

EL CARÁCTER CUESTIONABLE DE LA CULPA EN MATERIA DERECHO MATRIMONIAL

Yasna Otarola Espinoza
Profesora de Derecho Civil
Universidad San Sebastian
Universidad Alberto Hurtado

INTRODUCCIÓN

En la realidad de la vida matrimonial es muy difícil determinar quién es el culpable, porque el comportamiento de cada cónyuge suele ser una reacción a la conducta del otro; existe -las más de las veces- una relación disfuncional de carácter bilateral que tiene su origen en la conducta de los dos cónyuges.¹⁸⁹

Frente a lo cual la tendencia de algunos ordenamientos jurídicos ha sido -por una parte- avanzar hacia la eliminación del concepto subjetivo de culpa al momento de dar término a la unión conyugal o bien la atenuación de sus efectos en pos de evitar un juicio de imputabilidad de la conducta del cónyuge incumplidor en un juicio de divorcio o separación judicial. Sin embargo, la iniciativa no ha dado el fruto esperado, pues si bien, ya no se discute o trata de determinar quién es el culpable en estas situaciones, se ha planteado igualmente la necesidad de abordar la culpa; esta vez, a raíz de la presentación de demandas de indemnización de perjuicios entre cónyuges producto del incumplimiento de los deberes matrimoniales o de la vulneración de los derechos de la personalidad de uno de los cónyuges por parte del otro, siempre que quede acreditada la existencia del daño y se den los demás requisitos o fundamentos de la responsabilidad civil, entre ellos, la culpa.

Así el tema resulta fundamental, pues si convenimos que en el espacio matrimonial las relaciones de orden personal entre los cónyuges se cumplen con cierta flexibilidad y que su transgresión y eventual daño

¹⁸⁹ "En la unión conyugal se parte de una comunidad de vida en la que se entremezclan comportamientos cuyos respectivos orígenes son de muy difícil identificación. Por supuesto que en estos casos también es posible la producción de daños. Pero el punto débil de esta hipótesis y que justifica la diferencia de trato legislativo está en la imputabilidad, esto es, en el facto de atribución. De allí que los argumentos elaborados por aquellos que permiten la aplicación están impregnados de un exceso de abstracción y caen en un dogmatismo que prescinde de un exceso de abstracción, y caen en un dogmatismo que prescinde de elementos facticos fundamentales, esto es, de la realidad del connubium". MIZRAHI, Mauricio Luis (1998): Familia, matrimonio y divorcio. (Buenos Aires, Astrea). p. 505.

está amparado, en ocasiones, por la exención o inmunidad. Esto indica al parecer que la interpretación y alcance que se atribuye a la culpa en materia matrimonial es distinto y que quizás posee una concepción o bien se exige un nivel de diligencia diverso al de otras materias, particularmente, al Derecho Civil patrimonial.

De ahí, que planteamos que en nuestro Derecho de Familia y en particular en el matrimonio, debe aplicarse un criterio de diligencia mínimo del cual deriva que para ser responsable del termino de éste o del daño provocado, se requiere haber incurrido en culpa grave, fundado en que nuestro legislador así lo contempla a lo largo de las disposiciones de familia que dicen relación con el incumplimiento de los deberes personales y patrimoniales entre cónyuges y que la jurisprudencia accede a acciones de esta naturaleza, si la conducta del cónyuge transgresor reúne los requisitos señalados, aunque sin fijar criterios para llegar a tal determinación.

En seguida, para corroborarlo se analizará en el trabajo que a continuación se expone; primeramente la tendencia a la desculpabilización en el Derecho de Familia y sus razones. Para continuar con la construcción del modelo de conducta y el nivel de diligencia posible, y terminar con el esbozo de algunos criterios a tomar en cuenta en la formulación para la atribución de la culpa.

