

Trabajo recibido el 15 de diciembre de 2015 y aprobado el 29 de febrero de 2016

Culpa e infracción de deberes personales entre cónyuges en el Código Civil alemán*

GERMAN CIVIL CODE: GUILT AND CIVIL RESPONSABILITY IN MARRIAGE

SUSAN TURNER SAEIZER**

RESUMEN

Para efectos de contribuir a la discusión nacional acerca de la procedencia o improcedencia del régimen general de responsabilidad civil frente al incumplimiento de deberes personales emanados del matrimonio, en este trabajo se aborda el privilegio de culpa establecido en el § 1359 del Código Civil de Alemania como regla especial que pretende hacerse cargo de las particularidades de la culpa en las conductas lesivas de los cónyuges, mostrando la manera en que la jurisprudencia de ese país ha reconocido dos ámbitos de obligaciones derivadas de la comunidad de vida aludida en el § 1353 inciso primero: uno externo, susceptible de dañarse y en donde encuentra aplicación la responsabilidad delictual y, con ello, el parámetro de culpa excepcional; y uno interno, en que éste queda descartado por tratarse de un espacio entregado a la conciencia individual de cada cónyuge en el que el derecho no tendría injerencia alguna.

ABSTRACT

This paper contributes to the chilean discussion about the general system of civil liability arising from a breach of some of the personal duties of marriage. It analyses the privilege of guilt of the § 1359 of the German Civil Code that is understood as a special rule intended to regulate the specific aspects of guilt in the context of harmful behavior of spouses. This analysis shows how the german case-law has recognized two differentiated areas of obligations under the hypothesis of the first paragraph of the § 1353: first, an external area which may be damaged and is regulated by the exceptional regime of torts; and second, an internal area in which civil responsibility must be discarded due to the fact that it is considered an space given to the individual conscience of each partner in which the law would have no interference.

PALABRAS CLAVE

Matrimonio - responsabilidad civil - culpa.

KEYWORDS

Marriage - civil responsibility - guilt.

* Este trabajo se enmarca dentro del proyecto Fondecyt Regular N° 1150711, denominado "Los daños en el divorcio frente al sistema general de responsabilidad civil", en el que la autora es investigadora responsable.

** Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Doctora en Derecho, Universidad de Göttingen, Alemania. Profesora de Derecho Civil en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, sede Valdivia, Chile. Correo electrónico: sturner@uach.cl.

Introducción

En el derecho comparado existen distintas maneras de enfrentar la cuestión de la responsabilidad civil de los cónyuges derivada del incumplimiento de deberes personales emanados del matrimonio. Así, mientras algunos ordenamientos consagran expresamente la aplicación de las reglas generales a este caso, otros se inclinan por reglas especiales que actúan de límite a dichas reglas generales. En esta segunda tendencia, la limitación puede enfocarse ya sea en los daños susceptibles de ser indemnizados¹ o en la culpa indispensable para hacer responder a uno de los cónyuges, como lo hace el Código Civil alemán².

En dicho cuerpo legal, el § 1359 BGB establece un sistema de culpa privilegiada para los cónyuges. La norma se encuentra en el libro cuarto relativo al Derecho de Familia, en su título quinto “De los efectos generales del matrimonio”. Bajo el rótulo “Extensión del deber de diligencia”, prescribe:

“En el cumplimiento de sus obligaciones recíprocas emanadas de la relación matrimonial, los cónyuges sólo responderán por aquella diligencia que acostumbran emplear en sus asuntos propios”³.

En el Derecho de familia chileno se encuentra instalada la discusión acerca de la procedencia o improcedencia del estatuto de la responsabilidad civil por infracción a los deberes personales derivados del matrimonio, como consecuencia adicional al divorcio. En este contexto, me parece relevante exponer el desarrollo doctrinal y jurisprudencial que ha tenido el § 1359 BGB en los últimos decenios con un propósito central: poner de relieve que el elemento subjetivo en la responsabilidad civil, como “umbral mínimo y general de los deberes de prudencia recíprocos de la vida social”⁴, tiene particularidades que exigen reconocimiento en una eventual aplicación del estatuto de responsabilidad civil

¹ En este sentido, el Código Civil de Perú establece en su art. 351 que “si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente, el juez podrá concederle una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral”. Por su parte, el Código Civil de Francia consagra en su art. 266 inciso primero: “Sin perjuicio de la aplicación del artículo 270, se podrá conceder una indemnización por daños y perjuicios a uno de los cónyuges para reparar las consecuencias de especial gravedad que sufra por el hecho de la disolución del matrimonio, bien cuando fuera la parte demandada en un divorcio pronunciado por alteración definitiva del vínculo matrimonial y sin que hubiese él mismo interpuesto ninguna demanda de divorcio, o bien cuando el divorcio fuese pronunciado atribuyendo exclusivamente las causas de culpabilidad a su cónyuge”.

² *Bürgerliches Gesetzbuch*. En adelante, BGB.

³ “§ 1359 Umfang der Sorgfaltspflicht. Die Ehegatten haben bei der Erfüllung der sich aus dem ehelichen Verhältnis ergebenden Verpflichtungen einander nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegen”. Todas las traducciones al alemán contenidas en este trabajo son obra de la autora.

⁴ BARROS (2007), p. 75.

en nuestro país. En efecto, la comunidad de vida que implica el matrimonio tiene unas características especiales de proximidad e intimidad que la hacen distinta a cualquier otra de tal forma de comunidad y que fuerzan la utilización de parámetros diversos a los usuales al momento de definir la culpa.

En la primera parte de este trabajo, describiré la finalidad, fundamento y campo de aplicación del § 1359 BGB y, en la segunda, abordaré las precisiones que ha hecho la jurisprudencia al ámbito de procedencia de la norma, mostrando la manera en que ha descartado la aplicación de la misma en la vulneración de obligaciones matrimoniales pertenecientes al ámbito interno de la institución.

1. La norma del § 1359 BGB y el privilegio de culpa

1.1. Finalidad de la norma

La norma alude al parámetro de la *diligentia quam in suis*, también denominada *culpa in concreto*, en oposición a la responsabilidad que resulta de la comparación de la conducta del infractor con el parámetro abstracto del *diligens pater familias*. En el Derecho Romano operaba fundamentalmente como principio atenuante de responsabilidad. En efecto, quien elegía a un deudor desprolijo que en sus propios negocios no aplicaba la mayor diligencia, debía soportar para sí las consecuencias de que también en el negocio específico este deudor actuara con poco cuidado⁵.

El tenor literal del § 1359 ya es indicativo de que el BGB acogió este parámetro de diligencia justamente en el sentido de una atenuante de responsabilidad (“los cónyuges sólo responderán...”) y de allí que se le considere ampliamente como un privilegio en favor de los cónyuges⁶. En virtud de dicho privilegio, ellos responden únicamente a partir de un grado de culpa mayor al normal. Así, mientras la regla general sentada por el § 276 inciso segundo es que actúa negligentemente quien no haya observado la diligencia exigida en el tráfico⁷,

⁵ KASER (1983), p. 172.

⁶ ROTH (2013), p. 274.

⁷ “§ 276 Verantwortlichkeit des Schuldners. (1) Der Schuldner hat Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, wenn eine strengere oder mildere Haftung weder bestimmt noch aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses, insbesondere aus der Übernahme einer Garantie oder eines Beschaffungsrisikos zu entnehmen ist. Die Vorschriften der §§ 827 und 828 finden entsprechende Anwendung.

(2) Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt.

(3) Die Haftung wegen Vorsatzes kann dem Schuldner nicht im Voraus erlassen werden”.

“§ 276 Responsabilidad del deudor. (1) El deudor responde de su dolo y culpa, a menos que esté expresamente prevista una responsabilidad más estricta o más atenuada o ésta derive del contenido de la relación obligacional, especialmente, cuando se trate de la asunción de algún tipo de garantía.

(2) Actúa con culpa el que no observa el cuidado necesario exigido en el tráfico.

(3) No vale la condonación anticipada de la responsabilidad por dolo del deudor”.

en el caso de la *diligentia cuam in suis* el reproche de la negligencia se basa en que el deudor no utilizó el cuidado, atención o consideración que usualmente emplea ese mismo deudor en sus asuntos propios, según lo prescrito en el § 277⁸.

En el primer caso, entonces, el reproche de la culpa se basa en que el agente no utilizó la diligencia necesaria, determinándose ésta no sólo por el cuidado que es habitual en la práctica de asuntos de ese tipo, sino también por aquel cuidado requerido para que en esas condiciones puedan evitarse daños a terceros⁹. De allí que el parámetro para el comportamiento debido sea determinado de manera objetiva y rija, por consiguiente, para cualquier persona, si bien el juicio de reproche sólo se pueda hacer a aquella persona que estaba en condiciones de reconocer la conducta exigible en ese caso y de actuar conforme a ella¹⁰.

