda parte, la autora centra su estudio en el tratamiento actual que en el Derecho comparado recibe este problema, centrándose como ya se ha adelantado en los sistemas de la familia romano germánica que son más relevantes para el Derecho chileno como el español, francés, argentino, italiano clasificándolos, en el tercer capítulo, entre aquellos que aceptan la reparación del daño derivado de incumplimiento de los deberes maritales y, en el seno de ellos, a los que tienen regulación en tal sentido de los que no la tienen. Analiza igualmente el estado de la cuestión en los sistemas del *Common Law*.

En el cuarto capítulo, se desarrollan los fundamentos por los cuáles, a la luz de lo antes analizado, la autora se decanta por la aceptación de la extensión de la responsabilidad civil en el ámbito matrimonial, haciéndose cargo de las particulares aristas que ello enfrenta en nuestro sistema. Finalmente, se exponen sintéticamente las conclusiones a que su autora arriba y que apuntan a defender esa extensión sin restricción. Todo ello en razón de fundamentos constitucionales y civiles, en general emanados del principio de protección a la persona, que constituye el valor síntesis del ordenamiento jurídico chileno.

De este modo, debe resaltarse que la tesis que se publica es un trabajo que logra sintetizar de modo nítido el estado de la cuestión, planteando todos los problemas que la hipótesis en análisis supone y que no son pocos. En efecto, como ya hemos apuntado, se trata de conjugar los principios que informan la responsabilidad civil con los del Derecho de Familia lo que no resulta tarea sencilla.

Así, la responsabilidad civil ha evolucionado bajo la inspiración de algunos grandes principios rectores como lo son el *pro damnato* y el de reparación integral del daño. Desde la mirada que ellos otorgan parece inexplicable que un daño acreditado, de cualquiera índole y provocado a cualquier víctima y por cualquier responsable quede, de entrada, fuera del acceso a una reparación. Si toda la responsabilidad ha ido progresivamente avanzando para establecer sistemas que garanticen la reparación

parece incoherente que cuando ellos son causados por un cónyuge a otro pierdan toda relevancia.

No obstante, esa perspectiva se enfrenta a la que sugiere el Derecho de familia donde las relaciones reguladas entre personas están revestidas de un contexto y producen consecuencias que no sólo atañen a víctima y responsable sino a otros como, por ejemplo, los hijos que no han sido causa ni han tenido parte del conflicto pero a los que la forma en que él se resuelve puede producir consecuencias muy distintas. Como es consideración esencial en el ámbito de la regulación jurídica de la familia, la litigiosidad judicial entre los miembros de la familia normalmente sólo disuelve lo que quedaba de familia y, por lo mismo, debe evitarse en lo posible.

Por otra parte, el deber de responder por los daños que se causa se erige indiscutiblemente como uno de los grandes límites de la libertad personal en cuanto la autonomía de toda persona termina, precisamente, cuando ella puede provocar un perjuicio a otro y, por lo mismo, de causarse uno ello obliga a repararlo. El problema surge cuando el espacio a la autonomía se ha ido progresivamente ensanchando como acontece en la regulación jurídica de la familia en términos de, por ejemplo, permitir la ruptura unilateral del vínculo sin necesidad de expresar causa lo que es escasamente admitido en el ámbito patrimonial. De este modo, el espacio cada vez más amplio de autonomía concedida a los cónyuges podría, de admitirse la responsabilidad civil por el incumplimiento de los deberes existentes entre ellos, encontrar el daño como límite, siguiendo la lógica general que impera en el ámbito patrimonial. Por el contrario, de negarse su procedencia, la autonomía sólo tendría como límite los deberes filiativos de los cónyuges para con sus hijos si existen o la compensación económica o las prestaciones compensatorias. Y, esto último, sólo en aquellos sistemas en que ellas son admitidas para compensar el desequilibrio económico de los cónyuges al tiempo del divorcio o el hecho de no haber desempeñado un trabajo remunerado como sucede en Chile.

Todo lo anterior determina que conjugar todas estas perspectivas sea tarea compleja y las respuestas sean variadas y enfrentadas. Así se verifica en el Derecho chileno, donde ciertamente la pregunta que intenta responder este libro no está ciertamente resuelta y donde, lo más probable, es que tendremos una evolución oscilante. Y lo mismo se verifica en los sistemas que le han sido de histórica influencia.

El mérito entonces del trabajo que se publica es mostrar desarrolladamente todas esas perspectivas, dar un panorama amplio del Derecho comparado en la materia y avanzar una propuesta fundada de solución.

Habrá que ver si, en los años que vienen, estas ideas logran al menos provocar un debate serio en un tema que, como se ha insistido, parece tarea ardua encontrar una solución de perfecto equilibrio. Si ello se produce, al mérito que ya tiene el esfuerzo que está detrás de este libro, se unirá el de haber sido capaz de contribuir a una adecuada reflexión del tema que ella aborda.

Carmen Domínguez Hidalgo
Doctora en Derecho
Profesora Titular de Derecho Civil
Directora Centro UC de la Familia
Pontificia Universidad Católica de Chile

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

- a. artículo
- A.C. Actualidad Civil
- AC Aranzadi Civil
- AP. Audiencia Provincial
- App. Appeals
- Art. (arts.) Artículo(s)
- BGB Código Civil Alemán, Bürgerliches Gesetzbuch
- BOA Boletín Oficial de Aragón
- BOCG Boletín Oficial de las Cortes Generales
- Bull. Bulletin
- Bull Cass. Bulletin di Cassation
- Bull. Civ. Bulletin des arrest de la Cour de Cassation (chambres civiles)
- C. con
- Cal. California
- CA Corte de Apelaciones
- Cal. Rptr. California Reporter
- Cam. C.Com. Cámara Civil y Comercial
- Cass. Cassazione
- Cass. Cour de Cassation
- CC. Código Civil
- Ch. Chambre
- Cfr. Confróntese
- Civ. Civil
- CL Colección legislativa
- Comm. Commentata

Cost.	Corte costituzionale italiana
Ct.	Court
Corte di Cass	Corte di Cassazione italiana
Corte Cost.	Corte costituzionale italiana
Court App.	Court of appeal
Dir. Fam. e.	Il diritto di famiglia e delle persone
DJ	Documentación Jurídica
Dr. Fam.	Droit de la Famille
ED	Revista El Derecho
Et. Al.	<i>Et alii</i> ; y otros
Est.	Estudios
Fam. e Dir.	Famiglia e Diritto
F. 2d.	Federal Reporter, 2nd series
Foro It.	Foro italiano
GCM	Giustizia Civile. Massimario annotato della Cassazione.
Giust. Civ.	Giustizia Civile
Giust. Civ. Mass	Giustizia Civile. Massimario annotato della Cassazione
Giur. It.	Giurisprudenza italiana
INA	Inaplicabilidad
IR.	Informations rapides
It.	Italiana
JA	Revista de Jurisprudencia Argentina
JAM	Juge aux affaires familiales
JUR	Documento de Jurisprudencia
Juris Data.	Juris Data base de données juridiques
LL	Revista La Ley
LLBA	Revista La Ley Buenos Aires
LMC	Ley de Matrimonio Civil
n°	número
N.del.A.	Nota del Autor
Obs.	Observación
p.	página
PACS.	Pacto Civil de Solidaridad; <i>Le pacte civil de solidarité</i> (Francia)
Pen.	Penal
pp.	Páginas
Rass. Giur. Umbra	Rassegna Giuridica Umbra
RD	Regio Decreto (Italia); Real Decreto (España)

Resp.civ.et	Responsabilié civile et assurances assur
Resp. Civ. Prev.	Responsabilità civile e previdenza
RJ	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
R.L.J	Revista de Legislación y Jurisprudencia
SAP.	Sala Audiencia Provincial
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
Secc.	Sección
SCt	Supreme Court
Sez.	Sezion
ss.	Siguientes
sgts.	Siguientes
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC.	Tribunal Constitucional
Trib.	Tribunal
TS.	Tribunal Supremo
VIF	Violencia Intrafamiliar
vs.	Versus

INTRODUCCIÓN

Una visión resumida de la evolución del Derecho de Familia: expansión y recepción de la responsabilidad civil

La expansión y recepción de la responsabilidad civil en el Derecho de Familia constituye una tendencia que poco a poco ha ido haciéndose un espacio en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, aunque no ha llegado a ser un principio unánimemente aceptado. La observación confirma que en casi todos ellos no existe una norma que permita la aplicación expresa de dichas normas, en particular, si el daño ha sido provocado por el incumplimiento de los deberes matrimoniales.

Sin embargo, ha de admitirse que igualmente ha sido aceptada gracias al aporte de la jurisprudencia que desencadenó tal desarrollo, animada —en ocasiones— por la opinión de los autores o bien, simplemente por un imperativo de justicia: dar protección a las personas que integran la familia, entre estos, a los cónyuges. Todo ello sin perjuicio de la procedencia de sanciones propias del Derecho de Familia, que se mantienen y aplican paralelamente porque se ha comprendido que ellas tienen un objetivo diverso al de la compensación del daño, si este último ha tenido lugar en el espacio familiar o matrimonial.

1. LA SUSTITUCIÓN DE LOS PRINCIPIOS INFORMADORES DEL DERECHO DE FAMILIA

En ese sentido una visión general del Derecho comparado nos permite advertir una evolución y constatar la sustitución de los principios infor-

madores del Derecho de Familia, que en un plano universal, son comunes a todos los sistemas jurídicos¹.

Así, a partir de la segunda mitad del siglo XX, principios tradicionales como la autoridad del jefe de familia, la supremacía del marido y la dependencia correlativa de la mujer, la superioridad de la filiación legítima fundada en el matrimonio y el carácter restrictivo del divorcio concebido exclusivamente como una sanción comienzan a borrarse².

Ellos han sido progresivamente sustituidos por los principios de igualdad y autonomía de los cónyuges³; la paridad de derechos y deberes matrimoniales; el divorcio por acuerdo de los cónyuges e incluso por imposición unilateral⁴. Estas son las bases emergentes que van a dibujar, poco a poco, los contornos de una familia que reposa en los mismos principios.

En Francia, la transformación del Código Civil a partir de 1964 introdujo en la legislación algunos principios que representan los núcleos de los modelos jurídicos recogidos por la casi totalidad de las legislaciones europeas sobre el matrimonio. Ellos consisten en el principio de igualdad de los cónyuges y en el aseguramiento de la autonomía jurídica de la mujer casada en 1965; en la supresión de la figura del jefe de familia a partir de la reforma de 1970. Luego, se van a sumar la liberalización del matrimonio a través del divorcio en 1975; el pacto civil de solidaridad en

¹ DE LA CÁMARA (1981), p. 978.

² MEDINA (2008), p. 20, DOMÍNGUEZ H. (2011), p. 4, RODRÍGUEZ G. (2003), p. 69, COURBE (2003), pp. 6-7, GLENDON (1996), pp. 4-5.

³ «Las profundas transformaciones operadas en el Derecho de Familia han estado animadas, en general y tal como se ha concluido en otros sistemas, por el afán de asegurar libertad, igualdad y equidad». DOMÍNGUEZ H. (2005), p. 210, y DOMÍNGUEZ H. (2010), p. 4. «La paridad se afirma en las relaciones entre cónyuges, que conquistan con el matrimonio los mismos derechos y deberes, debiendo ambos contribuir a satisfacer las necesidades de la familia en relación a los propios bienes y a la propia capacidad de trabajo profesional o doméstico». «El legislador parece haber querido pasar a una concepción de tipo comunitario, donde encuentra amplio reconocimiento el valor de la autonomía y de la libertad de los cónyuges, para acordar la dirección de la vida familiar». RONFANI (1994), pp. 60 y 61.

⁴ «Los pilares clásicos del Derecho de familia han sido en su mayor parte sustituidos por otros nuevos (...): a) matrimonio civil e indisoluble; b) plena capacidad jurídica de ambos cónyuges, cualquiera sea el régimen de bienes existente entre ellos; c) administración del marido de la sociedad conyugal pero sujeta a importantes limitaciones; d) patria potestad y autoridad parental compartida; e) igualdad entre los hijos de filiación determinada (...) y g) mutabilidad del régimen matrimonial existente entre los cónyuges». DOMÍNGUEZ H. (2010), p. 6.

1999; el divorcio nuevamente en el año 2004⁵, y últimamente, la ley de mayo de 2013 que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo⁶.

En tanto, en Italia, las innovaciones legislativas más importantes se produjeron entre 1967 y 1975. Entre ellas resaltan la ley que introdujo el divorcio en 1970 y la reforma al Derecho de Familia de 1975. Con posterioridad, éstas reformas fueron, a su vez, objeto de sucesivas e innovadoras modificaciones, en particular, las que disciplinan el divorcio en 1987⁷ y las que introdujeron los registros de uniones civiles «*registro delle unioni civili*», que formalmente reconocen a las parejas del mismo sexo⁸.

