

# INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS POR INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES MATRIMONIALES

**Mario Opazo González**

Magister en Derecho Mención Derecho Privado  
Profesor de Derecho Civil Universidad Andrés Bello

## INTRODUCCIÓN

Pese a que el tema de los daños en el derecho de familia es de reciente data en nuestro país, en los últimos años se ha visto como ha comenzado a ser discutido tanto por nuestra doctrina<sup>80</sup> como por nuestra jurisprudencia<sup>81</sup>; no obstante que en el extranjero ha sido objeto de un arduo y profundo debate<sup>82</sup>.

---

<sup>80</sup> Vid. HERANE VIVES, Francisco (2006): "Reparación por Incumplimiento de los Deberes Matrimoniales" en *Estudios de Derecho Civil II*. (Santiago, Abeledo Perrot) pp. 181 a 193; SEVERÍN FUSTER, Gonzalo (2007): "Indemnización entre Cónyuges por los Daños Causados con Ocasión del Divorcio" en *Estudios de Derecho Civil III*. (Santiago, Abeledo Perrot) pp. 99 a 140; HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel (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 A. G., Santiago de Chile, 04 de noviembre de 2008); LARROUCAU GARCÍA, María Matilde (2010): "Incumplimiento de las Obligaciones Conyugales y en Especial del Deber de Fidelidad como Fuente Generadora de Responsabilidad Civil" en *Revista Chilena de Derecho de Familia N° 2*, (Santiago, Abeledo Perrot) pp. 99 a 124; OPAZO GONZÁLEZ, Mario (2012): "El Principio de la Reparación Integral del Daño y los Daños Causados por Adulterio" en *Estudios de Derecho Civil VII*. (Santiago, Abeledo Perrot) pp. 589 a 605; VALENZUELA DEL VALLE, Jimena (2012): "Responsabilidad Civil por el Incumplimiento de Obligaciones Matrimoniales y por el Ejercicio Abusivo del Divorcio Unilateral. Un Estudio de su Admisibilidad en Chile", en *Revista de Derecho (Universidad Católica del Norte)* vol. 19, N° 1, pp. 241 a 269.

<sup>81</sup> Vid. TURNER SÆLZER, Susan (2013): "Deberes Personales Derivados del Matrimonio y Daños en la Jurisprudencia Chilena" en *Estudios de Derecho Civil VIII*. (Santiago, Abeledo Perrot) pp. 165 a 173.

<sup>82</sup> VARELA DE MOTTA, María Inés (1990): et al. en "Daños y Perjuicios causados por Adulterio. Mesa Redonda. Jurisprudencia Nacional. (Montevideo, Editorial Fundación de Cultura Universitaria); GROSMAN, Cecilia (2000): "La Responsabilidad de los Cónyuges entre sí y Respecto de los Hijos", en *Los Nuevos Daños. Soluciones Modernas de Reparación*. (Buenos Aires, Editorial Hammurabi S.R.L., T. I, 2ª ed.) pp. 425 a 449; NOVELLINO, Norberto (2000): "Acerca de la Procedencia o no de la Indemnización por Daños en el Derecho de Familia" en *Derecho de Daños. Daños en el Derecho de Familia. Cuarta Parte (A)*. (Buenos Aires, Editorial Ediciones La Rocca) pp. 35 a 71; VIDAL TAQUINI, Carlos (2000): *Matrimonio Civil. Ley 23.151. Comentario de los Artículos 159 a 239 del Código Civil y Demás Normas Vigentes*. (Buenos Aires, Editorial Astrea); MIZRAHI, Mauricio (2001): *Familia, Matrimonio y Divorcio*. (Buenos Aires, Editorial Astrea); SAMBRIZZI, Eduardo (2001): *Daños en el Derecho de Familia*. (Buenos Aires, Editorial La Ley); MEDINA, Graciela (2002): *Daños en el Derecho de Familia*. (Buenos Aires, Editorial Rubinzal – Culzoni Editores.)

Como puede advertirse, este tema es de suyo complejo, debido a la amplitud de las relaciones que comprende el derecho de familia. Así, en una primera aproximación, es posible señalar que puede haber daños dentro del derecho de familia, por ejemplo, por no reconocimiento de un hijo, por no pago de pensiones alimenticias, por violencia intrafamiliar, por incumplimiento de los deberes y obligaciones entre padres e hijos, por incumplimiento de las obligaciones de tutores y curadores y, por cierto, por incumplimiento de las obligaciones matrimoniales.

Tal como se adelantó, en el derecho extranjero este tema se ha venido discutiendo desde hace algún tiempo, distinguiendo las distintas hipótesis de daños en el derecho de familia que pueden presentarse. Dentro de ellas, se ha prestado especial atención a lo que ocurre frente al incumplimiento de las obligaciones matrimoniales, con especial énfasis en el tema del adulterio.

A partir de lo anterior, el presente trabajo pretende centrarse exclusivamente en los daños por incumplimiento de las obligaciones matrimoniales, haciendo un análisis dogmático de las disposiciones del derecho civil chileno que permiten sostener la procedencia de una acción indemnizatoria en caso que se incumplan tales obligaciones y refutando los argumentos que plantean las doctrinas denegatorias para sostener que tal acción indemnizatoria es improcedente.

## **INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES MATRIMONIALES.**

En nuestra legislación, el incumplimiento de las obligaciones matrimoniales trae aparejadas diversas consecuencias jurídicas. Así, podemos mencionar:

**1.-** Constituyen una causal de separación judicial personal (art. 26 Ley N° 19.947). *Como consecuencia de lo anterior, se producen los siguientes efectos jurídicos:*

1.1.- El cónyuge que ha dado motivo a la separación judicial por su culpa se hace indigno de suceder (arts. 994 inc. 1º y 1.182 inc. 2º CC).

1.2.- La sentencia firme de separación judicial autoriza a revocar las donaciones por causa de matrimonio que se hubieren hecho al cónyuge que hubiere dado motivo a la separación por su culpa (arts. 172 y 1.790 inc. 2º CC).

1.3.- El cónyuge que dio lugar a la separación judicial por su culpa pierde el derecho a invocar el beneficio de competencia (art. 1.626 N° 2 CC).

1.4.- En materia de alimentos, el cónyuge que haya dado motivo a la separación judicial por su culpa sólo tiene derecho a que el otro le provea de lo indispensable para una modesta sustentación (art. 175 CC).

2.- Constituyen una causal de divorcio – sanción (art. 54 Ley N° 19.947).

3.- Constituye una causal de separación judicial de bienes, si los cónyuges estaban casados bajo régimen de sociedad conyugal y es el marido el que no cumple. (arts. 155 inc. 2° y 159 CC).

Frente a este escenario, cabe preguntarse si ahí se agotan los efectos del incumplimiento de las obligaciones matrimoniales o si es posible concebir la existencia de otros efectos jurídicos. El problema se plantea, fundamentalmente, si ese incumplimiento ha producido daños al otro cónyuge; piénsese, por ejemplo, con lo que ocurre en materia de adulterio: la persona que advierte que su cónyuge ha incurrido en esta conducta puede sufrir daños materiales (tratamiento psicológico, tratamiento psiquiátrico, medicamentos, etc.); así como también daños morales (sentirse traicionado, decepcionado, engañado, etc.). ¿Cabe demandar la indemnización de esos daños? Esta es la pregunta que se tratará de responder en los párrafos que siguen.

## **INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS POR INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES MATRIMONIALES.**

Tal como se señaló, en la doctrina, especialmente extranjera, existen diversas opiniones respecto a la procedencia de la indemnización de perjuicios por incumplimiento de las obligaciones matrimoniales, las cuales pueden ser agrupadas en: teorías denegatorias, teorías eclécticas y teorías permisivas.

### **1.- TEORÍAS DENEGATORIAS.**

Sostienen que no procede la indemnización de perjuicios, ni para resarcir los daños provenientes de los hechos constitutivos de la causal de divorcio o separación, ni para resarcir los daños provenientes del divorcio o separación en sí. Para justificar esta posición, se han dado siguientes argumentos:

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

Dentro de las sanciones para el incumplimiento de las obligaciones matrimoniales, no existe ninguna disposición legal que señale a la indemnización de perjuicios como un efecto del mismo<sup>83</sup>. Si la intención del legislador hubiese sido hacer procedente la indemnización de perjuicios en caso de adulterio, lo habría dicho expresamente, tal como ocurre, *por ejemplo, en el artículo 1.771 CC al señalar que – frente a los daños causados en los bienes propios de alguno de los cónyuges casados en un régimen de sociedad conyugal – responderá el otro cónyuge si el daño se causó por su dolo o culpa grave, o en el artículo 197 inciso 2º CC, que admite expresamente una acción indemnizatoria en el ámbito personal del derecho de familia. Luego, a contrario sensu, debiera entenderse que – si el legislador expresamente la permitió en esos casos específicos – en los demás casos no procede.*

Frente a este argumento, debe tenerse presente que la ausencia de una disposición legal expresa no autoriza a excluir la aplicación de las reglas generales en materia de responsabilidad civil. No cabe aplicar acá el argumento del contrario sensu; como explica el jurista Luis Claro Solar<sup>84</sup>, este argumento es la más de las veces peligroso y falso. El silencio del legislador por sí solo no prueba nada. Si la ley es una declaración de voluntad, es necesario que el legislador haya hablado para que se pueda decir que quiere alguna cosa. Ordinariamente el argumento a contrario no prueba sino cuando, partiendo de una disposición excepcional, permite volver al derecho común que recupera su imperio. Luego, como *la indemnización, cuando se ha causado daños, no es excepcional, sino que es la regla general, no cabe aplicar el argumento de la contradicción.*

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

El profesor Gabriel Hernández<sup>85</sup> sostiene que ante un daño acaecido en las relaciones de familia, el legislador prescribe herramientas específicas para enfrentar el conflicto familiar, que toman en cuenta la dinámica propia de éste.