1. LA TENDENCIA A LA DESCULPABILIZACIÓN, RAZONES O FUNDAMENTOS

Respecto de los ordenamientos jurídicos contemporáneos que han tendido a prescindir con mayor o menor fuerza del concepto subjetivo de culpa, el legislador inglés fue uno de los primeros en romper con el tradicional divorcio sanción o por culpa para establecer la concepción del divorcio remedio. Lo hizo a través del establecimiento de una causa única de divorcio, determinada a posteriori a través de la enunciación de causales específicas.

La *Matrimonial Causes Act* de 1973 establece como causal única de divorcio la "*irretrievable breakdown of marriage*", esto es, la ruptura irremediable de la comunidad conyugal. No obstante, la subsistencia de criterios de culpa los que pueden ser considerados por sí mismos como causal o para apreciar la ruptura de la convivencia.

En el mismo sentido, el legislador italiano contempla una causal única y genérica de divorcio, así como diversos hechos como presupuestos definidos que la concretizan. La primera, la ha concebido en términos de autorizar al Juez a declarar la disolución del matrimonio civil o la

cesación de los efectos civiles del matrimonio, si se constata que por alguna de las causas que se enumeran, la comunión espiritual y material entre los cónyuges ya no puede ser mantenida o reconstituida. Así compatibiliza la coexistencia de un divorcio por falta de convivencia y otro basado en la culpa.¹⁹⁰

A su turno el legislador francés también acogió el divorcio remedio, aunque concibe simultáneamente el divorcio por acuerdo y el divorcio por culpa.¹⁹¹

Más recientemente, el derecho argentino eliminó las diferencias entre culpables e inocentes en el divorcio, a través de una nueva redacción del artículo 1306 párrafo 1° de la Ley n° 17.711 de 1968, disposición que restó significación a la valoración moral de la conducta observada por los cónyuges en la vida matrimonial. Posteriormente, profundizó la idea por medio de la introducción del divorcio remedio y el establecimiento de que en esos casos el divorcio será decretado sin

¹⁹⁰ En el Derecho italiano, *aspetto essenziale dell'uniforme tendenza degli ordinamenti in materia è, infatti, la disciplina del divorzio quale presa d'atto dell'irrecuperabilità -secondo la formula impiegata dall'art. 1 della 1° dicembre 1970 n.898 della comunione spirituale e materiale tra i coniugi (divorzio rimedio) E ciò è avvenuto o direttamente, nei Paesi in cui il divorzio rappresenta un' acquisizione legislativa relativamente recente (Italia, Spagna, Grecia), ovvero come frutto di una generale evoluzione legislativa (indicativamente, Germania, Olanda, Svezia, Inghilterra, Austria, Belgio), solo taluni paesi mantenendo un sistema complesso di cause (un simile sistema pluralistico è particolarmente chiaro, ad es., in Francia), nel cui contesto conservando un certo peso le fattispecie sanzionatorie. QUADRI, Enrico, "La Crisi del rapporto coniugale", *Rivista Il Diritto di Famiglia e delle persone*, 2005, N° XXXIV, p. 149. En el Derecho italiano un aspecto esencial de la evolución uniforme del tipo, en esta área, es de hecho que la disciplina del divorcio acuse irrecuperabilidad de la comunión espiritual y material entre los cónyuges de acuerdo con la fórmula utilizada por artículo 1° n° 898 de 1 de diciembre de 1970 (denominado remedio divorcio) y esto se hizo ya sea directamente en los países donde el divorcio es un adquisición legislativo relativamente reciente (Italia, España, Grecia), como también en aquellos que es resultado de una evolución general legislativa (Alemania, Holanda, Suecia, Inglaterra, Alemania, Austria, Bélgica), mientras que en otros se mantiene un sistema complejo de causas, por ejemplo, Francia, en cuyo contexto se sigue otorgando un cierta importancia a los casos en que se sanciona. También, LENTI, Leonardo, "Recenti cambiamenti nel diritto giurisprudenziale della separazione e del divorzio", *Prospettive di riforma, Rivista di diritto della famiglia e delle successioni in Europa*, 2002, N° 2002, pp. 407 y 413.*