Lo mismo ha acontecido en España, cuyo Derecho de Familia ha sido reformado por leyes especiales, directamente encaminadas a modificar en forma parcial el Código Civil español de 1889. Se efectúa así, por primera vez, una reforma de conjunto en la ley de mayo de 1975, que pretendió implantar la igualdad jurídica de los cónyuges, aunque solo consiguió debilitar la dependencia jurídica de la mujer respecto del marido⁹. Debido

⁵ «*En la era moderna los cimientos tradicionales de la familia francesa estuvieron implicados, por la influencia de ciertas ideas dominantes, cristalizada en acontecimientos anteriores a 1968, que ponen de relieve los valores de libertad e igualdad no sólo para regular la organización de la vida política, sino también para determinar la estructura familiar. La agitación del Código Civil en 1964 refleja este predominio ideológico en el establecimiento de la igualdad de los cónyuges proporcionado por la autonomía jurídica de la mujer casada (1965) y la desaparición del jefe de familia (1970) y la igualdad de los hijos legítimos e ilegítimos (1972), entre otros*» COURBE (2003), p. 7. Por último, recientemente la Ley de 26 de mayo de 2004 ha reformado el divorcio con la intención de reducir al mínimo la relación entre la culpa y sus consecuencias. Esas modificaciones, con todo, no han suprimido el artículo 266 del Código Civil ni han dejado el campo libre al artículo 1382 del mismo cuerpo legal. Solo se reescribió, en forma significativa, el fortalecimiento de las condiciones del mismo, en términos de que el cónyuge «inocente» puede obtener una indemnización, pero solo de las consecuencias de una particular gravedad. A su vez, y contradictoriamente, se introdujo un nuevo caso de divorcio por ruptura irreparable del vínculo matrimonial, cuestión que ha ampliado el alcance del artículo 266 del Código Civil. BOSSE-PLATIÈRE (2007), p. 375 y HESS-FALLON Y SIMON (2009), p. 5.

⁶ LOI n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.

⁷ Ley n° 898 de 1 de diciembre de 1970, en su versión modificada por la Ley n° 436 de 1 de agosto de 1978 y por la Ley n° 74 de 6 de marzo de 1987.

⁸ Tutti i Registri delle Unioni Civili, 16 de aprile de 2002.

⁹ «*Las sucesivas reformas legislativas de 1958, 1975 y 1981, esta última como consecuencia obligada de la Constitución española de 1978, han desembocado en una plena igualdad de los cónyuges ante la ley. Ya no existe precepto legal que establezca una diferencia de trato para hombre y mujer. Precisamente por eso, la ley les llama ahora cónyuges, y les concede unos derechos que son ejercitables indistintamente por uno u otro*». RAGEL S.(1997), p. 276.

a que esta última no logró su objetivo, se dictó la ley de 7 de julio de 1981, que estableció un sistema de matrimonio único —el civil— e introdujo el divorcio. Luego, en 2005, se suprimió el requisito de la heterosexualidad, permitiendo el matrimonio entre personas del mismo sexo y se incorporó el divorcio unilateral que puede ser intentado en cualquier momento y sin necesidad de acreditar situación objetiva alguna, según lo establecido en las leyes n° 13 y 15 del mismo año¹⁰. Finalmente, a partir del desarrollo interpretativo del artículo 39 de la Constitución, que hace referencia a la familia, y también del artículo 14 del mismo texto, que proclama el principio de igualdad, se dictan algunas normas que tienen por objeto plasmar dichos principios. Así ocurrió, por ejemplo, con la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres del año 2007¹¹.

Así, estas reformas europeas estimulan el mismo proceso en Latinoamérica. En Argentina, por ejemplo, en 1924 se amplía la capacidad civil de la mujer casada¹². Luego, en 1968, se incorpora al Código Civil el divorcio vincular por presentación conjunta y se confiere plena capacidad a la mujer mayor de edad, cualquiera sea su estado civil, modificándose también el régimen de gestión de los bienes de la sociedad conyugal¹³. La incidencia de la reforma constitucional de 1994 permitirá la incorporación de los tratados internacionales al ordenamiento argentino y la adecuación del Derecho de Familia a ellos¹⁴. Finalmente, en 2010, se regula el derecho a contraer matrimonio de parejas del mismo sexo¹⁵.

En Chile, por su parte, todos los principios en que se fundaba el Derecho de Familia han sido sustituidos por unos exactamente opuestos como ha afirmado Domínguez, Hidalgo¹⁶, *Así... «el carácter indisoluble del matrimonio es reformado a través de la ley 19.947 del año 2004 que introdujo el divorcio vincular; la incapacidad de la mujer casada en sociedad conyugal fue derogada al establecerse su plena capacidad por la ley 18.802 de 1989 y como consecuencia de ello atenuado considerablemente las facultades de administración del marido en el régimen de sociedad*

¹⁰ DIEZ-PICAZO y GULLÓN (2006), p. 42 y DE VERDA Y BEAMONTE (2006), p. 164.

¹¹ Ley n° 3 del 22 de marzo de 2007.

¹² Ley n° 11.357 de 14 de septiembre de 1924.

¹³ Ley n° 17.711 de 27 de septiembre de 1968.

¹⁴ Ley n° 24.309 de 22 de agosto de 1994.

¹⁵ Ley n° 26.618 de 21 de julio de 2010.

¹⁶ DOMÍNGUEZ H. (2010), p. 6, DOMÍNGUEZ H. (2005), p. 206, DOMÍNGUEZ H. (2004), p. 304, DOMÍNGUEZ H. (1998), p. 176.

conyugal»¹⁷, de modo que la administración unitaria y concentrada ha sido reemplazada por una sujeta a límites.

En cuanto a la patria potestad exclusiva del padre, quien gozaba de poderes absolutos en su ejercicio ha sido reformada por la ley n° 19.585 del año 1998 que introdujo una patria potestad que puede ser compartida¹⁸. Por su parte, la filiación legítima, matrimonial, fuertemente favorecida en el pasado «*ha quedado virtualmente suprimida —mediante la misma ley— por la igualación de los derechos conferidos a los antiguos hijos legítimos y naturales, hoy hijos de filiación determinada, esto es matrimonial y no matrimonial*»¹⁹.

Finalmente, por medio de las leyes 18.802 de 1989 y 19.335 de 1994 se ha transitado de la inmutabilidad del régimen patrimonial existente entre los cónyuges a la mutabilidad, dado que se pueden sustituir los regímenes patrimoniales durante la vigencia del matrimonio con la única limitación de que, tratándose del régimen de sociedad conyugal, este ha de comenzar con el matrimonio²⁰. A ellos, recientemente, se ha agregado, el reconocimiento jurídico de las uniones de hecho según resulta del Boletín n° 7873-07 de 28 de enero de 2015 y la posibilidad de pactar el cuidado personal compartido de los hijos cuando los padres se encuentren separados de acuerdo a la ley n° 20.680 de 2013²¹. En suma de todo lo anterior, sólo subsiste, entonces, de las antiguas características, la administración del marido en el régimen de sociedad conyugal.

Con todo, se trata de reformas que aparecen luego de largas reivindicaciones expresadas en términos de derechos subjetivos: el derecho a contraer matrimonio, el derecho a la igualdad de trato en el mismo a los cónyuges y padres, el derecho a rehacer la vida conyugal, el derecho a la regulación de las uniones de hecho y el reconocimiento de las uniones homosexuales, entre otros, fundadas en el convencimiento de que se posee un poder que ha de ser reconocido por el Derecho con el fin de que se disfrute de un bien o se satisfaga sus propios intereses. De ahí que el reconocimiento de esas reivindicaciones no sólo han hecho zigzaguear al legislador entre la defensa de la familia y la supremacía del individuo miembro de la misma, el favor al matrimonio y la indiferencia en relación

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Ley n° 19.585 de 26 de octubre de 1998.

¹⁹ DOMÍNGUEZ H. (2000), p. 4,

²⁰ Ley n° 18.802 de 9 de junio de 1989 y Ley n° 19.335 de 12 de septiembre de 1994.

²¹ Proyecto de ley que crea el Acuerdo de vida en pareja (actualmente AUC). Ley n° 20.680 de 13 de junio de 2013.

a él, sino también aceptar que es posible perseguir el cumplimiento del deber de reconocer esos derechos por parte del Estado con el objeto de permitir que las personas satisfagan sus intereses individuales.

Así, puede advertirse que, al inicio de la codificación decimonónica la familia se identifica como una entidad unitaria de estructura jerarquizada. El Derecho de Familia está sujeto al orden público, es imperativo y la sociedad debe conformarse al modelo ordenado por el legislador: la familia legítima organizada bajo la autoridad de su jefe.

En el presente, ese modelo ha sido abandonado y el legislador ha optado por no imponer una referencia única de familia, sino que deja a los particulares la decisión de adaptar las normas promulgadas en cada situación²². Es entonces posible elegir entre el matrimonio o la unión de hecho o entre cómo se pone término al matrimonio bien a través de su anulación o bien del divorcio.

En definitiva, el Derecho de Familia contemporáneo pasa a estar marcado por una privatización de la familia en aras de dos objetivos: preservar la libertad y la igualdad²³.

2. LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS GENERALES DE RESPONSABILIDAD CIVIL JUNTO A CIERTOS SUPUESTOS SANCCIONATORIOS DE RESPONSABILIDAD MATRIMONIAL

Mientras el Derecho de Familia evoluciona, los sistemas jurídicos aparentan permanecer ajenos a la recepción y aplicación de las normas de responsabilidad civil al Derecho de Familia. En particular, los ordenamientos pertenecientes al *Common Law*, se mantienen —en principio— aferrados a una suerte de inmunidad conyugal que impide obtener una indemnización por los daños que los cónyuges se hayan provocado entre sí.

No es ésta, en cambio, la situación de los ordenamientos pertenecientes a la familia romano germánica que contemplan, junto a las reglas

²² «Los cambios significan la pérdida de hegemonía de la familia tradicional y su sustitución por la familia moderna y nuclear. O, si se quiere, el paso de la familia como institución a la familia fundada en la interacción personal. Agrega, que la modificación a la legislación familiar no hizo sino ajustar la ley a los hechos». IGLESIAS DE USSEL (1990), p. 246.

²³ «Los cambios habidos en las relaciones familiares, que permiten aludir a una nueva familia, distinta a la tradicional o clásica; destacando la justa democratización de las relaciones familiares; la desacralización de los lazos familiares, unida a una fuerte relajación de los vínculos emergentes». MOSSET I. (2001), p. 9.

generales de responsabilidad civil que persiguen reparar los daños, ciertas normas que, para ciertas situaciones entre cónyuges, autorizan una forma especial de resarcimiento o ciertas sanciones que, a veces, se traducen en una pérdida de derechos u otras consecuencias²⁴.

Dentro de las que pueden ser calificadas como una forma distinta de resarcimiento, resalta la prestación compensatoria o la compensación económica destinada a evitar la disparidad que puede producir la ruptura del matrimonio en las condiciones de vida futura de los ex cónyuges. Así, el Derecho Civil francés, por ejemplo, confiere al juez la facultad de conceder y también denegar la prestación económica cuando se haya declarado el divorcio por culpa exclusiva del cónyuge que la reclama, en razón de las circunstancias particulares de la ruptura, según lo dispone el artículo 270 del Código Civil. Asimismo el ordenamiento civil italiano concede un *assegno divorzile*, como una retribución al cónyuge que no ha dado lugar al divorcio por culpa; aunque, luego de la reforma de 1987, funda su concesión en la solidaridad y en el estado de necesidad de uno de los cónyuges. En el mismo sentido, e inspirado en estos dos ordenamientos, el Derecho español concede en el artículo 97 del Código Civil una pensión al cónyuge separado o divorciado que sufre un desequilibrio económico respecto de la posición del otro cónyuge y para la determinación de si existe ese desequilibrio debe compararse su situación tras el divorcio con la anterior al matrimonio. Se trata de un derecho facultativo, no obligatorio, cuya procedencia requiere demanda judicial del cónyuge que reúne los requisitos exigidos por la ley²⁵.

Por otra parte, como ya se advertía, algunos ordenamientos contemplan sanciones específicas al incumplimiento de los deberes matrimoniales. Así, el Derecho francés reconoce la posibilidad de otorgar o denegar los alimentos pedidos por el alimentante cuando el alimentario ha faltado gravemente a sus obligaciones matrimoniales, pese a que se encuentren

²⁴ En relación con la naturaleza de las sanciones pertenecientes al Derecho privado, se reconocen tres. «Por un lado la naturaleza resarcitoria, es decir, aquella que intenta colocar la situación jurídica en la posición más idéntica a la que podría encontrarse. También están aquellas, que impiden, no permiten o bien clausuran el ejercicio subjetivo de los derechos y, por último están las que ordenan. Fundamentalmente, el Derecho de Familia, es la parte del derecho privado que se encuentra más abundantemente conformado por las normas sancionatorias, no por las normas que tienden a volver las cosas al estado querido antes de la ejecución del hecho». CÓRDOBA (1997), p. 185.

²⁵ «...no supone indemnización del culpable al inocente por la ruptura del consorcio... Tampoco se trata de alimentos en caso de necesidad». LACRUZ BERDEJO *et. al.* (2005), p. 104.

separados como resulta de lo establecido en el artículo 207 del Código Civil. También establece la obligación de mantener —a favor del cónyuge inocente— las donaciones y los beneficios que tengan su causa en el matrimonio, tras su ruptura²⁶.

Por su parte, el Derecho italiano consigna la obligación de dar alimentos al cónyuge, aun cuando no subsista la obligación de mantenimiento. En caso de separación legal, sin parte culpable, aquel de los cónyuges que carezca de ingresos suficientes y se encuentre en una situación económica desmejorada puede reclamar el pago de una pensión alimenticia al otro, de forma que pueda mantener el nivel de vida anterior a la separación. El cónyuge culpable de la separación solo podrá recibir una pensión alimenticia si se encuentra en situación de necesidad. En cambio, en caso de divorcio, el cónyuge sólo tiene derecho a una pensión alimenticia si no dispone de medios suficientes para mantener el nivel de vida anterior a la separación y si su situación económica es inferior a la de su ex cónyuge²⁷. Por último, el Derecho español establece que cesará la obligación de dar alimentos si el alimentario hubiese cometido alguna falta²⁸.