---

<sup>83</sup> Cfr. GROSAN, Cecilia, (n. 3), p. 428.

<sup>84</sup> CLARO SOLAR, Luis (1931): *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. T. I. (Santiago de Chile, Editorial Imprenta Cervantes) pp. 127 y s.

<sup>85</sup> HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel, (n. 1), p. 12.

Admitir la indemnización de perjuicios significaría una doble condenación frente al mismo hecho<sup>86</sup>, lo que contradice el principio “Non Bis In Idem”, pues se estaría sancionando dos veces la misma infracción.

Sin embargo, ello no es efectivo, pues, por una parte – en la actualidad – no se considera a la indemnización de perjuicios como una sanción y, por otra, de llegar a considerarse como una sanción, se estaría sancionando dos aspectos diferentes del mismo hecho. En efecto, el profesor Hernán Corral<sup>87</sup> señala que la indemnización tiene un función eminentemente reparatoria o incluso satisfactoria, pero no sancionatoria y, aunque reconoce la existencia de otras funciones, en relación a la función punitiva, sostiene que existen sistemas en los que la indemnización de perjuicios la cumple en forma explícita y declarada, como ocurre en el sistema angloamericano. Con todo, agrega que esta figura no debe ser importada a un sistema como el nuestro, en el que se diferencia la responsabilidad civil de la responsabilidad penal.

Para la profesora Carmen Domínguez<sup>88</sup>, la reparación por daño moral es una compensación satisfactoria, es decir, siempre se trata de un sustituto o una compensación en cualquiera de sus especies, esto bien sea en forma específica o en dinero. Agrega que si se entiende de este modo a la reparación, es posible sostener que no es necesario distinguir – como suele hacerlo la doctrina – entre la función satisfactoria que cumple la indemnización en el caso de los daños morales y la función compensatoria que tiene en las hipótesis de perjuicios patrimoniales, porque, en verdad, su rol es siempre el mismo, como lo es el de la propia responsabilidad civil: la reparación pecuniaria es siempre una compensación que no persigue borrar el perjuicio, cosa imposible, sino procurar con la atribución de una determinada cantidad de dinero las satisfacciones que la víctima o acreedor estimen del caso<sup>89</sup>.

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

---

<sup>86</sup> Cfr. GROSAN, Cecilia, (n. 3), p. 428.

<sup>87</sup> CORRAL TALCIANI, Hernán (2013): “Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual”. (Santiago, Thomson Reuters, 2ª ed.) pp. 60 y ss.

<sup>88</sup> DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. *El Daño Moral* (2000) (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, T. I) p. 136.

<sup>89</sup> DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, (n. 9), p. 162.

### **1.2.1.- LA FALTA DE ASENSO.**

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

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

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

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

Como puede verse, se aplican distintas sanciones a la falta de asenso o, mejor aún, se sancionan diversos aspectos del mismo hecho, sin que la doctrina nacional se haya pronunciado señalando que se está conculcando el principio "Non Bis In Idem"<sup>90</sup>.

### **1.2.2.- HEREDERO QUE SUSTRAE UN EFECTO HEREDITARIO.**

Según el artículo 1.231 CC, el heredero tiene una doble sanción, ya que pierde la facultad de repudiar la asignación y, no obstante su repudiación, permanecerá como heredero; además, pierde su derecho cuotativo en los efectos sustraídos<sup>91</sup>.

En este caso, tampoco se advierte – por parte de la doctrina – una especial preocupación por el hecho de existir una doble sanción<sup>92</sup>.

### **1.3.- ESPECIALIDAD DEL DERECHO DE FAMILIA.**

Según Cecilia Grosman<sup>93</sup> los preceptos generales actúan únicamente cuando hay un total vacío legislativo, hipótesis en la cual no se encuentra el divorcio.

---

<sup>90</sup> Cfr. COURT MURASSO, Eduardo (2009): *"Curso de Derecho de Familia". Matrimonio – Regímenes Matrimoniales – Uniones de Hecho.* (Santiago, Legal Publishing), pp. 27 y s., y RAMOS PAZOS, René (2005): *Derecho de Familia.* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, T. I) p. 50.

<sup>91</sup> SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel (2007): *"Derecho Sucesorio".* T. II, versión de René Abeliuk M., (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 7ª ed.), p. 469.

<sup>92</sup> En este mismo sentido ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (2005): *"Derecho Sucesorio".* (Santiago, Editorial LexisNexis) p. 74, y DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón y DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (2011). *Derecho Sucesorio.* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, T. I, 3ª ed.) p. 207.

<sup>93</sup> Cfr. GROSMAN, Graciela, (n. 3), p. 428.

Conforme lo explica Graciela Medina<sup>94</sup> el régimen matrimonial es especial, de manera que las características propias de la institución del matrimonio atienden a una particular realidad fundamental de convivencia que no permite aplicar las normas que son propias del ámbito negocial o relativas a la responsabilidad por los hechos ilícitos.

Eduardo Sambrizzi<sup>95</sup> también señala que los autores partidarios de la tesis denegatoria sostienen que esta especialidad del derecho de familia implica la inaplicabilidad – en ese ámbito – de normas generales de responsabilidad, las cuales no habrían sido dictadas para el caso del matrimonio, en cuya regulación no se señala de manera explícita la posibilidad de una indemnización para los supuestos de separación personal o de divorcio.

En este sentido, Mizrahi sostiene que no cabe duda que el derecho de familia tiene una naturaleza específica; en consecuencia, el divorcio tiene sus propias sanciones<sup>96</sup>, de manera que si no se contempló expresamente la indemnización de perjuicios, es porque no tiene cabida en nuestra legislación.

Sin embargo, no es efectivo que los preceptos generales tengan cabida sólo en caso de un total vacío legislativo, pues – para aplicar los preceptos generales – basta con que exista un vacío legislativo, aunque éste no sea total. En este sentido, es posible identificar diversos casos en los que se aplican las reglas generales, existiendo sólo un silencio parcial del legislador. Para estos efectos, vamos a señalar tres ejemplos:

### **1.3.1.- CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO.**

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

Así por ejemplo, los profesores William Thayer Arteaga y Patricio Novoa Fuenzalida, al señalar las características del contrato individual de trabajo, expresamente hacen referencia a las disposiciones del Código

---

<sup>94</sup> MEDINA, Graciela, (n. 3), pp. 49.

<sup>95</sup> SAMBRIZZI, Eduardo, (n. 3), pp. 134 y s.

<sup>96</sup> MIZRAHI, Mauricio, (n. 3), p. 504.

Civil<sup>97</sup>; lo mismo ocurre, al tratar de los requisitos esenciales del contrato de trabajo<sup>98</sup>. Lo mismo hace el profesor Héctor Humeres Noguier, quien, al referirse al carácter consensual del contrato individual de trabajo, expresamente se remite al artículo 1.443 del Código Civil<sup>99</sup>. En el mismo sentido se pronuncia el profesor Luis Lizama Portal<sup>100</sup>, quien – al referirse a las condiciones de validez del contrato de trabajo – señala que se encuentra sujeto a las reglas generales del derecho común sobre validez de los actos jurídicos y se remite al artículo 1.445 del Código Civil. Así también lo hace la profesora Gabriela Lanata Fuenzalida<sup>101</sup>, quien – al examinar las características del contrato individual del trabajo – expresamente se refiere a las clasificaciones de los contratos que establece el Código Civil.

### **1.3.2.- MATRIMONIO SIMPLEMENTE NULO.**

En materia de efectos del matrimonio simplemente nulo – se señala – se aplican las reglas generales en materia de efectos de la nulidad, de los artículos 1.687 y siguientes del Código Civil, aunque no exista un total silencio legislativo. Así lo entiende, por ejemplo, el profesor Eduardo Court, quien aplica las reglas generales a los efectos de un matrimonio simplemente nulo<sup>102</sup>; lo mismo ocurre con el profesor René Ramos Pazos, quien hace aplicable el artículo 1.687 del Código Civil<sup>103</sup>.

### **1.3.3.- MUJER O SUS HEREDEROS QUE RENUNCIAN A LOS GANANCIALES.**

Según el artículo 1.781 del Código Civil, una vez disuelta la sociedad conyugal, puede renunciar la mujer o, si ha fallecido, pueden hacerlo sus herederos<sup>104</sup>. De conformidad al artículo 1.782 inciso 2º del mismo Código, la renuncia a los gananciales es un acto jurídico irrevocable. Sin embargo, la misma disposición señala que puede rescindirse en caso de error y de dolo, sin mencionar la fuerza. No obstante este silencio del

---

<sup>97</sup> Cfr. THAYER ARTEAGA, William y NOVOA FUENZALIDA, Patricio (2003): *Manual de Derecho del Trabajo. Derecho individual del Trabajo*. T. III. (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile) pp. 104 y ss.

<sup>98</sup> Cfr. THAYER ARTEAGA, William y NOVOA FUENZALIDA, Patricio, (n. 18), pp. 185 y ss.

<sup>99</sup> Cfr. HUMERES NOGUER, Héctor (2009): *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Derecho Individual del Trabajo y Procedimiento Laboral*. T. I. (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile) p. 116.