En cambio, en el segundo caso el parámetro es subjetivo, pues depende del actuar usual de la persona en asuntos propios de la misma naturaleza y, por consiguiente, ella podrá quedar liberada de culpa en el caso concreto según su prolijidad habitual, con el límite de la culpa grave¹¹.

En definitiva, la culpa del deudor puede ser grave y abstracta –cuando desatiende en gran medida el cuidado exigido en el tráfico, según el § 276 inciso segundo– o puede ser concreta, si éste omite el cuidado que usualmente utiliza en sus asuntos propios, según el § 277¹².

El § 1359 le indica al cónyuge obligado cómo debe cumplir con los deberes conyugales y, al otro, con qué forma de cumplimiento debe contar, definiendo, de paso, lo que debe soportar. Por consiguiente, el punto de partida es el cónyuge obligado: a su respecto el legislador tomó una decisión de principios y aumentó su esfera de libertad, consecuentemente, con la esencia ético-moral del matrimonio¹³.

El hecho de que la culpa *in concreto* permita la consideración de las particularidades de cada individuo demuestra que el matrimonio es una institución que el legislador estima entregada fundamentalmente a la ley de la costumbre. Si no se permitiese atender a las características de las personas unidas por

⁸ “§ 277 *Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten. Wer nur für diejenige Sorgfalt einzustehen hat, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, ist von der Haftung wegen grober Fahrlässigkeit nicht befreit*”.

“§ 277 Aquel que sólo responde por el nivel de cuidado que utiliza en sus propios asuntos, no se libera de la culpa grave”.

⁹ LARENZ (1987), pp. 282-283.

¹⁰ LARENZ (1987), p. 284.

¹¹ LARENZ (1987), p. 293.

¹² DEUTSCH (1996), p. 272.

¹³ TATZEL (1970), pp. 97-98.

matrimonio, la apertura de éste a las costumbres sociales imperantes y al nivel de formación e inteligencia de cada parte resultaría ilusoria. Por el contrario, esta clase de culpa la permite¹⁴.

1.2. Fundamento de la norma

Cabe preguntarse por qué en las relaciones internas de los cónyuges se abandona la regla general en materia de culpa, morigerándola.

La limitación de responsabilidad no está establecida en el BGB exclusivamente en favor de los cónyuges, sino que el legislador la previó también para otros casos cuyo denominador común es la existencia de relaciones personales estrechas entre los involucrados, como ocurre en el contrato de sociedad (§ 708) o entre padres e hijos en el ejercicio de la potestad paterna (§ 1664), entre otros¹⁵. En este tipo de vínculos, las partes se tratan de la manera en que se conocen¹⁶ y sea que la comunidad tenga el carácter de voluntaria, como en el matrimonio, o de sangre, como en la filiación, existe una relación tan estrecha entre sus miembros que surge la necesidad de restringir la responsabilidad recíproca para hacer posible la existencia misma de la comunidad. En este sentido, si bien el matrimonio y la familia están bajo una protección especial del Estado, según el art. 6º de la Constitución, ello no puede implicar una exención de responsabilidad, puesto que los derechos individuales deben ampararse allí donde el individuo desarrolla su vida, esto es, en la familia, y porque nadie debería poder ampararse en una exención para actuar en perjuicio de su comunero¹⁷.

En los Motivos del BGB se justificó el privilegio para las relaciones matrimoniales, en primer lugar, en la esencia ético-moral del matrimonio que debe servir de base para cualquier interpretación y enjuiciamiento de las relaciones conyugales y, en segundo, en las estrechas relaciones patrimoniales que unen a los cónyuges, similares a la de los socios¹⁸.

En el caso del matrimonio, el privilegio descansa sobre el supuesto consistente en que al cónyuge se le eligió de manera diligente y, por consiguiente, una vez tomada la decisión de contraer matrimonio con él, la parte debe cargar con

¹⁴ TATZEL (1970), pp. 89, 102-103. En el caso específico de la obligación de fidelidad recíproca entre los cónyuges, el autor precisa que su vulneración no estaría, sin embargo, comprendida en el § 1359 en atención a que es personalísima y estrechamente vinculada tanto al contenido ético-moral del matrimonio como a la obligación de respeto entre sus partes. De allí que sólo admitiría un tipo de cumplimiento, sin que él dependa de las características particulares del cónyuge de que se trate.

¹⁵ DEUTSCH (1996), p. 270.

¹⁶ DEUTSCH (1996), p. 276.

¹⁷ CLAUSS (1959), p. 42.

¹⁸ TATZEL (1970), pp. 88 y 92.

las consecuencias del comportamiento del otro tal como si actuara él mismo. De ahí que no se le exija a uno de los cónyuges en sus relaciones con el otro un actuar más diligente que aquel empleado en sus propios asuntos, pero tampoco uno más negligente¹⁹. Si los cónyuges se eligieron entre sí, se supone que asumen que en los negocios comunes actuarán de la misma manera que en los propios. Lo contrario tornaría insoportable la vida en común en la medida que cualquier actuar negligente en la vida cotidiana –en el ámbito de una comunidad tan estrecha como la matrimonial– pudiese ser demandado judicialmente. En este sentido, el § 1359 actúa como un verdadero principio jurídico²⁰.

La comunidad de vida que importa el matrimonio aumenta los riesgos de lesiones a bienes jurídicos de los cónyuges, transformando las exigencias generales al actuar de las personas en demasiado altas. El matrimonio debe protegerse como un ámbito privado en el que las personas no están sujetas a las exigencias generales en su actuar. La lesión a intereses de un cónyuge es más probable que en otros ámbitos de la vida y debe soportarse más. Por otra parte, la práctica demuestra que en los negocios propios se asume también una cierta tolerancia a negligencias leves, lo que finalmente lleva a una exclusión mucho más general de ese tipo de negligencia que la prevista expresamente por el legislador²¹. Por lo tanto, responder por este grado de culpa exonera al cónyuge de la negligencia leve pero no de la grave o dolo, de tal manera que si quisiera exculparse tendría que probar que en un asunto similar propio no habría actuado más diligentemente.

Este parámetro para medir la diligencia que deben atender los cónyuges en su conducta recíproca ha sido criticado en la doctrina alemana²². Se sostiene por algunos que el matrimonio y la convivencia que éste supone, plantean, contrariamente a la regla legal, una exigencia mayor a la usual en el actuar de cada cónyuge respecto del otro, siguiendo el mandamiento moral que impone querer al otro más que a uno mismo. Resulta inadmisibile, según esta perspectiva, que el marido responda limitadamente frente a su mujer y, en cambio, por toda culpa respecto de un tercero, según las reglas generales²³.

También se ha destacado el individualismo que denota este parámetro de cuidado, porque en el cuidado de los negocios ajenos no se le exige al sujeto más diligencia que aquella que usualmente aplica en sus negocios propios. Es

¹⁹ ROTH (2013), p. 273.

²⁰ DIEDERICHSEN (1983), p. 142.

²¹ ROTH (2013), p. 274.

²² HOFFMANN (1967), p. 1208.

²³ DÖLLE (1964), p. 685.

decir, no existe incentivo para que el deudor se esmere en favor del otro, con lo que se premia al imprudente hasta la frontera de la culpa grave. Al marido cuidadoso se le ordena que lleve los negocios de su mujer de manera cuidadosa, al imprudente, imprudentemente²⁴.

Además, este parámetro de culpa abre al deudor la posibilidad de ampararse en su propia negligencia general y notoria para optar a la exculpación en un caso específico. De esta manera, atendido que la carga de la prueba pesa sobre él, se llega al absurdo de que será el propio deudor el interesado en acreditar ante el tribunal que es una persona negligente y poco confiable. Por el contrario, será la contraparte, es decir, el cónyuge víctima de la negligencia, el que deberá probar que el deudor generalmente se comporta de manera diligente y confiable y que sólo en el caso concreto actuó incorrectamente²⁵.

Por otra parte, se alude a la dificultad de determinar el patrón de comparación de la conducta lesiva del deudor. En efecto, hasta ahora no se ha podido determinar con precisión cuál es la conducta usual del deudor que debe servir de referencia. Al respecto, pueden distinguirse dos corrientes. La más conservadora exige que el deudor haya desarrollado previamente para sí las mismas actividades que causaron el daño al cónyuge, salvo que a raíz de estas últimas también él mismo hubiera resultado perjudicado pues, en ese caso, se presumiría que su comportamiento habitual fue similar. Por ejemplo, si producto de un accidente doméstico causado por la negligencia del marido tanto él como su mujer que lo acompañaba sufren graves lesiones, se parte de la base que el marido siempre se comportó de manera negligente en el trabajo doméstico y, por consiguiente, resulta beneficiado con el privilegio de responsabilidad del § 1359 frente a su mujer.