Otras sanciones establecidas como consecuencia de la infracción de los deberes matrimoniales consisten en la privación de ciertos derechos como sucede con el desheredamiento entre cónyuges. Así por ejemplo, el Código Civil español establece en su artículo 855 número 1 que constituye causal de desheredamiento el «*haber incumplido grave o reiteradamente los deberes conyugales*». Del mismo modo, el Código Civil argentino preceptuaba hasta hace poco, en el artículo 212 que el cónyuge que no dio causa a la separación personal, y que fundó su demanda en los supuestos que prevén los artículos 203 y 204, esto es, alteraciones mentales, alcoholismo, drogadicción de uno de los cónyuges que haga imposible la vida en común o bien alegue cese de la convivencia por termino superior a dos años, podrá revocar las donaciones hechas al otro cónyuge en convención matrimonial²⁹.

²⁶ REBOURG (2007), p. 909 y HESS-FALLON Y SIMON (2009), p. 132.

²⁷ European justice. Disponible en <https://e-justice.europa.eu/ec.europa.eu>. Comisión Europea, RJE Obligación de alimentos [Consulta 23 de febrero de 2015].

²⁸ Artículo 152 n° 4 del Código civil en relación al 855 del mismo texto legal. RODRÍGUEZ G. (2003), pp. 19, 20 y 23.

²⁹ «Uno de los cónyuges puede pedir la separación personal en razón de alteraciones mentales graves de carácter permanente, alcoholismo o adicción a la droga del otro cónyuge, si tales afecciones provocan trastornos de conducta que impiden la vida en común o la del cónyuge enfermo con los hijos». Asimismo, «podrá decretarse la separación personal, a petición de cualquiera de los cónyuges, cuando éstos hubieren

Finalmente, respecto de la cuestión específica de la aplicación de las normas de responsabilidad civil a los daños causados entre cónyuges, el Derecho Civil francés mantiene, junto al régimen especial del artículo 266 que permite indemnizar los daños provocados por la disolución del matrimonio, el estatuto común y general del artículo 1382 del mismo cuerpo legal entendiéndose que ello permite a cualquiera de los cónyuges solicitar una indemnización que compense daños diversos a los provocados por el divorcio³⁰. En el mismo sentido, el Derecho español aplica las normas generales de responsabilidad civil en hipótesis que dicen relación con actuaciones que realiza el cónyuge en el ámbito de la sociedad conyugal o de la administración descuidada o fraudulenta de los bienes³¹; como también en el caso del término del derecho de alimentos entre cónyuges producto de la comisión de una falta de aquellas que dan lugar al desheredamiento, de acuerdo a lo establecido en el artículo 855 en correspondencia a los artículos 66 a 68 del Código Civil, en particular, en el caso de incumplimiento grave y reiterado de los deberes conyugales³². Por último, la legislación argentina, junto a la utilización de las reglas generales contenidas en los artículos 1077 y 1109 del Código Civil, por medio de la ley n° 2393 de Matrimonio Civil reitera el derecho del cónyuge de buena fe a demandar al cónyuge de mala fe y a los terceros que hubiesen provocado

interrumpido su cohabitación sin voluntad de unirse por un término mayor de dos años. Si alguno de ellos alega y prueba no haber dado causa a la separación, la sentencia dejará a salvo los derechos acordados al cónyuge inocente». Artículo 203 y 204 del Código Civil argentino, respectivamente. Norma derogada por la ley n° 26.994, promulgada según decreto n° 1795 del año 2014.

³⁰ El artículo 266 del Código Civil francés tiene sus raíces en una norma introducida en el Código Civil por la Ley del 2 de abril de 1941, confirmado más tarde por la ordenanza de 12 de abril de 1945. El apartado dos del artículo 301 del Código Civil francés establece que, sin perjuicio de cualquier otra indemnización que deba pagar el cónyuge contra el cual se otorgó el divorcio, los jueces ordenarán indemnizar al cónyuge que obtuvo el divorcio el daño material y moral que le ha sido causado por la disolución del matrimonio. BOSSE-PLATIÈRE (2008-2009), pp. 375-376. Así, el régimen especial que se desprende del artículo 266 del Código Civil no se opone a la aplicación del artículo 1382 del Código Civil francés. Por lo tanto, en virtud del principio general de la responsabilidad, siempre es posible que un cónyuge solicite indemnización al otro, en compensación por daños distintos a los provocados por el divorcio. COURBE (2003). En el mismo sentido, se señala que la indemnización por otros delitos puede fundarse en el principio general de responsabilidad del artículo 1382 del Código Civil. HESS-FALLON Y SIMON (2009), p. 139.

³¹ *Vid.*, a modo de ejemplo, los artículos 1390 y 1391 del Código Civil español.

³² HERNÁNDEZ I. (1993), pp. 52, 53 y 54 y VARGAS A. (2009), pp. 29 y 30.

el error, la indemnización por el perjuicio sufrido, incorporando el derecho a la reparación del daño moral, en el caso de nulidad³³.

Todo lo anterior permite concluir que el Derecho de Familia no se ha mantenido ajeno a la responsabilidad civil. Por el contrario, la recibe por medio de la regulación de ciertos supuestos en los que admite la posibilidad de indemnizar o resarcir los daños ocasionados entre cónyuges, sin perjuicio de la aplicación de sanciones civiles como la pérdida de derechos u otras que persiguen castigar al culpable y, por ende, un fin distinto al de la reparación.

3. LA POSIBLE EXPANSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO CHILENO

Entre las notables transformaciones sufridas recientemente por el Derecho de Familia en Chile, puede observarse el reconocimiento de un nuevo paradigma matrimonial caracterizado por su progresiva desjuridificación, la que se manifiesta tanto en el debilitamiento del matrimonio frente a las relaciones de hecho, como en una paulatina atenuación de la sanción jurídica a las obligaciones derivadas del matrimonio, entregándose la vigencia de tales deberes, muchas veces, a la valoración moral de los cónyuges. A lo anterior se suma una disolución del vínculo matrimonial que ya no obedece únicamente a causas predeterminadas por la ley, sino a aquellas que determinen, conjunta o unilateralmente, los cónyuges.

Esta tendencia se ha hecho presente, asimismo, a través de la total retirada del Derecho Penal del ámbito del matrimonio por medio de la despenalización de la infidelidad conyugal, manteniéndose sanciones civiles bastante inofensivas³⁴. A ello se añade la incorporación legal, junto al divorcio-sanción, del divorcio-remedio por cese de convivencia, el cual permite «liberar al matrimonio de la idea de culpa en el cumplimiento de sus deberes»³⁵ y dejar así sin efecto el compromiso matrimonial.

³³ Así dispone actualmente el artículo 429 letra c del Código Civil de la nación argentina: «La nulidad otorga al cónyuge de buena fe derecho a: c. demandar por indemnización de daños y perjuicios al cónyuge de mala fe y a los terceros que hayan provocado el error, incurrido en dolo, o ejercido la violencia».

³⁴ CORRAL T. (2004), pp. 2 y 7, GIACOBBE (2006), pp. 484 y 485, y CORRAL T. (2010), p. 5.

³⁵ LEVY (1997), p. 189.

La sustitución de valores como la unidad y la solidaridad por la disgregación y el individualismo ha dado paso a realzar los derechos individuales de las personas en el seno del matrimonio, potenciándose la autonomía privada en la configuración de las relaciones conyugales y facilitando que la persona pueda, en el marco de dicha autonomía, reevaluar permanentemente si mantiene o abandona sus compromisos de convivencia a la vista de sus costos y beneficios³⁶.

Se trata, en consecuencia, de un matrimonio en el que los principios aludidos imponen a cada integrante el deber de soportar por sí mismo, sin la ayuda de los demás, los daños que eventualmente pudiera sufrir a raíz del incumplimiento de los deberes matrimoniales.

Secundariamente, la metamorfosis ideológica y legislativa de la responsabilidad civil y, por cierto, la alteración de su construcción jurídica constituyen un aliciente para la extensión de la responsabilidad civil al incumplimiento de los deberes matrimoniales.

Si recordamos, en el momento de la codificación, hay una relación muy directa entre la reparación del daño y la idea de culpa. La obligación de indemnizar además de resarcir, es punitiva y su norte es la moralización de las conductas o, si se quiere, un imperativo de diligencia; esto es, cumplir una obligación.

Posteriormente, y a la luz de los cambios sociales, la «reparación» adquiere el aspecto de un verdadero imperativo social y surge el primer principio del Derecho de daños: el principio pro *damnato* o del resarcimiento del daño. De esta manera, paulatinamente van perdiendo importancia los demás factores que imponía la disciplina codificada, que será objeto de sucesivas reelaboraciones.

Primero, el debilitamiento del rol de la culpa mediante la inversión de la carga de la prueba o de la aceptación de la responsabilidad propiamente sin culpa a través de los esquemas de la teoría del riesgo. Luego se suman los embates que experimenta la figura de la causalidad como título de imputación. El paso de una causalidad necesaria a una causalidad adecuada y las infinitas matizaciones de esta idea de la causalidad adecuada aparecen por doquier en este camino.

³⁶ «Se trata de la tendencia a reducir la intervención de lo jurídico en las relaciones privadas familiares, que se manifiesta tanto en la limitación de la regulación tradicional operada en el Derecho civil, como en el hecho de que la legislación sobre familia se torna cada vez más elástica y flexible a favor, precisamente, de la libertad contractual y de la autonomía de los sujetos singulares». RONFANI (1994), pp. 57-68. En el mismo sentido en NAVARRO-VALLS (1997), p. 46.

La conclusión es que ya no hay que reparar porque existió antes una conducta reprobable, sino que hay que reparar a secas, se trata de asegurar las indemnizaciones a las víctimas.

Con todos estos cambios, ¿por qué no podría ser reparable el daño provocado por el incumplimiento de los deberes matrimoniales? ¿Por qué habrían de quedar excluidos tales daños?

De aquí que parezca pertinente determinar si alguna consecuencia jurídica acarrea el incumplimiento de los deberes matrimoniales, más allá de aquellas excepciones establecidas en nuestra legislación en materia de derechos y obligaciones conyugales, cuando ha tenido lugar el divorcio por culpa, y, en consecuencia, establecer la extensión de la responsabilidad civil al incumplimiento de los deberes matrimoniales, y de aceptarlo, cuál sería su naturaleza jurídica y, con ello, el estatuto que lo ha de regular.

En el ordenamiento jurídico chileno no existe norma expresa que resuelva el asunto, aunque bien podría argumentarse lo contrario, aludiendo a las normas excepcionales en materia de derechos y deberes conyugales o a la compensación económica, en el entendido de que ésta puede ser denegada o disminuida si su beneficiario ha dado lugar al divorcio por culpa.

No obstante se trata ciertamente de disposiciones que otorgan alguna consecuencia al incumplimiento de los deberes matrimoniales, insuficientes, no obstante, a la hora de determinar la exclusión o no de la aplicación de la responsabilidad civil.

Con todo, y pese al mencionado vacío normativo, en los últimos años esta cuestión ha ido adquiriendo un creciente interés, motivado especialmente por los pronunciamientos de la jurisprudencia, situación que lleva a evaluar la posibilidad de aplicar las reglas de responsabilidad civil a los cónyuges por los daños y perjuicios ocasionados entre sí como consecuencia del incumplimiento de los deberes matrimoniales.

Tras ese objetivo resulta necesario fijar las premisas en torno a las cuales ha girado el debate sobre la procedencia de la responsabilidad civil derivada del incumplimiento de los deberes matrimoniales en los sistemas jurídicos en que se ha provocado esta discusión, y constatar si buena parte de los fundamentos con base a los cuales se negaba esa extensión se encuentran superados. A esos efectos, será necesario analizar la responsabilidad proveniente del incumplimiento de los deberes matrimoniales en el Derecho comparado contemporáneo. En primer lugar, se observarán y sistematizarán las tendencias y los fundamentos de los ordenamientos jurídicos que la aceptan, distinguiendo entre los desprovistos y provistos de regulación legal. En segundo lugar, se estudiarán aquellos sistemas que

se encuentran en camino de aceptar la indemnización por incumplimiento de los deberes matrimoniales.

La precisión de los obstáculos a la reparación y, a su turno, de las soluciones que han permitido superarla en los diversos sistemas jurídicos, permitirán dar paso a la descripción del estado de la cuestión en el Derecho chileno. El examen de estos mismos argumentos y las razones que tanto en el Derecho de las obligaciones como el de familia, fundamentan la admisión permitirán aportar una respuesta al problema de la extensión de la responsabilidad al Derecho de Familia, lo que obliga a contestar primero las dos hipótesis de la investigación: si es posible la indemnización del daño por incumplimiento de los deberes matrimoniales y, de serlo, cuál es régimen jurídico aplicable.

Por último, se intentarán fijar los requisitos y las condiciones que deben darse para que proceda la reparación de los daños provocados por el incumplimiento de los deberes matrimoniales en el Derecho chileno. Ello supone precisar las situaciones dignas de protección y los límites de la reparación, esto es, determinar en qué circunstancias y bajo qué términos el Derecho debe amparar a los cónyuges dañados en el ámbito matrimonial.

