



Universidad de Artes, Ciencias y Comunicación
Facultad de Ciencias Jurídicas

Magister en Derecho de Familia e Intervención Familiar

**“Daños en el derecho familia y la aplicación de la responsabilidad
extracontractual en el divorcio por culpa”**

Para optar al Grado Académico de Magister

Profesor guía, Sr. Jorge Jofré Rojas.

**Estudiantes: Claudia Jimena Schuler Aguayo.
Jacqueline Elizabeth Rozas Vilches.
Luis Rodrigo Escudero Riveros.**

Santiago de Chile.

2021

INDICE

Resumen.	3
Introducción.	4
I. Daños e indemnización en el derecho nacional.	6
Responsabilidad civil.	6
Responsabilidad contractual.	6
Responsabilidad extracontractual.	7
Daños y reparación en el derecho Civil.	8
La indemnización de perjuicios.	9
II.- Daños y reparación en el derecho de familia.	9
Derechos-Deberes del Matrimonio.	11
Fundamentos en contra de la indemnización de perjuicios.	13
Fundamentos a favor de la indemnización de perjuicios.	14
Jurisprudencia chilena.	17
III.- Legislación comparada: Chile, España, Francia y Argentina.	23
Análisis Comparado Chile y España.	24
Análisis Comparado Chile y Francia.	28
Análisis Comparado Chile y Argentina.	32
Conclusión.	36
Bibliografía.	39

RESUMEN

La presente investigación nos sumerge en el análisis sobre la procedencia de la indemnización por los perjuicios causados con motivo de la infracción de las obligaciones derivadas de las relaciones de familia, en particular, de los deberes conyugales, cuestión que se abordará a través de las diversas disposiciones que la sustentan, así como también del análisis de la jurisprudencia nacional, doctrina y legislación comparada, sobre los distintos argumentos que se han planteado en la materia y que viene discutiendo hace un tiempo la relación entre el derecho de daños y su aplicación en el derecho de familia.

INTRODUCCIÓN

¿Cabe indemnizar los perjuicios si lo que se incumple es un deber conyugal? Es un principio general de nuestro derecho, recogido por las normas del Código Civil, que toda persona que causa un daño a otra está obligada a repararlo, por tanto, el que incumple una obligación, independiente que aquella provenga un delito, cuasidelito, contrato, cuasicontrato o simplemente de una disposición legal, y siempre concurren los demás presupuestos que dispone la ley, surgirá el deber reparar el daño producido. Así, el que provoca lesiones a otro, el que causa un perjuicio como consecuencia del incumplimiento de un contrato o el que lesiona un bien ajeno, está obligado a reparar los daños provocados.

¿Pero qué ocurre en el derecho de familia? Varios son los remedios o soluciones jurídicas para hacer justicia o reparar los daños que se susciten frente a infracciones o ilícitos. Así, en el caso de violencia intrafamiliar, es posible decretar medidas cautelares como la prohibición de acercamiento o abandono inmediato del hogar, entre otras; en el derecho de alimentos, si el alimentante incumple su obligación, al alimentario goza de apremios que estipula la ley para exigir su cumplimiento; de igual manera procede, respecto del incumplimiento de la relación directa y regular tanto para el padre custodio que dificulta, entorpece o impide el régimen comunicacional como para el padre no custodio; en materia de incumplimiento de los deberes y obligaciones que los cónyuges se deben entre sí, existe el divorcio por cese de convivencia o el divorcio sanción¹.

La problemática resulta en determinar si es posible aplicar en el ámbito del derecho de familia, las normas sobre responsabilidad civil, es decir, que aquel que incurrió en un incumplimiento de las obligaciones impuestas por ley a los cónyuges, está o no obligado a reparar los daños que tal incumplimiento cause al otro cónyuge.

Durante muchos años se estimó que la institución de responsabilidad civil no era admisible en el Derecho de Familia, puesto que la especialidad de esta disciplina del derecho contemplaba sus propios mecanismos para reparar los daños provenientes del incumplimiento de las obligaciones en el ámbito de las relaciones conyugales, tales como los expuesto en el párrafo precedente.

¹Artículo 54 de la Ley 19.947. Establece la nueva ley de matrimonio civil.

Actualmente podemos sostener que la doctrina chilena no le ha dado espacio al tema de los daños y reparaciones que puedan ocasionarse los cónyuges entre sí, a diferencia de otros países como España, Francia e incluso Argentina².

No obstante, a través de esta investigación se analizarán las diversas posiciones que ha aportado tanto la doctrina nacional, así como también la evolución del tema en el ámbito internacional y, por último, a través de la escasa jurisprudencia nacional, se abordarán los criterios que han esgrimido nuestros Tribunales de Justicia para dar cabida a la responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones de familia.

²Olave C., (2019) Indemnización de perjuicios por incumplimiento de obligaciones resultantes de matrimonio. Diario Constitucional. Disponible en: <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/indemnizacion-de-perjuicios-por-incumplimiento-de-obligaciones-resultantes-del-matrimonio/>

I. DAÑOS E INDEMNIZACIÓN EN EL DERECHO NACIONAL.

1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

La responsabilidad civil es la obligación que tiene una persona de indemnizar o reparar los perjuicios ocasionados a otra. En este ámbito de la responsabilidad, se ha distinguido tradicionalmente entre la responsabilidad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual.

La responsabilidad contractual nace cuando el daño resulta de la violación de un vínculo jurídico preexistente entre las partes, o sea, por el incumplimiento de la obligación contraída. No existiendo un nexo obligatorio, todo hecho culpable o doloso que cause daño a otro da origen a la responsabilidad extracontractual.³

Así, el presupuesto básico de la responsabilidad es el daño, es decir, el incumplimiento de una obligación que causa daño ya sea que esa obligación provenga de un contrato o de un hecho culpable o doloso.

1.1.- Responsabilidad Contractual.

La responsabilidad contractual consiste en deber que tiene una persona de resarcir el daño provocado a otro, por no haber cumplido el contrato, haberlo cumplido imperfectamente o retardado su cumplimiento. Nuestro ordenamiento jurídico no define expresamente la “responsabilidad contractual. No obstante, para aplicar el instituto debemos remitirnos a los “efectos de las obligaciones”⁴. Lo anterior dado que el incumplimiento de lo pactado y la correspondiente infracción a la ley del contrato⁵, genera para la parte diligente el derecho a reclamar la indemnización de perjuicios, a menos de incurrir en una causal que lo exima de tal, como por ejemplo fuerza mayor o caso fortuito.⁶

Al respecto, cabe hacer presente que la responsabilidad contractual cumple dos funciones. Primero, asegura el pago por equivalencia de la prestación, lo que constituye sancionar una deuda preexistente, y segundo, cumple la función de reparación de los daños causados con ocasión del incumplimiento, cumplimiento imperfecto o tardío de la obligación, dando origen para las partes a un nuevo vínculo jurídico⁷.

³Orrego, J. (2021) Responsabilidad Extracontractual. P. 8.

⁴Artículo 1.437 y siguientes del Código Civil chileno.

⁵Artículo 1.545 del Código Civil chileno

⁶Terre, F. Simler, Ph. y Lequette, y Droit civil. Les obligations, 8ª edición, Paris, Dalloz, 2002, N° 558, p. 538.

Finalmente, y respecto al tema de fondo de la presente investigación, cabe dejar planteado el siguiente cuestionamiento: ¿Al ser el matrimonio un contrato solemne⁸, aplica la responsabilidad contractual al cumplirse los requisitos atinentes?

1.2.- Responsabilidad Extracontractual.

Conforme a lo señalado en los artículos 1.437, 2.314 y 2.284 del Código Civil, la responsabilidad extracontractual es aquella que proviene de la comisión de un hecho ilícito, un delito o cuasi delito civil, que cause daño a otro.

Dada la época en que se promulga nuestro Código Civil, en Chile se sigue la teoría clásica o subjetiva, la cual se funda en la culpabilidad del autor. No obstante, en distintos cuerpos legales queda de manifiesto que se inspiran en la teoría del riesgo. Así sucede, por ejemplo, en la ley 18.916 que establece el Código Aeronáutico, artículo 142 y siguientes; ley de tránsito 18.290, artículo 174 inc. 2°; ley 16.744 sobre accidentes de trabajo.

Luego, es dable señalar que nuestro legislador, se encargó de establecer presunciones de responsabilidad extracontractual, cada una con sus respectivos requisitos, las cuales podemos agrupar en tres grandes grupos: Responsabilidad extracontractual por hecho propio. (Artículo 2329 C.C.); Responsabilidad extracontractual por hecho ajeno. (Artículo 2320 C.C.); y, Responsabilidad extracontractual por hecho de las cosas. (Artículo 2323, 2324, 2326, 2327 y 2323, todos del C.C.)

Al respecto, sobre de la interrogante sobre si es posible aplicar las normas sobre responsabilidad civil al incumplimiento de las obligaciones en el ámbito de los deberes conyugales, en principio podemos afirmar que, en el caso de aceptarse tal posición, se aplicarían las normas sobre responsabilidad civil extracontractual, ya que la doctrina mayoritaria está conteste en descartar que la naturaleza jurídica del matrimonio sea un contrato, a pesar de la definición que contempla el artículo 102 del Código Civil, y adoptando aquella que señala que se trataría de una institución.

2.- DAÑOS Y REPARACIÓN EN EL DERECHO CIVIL.

⁷Huet, J. Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité, Paris II, 1978, N° 20, pág. 25.

⁸Conforme el artículo 102 del Código Civil chileno.

Como principio general de la responsabilidad se postula que, cuando se causa daño a otro afectando sus bienes, lesionando su integridad corporal o vulnerando su conjunto de derechos fundamentales, el responsable está obligado a reparar las consecuencias de la afectación del interés lícito de la víctima.

El derecho de la responsabilidad civil está orientado, como objetivo prioritario, en la equivalencia de todos los daños causados y la reparación que se debe otorgar. Este principio, acogido como dogma en gran parte de los sistemas jurídicos de orientación francesa, implica que la violación del *alterum non laedere* o del incumplimiento contractual conlleva el restablecimiento del equilibrio por la irrupción del daño en la tranquilidad de que hasta entonces gozaba la víctima⁹. Así, la afectación de la persona en todas sus dimensiones (material, corporal, social y sentimental), y sin que exista un fundamento jurídico para ello, impone devolver al afectado a la misma situación en que se encontraba previo al suceso, tratando de borrar la sombra de lo acontecido (reparación in natura) o de compensar a la víctima mediante el equivalente pecuniario¹⁰ tomando en cuenta todos los daños sufridos.

En el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, el artículo 2314 del Código Civil dispone que: *“El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”*.

Por otra parte, el artículo 2329 del mismo texto legal señala que: *“Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta”*.

No distingue por tanto, ninguna de las disposiciones antes aludidas, respecto del tipo de daño que deberá ser reparado, no excluyéndose el daño moral como eventual presupuesto de la acción indemnizatoria, ni el ámbito contractual ni en el extracontractual. Sin embargo, hay diferencias en lo relativo a las facultades otorgadas al juez para determinar la indemnización. Tratándose de la responsabilidad extracontractual, la ley confiere al juez mayor amplitud para fijar el daño y el monto de la indemnización¹¹.

⁹Domínguez Águila, Ramón. (2010). LOS LÍMITES AL PRINCIPIO DE REPARACIÓN INTEGRAL. *Revista chilena de derecho privado*, (15), 9-28. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722010000200001>

¹⁰Henri Mazeaud, León Mazeaud y André Tunc. Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual, Buenos Aires, Ejea, t. iii, vol. i, 1963, pág. 549 y ss.