Sin embargo, esta corriente presenta problemas evidentes. Si el juez concluyera que el hecho de haber resultado perjudicado también el deudor, sea en su persona o en su patrimonio, demuestra que ese es su comportamiento habitual, estaría comparando la conducta del hecho específico consigo misma y no con la conducta habitual del deudor²⁶. Por otra parte, será frecuente que no exista un comportamiento anterior del deudor con el que el hecho lesivo del caso concreto pueda compararse. Así, por ejemplo, si contrae matrimonio una menor de edad, probablemente no existirá a su respecto un patrón de conducta en las labores domésticas que pudiera asumirse como usual, pues nunca antes las tuvo que realizar.

²⁴ LANGE (1934), p. 30.

²⁵ ROTHER (1965), p. 188.

²⁶ ROTHER (1965), pp. 188-189.

De allí que una corriente opuesta abogue por la comparación del hecho puntual del cónyuge que genera el daño con su diligencia promedio. El juez tendría que preguntarse, entonces, cómo habría reaccionado hipotéticamente ese deudor frente a una situación similar propia. El problema aquí es probatorio, porque sólo el mismo deudor y su familia sabrían establecer ese patrón de conducta probable y, desde luego, ellos estarán interesados en mostrarse lo menos diligentes posible. Finalmente, el tribunal se enfrentaría a la necesidad de idear un comportamiento probable de un deudor medio y, con ello, la *diligentia quam in suis* perdería su sentido²⁷.

En definitiva, el valor de este parámetro de responsabilidad es muy discutido y se ha sostenido que sus características lo hacen contradictorio con el sistema general del BGB²⁸.

1.3. Campo de aplicación de la norma

El privilegio de culpa basado en la estrecha vinculación personal que genera el matrimonio está reservado únicamente a los cónyuges y a sus relaciones recíprocas mientras dure su convivencia. Por consiguiente, el § 1359 se aplica a todas las acciones surgidas de hechos acaecidos durante el matrimonio, aun cuando ellas se ejerzan una vez terminado éste. Se asume que la separación de los cónyuges hace desaparecer uno de los supuestos de la norma, consistente en que la convivencia matrimonial aumenta el riesgo de lesionar al otro cónyuge y, por lo tanto, el privilegio no debería aplicarse²⁹.

En cuanto a las obligaciones a cuyo incumplimiento resulta aplicable el privilegio, la definición de la norma es abierta pues son relevantes al efecto “las obligaciones recíprocas emanadas de la relación matrimonial”. En otras palabras, queda comprendido el conjunto de obligaciones propias del matrimonio, aún más allá de las normadas en los §§ 1353 y siguientes, a saber, deber general de asistencia entre cónyuges (§ 1353); deber de proveer a las necesidades de

²⁷ HOFFMANN (1967), pp. 1208-1209.

²⁸ LARENZ (1983), p. 293.

²⁹ ROTH (2013), p. 275; DIEDERICHSEN (1983), p. 142. Por el contrario, en un caso fallado por la Corte de Apelaciones (*Oberlandesgericht* o por sus siglas, *OLG*) de Stuttgart primó la postura de que el privilegio encuentra aplicación aun si los cónyuges viven separados de hecho. Se trataba de un matrimonio con 5 hijos en que tras la separación fue la mujer con los hijos quienes se quedaron habitando la casa familiar, de propiedad del marido, hasta el divorcio. El tribunal, a pesar de que ya no había convivencia, decretó que en la responsabilidad que le cabía a la mujer por los daños ocasionados a los bienes del marido que habían quedado en la casa debía aplicarse el § 1359 para medir la culpa de ésta, desechando finalmente la acción de indemnización de perjuicios intentada por el marido. *OLG Stuttgart, FamRZ 1983, 68.*

la familia común (§ 1357)³⁰, obligación de alimentos (§ 1360) y obligación de administrar los bienes comunes (§§ 1435 y 1451)³¹. Se trata, entonces, de aquellas obligaciones que sólo surgen entre los cónyuges y nunca respecto de terceros³².

Por el contrario, el privilegio no se aplica a las relaciones surgidas de contratos celebrados entre los cónyuges. En cada uno de ellos, regirá el grado de culpa que corresponda según el tipo de contrato de que se trate³³. Sin embargo, el matrimonio hace presumir la no existencia de un contrato entre ellos. Así, por ejemplo, el hecho de que ellos se presten algo entre sí no implica un comodato sino una mera liberalidad, a menos que se pruebe lo contrario.

En el ámbito de la responsabilidad delictual (§§ 823 y siguientes), descontadas las obligaciones surgidas de accidentes de tránsito que, como se verá a continuación, han sido excluidas de la aplicación del privilegio por la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal³⁴, la utilización del parámetro de la *culpa quam in suis* es discutida. Mientras una parte de la doctrina sostiene que resulta improcedente por cuanto las obligaciones vulneradas no son las propias del matrimonio, sino las generales de cuidado en el tráfico jurídico y corresponde, por consiguiente, aplicar la regla general en materia de culpa consagrada en el § 276 inciso segundo³⁵, otro sector plantea que el privilegio sí debe encontrar aplicación en el ámbito de la responsabilidad delictual, argumentando que el hecho de una vulneración de una obligación general no altera el que ella constituya a su vez, entre cónyuges, una obligación especial derivada del matrimonio. Además, una limitación legal de responsabilidad en el contexto de una relación tan especial como el matrimonio no puede verse alterada por el hecho de que se pudiere responder por la circunstancia que se pudiere responder por el mismo hecho pero de manera más estricta según las reglas generales³⁶.

En cuanto a la carga de la prueba del privilegio, al cónyuge supuestamente dañado le corresponderá acreditar que el otro cónyuge no cumplió con la diligencia debida y, al cónyuge supuestamente culpable, que actuó empleando el cuidado que habitualmente pone en sus asuntos propios.

³⁰ De acuerdo con la historia del establecimiento del BGB, el privilegio del § 1359 estuvo originalmente pensado sólo para ciertas obligaciones patrimoniales del matrimonio, esto es, para la obligación de proveer a la familia común (*Schlüsselgewalt*) y aquellas inherentes al régimen de bienes. Con posterioridad, se amplió a todas las obligaciones inherentes al matrimonio. TATZEL (1970), pp. 84-85.

³¹ SCHLÜTER (2006), p. 36.

³² DÖLLE (1964), p. 684.

³³ ROTH (2013), p. 277; BRUDERMÜLLER (2015), p. 1758; DIEDERICHSEN (1983), p. 145; DÖLLE (1964), p. 685.

³⁴ *Bundesgerichtshof* o por sus siglas, BGH. En adelante, Tribunal Supremo.

³⁵ DÖLLE (1964), p. 685; BOEHMER (1953), p. 747.

³⁶ DIEDERICHSEN (1983), pp. 144-145; ROTH (2013), p. 277.

2. La delimitación del campo de aplicación del § 1359 hecha por la jurisprudencia

2.1. El privilegio y la reglamentación de tránsito

La jurisprudencia se ha encargado de precisar los ámbitos en que el privilegio de culpa tiene aplicación y aquellos en que, en cambio, debe descartarse. Esta labor ha sido necesaria debido a la fórmula abierta utilizada por la norma al referirse a las “obligaciones recíprocas emanadas de la relación matrimonial”.

De acuerdo con la jurisprudencia alemana, el privilegio no tiene aplicación en el ámbito de la responsabilidad surgida de vulneraciones a las leyes del tránsito³⁷. Tratándose, entonces, de daños sufridos por un cónyuge, sea en sus bienes o en su persona, provenientes de un accidente de tránsito causado por el otro, este último no podría ampararse en el hecho de que usualmente no se atiene a las leyes del tránsito para rebajar su responsabilidad frente al cónyuge dañado. El Tribunal Supremo ha dicho que el § 1359 sólo rige en las relaciones internas del matrimonio y no en el derecho de tránsito. Con ello persigue evitar que la aplicación del privilegio quite al dañado su derecho a dirigirse en contra de la aseguradora del dañador por todo el daño sufrido. En este sentido, si bien en ciertos casos ha reconocido que el cónyuge dañado en el accidente tiene un deber de consideración hacia el otro que le impide ejercer su acción de indemnización de perjuicios, esta obligación de inhibirse sólo resultaría aplicable frente al otro cónyuge y no respecto de terceros, quienes deberán responder por todo el daño causado.

La exclusión de este campo de obligaciones fue fruto de una evolución interesante. A mediados del siglo XX se presentaron los primeros casos de accidentes de tránsito en que se invocaba por el cónyuge culpable del mismo y que había dañado al otro, el privilegio del § 1359 para rebajar su responsabilidad. Así, en un caso fallado por la Corte de Apelaciones de Hamburgo³⁸, en que el marido, viajando en motocicleta con su mujer, le causó daños a ésta por su conducción temeraria, el tribunal estimó que la obligación del marido emanada del matrimonio debía primar por sobre la obligación general que tiene toda persona de acatar las leyes del tránsito y que, por esa razón, resultaba aplicable el privilegio de culpa a favor del marido. Dicho privilegio, sostuvo la Corte, constituye una excepción legal fundada en que las relaciones maritales se rigen por principios distintos.