¹⁹¹ Al respecto los artículos 233, 237 y 242 del Código Civil francés señalan que: "El divorcio puede pedirse por uno u otro cónyuge, o por los dos cuando consientan en el principio de la ruptura del matrimonio, sin consideración a los hechos que la originan"; también "podrá pedirse... por uno de los cónyuges por alteración definitiva del vínculo conyugal", y que "podrá pedirse por uno de los cónyuges cuando haya hechos constitutivos de una infracción grave o reiterada de los deberes y obligaciones conyugales que sean imputables a su consorte y hagan insoportable la continuación de la convivencia".

atribución de culpa a los cónyuges (artículo 235 de la Ley n° 23.515 de 1987).¹⁹²

Por último, a partir del año 2005 el legislador español ha dispuesto según se expresa en el artículo 286 del Código Civil que se decretará judicialmente el divorcio cualquiera sea su forma de celebración a petición de uno sólo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81 del Código Civil, esto es, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio.¹⁹³

En tanto en lo que se refiere a la razones para fundamentar dicho cambio legislativo se ha señalado que el divorcio no debe ser concebido como una pena ante el incumplimiento de uno de los cónyuges de sus deberes matrimoniales, sino, como un remedio en los casos de conflicto y con ese objeto resulta necesario terminar con la fundamentación de la disolución matrimonial basada en el divorcio sanción.¹⁹⁴

Adicionalmente, se arguye la existencia de un concepto relativo y débil de culpa; la dificultad probatoria que implica determinar quién es el culpable del fracaso matrimonial en un divorcio o separación culposa y el problema de establecer el deber de diligencia con que debería actuar el cónyuge culpable de acuerdo a la prestación incumplida.

Por último, se acusa que imputar culpa a un miembro de la familia es un elemento desquiciante que quiebra la armonía del grupo: un acto de dureza o crueldad de la víctima respecto del victimario que viola el deber de consideración entre los cónyuges y con ello arremete contra los intereses superiores de la constitución de la familia y de su estabilidad.¹⁹⁵

¹⁹² FERRER, Francisco. (1997): *Daños resarcibles en el divorcio*. (Buenos Aires, Abeledo-Perrot) p. 12.

¹⁹³ DE VERDA y BEAMONTE, José Ramón. (2006) "Tendencias actuales del Derecho de Familia en España". (*Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo*). N° 7, p. 160.

¹⁹⁴ CORRAL, Hernán. (1994): *El divorcio ante el Derecho* (Santiago, Universidad de Los Andes, 2° edición) p. 6.

¹⁹⁵ MÉNDEZ COSTA, María Josefa. (1995): "La pietas familiae en la responsabilidad civil", en *La responsabilidad*, libro en homenaje al Dr. Isidoro H. Goldenberg. (Buenos Aires) p. 529; MÉNDEZ COSTA, María Josefa (2006): "*Los principios jurídicos en las relaciones de familia*". (Buenos Aires, Rubinzal- Culzoni) p. 360.

1. EL CONCEPTO DE CULPA

El concepto de culpa no ha tenido una evolución pacífica. La doctrina ha mantenido diversas posiciones respecto al punto, las que se pueden clasificar en lo que se puede denominar una definición psicológica, ética, normativa o económica.¹⁹⁶

En nuestro país estos conceptos quedan de manifiesto o se pueden extraer de algunas sentencias que sitúan a la culpa en una suerte de reprobación social que surge a propósito de un juicio de desvalor del resultado producido por el comportamiento de la persona afectada, o bien se deduce de la gravedad de los daños. Incluso, en ocasiones se afirma que existe culpa, sin embargo, no se la define, como tampoco se establecen las razones y probanzas por las cuales se concluye que concurre.