<sup>100</sup> LIZAMA PORTAL, Luis (2005): *Derecho del Trabajo*. (Santiago de Chile, Editorial LexisNexis) p. 21.

<sup>101</sup> Cfr. LANATA FUENZALIDA, Gabriela (2006) *Contrato Individual de Trabajo*. (Santiago de Chile, Editorial LexisNexis) pp. 89 y ss.

<sup>102</sup> Cfr. COURT MURASSO, Eduardo, (n. 11), p. 57.

<sup>103</sup> Cfr. RAMOS PAZOS, René, (n. 11), T. I, p. 90.

<sup>104</sup> COURT MURASSO, Eduardo, (n. 11), p. 191.

legislador, la doctrina ha sostenido que, en caso de fuerza, debe aplicarse las reglas generales de los artículos 1.456 y 1.457 CC<sup>105</sup>. En consecuencia, aunque la disposición legal especial nada dice respecto a que la renuncia a los gananciales se puede rescindir en caso de fuerza, la doctrina no discute que ello procede de conformidad a las reglas generales.

#### 1.4.- ARGUMENTOS ÉTICOS.

La conciencia se subleva ante los reclamos del cónyuge que pretende cobrarse el precio de su honor lastimado; fomenta especulaciones malsanas y codicias agresivas, y es arbitraria la fijación del daño moral<sup>106</sup>. En este sentido, Vidal Taquini<sup>107</sup> sostiene que la indemnización de perjuicios por adulterio provoca una repulsión instintiva, por lo cual la conciencia moral se subleva ante semejantes reclamos, siendo incomprensible la doctrina que admite tales indemnizaciones, que fomenta especulaciones malsanas y codicias agresivas, pues la mujer que se dice seducida y espera lucro del precio de su dolor ¿qué otra cosa hace sino invocar su torpeza, es decir, caer en la excepción que cierra en otros casos la puerta de los tribunales? Consecuente con lo anterior, los litigios en los que el cónyuge exhibe ante los tribunales las miserias de la vida conyugal y hace mérito de ellas para cobrarse en dinero constante y sonante su deshonor, son indignos desde el punto de vista de la sensibilidad social y, aunque el adulterio es un hecho ilícito y que el marido engañado pueda haber sufrido daños con motivo de él, la acción por la cual se pretende lucrar con la deshonor es contraria a la moral y a las buenas costumbres, y no puede ser acogida por los tribunales.

Dentro de los argumentos éticos, Hernández Paulsen señala que la naturaleza de las relaciones de familia impide aplicar el estatuto de la responsabilidad civil, atendido que al interior de estas relaciones existen vínculos de solidaridad y altruismo que son contrarios a las reclamaciones judiciales. De esta manera, no es propio de la relación de familia – que supone solidaridad y altruismo – que un cónyuge o conviviente demande al otro. Ello, por cuanto se produciría la disolución o el debilitamiento de la familia como institución<sup>108</sup>.

*Este argumento puede ser refutado, ya que no hay nada de inmoral en que se demande la indemnización de los daños causados por el incumplimiento de las obligaciones matrimoniales, sino que lo inmoral*

---

<sup>105</sup> RAMOS PAZOS, René, (n. 11), T. I, p. 273; COURT MURASSO, Eduardo, (n. 11), p. 192; LÓPEZ DÍAZ, Carlos (2013) *Manual de Derecho de Familia*. (Santiago, Metropolitana, 2ª ed.) , p. 448.

<sup>106</sup> Vid. GROSAN, Cecilia, (n. 3), pp. 428 y s.

<sup>107</sup> VIDAL TAQUINI, Carlos, (n. 3), p. 467 y s.

<sup>108</sup> HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel, (n. 1), pp. 11 y s.

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

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

Esta indemnización de perjuicios no es inmoral, pues no se trata de obtener un beneficio, sino de resarcirse de los perjuicios ocasionados por la conducta del culpable, sea directamente por los propios actos de éste, sea indirectamente como consecuencia de la separación o del divorcio. La reparación debe incluir, naturalmente, el daño material, así como también el moral<sup>109</sup>.

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

La calificación de culpable en una sentencia de divorcio o separación personal es muy endeble, porque es muy difícil determinar – en una relación privada, íntima y de interacción cotidiana – cuál es el alcance de la responsabilidad de cada uno en el fracaso matrimonial<sup>110</sup>

En este sentido Sambrizzi<sup>111</sup> señala que, si bien en general la culpa en el divorcio o la separación es atribuible a ambos cónyuges, el juez puede encontrar culpable a no sólo uno de ellos, resultando difícil dilucidar cuál es el cónyuge verdaderamente culpable; lo mismo ocurre si los hechos en virtud de los cuales se declaró la culpabilidad de uno tuvieron como causa otros hechos del otro cónyuge, igualmente constitutivos de causales de separación, que no se hayan podido acreditar en el juicio.

Mizrahi<sup>112</sup> comparte esta opinión, al sostener que el rompimiento de la unión matrimonial suele tener su causa en problemas bilaterales, en una relación disfuncional, de manera que no hay certeza respecto a que exista culpa exclusiva de uno de los cónyuges, toda vez que estos hechos

---

<sup>109</sup> BELLUSCIO, Augusto (2004): *Manual de Derecho de Familia*. T. I. Buenos Aires, (Editorial Astrea) p. 541.

<sup>110</sup> Cfr. GROSAN, Cecilia, (n. 3), p. 429.

<sup>111</sup> SAMBRIZZI, Eduardo, (n. 3), p. 136.

<sup>112</sup> MIZRAHI, Mauricio, (n. 3), p. 505.

podrían ser el resultado de una mala convivencia conyugal, en las que los agravios han sido recíprocos.

Este argumento también puede ser refutado, ya que no tiene cabida en el caso que nos ocupa. En efecto, una cosa es sostener que en la ruptura de la armonía conyugal intervienen distintos factores que son imputables a ambos cónyuges, pero otra distinta es sostener que el incumplimiento de las obligaciones matrimoniales no pueda ser imputable a alguno de los consortes. En efecto, ese incumplimiento no puede tratar de ser justificado en los actos de desamor del otro cónyuge, pues – sostener esto – equivaldría a una especie de excepción de contrato no cumplido, la cual no es admisible en materia matrimonial.

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

El proceso contradictorio en el cual se pretende indagar en la culpabilidad causa daño al núcleo familiar, pues contribuye a profundizar los conflictos<sup>113</sup>.

La tendencia en la doctrina y en el derecho comparado, como apunta Mizrahi<sup>114</sup>, es abandonar la noción de divorcio – culpable e ir al divorcio – remedio; sin embargo, de aceptarse la indemnización, se impulsaría una fuga del divorcio – remedio al divorcio – sanción; de esta manera existe un mandato para el juez – quien tiene una responsabilidad social – y, por tanto, debe evitar sumergir más profundamente a los litigantes en la crisis que padecen. Consecuente con ello, no puede admitirse la reparación de daños por incumplimiento de las obligaciones matrimoniales, pues tal interpretación favorecerá a un mayor deterioro de las relaciones de familia.

A mayor abundamiento, de admitirse la indemnización por los hechos que dan lugar al divorcio, se estaría frustrando toda posible solución del conflicto matrimonial y familiar, a través de los modernos métodos alternativos y técnicas multidisciplinarias<sup>115</sup>. Además – como señala Hernández Paulsen<sup>116</sup> – de aplicarse el estatuto de la responsabilidad civil sin contrapesos, ello llevaría a un aumento de la litigiosidad. En efecto, si los abogados nos quejamos de que los tribunales de familia están colapsados, resulta peligroso imaginarse qué ocurriría con esta

---

<sup>113</sup> Cfr. GROSAN, Cecilia, (n. 3), p. 429.

<sup>114</sup> MIZRAHI, Mauricio, (n. 3), p. 505.

<sup>115</sup> MEDINA, Graciela, (n. 3), pp. 60 y s.

<sup>116</sup> HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel, (n. 1), p. 13.

litigiosidad de admitirse la indemnización de perjuicios en el derecho de familia. Por otro lado, no habría posibilidades reales de controlar que a los tribunales no llegaran los llamados “casos de bagatela” y los casos que carecen de mayor sustento jurídico. Cualquier disputa familiar, cualquier discusión, por mínima que sea, terminaría siendo conocida por los tribunales de justicia con todo el atochamiento que esto genera.

Como consecuencia de ello, habría daños que deben quedar sin reparación, por ejemplo, la traición de un amigo<sup>117</sup>.

Este argumento es difícil de sostener, pues, si pensamos que se está en un juicio de divorcio o separación judicial por culpa, es muy poco probable que un juicio indemnizatorio pueda profundizar – aún más – los conflictos familiares. Pareciera ser que – cuando se llega a la demanda de divorcio o separación judicial por culpa – la armonía conyugal se ha resquebrajado irremediablemente y, si bien el Juez de Familia tiene el deber de procurar recomponer la vida conyugal que se ha visto quebrantada, en los hechos ello prácticamente no ocurre.