³⁷ GERNHUBER y COESTER-WALTJEN (2010), p. 201.

³⁸ OLG Hamburgo, *VersR* 1958, p. 810.

En una situación similar, la Corte de Apelaciones de Düsseldorf³⁹ desechó la demanda de la mujer herida diciendo que, en principio, las demandas por responsabilidad extracontractual derivadas de vulneraciones leves a la obligación general de protección entre los cónyuges deberían estar descartadas en virtud del § 1359.

En el año 1964, Roloff resumía el problema planteando la existencia de dos opciones. O el ámbito de aplicación del privilegio es restringido, en el sentido que sólo puede hacerse valer respecto de las obligaciones directamente relacionadas con el matrimonio y, por consiguiente, en todas las demás (como, por ejemplo, las emanadas de accidentes de tránsito), ellos responden frente al otro de toda culpa según las reglas generales; o es amplio, abarcando otras obligaciones que indirectamente se vinculan con la comunidad marital. Según el autor, la vida moderna plantea como absolutamente normal que el marido pase a recoger a su mujer en auto al trabajo o que ambos salgan en vehículo en las vacaciones. Se trata de usos inmediatamente vinculados con el matrimonio y, por consiguiente, también en las obligaciones derivadas de ellos debe aplicarse el privilegio, pues resulta inadmisibles la existencia de un derecho a indemnización de perjuicios entre cónyuges por cualquier culpa⁴⁰.

En la década del 70 se asienta la tesis restringida aludida en el párrafo anterior. En un caso fallado por el Tribunal Supremo en 1970⁴¹, en que la mujer había sido demandada por el marido por haber destruido un camión de su propiedad en un accidente de tránsito, el tribunal cuestionó la aplicación del privilegio de culpa cuando lo vulnerado es un derecho absoluto –integridad física o dominio– del otro cónyuge y, por tanto, surge una acción de responsabilidad delictual según el § 823 inciso primero⁴². Concluyó que el privilegio resulta improcedente cuando la afectación se produce fuera del hogar familiar. Cuando un cónyuge causa daño a la persona o bienes del otro por infracción a la normativa del tránsito, el culpable no puede ampararse en la rebaja de culpa del § 1359 argumentando que él normalmente incumple dicha normativa. De allí, entonces, que el tribunal aplicó al caso el parámetro de culpa general del § 276 inciso segundo.

³⁹ OLG Düsseldorf, *VersR* 1959, p. 568.

⁴⁰ ROLOFF (1964), p. 704.

⁴¹ BGH, *NJW* 1970, p. 1271.

⁴² “§ 823 Schadensersatzpflicht. (1) Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet”.

“§ 823 Obligación de indemnizar los perjuicios. (1) El que de manera ilícita lesiona la vida, la integridad física, la salud, la libertad, la propiedad u otro derecho de otro, está obligado a indemnizarle los daños resultantes”.

Posteriormente, en una sentencia del Tribunal Supremo de 1973⁴³, se confirmó esta tesis restringida en un caso en que la mujer había resultado herida en un accidente de tránsito causado tanto por el marido como por un tercero. La mujer había demandado al marido una indemnización por el daño moral sufrido que en definitiva le fue concedida.

Finalmente, en el año 1974, el Tribunal Supremo concedió la indemnización de perjuicios solicitada por la mujer que a raíz de un accidente de tránsito causado por el marido había quedado ciega⁴⁴. La mujer había demandado conjuntamente al marido y a su aseguradora. El fallo confirmó que el privilegio no es aplicable cuando las lesiones a la integridad corporal o a la propiedad, según el § 823 inciso primero, se producen por incumplimiento de la normativa del tránsito, independientemente de que el matrimonio haya perdurado en el tiempo.

A este mismo resultado arribó el Tribunal Supremo en el año 2009 a propósito de un accidente sufrido por la mujer durante sus vacaciones mientras practicaba esquí acuático⁴⁵. El marido, conduciendo una lancha ajena, le causó graves lesiones al maniobrar equivocadamente la palanca del retroceso. La Corte de Apelaciones de Múnich condenó al pago de una indemnización de perjuicios en favor de la mujer al dueño de la lancha y liberó al marido de responsabilidad aplicando el privilegio de culpa del § 1359. Posteriormente, el Tribunal Supremo revocó dicha sentencia argumentando que tal como ocurre en la normativa del tránsito, en una actividad riesgosa como la del caso, ni el marido ni nadie puede eximirse de responsabilidad amparándose en que habitualmente incumple el cuidado exigido.

2.2. El privilegio y el incumplimiento de los deberes personales emanados del matrimonio

A diferencia del Código Civil chileno, el BGB no hace una enumeración de los deberes personales que nacen del matrimonio. Consagra, en cambio, una obligación general en el § 1553 inciso primero, segunda frase⁴⁶ que –al igual como ocurre con el § 242 en el derecho de obligaciones– no concreta ni el contenido ni la extensión de las obligaciones matrimoniales, pues ello sería

⁴³ BGH, NJW 1973, p. 1654.

⁴⁴ BGH, NJW 1974, p. 2124.

⁴⁵ BGH, NJW 2009, p. 1875.

⁴⁶ “§ 1353 Eheleiche Lebensgemeinschaft. (1) Die Ehe wird auf Lebenszeit geschlossen. Die Ehegatten sind einander zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet; sie tragen füreinander Verantwortung”. “§ 1353 Comunidad de vida matrimonial. (1) El matrimonio se celebra para toda la vida. Los cónyuges están obligados recíprocamente a la comunidad de vida matrimonial; ellos son responsables el uno por el otro”.

contrario a la autonomía de los cónyuges, según el art. 6 inciso primero de la Constitución alemana. En ese sentido, se dice que es una norma de contenido indeterminado que debe ser llenada de valoración, lo que le permite ir acomodándose a los cambios sociales en el ámbito de la familia. Se ha sostenido que la exigencia planteada por el § 1353 inciso primero podría resumirse en que los cónyuges deben dejar de hacer todo aquello que pueda perjudicar la realización del fin del matrimonio y realizar todo aquello que tienda a su consecución⁴⁷.

Sin perjuicio de lo anterior, existe coincidencia en la doctrina y jurisprudencia alemanas acerca de que forman parte de la cláusula general del § 1353 inciso primero, el deber de fidelidad y de vivir juntos, el de uso compartido del hogar común, de cuidado y respeto, de colaboración en el trabajo, y de cuidado y educación de los hijos⁴⁸.

Todas las cuestiones derivadas de esta cláusula general quedan entregadas al conocimiento de los Tribunales de Familia, según el § 266 inciso primero N° 2,3 de la ley sobre procedimiento ante dichos tribunales⁴⁹, pero no son susceptibles de cumplimiento forzado (§ 120 inciso tercero de la referida ley). El fundamento de esta incoercibilidad se ha buscado en la finalidad del derecho matrimonial. En él, las fronteras de la fuerza estatal deben estar especialmente bien delimitadas, por cuanto no puede ejecutarse forzosamente la vida conjunta de los cónyuges ni menos su intención y disposición interna a ella. Dicha obligación conyugal no acepta ninguna coerción, ni directa ni indirecta, a través de apercibimientos personales o multas⁵⁰.

La única consecuencia legal prevista para el incumplimiento de las obligaciones conyugales de carácter personal es la acción destinada a la restitución de la comunidad conyugal⁵¹. Dicha acción persigue la declaración judicial de las obligaciones del demandado (cónyuge infractor) y apela a su cumplimiento. Por lo tanto, el objeto de la demanda podría ser cualquiera de las obligaciones personales de los cónyuges derivadas del § 1353 inciso primero. La demanda será rechazada en la medida en que el demandado tenga derecho a negarse a reponer la comunidad de vida matrimonial sea porque la petición es abusiva o porque el matrimonio fracasó en los términos previstos en el § 1565 inciso primero.

⁴⁷ TATZEL (1970), p. 93.

⁴⁸ GIESEN (1997), p. 85.

⁴⁹ *Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG)*, de fecha 17 de diciembre de 2008.

⁵⁰ GERNHUBER y COESTER-WALTJEN (2010), p. 207.

⁵¹ "Herstellungsklage der ehelichen Lebensgemeinschaft".

La aplicación práctica de esta acción es casi nula por dos motivos: por una parte, porque no tiene posibilidades de cumplirse forzosamente según el § 120 inciso tercero de la Ley de Tribunales de Familia y porque la derogación del principio de culpabilidad en el divorcio la privó de toda consecuencia jurídica, pues antes servía, al menos, como prueba de la infracción de uno de los cónyuges⁵².