¹¹Orrego, J., (2021) Responsabilidad Extracontractual. P. 11, Disponible en: <https://www.juanandresorrego.cl/apuntes/responsabilidad-civil/>

2.1.- La indemnización de perjuicios.

La indemnización de perjuicios consiste en la acción que tiene el acreedor o la víctima para exigir del deudor o causante del daño, una contraprestación, generalmente en dinero, equivalente a la utilidad o beneficio que a aquél le hubiese reportado el cumplimiento efectivo, íntegro y oportuno de la obligación o la reparación del mal causado.

En esta materia, la regla general es que se debe reparar íntegramente el daño y la indemnización dependerá de la magnitud del daño, pero deberá abarcar tanto los perjuicios materiales (daño emergente como lucro cesante), como los morales.¹²

¹²Orrego, J., (2021) Responsabilidad Extracontractual. pág. 46. Disponible en: <https://www.juanandresorrego.cl/apuntes/responsabilidad-civil/>

II. DAÑOS Y REPARACIÓN EN EL DERECHO DE FAMILIA EN CHILE.

De acuerdo a las normas generales antes expuestas, es un principio general del derecho que, si existe un comportamiento antijurídico y se cumplen los requisitos de la responsabilidad civil, debe repararse el daño producido.

Sin embargo, la procedencia de la indemnización de perjuicios en el ámbito familiar ha sido tradicionalmente rechazada por la doctrina chilena, cuestión que comenzó a debatirse con mayor intensidad producto de la incorporación a nuestro sistema de las figuras del divorcio desvincular y de la compensación económica, mediante la Ley N° 19.947 sobre matrimonio civil. Desde entonces algunos autores comenzaron a plantearse la posibilidad, en las hipótesis de divorcio culpable, entre otros casos, que además de la compensación económica, el cónyuge “inocente” demandara al “culpable” el daño causado por la transgresión grave y reiterada de deberes conyugales¹³.

En ese sentido, se trataría en estricto del incumplimiento de una obligación, al que se podrían aplicar las normas sobre responsabilidad civil con la consecuente reparación de los perjuicios que del incumplimiento deriven.

Para el caso de las obligaciones en el derecho de familia se ha sostenido que el estatuto de responsabilidad aplicable es aquel que corresponde al de la responsabilidad civil extracontractual, ya que entre los miembros de una familia no existe un contrato y entre los cónyuges tampoco podría afirmarse que el matrimonio es un contrato, a pesar de la definición dada el artículo 102 del Código Civil¹⁴, ya que no se trata un negocio jurídico en que las partes puedan acordar sus efectos, sino que aquellos son determinados por ley.

Por tanto, cabría hacer aplicable para el caso del incumplimiento de las obligaciones en el ámbito de las relaciones de familia, las normas sobre responsabilidad civil extracontractual. Sin embargo ¿Es posible sostener que del incumplimiento de una obligación en el ámbito del derecho de familia nace la obligación de indemnizar los perjuicios que de ello deriven?

¹³Lobianco C., J., Soto S., S., (2019) De la responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares. Memoria para optar al Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile.

¹⁴El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente.

Lo anterior según ha planteado gran parte de la doctrina nacional, no es posible, dando cuenta de la ausencia de disposiciones legales en el Código Civil que hagan expresamente aplicables las normas de la responsabilidad extracontractual a los daños causados en las relaciones de familia¹⁵.

Así también, se argumenta que el derecho de familia contempla mecanismos propios para la reparación en caso de infracción a las obligaciones en este ámbito del derecho, lo que ocurre por ejemplo en el caso del padre que ha abandonado a su hijo en la infancia o aquel cuya filiación ha sido determinada judicialmente, perderá el derecho de solicitar alimentos, según prescriben los artículos 329 y 330 del Código Civil. En el caso de que el alimentante no cumpla con su obligación de dar alimentos, la Ley sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias contempla variados apremios para exigir su cumplimiento, entre ellos, la retención de licencia de conducir, de impuestos e incluso el arresto nocturno del infractor.

Pero ¿Qué sucede en el caso que la obligación que se incumpla sea de aquellas contempladas para los cónyuges?

Así, los efectos del matrimonio son los deberes y obligaciones entre cónyuges que tienen el carácter de recíprocos y constituyen derechos-deberes que se confieren y pesan sobre ambos consortes.¹⁶ Es la Ley de Matrimonio civil, la que establece la solución o reparación para un eventual incumplimiento de los deberes conyugales, ya que habilita, por regla general, para intentar la acción de divorcio o la separación judicial, según el caso, como lo dispone la referida disposición legal.

Sin embargo, solo produce el efecto de poner término al matrimonio por el incumplimiento grave de los deberes del matrimonio que ha tornado intolerable la vida en común, pero si producto de este incumplimiento el otro cónyuge ha sufrido algún daño o perjuicio, no se contempla ningún tipo de reparación al respecto.

1.- Derechos-Deberes del Matrimonio.

Algunos de los derechos-deberes que se originan del matrimonio y las consecuencias de su incumplimiento son:

¹⁵Corral Talciani, Hernán. (2010). Rodríguez Guitián, Alma María, Responsabilidad civil en el derecho de familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales. Revista chilena de derecho, 37(1), 177-181. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372010000100011>

¹⁶Orrego A., Juan A., (2021). La Familia y el Matrimonio. pág. 168.

1. **Deber de fidelidad.** La infracción al deber de fidelidad puede influir en los alimentos que reclame el cónyuge infractor del cónyuge inocente, de acuerdo lo establece el artículo 175 del Código Civil. Así también, la infracción a este deber puede incidir en la procedencia y monto de la compensación económica.
2. **Obligación de socorro.** El cónyuge que no da cumplimiento a la obligación de dar alimentos al otro puede ser obligado compulsivamente a ello, conforme lo establece la Ley N° 14.908 sobre abandono de familia y pago de pensión alimenticia.
3. **Deber de ayuda mutua.** El artículo 131 del Código Civil establece que los cónyuges deben ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida. Esta ayuda se refiere al cuidado y atención personal que los cónyuges se deben mientras dure el matrimonio.¹⁷
4. **Deber de convivencia.** Según dispone el artículo 133 del Código Civil: *“Ambos cónyuges tienen el derecho y el deber de vivir en el hogar común, salvo que a alguno de ellos le asista razones graves para no hacerlo”*.
5. **Deber de respeto recíproco.** La infracción de este deber puede originar el divorcio o la separación judicial.
6. **Obligación eventual de pagar compensación económica, según lo dispone el artículo 61 de la Ley 19.947 de Matrimonio Civil:** *“Si, como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, uno de los cónyuges no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, tendrá derecho a que, cuando se produzca el divorcio o se declare la nulidad del matrimonio, se le compense el menoscabo económico sufrido por esta causa”*. Como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional, en sentencia de 31 de diciembre de 2009, la compensación económica es *“sólo un deber más de un cónyuge a favor del otro, que además es de cuantía variable según el caso concreto, es de existencia meramente eventual y puede llegar a surgir sólo en caso de divorcio (o nulidad)”*.

Por último, cabe hacer presente que, en países como Francia, España o incluso en Argentina, se ha admitido la posibilidad de que aquel de los cónyuges que ha sufrido daño con ocasión del divorcio, pueda solicitar la reparación del mismo, dando lugar a la indemnización de los daños tanto patrimoniales como morales ocasionados por el divorcio, sin importar la causa que dio origen al mismo. Lo que ocurre es que, en la mayoría de los casos, ha sido el propio

¹⁷Orrego A., Juan A., (2021). La Familia y el Matrimonio, pág. 172.

incumplimiento de los deberes conyugales lo que ha motivado el divorcio, por lo que, en última instancia, lo que se concede es el resarcimiento de los perjuicios ocasionados por la vulneración de aquéllos.¹⁸

2.-Fundamentos en contra de la indemnización de perjuicios.

En el presente punto, se aborda y exponen los distintos fundamentos existentes para descartar la indemnización que el cónyuge culpable debe al otro, por los daños provocados a propósito de haber incurrido en causal de divorcio culpable¹⁹. Lo anterior, pese al principio según el cual todo daño jurídicamente relevante debe ser indemnizado.

Analicemos algunos fundamentos:

a) El principio de especialidad del Derecho de Familia. El derecho de familia tiene su propia regulación y por tanto es auto suficiente. Dicho lo anterior, no es posible acudir al derecho común para intentar acciones no reguladas expresamente en derecho de familia, así, se descarta la aplicación de las normas sobre responsabilidad civil extracontractual contempladas en los artículos 2.314 y 2.329 del Código Civil. Este principio, es complementado por el hecho de que en derecho de familia se contemplan sanciones propias tales como, la nulidad, separación judicial y el divorcio. Luego, cabe agregar que no es posible cosificar a la familia, dado que esta es conforme a nuestras propias bases constitucionales el núcleo fundamental de la sociedad, dado que es un grupo humano peculiar por las funciones sociales que satisface.

b) Las obligaciones y deberes conyugales poseen un contenido eminentemente ético-moral. Esto debido su imposibilidad de exigir el cumplimiento por medio de la fuerza. No procede en consecuencia indemnización de perjuicios en caso de incumplimiento, dado que según Abeliuk²⁰ son deberes específicos de conducta, más no obligaciones en sentido técnico jurídico.

c) En general las causales no son constitutivos de delitos o faltas penales. Salvo casos determinados, el incumplimiento de los deberes conyugales que motivan un divorcio culposo no vulnera los derechos humanos, no son constitutivos de delito o falta penal. Por Ejemplo, el deber de convivencia, el de cohabitación, el de fidelidad. De tal

¹⁸López de la C., L. (2010) El resarcimiento del daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales. Barcelona. Indret. Revista para el análisis del derecho. pág. 10.

¹⁹Ley N° 19.497, Establece Nueva Ley de Matrimonio Civil. *Diario Oficial*, 17 de mayo de 2004. Artículo 54.

²⁰Abeliuk M. René. (2014).Las Obligaciones, T.I. Santiago: Thomson Reuters. Pág. 55 y ss.

modo que no es posible pensar siquiera dar lugar a indemnizaciones por tal motivo. En el resto de los casos, en que se incurra en delitos penales, por ejemplo, existe normas, procedimientos y Tribunales a los que acudir, que en nada tienen que ver con la competencia de la jurisdicción de familia.

d) La indemnización de perjuicios tiene un contenido eminentemente patrimonial. No así el derecho de familia, el cual como hemos señalado se caracteriza por su contenido moral y ético. Es así, que el derecho de familia consista en normas de orden público, que el principio de autonomía de la voluntad se ve fuertemente limitado, y el carácter *intuitu personae* que implica el matrimonio, por ejemplo.

e) No es el divorcio el que permite reclamar la reparación de daños. Lo anterior dado que el divorcio es una facultad legal, por cuanto no es posible catalogarlo como hecho contrario al ordenamiento positivo que origine perjuicios.