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

El matrimonio genera deberes personales entre los cónyuges los cuales – en rigor – no constituyen obligaciones, puesto que carecen de un contenido patrimonial. En consecuencia, el divorcio o la separación se producen por la infracción de un deber y no por el incumplimiento de una obligación<sup>118</sup>. En efecto, para que exista una obligación, la prestación que constituye su objeto debe ser susceptible de apreciación pecuniaria, consecuencia patrimonial del derecho creditorio, por lo cual – si la prestación careciera de significación pecuniaria, si no fuera estimable en dinero – el acreedor no tendría la obligación en su patrimonio ni experimentaría daño patrimonial alguno por causa de su inejecución. No es posible ampliar de tal manera el concepto de obligación como para hacer entrar en esta noción los deberes referentes a prestaciones que no son susceptibles de apreciación pecuniaria, porque ello deforma la visión del deber de contenido extrapatrimonial cuando proyecta, para su infracción, el sistema de sanciones de tipo resarcitorio propio del régimen de las obligaciones, y así no es admisible que el cónyuge inocente en caso de divorcio, reclame del otro el resarcimiento del daño que le causa el incumplimiento del deber de fidelidad conyugal<sup>119</sup>.

---

<sup>117</sup> Cfr. MEDINA, Graciela, (n. 3), p. 57

<sup>118</sup> SAMBRIZZI, Eduardo, (n. 3), p. 134.

<sup>119</sup> VIDAL TAQUINI, Carlos, (n. 3), pp. 468 y s.

En el mismo sentido, Llambías<sup>120</sup> sostiene que si una relación jurídica está desprovista de significación patrimonial, y con ello de coercibilidad, por la vía subsidiaria del resarcimiento de un daño, queda deformada la estructura de la “obligación” y debilitado el valor que representa para el hombre como instrumento idóneo para la satisfacción de sus necesidades morales o materiales; englobar, forzada e indiscriminadamente, en una misma categoría jurídica, derechos patrimoniales y extrapatrimoniales no presenta ninguna ventaja, pues la diversidad de su naturaleza impondrá una diversidad de régimen que la ciencia del derecho no puede desconocer.

En síntesis, la obligación se distingue del simple deber moral en que tiene sanción en caso de incumplimiento y puede ser cumplida compulsivamente<sup>121</sup>.

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

En este sentido, el profesor Daniel Peñailillo<sup>122</sup> señala que no es posible afirmar que lo que constituye o no obligación se defina exclusivamente con el contenido de la prestación, puesto que ello también depende de la presencia de los demás elementos y, principalmente, con la intención de obligarse, llamada – en general – seriedad de la voluntad. Consecuente con ello, ¿podría alguien sostener que, quien contrae matrimonio, no lo hace con la intención de obligarse? Si así fuere, estaríamos frente al impedimento dirimente que la doctrina ha denominado “falta de madurez”<sup>123</sup>, contemplado en el artículo 5º Nº 4 de la Ley Nº 19.947.

---

<sup>120</sup> LLAMBIÁS, Jorge (2005): et al. *Manual de Derecho Civil. Obligaciones*. (Buenos Aires, Editorial LexisNexis Abeledo – Perrot) p. 20.

<sup>121</sup> CAFFARENA DE JILES, Elena (1952): “Refutación a los Comentarios de don Enrique Rossel Saavedra, sobre la Jurisprudencia en Materia de Alimentos” (en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. XLIX, 1ª Parte) p. 32.

<sup>122</sup> PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (2006): *Obligaciones. Teoría General y Clasificaciones. La Resolución por Incumplimiento*. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1ª Edición) p. 92.

<sup>123</sup> Cfr. RAMOS PAZOS, René, (n. 11), T. I, p. 43; BARRIENTOS GRANDON, Javier y NOVALES ALQUÉZAR, Aranzazu (2004): *Nuevo Derecho Matrimonial Chileno. Ley Nº 19.947: Celebración del Matrimonio, Separación, Divorcio y Nulidad*. (Santiago, Lexis Nexis) p. 228; SALINAS ARANEDA, Carlos (2006): “Una Lectura de las Nuevas Causales de Nulidad del Matrimonio Civil a la Luz del Derecho Canónico” en *El Nuevo Derecho Chileno del Matrimonio (Ley Nº 19.947 de 2004)*. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) p. 116.

En el mismo sentido se plantea la profesora Carmen Domínguez<sup>124</sup>, quien cuestiona a las teorías que exigen la necesaria patrimonialidad de la prestación para estar frente a una obligación, sosteniendo que en dichas teorías existe una petición de principio, puesto que ninguna fundamenta adecuadamente la razón de por qué sólo lo patrimonial puede ser el contenido obligacional. Luego, en defecto de razones jurídicas de fondo que demuestren la necesidad de excluir – dentro de la categoría de las obligaciones jurídicas – a aquellas que carezcan de una prestación patrimonial, debe admitirse un concepto amplio de dicha prestación. Esto significa aceptar que la obligación puede o no estar constituida por una prestación de índole patrimonial.

Cabe tener presente que los argumentos dados por Llambías no tienen aplicación en Chile, por cuanto la conclusión a que él llega la extrae a partir de los artículos 1.167, 953 y 1.169 del Código Civil argentino<sup>125</sup>, de los que se desprende que la prestación debe tener un contenido patrimonial, disposiciones que no tienen normas equivalentes en nuestro Código Civil, de manera que no es posible llegar a la misma conclusión.

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

Tampoco resulta justificada la afirmación hecha por doña Elena Caffarena<sup>126</sup>, en orden a que la obligación se caracteriza por el hecho que su incumplimiento tiene aparejada una sanción y porque se puede pedir su cumplimiento forzado. En efecto, cuando estamos frente al incumplimiento de una obligación de no hacer, de conformidad al artículo 1.555 del Código Civil, por regla general, el único efecto será que surja la obligación del deudor de indemnizar los perjuicios que haya sufrido el acreedor y, como ya se señaló, la indemnización de perjuicios no constituye una sanción<sup>127</sup>. Por otro lado, está el ya clásico ejemplo de las obligaciones naturales que – de conformidad a lo dispuesto en el artículo 1.470 del Código Civil – no confieren acción para demandar su

---

<sup>124</sup> DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, (n. 9), p. 226.

<sup>125</sup> El artículo 1.167 del Código Civil argentino expresa *“Lo dispuesto sobre los objetos de los actos jurídicos y de las obligaciones que se contrajeren, rige respecto a los contratos, y las prestaciones que no pueden ser el objeto de los actos jurídicos, no pueden serlo de los contratos”*. El artículo 953 del mismo cuerpo legal señala *“El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, (...)”*. El artículo 1.169 del mismo código dispone que *“La prestación, objeto de un contrato, puede consistir en la entrega de una cosa, o en el cumplimiento de un hecho positivo o negativo susceptible de una apreciación pecuniaria”*.

<sup>126</sup> Vid. n. 42.

<sup>127</sup> DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, (n. 9), p. 162.

cumplimiento; sin embargo, no se discute su naturaleza obligacional. En consecuencia, una obligación se determina por su estructura propia y no por la existencia de una sanción o de la posibilidad de exigir su cumplimiento forzado.

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

Según Graciela Medina<sup>128</sup>, para las teorías denegatorias no procede la indemnización, pues – quienes se casan – piensan que los deberes derivados del matrimonio serán cumplidos por el otro cónyuge y si esto no se logra, se deberá soportar el fracaso. En consecuencia, de admitirse la indemnización, ello significaría asegurar a quien se equivoca en su elección una reparación pretendidamente paliativa de los agravios sufridos<sup>129</sup>, lo que resulta ser – a todas luces – inadmisibles.

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

### **1.9 DISMINUCIÓN DE LOS MATRIMONIOS.**

Si las personas supieran que van a tener que indemnizar los daños que causen a su cónyuge por infracción a los deberes que genera el matrimonio, no se casarían, es decir, se produciría una disminución en la tasa de matrimonios<sup>130</sup>.

Por otro lado, se produciría un aumento de los costos del divorcio, pues – además de compensación económica – habría que pagar una indemnización de perjuicios<sup>131</sup>.

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

---

<sup>128</sup> MEDINA, Graciela, (n. 3), p. 55.

<sup>129</sup> MIZRAHI, Mauricio, (n. 3), p. 505.

<sup>130</sup> Cfr. MEDINA, Graciela, (n. 3), p. 56.

<sup>131</sup> Cfr. HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel, (n. 1), p. 12.

hubiera interesado en regular los vicios del consentimiento, pues el fin de obtener la celebración de matrimonios sería más importante que la presencia de un consentimiento viciado. En segundo lugar, resulta aplicable lo señalado en el numeral anterior, esto es, que resulta tan absurdo como sostener que debe terminarse con la responsabilidad contractual, pues ella acarrea una disminución en la celebración de contratos.

### 1.10 LOS DAÑOS HAN SIDO COMPENSADOS CON ALIMENTOS.

Los daños son compensados con los alimentos que el cónyuge culpable debe pagar al inocente; si el legislador ha previsto en la prestación alimentaria aspectos que son propios de las prestaciones compensatorias, compensa el daño que eventualmente pudo haber sufrido alguno de los cónyuges<sup>132</sup>. En nuestro país, este tema se entiende referido a la compensación económica y al problema de su naturaleza jurídica<sup>133</sup>; de aceptarse que tiene una naturaleza indemnizatoria, no

---

<sup>132</sup> Cfr. MEDINA, Graciela, (n. 3), p. 57.