PRIMERA PARTE

**LA PROCEDENCIA DE LA RESPONSABILIDAD
CIVIL DERIVADA DEL INCUMPLIMIENTO
DE LOS DEBERES MATRIMONIALES:
LAS PREMISAS DEL DEBATE**

La procedencia de la responsabilidad civil derivada del incumplimiento de los deberes matrimoniales es uno de los puntos más controvertidos del Derecho de Familia actual tanto que, aun cuando han transcurrido algunos años desde la admisión de esta reparación en algunos ordenamientos jurídicos pertenecientes a la familia romano germánica como del *Common Law*, no se ha logrado su admisión universal. Ello se debe a la suma de una serie de dificultades. Por lo pronto, algunas de ellas dicen relación con los cuestionamientos respecto de la injerencia de instituciones del derecho común, tales como la responsabilidad civil, en el Derecho de Familia en términos de un avance en la especialidad de este último en un sentido abstracto y —particularmente— bajo la compatibilidad lógica subyacente entre la protección de los derechos individuales con la naturaleza de las relaciones matrimoniales, las cuales se caracterizan por su naturaleza personal y su desarrollo en un contexto de solidaridad y altruismo, contrario a reclamaciones jurídicas de esta naturaleza. Otras dificultades, en cambio, se refieren fundamentalmente a la utilización instrumental de los principios y normas de responsabilidad en el Derecho de Familia. En particular dentro de los primeros, el principio de no dañar, en el entendido de que constituye una categoría de aplicación universal, sin considerar su lógica y función en el sistema de responsabilidad. En efecto, la aplicación directa resulta compleja en materia de deberes conyugales, no solo porque las violaciones de éstos harían superflua a la familia, sino también

porque la aplicación del régimen de las relaciones jurídicas patrimoniales desnaturalizaría a ambos: la familia y el matrimonio. En tal sentido, si se introduce la responsabilidad civil dentro del sistema matrimonial se le daría al matrimonio una perspectiva individualista, incompatible con el interés de la familia protegida por normas de orden público distintas a las que rigen otros campos del Derecho Civil.

Todo lo anterior ha llevado a distinguir que, en el caso del rechazo a la reparación, los fundamentos giran en torno a la mencionada especialidad y a la inaplicabilidad de las normas y principios de la responsabilidad civil y, al contrario, su aceptación reconoce la transformación del Derecho de Familia y la extensión de la responsabilidad civil a casi todas las áreas y en particular a éste, desde el momento en que el espacio matrimonial también puede constituir un lugar donde los cónyuges se pueden ver expuestos a incurrir en acciones u omisiones de las cuales pueda resultar algún daño para cualquiera de ellos, como consecuencia, entre otros, del incumplimiento de los deberes conyugales.

CAPÍTULO I

FUNDAMENTOS DE LA IMPROCEDENCIA DE SU APLICACIÓN

Como resultado de lo anterior, los fundamentos doctrinales propuestos, además de variados, son parte de un largo desarrollo y profundo debate dogmático, caracterizado por explicaciones de carácter axiológico, o bien supra legal, como también basadas en las normas del Derecho de Familia y la traslación de los caracteres que definen las obligaciones jurídicas patrimoniales y sus efectos en caso de incumplimiento de obligaciones de contenido extra patrimonial a las matrimoniales.

Dichos argumentos abarcan un gran espectro y son parte de tesis que van desde la que niega la indemnización, hasta llegar a aquella amplia que acepta la reparación de los daños provocados por incumplimiento de los deberes matrimoniales, no sin pasar antes —aunque por razones metodológicas se revisarán al final— por la tesis intermedia que la admite únicamente en el supuesto de hechos graves.

1.1. TESIS NEGATIVA AL RESARCIMIENTO DEL DAÑO DERIVADO DEL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES MATRIMONIALES

Bajo esta denominación se comprenden todos los argumentos que rechazan la aplicación de las normas de responsabilidad civil al incumplimiento de los deberes matrimoniales. Dichos fundamentos se sintetizan fundamentalmente en dos: la especialidad del Derecho de Familia y la inaplicabilidad de las normas generales de responsabilidad civil para los

supuestos de incumplimiento de los deberes matrimoniales, sin perjuicio de las dimensiones de su desarrollo.

En el presente, si bien estos argumentos parecen superados en la mayor parte de los ordenamientos pertenecientes a la familia romano germánica, aún mantienen su fuerza, no solo por los augurios nefastos que para algunos supone extender la responsabilidad civil al incumplimiento de los deberes matrimoniales, sino porque se duda sobre si es posible reparar el daño que eventualmente pueda producir dicho incumplimiento.

Tal problema nace de la aplicación restrictiva de las reglas y principios de la responsabilidad civil que la circunscriben al ámbito patrimonial y la alejan del Derecho de Familia, bajo la premisa de que sus características no resultan adaptables a un Derecho en que las relaciones se caracterizan por su contenido extra patrimonial. Así, ante la dificultad planteada, la conclusión ha sido en un primer momento rechazar la extensión, según se desarrollará inmediateamente.

1.1.1. La especialidad del Derecho de Familia

Un sector de la doctrina, y en algunos casos la jurisprudencia, está conteste en la negativa a la extensión de la responsabilidad civil al incumplimiento de los deberes matrimoniales fundada en la especialidad del Derecho de Familia.

Tal especialidad resulta de las particulares características del matrimonio y de las relaciones familiares, y la consecuente desnaturalización que este último sufriría si se introdujera la responsabilidad en él, pues se imprimiría una perspectiva individualista incompatible con el interés de la familia y el matrimonio, protegida por normas de orden público distintas a las que rigen en otros campos del Derecho Civil, particularmente el patrimonial.

1.1.1.1. Los intereses superiores de la constitución de la familia y de su estabilidad: el amor, la pietas familiae y la solidaridad

En ese sentido, la particular realidad matrimonial conformada por intereses superiores, tales como el amor, la *pietas familiae* y la solidaridad no permitirían la aplicación de la responsabilidad en este espacio de convivencia. Como resalta MOSSET, «*se pensaba que el Derecho de daños era extraño al Derecho de Familia, en la medida en que la relación entre los miembros obstaba a calificar a sus integrantes como dañadores o dañados. Que debía primar en las familias una actitud de recato, silencio*

u ocultamiento acerca de los daños injustos allí causados. Que se debía atender, prioritariamente, a los intereses de la constitución de la familia y de su estabilidad, que, por sobre todo, debía quedar a salvo la dimensión fundamental del amor, de la pietas familiae, piedad o consideración debida entre los miembros»³⁷.

Respecto del amor, conceptualmente se erige como base de la constitución de la familia y comprende, por un lado, un aspecto interno integrado por el vínculo matrimonial, esto es, los lazos afectivos, psicológicos y espirituales entre los cónyuges y, por otro lado, otro externo, configurado por las conductas que expresan dicha relación afectiva. En razón de ello se afirma que se trata de *«una dimensión afectiva y espiritual que no es jurídicamente apreciable, que escapa a la comprensión del Derecho. Las relaciones de afección exceden la coacción propia de las nociones jurídicas, porque el espíritu es rebelde contra todo modo de ejecución forzada, no sólo material sino en cualquier otra forma equivalente, por ejemplo la indemnización satisfactoria»³⁸.*

Del amor deriva la *pietas familiae* o generosidad familiar, expresión que desborda al primero y alcanza mucho más que el vínculo afectivo entre sujetos determinados de las relaciones familiares. Se ha dicho que es *«el común amor de los miembros de una familia que anima el interés familiar enfocado como el conjunto de bienes necesarios para alcanzar en plenitud los bienes familiares»³⁹.*

En tanto, la solidaridad es —también— un elemento que confiere firmeza y estabilidad a la familia y, por ende, al matrimonio; como tal, supone un compromiso personal de cada miembro de la comunidad, que lo coloca en disposición de responder por el bien de los otros y obliga a aunar los esfuerzos individuales en pos de la contribución y la colaboración en contra de la oposición y la dispersión familiar y matrimonial⁴⁰.

Así, la concurrencia de voluntades de los cónyuges opera hacia la consecución inmediata del interés colectivo familiar, es decir, del matrimonio y de los hijos, si los hubiere. De ahí que lo deseado por el grupo familiar, no puede ser sino lo mejor para la plena realización de cada integrante, porque el bien común familiar no es distinto del bien de las

³⁷ MOSSET I. (2001), pp. 8 y 9. En el mismo sentido, ALTERINI y LÓPEZ CABANA (1991), p. 308.

³⁸ MÉNDEZ C. (1995), p. 3, y MÉNDEZ C. (2006), p. 366, respectivamente.

³⁹ PETTIGIANI (1994), p. 13.

⁴⁰ FERRER R. (2003), p. 1838, y MÉNDEZ C. (2006), p. 288.

personas individuales y sus manifestaciones inmediatas, innumerables y variables en el espacio y el tiempo⁴¹.

Algunas manifestaciones jurídicas de tal concepción en el ámbito personal son el auxilio mutuo o la asistencia entre los cónyuges; en el aspecto patrimonial, el sostenimiento del hogar común, el régimen patrimonial matrimonial y, en su caso, los alimentos entre cónyuges, aspectos todos reconocidos en las legislaciones de familia por doquier⁴².

En estos términos, la generosidad familiar, fundada en el amor y la solidaridad, entendida como la consecución del bien del otro, exige evaluar si perseverar en una acción de esta naturaleza afectará negativamente a la familia. Así lo ha manifestado la doctrina y la jurisprudencia al admitir que, aun cuando la inmunidad al interior de la familia ha terminado, los litigios entre cónyuges destruirían la paz y la armonía de la casa, que son necesarias para el equilibrio familiar, y que los daños podrían ser dejados de lado en beneficio de los niños o de la mantención del matrimonio⁴³.

Según esta posición, por tales razones la admisión de una demanda por daños ocasionados por uno de los cónyuges al otro incrementaría el conflicto familiar e impediría una posible reconciliación. Resultaría difícil que el cónyuge condenado a la reparación mantenga, luego de ello, una buena relación con el otro y que ello no afecte el vínculo directo y regular

⁴¹ «El interés de la familia tuvo su origen, en el Derecho español, como límite de las facultades del marido. Se trata de un concepto genérico, de múltívoco significado y carácter variable, en función de las circunstancias sociales y familiares, que resulta difícil de concretar. Con su formulación legal, se trata de corregir el egoísmo personal de cada consorte, estableciendo un valor superior al individual. El que se casa debe velar, en primer lugar, por satisfacer el interés colectivo familiar». RAGELS (1997), p. 275.

⁴² Así se reconoce, por ejemplo, en el artículo 212 del Código Civil francés, el artículo 67 del Código Civil, el artículo 131,134 y 143 del Código Civil chileno, los artículos 143 y 1318 del Código Civil español.

⁴³ Algunos autores del *Common Law* han señalado que aun cuando la unidad de la personalidad jurídica de los cónyuges fue eliminada por la ley, los tribunales encontraron dos argumentos para mantenerla y seguir rechazando la indemnización. El primero dice relación con la idea de evitar demandas de indemnización simuladas. El segundo, mantener la paz y la armonía del hogar. DOBBS (1991), p. 902. Dichas consideraciones permitieron detener los reclamos entre cónyuges y los confinaron a situaciones en las cuales se da una ruptura irremediable del matrimonio. KRAUSE (1977), p. 97 y FLEMING (1987), p. 619. En el mismo sentido, *vid.*, algunos autores de la familia romano germánica. ROMERO C. (1997), pp. 547-548, ROMERO C. (2003), p. 358, y RODRÍGUEZ G. (2003), p. 72 y las sentencias del Tribunal Supremo español de 22 y 30 de julio de 1999 (RJ 1999, 5721) y (RJ 1999, 5726) y también sentencia del Tribunal argentino correspondiente a la Cámara 2ª Civil y Comercial de La Plata del 7.11.96 (DJ 1997-3-995).

con los hijos, o bien, deje incólume su patrimonio, de manera de poder cumplir con las obligaciones filiales.

En consecuencia, el amor, la *pietas familiae* y la solidaridad familiar ofrecen una pauta muy importante para rechazar las demandas indemnizatorias entre miembros de una familia en aquellos casos en que la responsabilidad civil, puesta en juego sin discriminar suficientemente las circunstancias, puede ocasionar peligro a los intereses generales comprometidos en la persistencia y la estabilidad de la institución familiar.

En este sentido, los intereses superiores de la constitución de la familia y su estabilidad basada en el matrimonio importan un gran impedimento para la aceptación de la responsabilidad civil, y desde luego las consecuencias que ello puede generar en términos de incrementar el conflicto matrimonial y un posible descenso en el número de matrimonios.

Sin embargo, a pesar de lo categóricas que puedan parecer estas afirmaciones, no están libres de cuestionamientos, en tanto algunas de ellas, por importantes que sean (intereses superiores de la familia, el conflicto familiar), no consideran la transformación del Derecho de Familia, como tampoco el actual alcance de la responsabilidad civil y la protección que otorga a las personas. Tampoco se disponen elementos que confieran un asidero a los efectos nocivos de su aceptación; ellos parecen ser un temor, más que una situación que la realidad o los estudios de otras disciplinas confirmen.