Como consecuencia de lo señalado precedentemente, y siguiendo al profesor David Vargas²¹, descartamos que el ejercicio de la acción de divorcio por culpa sea un requisito de admisibilidad obligatorio para el ejercicio de la acción de indemnización de perjuicios, toda vez que entendemos que lo que se discute es si el daño causado por la causal de divorcio culpa, debe ser resarcido o no, con independencia de si esas mismas causales sean motivo para una acción de divorcio, y si ésta se haya ejercido o no.

f) No existen normas generales en el Derecho de Familia respecto de la reparación de los daños. Así, si el legislador hubiese querido aceptar esa posibilidad, expresamente lo hubiere establecido en el derecho a la reparación.

g) Reparar los daños derivados de las relaciones de familia puede atentar en contra su armonía y estabilidad. Así, quien pudiendo adquirir una ganancia puede realizar maniobras fraudulentas para obtener una indemnización a través del divorcio culpa, so pena de destruir la familia que conforma. Lo anterior acarrearía efectos negativos no solo al otro cónyuge sin también al entorno familiar, sobre todo a los hijos.

3.-Fundamentos a favor de la indemnización de perjuicios

Con la entrada en vigor de la Ley de Matrimonio Civil, la doctrina nacional se ha remecido después de una letanía, y comenzaron a formularse preguntas que se habían mantenido silentes por que no contábamos con las instituciones que se incorporan en esta Ley; el Divorcio

²¹Vargas A. David. (2015). Del resarcimiento en Chile de los daños causados en el matrimonio. Recuperado de: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122015000100003 (30 de noviembre de 2021)

Vincular, y dentro de múltiples situaciones que nacen de la incorporación de esta norma, una pregunta que nos mantiene en debate es ¿qué ocurre cuando se aplican las normas y principios de la responsabilidad civil extracontractual a algunos hechos dañosos derivados de las relaciones familiares, específicamente en las obligaciones y deberes entre los cónyuges?

En la doctrina comparada esta discusión está más avanzada con respecto a lo que pasa en nuestro país; España y Argentina han debatido esta materia y esta discusión sobre la relación causal entre el Derecho de Familia y el Derecho de Daños, los cuales concluyen en forma casi unánime sobre la admisión de la responsabilidad civil en la infracción de deberes conyugales sin que para ello se haya necesitado la modificación de los Códigos Civiles pertinentes.²²

En Chile la doctrina es mayoritaria respecto de la aplicabilidad del régimen de responsabilidad extracontractual para resarcir el perjuicio ocasionado a causa del incumplimiento de los deberes que impone el matrimonio, sin embargo, su aceptación admite una división, entre: una teoría de admisibilidad amplia sustentada en base a normas y principios generales del derecho de daños, que lleva a concluir que resultan supletoriamente aplicables y compatibles con el Derecho de Familia; y otra, más restrictiva que sustenta la admisibilidad según el origen de la lesión y el daño específico a resarcir.²³

Analicemos algunos fundamentos:

a) Limitar el Derecho de Familia, al amparo del principio de especialidad no debería ser la razón para aplicar sus normas en forma excluyente y única, ya que, si existen daños, debe permitirse y proceder la reparación cuando ésta corresponda. Al esgrimir que el derecho de familia contiene sanciones propias, tales como el divorcio, la separación; sanciones que, si bien pueden resolver crisis matrimoniales jurídicamente, no necesariamente reparan los posibles daños ante una eventual responsabilidad civil.

Lo expresado magistralmente por Graciela Medina: *“Es que las relaciones familiares tienen un especial contenido solidario y es en el ámbito familiar donde el individuo se puede desarrollar y al mismo tiempo es en ese ámbito íntimo donde más se*

²²Algarra Prats, Esther, “Incumplimiento de deberes conyugales y Responsabilidad Civil”, en Moreno Martínez, Juan A. (Coord.), *La responsabilidad Civil en las Relaciones Familiares*, Dykinson, Madrid, 2012; Marín García de Leonardo, Teresa, “Remedios Indemnizatorios en el Ámbito de las Relaciones Conyugales”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial (España)*, 2006, N° 17 (‘Daños en el derecho de Familia’). Medina, cit. (n. 2); también en Medina, Graciela; Roveda, Eduardo G., *Derecho de Familia*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016, 1024 pág.

²³Vargas Morales, Ricardo Alberto. (2020). Diversas posturas con respecto a la admisibilidad o inadmisibilidad de la indemnización de perjuicios en caso de incumplimientos a los deberes matrimoniales en el derecho chileno. *Revista de la Facultad de Derecho*, (49), e104. Epub 01 de noviembre de 2020. <https://dx.doi.org/10.22187/rfd2020n49a4>

*puede dañar al otro, es por eso que no puede quedar sin indemnizar los daños causados por quien tenía la obligación de ayudar a desarrollar al otro y en su lugar produce un daño cuya gravedad debe ser apreciada justamente por haber sido provocada en el entorno familiar*²⁴. Esta suerte de inmunidad que nace en el seno de la familia, dónde incluso, si se transgreden los derechos del cónyuge afectado las sanciones deberían ser mayores, ya que tal como se señala Medina, el contenido solidario y cuidado por esta intimidad familiar; no puede dejar impune al infractor y en desamparo a la víctima. En otras relaciones, esto no sucede; pero si en el ámbito matrimonial.

b) El argumento que se ha utilizado, el cual señala que el legislador, no incorporó normal legal alguna que permita reparar los daños provenientes por el incumplimiento, no se sostiene como un argumento a favor de la no reparación o posible reparación de perjuicios, ya que tampoco existe norma expresa que la prohíba. Si se prueba el daño éste debe ser indemnizado porque lesiona derechos e intereses del cónyuge.

Afirmar lo contrario sería pretender que sólo existe deber de reparar cuando haya una norma expresa que así lo disponga²⁵.

c) Utilizando el principio *Alterum non laedere*, de indemnidad e integridad del daño, el deber genérico de no dañar a otro; por lo tanto, si no existe norma expresa en el derecho de familia que permita la reparación habrá que remitirse a la aplicación de reglas generales de responsabilidad, el que no debe estar excluido de aplicarse a las relaciones familiares y concretamente a las situaciones de crisis familiares²⁶.

d) Los Derechos y deberes que impone el matrimonio, son genuinamente jurídicos y no meramente deberes ético-morales. Su ausencia de coercibilidad no enerva la responsabilidad, y con ella propende a la protección de la familia sancionando conductas dañosas²⁷. Otra destacada profesora Jimena Valenzuela del Valle expresa que: *“Los deberes y derechos emanados del matrimonio son derechos y obligaciones de pleno valor*

²⁴Medina, Graciela, “Daños en el Derecho de Familia en el Código Civil y Comercial Unificado”, Revista de Derecho de Familia y Sucesiones(Argentina), 2015, N° 5 (Sept.), 07-09-2015 Cita: IJ-LXXX-322; disponible en línea: <http://www.gracielamedina.com/assets/Uploads/medina.pdf>

²⁵Tapia, M. (2016). Divorcio y responsabilidad civil en el Derecho chileno. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, 84(239), 139-198.

²⁶Corral Talciani, H. (2013). *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual* (2.ª ed.). Thomson Reuters.

²⁷Hernández Paulsen, G.(2008). Responsabilidad Civil por Daños Ocasionados en las Relaciones de Familia. (Charla dictada en Ciclo de Charlas “Los Martes al Colegio”). *Separata del Colegio de Abogados de Chile, 2008.*

jurídico, con sanciones jurídicas y no meramente morales. Las sanciones civiles especiales asociadas al incumplimiento grave de obligaciones matrimoniales no excluyen otras sanciones, especialmente la indemnización de daños no cubiertos por ellas, especialmente la indemnización del daño moral”²⁸.

e) Non bis in ídem. En virtud de este principio no es posible castigar a una persona dos veces por una misma conducta o hecho antijurídico. Sanciones tales como el divorcio, o la separación están destinados a poner fin al vínculo matrimonial, en cambio la indemnización de perjuicios tiene por objeto la reparación del cónyuge agraviado, por lo que ambas acciones, al perseguir objetos distintos no vulnera el principio non bis in ídem.

Mantener los fundamentos que se han esgrimido a la fecha, para no dar cabida a la indemnización de perjuicios que pueda exigir el cónyuge afectado, sería desconocer la evolución que ha tenido el derecho de familia en nuestra legislación, a pesar que no existe una norma expresa en la ley de matrimonio civil que remita a las normas generales de responsabilidad extracontractual; los principios generales del derecho deberían ser las bases que sostenga la reparación cuando exista daño.

4.- JURISPRUDENCIA CHILENA.

Escasos han sido los pronunciamientos de los Tribunales de Justicia en orden a acoger la indemnización por daño moral con motivo del incumplimiento de los deberes en el matrimonio, desechando la demanda en virtud del principio de especialidad del derecho de familia, debido a que no existe disposición expresa en la Ley 19.947 de matrimonio civil. Así un fallo de la I. Corte de Apelaciones de Rancagua, Rol N° 672-2007, señala que: *“Cabe señalar que este rubro no lo contempla la ley 19.947, razón suficiente para que sea rechazado su pago...” La extrapolación que pretende la apelante del pago del daño moral en los términos que señala 2329 del Código Civil al ámbito de familia, no resulta pertinente, puesto que, situado dicho pago sólo en el ámbito extracontractual, recientemente se ha extendido a la responsabilidad contractual, integración que aún no alcanza a aquellas situaciones que por el cese de la vida en común puedan afectar seriamente a uno o a ambos cónyuges recíprocamente, y que impliquen aquellos sufrimientos a que se refiere el apelante”.* Por las consideraciones anteriores claramente esta

²⁸Valenzuela del Valle, J. “Responsabilidad Civil por el incumplimiento de obligaciones matrimoniales y por el ejercicio abusivo del divorcio unilateral. Un estudio de su admisibilidad en Chile”, Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, 2012, N° 1, Año 19, pág. 241-269.

*corte de apelaciones deniega derechamente la posibilidad de demandar el daño moral con ocasión del matrimonio.*²⁹

La Corte de Apelaciones de Concepción en el año 2007 se pronuncia sobre la competencia del Tribunal de Familia y establece la posibilidad de demandar por daño moral por el incumplimiento de los deberes matrimoniales, señalando en sus considerando tercero y cuarto, lo siguiente: *“Que dentro del concepto de relaciones de familia se comprenden indudablemente los derechos y deberes recíprocos que el matrimonio impone a los cónyuges, que se regulan fundamentalmente en los artículos 131 y siguientes del Código Civil, como son el deber de fidelidad, de socorro, de ayuda mutua o asistencia, de respeto y protección recíprocos, derecho y deber de vivir en el hogar común, de cohabitación, de auxilio y de expensas para la litis”*.

*“Que, por consiguiente, si tales son las relaciones de familia de orden personal que el matrimonio genera entre los cónyuges, forzoso es concluir que una demanda, aunque sea de indemnización de perjuicios, que se funde en la infracción de alguno de los deberes antes señalados, es de competencia del Juzgado de Familia. Otra cosa es lo que el tribunal pueda resolver sobre los aspectos de forma, fondo y procedencia de la acción”*³⁰.