A modo de ejemplo, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, en causa rol número 36 del año 2010 señala que la prueba aportada no resulta suficiente para dar por establecida la causal de divorcio invocada, ya que no es posible determinar si los hechos de violencia que se han hecho constar en el juicio son imputables en forma exclusiva a la cónyuge demandada, o si ésta ha sido –también– víctima de maltrato físico o psicológico, o de otros incumplimientos de las obligaciones conyugales de parte de su marido que ameriten su comportamiento. Acto seguido lo único que el tribunal puede afirmar es *“que el matrimonio vive un conflicto muy severo, que ha escalado hasta llegar a producirse actos de violencia, pero que las recriminaciones son recíprocas y no es posible discernir, cuales son las causas y si hay un único responsable”*. En tanto, a contrario, la Corte de Apelaciones de Temuco en causa rol n°413 de 2009 da por acreditada la causal de infidelidad en un juicio de divorcio culposo; no obstante que reconoce que la infidelidad debe ser cumplida por los actores - todos en conocimiento de sus vínculos matrimoniales- de manera oculta y furtiva, evitando la vista de terceros, lo cual impide la descripción con mayores antecedentes o precisiones de hecho, como lo ha exigido el juez, pero no como para desconocer su calidad y no decretar el divorcio por esta causal. De lo que se puede concluir la existencia de criterios dispares y que la culpa no está determinada por la conducta del presunto culpable, sino por otros factores según decida el tribunal.

¹⁹⁶ DIEZ PICAZO, Luis (2011): *“Fundamentos del Derecho civil patrimonial”*. (Thomson Reuters, T. V) pp. 253, 260 y 261.

2. EL MODELO DE CONDUCTA Y EL NIVEL DE DILIGENCIA

En relación al modelo y el nivel de diligencia diversas también han sido las proposiciones para determinarlo, de forma de poder discernir la desviación entre la conducta desarrollada y éste estándar.

En ese sentido se ha sostenido que éste último atiende a requerimientos que están referidos a los niveles de conducta que debiéramos desarrollar en las diversas situaciones familiares en que interactuamos y que deben ser objetivas en cuanto a desatender las características individuales y subjetivas de cada cual, sino al modelo de conducta. Circunstancia que implicaría en el caso de los deberes conyugales que la comparación entre la conducta llevada a cabo por cada uno de los cónyuges y la que debiera haber realizado objetivamente (*in abstracto*) debiera realizarse de acuerdo al patrón del buen padre de familia o persona diligente.¹⁹⁷

Otros, en cambio, sugieren la comparación con un patrón que tome en cuenta las características personales del cónyuge, las circunstancias que lo rodean, su intención y motivos. Dicho criterio se funda en la idea de limitar el divorcio sanción y la responsabilidad a casos de excepción, esto es, sólo si el cónyuge incumplidor ha desbordado los límites de conducta de las personas comunes y corrientes. Accediendo de esta forma a un estándar privilegiado que admite que en la conducta desplegada no se ha hecho lo que haría el hombre menos atento y cuidadoso.¹⁹⁸

Se sigue de dichos planteamientos que no está definido el nivel de diligencia a exigir, siendo una de las posibilidades adoptar uno no superior al que se utiliza en los asuntos propios, puesto que no existe razón para realizar diferencias entre los conflictos conyugales y los existentes entre otros sujetos, en que no existe tal

¹⁹⁷ SAMBRIZZI, Eduardo. (2001): “*Daños en el Derecho de Familia*”. (Buenos Aires, La Ley) p. 6.

¹⁹⁸ MEDINA, Graciela. (1999): “Daño extrapatrimonial en el derecho de familia y el proyecto de Código Civil unificado de 1998”, (en *Revista de Derecho de Daños*, N° 6) p. 74.; MOSSET ITURRASPE, Jorge. (2001) “Factores de atribución de la responsabilidad en las relaciones familiares”. (*Revista de Derecho de Daños*). N° 2, p. 12; BARBERO, Omar. (1977): “*Daños y perjuicios derivados del divorcio*”. (Buenos Aires, Astrea). p. 215. Y CIFUENTES, Santos, voto disidente vertido en el fallo de la CNCiv., sala c 17/5/88, “L. de P., M.S. c/j., CD.”, JA, 1988-III-378.

vínculo, o bien admitir un nivel de diligencia subjetivo, esto es, una diligencia privilegiada correspondiente a dolo o culpa grave, fundado en que en las relaciones matrimoniales son distintas, pues en ellas las personas se comportan tal y como son¹⁹⁹; o finalmente exigir el máximo imponiendo un nivel de diligencia semejante al establecido por culpa levisima, esta vez, bajo el argumento de que se trata precisamente del ámbito máspreciado por las personas: los hijos y el cónyuge, situación que supone que las personas debieran actuar con mayor prolijidad y cuidado.