1.1.1.2. La inmoralidad de la reparación por faltas matrimoniales

Otro de los argumentos en contra de la admisión de la reparación de los daños ocasionados por el incumplimiento de los deberes matrimoniales trasciende a las razones puramente jurídicas. Podría decirse que se trata de consideraciones éticas, e incluso emocionales, expresadas en una regla de moralidad que impide reclamar por hechos ilícitos cometidos dentro de la familia.

Así, es posible encontrar explicaciones doctrinales, iniciales, de carácter axiológico, o bien supra legales, basadas en la defensa de la moral y las buenas costumbres, en el sentido de que una reivindicación indemnizatoria no repara «las heridas morales» sufridas, menos aún las lesiones a las legítimas afecciones⁴⁴. Luego, la conciencia moral, se constituye en la barrera a la posibilidad de que el cónyuge inocente lucre con el dolor experimentado y el honor mancillado. En esos términos, el dinero reci-

⁴⁴ DUTTO (2007), p. 88.

bido implica una suerte de «*subrogación real, por la cual los sufrimientos padecidos quedarían cubiertos o enjugados mediante una equivalencia de goces*»⁴⁵.

Agregan quienes sostienen esta tesis que es importante reflexionar acerca de la naturaleza del agravio moral, para luego proyectar las conclusiones obtenidas a la relación personal entre los cónyuges, la que por la dignidad de los sentimientos que recíprocamente se han tenido, no es adecuado ofender con pretensiones resarcitorias de esta naturaleza⁴⁶.

Específicamente en lo que atañe al daño moral, refrenda esta antigua doctrina la redacción originaria del artículo 1078 del Código Civil argentino, avalada por la interpretación plenaria de dicho país, vigente hasta 1968, que exigía la perpetración de un delito de derecho criminal para que se pudieran considerar reclamos por daños morales⁴⁷.

Jurisprudencialmente, estas ideas fueron recogidas en una sentencia de 1957, pronunciada respecto de una solicitud de indemnización por parte del marido, fundado en el adulterio cometido por la mujer. Tal sentencia señala en los fundamentos, que no es posible invocar el artículo 1109 del Código Civil argentino, agregando que es verdad que ha habido un hecho ilícito y que, eventualmente, pueden originarse perjuicios económicos al marido engañado. Sin embargo, en tales demandas existe «*una indignidad*

⁴⁵ Siguiendo estos mismos argumentos, autores franceses como Demolombe, han expresado que su ejercicio suscita una especie de repulsión instintiva. Novellino (2000), p. 37. En igual sentido, autores argentinos como Babiloni se han declarado enemigos de pedir dinero para curar las heridas morales; esta especie de acciones provoca, en palabras de este, una repulsión instintiva porque «*la conciencia moral se subleva ante tales reclamos*». Su calificación respecto de la doctrina que admite la indemnización es dura e inflexible: la considera «*imposible de comprender, fundamentalmente viciosa y peligrosa por fomentar especulaciones malsanas y codicias agresivas*». Babiloni (1929), p. 662. También Llambía se expresa en términos similares; estima que la relación personal de los cónyuges no se puede degradar con pretensiones resarcitorias. Llambía (1973), p. 2382. Al contrario, Rodríguez G. señala —a propósito de la primera sentencia española que acoge la indemnización por daño moral a una joven por haberle atribuido una «*escandalosa sucesión*» con un profesor— que, desde esa sentencia del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1912 parece superada la idea de que la reparación de los daños morales supone comerciar con los bienes y derechos más nobles. RODRÍGUEZ G. (2003), p. 68.

⁴⁶ SOLARI (2001), p. 2, FAMA y GIL DOMÍNGUEZ (2005), p. 1100, y MIZRAHI (1998), pp. 487 y 489.

⁴⁷ Artículo 1078: «*Si el hecho fuese un delito de derecho criminal, la obligación que de él nace no sólo comprende la indemnización de pérdidas e intereses, sino también del agravio moral que el delito hubiese hecho sufrir a la persona, molestándose en su seguridad personal, o en el goce de sus bienes, o hiriendo sus afecciones legítimas*».

que resulta intolerable a la sensibilidad argentina, dado que el cónyuge hace mérito de las miserias de su vida conyugal para cobrarse en dinero contante y sonante su deshonor». En conclusión, «la acción por la cual se pretende lucrar con la deshonra, es contraria a la moral y a las buenas costumbres, y no puede ser acogida por los tribunales»⁴⁸. De manera que existen daños que han de quedar sin reparación, como el dolor por la traición de la cónyuge⁴⁹.

A la luz de tales expresiones, es evidente el rechazo a la reparación del daño, no obstante la oscuridad sobre la auténtica razón por la cual el reclamo indemnizatorio infringe la moral o las buenas costumbres.

En realidad, tras el rechazo a la reparación, se observa una determinada cosmovisión de la familia, antes referida y que rememoramos brevemente⁵⁰. Sabido es que durante el siglo XIX y hasta mitad del siglo XX, la familia estaba sujeta a la autoridad del padre, el Estado tenía poca injerencia en el seno de la familia, los poderes patriarcales y maritales eran casi omnímodos y la estructura unitaria primaba por sobre cualquier interés particular. Siendo así, existía entre los cónyuges una regla moral fundada en la naturaleza de las relaciones conyugales, que se caracterizaba por el afecto, la solidaridad y el altruismo que impedía la reparación. En este contexto, la relación personal entre ellos no era sino un deber ético recíproco, cuyo cumplimiento quedaba entregado a la conciencia y, por consiguiente, su transgresión y el daño resultante no podían ser compensados por medio de la indemnización⁵¹. Luego, el perjuicio resultante de la violación de un deber simplemente y supuestamente ético, que correspondiera al sufrimiento psíquico, la amargura, la aflicción o pena que el hecho ilícito produce en la víctima, en este caso la humillación

⁴⁸ BORDA (1969), p. 89.

⁴⁹ MEDINA (2008), p. 57.

⁵⁰ MAKIANICH DE BASSET (1995), p. 21.

⁵¹ Según RODRÍGUEZ, «*tal regla de moralidad se explica desde la naturaleza propia de las relaciones de familia, que generan vínculos de solidaridad y altruismo, de manera que parece que el perjudicado por un daño causado por un miembro de su familia tiene un deber de tolerancia e indulgencia y, por lo tanto, de no interponer litigios que puedan romper la armonía doméstica*». RODRÍGUEZ G. (2003), p. 67. Desde esa perspectiva, los deberes matrimoniales no son jurídicos. Así lo ha señalado LACRUZ, al hacer hincapié en que «*para la escuela histórica las virtudes de la fidelidad, la devoción y el respeto se imponen por la costumbre y no por la ley, de manera que debiera dejarse la ordenación de las relaciones familiares a los miembros de la familia y a su sentido moral, puesto que no pertenecen al campo del Derecho*». En el mismo sentido, se sostiene que «*todos estos deberes tienen un marcado contenido moral y que no existe posibilidad de imponer su cumplimiento forzoso específico*». LACRUZ (1984), p. 179.

experimentada por uno de los cónyuges a propósito de la transgresión de los deberes matrimoniales, no podía ser reparado.

Se observa, en consecuencia, tras la mirada supra legal, no solo la negación del carácter jurídico de las obligaciones matrimoniales, sino también la consideración del daño como únicamente «*el dolor, la angustia, la aflicción física o espiritual, la humillación y, en general los padecimientos que se han infligido a la víctima del evento dañoso, pero estos no son sino estados del espíritu, consecuencias del daño*»⁵². De esta suerte, resulta coherente el rechazo. El Derecho, para la posición en comento, no podría resarcir cualquier dolor, humillación, aflicción o padecimiento, sino solo aquellos que sean consecuencia de la privación de un bien jurídico sobre el cual el dañado tiene un derecho subjetivo, que en este caso no existe, debido a la ausencia de una obligación jurídica.

En resumen, a la luz de tal concepción de familia y de la naturaleza no jurídica que se atribuye a las relaciones personales entre los cónyuges, la relación de afecto que algún día existió y que fue alterada por la transgresión no puede ser sustituida o compensada por dinero. Esto se debe a que solicitarlo constituiría una conducta contraria a la moral, pues se estaría recibiendo dinero a cambio del dolor y, en definitiva, lucrando con la deshonra ocasionada.

1.1.1.3. El incremento del conflicto matrimonial y familiar: la imposibilidad de superarlo

A la luz del enfoque meta jurídico o sociológico aparece el incremento del conflicto matrimonial y familiar como un argumento para denegar la procedencia de la indemnización de perjuicios frente al incumplimiento de los deberes matrimoniales⁵³.

Se sostiene, en tal sentido, que de la aceptación de la reparación en este ámbito se seguirían una serie de presuntos efectos perversos, tales como una eventual fuga de los litigantes desde el divorcio-remedio hacia el divorcio-sanción, toda vez que las partes buscarán acreditar por todos los medios legales la culpa del cónyuge. Ello aunque sea muy difícil en un proceso de esta naturaleza, atendido a que en la realidad de la vida matrimonial el comportamiento de cada cónyuge es una reacción a la

⁵² ZANNONI (1982), p. 234. En el mismo sentido ABELIUK (1993), p. 205.

⁵³ Un sector de la doctrina argentina denomina dicha tesis como negatoria con fundamento sociológico. DUTTO (2007), p. 90.

conducta del otro. «*No hay una causalidad adecuada entre el hecho del autor y el daño pues intervienen distintos factores*»⁵⁴.

Mas toda esta estrategia no tendrá por objeto sino hacerse acreedor de la indemnización de los daños patrimoniales y extra patrimoniales, evitando así el divorcio de común acuerdo o la causal objetiva de separación de hecho a la cual tiende la legislación moderna sin excepción⁵⁵.

Desde esta mirada, efectivamente, el otorgamiento de una indemnización a favor del cónyuge afectado podría constituir un incentivo al incremento de disputas y frustrar la posible solución del conflicto familiar y matrimonial a través de otros métodos alternativos y técnicas multidisciplinarias⁵⁶.

A su turno, jurisprudencialmente se ha decidido no acceder a la reparación de los daños y perjuicios si el divorcio ha sido conferido por culpa, fundada en que aceptar lo contrario «*llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial obligaría a indemnizar*»⁵⁷. Se trata de una conclusión en consideración a que la vida de

⁵⁴ FERRER (1997), p. 29.

⁵⁵ En el ordenamiento italiano prevalece la separación consensual sobre aquella denominada por culpa, debido a que, al menos en principio, se requiere, según el artículo 151 inciso primero del Código Civil, de la constatación de una situación objetiva como es que se haya tornado intolerable la vida en común, la que debe ser valorada en todas sus dimensiones: evitando el dolor provocado por las recriminaciones relativas a la responsabilidad por las acciones ejecutadas. La base de la apreciación de la relación entre los cónyuges en crisis debe considerar los elementos residuales de la cohesión, en lugar de los de divergencia y el conflicto. Todo esto a propósito de las continuas iniciativas de los litigantes en torno a franquear la separación de común acuerdo, no obstante reunirse los requisitos, en vista de la indemnización que pueden conseguir si logran acreditar el incumplimiento de obligaciones derivadas del matrimonio. QUADRI (2005), p. 146.

⁵⁶ «*Resulta sumamente difícil proponer tratamientos y soluciones amigables entre ex cónyuges —tan primordiales para la saludable crianza de los hijos—, cuando se crean expectativas de ventajas económicas al que resulte ganador de la contienda y consiga probar la configuración de alguna actitud que hubiese producido mortificación espiritual o alteración de sus afecciones legítimas*». Ello constituirá, sin duda, un incentivo más efectivo que cualquier resentimiento para encauzar la discrepancia por el camino del divorcio contencioso, y «*junto al tema del incuantificable daño moral participe en la mesa de los conciliadores, quedarán fracasados muchos convenios auspiciosos para los hijos o para dirimir razonablemente los aspectos patrimoniales del matrimonio*». ALBARRACÍN (1992), p. 910. En el mismo sentido, FERRER (1997), p. 30, y FAMA y GIL DOMÍNGUEZ (2005), p. 1103.

⁵⁷ FERRER (1997), p. 30. En el mismo sentido se manifiestan. MAKIANICH DE BASSET (1995), p. 12, DI LELLA (1992), p. 862, DUTTO (2007), p. 90, y FAMA y GIL DOMÍNGUEZ (2005), p. 1100.

relación conlleva fricciones y discrepancias. De esta manera, los tribunales tratan de evitar la multiplicación de demandas triviales y sin importancia, además de preservar la paz y la armonía familiar; las mismas que el legislador dice cuidar a través de las continuas reformas que persiguen liberar de causa tanto la separación como el divorcio⁵⁸.

A mayor abundamiento y en el mismo sentido, esto es, evitar el conflicto al interior de la familia, se suele señalar en estas decisiones judiciales que este es precisamente el objeto que persigue el legislador al contemplar en el ordenamiento la exigente de responsabilidad criminal por los hurtos, defraudaciones o daños que recíprocamente se causen los cónyuges y, a su vez, la exclusión como testigos de los consanguíneos o afines de las partes y al cónyuge⁵⁹.