De allí que se sostenga que la vulneración del § 1353 inciso primero no tiene aparejada una sanción. Así falló la Corte de Apelaciones de Karlsruhe⁵³ en el caso de una mujer que había traído un niño vietnamita contra la voluntad de la madre biológica para adoptarlo en Alemania. Durante el juicio de divorcio, ella demandó del marido alimentos para el hijo adoptado. Éste, enterado del engaño urdido por su mujer para trasladar al niño, la demandó de indemnización de perjuicios. Tanto en primera como en segunda instancia se rechazó la demanda del marido. La Corte estimó que en el caso existía una vulneración de una obligación propia del derecho de familia, relacionada con la cláusula general del § 1353 inciso primero, porque la adopción de un hijo sirve para la realización de la comunidad de vida matrimonial y la supone, agregando que las consecuencias de la vulneración de este tipo de obligaciones no se pueden extraer desde el derecho de las obligaciones sino del propio derecho de familia y éste no prevé sanciones, sin perjuicio del derecho de impetrar el divorcio.

Además de esta acción, no existe otra que tenga por objeto hacer cesar conductas vulneratorias de las obligaciones matrimoniales ni situaciones lesivas del matrimonio. O sea, el cónyuge que actúa contra la comunidad de vida matrimonial produce su terminación en la medida que el otro podrá pedir el divorcio. La mayor sanción al incumplimiento del § 1353 inciso primero es el divorcio, sin perjuicio de la acción de alimentos o del derecho a pedir información sobre el estado de los negocios del otro cónyuge⁵⁴.

⁵² DIEDERICHSEN (1977), p. 218.

⁵³ OLG Karlsruhe, *FamRZ* 1988, p. 1270.

⁵⁴ Sobre la extensión de esta obligación de proporcionar información al otro cónyuge existen dos casos interesantes. En el primero, la mujer había demandado al marido porque en el último año de su matrimonio, antes del divorcio, éste le había escondido la existencia de una cuenta bancaria para efectos de disminuir su patrimonio final. En la demanda le exigió al marido que le informe sobre dichos fondos y que haga una rendición de cuentas notarial. El marido se defendió alegando que había cumplido con su obligación informando a la mujer sobre su patrimonio final y que, en cambio, no estaba obligado a ponerla al día de todos y cada uno de los movimientos bancarios que había hecho. El Tribunal Supremo sostuvo efectivamente que, según las reglas de la comunidad de gananciales, el marido sólo estaba obligado a informar sobre su patrimonio final al momento de la demanda de divorcio, pero que, sin embargo, durante el matrimonio y a partir de la obligación general del § 1353 nacía para él la obligación de informar a su cónyuge, aunque fuera a grandes rasgos, acerca de sus movimientos patrimoniales. Si bien esta información cesa con el divorcio, la mujer podría solicitar del marido la aclaración de asuntos que durante el matrimonio éste le debió informar por tener con-

Sin perjuicio de lo anterior, en el ámbito de la responsabilidad delictual o extracontractual, se ha asentado una distinción relevante entre vulneraciones al ámbito interno y externo de la comunidad de vida conyugal. Las sentencias referidas al primero, esto es, a la esfera personalísima de los cónyuges y de contenido esencialmente ético-moral, siguen la regla general de la incoercibilidad y, en cambio, aquellas que afectan al segundo, sí podrían ejecutarse forzosamente. Es el caso de las que se pronuncien frente a una demanda de un cónyuge, sea contra un tercero o contra el otro de los cónyuges, para que cesen las interferencias en el ámbito objetivo del matrimonio destinado a la habitación, concepto que se desarrollará a continuación.

2.3. El privilegio y la responsabilidad delictual o extracontractual

Si bien el BGB no contiene un supuesto típico especial para el derecho de familia, la existencia del § 1359 como cláusula atenuante de responsabilidad en favor de los cónyuges supone que la vulneración de las obligaciones matrimoniales puede dar lugar a una indemnización de perjuicios concurriendo los demás presupuestos de la responsabilidad delictual. En principio, el privilegio se aplicará mientras esté vigente el matrimonio y la convivencia marital frente al incumplimiento de deberes matrimoniales, excluido el ámbito de los daños producidos en accidentes de tránsito.

En general, la acción de indemnización de perjuicios basada en la responsabilidad delictual tendrá lugar según el § 823 inciso primero, cuando exista una conducta vulneratoria de un derecho absoluto, es decir, de aquellos que todos están obligados a respetar, tal como la integridad corporal, la salud, los derechos de la personalidad, entre otros, o cuando se vulneren “otros derechos”. Dentro de esta última fórmula, en todas las obras generales que comentan el BGB, se alude a ciertos derechos de familia, tales como la comunidad de vida conyugal emanada del § 1353 inciso primero. Dicha comunidad constituye un bien jurídico protegido a través del derecho delictual, según el § 823 inciso

secuencias sobre el patrimonio final. Si éste no lo hace, el tribunal sostuvo que la mujer tiene derecho a suponer que el marido está ocultando bienes y, por lo tanto, dio lugar a la demanda. BGH, *FamRZ* 1976, p. 516. En el segundo caso, la mujer había solicitado a la Administración la separación de la tributación conjunta que hasta entonces había realizado con el marido. Se había dado lugar a su solicitud, con la consecuencia de que el marido tuvo que realizar un pago adicional de impuestos y ella mantuvo exactamente la misma carga tributaria. El marido, ya divorciados, demandó a la mujer como indemnización de perjuicios ese monto mayor que había tenido que pagar al Estado. La Corte de Apelaciones de Colonia acogió la demanda del marido sosteniendo que del §1353 emana para los cónyuges la obligación de aligerar las cargas patrimoniales del otro en la medida que ello no perjudique las propias. Por consiguiente, en el caso la mujer estaba obligada a la declaración conjunta de impuestos con el marido y si infundadamente la desestima, entonces debe pagarle al marido los perjuicios que su decisión acarrea a éste. OLG Colonia, *FamRZ* 1989, p. 1174.

primero y, por consiguiente, su vulneración da a la víctima el derecho a la reparación de los perjuicios sufridos, resultando aplicable el parámetro de la *diligentia quam in suis*.

Por otra parte, el vínculo jurídico especial que supone el matrimonio para los cónyuges no excluye la posibilidad de que la conducta de cualquiera de ellos pueda vulnerar, además, deberes generales. O sea, una conducta vulneratoria de un deber matrimonial puede concurrir con una que lesione un deber general, independiente de la existencia del matrimonio, y generar un daño. En ese caso, el privilegio de culpa del § 1359 también encontrará aplicación⁵⁵.

Sin embargo, la jurisprudencia constante del Tribunal Supremo señala que no hay acción de indemnización de perjuicios ni contra del cónyuge culpable ni contra el tercero que interviene en la infidelidad⁵⁶. Esta conclusión proviene de una extensa saga de fallos que, a través de la construcción de un concepto especial, logró excluir del ámbito del derecho delictual a la obligación matrimonial de guardarse fe. Para ello, distinguió dentro de los efectos del matrimonio dos ámbitos distintos en que la intervención estatal a través del derecho también actúa de manera diversa. Por una parte, está la “esfera objetiva de habitación” derivada del matrimonio que se proyecta hacia el exterior y, por otra, el ámbito subjetivo personal de los cónyuges que forma parte de su intimidad y en el cual está vedada cualquier intromisión del derecho. Su cumplimiento está entregado a la conciencia de cada uno de los cónyuges.

Cabe destacar que esta distinción del Tribunal Supremo nació y se aplicó estando vigente en Alemania el divorcio basado en el principio de culpabilidad. En efecto, hasta la reforma al derecho de familia de 1976⁵⁷, el divorcio se decretaba como consecuencia de una vulneración imputable de un deber matrimonial por parte de uno de los cónyuges y hasta el año 1969 se mantuvo como delito penal el adulterio, según el § 172 del Código Penal, hoy derogado.

Los daños vinculados con el matrimonio que pueden sufrir los cónyuges son variados: daños en la salud; en el patrimonio, sea por obligaciones emanadas directamente de la comunidad de vida conyugal incumplidas, tales como la obligación de alimentos, de asumir el trabajo doméstico, de crianza de los hijos, etc., o sea, por expectativas que se frustran, como sería el caso de los eventuales derechos hereditarios que se pierden, de la titularidad de pensiones de seguridad social; daños por beneficios patrimoniales que desaparecen,

⁵⁵ GERNHUBER y COESTER-WALTJEN (2010), p. 200.

⁵⁶ BRUDERMÜLLER (2015), pp. 1747-1748.

⁵⁷ 1. *Eherechts Reformgesetz* de fecha 14.6.1976 y que entró en vigencia el 1.7.1977. Una breve descripción de la evolución histórica del divorcio en Alemania puede consultarse en HAMM y JAEGER (2015), pp. 310-311.

como, por ejemplo, las donaciones hechas por parientes, las rebajas en la renta de arrendamiento de la vivienda, los subsidios para financiamiento de ayuda doméstica, etc.; además de otros daños materiales tales como la pérdida del puesto de trabajo, las costas del proceso de divorcio o de impugnación de la legitimidad del hijo, los gastos de mudanza, etc.⁵⁸.