La Excelentísima Corte Suprema en sentencia del año 2012, Rol 263-2010, tampoco dio lugar a la indemnización por daño moral por el incumplimiento de deberes en el matrimonio, basado en el principio de especialidad del derecho de familia. Señala en considerando tercero que: *“en cuanto a la naturaleza jurídica del adulterio civil, que éste constituía una infracción al deber de fidelidad establecido en el artículo 131 del Código Civil, vigente a la fecha en que habrían ocurrido los hechos; y por otra, respecto de las consecuencias que dicha conducta desleal aparejaba, citaron los artículos 171, 172, 181, 223, 240, 358 y 497 del Código Civil, y 21 N°1 de la Ley de Matrimonio Civil de 1884, vigente a la época en que acaecieron los hechos que motivan esta causa”*. En ese sentido, concluyeron, teniendo presente el cúmulo de disposiciones que sancionaban y sancionan el adulterio, que éste, desde siempre, ha sido calificado por el legislador como infracción grave al deber de fidelidad de los cónyuges y no como delito o cuasidelito civil, es decir, el derecho de familia por su especialidad, contempla sus propias sanciones, no siendo aplicable en consecuencia, las normas generales sobre responsabilidad civil y por consiguiente, no corresponde solicitar ni conceder la reparación del daño moral. Consideraron asimismo, que el hecho que el adulterio siempre haya tenido una sanción especial, establecida por el legislador en atención a la naturaleza de la institución del matrimonio, no permite considerarlo fuente de responsabilidad extracontractual como lo pretendía el demandante, pues la normas que regulan tales materias se refieren a la reparación de

²⁹Corte de Apelaciones de Rancagua, Sentencia causa RolN°672-2007, de fecha 29 de octubre de 2007.

³⁰Corte de Apelaciones de Concepción, Sentencia causa Rol N° 909-2007, de fecha 25 de octubre de 2007.

daños derivados de obligaciones de carácter patrimonial y señalando asimismo en el considerando cuarto que “*el adulterio no es fuente de responsabilidad extracontractual*”³¹.

En un importante fallo de la Corte de Apelaciones de Talca dictado con fecha 30 de agosto de 2012, Rol N°133-2012, nos entrega las dos grandes posturas existentes en la materia.

Se solicita por la demandante en este caso que el tribunal declare al marido como responsable tanto de daños morales como materiales, ya que con ocasión de sus repetidas y constantes infidelidades le habría contagiado el virus del papiloma humano, paralizando el desarrollo normal de su vida a los cuarenta y tres años.

Señala el referido fallo “*Que debe considerarse al hablar de responsabilidad civil en el seno de la familia y, más aún, en el más restringido del ámbito matrimonial, que supone referirse a un tema no por todos aceptado en Derecho. Por una parte es posible encontrar aquellos que piensan que el Derecho de la responsabilidad civil es del todo ajeno al Derecho de familia, en la medida que la relación íntima entre los miembros de la familia contrariaba la posibilidad de calificar a sus integrantes como dañadores o dañados. Por tal razón, de acuerdo a la posición doctrinal expuesta, resulta muy dudoso el papel que pueden jugar los remedios indemnizatorios propios del derecho de la responsabilidad civil respecto de los daños que se producían en la vida familiar o en las relaciones de convivencia.*”³²

En cuanto a la posición favorable argumenta: “*Por otra parte, están los partidarios de extender la responsabilidad civil al contexto de la vida en familia, ello principalmente porque se ha ido esbozando una nueva concepción de “familia”, distinta a la tradicional; destacando la democratización de las relaciones familiares, la desacralización de los lazos familiares y, particularmente, por la inequidad que importa dejar un daño injusto sin reparación. Ser miembro de la misma familia, lejos de ser una atenuante, es una agravación que compromete aún más al agente dañador. En definitiva, el Derecho, como sistema de regulación de conductas, ha vuelto su mirada a la protección de los derechos individuales, y ha asumido que las instituciones (el matrimonio e incluso la familia) tienen como fundamento esencial el libre desarrollo de la personalidad humana y la integridad de sus miembros*”³³.

Por otra parte se refiere la Ilustrísima Corte al principio de especialidad del Derecho de Familia, en virtud del cual no serían aplicables las normas generales sobre responsabilidad civil

³¹CL/JUR/1094/2012.

³²Corte de Apelaciones de Talca, Sentencia causa Rol: N°133-2012, de fecha 30 de agosto de 2012.

³³Ibidem.

señalando: *“Que aun cuando es difícil encontrar antecedentes en la jurisprudencia nacional, en algún caso, al rechazar la indemnización solicitada, se ha sostenido que por el matrimonio se crea un ambiente de inmunidad para que los cónyuges se puedan recíprocamente dañar, con exclusión a toda norma de responsabilidad civil, amparados en un principio de especialidad del Derecho de familia que permite aplicar sólo las sanciones o efectos expresamente previstos por el legislador, como por el carácter ético de las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia”*

Cabe destacar por último, lo sostenido por el Tribunal en el considerando undécimo respecto de la procedencia de la indemnización y los requisitos de la misma. *“Que lo dicho anteriormente no significa que todo daño sufrido en el matrimonio dé origen, por su sola existencia, a la procedencia de una reparación, sino que deben configurarse los presupuestos exigidos por la responsabilidad civil (existe discusión para los que aceptan la procedencia, acerca de si ésta debe regirse por el estatuto de responsabilidad civil contractual o extracontractual, sin embargo, como afirma la doctrina mayoritaria en la actualidad, tal distinción ha venido perdiendo importancia). En consecuencia, se exige una conducta antijurídica, factor de atribución, dolo o culpa, un nexo causal y, la existencia del daño”.*

En otra sentencia trascendental en la materia, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de La Serena acepta la posibilidad de demandar la indemnización por daños frente a un divorcio culpable; ello en base a las reglas generales de la responsabilidad civil y considerando especialmente que no existe disposición legal alguna que niegue tal posibilidad.

La acción se funda en un divorcio por culpa acogido por el Tribunal de Familia, fundado en la causal del N° 1 del artículo 54 de la Ley 19.947 (atentado contra la vida, o malos tratamientos graves contra la integridad física o psíquica del cónyuge o de algunos de los hijos), habiéndose transgredido gravemente por el demandado los deberes matrimoniales, de convivencia, socorro y fidelidad; solicitando indemnización por daño emergente, lucro cesante y daño moral.

El considerando noveno de la sentencia señala: *“Que planteado así el asunto, procedente resulta reconocer que el tema acerca de aplicar la normativa general de responsabilidad civil al ámbito de las relaciones de familia, en nuestra legislación y en la doctrina, no es pacífico”.* A continuación expone las posturas que se debaten sobre la materia: *“Para aquellos que no la aceptan (posición adoptada por la demandada), miran a la institución de la familia como un sistema jurídico diferente a otros sectores del Derecho Civil, como por ejemplo, los contratos y las obligaciones. Los principios, finalidades y caracteres especiales de aquella institución, núcleo fundamental de la sociedad, serían desnaturalizados si se les aplicara un régimen dirigido a relaciones patrimoniales individualistas. Agregan que si se introduce el Derecho de*

Daños dentro del sistema familiar, se le da una perspectiva individualista, incompatible con el interés superior de la familia. En cambio, aquellos que se encuentran en el ámbito opuesto, esto es, que están por la aplicación de la normativa general de responsabilidad civil, se sustentan en el principio clásico del Derecho alterum non loedere (no dañar a los demás), esto es, en el derecho a la integridad personal reconocido por nuestra Carta Fundamental y por los Tratados Internacionales, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención Internacional sobre Derechos del Niño. Por tanto, estiman procedente la reparación del daño que se cause, dado que proclaman la unidad del Derecho Civil, del cual el Derecho de Familia forma parte”³⁴.

En el considerando décimo cuarto de la sentencia del Tribunal de Alzada, plantea una cuestión bastante relevante que podría ser un indicio para resolver el tema que nos ocupa: *“Que, sin perjuicio de lo expuesto para fijar una posición general sobre la materia, se deberá precisar que, en todo caso la indemnización de perjuicios dentro del ámbito señalado, podría no ser aplicable para todas las causales de divorcio contempladas en el artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil, puesto que allí existen motivos que más bien constituyen incumplimiento a los denominados deberes matrimoniales, como la convivencia, el socorro, la fidelidad que caen en el ámbito del Derecho de Familia, de manera que en tales casos, el asunto es más bien discutible y habría que analizar el caso concreto, con todas sus circunstancias, pero de lo que no existe duda alguna, es que tal indemnización resulta del todo procedente cuando el motivo que dé lugar al divorcio afecta a la persona del otro cónyuge, independientemente si estaban o no unidos por el lazo matrimonial, como lo es, el atentado contra la vida o malos tratamientos graves contra la integridad física o psíquica del cónyuge víctima, cuyo es el caso de autos”³⁵.*

Por último, cabe hacer mención a la sentencia de la Excelentísima Corte Suprema del año 2014, la que señala que lo que se indemniza no es el daño producido por el divorcio, sino más bien el daño producido por los actos culpables que dieron lugar a la sanción por transgresión de las normas referidas a la responsabilidad extracontractual refiriéndose al respecto *“Que en mérito de lo expuesto, más allá de las disquisiciones doctrinarias sobre la procedencia de la reparación por el incumplimiento de los deberes matrimoniales, en la especie se ha determinado la responsabilidad civil del demandado como consecuencia de acreditarse el deterioro emocional o psicológico que le ha causado a la actora fruto de sus conductas antijurídicas que han motivado el divorcio por culpa decretado respecto de las partes. Cabe precisar que el daño que se indemniza no es el que ocasiona el divorcio en sí mismo, sino el menoscabo que proviene directamente del o los actos culpables generadores de responsabilidad extracontractual que los tribunales del grado tuvieron por legalmente establecidos en el proceso”*. Cita la sentencia al

³⁴Corte de Apelaciones de La Serena, Sentencia causa Rol: N°507-2013, de fecha 03 de Abril de 2014 .

³⁵Ibidem.

autor Francisco Herane Vives que sostiene *“En principio, no se vislumbra ninguna buena razón para impedir, a priori, una posible indemnización por el incumplimiento de los deberes matrimoniales. Ahora bien, lo anterior no significa que todo daño sufrido por el divorcio de origen, por su sola existencia, a la procedencia de una reparación, sino que deben configurarse los presupuestos exigidos por la responsabilidad extracontractual: una conducta antijurídica, factor de atribución: dolo o culpa, un nexo causal y, por supuesto, un daño”*; y agrega *“(…) concuerdo con la mayoría de la doctrina que se ha expresado al respecto, en cuanto a que los daños derivados del divorcio vincular por incumplimiento de los deberes matrimoniales, en la medida que se reúnan los requisitos señalados precedentemente, no constituyen responsabilidad contractual sino que más bien obedecen al ámbito de lo extracontractual, con fundamento en el carácter jurídico del matrimonio”*³⁶.

³⁶Corte Suprema, Sentencia causa Rol: N°10622-2014, de fecha 30 de Diciembre de 2014. Considerando séptimo.

III.-LEGISLACIÓN COMPARADA: CHILE, ESPAÑA, FRANCIA Y ARGENTINA.

Como se ha señalado, la doctrina chilena poca cabida le ha dado al tema de los daños y reparaciones que puedan ocasionarse los cónyuges entre sí con motivo del incumplimiento de las obligaciones del matrimonio, cuestión distinta a lo que ocurre en países como España, Francia y Argentina, quienes han abordado de forma mas acabada el tema.

En concordancia con lo anterior, nuestros Tribunales han hecho referencia han debido referirse a la doctrina comparada, que en efecto aceptade manera mayoritaria, la posibilidad de indemnizar los daños que se produzcan por incumplimiento de los deberes de índole matrimonial.

Así, en el fallo de la Corte de Apelaciones de Talca aludido en el numeral anterior, en su considerando octavo se indica que: “... *aun cuando ni en nuestro Código Civil ni en la ley N° 19.947 encontramos normas que reglamenten en general, la situación de los daños civiles producidos con ocasión de las relaciones de familia, en especial, al interior del matrimonio, apartándonos por la línea jurisprudencial expuesta, seguimos a la doctrina comparada que sobre el particular se inclina mayoritariamente por la posibilidad de indemnizar los daños y perjuicios que se produzcan por el incumplimiento de los deberes matrimoniales. No se vislumbra ninguna buena razón para impedir, a priori, una posible indemnización por el incumplimiento de los deberes matrimoniales*”³⁷.