Frente a tales argumentos, y ante la posibilidad de que la reparación del daño derive en una fuga del divorcio-remedio hacia el divorcio-sanción, la doctrina contraria ha planteado que tal evasión ya existe y por

⁵⁸ En torno a la decisión de la jurisprudencia respecto de no acceder a la indemnización para evitar demandas por daños sin importancia y que puedan sin embargo, conflictuar a la familia, el voto de minoría expresado en el plenario del 20 de septiembre de 1994 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Argentina resalta que «*la interpretación del régimen jurídico del divorcio debe hacerse teniendo en cuenta la esencia de sus normas y el valor integral que socialmente representan, como pauta básica para resolver los problemas que suelen provocar las angustiantes y repetidas crisis que se producen en la vida conyugal; cuando ésta fracasa irremediablemente y concluye en divorcio, debe apuntalarse un orden social y jurídico que preserve a los cónyuges de intereses egoístas y pecuniarios y torne su separación lo menos litigiosa posible*», de manera de evitar agravar la situación. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Argentina. 20.09.1994 (DJ 1994-2), p. 1171. En el mismo sentido se expresa la Sentencia del Tribunal Supremo español de 30.06.1999 (RJ 1999), p. 5726, que se refiere a las acciones triviales y a la intención del legislador de erradicar el divorcio-sanción del ordenamiento jurídico a través del divorcio incausado y por cese de convivencia. Rodríguez G. (2006), pp. 71 y 72. Finalmente, no está de más considerar la tendencia legislativa en torno a evitar acciones de esta naturaleza y ciertamente el conflicto, respecto de lo cual constituye un buen ejemplo «*Law reforms (husband and wife) act*» de 1962 de 1 de agosto de 1962, faculta al juez para detener la acción si estima que es perjudicial para la familia. Disponible en: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1962/48/10&11eliz2>>. [Consulta 23 de febrero de 2015].

⁵⁹ Otro argumento de voto de minoría señala que: «*una visión global de esa normativa permite observar la importancia que el legislador ha dado a la familia, como algo que merece una protección especial y distinta de la que también ofrece a cada una de las personas que la integran, pero que en conjunto forman una unidad a la que pretende toda la legislación. Se resguarda así a la familia como comunidad de vida de sus integrantes, a la persona de cada uno de éstos y a la sociedad en la que aquella está inserta*». GALMARINI (1994), p. 10.

otros factores, entre ellos, la reducción del interés de la familia a una suma de intereses individuales que busca sustituir sus deberes por el ejercicio de derechos subjetivos y, en ese afán, los sujetos (cónyuges) no están dispuestos a soportar el daño que les hubiese causado el otro⁶⁰.

No obstante, es incuestionable que la familia es una estructura esencial dentro de la sociedad, pero también es cierto que este principio de unidad familiar solo se protegerá si se tutelan los derechos e intereses de cada uno de sus miembros, y se repara, por tanto, el daño provocado a raíz de su lesión.

Luego, son los cónyuges los más indicados para ejercer acciones judiciales como las indicadas y discernir los efectos o las consecuencias que tendría un conflicto jurídico de esta naturaleza en su vida matrimonial y familiar. Con esa autoridad y consecuencia, seguramente, si todavía existe armonía conyugal, es probable que los cónyuges no inicien acciones o bien se desistan porque observan que pelagra su paz familiar, pues la mayoría de las personas desea salvaguardarla.

En definitiva, *«si bien el peligro de multiplicidad de pleitos y la preservación de la paz familiar no deben alegarse para excluir toda responsabilidad civil en el ámbito familiar, ello no quiere decir que no sean factores importantes para tener en cuenta. De hecho en atención a tales factores cabe sostener que no han de admitirse de forma indiscriminada las reclamaciones de daño entre los cónyuges»*⁶¹. Es necesario determinar qué conductas merecerán dicho reproche. En consecuencia, la extensión de la responsabilidad civil al Derecho de Familia debe realizarse con las discriminaciones impuestas por la naturaleza de la disciplina pues, de lo contrario, se corre el riesgo de generar más perjuicios que aquellos que se pretende reparar.

1.1.1.4. El error de elección no es indemnizable

Otro de los argumentos esgrimidos por algunos autores consiste en sostener que no es posible reparar el error cometido en la elección del cónyuge, porque la decisión de contraer matrimonio por parte de los esposos proviene precisamente de escoger en forma determinada y reflexiva quién será el compañero, considerando sus cualidades y defectos. Y, por ello, al expresarse en el acto del matrimonio la voluntad libre y recíproca

⁶⁰ FAMA y GIL DOMÍNGUEZ (2005), p. 1101, MEDINA (2008), p. 62, y TOBÍAS (1989), p. 461.

⁶¹ RODRÍGUEZ G. (2006), p. 72.

de consentir en él y mantenerlo en el tiempo, se renuncia a la posibilidad de solicitar indemnización y, consecuentemente, se declara la aceptación del daño, si este tiene lugar.

Ahora bien, si por distintas razones se yerra y, producto de ello, uno o ambos cónyuges sufre consecuencias anímicas —espirituales, psíquicas y morales— negativas, dicha posibilidad forma parte de lo predecible en una relación matrimonial y no puede ser asegurada, como tampoco obligada por medio de la indemnización, porque es parte del riesgo⁶².

Desde esta perspectiva se configura el consentimiento matrimonial en una causa de justificación en cuanto convierte a las transgresiones a la ley, esto es a las conductas antijurídicas en lícitas. Además, se considera incorporado un riesgo en todo matrimonio, puesto que siempre existe la posibilidad de fracasar en él o equivocarse; como también la de sufrir una decepción producto del incumplimiento de los deberes por uno u otro. Dicho daño forma parte de lo previsible y, por tanto, está sujeto a una exoneración de responsabilidad.

En tal contexto, el matrimonio no puede abrazar un sentido especulativo en cuanto a tener asegurada la buena conducta del otro gracias a la coerción que significaría la obligatoriedad de una reparación basada en actitudes que difieren del comportamiento común de las personas y expulsar todo peligro de fracaso matrimonial al que contribuyen ambos cónyuges. Los esposos contraen matrimonio aceptando los riesgos que ello implica, básicamente, la ruptura del vínculo afectivo y, posteriormente, la del legal, en razón de que el otro ya no reúne las cualidades que se creía o ha incumplido una obligación matrimonial. Es por esto que no puede haber culpa de parte de ninguno de ellos, por cuanto existe una causa de justificación: la «*recíproca aceptación de los riesgos*», de acuerdo «*al consentimiento tácito que la víctima parece prestar en todos aquellos casos en que, con pleno conocimiento, asume el riesgo de sufrir un daño*»⁶³. Esta cuestión tendría el valor de una convención sobreentendida con el otro cónyuge por la que éste renuncia por anticipado a reclamar eventualmente una indemnización por los perjuicios que acaso pueda sufrir. En otros términos, podría sostenerse que, si bien un agente crea el riesgo, acontece que la víctima tiene cabal conocimiento de este y lo acepta o asume antes de la producción del daño⁶⁴.

⁶² LÓPEZ DEL CARRIL (2007), p. 106.

⁶³ LÓPEZ DEL CARRIL, *ibídem*, p. 107.

⁶⁴ NOVELLINO (2000), p. 45.

En tanto, la jurisprudencia receptora de las anteriores conclusiones, solo señala que durante el matrimonio los cónyuges «*sufren disgustos, humillaciones o inevitables rupturas, y ha de admitirse que tales circunstancias han de ser cuidadosamente sopesadas antes de dar un paso trascendental en la vida*». De modo que acordar «*por esta vía una reparación indemnizatoria significaría tanto como asegurarle a quien se equivoca en su elección una reparación pretendidamente paliativa de los agravios sufridos*»⁶⁵, sin profundizar mayormente sobre la aceptación del daño o la exposición al riesgo.

En conclusión, no es posible garantizar por medio de la indemnización el cumplimiento o sustituir la desobediencia de los deberes matrimoniales. Si ambos cónyuges deciden voluntariamente involucrarse en una situación de riesgo, como es el matrimonio, deben cargar con el daño que eventualmente sufran.

Frente a tales fundamentaciones, la doctrina contraria procura desvirtuarlas señalando, primeramente, que la reparación en la responsabilidad civil no se plantea a partir de la idea de que se ha errado en la elección del cónyuge o del sufrimiento que puede provocar constatarlo, sino a propósito del daño provocado a uno de los cónyuges producto del incumplimiento culpable o doloso de los deberes matrimoniales o, si se quiere, de aquel provocado por la lesión a los derechos personales de uno de los cónyuges⁶⁶.

En segundo lugar, respecto de la elección propiamente tal y del consentimiento matrimonial, se ha indicado que este no es un elemento más en la constitución del matrimonio, sino que cumple un rol fundamental en la vinculación jurídica entre los cónyuges, pues, de lo contrario, estaríamos frente a la imposibilidad del matrimonio y, por consiguiente, ante la inexigibilidad de ciertas conductas directas o indirectas que forman parte de los deberes personales entre los cónyuges. De ahí que el consentimiento obliga y no constituye una causa de justificación que excluya la antijuridicidad de una conducta que entra en el hecho objetivo del incumplimiento de las obligaciones matrimoniales que se encuentran determinadas en la

⁶⁵ En estos términos aparece expresada la idea en la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Argentina, 29.04.1988 (EDJ8524), p. 184. Disponible en: <<http://www.villaverde.com.ar/es/.../fallo-medina-dano-moral-divorcio>>. [Consulta 22 de junio de 2015].

⁶⁶ MEDINA señala que este argumento puede ser refutado diciendo que «*la reparación del daño no implica la indemnización del error sino del perjuicio. Muchas veces puede mediar error en las cualidades del otro contrayente, pero eso no necesariamente ha de presuponer una indemnización. Sólo cabrá la reparación si el compañero, erradamente elegido, comete un acto antijurídico que produzca un daño*». MEDINA (2008), p. 56.

ley. En consecuencia, el matrimonio impone ciertas responsabilidades, y si los contrayentes han auto limitado su libertad en relación con dichas materias, no pueden posteriormente actuar como si tales limitaciones no existieran y pretender que el otro cónyuge no puede hacer nada o está privado de hacerlo producto de la voluntad manifestada o que estudió y analizó cuidadosamente las cualidades y defectos del futuro cónyuge y que por eso debió haber imaginado que esto podría suceder. El matrimonio en este aspecto funciona como cualquier relación jurídica y, por ello, no merma ni altera el derecho de los cónyuges a solicitar la reparación del daño sufrido, como tampoco implica una atenuación de la responsabilidad, ni menos la condonación anticipada, por el hecho de haber prestado el consentimiento⁶⁷.

Por último, en cuanto a la asunción del riesgo, ha de reconocerse que no existe por medio del consentimiento un pacto de irresponsabilidad del que se pueda deducir la asunción voluntaria de la posibilidad de daño. El cónyuge no se expone a un daño a sabiendas y con la debida información de que este puede sobrevenir por el hecho del matrimonio. Es más, incluso para que esta situación tenga lugar dentro de la responsabilidad civil patrimonial, el consentimiento no autoriza al daño, sino tan solo a que una parte realice una conducta que supone un riesgo. De manera que la circunstancia de participar en una actividad de esta naturaleza, si es que el matrimonio lo fuera, no justifica al cónyuge por la realización del daño, porque del hecho no se sigue intención alguna de liberar al otro de la responsabilidad, sino tan solo la aceptación de exponerse a ésta.

En definitiva, se sostiene que el error de elección y el consentimiento prestado en torno al matrimonio no constituyen un límite a la extensión de la responsabilidad civil al incumplimiento de los deberes matrimoniales.

1.1.1.5. La disminución de los matrimonios como consecuencia de la aceptación de la reparación

Finalmente, dentro de las consideraciones valorativas realizadas en contra de la reparación del daño provocado por el incumplimiento de las

⁶⁷ Respecto de que el matrimonio actúa como cualquier relación jurídica entre partes. Si la obligación matrimonial nace al igual que aquellas que nacen del contrato, debe considerarse que «*la autonomía privada vive y se desarrolla, precisamente a través de éstos, mediante la asunción por los sujetos de posiciones debitorias y crediticias que, indudablemente, afectan a su libertad de actuación y les imponen conductas exigibles*». RAMOS P. (2005), p. 157.

obligaciones personales entre los cónyuges se ubica aquella que señala que la posibilidad de la reparación podría generar una disminución de los matrimonios⁶⁸. Esto se debería a que la indemnización de daños y perjuicios generaría un nuevo factor disuasivo para asumir un compromiso como el matrimonio, que se halla en franca declinación⁶⁹.

De ahí que la doctrina contraria razone sobre si acaso la reparación de perjuicios originaría —realmente— un descenso de la tasa de nupcialidad y una fuga al sistema de divorcio-sanción⁷⁰. En ese empeño han señalado, primeramente, que considerar la posibilidad de reparación de los perjuicios morales generados por las conductas causales del divorcio, o bien por el incumplimiento de obligaciones entre los cónyuges, como un factor disuasivo del matrimonio, no parece sostenible. La realidad indica que «no se dejan de comprar automóviles desalentados por la necesidad de contraer una póliza de seguros o de tener que afrontar las eventuales reparaciones en caso de accidente automovilístico»⁷¹. Las personas que toman la decisión de contraer matrimonio no evalúan de antemano los costos materiales posibles de un fracaso, ni siquiera vislumbran tal posi-

⁶⁸ NOVELLINO (2000), p. 45, y MEDINA (2008), p. 56.