En tanto, en nuestro ordenamiento jurídico dicho nivel de diligencia aparece confirmado por medio de preceptos expresos que se refieren a los deberes personales y patrimoniales y por una doctrina jurisprudencial implícita que accede a estas pretensiones cuando se ha incurrido en culpa grave o dolo. Respecto de lo primero, algunas disposiciones son el artículo 26 de la Ley de Matrimonio Civil que señala que la separación judicial podrá ser demandada *“si mediare falta imputable al otro, siempre que constituya una violación grave”*. El artículo 54 del mismo texto legal que se refiere a las causales de divorcio y repite la expresión en forma general y puntualiza en el numeral 2º, *“la transgresión grave y reiterada de los deberes de convivencia, socorro y fidelidad propios del matrimonio”* y el artículo 155 del Código Civil que faculta al tribunal para declarar la separación de bienes si el marido por su culpa no cumple con las obligaciones que imponen los artículos 131 y 134 (deberes recíprocos y socorro), o incurre en alguna causal de separación judicial según los términos de la Ley de Matrimonio Civil.

En cambio, en relación a aquellas que regulan los vínculos patrimoniales entre los cónyuges, el artículo 1771 del Código Civil se refiere a la sociedad conyugal e indica que:

“La pérdida y deterioro de las especies restituidas deberá sufrirlos el dueño, salvo que se deban a dolo o culpa grave del otro cónyuge, en cuyo caso deberá éste resarcirlos”.

El artículo 155 del mismo texto, prescribe que el juez decretará la separación de bienes y detalla en el último inciso, si los negocios del marido se encuentran en mal estado:

¹⁹⁹ FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel. (2001): “Responsabilidad por daños y perjuicios entre cónyuges” (*Revista de Derecho de daños*, N° 2) p.188.

"Por consecuencia de especulaciones aventuradas, o de una administración errónea o descuidada".

De lo que se deduce la necesidad de culpa grave.²⁰⁰ En seguida, el artículo 994, se refiere a la pérdida de parte de la herencia, por el cónyuge que hubiere dado motivo a la separación por su culpa; el artículo 1182 señala que no serán legitimarios y distingue al cónyuge que por culpa suya haya dado ocasión a la separación judicial. El artículo 1626 prescribe que el acreedor debe conceder el beneficio de competencia, numeral 2º y 3º a su cónyuge, no estando separado judicialmente por su culpa y a sus hermanos..., con tal que no se hayan hecho culpables de una ofensa igualmente grave... El artículo 1748, dispone que cada cónyuge deberá asimismo recompensa a la sociedad por los perjuicios que le hubiere causado con dolo o culpa grave...²⁰¹ El artículo 1790 indica que la sentencia firme de separación judicial autoriza, por su parte, a revocar todas las donaciones que por causa del mismo matrimonio se hayan hecho al cónyuge que dio motivo a la separación judicial o al divorcio por su culpa. En el mismo sentido, el artículo 172 permite al cónyuge revocar las donaciones que hubiere hecho al culpable, siempre que hubiere dado lugar al divorcio..., por adulterio, sevicia atroz...u otro crimen de igual gravedad. Y la restitución en caso de dolo para obtener alimentos, según lo prescrito por el artículo 2185, y otros ejemplos más, dispuestos en normas de Derecho de Familia, nos llevan a