En el considerando décimo de la misma sentencia, se analiza la forma cómo se ha solucionado la cuestión a nivel internacional, señalando que la tesis sostenida es que los derechos y deberes matrimoniales son auténticos deberes jurídicos. En ese sentido señala el referido considerando: “*Tanto en la doctrina comparada como nacional, tiene mayor acogida aquella tesis que defiende el carácter jurídico de los deberes y derechos conyugales, siguiendo de esa forma a la Escuela Exegética francesa, inspirada en el Código Civil francés, que los considera “auténticos deberes jurídicos exigibles legalmente”. La casi unanimidad de la doctrina española sostiene la postura de que estamos frente a verdaderos deberes jurídicos, dotados de un fuerte contenido ético o moral, que carecen de coercibilidad jurídica; pero que no obstante, su carácter ético o moral no le priva de su juridicidad y, viceversa, su carácter jurídico no le priva de ser considerado también como un deber moral o ético*”.³⁸

³⁷Corte de Apelaciones de Talca, Sentencia causa Rol: N°133-2012, de fecha 30 de agosto de 2012.

³⁸Ibídem.

A continuación, se efectuará un análisis comparado de la legislación atingente de Chile, España y Argentina, a fin de visualizar cómo los mencionados países han abordado los daños y su indemnización dentro del contexto del derecho de familia. Con ello se develará la cabida o no que tal instituto posee en esas legislaciones, su orientación y requisitos.

1.- Análisis Comparado Chile y España.

En principio, cabe señalar que tanto Chile como España, carecen de legislación que regule expresamente los daños y su correspondiente indemnización dentro del contexto de familia. No obstante, a diferencia del código civil chileno que en la materia nada indica, el español³⁹ posee normas que directa o indirectamente se refiere a ello.

Así, por ejemplo, en cuanto a la vulneración de deberes familiares:

- a)** El Artículo 168, al referirse a la pérdida de la patria potestad, señala en su inciso segundo que “En caso de pérdida o deterioro de los bienes por dolo o culpa grave, responderán los padres de los daños y perjuicios sufridos”. Aunque no plantea si el daño y la correspondiente indemnización debe discutirse en Sede de familia o civil, lo cierto es que lo regula expresamente. Revisadas las normas reguladoras de la materia en Chile, no existe siquiera indicio respecto a esa obligación de indemnizar por parte del padre o madre que por culpa grave o dolo se provoque daño en los bienes del hijo.

- b)** El Artículo 1390, a propósito de los actos de administración o disposición de un cónyuge, dentro del régimen matrimonial de sociedad conyugal, señala que por haber obtenido un lucro o beneficio exclusivo “u ocasionado dolosamente un daño a la sociedad, será deudor a la misma por su importe...”. En nuestro ordenamiento jurídico atingente, solo se refiere a deudas a propósito de la liquidación de la sociedad conyugal, sea por divorcio o cambio de régimen matrimonial, lo cual excluye al régimen de participación en los gananciales y separación total de bienes. En el mismo orden de idea, claramente esas deudas dentro de nuestra legislación no se refieren a aquellas derivadas de daños provocados entre los cónyuges y que deban ser indemnizados bajo la figura de estudio en la presente investigación.

- c)** El Artículo 1391, a propósito de los actos fraudulentos ejecutados por un cónyuge, de mala fe al otro, constituye al primero en deudor del segundo, en los mismos

³⁹ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Códigos electrónicos, Boletín Oficial del Estado.

términos que el artículo señalado en la letra precedente. En Chile, no existe figura similar a la señalada, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pudiese buscarse.

Luego, respecto de las obligaciones derivadas de culpa o negligencia, el código civil español y el chileno, de manera similar, pero bajo distinto título, regulan expresamente la situación, en ambos casos se trata de responsabilidad extracontractual. Así, por ejemplo:

a) El Artículo 1902 del código español estipula en su capítulo II, de las obligaciones que nacen de culpa o negligencia, que “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”. Es sin duda alguna y en expresión literal del Tribunal Supremo, 26/03/1997, uno de los preceptos cardinales del ordenamiento jurídico español, el cual no solo recoge un principio general del derecho, sino de la comunidad social y se ha llegado a decir que este precepto tiene un rango básico y esencial de alcance preconstitucional, de tal forma que ni siquiera la Constitución podría establecer normas de tal rango que atentasen frontalmente contra el⁴⁰

Es esta norma, la utilizada por el Tribunal Supremo en los casos que se ha acogido la indemnización solicitada en causa de familia⁴¹. Mientras tanto nuestro código civil en su título XXXV, de los delitos y los cuasidelitos, art. 2314 consagra que todo aquel que ha cometido un delito o cuasidelito a otro que ha provocado daño, esta obligado a la indemnización.

Se trata en este caso, al igual que la norma referida de nuestro Código Civil, de la responsabilidad civil extracontractual, la que, el Tribunal Supremo ha hecho aplicable, sin perjuicio de tratarse de obligaciones en el ámbito de la familia.

b) Tanto el código civil español (Artículo 1903), como el chileno (Artículo 2320), determinan la responsabilidad que tienen los padres respecto de los daños causados por sus hijos que se encuentren bajo su guarda o que habiten en la misma casa. Luego, nuestro código en el artículo 2329 señala que “Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona se debe ser reparado por ésta”. Así las cosas, a nuestro juicio, es posible bajo esta norma demandar perjuicios incluso en sede

⁴⁰ Aquilino Yañez (1998). Revista de Responsabilidad Civil, Revista de Derecho N°654, Disponible en: <http://www.aquilinoyaney.net/notas-sobre-al-articulo-1902-del-codigo-civil-y-los-baremos-indemnizatorios/>

⁴¹Por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de junio de 2009 (RJ/2009/5490), en la que se condena a reparar el perjuicio sufrido por uno de los padres, por el entorpecimiento de las relaciones paterno filiales por parte del otro progenitor.

civil, sin necesidad de obtener una sentencia de separación judicial o de divorcio previamente, siempre y cuando el daño provenga de dolo o culpa grave.

Como hemos podido observar de lo señalado precedentemente, tanto en Chile como en España se ha aceptado limitadamente la procedencia de la indemnización de daños sufridos dentro de la esfera de familia, particularmente en el caso de incumplimiento de deberes que implica el matrimonio, siempre y cuando sea una causal calificada de ilícita penal, como es el caso del maltrato habitual⁴², o bien que sea agravada de imputabilidad, vale decir, que el hecho se haya cometido con dolo o culpa grave, y por último, sin que se incurra en delito penal, que el hecho viole derechos fundamentales derivados del incumplimiento de los deberes que implica el matrimonio, como por ejemplo el derecho a la dignidad⁴³ de uno de los cónyuges.

Luego, es dable cuestionarse si todo ilícito penal que infiera o se desarrolle dentro del contexto familiar es casual suficiente para demandar los perjuicios provocados, como el caso de una injuria⁴⁴ o calumnia⁴⁵ que infiere un cónyuge a otro. A nuestro juicio, consideramos que no, debemos examinar en concreto cada uno de los casos, en atención a que no todo delito penal trae como consecuencia directa e inmediata de responsabilidad civil, pero si puede eventualmente dar lugar a ella.

Cabe hacer presente respecto de este tipo de responsabilidad, que el legislador español estableció una prescripción de corto plazo⁴⁶, vale decir, de un año desde que el agraviado tomo conocimiento del daño. En la práctica es un limitante de suma importancia, dado que tal plazo no se suspende mientras se encuentren en convivencia, por lo que facilita la prescripción y en consecuencia la posibilidad de obtener la indemnización que busca el instituto. En nuestro caso, la prescripción a que aluden los daños provocados por responsabilidad extracontractual, opera al plazo de 4 años desde la perpetración del acto⁴⁷, y se suspende, por ejemplo, siempre entre

⁴²El cual es definido en el artículo 14 de la ley 20.066. Establece Ley de Violencia Intrafamiliar. Diario Oficial, 05 de octubre de 2005. El cual define al Delito de maltrato habitual como: “El ejercicio habitual de violencia física, psíquica o económica respecto de alguna de las personas referidas en el artículo 5º de esta ley se sancionará con la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio, salvo que el hecho sea constitutivo de un delito de mayor gravedad, caso en el cual se aplicará sólo la pena asignada por la ley a éste”.

⁴³Constitución Política de la República de Chile. Diario Oficial. 24 de octubre de 1980. Artículo 19 N° 4.

⁴⁴Código Penal de Chile. Diario Oficial. 14 de noviembre de 1874. Artículo 416 y siguientes.

⁴⁵Código Penal de Chile. Diario Oficial. 14 de noviembre de 1874. Artículo 412 y siguientes.

⁴⁶Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Artículo 1968 2º. Códigos electrónicos, Boletín Oficial del Estado.

⁴⁷Código Civil Chileno. Diario Oficial. 14 de diciembre de 1855. Artículo 2332.

cónyuges⁴⁸, también se interrumpe, sea natural o civilmente⁴⁹.

De lo señalado en el presente punto, queda de manifiesto que tanto en Chile como en España procede limitadamente la indemnización de los perjuicios provocados entre familiares.

Respecto de la temática específica de esta investigación, vale decir, la indemnización de los perjuicios en caso de divorcio culposo es dable señalar que, en Chile la falta de disposición expresa, ha provocado que la jurisprudencia y la doctrina no dé una respuesta clara y uniforme en el sentido de acoger la acción indemnizatoria o rechazarla. En España al igual que en nuestro país la doctrina es vacilante, mientras que la mayoría de los jueces, en primera y segunda instancia, no admiten en ese tipo de indemnizaciones.

Respecto al Tribunal competente para conocer de esta materia, la jurisprudencia chilena también es vacilante. Se ha dicho, por ejemplo, que el Tribunal de Familia no tiene competencia para conocer en un procedimiento ordinario de familia de una demanda de indemnización de perjuicios⁵⁰. Mientras que, por otro lado, por ejemplo, encontramos que la Corte de Apelaciones de Concepción⁵¹, sentencio que “dentro del concepto de relaciones de familia se comprenden indudablemente los derechos y deberes recíprocos que el matrimonio impone a los cónyuges, que se regulan fundamentalmente en los artículos 131 y siguientes del Código Civil, como son el deber de fidelidad, de socorro, de ayuda mutua o asistencia, de respeto y protección recíprocos, derecho y deber de vivir en el hogar común, de cohabitación, de auxilio y de expensas para la litis. Por consiguiente, si tales son las relaciones de familia de orden personal que el matrimonio genera entre los cónyuges, forzoso es concluir que una demanda, aunque sea de indemnización de perjuicios, que se funde en la infracción de alguno de los deberes antes señalados, es de competencia del Juzgado de Familia”.

Considerando el dinamismo propio que ha experimentado mundialmente la familia, lo que en Chile se está materializando con la entrada en vigor de la ley que crea el acuerdo de unión civil (AUC)⁵², la promulgación de la ley de matrimonio igualitario, lo que vendría en modificar otros cuerpos legales como el de adopción⁵³, por ejemplo, obliga a que el legislador formule una

⁴⁸Código Civil Chileno. Diario Oficial. 14 de diciembre de 1855. Artículo 2509 inciso final.

⁴⁹Código Civil Chileno. Diario Oficial. 14 de diciembre de 1855. Artículo 2518.