Mientras el matrimonio está intacto, el derecho a reclamar una indemnización de perjuicios entre cónyuges en general se extingue por renuncia. Sólo cobra relevancia en tres casos: cuando se afecten derechos de terceros y ello ocurre cuando el cónyuge dañador tiene un seguro y quiere hacerlo valer por los daños causados al otro; cuando el cónyuge dañado cede su derecho a la indemnización de perjuicios a un tercero, y cuando el daño lo provoca uno de los cónyuges con un tercero y el cónyuge dañado se dirige en contra de éste. En cambio, las acciones indemnizatorias cobran importancia en el tiempo inmediatamente anterior al quiebre matrimonial o cuando éste ya se produjo⁵⁹.

Así, en un caso de 1990⁶⁰ en que ya se había decretado el divorcio entre los cónyuges, el marido demandó de indemnización de perjuicios a su exmujer por los alimentos que en su momento había pagado a la hija que creía propia porque la mujer le había asegurado que era su padre biológico. Concordantemente con la jurisprudencia anterior, el tribunal de primera instancia negó que en el caso de conductas lesivas del matrimonio resulten aplicables, además de las normas del derecho de familia, las de la responsabilidad delictual, agregando que en el caso no había dolo o culpa de la mujer. Si la jurisprudencia anterior a la reforma de 1976 ya sostenía esta postura, con mayor razón debía mantenerse ahora que había desaparecido el principio de culpabilidad en el divorcio⁶¹. En el caso concreto, la mujer sólo había callado su adulterio, no había hecho creer nada al marido, sino que había ejercido el derecho de alimentos en representación de su hija. De esta manera, continúa la sentencia, no bastaría con el contagio del Sida de un cónyuge al otro, sino que éste debería ser a sabiendas, no bastaría que el hijo de la mujer sea de otro, sino que ésta debe haber asegurado al marido que era de él. Sólo si existen conductas lesivas adicionales, cuyo disvalor se encuentre fuera del matrimonio, tales como engañar, desalentar la impugnación de la paternidad, prestar falso testimonio, etc., podrían prosperar demandas basadas en la responsabilidad delictual del cónyuge. En esos casos, entonces, encontraría aplicación el §1539 en la medida que la obligación infringida provenga de la

⁵⁸ VON HIPPEL (1965), p. 666.

⁵⁹ GERNHUBER y COESTER-WALTJEN (2010), p. 199.

⁶⁰ BGH, NJW 1990, 706.

⁶¹ Una revisión completa de dicha jurisprudencia puede verse en Barros.

comunidad de vida matrimonial (§ 1353 inciso primero) y se haga valer sólo entre los cónyuges⁶².

Es decir, el fallo reafirmó la postura de la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia alemanas en el sentido de negar la procedencia de la responsabilidad delictual cuando la vulneración se produce entre cónyuges, basadas en el argumento de la finalidad de la institución matrimonial: la responsabilidad delictual despliega sus efectos ahí donde no existe otra regulación especial. No sería éste el caso, pues el derecho de familia prevé consecuencias específicas para dicho incumplimiento, por ejemplo, el divorcio y el derecho de alimentos. Esta regulación especial excluye, por consiguiente, la aplicación del § 823 y siguientes⁶³.

En el año 2012, el Tribunal Supremo se enfrentó a uno de esos casos excepcionales en que concurría el disvalor adicional aludido antes, pues se trataba de una mujer que habiendo sido infiel, le aseguró al marido que sólo él podía ser el padre del niño nacido durante el matrimonio. El tribunal argumentó que con dicha conducta, la mujer había dañado una cuestión elemental en la organización de la vida del marido, pues su relación con el niño y la existencia misma del matrimonio dependen normalmente de la creencia de ser el verdadero padre de dicho niño.

Posteriormente, en un caso de 2013, el Tribunal Supremo reafirmó su postura⁶⁴. Sostuvo que el matrimonio está fuera de aquellas relaciones jurídicas cuya vulneración da lugar a las acciones reparatorias generales. Un ataque a la comunidad de vida y de sexo que éste implica, especialmente un adulterio, constituye un asunto interno, excluido de la función asignada a la responsabilidad delictual. En este sentido, el derecho matrimonial y el de familia restringen la aplicación de las reglas del derecho delictual, desechando todas aquellas acciones entre cónyuges, casados o divorciados, en los que el bien jurídico dañado es el núcleo del matrimonio. Sin perjuicio de ello, en presencia de otras circunstancias que generen daño, se podría aplicar la regla especial de la

⁶² En una sentencia posterior, el Tribunal Supremo reafirmó esta doctrina consistente en que el marido carece de acción indemnizatoria contra la mujer por los daños materiales que sufrió por haber pagado alimentos a un hijo que creía propio, pero que en realidad era de otro. Sostuvo que el hecho de demandar de alimentos al marido no debe entenderse como una afirmación tácita de que él es el padre. BGH, *FamRZ* 1990, p. 367.

⁶³ GERNHUBER y COESTER-WALTJEN (2010), p. 129. En contra, por ejemplo, Von Hippel, quien defiende la posibilidad de que el cónyuge que sufre infidelidad obtenga la indemnización de los perjuicios sufridos de parte del otro, pues en ese caso se estarían compensando los daños sufridos por el actuar culpable del otro y no el daño que le significa la extinción del matrimonio que sería equivalente a la antigua pena por el divorcio. VON HIPPEL (1965), p. 666.

⁶⁴ BGH, *NJW* 2013, p. 2108.

responsabilidad delictual contenida en el § 826⁶⁵. Así, existirá una vulneración del ámbito interno del matrimonio que vulnere gravemente las buenas costumbres según el § 826, cuando al lado de la infidelidad exista otra conducta contraria a las buenas costumbres, dolosa y que cause daño. Los parámetros para valorar si esta conducta es efectivamente contraria a las buenas costumbres deben extraerse de esferas independientes de la comunidad de vida matrimonial. Precisamente ello no ocurre cuando la mujer no da a conocer al marido su adulterio y, a partir de su silencio, éste cree que el hijo es suyo. Por el contrario, si la mujer niega expresamente el adulterio o si a través de un engaño doloso o de amenazas, impide al marido la acción de impugnación, entonces sí hay una conducta que, autónomamente considerada, resulta contraria a las buenas costumbres, dolosa y que genera daño. En el caso, el silencio de la mujer respecto de su infidelidad y el hecho que haya dejado creer al marido que el hijo era legítimo, no es suficiente para justificar la indemnización de perjuicios.

A partir de esta sentencia del año 2013, la doctrina valoró el aporte a la delimitación entre el derecho de familia y, la responsabilidad delictual contenida en ella. La exclusión del derecho delictual se hace apuntando a que el derecho de familia tiene sus normas especiales y, en esa medida, dicha exclusión sería concordante con la decisión tomada en su momento por el legislador. La aplicación excepcional de responsabilidad delictual en virtud del § 826 se explica porque el Derecho de Familia no puede servir para justificar lesiones dolosas a las buenas costumbres en las relaciones familiares⁶⁶.

Sin embargo, también hubo pronunciamientos contrarios a esta jurisprudencia. En este sentido, se argumentó que el matrimonio funda una relación jurídica sometida enteramente al derecho. Justamente el § 1353 inciso primero transforma la obligación matrimonial de carácter ético moral en una obligación jurídica y, por consiguiente, el quebrantamiento de la misma no tiene por qué quedar fuera de las normas generales, entre ellas, las de la responsabilidad delictual. Una indemnización de perjuicios a favor del cónyuge inocente en el adulterio no implica burlar la prohibición de cumplimiento forzado respecto de las obligaciones matrimoniales consagrada en el § 120 inciso tercero de la Ley de Tribunales de Familia, puesto que la norma sólo excluye medidas coercitivas directas. Por consiguiente, si existe un núcleo en el matrimonio, a él debe pertenecer la exclusividad en el ámbito sexual como correlato de la monogamia. De

⁶⁵ “§ 826 Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung. Wer in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet”. § 826 Daño doloso y contrario a las buenas costumbres. El que de manera contraria a las buenas costumbres y con dolo genere un daño a otro queda obligado al resarcimiento de los perjuicios causados.

⁶⁶ LÖHNING y PREISNER (2013), p. 2085.

ella surge un derecho absoluto y una obligación correlativa de no vulnerar las relaciones sexuales dentro del matrimonio que queda comprendido en el § 823 inciso primero. De allí, entonces, que deba aceptarse una indemnización de perjuicios contra el cónyuge infiel, especialmente, para resarcirse de las costas del procedimiento de impugnación de la filiación y por los alimentos pagados al hijo aparente⁶⁷.