²⁰⁰ *"Se entiende por administración fraudulenta aquella en que el marido deliberadamente ejecuta actos ilícitos para perjudicar a su mujer y en que se disminuye el haber de ésta por culpa lata. Basta comprobar la existencia de un solo acto de esa especie para que se decrete por el Juez la separación de bienes"* (C.S., Sentencia, de enero 14/1913 R.L.J., Código Civil y Leyes complementarias, Editorial Jurídica de Chile, 1997); *"Debe entenderse por administración fraudulenta del marido aquella en que éste procede de un modo fraudulento, doloso, con el evidente y consciente propósito de dañar los intereses presentes o futuros de la mujer;..."* (C. Apelaciones de Valparaíso, sentencia de septiembre 17/79 , R.L.J., Código Civil y Leyes complementarias, Editorial Jurídica de Chile, 1997); *"la administración fraudulenta del marido es la que se ejerce con fraude o dolo, o sea, con intención positiva de inferir injuria a la propiedad de la mujer..."* (Corte de Apelaciones de Valparaíso, sentencia de septiembre 16/32, R.L.J., Código Civil y Leyes complementarias, Editorial Jurídica de Chile, 1997). DOMÍNGUEZ H., Carmen. (2011) *"Código Civil Chileno, jurisprudencia, doctrina, comentarios"* (Legis) p. 73.

²⁰¹ *"Si el marido incorpora a sabiendas en la liquidación de la primera sociedad conyugal bienes adquiridos en la segunda, comete dolo en perjuicio de la mujer del segundo matrimonio y es responsable a la sociedad perjudicada. Dicha mujer tiene derecho a pedir una nueva liquidación de la primera sociedad conyugal a fin de separar los bienes pertenecientes a la segunda sociedad"*. DOMÍNGUEZ H., Carmen. (1997): "Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de octubre 07/1864. (R.L.J. Código Civil y Leyes complementarias, Editorial Jurídica de Chile), cita, (n.), p. 605.

corroborar lo planteado en términos de que el nivel de diligencia es probablemente culpa grave.

Por último, el artículo 177 del Código Civil, considera la culpabilidad atenuada del cónyuge contra el cual se obtuvo la separación y el artículo 175 del mismo texto legal, señala que el cónyuge que haya dado causa a la separación judicial por su culpa, tendrá derecho para que el otro cónyuge lo provea para su modesta subsistencia, se observará la conducta del alimentario..., circunstancias que demuestran no sólo la compensación de las culpas, sino también una atenuación de la diligencia producto de la conducta del otro cónyuge, lo que refrenda el criterio de culpa grave.

Del mismo modo, la jurisprudencia chilena ha establecido un nivel de diligencia exiguo que lleva implícito un estándar privilegiado que otorga amplia inmunidad a los cónyuges en el incumplimiento de los deberes matrimoniales y, por ende, concede una exención que permite actuar negligentemente en la intimidad, sin llegar al punto de permitir un comportamiento alocado o temerario.

Así por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Valparaíso en causa rol n° 266-2009, sobre divorcio culposo fundado en la violación del artículo 54 n°2 de la Ley de Matrimonio Civil señala que se exige para su configuración una intensidad tal que torne intolerable la vida en común, y, a la vez lleve implícito un ataque al honor, reputación o dignidad del otro. En el mismo sentido, y respecto de la misma causal la Corte Suprema, cuarta sala, en causa rol n° 1550-2008 no da por acreditada la causal porque debe estarse ante una transgresión grave y reiterada de los deberes mencionados (requiere de cierta entidad) y la Corte de Apelaciones de Santiago, en causa rol n° 3294-2007, reitera la gravedad a propósito de la infidelidad. Aunque, no faltan las excepciones en las que no se requiere reiteración como tampoco gravedad, basta la mantención de una relación paralela y extramatrimonial, ello porque ésta, es decir, la relación extramarital *“de por sí, es un hecho grave y permanente”* (Corte de Apelaciones de Temuco, rol n° 413-2009 y Corte de Apelaciones de San Miguel, rol n° 456-2010).