⁵⁰ Corte Suprema, de fecha 17 de diciembre del 2008, en causa ROL N° 5298-08.

⁵¹ Corte de Apelaciones de Concepción, de fecha 25 de octubre del 2007, en causa Rol N° 909-2007.

⁵²Ley N° 20.830, crea el acuerdo de unión civil. Diario Oficial, 21 de abril de 2015.

norma que impida las denominadas inmunidades familiares o la solidaridad en la responsabilidad, al margen de los derechos y beneficios individuales con miras al bien común del grupo familiar, y que dé cabida al tan anhelado derecho de familia moderno, tendiente a facilitar el orden privado de las relaciones de convivencia, reforzando los derechos en particular de cada uno de los integrantes de la familia, entre ellos el poder demandar la indemnización de los perjuicios que un familiar cause a otro, no solo desde el punto de aquellos que resulten de delitos penales, sino cualquiera sea la fuente.

⁵³Ley N° 19.620, dicta normas sobre adopción de menores, Diario Oficial, 05 de agosto de 1999.

2.- Análisis Comparado Chile y Francia⁵⁴.

Chile carece de legislación que regule expresamente el daño y la indemnización en materia de familia. A diferencia de lo que se revisa del derecho francés, en éste se contempla que ante el incumplimiento de los deberes que implica el matrimonio, esto es causa suficiente para solicitar divorcio culpable, e incluso podría derivar en una obligación, para el cónyuge infractor, de indemnizar los daños y perjuicios provocados.

El Código Napoleón consagró el trinomio (culpa, daño, responsabilidad), en los artículos 1382 y 1383. Según el artículo 1382 (actual artículo 1240): “Tout fait quel con que de l’ homme, qui cause a autrui un dommage, obligece lui par la faute du que lil est arrivé, à le réparer” (“Todo hecho del hombre que causa a otro un daño, obliga a aquel por cuya culpa ocurrió a repararlo”).

En el siglo XX, por lo demás, la jurisprudencia francesa perfeccionó un juicio de culpabilidad objetivo, sobre la base del patrón abstracto del “buen padre de familia”, prescindiendo de subjetividades, cuestión que nuevamente significó un impulso a la expansión de la responsabilidad civil.

Esto nos parece perfectamente aplicable a nuestro ordenamiento, prescindir de las subjetividades y utilizar la objetividad, independiente de los sujetos y de la institución en que ocurra la infracción.

En el derecho francés, coexisten dos estatutos:

a) El primero, se encuentra en el régimen general del derecho común, relativo a la responsabilidad extracontractual por culpa, contenido en el artículo 1240⁵⁵ (art.1382) del Código Civil, es la sede del principio de responsabilidad por hecho propio, al que se sujetan todos los daños entre cónyuges provocados por los hechos que dan lugar al divorcio, en particular, cuando se vulneran otros bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento, distintos a la mera infracción de deberes conyugales, como la integridad física o psíquica y la honra. Este régimen repara los daños causados por los hechos que dan lugar al divorcio.

⁵⁴Tapia R, Mauricio. (2017). Responsabilidad civil entre cónyuges en el derecho francés contemporáneo. Revista de derecho (Valparaíso), (48), 51-77.<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512017000100051>

⁵⁵Artículo 1240 «Cualquier hecho de la persona que causa a otra un daño, obliga a aquella por cuya culpa se causó a su reparación»

b) Y, por otra parte, el que se funda en el artículo 266⁵⁶ del mismo Código, relativo a los perjuicios de una “particular gravedad” que provoca la disolución del matrimonio en sí mismo, y que prescinde de la culpa. Este además permite indemnizar ciertos perjuicios particularmente “graves”.

Procedemos a realizar un análisis de cada uno de estos artículos y su aplicación general:

A.- Régimen común de Indemnización de daños entre cónyuges.

El régimen de responsabilidad civil extracontractual en Francia está estructurado sobre una amplísima “cláusula general” fundada en la culpa (leve)⁵⁷.

Esta regla general fue recogida solemnemente en la fórmula del artículo 1240 del Código Civil francés: “*Cualquier hecho de la persona que causa a otra un daño, obliga a aquella por cuya culpa se causó a su reparación*”. La norma 1240 del código civil francés, requiere que se pruebe la culpa, el daño y la relación de causalidad sin importar si el hecho que causó el daño proviene del incumplimiento de una obligación civil o familiar, lo que permite a los tribunales, aplicar las normas sobre la responsabilidad civil al ámbito del derecho de familia. Por esto se habla de una expansión de la responsabilidad civil en Francia.

Esto permitiría que se indemnicen los daños ocasionados por situaciones graves que ocurran durante el matrimonio y que den lugar al divorcio por culpa.

Para este caso, es necesario que se interponga en conjunto la solicitud del divorcio por culpa y la solicitud de la indemnización de perjuicios, ya que no se admite una interposición independiente.

Una de las críticas de este régimen, es que al ser necesario acreditar la culpa de uno de los cónyuges, impediría que la disolución del vínculo se efectúe en términos pacíficos al tener que exponer situaciones que son propias de la intimidad familiar ante los tribunales de justicia. Por otra parte, el grado de culpa exigido es el de la culpa leve, sin embargo se ha constatado la exigencia de un mayor grado de culpa o al menos de una culpa “calificada”, lo que según

⁵⁶Artículo 266 Código Civil Francés: “Indemnización de daños y perjuicios cuando el divorcio es pronunciado por culpa exclusiva de uno de los cónyuges”

⁵⁷Respecto del origen y alcance de esta regla del artículo 1382 del Código Civil francés, Viney, Geneviève, *Introduction à la responsabilité* (París, L.G.D.J., 2008, 3ª ed.), pág. 20 y ss.; y, Tapia, Mauricio, *Código Civil. 1855-2005. Evolución y perspectivas* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005), pág. 274 y ss.

muchos esconde una convicción, no declarada, de que el divorcio por culpa envuelve en sí mismo ya una sanción y que sólo las faltas particularmente graves pueden agregar una segunda, esto es, la indemnización de perjuicios.⁵⁸

A la luz del artículo 242 del Código Civil⁵⁹, el cual establece el divorcio por culpa, prescribe que el mismo puede demandarse frente una violación “grave” o “reiterada” de deberes matrimoniales, que vuelvan “intolerable la mantención de la vida en común”. Nos remite a nuestra propia ley de matrimonio civil, en su artículo 54, que dispone en casi idénticos términos la disposición recién aludida del código Civil Francés, sin embargo, nuestra legislación no da cabida expresamente para solicitar la reparación entre cónyuges.

La indemnización de perjuicios, sobre la base del artículo 1240 del Código Civil, se tiende a conceder en aquellos casos en que se estima configurada una culpa calificada, esto es, cuando se ha afectado otros bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico, cómo la integridad física, o psíquica, la honra, o incluso el deber de sustentar económicamente a la familia. Así ocurre, por ejemplo, cuando los hechos que motivan la ruptura dejan en completa indefensión material al cónyuge y a los hijos, como cuando el marido no respeta un derecho de uso del inmueble familiar asignado a la mujer, viéndose ésta en la necesidad en incurrir en elevados gastos para arrendar un inmueble para ella y los hijos, cuando el marido abandona a la mujer con su hijo, siendo ella extranjera, no contando con visa y sin dinero; o cuando la ruptura va acompañada de violencia grave⁶⁰.

Aquí se presenta un punto de encuentro con la jurisprudencia chilena, que concede indemnización en estos casos no por el mero incumplimiento de deberes conyugales, sino que por una ruptura que se acompaña de la vulneración de esos otros bienes jurídicos protegidos⁶¹.

⁵⁸Tapia R, Mauricio. (2017). Responsabilidad civil entre cónyuges en el derecho francés contemporáneo. Revista de derecho (Valparaíso), (48), 51-77. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512017000100051>

⁵⁹Art. 242 Código Civil relativo al divorcio por falta “hechos que constituyan una violación grave o reiterada de los deberes del matrimonio y hagan insoportable el mantenimiento de la vida en común”.

⁶⁰Corte de Apelaciones de París, 3ª Sala, 9 de abril de 2015, N°13/18059.

⁶¹En el derecho chileno, han concluido en este sentido, que la indemnización procede en caso de divorcio en la jurisprudencia nacional, en esencia, cuando se vulneran otros bienes jurídicos protegidos, los siguientes autores: Severin Fuster, Gonzalo, *Indemnización entre cónyuges por los daños causados con ocasión del divorcio*, en Guzmán Brito, Alejandro (ed.), *Estudios de Derecho Civil III. Jornadas nacionales de derecho civil*, Valparaíso, 2007 (Santiago, Legal Publishing, 2008), pág. 99-140; y, Etcheberry Court, Leonor, *Responsabilidad civil ante el quebrantamiento del deber de fidelidad entre los cónyuges. Corte Suprema, 13 de junio de 2012*, comentario de jurisprudencia, en *Revista chilena de derecho privado* 19 (2012), pág. 215-218.

B.-Régimen especial de Indemnización de daños entre cónyuges

De acuerdo a este régimen especial, el artículo 266 del Código Civil permite exigir la reparación únicamente de los perjuicios provocados “por la ruptura del vínculo conyugal”, y no por los hechos que fundan el divorcio, y bajo la condición de que ellos sean de una “particular gravedad”.

La norma antes aludida dispone lo siguiente “Sin perjuicio de la aplicación del artículo 270,⁶² una indemnización de perjuicios puede ser concedida a un cónyuge como reparación de las consecuencias de una particular gravedad que sufra por el hecho de la disolución del matrimonio, ya sea cuando él ha sido demandado en un divorcio pronunciado por alteración definitiva del vínculo conyugal, y que él mismo no haya planteado ninguna demanda de divorcio, ya sea cuando el divorcio ha sido pronunciado por la culpa exclusiva de su cónyuge. Esta demanda no puede ser planteada sino con ocasión de la acción de divorcio”.

En el entendido que todo divorcio conlleva una cuota de carga emocional y económica para las partes, “se señala que en el divorcio el sufrimiento es la regla”⁶³ éste régimen se concibe como una excepción, vale decir, para hacer frente a consecuencias particularmente graves y que no estén contempladas bajo la institución de la prestación compensatoria.

Del análisis antes expuesto, concluimos que:

Es posible aplicar las normas generales del derecho de indemnización al derecho de familia, cuestión que en nuestro país no ha sido acogido a la fecha.

Subsisten dos regímenes que permiten a aquel cónyuge que siente que ha sido agraviado solicitar la indemnización correspondiente, en uno de los casos de acuerdo a las normas generales de la responsabilidad civil y en el otro cuando existan consecuencias de una “particular gravedad” y que no sean abordadas por la prestación compensatoria.

Se mantiene una discusión doctrinaria entre los juristas franceses, dónde la interrogante versa sobre la “necesidad de mantener el artículo 266 del Código Civil, cuando todos los perjuicios pueden ser reparados sobre la base del derecho común, estén ligados o no a la disolución del matrimonio”⁶⁴.

⁶² “prestación compensatoria” del artículo 270 del Código Civil, equivalente a la compensación económica establecida en el artículo 61 de la Ley del Matrimonio Civil Chile.

⁶³ Garrigue, Jean, *Les devoirs conjugaux. Réflexion sur la consistance du lien matrimonial* (París, Éditions Panthéon Assas, Thèses, 2012).

3.- Análisis Comparado Chile y Argentina.