<sup>133</sup> El artículo 61 de la Ley N° 19.947 señala que “*Si, como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, uno de los cónyuges no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, tendrá derecho a que, cuando se produzca el divorcio o se declare la nulidad del matrimonio, se le compense el menoscabo económico sufrido por esta causa*”. A partir de esto se han dado distintas definiciones de lo que es la compensación económica; algunos autores la definen poniendo acento en que se trata de una prestación (VENEGAS ORTIZ, Pablo y VENEGAS ALFARO, Andrés. *La Compensación Económica en la Nueva Ley de Matrimonio Civil*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 13); otros en que se trata de una obligación legal (VIDAL OLIVARES, Álvaro. “La Compensación por Menoscabo Económico en la Ley de Matrimonio Civil” en *El Nuevo Derecho Chileno del Matrimonio (Ley N° 19.947 de 2004)*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 286); otros, en que se trata de una consecuencia económica (DEL PICÓ RUBIO, Jorge. *Derecho Matrimonial Chileno*, Santiago, Abeledo Perrot, 2010, p. 440), y otros en que se trata de un derecho (RAMOS Pazos, René, (n. 11), T. I, pp. 110 y s., y BARRIENTOS GRANDÓN, Javier y NOVALES ALQUÉZAR, Aranzazu, (n. 45), p. 420.

Del mismo modo, se ha discutido su naturaleza jurídica. Para algunos tiene una naturaleza alimenticia, como se señaló en la indicación de los senadores Chadwick, Romero y Díez; sin embargo, esta consideración de la compensación económica como alimentos fue sustituida por una asimilación a éstos, es decir, sin ser alimentos, era considerada como tales (BARRIENTOS GRANDÓN, Javier y NOVALES ALQUÉZAR, Aranzazu, (n. 45), pp. 413 y 416); finalmente – en el texto definitivo – sólo quedó que se le consideraría como alimentos para el efecto de su pago. Otros señalan que tiene un carácter compensatorio: su fundamento se encuentra en el desequilibrio económico. (VIDAL OLIVARES, Álvaro. “La Compensación por Menoscabo Económico en la Ley de Matrimonio Civil” en *El Nuevo Derecho Chileno del Matrimonio (Ley N° 19.947 de 2004)*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 251); en consecuencia, se trataría de una manifestación del Principio del Rechazo al Enriquecimiento a Expensas de Otro (PIZZARRO WILSON, Carlos. “La Compensación Económica en la Nueva Ley de Matrimonio Civil” en *Revista Chilena de Derecho Privado*. Santiago, Ediciones Fundación Fueyo Laneri, N° 3, 2004, pp. 90 y s). Finalmente, hay quienes sostienen que corresponde a una

cabría la indemnización de perjuicios por los daños causados por incumplimiento de las obligaciones matrimoniales, pues éstos ya habrían sido indemnizados.

Sin embargo, no es posible sostener tal naturaleza indemnizatoria, por las siguientes razones:

1.10.1.- No concurre ninguno de los requisitos exigidos por la ley para que surja la responsabilidad civil. En efecto, no se advierte cuál sería el hecho antijurídico y no hay imputabilidad. Por otro lado, en la determinación de su monto, no se toma en consideración la extensión de los daños causados, sino los parámetros que establece el artículo 62 inciso 1º de la Ley Nº 19.947; es más, la ley ni siquiera exige la concurrencia de un daño, pues, como lo señalan Pizarro Wilson y Vidal Olivares<sup>134</sup>, *el menoscabo proviene de las referidas condiciones de la vida matrimonial.*

1.10.2.- Tampoco puede sostenerse que estamos frente a un caso de responsabilidad estricta, pues ésta – debido a su carácter excepcional – precisa de un texto legal expreso que la consagre<sup>135</sup>.

10.2.3.- Además, falta la característica fundamental de la responsabilidad civil, *consistente en restituir las cosas al estado anterior a la ocurrencia del hecho que causa daño.* No es función de la compensación colocar al cónyuge en la misma situación, como si el matrimonio no se hubiese celebrado o su terminación no hubiese tenido lugar; la mirada es hacia el futuro. En otras palabras, la compensación corrige el menoscabo y no repara el menoscabo, evitando el empeoramiento del cónyuge más débil; por ello el legislador obliga a considerar el pasado para el solo efecto de mirar hacia el futuro<sup>136</sup>.

10.2.4.- Cabe tener presente que para el profesor Carlos Lepin<sup>137</sup> la naturaleza jurídica de la compensación económica correspondería a una hipótesis de responsabilidad sin culpa, porque existe, aunque de parte del sujeto no haya habido la más mínima culpa y provenga de hechos lícitos o permitidos por la autoridad. Sin embargo, tal afirmación resulta

---

indemnización o compensación por daños patrimoniales (COURT MURASSO, Eduardo, (n. 11), p. 71); se trataría de una indemnización del lucro cesante y del costo de oportunidad laboral (Cfr. BARRIENTOS GRANDÓN, Javier y NOVALES ALQUÉZAR, Aranzazu, (n. 45), p. 418).

<sup>134</sup> PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro (2010): *La Compensación Económica por Divorcio o Nulidad Matrimonial.* (Santiago, Legal Publishing) p. 31.

<sup>135</sup> CORRAL TALCIANI, Hernán, (n. 8), p. 218.

<sup>136</sup> VIDAL OLIVARES, Álvaro, (n. 54), p. 247.

<sup>137</sup> LEPIN MOLINA, Cristián (2010): *La Compensación Económica. Efecto Patrimonial de la Terminación del Matrimonio,* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) p. 93.

contradictoria con lo señalado precedentemente, en orden a que en la indemnización el objetivo es neutralizar la totalidad del daño causado, con identidad – en la medida de lo posible – entre el perjuicio y su reparación. Por el contrario, compensar tiene un significado aritméticamente menos igualatorio, aunque su origen semántico sea el mismo<sup>138</sup>, toda vez que la compensación económica no tiene por finalidad neutralizar la totalidad del daño causado, de manera que no puede ser considerada indemnización de perjuicios y – por ende – no puede hablarse de responsabilidad legal.

En consecuencia, aparece claro que la compensación económica es sólo una obligación de origen legal que tiene por objeto corregir el menoscabo económico que produce el divorcio o la nulidad, para que el cónyuge que se dedicó al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común pueda enfrentar su vida futura separada. Para estos efectos, la ley señala que debe proporcionarse al acreedor una base cierta para que encare su vida futura separada en unas condiciones similares a las que gozaba durante el matrimonio y que, en todo caso, le aseguren una cierta autonomía económica; no se trata de garantizar la conservación del estatus económico matrimonial, sino de resarcir, en la medida de lo posible, el sacrificio realizado a favor del matrimonio que ahora ya no tiene proyección hacia el futuro; en consecuencia, no se trata de igualar patrimonios, ni tampoco lograr un equilibrio exacto una vez terminado el vínculo matrimonial, sino que se trata de proporcionar al cónyuge más débil el resarcimiento del menoscabo que le permitirá atenuar el impacto de la ruptura, dándole un impulso hacia el futuro<sup>139</sup>.

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

Graciela Medina<sup>140</sup> señala que en los países donde se admite expresamente la posibilidad de indemnizar los daños y perjuicios derivados del divorcio, tal posibilidad está expresamente prevista en la ley; luego, debiera concluirse que, si nuestro ordenamiento jurídico no lo contempló expresamente, es porque no procede. Sin embargo, ella rebate este argumento señalando el ejemplo de Francia, que es uno de los países donde se admite legalmente la posibilidad de indemnizar los daños y perjuicios derivados del divorcio, pero que esta solución fue aceptada judicialmente con anterioridad a su recepción legislativa, de manera que este argumento también pierde validez.

---

<sup>138</sup> LEPIN MOLINA, Cristián (n. 58), p. 76.

<sup>139</sup> PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro, (n. 55), pp. 34 y s.

<sup>140</sup> MEDINA, Graciela, (n. 3), p. 60.

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

Graciela Medina<sup>141</sup> apunta que no sería procedente una indemnización de perjuicios, pues la imputabilidad de uno de los cónyuges no es considerada al momento de dividir los bienes comunes, al término de la sociedad conyugal. Sin embargo, no se debe confundir lo que es la división de los bienes comunes con lo que es la indemnización de perjuicios. Lo anterior aparece de manifiesto, en orden a que el incumplimiento puede tener lugar en un matrimonio independientemente del régimen patrimonial existente; en consecuencia, la eventual indemnización de perjuicios no tiene ninguna relación con la liquidación de la sociedad conyugal. No obstante lo anterior, ella misma se encarga de rebatir este argumento, sosteniendo que en la indemnización de perjuicios no se dividen bienes, sino que se reparan daños, por lo que este argumento carece de deducción lógica, ya que nada tiene que ver que en el régimen de comunidad de bienes, a la disolución de la sociedad conyugal, éstos se partan por mitades sin tener en cuenta la inocencia o la culpabilidad con la obligación de indemnizar los daños causados por el divorcio.

## **2. TEORÍAS ECLÉCTICAS.**

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

En este sentido, el profesor Gonzalo Severín Fuster<sup>142</sup> sostiene que la solución que se dé en Chile al problema de la indemnización de los daños provocados por el divorcio o causados con ocasión de él, pasa por una adecuada coordinación de los principios del derecho de familia y del derecho de daños, coordinación que – considerando la experiencia extranjera – supone integrar ciertos criterios de exención o de atenuación de responsabilidad, pero ello – en caso alguno – puede llevar a convertir a la familia en un reducto en que se puede dañar sin responsabilidad.

---

<sup>141</sup> Cfr. MEDINA, Graciela, (n. 3), p. 60.

<sup>142</sup> SEVERÍN FUSTER, Gonzalo, (n. 1), pp. 129 y ss.