En consecuencia, las decisiones judiciales revelan que, en efecto, se tiende a conceder acciones de esta naturaleza si los hechos argumentados gozan de una gravedad tal, que implique que la conducta u omisión ejecutada por el cónyuge incumplidor, reviste negligencia o imprudencia en su desarrollo, ya sea porque torna

intolerable la vida en común y supone un ataque a los bienes extra patrimoniales del otro cónyuge o por su repetición en el tiempo.

3. CRITERIOS A CONSIDERAR PARA DETERMINAR LA CULPA

Así, aunque el legislador y la jurisprudencia de nuestro país establecen como criterio de imputabilidad la culpa grave, no se observa el desarrollo de ponderaciones o razonamientos que permitan determinarlos. De manera, que debieran despejarse los elementos que caracterizan a la culpa civil y que podrían aplicarse en el ámbito matrimonial.

En primer lugar, la ausencia de intención de causar daño; la omisión de la conducta debida que se configura cuando no se hace lo que debió hacerse, por ejemplo, ser fiel, otorgar ayuda, o cuando se realiza aquello que debió abstenerse de realizar, por ejemplo, habiendo quedado la cónyuge embarazada de un tercero que no es el marido, debió inhibirse del engaño y no haber ocultado la verdadera paternidad del hijo.

Adicionalmente, habrá de comprobarse si él cónyuge tiene la capacidad para comprender y conocer las condiciones del hecho que lo rodea y en que se encuentra, a fin que de acuerdo a la valoración que realice pueda prever las consecuencias de su acción. En el ejemplo, eso significa que el cónyuge debiera haber sido capaz de comprender que estaba involucrado en una relación extramatrimonial y prever la posibilidad que de ella naciera un hijo, que no es del cónyuge. O bien en el caso de una convivencia de quince días con la demandante, de los cuales paso la mitad del tiempo con su ex novia, pues se quedaba día por medio con ella; debiera poder evaluar las consecuencias de su actuar y que probablemente iba a ser sorprendido o que la cónyuge se iba a dar cuenta (Corte de Apelaciones de Santiago, en causa rol 3294-2007). Se trata, en consecuencia, de que se exija al autor del daño, cierta previsibilidad, aun cuando no lo hubiese imaginado como posible.

Posteriormente, deberá evaluarse la gravedad e importancia de la conducta en el sentido de que ésta debe ser inexcusable y groseramente excesiva, como también la permanencia y continuidad de ella, durante el tiempo; de manera que quede en evidencia la desviación respecto de los estándares normales de generosidad matrimonial y que ésta se mantuvo durante toda la conducta del demandado.

Finalmente, ponderarse las circunstancias particulares que rodean a los cónyuges, los motivos y el consentimiento de la víctima a fin de lograr una fundamentación acabada en aquellos casos en que se llegue a la convicción de que uno de los cónyuges ha actuado con culpa grave en la relación matrimonial.

CONCLUSIÓN

El legislador y la jurisprudencia han optado por atribuir responsabilidad a uno de los cónyuges en el cese del matrimonio sólo si se ha actuado con dolo o culpa grave, dicho criterio demuestra la amplia inmunidad que de hecho gozan los cónyuges y que se concede un privilegio para actuar más relajadamente en relación matrimonial, al punto de que sólo se responde por los actos realizados si se ha desbordado los límites de conducta respetados por personas extrañas entre sí.

La ausencia de razonamientos que funden las decisiones de los tribunales hace necesario apreciar y aplicar elementos de juicio que faciliten estimar la existencia o no de una causa generadora de culpa o negligencia para determinar al responsable. Dicho procedimiento debe considerar la distancia entre la conducta desplegada por el cónyuge incumplidor y la que debiera desarrollar considerando elementos como la intención de dañar, la capacidad para comprender, la importancia y continuidad de la conducta, las circunstancias que rodean a los cónyuges... y por sobre todo que el nivel de diligencia en el Derecho de Familia, es diverso. De modo, que si el actuar desplegado corresponde a tal negligencia o imprudencia (culpa grave), deberá responder sujetándose a lo que prevenga el ordenamiento jurídico al respecto.