En Argentina tal como en nuestro país, se consideraba que el Derecho de Familia era impermeable a las normas del Derecho de Daños. Se hacía aplicación casi absoluta del principio de inmunidad familiar, en razón del cual las acciones de responsabilidad civil 137 no cabrían entre familiares en especial entre los cónyuges.⁶⁵ Sin embargo, en los últimos años se abre paso una nueva hermenéutica por la cual se hace aplicación de los principios generales de la responsabilidad civil a los perjuicios derivados de las relaciones de familia y, de manera especial, a aquéllos derivados del divorcio.

Para enmarcarnos, debemos saber que el Derecho de Familia se encuentra regulado dentro del Código Civil y Comercial por lo que se entiende que el mismo se nutre de sus principios generales. Como uno de los principios básicos del Derecho Civil es el responder por el daño injustamente sufrido, la reparación de los perjuicios en el ámbito de las relaciones de familia se torna ineludible si se dan los requisitos de la responsabilidad civil.

El Código Civil y Comercial de la Nación entró en vigor el 1 de agosto de 2015. La protección de la persona humana y su dignidad es uno de sus grandes paradigmas, propio de un código redactado a principios del siglo XXI. El reconocimiento de la dignidad de la persona humana implicó pasar de un código que tenía su foco en la protección del patrimonio a uno que centrara la protección en la persona humana. Este cambio de paradigma se proyecta en el modo de regular el daño resarcible. La persona humana, y no su patrimonio, es el eje sobre el cual gira todo el sistema de la responsabilidad civil y, en especial, el daño resarcible.

En este aspecto es esclarecedor lo dicho por la Dra. Kemelmajer de Carlucci quien fue uno de los miembros de la Comisión Redactora del Código Civil y Comercial que afirma: "la reforma, a diferencia de otros sistemas de la legislación latinoamericana, conservó el Derecho de Familia dentro del Código Civil; o sea, no sancionó un Código de Familia separado. Esta opción responde a la convicción de que el Derecho de Familia es Derecho privado, pues recae sobre relaciones en las que se proyectan aspectos de la personalidad y se involucran intereses íntimos que tienen mucho que ver con el desenvolvimiento presente y futuro de sus protagonistas."⁶⁶

⁶⁴Mulon, Élodie, *Dommages-intérêts en matière de divorce: pour une suppression de l'article 266 du Code civil en Gazzete du Palais, Édition Spécialisée* 19 y 21 (2014).

⁶⁵Atilio A. Alterini, Oscar J. Ameal, Roberto M. López Cabana, *Derecho de Obligaciones civiles y comerciales* 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2003, p. 858.

⁶⁶ Kemelmajer De Carlucci, Aida Rosa en "Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial 2014", ed. Rubinzal — Culzoni, Santa Fe 2014, T 1 pág. 12.

En el artículo 1740 se consagra el principio de la reparación plena o integral, al establecer que ella “consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie”. La Corte Suprema de la Nación, desde antiguo, ha sostenido que la reparación debe ser integral o plena con fundamento en la Constitución nacional. Es decir, todo daño causado debe ser resarcido.

Interpretando coherentemente el principio de no dañar, los principios de responsabilidad civil y los principios del derecho de familia, debemos concluir que el actuar dañoso dentro de las especiales relaciones familiares obliga a la reparación del daño causado.

Valga aclarar que todo daño producido en el entorno de la familia es en principio más grave por el hecho de ser provocado en el ámbito familiar. Así una violación, que es siempre un hecho gravísimo, si es producida por quien en principio tenía la responsabilidad del menor o del incapaz, como si se produce entre esposos genera una lesión más profunda porque es producida por quien tenía una especial obligación de cuidado y no una mera obligación de no dañar.⁶⁷

La doctrina y la jurisprudencia no son unánimes sobre la aplicación del derecho de daños a las relaciones de familia. El derecho de familia argentino actual optó por despojar expresamente de contenido jurídico al deber de fidelidad de los cónyuges y por eliminar el divorcio por falta imputable al otro, resolviendo por esta vía la cuestión acerca de la procedencia de la indemnización de perjuicios en caso de incumplimiento de este deber.

El Código Civil y Comercial Unificado en todo lo referido al derecho de familia se alejó del Proyecto de código de 1998, así establece un sistema de divorcio incausado y suprime el deber de fidelidad como deber jurídico limitándolo a un deber moral.⁶⁸ Cabe preguntarse si corresponde seguir hablando de responsabilidad por daños derivados del divorcio en un sistema en el cual no se juzgan las culpas, el divorcio es incausado y los deberes personales de los cónyuges se encuentran limitados.

⁶⁷ Medina, Graciela. "La responsabilidad por daños producidas por la violencia sexual y Familiar." en libro de "Responsabilidad Civil y Familia", Coordinado por VARGAS ARAVENA David y LEPIN MOLINA, Cristian, Thomson Reuters Chile, 2014, pag. 221.

⁶⁸ Libro Segundo, Relaciones de Familia, Título primero Matrimonio, Capítulo 7, derechos y deberes de los cónyuges, ARTÍCULO 431.- Asistencia. Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la convivencia, la cooperación y el deber moral de fidelidad. Deben prestarse asistencia recíproca.

Según la nueva normativa, pueden diferenciarse los deberes matrimoniales que constituyen una verdadera obligación jurídica de aquellos que son exclusivamente deberes morales. Los primeros son de asistencia y alimentos, y los segundos, cooperación, cohabitación y fidelidad, si bien es un parte del proyecto de vida en común, no son exigibles y su incumplimiento no acarrea consecuencias jurídicas.

Ahora bien, si se dan los presupuestos de la responsabilidad civil va a existir obligación de reparar el daño causado por el incumplimiento de los deberes derivados del matrimonio, ya que la infidelidad, la falta de asistencia y la violencia, si ocasionan daños deben dar lugar a una indemnización. Por supuesto que también serán indemnizables todos los daños personales o patrimoniales producidos entre esposos aunque no deriven de faltas al deber de fidelidad.⁶⁹

No impide lo antedicho que el deber de fidelidad no sea un deber jurídico porque el daño indemnizable no se limita al daño a un derecho subjetivo sino que se amplía a cualquier interés legítimo. En este sentido, el artículo 1737 de Código Civil y Comercial establece que "hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva". De lo expuesto surge claramente que el cónyuge que falta al deber moral de fidelidad, o al de asistencia, lesiona un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico que constituye un daño resarcible que debe ser plenamente reparado. Con respecto a la violencia de cualquier tipo que se suscite durante el matrimonio y que produzca un daño, indiscutiblemente debe ser reparada.

Sobre el tema la jurisprudencia argentina venía sosteniendo que las injurias producidas durante el matrimonio debían tener una naturaleza muy punzante para que se admitiera que estos hechos provocaban daños. En este aspecto, prácticamente se exigía una culpa grave para dar lugar a la reparación.

Lo importante es tener en cuenta que, aunque para solicitar el divorcio en el régimen del Código Civil y Comercial, no hace falta probar las causas que producen el rompimiento de la vida en común, de todas maneras estas causas existen, ya que ninguna persona en su sano juicio se divorcia "porque sí". Siempre hay un motivo que desencadena el rompimiento del matrimonio, la cuestión está en determinar si esta razón es antijurídica, causa un daño resarcible, es producto de dolo o culpa y guarda una relación de causalidad adecuada.

En la determinación de los presupuestos de la responsabilidad civil hay que tener en cuenta que según el artículo 1717, "cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada". Y ni la violencia verbal, ni la física, ni la psicológica, ni la infidelidad tienen justificativo alguno ya que lo justificado es el ejercicio regular de un derecho y

⁶⁹ Solari, Néstor, "Los daños en las relaciones de familia", Rev. Derecho de Daños, Bs. As.

no el abuso del derecho o la conducta dañosa. Es por ello que aún en un sistema de divorcio incausado, es posible reclamar la reparación de los daños producidos por conductas antijurídicas que pongan fin al matrimonio.

Ante el divorcio sin causa, es mas difícil demostrar el proceso de daños y perjuicios ya que habrá que probar la culpa, el dolo y el daño que en surgen del proceso de divorcio. Por otra parte, son procesos completamente independientes, por un lado porque el divorcio se desvincula de la culpa y por otra parte, porque el divorcio tiene un trámite específico en el que no tiene lugar una acción de reparación. La culpabilidad o inocencia son indiferentes para obtener el divorcio vincular y adquirir una nueva aptitud nupcial, pero el ordenamiento jurídico no puede ni debe mantenerse indiferente a la hora de resarcir o reparar los daños producidos dolosamente o culposamente en el seno del matrimonio.

Con la promulgación del Código Civil y Comercial, la única vía que les queda a los cónyuges inocentes que han sufrido daños en el matrimonio, es accionar por responsabilidad civil, porque éste es el único procedimiento en los que se indemnizará las consecuencias no patrimoniales de los daños sufridos. En otro orden de ideas, si es la mujer quien sufra daños siempre le quedará la posibilidad de fundar su acción en la ley de protección integral de la mujer 26.485, que prevé la responsabilidad por daños y perjuicios de los actos derivados de la violencia de género.

CONCLUSIONES

Sin perjuicio de los argumentos expuestos a favor y en contra de la aplicación de las normas sobre responsabilidad civil a los daños provocados en el ámbito del derecho de familia, es posible sostener que, en virtud del incumplimiento de las obligaciones que derivan del vínculo conyugal, uno de los cónyuges puede causar daño al otro en el ámbito moral y/o patrimonial, el que solo podría ser reparado mediante la indemnización de los perjuicios.

Sostener lo contrario, sería permitir la impunidad ante hechos que, cometidos fuera del ámbito del matrimonio, sería perfectamente indemnizables, hecho que sin duda alguna implicaría un trato desigual, una discriminación arbitraria que atenta contra nuestras bases y derechos fundamentales.

Por lo tanto, si concurren los presupuestos legales de la responsabilidad civil extracontractual, debiera ser indiferente la naturaleza de la obligación que se infringe y cuyo incumplimiento trae aparejado un daño que debe ser reparado.

Por otra parte, la falta de disposición expresa en nuestro ordenamiento jurídico, ha provocado que la jurisprudencia no de una respuesta clara y uniforme en el sentido de acoger la acción indemnizatoria o rechazarla por los argumentos ya expuestos e incluso por aspectos procesales relativos a la competencia y plazos de prescripción.

La solución otorgada por el propio derecho de familia, el divorcio sanción el que se invoca frente a la violación grave de los deberes y obligaciones que impone el matrimonio que torne intolerable la vida en común, no parece ser suficiente para reparar el daño provocado al cónyuge que lo ha sufrido, y no solo en el ámbito moral, cuando hablamos por ejemplo, de la causal contenida en el numeral 1º del artículo 54 de la Ley de matrimonio civil, el cual señala: *“Atentado contra la vida o malos tratamientos graves contra la integridad física o psíquica del cónyuge o de alguno de los hijos”*, sino también en el ámbito patrimonial. No es posible que la única reparación que entregue nuestro ordenamiento jurídico sea el término del vínculo matrimonial y no se otorgue la posibilidad de solicitar la reparación de los perjuicios causados al cónyuge que ha sufrido el daño, en circunstancias que, fuera del ámbito de las relaciones de familia, esta reparación es perfectamente aplicable.

Así también lo ha señalado el Tribunal Constitucional dando argumentos en favor de la reparación del daño irrogado por incumplimiento de deberes matrimoniales, pues el carácter

delictual de algunas causales de divorcio sanción no puede impedir la reparación indemnizatoria, al pronunciarse sobre la inaplicabilidad del artículo 2 transitorio de la ley 19.947⁷⁰.