⁶⁹ A pesar de ser todavía comparativamente alta, la tasa de matrimonios americanos se ha estado reduciendo. En el período de 60 años que va desde 1940 a 2000, la tasa anual promedio de matrimonios en los Estados Unidos fue de 10,1 por cada 1.000 personas. En la actualidad, la tasa de nupcialidad se redujo en casi un 60%, cayendo a 31 matrimonios por cada 1.000 mujeres solteras en 2013. Centro Nacional para la Familia y el Matrimonio de Investigación en Bowling Green State University. Disponible en: <<http://www.businessinsider.com/causes-of-low-marriage-rates-2014-5ixzz3ScQXI832>>. [Consulta 23 de febrero de 2015]. Si comparamos dicha tasa con otras naciones industrializadas, se concluye que está también ha disminuido. En efecto, para 1999, la tasa de 8,3 por cada 1.000 personas era considerablemente más alta que en otros países, incluyendo Austria (4,8), Bélgica (4,3), Dinamarca (6,6), Finlandia (4,7), Francia (4,8), Alemania (5,2) y Suecia (4). Ganz Blumberg (2003), p. 112. En cambio, para el año 2013 la tasa decrece: Bélgica (3,6), Dinamarca (5,1), Finlandia (5,3), Francia (3,7), Alemania (4,7), Suecia (5,3). Así por ejemplo en Bélgica (3,6), Dinamarca (5,1), Finlandia (5,3), Francia (3,7), Alemania (4,7), Suecia (5,3). Disponible en: <<http://www.inmujer.gob.es/estadisticas/consulta.do.area=12>>. [Consulta 23 de febrero de 2015]. Lo propio ha tenido lugar, en nuestro país, la tasa bruta de nupcialidad ha disminuido en las últimas tres décadas de aproximadamente 8 matrimonios por mil habitantes a menos de 4, promedio anual. En el año 2013, el número de matrimonios alcanzo a la cifra de 67.037. Disponible en: <<http://www.registrocivil.cl>>. [Consulta 23 de febrero de 2015]. Información en base a las Inscripciones de Matrimonio efectuados en Chile y en el Extranjero por el Servicio de Registro Civil e Identificación.

⁷⁰ MAKIANICH DE BASSET (1995), p. 13.

⁷¹ *Ibidem*, p. 14.

bilidad, por cuanto lo hacen en el convencimiento de que podrán resolver los conflictos y que el vínculo jurídico durará toda la vida⁷²; pues en la determinación están involucradas cuestiones de una entidad y trascendencia tal, que desdibujan y reducen la incidencia de una posible reparación que no constituye, por otro lado, un efecto constante y necesario de la separación personal o divorcio basado en causales objetivas⁷³.

En segundo lugar, si lo que se teme es la disminución de los matrimonios, la realidad indica que ello obedece a factores que, aun cuando no están del todo determinados, son meta jurídicos en su gran mayoría⁷⁴. Este fenómeno afecta tanto a países en cuyas legislaciones no existe el divorcio-sanción, como es el caso de Suecia, que desde 1977 ha suprimido la culpa; como a aquellos que junto con establecer diversas posibilidades de divorcio, incluyen la culpa y la reparación de los daños, como Francia⁷⁵.

⁷² VILADRICH (1989), p. 124.

⁷³ «*Lo cierto es que las personas cumplen con sus obligaciones (para el caso matrimoniales) en el convencimiento de lo valioso del tal cumplimiento y no por el temor a tener que afrontar un resarcimiento, ya que lo contrario supondría configurar la mala fe como principio y la buena fe como excepción. Por otra parte, la imperatividad es una cualidad del régimen de responsabilidad, que opera sólo cuando se produce perjuicio y no tiene por qué influir en el normal desenvolvimiento de las relaciones del matrimonio*». Boero (1998), p. 329.

⁷⁴ En Chile (año 2013) de un total de 63.730 divorcios, 52.555 terminaron en sentencia. De estos últimos, 25.765 (divorcio de común acuerdo); 25.749 (divorcio por cese de convivencia) y 1032 (divorcio por culpa). Disponible en: <http://www.ine.cl/canales/menu/publicaciones/.../completa_justicia_2013>. Las cuatro principales causas de quiebre matrimoniales son: i) Infidelidad (66%); ii) violencia intrafamiliar (82%); iii) problemas económicos (13%) e iv) individualismo, incompatibilidad, desamor e inmadurez (6%). Disponible en: <<http://cambio21.cl/cambio21/site/artic/20101115/20101115153255>>. En USA, en cambio, las tres principales causas de divorcio son: incompatibilidad de caracteres (43%); infidelidad (28%), problemas de dinero (22%); abuso emocional y/ o físico (5,8%) y adicción y/o problemas de alcoholismo (0,5%). Disponible en: <<http://www.divorce.usu.edu/files/uploads>>. También en <<https://www.institutedfa.com/Professionals.articles-Leading-Causes-of-Divorce>>. [Consulta 3 de abril de 2015].

⁷⁵ En el año 2003 se estableció en el artículo 229 del Código Civil francés el divorcio por alteración definitiva del vínculo. Con él se supuso que perdería en gran parte su sentido el artículo 1382 que establece el pago de indemnización, ya que se reduciría sustancialmente la cantidad de divorcios por culpa. Se proyectaba que la eliminación del divorcio por culpa o condenatorio implicaría que el 41% de los divorcios que en Francia se tramitaban como contencioso para reclamar daños, se reencauzarían a divorcios en los que cualquiera de los cónyuges pudiese iniciar la acción sin expresión de los motivos, situación que no ocurrió. Así lo demuestran las cifras, «*de alrededor de 138.147 divorcios en el 2006, la distribución es la siguiente; consentimiento mutuo 76.794 (55, 18%);*

De hecho, es precisamente en este último país, bastión del divorcio-sanción y de la obligación de reparar los perjuicios ocasionados por las causales y por el divorcio en sí mismo, ambos de larga data, «*donde se advierte un notorio incremento de divorcios por vías morales neutras, paralelamente a la disminución del que se basa en causales objetivas*»⁷⁶. Incluso, pese a los pronósticos señalados, recientes investigaciones efectuadas en Inglaterra sostienen que el divorcio-sanción es un medio de poner fin jurídicamente a una crisis conyugal que apareja en muchas ocasiones efectos saludables para las partes⁷⁷. En consecuencia, la esperanza de la reparación de los perjuicios no ejerce el efecto perverso que se le atribuye.

De esta forma queda en evidencia que una cuestión tan compleja como el divorcio y la reparación está lejos de haber sido definitivamente dilucidada por el conocimiento de las disciplinas que la tienen como objeto de estudio, y que no concita uniformidad de criterios en los distintos aspectos que deben analizarse, particularmente el que sostiene que la existencia de un divorcio culpable que —eventualmente— dé lugar a la reparación del daño por incumplimiento de los deberes matrimoniales desincentivará el matrimonio, pues a veces se lo considera conveniente para los cónyuges y la familia.

Por último y adicionalmente, en lo relativo a la responsabilidad civil, se debe concluir que la contingencia de que las personas no se casen no constituye una eximente de la obligación de responder. Considerar como argumento para denegarla una posible disminución de los matrimonios constituye una forma de razonar, «*propia del common law donde los jueces pueden crear las figuras ilícitas indispensables o rechazarlas con fundamentos sociológicos o de política jurídica pero impropia de nuestro sistema jurídico de tradición romano-germánica donde los magistrados han de atenerse al plexo positivo*»⁷⁸. Por lo mismo, concurriendo los presupuestos de la responsabilidad civil, deben aplicarse y condenarse al pago de la indemnización correspondiente.

29.584 por culpa (21,45%); por alteración definitiva de la vida conyugal 7.514 (5,4%). Así parece que después del segundo año de vigencia de la reforma no se han logrado los objetivos». MATOCO Y FAVIER (2007), p. 201. Source min. Justice, INSEE, chiffres repris dans le Figaro 29 mai 2007.

⁷⁶ LINDON Y BÉNABENT (1984), p. 624.

⁷⁷ RICHARDS (1993), p. 22, GLENDON (1989), p. 152, y HACKETT (1999), p. 247.

⁷⁸ MEDINA (2008), p. 56.

1.1.2. La inaplicabilidad de las normas generales de responsabilidad para los supuestos de incumplimiento de los deberes matrimoniales

Luego de los argumentos supra legales procedentes de la especialidad del Derecho de Familia, algunos autores pertenecientes a ordenamientos de la familia romano germánica se inclinan por considerar adicionalmente, como argumento a favor de la tesis que rechaza la extensión, la inaplicabilidad de las normas de responsabilidad civil en los supuestos de incumplimiento de deberes matrimoniales a partir de la existencia de un régimen sancionador específico y de que el uso conjunto de este más el de uno proveniente del Derecho de familia constituiría una doble sanción.

Tal incompatibilidad provendría de que la naturaleza punitiva que se asigna a la condena pecuniaria que a partir de dicho incumplimiento marital se origina, como también a las sanciones civiles del Derecho de Familia es la misma en cuanto ambas persiguen castigar al culpable.

De este modo, la culpa se erige como hecho generador e indispensable para la procedencia de la indemnización y de la aplicación del régimen sancionador de familia con las consecuencias que ello generaría por la probable existencia de demandas múltiples. Además, ello significaría agravar la situación del cónyuge responsable, lo que transgrediría el principio *non bis in ídem*.

Esta última argumentación revela un desconcierto en torno a la naturaleza jurídica de las sanciones civiles pertenecientes al Derecho de Familia, respecto de los efectos propios que supone el Derecho para el incumplimiento de las obligaciones, en particular si se trata de aquellas de contenido extra patrimonial, pues sobre estas últimas no es posible demandar el cumplimiento por equivalencia valorado en una indemnización, pero sí una suma de dinero que represente la nueva obligación que surge del incumplimiento de tales deberes. Pero por sobre todo, se olvida que la indemnización que se confiere en razón del incumplimiento de los deberes matrimoniales no constituye un reproche al cónyuge autor de un acto considerado ilícito, sino una compensación por el daño causado. Por ello, aunque en la mayoría de los casos la transgresión al comportamiento al que resulta obligado alguno de los cónyuges posea una sanción del Derecho de Familia, ello no determina ni puede predicarse —como lo han hecho quienes rechazan esta reparación— que concederle una indemnización por el daño sufrido constituya una doble sanción, pues ellas tienen una naturaleza y, ciertamente, una función distinta.

1.1.2.1. La existencia de un régimen de sanciones específico en el Derecho de Familia

La tesis contraria al resarcimiento del daño derivado del incumplimiento de los deberes conyugales considera también, entre sus fundamentos la existencia de un régimen sancionador específico en el Derecho de Familia que responde a la especialidad o especificidad de las instituciones de esta área del Derecho privado lo que la hace incompatible con el empleo de las normas de la responsabilidad civil. La aplicación en exclusiva de las sanciones previstas en el ámbito familiar provienen de la falta de previsión expresa en la ley que considere, junto a la condena de las conductas violatorias de los deberes matrimoniales, la reparación del daño causado producto del incumplimiento de los deberes matrimoniales o, en su defecto, una norma que remita a la aplicación supletoria de las normas de responsabilidad civil⁷⁹. Ello permite sostener que la voluntad del legislador ha sido contraria a su aplicación, no pudiendo hacerse una extensión analógica, o bien recurrirse a otro tipo de métodos de interpretación para suplir la omisión⁸⁰.

⁷⁹ La naturaleza específica del Derecho de Familia obliga a tener en cuenta la correspondencia de las instituciones familiares con las demás partes del Código Civil, desde que son múltiples y variadas y que se reúnen en dicho Código y en leyes que las complementan. Por ello, es autónomo el régimen de sanciones que determina el divorcio, tanto por la inexistencia de normas precisas y concordantes en otros dispositivos legales, como por su naturaleza especial de parte propia y exclusiva de la regulación de la familia. MÉNDEZ C. (2006), p. 351. En el mismo sentido RODRÍGUEZ G. (2009), p. 101.

⁸⁰ Parte importante de la doctrina argentina ha señalado, para refrendar el argumento, que el legislador de 1987 no incorporó a través de la Ley n° 23.515 norma alguna en materia de divorcio que faculte al cónyuge inocente a reclamar indemnización de daños y perjuicios contra el culpable. Esta reitera el silencio adoptado al sancionarse el primer Código Civil y luego la Ley de Matrimonio Civil n° 2.393 de 1985. A la inversa mantuvo, en el Código Civil originario (artículo 234), en la Ley n° 2.393 (artículos 91 y 109) y en la Ley n° 23.515 (artículo 225 del Código Civil), para la hipótesis de nulidad de matrimonio, el derecho del cónyuge de buena fe a reclamar daños y perjuicios contra aquel de mala fe y el tercero que contribuyó a provocar el error. La diferencia de tratamiento es sintomática y permite deducir que el legislador en materia de divorcio es intencionado, en el sentido de que representa su voluntad de no acordar resarcimiento de daños y perjuicios en esta materia, pues si hubiese entendido que correspondía la reparación en el divorcio, se habría pronunciado expresamente. En consecuencia, «*en materia de sanciones sólo deben aplicarse las específicamente admitidas por la ley, sin que por vía analógica puedan utilizarse las previstas para otras situaciones jurídicas, de origen contractual o extracontractual, desde que ni el estado de familia, ni el de su pilar, el matrimonio, tiene tales linajes*». FERRER (1997), pp. 27 y 28. En el mismo sentido, MIZRAHI (1998), pp. 504 y 509.