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

En el análisis del primer factor, esto es, el criterio basado en el ejercicio de las funciones familiares, debe concluirse que no cabe la indemnización de daños causados con ocasión de incurrir en una causal de divorcio – sanción, sino cuando exista un daño a un interés conceptualmente distinto de la perduración del matrimonio o del simple cumplimiento de los deberes personales que se derivan de éste. Esta limitación a las reglas generales en materia de derecho de daños encuentra su fundamento en que el contenido de los deberes matrimoniales y las sanciones a su infracción, están determinados por el derecho de familia, el que dispone de remedios específicamente familiares, de manera que la indemnización de daños, como remedio al incumplimiento o cumplimiento deficiente de los deberes de familia, es excepcional. Esta postura no implica en caso alguno un régimen de inmunidad entre cónyuges, pues la exención de responsabilidad, en este caso, basada en la naturaleza de los deberes conyugales, tiene un límite, pues no rige respecto de aquellas conductas que causen daño a derechos o intereses del otro cónyuge conceptualmente separables de su interés en el mantenimiento del matrimonio y en el respeto a sus reglas.

Para determinar si procede o no la acción indemnizatoria, debe prescindirse de la existencia del vínculo matrimonial. Los actos que serían fuente de daños entre terceros, lo serán entre los cónyuges. Aquellos daños que sólo pueden producirse en atención a los especiales roles que tienen los cónyuges, y los deberes personales que se derivan del estatuto matrimonial, y que la misma ley impone, tendrán, de esta manera, sólo las consecuencias que la misma ley determina. En un sentido opuesto, el incumplimiento de un deber matrimonial puede llegar a hacer procedente una acción indemnizatoria cuando ésta se justifica en un daño distinto del mero interés en que se cumplan los deberes matrimoniales o perdure el matrimonio. Así, puede ocurrir que – con ocasión del incumplimiento de un deber matrimonial, como la fidelidad o la convivencia, o con ocasión de la ejecución de otra conducta que constituya causal de divorcio – se cause un daño a un interés diverso del interés que el cónyuge pueda tener en la conservación del matrimonio, en la conservación de los vínculos afectivos o de que se cumplan los deberes personales matrimoniales, la indemnización es

procedente precisamente por esa razón, éste sería el caso si, por ejemplo, como consecuencia del incumplimiento del deber de fidelidad, el cónyuge culpable ha contraído una enfermedad de transmisión sexual que luego ha contagiado al otro, o bien, la mujer infiel ha quedado embarazada y ha hecho pasar a su hijo como hijo del marido; entonces, el interés afectado es claramente distinto del solo interés en conservar el matrimonio o el interés en el cumplimiento de los deberes personales. En estos casos, no es la infidelidad lo que justifica la reparación, sino el contagio de una enfermedad o el engaño respecto de la paternidad.

En el mismo sentido se plantea la autora argentina Cecilia Grosman<sup>143</sup>, quien sostiene que sólo deben ser reparados los hechos ilícitos cometidos por un cónyuge contra el otro que igualmente hubieran debido ser indemnizados si la víctima fuese un tercero y al margen de que exista o no una demanda y sentencia de divorcio, de manera tal que, en lo que dice relación con la vulneración de los deberes matrimoniales, como el deber de fidelidad, de asistencia moral, de convivencia, de débito conyugal, de consideración al otro cónyuge, tales hechos deben ser enjuiciados por las normas específicas del derecho de familia, que establecen sanciones propias para el cónyuge culpable, pero sin que sea procedente la indemnización de perjuicios.

### **3. DOCTRINAS PERMISIVAS.**

Éstas sostienen que procede la indemnización de perjuicios, ya sea por los hechos constitutivos de la causal de divorcio o separación, o bien, por el divorcio o la separación mismos. Estas teorías han fundado su posición en los siguientes argumentos:

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

Si los hechos constitutivos de la causal de divorcio o separación han causado daños al otro cónyuge, éstos deben ser indemnizados; se trata de un ilícito civil que genera la obligación de indemnizar los daños causados<sup>144</sup>; la violación de los deberes impuestos por el matrimonio genera responsabilidad extracontractual porque se trata de hechos ilícitos, o sea, actos voluntarios que infringen una regla de derecho, de los cuales resulta un daño<sup>145</sup>.

---

<sup>143</sup> GROMAN, Cecilia, (n. 3), p. 439.

<sup>144</sup> Cfr. SAMBRIZZI, Eduardo, (n. 3), p. 139 y s.

<sup>145</sup> GROMAN, Cecilia, (n. 3), p. 427.

En este sentido, Novellino<sup>146</sup> señala que las causales de divorcio evidencian que nos hallamos ante la violación de un deber legal, circunstancia que permite suponer la existencia de un autor consciente y responsable, de manera tal que si su conducta produce un perjuicio, entra en el concepto de acto ilícito.

En el mismo orden de cosas, como señala Mizrahi<sup>147</sup>, los hechos que configuran las causales subjetivas de divorcio son ilícitos y, por lo tanto, si ocasionan un perjuicio, dan nacimiento a la obligación de indemnizar. En este sentido, si se viola algún deber que el matrimonio impone a los cónyuges, por ejemplo, en caso de adulterio, se genera una responsabilidad extracontractual porque se trata de hechos ilícitos, o sea, actos voluntarios que infringen una regla de derecho, de los cuales resulta un daño<sup>148</sup>. Además, el adulterio – al igual que los demás hechos que configuran causales de divorcio – son hechos ilícitos, ya sea por violar obligaciones emergentes del matrimonio, o bien, por la propia circunstancia de que dan lugar a la sanción civil del divorcio, la cual implica una obligación de abstenerse de ejecutarlos<sup>149</sup>.

El adulterio es un hecho ilícito, entendiéndose por tal no solamente lo que es antijurídico sino también lo contrario a la moral, a las buenas costumbres y a la justicia<sup>150</sup>.

### **3.2.- SON APLICABLES LAS REGLAS GENERALES.**

La especialidad del derecho de familia no es un obstáculo para la aplicación de las reglas generales en materia de responsabilidad civil<sup>151</sup>. Esta especialidad es principalmente didáctica, y tal rama – a pesar de sus características particulares – integra el derecho civil<sup>152</sup>. En efecto, como apunta el profesor Gabriel Hernández<sup>153</sup>, el derecho de familia es derecho civil, y uno de los principios rectores de éste es el del “Alterum Non Lædere”, esto es, el principio de no dañar a los demás; en este sentido, cabe preguntarse por qué razones no podría aplicarse este principio a las relaciones de familia, qué motivos justificarían que no existiese el deber de no dañar al cónyuge, a la pareja o a los hijos, por qué habría de hacerse excepción – en el derecho de familia – a la

---

<sup>146</sup> NOVELLINO, Norberto, (n. 3), p. 47.

<sup>147</sup> MIZRAHI, Mauricio, (n. 3), p. 495.

<sup>148</sup> GROSMAN, Cecilia, (n. 3), p. 427.

<sup>149</sup> NOVELLINO, Norberto, (n. 3), p. 58.

<sup>150</sup> VARELA DE MOTTA, María Inés, (n. 3), p. 9.

<sup>151</sup> Cfr. SAMBRIZZI, Eduardo, (n. 3), p. 140.

<sup>152</sup> MIZRAHI, Mauricio, (n. 3), p. 497.

<sup>153</sup> HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel, (n. 1), p. 13.

aplicación del principio “Alterum Non Lædere” que, por lo demás, está consagrado, no sólo a nivel legal, sino que también a nivel constitucional. En este sentido, sostiene la profesora Graciela Medina<sup>154</sup>, que el derecho de familia debe adecuar sus normas al derecho constitucional y respetar el rango superior del principio jurídico de no dañar, de jerarquía constitucional y supranacional.

Además, apunta Mauricio Mizrahi<sup>155</sup>, no es necesario contar con una norma expresa que autorice a demandar la indemnización de perjuicios, debido a que el carácter general de las reglas de la responsabilidad civil se proyectan sobre todo el ordenamiento jurídico una vez comprobado el hecho antijurídico y el daño consecuente.

En apoyo a este argumento es posible sostener que existen otras ramas del derecho privado que tienen principios propios, como el derecho societario, los derechos reales o el derecho de la empresa, y no por ello se los ha excluido del derecho común. De esta manera, el derecho de familia no constituye una tercera rama del derecho, es decir, no constituye un ordenamiento que se baste a sí mismo y, por ende, para solucionar conflictos, deben aplicarse los principios de la teoría general del derecho civil<sup>156</sup>.

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

No se está sancionando dos veces un mismo hecho, pues divorcio e indemnización están sancionando aspectos distintos del mismo hecho ilícito<sup>157</sup>. En efecto, apunta Cecilia Grosman<sup>158</sup>, los efectos del divorcio o separación personal específicamente establecidos en las normas del derecho de familia, como alimentos o atribución de vivienda, no compensan los perjuicios espirituales y materiales ocasionados por las conductas que tipifican las causales de divorcio, como tampoco los daños que ocasiona el divorcio en sí mismo. Agrega Novellino<sup>159</sup> que el dinero no borrará el daño causado, menos aun si se han lesionado afecciones legítimas; pero en alguna medida servirá para compensar el perjuicio sufrido; el ánimo de lucro o de enriquecerse injustamente se combate con la exigencia de la prueba de un daño cierto; esta cuestión – por lo demás – puede predicarse respecto de todo el daño moral.

---

<sup>154</sup> MEDINA, Graciela, (n. 3), p. 49.

<sup>155</sup> MIZRAHI, Mauricio, (n. 3), p. 496.

<sup>156</sup> MEDINA, Graciela, (n. 3), pp. 50 y s.

<sup>157</sup> Cfr. SAMBRIZZI, Eduardo, (n. 3), p. 141.

<sup>158</sup> GROSMAN, Cecilia, (n. 3), p. 428.