Pese a estas críticas, se ha consolidado la postura consistente en que la protección vía responsabilidad delictual sólo opera respecto del ámbito externo de la comunidad conyugal que sirve de fundamento a la vida familiar y, al mismo tiempo, permite el desarrollo de la libre personalidad de los miembros de esa familia. El Estado está obligado a resguardar dicho ámbito externo o “ámbito objetivo del matrimonio destinado a la habitación” que queda entregado a la libre disposición de los cónyuges. Por consiguiente, cualquier lesión al mismo justifica una acción indemnizatoria basada en el § 823 inciso primero en contra del cónyuge para que haga que el tercero abandone la vivienda familiar y en el §1004 inciso primero⁶⁸ para la acción en contra del tercero⁶⁹. De esta manera, se reconoce a los cónyuges un derecho absoluto para la conservación de la comunidad de vida conyugal, en virtud del cual cualquiera de ellos podría solicitar al tribunal el cese de todo atentado en contra del ámbito externo u objetivo destinado a la habitación⁷⁰.

Este concepto de ámbito objetivo destinado a la habitación⁷¹ se aplica especialmente a la vivienda familiar en cuanto espacio de uso común y supone dos elementos. Uno objetivo, constituido por la necesidad de contar con el espacio común para desarrollar la vida matrimonial (basta que uno de los cónyuges tenga dicha necesidad) y, uno subjetivo⁷², referido al deseo del cónyuge que dejó la

⁶⁷ ERBARTH (2013), pp. 3478-3484.

⁶⁸ “*Unterlassungsklage*”. Se trata de la acción que intenta una persona para defenderse de una futura lesión o para enfrentarse a una amenaza de perturbación en su propiedad. Si bien está prevista únicamente para el dominio, en cuanto derecho absoluto, se ha hecho extensiva a otros derechos, como por ejemplo, el derecho a la comunidad de vida matrimonial. BASSENGE (2015), p. 1584.

⁶⁹ RIEGEL (1989), p. 2799.

⁷⁰ SPICKHOFF (2005), p. 86.

⁷¹ Concepto de “*räumlich-gegenständlichen Bereich der Ehe*”. El fallo emblemático respecto de este concepto es el del Tribunal Supremo de fecha 26 de junio de 1952, publicado en *NJW* 1952, p. 975.

⁷² En contra de la necesidad de este elemento subjetivo se manifiesta Smid, para quien la protección del ámbito objetivo destinado a la habitación no depende de lo que quiere el cónyuge en cada caso, sino que de la protección necesaria de la vivienda familiar frente a agresiones externas. El Tribunal Supremo creó el concepto para proteger la vivienda familiar distinguiendo este ámbito de las relaciones internas, íntimas o de amor entre los cónyuges, las que no se pueden proteger de agresiones externas. SMID (1990), p. 1344.

vivienda familiar de volver a ella. Dicho elemento existirá siempre cuando uno de los cónyuges se haya quedado a vivir en la casa familiar tras la separación y no desaparece por el solo hecho de demandar el divorcio o de consentir en las relaciones del otro cónyuge con un tercero⁷³.

La delimitación de tal ámbito fue reafirmada en diversos fallos de segunda instancia durante la década de los ochenta del siglo pasado. Así, la Corte de Apelaciones de Stuttgart⁷⁴ falló a favor del marido que había demandado al amante de su mujer, quien se había mudado con ella a la casa familiar, pidiendo que se le prohibiera la entrada en su inmueble, en el que se encontraba tanto su hogar como su lugar de trabajo. En primera instancia, el tribunal acogió parcialmente la demanda del marido, pues le reconoció al tercero el derecho a utilizar el camino de ingreso a la vivienda. El marido apeló de esta decisión y la Corte de Apelaciones revocó la sentencia de primer grado argumentando que el tercero carecía de algún derecho real que lo habilite para ingresar al inmueble ajeno y que la mujer, en virtud de la comunidad de vida conyugal, no estaba facultada para darle permiso para ingresar contra la voluntad del dueño-marido. Agregó el tribunal que si bien el lugar de trabajo no queda directamente comprendido en el ámbito objetivo destinado a la habitación, protegido absolutamente de ataques externos, la obligación de soportar injerencias de terceros en la comunidad marital emanada del § 1353 inciso primero no comprende la de soportar al amante de la mujer en su propiedad, según la jurisprudencia anterior.

A su vez, la Corte de Apelaciones de Celle⁷⁵ decidió que la protección del referido ámbito objetivo del matrimonio destinado a la habitación regía incluso cuando los cónyuges estaban separados de hecho. Se trataba del caso en que el marido había llevado a su amante y a la hija de ésta a vivir a la casa que había sido la residencia de la familia. La mujer se había mudado al piso superior de la vivienda y demandó al marido en virtud del § 823 inciso primero y § 1004 inciso primero, alegando que la conducta del marido lesionaba su derecho al ámbito objetivo del matrimonio destinado a la habitación. El tribunal, luego de aclarar que en esta demanda no sólo estaba involucrado el dominio del inmueble, vinculó la controversia con el § 1353 inciso primero y con la obligación conyugal de fidelidad y de compartir la vivienda. Aludió a que el derecho al libre desarrollo de la personalidad consagrado en el art. 21 de la Constitución debe respetar el referido ámbito matrimonial. Si bien la mujer no puede evitar que el marido tenga una amante, no tiene que soportar que la lleve a vivir a la casa

⁷³ RIEGEL (1989), p. 2800.

⁷⁴ OLG Stuttgart, *FamRZ* 1980, p. 49.

⁷⁵ OLG Celle, *NJW* 1980, p. 711.

familiar. El hecho que ella se haya mudado al piso superior no puede implicar una renuncia a sus derechos en lo que fue la vivienda familiar, ni menos, su aceptación tácita a que la amante viva en la primera planta. Concluye el tribunal que en este caso no se estaba frente a una vulneración del ámbito interno del matrimonio, esto es, a la comunidad de vida y de sexo que éste supone para los cónyuges –excluido de la finalidad que tiene la responsabilidad delictual– sino al externo, el que cuenta con el amparo de la responsabilidad delictual.

Por su parte, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Colonia complementó el concepto agregando al ámbito objetivo destinado a la habitación el lugar de trabajo cuando los cónyuges compartieran la misma ocupación⁷⁶. El marido y la mujer trabajaban juntos en un almacén. El marido mantenía una relación extramarital con una empleada y la mujer solicitó al tribunal que ordene al marido despedir a la amante, porque la presencia de ésta lesionaba su espacio objetivo protegido. La Corte señaló que no era relevante la circunstancia de si el almacén y la casa estaban materialmente separadas o no, o de si el matrimonio estaba desde hace años roto o intacto. Tampoco lo era, si la mujer era sólo dependiente del negocio o si había rebajado su jornada laboral. Mientras el matrimonio estuviera vigente, persistía la protección del ámbito objetivo destinado a la habitación. El principio del cese de la convivencia como fundamento del divorcio no altera en nada la vigencia de esta protección y ella abarcará, además de la casa familiar, el lugar de trabajo común de los cónyuges. Un ataque a este último afectará un derecho absoluto de la mujer, pues su trabajo y su contribución al negocio forman parte de su vida. La presencia de la amante en un negocio de ese tamaño constituye una molestia constante para la demandante, que no tiene la obligación de tolerar.

En consecuencia, la determinación de la extensión a proteger a través de la acción indemnizatoria es objetiva: abarca el ámbito que los cónyuges usaban para su vida conyugal, lo cual apunta en primer lugar a la vivienda, pero también puede referirse al negocio o sitio en que ambos trabajaban, quedando excluidas las viviendas que cualquiera de ellos funde con posterioridad a la separación⁷⁷.

En el año 2014 se presentó un caso en que, a propósito de la competencia de los tribunales de familia, el Tribunal Supremo tuvo la oportunidad de reafirmar su distinción entre el ámbito interno y externo del matrimonio⁷⁸. Se discutía si el tribunal de familia era o no competente para conocer de una demanda basada en el § 823 inciso primero, interpuesta por la mujer en contra del tercero con

⁷⁶ OLG Colonia, *FamRZ* 1984, p. 267.

⁷⁷ RIEGEL (1989), p. 2799.

⁷⁸ BGH, *FamRZ* 2014, 746.

quien había mantenido una relación extramarital, para que éste dejase de invocar dicha relación como fundamento de supuestos perjuicios (según el tercero, no se había podido inscribir en un campeonato de tenis porque el marido se lo había impedido). Si se la consideraba una demanda cuyo fundamento era el matrimonio, tal como sostenía la demandante (alegaba que los dichos del tercero pretendían destruir su matrimonio), entonces el tribunal de familia tenía competencia para conocer de ella. Tanto el fallo de primera como de segunda instancia se inclinaron por su incompetencia y el Tribunal Supremo la confirmó, afirmando que la sola vinculación de la demanda con el matrimonio no es suficiente para otorgarle competencia a los tribunales especiales. Además de las acciones patrimoniales o extrapatrimoniales que deriven del matrimonio, la competencia de los tribunales de familia abarca todas aquellas demandas que pretendan amparar la comunidad de vida conyugal. Entre ellas se cuentan las derivadas de los §§ 823 y siguientes en relación con el art. 6º inciso primero de la Constitución que pretenden poner fin a los ataques al ámbito externo destinado a la habitación que surge del matrimonio. Dicho ámbito comprende el aspecto objetivo externo de la vida conyugal que, a su vez, conforma la base para la comunidad de vida marital y familiar permitiendo, además, el libre desarrollo de la personalidad de los miembros de esa familia, según la jurisprudencia constante. Por el contrario, los ataques que afecten a la esfera interna de la comunidad de vida y sexo nacida del matrimonio quedan fuera de la protección del derecho delictual.