En cuanto al Derecho de Familia, y particularmente en relación con la singularidad aludida, y dentro de ella, la de la institución del matrimonio, se ha sostenido que al configurarse como una comunidad de vida asumida voluntariamente por los cónyuges y al constituir los deberes conyugales obligaciones de carácter ético o moral «*que han de desarrollarse por libre decisión de cada uno de los cónyuges (...)*», no resulta razonable ni compatible «*la aplicación de medios compulsivos, aunque sea de forma indirecta*»⁸¹. La vida familiar exige que las obligaciones matrimoniales sean mantenidas en un contexto de libertad y no gracias a la amenaza de sanciones resarcitorias de carácter patrimonial, como sería la indemnización de perjuicios.

En ese tenor, la posibilidad de separarse y aun de divorciarse porque uno de los cónyuges incumple estas obligaciones «*responde de un modo realista a la pregunta de si este instrumento coactivo puede aplicarse al ámbito familiar*»⁸², de acuerdo a los principios que imperan actualmente. La respuesta es negativa, porque lo contrario supondría conseguir el cumplimiento de los deberes matrimoniales por este medio indirecto y contrariar la limitación establecida por el legislador en torno a la intromisión estatal en los asuntos familiares, en virtud de que los cónyuges son libres para solicitar la disolución del matrimonio producto de que se ha desamparado el proyecto matrimonial, sin consideración a la imputabilidad de la ruptura a uno u otro de los cónyuges o a alguna causa en particular⁸³.

De ello resulta la existencia de una contradicción entre los principios que la ley ha determinado proteger en esta materia como el de la libertad y la aplicación de tutela a través de la indemnización. Así, si los intereses involucrados en las relaciones familiares han cambiado y se organizan y protegen mediante el Derecho de Familia, no resulta compatible juzgar las consecuencias de la infracción de acuerdo con las reglas de la responsabilidad civil, incluso bajo la premisa de que es necesario corregir o complementar lo que el Derecho de Familia no hace. Así, aunque éste último no proporciona una regulación específica, resulta imposible aplicar las reglas de la responsabilidad civil debido a que estas operan en defecto de reglas específicas dentro de cada sector y solo pueden emplearse en la medida en que los remedios indemnizatorios no contradigan los principios

⁸¹ LACRUZ (2005), p. 66.

⁸² MARTÍN CASALS y RIBOT (2011), p. 541.

⁸³ DE VERDA y BEAMONTE (2006), p. 160.

ÍNDICE

PRÓLOGO	7
ÍNDICE DE ABREVIATURAS	13
INTRODUCCIÓN	17
1. La sustitución de los principios informadores del Derecho de Familia	17
2. La aplicación de las normas generales de responsabilidad civil junto a ciertos supuestos sancionatorios de responsabilidad matrimonial..	22
3. La posible expansión de la responsabilidad en el Derecho chileno..	26
PRIMERA PARTE. LA PROCEDENCIA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES MATRIMONIALES: LAS PREMISAS DEL DEBATE	31
CAPÍTULO I. FUNDAMENTOS DE LA IMPROCEDENCIA DE SU APLICACIÓN	33
1.1. Tesis negativa al resarcimiento del daño derivado del incumplimiento de los deberes matrimoniales	33
1.1.1. La especialidad del Derecho de Familia	34
1.1.1.1. Los intereses superiores de la constitución de la familia y de su estabilidad: el amor, la pietas familiae y la solidaridad	34
1.1.1.2. La inmoralidad de la reparación por faltas matrimoniales	37
1.1.1.3. El incremento del conflicto matrimonial y familiar: la imposibilidad de superarlo	40
1.1.1.4. El error de elección no es indemnizable	43

1.1.1.5. La disminución de los matrimonios como consecuencia de la aceptación de la reparación.....	46
1.1.2. La inaplicabilidad de las normas generales de responsabilidad para los supuestos de incumplimiento de los deberes matrimoniales.....	50
1.1.2.1. La existencia de un régimen de sanciones específico en el Derecho de Familia.....	51
1.1.2.1.1. La reparación constituiría una doble sanción	56
1.1.2.2. La inexistencia de deberes jurídicos matrimoniales	59
1.1.2.2.1. No constituyen obligaciones jurídicas en sentido técnico.....	64
1.1.2.2.1.1. La ausencia de contenido patrimonial en las obligaciones matrimoniales	66
1.1.2.2.1.2. El problema de la ejecución forzada y el cumplimiento por equivalencia.....	73
1.1.2.2.2. La indemnización como castigo.....	77

CAPÍTULO II. FUNDAMENTOS DE LA ADMISIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL 81

2.1. Tesis favorable al resarcimiento del daño derivado del incumplimiento de las obligaciones matrimoniales	82
2.1.1. Las grandes transformaciones del Derecho de Familia como determinante de un ámbito de indemnización.....	83
2.1.1.1. La constitucionalización del Derecho de Familia ...	86
2.1.1.2. La «democratización» de las relaciones de familia	92
2.1.1.3. El libre desarrollo de la personalidad y la integridad de los miembros de la familia	95
2.1.1.4. La extensión de la responsabilidad civil ante la lesión de los derechos de la personalidad	96
2.1.2. Aplicación de los principios generales y de las normas de responsabilidad civil.....	100
2.1.2.1. La unidad del Derecho Civil	101
2.1.2.2. El silencio del legislador y la inexistencia de norma que excluya la aplicación de la responsabilidad civil	104
2.1.2.3. La remisión tácita a las normas comunes de responsabilidad civil.....	105
2.1.2.4. El principio general de no dañar	107
2.1.3. La naturaleza jurídica de las obligaciones matrimoniales....	110

2.1.4. La violación de los deberes matrimoniales constituye ilícitos civiles	114
2.2. Tesis intermedia.....	116
2.2.1. Ausencia de bases para introducir la aplicación de la responsabilidad civil al incumplimiento de los deberes matrimoniales	116
2.2.1.1. La especialidad del Derecho de Familia	118
2.2.1.2. La singularidad del matrimonio	118
2.2.1.3. La existencia de un régimen especial de sanciones	120
2.2.1.4. El silencio fundado y ex profeso del legislador.....	120
2.2.2. Aplicación excepcional de las normas de responsabilidad civil.....	121
2.2.2.1. La indemnización como sanción	121
2.2.2.2. La gravedad del hecho antijurídico	123
2.2.2.3. La trascendencia del daño	129
2.2.2.4. Daños morales como lesión a los derechos de la personalidad	132
2.2.2.5. Factores de atribución: el dolo y la culpa grave	135
2.3. Consideraciones finales en cuanto al debate	139

SEGUNDA PARTE. LA RESPONSABILIDAD CIVIL PROVENIENTE DEL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES MATRIMONIALES EN EL DERECHO CONTEMPORÁNEO 141

CAPÍTULO III. TENDENCIAS SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES MATRIMONIALES 143

3.1. Ordenamientos jurídicos que aceptan la reparación del daño derivado del incumplimiento de los deberes matrimoniales.....	144
3.1.1. Ordenamientos desprovistos de regulación legal que aceptan la reparación del daño matrimonial	144
3.1.1.1. La reparación del daño derivado del incumplimiento de los deberes matrimoniales en el Derecho italiano	148
3.1.1.1.1. La evolución de la reparación del daño derivado del incumplimiento de los deberes matrimoniales en el Derecho italiano	152
3.1.1.1.2. La reparación del daño derivado del incumplimiento de los deberes matrimoniales: sus inicios hasta la reforma del Derecho de Familia en 1975	153
3.1.1.1.3. La aceptación de la reparación del daño derivado del incumplimiento de los debe-	

res matrimoniales a partir de la reforma de 1975	159
3.1.1.1.3.1. La incidencia de la Constitución en los deberes matrimoniales contenidos en el artículo 143 del Código Civil italiano	160
3.1.1.1.3.2. El reconocimiento de daño derivado de la transgresión de los derechos inviolables de los cónyuges	170
3.2. Última consideración respecto del Derecho italiano	178
3.3. Ordenamientos provistos de regulación legal que aceptan la reparación del daño matrimonial	179
3.3.1. La reparación del daño derivado del incumplimiento de los deberes matrimoniales en el Derecho francés	180
3.3.1.1. Las normas legales como incentivo a la reparación civil de los daños	183
3.3.1.2. Los dos regímenes reparatorios	183
3.3.1.3. La reparación del daño después del 11 de julio de 1975	189
3.3.1.4. La reparación del daño provocado por el incumplimiento de los deberes matrimoniales a partir de la reforma del 26 de mayo de 2004	194
3.3.1.4.1. El sistema común y general del artículo 1382	196
3.3.1.4.2. El sistema especial del artículo 266 del Código Civil francés.....	198
3.3.2. Consideraciones en torno al estado actual	199
3.4. Ordenamientos jurídicos en vías de aceptar la reparación del daño derivado del incumplimiento de los deberes matrimoniales: un sistema intermedio.....	203
3.4.1. Ordenamientos desprovistos de regulación legal	205
3.4.1.1. Una interpretación limitada del sistema de reparación de los daños: el Derecho Español	207
3.4.1.1.1. La posición de la doctrina.....	208
3.4.1.1.2. La posición de la jurisprudencia	211
3.4.1.1.3. Los fundamentos de la admisibilidad por las Audiencias Provinciales.....	216
3.4.1.1.4. La reparación del daño después de la reforma del 8 de julio de 2005.....	227
3.4.1.1.5. La discusión actual.....	231
3.4.1.1.6. Última observación.....	234

3.4.1.2. La reparación del daño derivado del incumplimiento de los deberes matrimoniales en el Common Law .	235
3.4.1.2.1. El sistema de inmunidad	237
3.4.1.2.2. Fin del sistema de inmunidad	239
3.4.1.2.3. Daños entre cónyuges: acciones de daños entre cónyuges en el caso de conducta intencional y grave	244
3.4.1.2.4. Argumentos para atenuar o eximir de la responsabilidad civil derivada del incumplimiento de los deberes matrimoniales..	255
3.4.1.2.5. Consideración final respecto del sistema del <i>Common Law</i>	258

CAPÍTULO IV. HACIA LA APLICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL ANTE EL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES MATRIMONIALES EN EL DERECHO CHILENO..... 259

4.1. La posible extensión de la responsabilidad civil al incumplimiento de los deberes matrimoniales en nuestro sistema	260
4.2. Los intentos de la doctrina chilena	261
4.3. La negativa de la jurisprudencia	267
4.4. De la aplicación extensiva de los preceptos de la responsabilidad civil a la responsabilidad matrimonial: reformulación del problema	272
4.4.1. El principio de reparación de los daños no es uno desconocido en el ordenamiento jurídico chileno	273
4.4.1.1. Normas legales que han autorizado la reparación...	273
4.4.1.2. Las normas que en el presente admiten la reparación.....	277
4.4.1.3. Las otras razones que justifican la extensión.....	288
4.4.2. La aplicación de la responsabilidad civil en el Derecho de Familia	305
4.4.2.1. Los efectos que la admisión de la responsabilidad civil podría provocar en la familia	305
4.4.2.1.1. Los efectos que la judicialización provoca en los hijos	305
4.4.2.1.2. El límite legal correspondiente al deber de conciliar las pretensiones de los cónyuges con la subsistencia de la vida familiar y la aplicación de las normas del modo que parezca más conforme con la paz y la concordia entre los miembros de la familia	309

4.4.3. El estatuto de la reparación del daño derivado del incumplimiento de los deberes matrimoniales	314
4.4.3.1. La causa del «nacimiento» de la obligación de resarcir	315
4.4.3.2. La transgresión de las obligaciones del contrato de matrimonio	315
4.4.3.3. La naturaleza jurídica del matrimonio y el rol de la voluntad de los contrayentes	316
4.4.3.4. La transgresión de una obligación matrimonial de carácter legal	324
4.4.4. Naturaleza de la responsabilidad matrimonial	330
4.4.4.1. El Derecho común de la responsabilidad civil.....	330
4.4.4.2. El Derecho de la responsabilidad matrimonial	335
4.4.4.2.1. La responsabilidad matrimonial como parte del ámbito de aplicación de la responsabilidad contractual.....	336
4.4.4.2.2. La responsabilidad matrimonial como parte del ámbito de aplicación de la responsabilidad extracontractual.....	338
4.4.4.2.3. La responsabilidad matrimonial como extracontractual	340
4.4.5. Las condiciones de aplicación de la responsabilidad civil matrimonial.....	340
4.4.5.1. No procede establecer condiciones especiales en la responsabilidad matrimonial.....	341
4.4.5.2. Delimitación de las condiciones de aplicación de la responsabilidad matrimonial.....	342
4.4.5.3. Ámbito del daño por incumplimiento de las obligaciones matrimoniales	342
4.4.5.4. La transgresión de los deberes de fidelidad, convivencia y socorro.....	343
4.4.5.5. Oportunidad en que debe deducirse la acción.....	356
4.4.5.5.1. El momento en que ha de presentarse la acción de indemnización en nuestro Derecho.....	361
4.4.5.6. Situaciones que impiden deducir la acción de indemnización.....	367
4.4.6. Los requisitos de la responsabilidad civil matrimonial.....	376
4.4.6.1. El incumplimiento culpable de las obligaciones matrimoniales.....	377
4.4.6.2. Incumplimiento doloso de las obligaciones matrimoniales	389
4.4.6.3. El daño	396

4.5. Conclusiones sobre el régimen de responsabilidad civil matrimonial chileno	403
BIBLIOGRAFÍA	413
Libros.....	413
Revistas.....	429