Nuestra legislación nada señala en cuanto a dar cabida a la responsabilidad civil ante el daño producido con ocasión del incumplimiento de los deberes conyugales, por lo que la escasa jurisprudencia que existe en la materia ha debido remitirse a los principios del derecho como en el caso del principio de especialidad del derecho de familia para no acoger la indemnización y en otros casos, los Tribunales se han remitido a la postura de la doctrina que ha sostenido que para la procedencia de una indemnización por el daño sufrido con ocasión del divorcio, deben configurarse los presupuestos exigidos por la responsabilidad extracontractual, esto es, una conducta antijurídica, dolo o culpa, el daño y el nexo causal.

En cuanto al análisis comparado de legislación, España al igual que Chile, no posee norma expresa que regule los daños y su correspondiente indemnización dentro del contexto de familia. Sin perjuicio de lo anterior, posee normas que directa o indirectamente se refiere a ello, por ejemplo, el Artículo 168 del código civil, respecto de la pérdida de la patria potestad, prevé que, en caso de pérdida o deterioro de los bienes por dolo o culpa grave, responderán los padres de los daños y perjuicios sufridos. Luego el art. 1902 del código español estipula que, “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”. Es esta norma, la utilizada por el Tribunal Supremo en los casos que se ha acogido la indemnización solicitada en causa de familia.

Respecto a Francia y su legislación atingente, con la reforma llevada a cabo el año 2004 se avanzó en la regulación de la indemnización por los perjuicios que genera el divorcio. La demanda de indemnización de perjuicios, conforme a esta nueva reglamentación, se da en dos supuestos. El primero, opera a favor de uno de los cónyuges, en reparación de las consecuencias particularmente graves sufridas por el hecho de la disolución del matrimonio, cuando hubiera sufrido una demanda de divorcio por alteración definitiva del vínculo conyugal sin haber formulado a su vez ninguna demanda de divorcio. El segundo supuesto procede también exclusivamente por divorcio, cuando éste se hubiere declarado por culpa exclusiva del cónyuge demandado. La acción de daños del artículo 266 del Code se produce exclusivamente por disolución del matrimonio; se exige, además, que se reparen consecuencias “particularmente graves” que se produzcan como consecuencia de la disolución del matrimonio producido por el divorcio. En todo caso el sistema francés no ha estado exento de críticas por su dualidad de fuentes en materia de indemnización de perjuicios.

⁷⁰Chile. Tribunal Constitucional, Rol INA 1423-2009.

Así, en el Derecho francés, no se ha postulado la impunidad de los daños causados en el matrimonio, aceptándose la reparación de los perjuicios derivados de las relaciones de familia, sobre la base de la aplicación del artículo 1240 del Code, no existiendo ninguna clase de limitación al resarcimiento del perjuicio.

Argentina, al igual que nuestro ordenamiento mayoritariamente aplicaba el principio de inmunidad familiar, por lo que las acciones de responsabilidad civil escasamente tenían aplicabilidad entre los cónyuges. Con la reforma de su Código Civil en el año 2015, el cual incorpora el derecho de familia dentro Código Civil y Comercial, se da inicio a que todos los daños en el ámbito de las relaciones de familia, no se pueden eludir, por lo que quedan supeditados a los principios generales que están incorporados dentro del Código mencionado, ya no pueden esgrimir los fundamentos que aún persisten en nuestro ordenamiento:

1º La especialidad del derecho de familia y 2º 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.

Argentina consagra el principio de la reparación plena o integral, con fundamento de la Constitución Nacional, cuyo cimiento está en la dignidad humana y el respeto de los derechos fundamentales.

El razonamiento del Derecho Argentino, es perfectamente aplicable a nuestro ordenamiento jurídico, en el sentido de incorporar el Derecho de Familia en el Código Civil y con esto eliminar el argumento de la especialidad del Derecho de Familia para no dar cabida a la indemnización de perjuicios causados con motivo de la infracción de las obligaciones que se derivan de las relaciones de familia.

Sin embargo, no es pertinente a nuestro juicio, acudir exclusivamente a las normas del derecho de familia para resolver el dilema que se plantea, según se desprende asimismo de las sentencias anteriormente comentadas de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Talca y de La Serena, cabe la posibilidad de resarcir los daños provocados a quien ha sufrido un perjuicio producto del incumplimiento de una obligación de aquellas que se plantean como causal del divorcio por culpa, acudiendo a las normas de la responsabilidad civil extracontractual, siempre que se den los presupuestos legales para ello.

Sería coherente con la evolución que ha tenido el derecho de familia en la actualidad y el actual proceso Constituyente, reconocer y garantizar derechos fundamentales como la igualdad, el respeto a la dignidad humana junto con la incorporación de una disposición expresa que garantice la necesaria reparación de todo aquel que ha sufrido un daño, y en especial en el ámbito de las relaciones de familia donde el individuo debiera encontrar especial protección, así como lo han hecho otras legislaciones, según lo expuesto precedentemente.

BIBLIOGRAFÍA

I.- Leyes

- Código Civil Chileno. (1855)
- Código Civil Español. (1889)
- Código Civil Francés. (1804)
- Código Civil y Comercial Unificado de la República de Argentina. (2015)
- Código Penal de Chile. (1874)
- Constitución Política de la República de Chile. (1980).
- Ley N° 19.497, Establece Nueva Ley de Matrimonio Civil. (2004).
- Ley N° 19.620, dicta normas sobre adopción de menores. (1999).
- Ley N° 20.830, crea el acuerdo de unión civil. (2015).
- Ley N° 20.066. Establece Ley de Violencia Intrafamiliar. (2005).

II.- Libros

- Abeliuk, R. (2014). Las Obligaciones, T.I. Santiago: Thomson Reuters. Pág. 55 y ss.
- Algarra Prats, E. (2012), “Incumplimiento de deberes conyugales y Responsabilidad Civil”, en Moreno Martínez, Juan A. (Coord.) *La responsabilidad Civil en las Relaciones Familiares*, Dykinson, Madrid.
- Aquilino Yáñez (1998). Revista de Responsabilidad Civil, Revista de Derecho N°654, Disponible en: <http://www.aquilinoyanez.net/notas-sobre-al-articulo-1902-del-codigo-civil-y-los-baremos-indemnizatorios/>
- Atilio A. Alterini, Oscar J. Ameal, Roberto M. López Cabana, (2003) *Derecho de Obligaciones civiles y comerciales* 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 858.
- Corral Talciani, H. (2010). Rodríguez Guitián, Alma María, Responsabilidad civil en el derecho de familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales. *Revista chilena de derecho*, 37 (1), 177-181. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372010000100011>
- Corral Talciani, H. (2013). *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual* (2.ª ed.). Thomson Reuters.
- Domínguez Águila, R. (2010). Los Límites al Principio de reparación integral. *Revista chilena de derecho privado*, (15), 9-28. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722010000200001>

- Garrigue, Jean, (2012) *Les devoirs conjugaux. Réflexion sur la consistance du lien matrimonial* (París, Éditions Panthéon Assas, Thèses).
- Henri Mazeaud, León Mazeaud y André Tunc. Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual, Buenos Aires, Ejea, t. iii, vol. i, 1963, pág. 549 y ss.
- Hernández Paulsen, G. (2008). Responsabilidad Civil por Daños Ocasionados en las Relaciones de Familia. (Charla dictada en Ciclo de Charlas “Los Martes al Colegio”). *Separata del Colegio de Abogados de Chile*.
- Huet, J. Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité, Paris II, 1978, N° 20, pág. 25.
- Kemelmajer De Carlucci, Aida Rosa en "Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial 2014", ed. Rubinzal — Culzoni, Santa Fe 2014, T 1 pág. 12.
- Lobianco C., J., Soto S., S., (2019) De la responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares. Memoria para optar al Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile.
- López de la C., L. (2010) El resarcimiento del daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales. Barcelona. Indret. Revista para el análisis del derecho. pág. 10.
- Marín García de Leonardo, T. (2006), “Remedios Indemnizatorios en el Ámbito de las Relaciones Conyugales”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial (España)*, N° 17.
- Medina, G. (2014) "La responsabilidad por daños producidas por la violencia sexual y Familiar." en libro de " Responsabilidad Civil y Familia", Coordinado por VARGAS ARAVENA David y LEPIN MOLINA, Cristian, Thomson Reuters Chile, pag. 221.
- Medina, G., (2015) “Daños en el Derecho de Familia en el Código Civil y Comercial Unificado”, *Revista de Derecho de Familia y Sucesiones (Argentina)*, N° 5 (Sept.), 07-09-2015 Cita: IJ-LXXX-322; disponible en línea: <http://www.graciamedina.com/assets/Uploads/medina.pdf>
- Mulon, Élodie, (2014) *Domages-intérêts en matière de divorce: pour une suppression de l'article 266 du Code civil* en *Gazzete du Palais, Édition Spécialisée* 19 y 21.
- Olave C., (2019) Indemnización de perjuicios por incumplimiento de obligaciones resultantes de matrimonio. *Diario Constitucional*. Disponible en: <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/indemnizacion-de-perjuicios-por-incumplimiento-de-obligaciones-resultantes-del-matrimonio/>
- Orrego, J., (2021) Responsabilidad Extracontractual.
- Orrego, J., (2021). La Familia y el Matrimonio.
- Solari, N., (2012) "Los daños en las relaciones de familia", *Rev. Derecho de Daños*, Bs. As.
- Tapia, M. (2016). Divorcio y responsabilidad civil en el Derecho chileno. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, 84 (239), 139-198.

- Tapia, M. (2017). Responsabilidad civil entre cónyuges en el derecho francés contemporáneo. Revista de derecho (Valparaíso), (48), 51-77. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512017000100051>
- Terre, F. Simler, Ph. y Lequette, y Droit civil. Les obligations, 8ª edición, Paris, Dalloz, 2002, N° 558, p. 538.
- Valenzuela del Valle, J. (2012) “Responsabilidad Civil por el incumplimiento de obligaciones matrimoniales y por el ejercicio abusivo del divorcio unilateral. Un estudio de su admisibilidad en Chile”, Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, N° 1, Año 19, pág. 241-269.
- Vargas A., D. (2015). Del resarcimiento en Chile de los daños causados en el matrimonio. Recuperado de: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122015000100003 (30 de noviembre de 2021)
- Vargas, R. (2020). Diversas posturas con respecto a la admisibilidad o inadmisibilidad de la indemnización de perjuicios en caso de incumplimientos a los deberes matrimoniales en el derecho chileno. Revista de la Facultad de Derecho, (49), e104. Epub. <https://dx.doi.org/10.22187/rfd2020n49a4>

III.- Sentencias

- Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 909-2007, 25 de octubre de 2007.
- Corte de Apelaciones de La Serena, Rol N°507-2013, 03 de Abril de 2014 .
- Corte de Apelaciones de París, 3ª Sala, N°13/18059, 9 de abril de 2015.
- Corte de Apelaciones de Rancagua, Rol N°672-2007, 29 de octubre de 2007.
- Corte de Apelaciones de Talca, Rol: N°133-2012, 30 de agosto de 2012.
- Corte Suprema, Rol 263-2010 año 2012.
- Corte Suprema, Rol N° 10622-2014, 30 de Diciembre de 2014.
- Corte Suprema, Rol N° 5298-08, 17 de diciembre del 2008.
- Tribunal Constitucional, Rol INA 1423-2009.
- Tribunal Supremo de España, (RJ/2009/5490), 30 de junio de 2009.