<sup>159</sup> NOVELLINO, Norberto, (n. 3), p. 65.

Por otro lado, las sanciones al cónyuge culpable apuntan a la pérdida de las ventajas patrimoniales del matrimonio, pero esto no tiene un carácter indemnizatorio, no sirve para indemnizar al cónyuge agraviado que había tenido un efectivo daño patrimonial y/o espiritual, sino que son simplemente sanciones que el legislador establece, a los efectos de poner de relieve el rechazo que causaba un daño de esta naturaleza; pero es más bien una manifestación de rechazo social, y de ninguna manera podría ser una indemnización para el cónyuge agraviado<sup>160</sup>.

### **3.4.- SE PROTEGE A LA FAMILIA.**

La indemnización es una forma de protección a la familia, por tratarse de un medio adecuado para favorecer la permanencia del matrimonio en la plenitud de sus efectos<sup>161</sup>.

Mizrahi<sup>162</sup> apunta que la posibilidad de aplicar condenas reparatorias contra el culpable del divorcio sería disuasiva de conductas contrarias a los deberes matrimoniales y, por ende, un factor que incidiría en la moderación de las costumbres.

En este mismo sentido, señala el profesor Gabriel Hernández<sup>163</sup> que la impunidad de conductas dañosas, principalmente dolosas, desincentiva el comportamiento de las personas conforme a ciertos estándares de conducta mínimos; en otras palabras, si no se aplica el estatuto de la responsabilidad civil a las relaciones de familia, sobre todo en los daños causados con dolo, con mala fe o con malicia (como sería el caso del adulterio), se corre el riesgo que el estándar de conducta al interior de la familia se rebaje, de manera que las personas se terminen comportando en el futuro de acuerdo a un estándar de diligencia muy bajo y guarden muy poca consideración con los miembros de su familia, lo que – evidentemente – no se condice con una postura protectora de la familia, de manera que hay que poner atajo a esa posibilidad.

De esta manera, se trataría de una verdadera conminación socio jurídica para quien se pueda constituir en factor disgregante de la unión matrimonial y del organismo familiar<sup>164</sup>.

---

<sup>160</sup> VARELA DE MOTTA, Inés, (n. 3), p. 10.

<sup>161</sup> Cfr. SAMBRIZZI, Eduardo, (n. 3), p. 142.

<sup>162</sup> MIZRAHI, Mauricio, (n. 3), p. 497.

<sup>163</sup> HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel, (n. 1), p. 14.

<sup>164</sup> NOVELLINO, Norberto, (n. 3), p. 66.

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

Señala Sambrizzi<sup>165</sup> que lo inmoral sería que hubiese daños sin indemnizar; como apunta Mizrahi<sup>166</sup>, la ética quedaría reñida con el Derecho si, producido el daño, la reparación se limitara a la simple declaración de la culpa del ofensor. De admitirse esta especie de inmunidad familiar, se estaría consagrando una especie de inmunidad a favor de la conducta ilícita del cónyuge culpable, sin que exista una razón superior que lo haga aconsejable<sup>167</sup>.

Por otro lado, la indemnización no es inmoral porque no se intenta obtener un beneficio o un incremento patrimonial con el reclamo, sino sólo resarcirse de los perjuicios que el culpable ha ocasionado<sup>168</sup>.

En este sentido, cabe tener presente – además – que cuando media una conducta ilícita de uno de los miembros del matrimonio, es un *imperativo de justicia hacer lugar a la reparación del daño ocasionado por tal conducta*, debiendo indemnizarse tanto el perjuicio material como el moral<sup>169</sup>.

A mayor abundamiento, como lo señala el profesor Gabriel Hernández<sup>170</sup>, es en la esfera de la vida familiar donde mayores resguardos conductuales deben asumirse, porque si bien las personas tenemos el imperativo de comportarnos diligentemente con todos los demás, evidentemente, en las relaciones de familia, también es necesario guardar determinados grados de diligencia. Consecuente con lo anterior, cabe preguntarse por qué ese grado de diligencia debería ser inferior, respecto de terceros con quienes no se tiene un vínculo de familia; cuál sería la razón que permita fundamentar un grado de diligencia inferior. Y frente a tales interrogantes es posible sostener que el grado de diligencia no tiene por qué ser inferior, sino que todo lo contrario, ya que es en las relaciones de familia donde con más cuidado nos tenemos que manejar, porque son mayores los daños que podemos provocar. Los primeros que están llamados a recibir nuestra consideración son los miembros de la familia: el cónyuge, la pareja y los hijos. Luego, lo inmoral sería no tener que responder frente a los daños en las relaciones de familia, ámbito en el que se debe ser especialmente diligente.

---

<sup>165</sup> Cfr. SAMBRIZZI, Eduardo, (n. 3), p. 139.

<sup>166</sup> MIZRAHI, Mauricio, (n. 3), p. 497.

<sup>167</sup> SAMBRIZZI, Eduardo, (n. 3), p. 147.

<sup>168</sup> GROSMAN, Cecilia, (n. 3), p. 428.

<sup>169</sup> NOVELLINO, Norberto, (n. 3), p. 61.

<sup>170</sup> HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel, (n. 1), p. 14

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

Si un hecho antijurídico causa daño a otro, no existe ninguna razón para proceder de una manera distinta en caso que el autor del mismo y su víctima sean miembros de una familia; al contrario, la relación de mayor intimidad debe considerarse como una agravante, porque existe un deber más intenso de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas<sup>171</sup>.

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

Señala Mizrahi<sup>172</sup> que los jueces no tienen como misión evaluar las consecuencias que se pueden producir en el caso de operarse una fuga de los justificables del divorcio – remedio al divorcio – sanción; los jueces deben fallar conforme a Derecho los asuntos que se someten a su decisión y no tomar decisiones de política legislativa, las cuales corresponden a los órganos colegisladores y que están vedadas al órgano jurisdiccional.

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

Graciela Medina<sup>173</sup> sostiene que, si bien es cierto la ley no contempla expresamente la procedencia de la acción indemnizatoria, también es cierto que no la prohíbe; luego, si se restringiera la procedencia de las indemnizaciones a los daños tipificados expresamente, se estaría privando de tutela legal a facultades que la misma ley reconoce en protección de intereses también legítimos, lo cual – a todas luces – no resulta procedente. Luego, es posible sostener que no era necesaria una norma legal expresa que contemplara la acción indemnizatoria: ello sería contrario a nuestro sistema legal, pues implicaría que sólo existe el deber de reparar cuando haya una norma expresa que así lo disponga, lo que no se condice con las reglas de nuestro sistema legal.

---

<sup>171</sup> GROSAN, Cecilia, (n. 3), p. 427.

<sup>172</sup> MIZRAHI, Mauricio, (n. 3), p. 497.

<sup>173</sup> MEDINA, Graciela, (n. 3), p. 53 y s.

En este sentido, si bien el legislador ha previsto la indemnización de perjuicios en ciertos ámbitos especiales del derecho de familia, nada obsta a que pueda efectuarse una aplicación analógica de las disposiciones que así lo establecen para el caso de adulterio de uno de los cónyuges<sup>174</sup>.

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

Como expresa Graciela Medina<sup>175</sup>, no sería aceptable que, estando dados los presupuestos de la responsabilidad civil, se exima al responsable porque existan personas que lean el precedente y asustadas no se casen; esta forma de razonar es propia del common law donde los jueces pueden crear las figuras de ilícitos indispensables o rechazarlas con fundamentos sociológicos o de política jurídica, pero impropia de nuestro sistema jurídico de tradición romano - germánica donde los magistrados han de atenerse al plexo positivo.

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

Frente al argumento que el fracaso matrimonial se debe a causas de difícil identificación, ya que en su producción han contribuido ambos cónyuges, es posible sostener que la cuestión se limita a un problema de la casuística, de análisis de las pruebas<sup>176</sup>.

### **3.11.- INTERESES COMPROMETIDOS.**

En la indemnización de perjuicios no sólo aparece comprometido un interés privado, sino que también están en juego el orden público y el orden social<sup>177</sup>.

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

Graciela Medina<sup>178</sup> sostiene que muchas veces puede mediar un error en las cualidades del otro contrayente, pero ello no necesariamente ha de presuponer una indemnización. Sólo cabrá la reparación si el compañero erradamente elegido comete un acto antijurídico que produzca un daño,

---

<sup>174</sup> MIZRAHI, Mauricio, (n. 3), p. 497.

<sup>175</sup> MEDINA, Graciela, (n. 3), p. 56.

<sup>176</sup> MIZRAHI, Mauricio, (n. 3), p. 498.

<sup>177</sup> NOVELLINO, Norberto, (n. 3), p. 58.

<sup>178</sup> MEDINA, Graciela, (n. 3), pp. 55 y s.

porque lo que se debe indemnizar es el perjuicio y no el error de elección.

## **CONCLUSIONES.**

A partir de lo expuesto, podemos advertir que – si bien el tema de la posibilidad de conceder la acción resarcitoria al cónyuge que ha sufrido perjuicios como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones matrimoniales no es pacífico – existen buenos argumentos para sostener que tal acción es procedente.

Por un lado, la especialidad del derecho de familia no es un obstáculo para la procedencia de la acción indemnizatoria, pues los preceptos generales operan en todo aquello que no está regulado de manera especial, de manera que – aunque existan disposiciones especiales – si éstas son insuficientes o si no regulan todos los aspectos o casos que puedan presentarse, cabe aplicar los preceptos generales.

Por otro lado, en la actualidad no se considera a la indemnización como una sanción, de manera que no puede sostenerse que se está conculcando el principio “Non Bis In Idem”; e incluso en el evento que así se considerase, cabe tener presente que dicho principio es propio del derecho penal, pues – en materia civil – es posible encontrar numerosos casos en los que – frente a un mismo hecho – cabe una duplicidad de sanciones.

En el mismo sentido, no cabe sostener una suerte de inmunidad familiar con el objeto de excluir los daños del derecho de familia y, de esta manera, sostener que los miembros de una familia tienen derecho a una solución privilegiada, toda vez que no existe ninguna razón para sostener tal inmunidad, máxime si se tiene presente que los miembros de la familia están llamados a protegerse y cuidarse entre sí, y no a causarse daños.

Finalmente, cabe tener presente que no se trata de que cualquier daño, dentro del ámbito de la familia, haya de ser indemnizado; como lo expresa el profesor Corral<sup>179</sup>, sólo debe considerarse los incumplimientos graves a deberes fundamentales o esenciales del matrimonio y que el interés del lesionado a obtener una justa reparación pueda ser considerado superior al que busca tutelar la paz y la intimidad familiar. La vida familiar supone asumir la existencia de molestias, incomodidades o incluso perjuicios, pero, en la medida en que ellos sean menores a las satisfacciones, alegrías e ilusiones que genera, nada hay

---

<sup>179</sup> CORRAL TALCIANI, Hernán, (n. 8), p. 344.

que indemnizar; por el contrario, si uno de los cónyuges, con su conducta, causa daños al otro que superan tales satisfacciones, alegrías e ilusiones, y concurriendo los demás requisitos para que proceda la correspondiente indemnización de perjuicios, no existe argumento alguno para negar.

## BIBLIOGRAFÍA

1. BARRIENTOS GRANDON, Javier y NOVALES ALQUÉZAR, Aranzazu; *Nuevo Derecho Matrimonial Chileno. Ley N° 19.947: Celebración del Matrimonio, Separación, Divorcio y Nulidad.*; Santiago, Lexis Nexis; 2004.
2. BELLUSCIO, Augusto; *Manual de Derecho de Familia*. T. I.; Buenos Aires; Editorial Astrea; 2004.
3. CAFFARENA DE JILES, Elena; "Refutación a los Comentarios de don Enrique Rossel Saavedra, sobre la Jurisprudencia en Materia de Alimentos"; en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. XLIX, 1ª Parte; 1952.
4. CLARO SOLAR, Luis; *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. T. I; Santiago de Chile; Editorial Imprenta Cervantes; 1931.
5. CORRAL TALCIANI, Hernán; *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*; Santiago; Thomson Reuters, 2ª ed.; 2013.
6. COURT MURASSO, Eduardo; *Curso de Derecho de Familia. Matrimonio – Regímenes Matrimoniales – Uniones de Hecho*; Santiago; Legal Publishing; 2009.
7. DEL PICÓ RUBIO, Jorge; *Derecho Matrimonial Chileno*; Santiago; Abeledo Perrot; 2010.
8. DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón y DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón; *Derecho Sucesorio*; Santiago; Editorial Jurídica de Chile; T. I, 3ª ed.; 2011.
9. DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen; *El Daño Moral*; Santiago - Chile; Editorial Jurídica de Chile; T. I; 2000.
10. ELORRIAGA DE BONIS, Fabián; *Derecho Sucesorio*; Santiago; Editorial LexisNexis; 2005.

11. GROSAN, Cecilia; "La Responsabilidad de los Cónyuges entre sí y Respecto de los Hijos", en *Los Nuevos Daños. Soluciones Modernas de Reparación*; Buenos Aires; Editorial Hamurabi S.R.L.; T. I, 2ª ed.; 2000.
12. HERANE VIVES, Francisco; "Reparación por Incumplimiento de los Deberes Matrimoniales" en *Estudios de Derecho Civil II*; Santiago; Abeledo Perrot; 2006.
13. HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel; *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 A. G.; Santiago - Chile; 04 de noviembre de 2008.
14. HUMERES NOGUER, Héctor; *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; Derecho Individual del Trabajo y Procedimiento Laboral*. T. I.; Santiago de Chile; Editorial Jurídica de Chile; 2009.
15. LANATA FUENZALIDA, Gabriela; *Contrato Individual de Trabajo*; Santiago de Chile; Editorial LexisNexis; 2006.
16. LARROUCAU GARCÍA, María Matilde; "Incumplimiento de las Obligaciones Conyugales y en Especial del Deber de Fidelidad como Fuente Generadora de Responsabilidad Civil" en *Revista Chilena de Derecho de Familia N° 2*; Santiago; Abeledo Perrot; 2010.
17. LEPIN MOLINA, Cristián; *La Compensación Económica. Efecto Patrimonial de la Terminación del Matrimonio*; Santiago; Editorial Jurídica de Chile; 2010.
18. LIZAMA PORTAL, Luis; *Derecho del Trabajo*; Santiago - Chile; Editorial LexisNexis; 2005.
19. LLAMBÍAS, Jorge et al; *Manual de Derecho Civil. Obligaciones*; Buenos Aires; Editorial LexisNexis, Abeledo - Perrot; 2005.
20. LÓPEZ DÍAZ, Carlos; *Manual de Derecho de Familia*; Santiago; Metropolitana; 2ª ed.; 2013.
21. MEDINA, Graciela; *Daños en el Derecho de Familia*; Buenos Aires; Editorial Rubinzal - Culzoni Editores; 2002.
22. MIZRAHI, Mauricio; *Familia, Matrimonio y Divorcio*; Buenos Aires; Editorial Astrea; 2001.
23. NOVELLINO, Norberto; "Acerca de la Procedencia o no de la Indemnización por Daños en el Derecho de Familia" en *Derecho de*

- Daños; Daños en el Derecho de Familia. Cuarta Parte (A)*; Buenos Aires; Editorial Ediciones La Rocca; 2000.
24. OPAZO GONZÁLEZ, Mario; “El Principio de la Reparación Integral del Daño y los Daños Causados por Adulterio” en *Estudios de Derecho Civil VII*; Santiago; Abeledo Perrot; 2012.
25. PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel; *Obligaciones. Teoría General y Clasificaciones. La Resolución por Incumplimiento*; Editorial Jurídica de Chile; Santiago; 1ª Edición; 2006.
26. PIZARRO WILSON, Carlos; “La Compensación Económica en la Nueva Ley de Matrimonio Civil” en *Revista Chilena de Derecho Privado*; Santiago; Ediciones Fundación Fueyo Laneri; Nº 3; 2004.
27. PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro; *La Compensación Económica por Divorcio o Nulidad Matrimonial*; Santiago; Legal Publishing; 2010.
28. RAMOS PAZOS, René; *Derecho de Familia*; Santiago; Editorial Jurídica de Chile; T. I; 2005.
29. SALINAS ARANEDA, Carlos; “Una Lectura de las Nuevas Causales de Nulidad del Matrimonio Civil a la Luz del Derecho Canónico” en *El Nuevo Derecho Chileno del Matrimonio (Ley Nº 19.947 de 2004)*; Santiago; Editorial Jurídica de Chile; 2006.
30. SAMBRIZZI, Eduardo; *Daños en el Derecho de Familia*; Buenos Aires; Editorial La Ley; 2001.
31. SEVERÍN FUSTER, Gonzalo; “Indemnización entre Cónyuges por los Daños Causados con Ocasión del Divorcio” en *Estudios de Derecho Civil III*; Santiago; Abeledo Perrot; 2007.
32. SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel; *Derecho Sucesorio*; T. II; versión de René Abeliuk M.; Santiago; Editorial Jurídica de Chile; 7ª ed.; 2007.
33. THAYER ARTEAGA, William y NOVOA FUENZALIDA, Patricio; *Manual de Derecho del Trabajo. Derecho individual del Trabajo*; T. III.; Santiago – Chile; Editorial Jurídica de Chile; 2003.
34. TURNER SAELZER, Susan; “Deberes Personales Derivados del Matrimonio y Daños en la Jurisprudencia Chilena” en *Estudios de Derecho Civil VIII*; Santiago; Abeledo Perrot; 2013.

35. VALENZUELA DEL VALLE, Jimena; “Responsabilidad Civil por el Incumplimiento de Obligaciones Matrimoniales y por el Ejercicio Abusivo del Divorcio Unilateral. Un Estudio de su Admisibilidad en Chile”, en *Revista de Derecho (Universidad Católica del Norte)* vol. 19; N° 1; 2012.
36. VARELA DE MOTTA, María Inés; et al en *Daños y Perjuicios causados por Adulterio. Mesa Redonda; Jurisprudencia Nacional*; Montevideo; Editorial Fundación de Cultura Universitaria; 1990.
37. VENEGAS ORTIZ, Pablo y VENEGAS ALFARO, Andrés; *La Compensación Económica en la Nueva Ley de Matrimonio Civil*; Santiago; Editorial Jurídica de Chile; 2007.
38. VIDAL OLIVARES, Álvaro; “La Compensación por Menoscabo Económico en la Ley de Matrimonio Civil” en *El Nuevo Derecho Chileno del Matrimonio (Ley N° 19.947 de 2004)*; Santiago; Editorial Jurídica de Chile; 2006.
39. VIDAL TAQUINI; Carlos. *Matrimonio Civil. Ley 23.151. Comentario de los Artículos 159 a 239 del Código Civil y Demás Normas Vigentes*; Buenos Aires; Editorial Astrea; 2000.