Conclusiones

La comunidad de vida basada en el matrimonio tiene particularidades que hacen necesario un tratamiento especial del legislador tanto respecto del cumplimiento forzado de las obligaciones específicas derivadas de la misma, así como de las consecuencias de su incumplimiento.

De dichas particularidades se hace cargo en el derecho matrimonial alemán el § 1359 al establecer un parámetro de culpa excepcional para las infracciones a las obligaciones recíprocas de los cónyuges. El privilegio de culpa que esta norma contiene no implica que todas las vulneraciones de obligaciones personales derivadas del matrimonio admitan la indemnización de los perjuicios sufridos a través del régimen de la responsabilidad delictual.

En efecto, la jurisprudencia alemana ha descartado dos tipos de obligaciones del campo de aplicación del privilegio. Por una parte, las provenientes de la normativa del tránsito en las que la culpa del infractor se mide según el estándar general y, por otra, las que comprenden el ámbito interno o personalísimo del matrimonio, tales como el deber de fidelidad, en las que se ha desechado la responsabilidad civil del cónyuge incumplidor.

Lo anterior demuestra, a mi modo de ver, dos aspectos que en la discusión nacional acerca de la procedencia o improcedencia de la indemnización de perjuicios como consecuencia adicional al divorcio en caso de infracción de deberes personales del matrimonio deberían tenerse en cuenta. Primero, que el hecho de limitar la responsabilidad civil de los cónyuges respecto de dichas infracciones no supone dejar al cónyuge víctima en la situación de tener que tolerar todo daño; y segundo, que la naturaleza de la comunidad formada entre los cónyuges impone un tratamiento diferenciado respecto de otras comunidades.

La dogmática civil alemana, a través de la norma del § 1359 y de las distinciones aportadas por la jurisprudencia, ha logrado definir el ámbito en que la responsabilidad civil resulta adecuada frente a un incumplimiento de deberes personales del matrimonio y, en cambio, aquel que sólo admite la solución más radical, esto es, la terminación del vínculo jurídico a través del divorcio.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BARROS, Enrique (2007): *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica).
- BOEHMER, Gustav (1953): "Zur Frage der Unterlassungs- und Schadensersatzklage bei Ehestörungen", en *Juristenzeitung* (s/v), pp. 745-748.
- BASSENGE, Peter (2015): *Bürgerliches Gesetzbuch. Palandt*, 74ª ed. (Munich, C.H. Beck Verlag).
- BRUDERMÜLLER, Gerd (2015): *Bürgerliches Gesetzbuch. Palandt*, 74ª ed. (München, C.H. Beck Verlag).
- CLAUSS, Karl (1959): "Die Familie im Haftpflicht- und Verischerungsrecht", en *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)*, pp. 41-46.
- DEUTSCH, Erwin (1996): *Allgemeines Haftungsrecht*, 2ª ed. (Köln/Berlin/Bonn/München, Carl Heymanns Verlag).
- DIEDERICHSEN, Uwe (1977): "Die allgemeinen Ehwirkungen nach dem 1. EheRG und Ehevereinbarungen", en *Neue Juristische Wochenschrift*, pp. 217-223.
- DIEDERICHSEN, Uwe (1983): "Haftungsfreistellungen zwischen Familienmitgliedern", en *Versicherungsrecht (VerR)*, pp. 141-145.
- DÖLLE, Hans (1964): *Familienrecht* (Karlsruhe, Verlag C.F. Müller).
- ERBARTH, Alexander (2013): "Die Ehe ist kein Schuldverhältnis. Abgrenzung familienrechtlicher Rechtsverhältnisse von Schuldverhältnissen", en *Neue Juristische Wochenschrift*, pp. 3478-3484.
- GERNHUBER, Joachim, COESTER-WALTJEN, Dagmar (2010): *Familienrecht*, 6ª ed. (Munich, C.C. Beck Verlag).

- GIESEN, Dieter: *Familienrecht*, 2ª ed. (Tübingen, Mohr Siebeck).
- HAMM, Monika, JAEGER, Wolfgang (2015): *Johannsen/Henrich, Familienrecht. Kommentar*, 6ª ed. (Munich, C.H.Beck).
- HOFFMANN, Hans Joachim (1967): "Die Fragwürdigkeit der Haftung für *diligentia quam in suis*", en *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, tomo II, pp. 1207-1210.
- KASER, Max (1983): *Römisches Privatrecht*, 13ª ed. (Munich, Verlag C.H. Beck).
- LANGE, Heinrich (1934): *Vom alten zum neuen Schuldrecht* (Hamburg, Juristische Verlagsanstalt).
- LARENZ, Karl (1987): *Lehrbuch des Schuldrechts*, 14ª ed. (Munich, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung), tomo I.
- LÖHNING, Martín, PREISNER, Meike (2013): "Erfreulich klare Worte des BGH - Wegweiser zur Fortentwicklung der gegenwärtigen Familienrechts dogmatik", en *Neue Juristische Wochenschrift*, pp. 2080-2083.
- RIEGEL, Ralf (1989): "Grenzen des Schutzes des räumlich-gengeständlichen Bereichs der Ehe", en *Neue Juristische Wochenschrift*, pp. 2798-2800.
- ROTH, Andreas (2013): *Münchener Kommentar. Familienrecht*, 6ª ed. (Munich, Verlag C.H. Beck).
- ROTHER, Werner (1965): *Hafungsbeschränkung im Schadensrecht* (Munich-Berlin, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung).
- SCHLÜTER, Wilfried (2006): *BGB-Familienrecht*, 12ª ed. (Heidelberg, C.F. Müller Verlag).
- SMID, Stefan (1990): "Fallweise Abwägung zur Bestimmung des Schutzes des räumlich-gegenständlichen Bereichs der Ehe?", en *Neue Juristische Wochenschrift*, pp. 1344-1346.
- SPICKHOFF, Andreas (2005): *Soergel. Bürgerliches Gesetzbuch*, 13ª ed. (Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer).
- TATZEL, Otto (1970): "Die *diligentia quam in suis* im ehelichen Verhältnis" (Dissertation, Geislingen).
- VON HIPPEL, Heike (1965): "Schadensersatz bei Ehestörung", en *Neue Juristische Wochenschrift*, pp. 664-671.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)

Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG), de fecha 17 de diciembre de 2008.

1. *Eherechtsreformgesetz (1EheRG)*, de fecha 14 de junio de 1976 y que entró en vigencia el 1 de julio de 1977.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Tribunal Supremo (BGH), sentencia de 26 de junio de 1952, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 1952, p. 975.
- Tribunal Supremo (BGH), sentencia de 11 de marzo de 1970, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 1970, p. 1271.
- Tribunal Supremo (BGH), sentencia de 18 de junio de 1973, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 1973, p. 1654.
- Tribunal Supremo (BGH), sentencia de 10 de julio de 1974, en *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 1974, p. 2124.
- Tribunal Supremo (BGH), sentencia de 25 de junio de 1976, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)* 1976, p. 516.
- Tribunal Supremo (BGH), sentencia de 19 de diciembre de 1989, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 1990, p. 706.
- Tribunal Supremo (BGH), sentencia de 20 de febrero de 2013, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 2013, p. 2108.
- Tribunal Supremo (BGH), sentencia de 19 de febrero de 2014, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)* 2014, p. 746.
- Corte de Apelaciones (OLG) Hamburgo, sentencia de 8 de julio de 1958, *Versicherungsrecht (VersR)* 1958, p. 810.
- Corte de Apelaciones (OLG) Düsseldorf, sentencia de 13 de enero de 1959, *Versicherungsrecht (VersR)* 1959, p. 568.
- Corte de Apelaciones (OLG) Stuttgart, sentencia de 19 de octubre de 1979, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)* 1980, p. 49.
- Corte de Apelaciones (OLG) Celle, sentencia de 29 de noviembre de 1979, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 1980, p. 711.
- Corte de Apelaciones (OLG) Stuttgart, sentencia de 15 de septiembre de 1982, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)* 1983, p. 68.
- Corte de Apelaciones (OLG) Colonia, sentencia de 19 de abril de 1983, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)* 1984, p. 267.
- Corte de Apelaciones (OLG) Karlsruhe, sentencia de 5 de mayo de 1988, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)* 1988, p. 1270.
- Corte de Apelaciones (OLG) Colonia, sentencia 30 de mayo de 1989, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)* 1989, p. 1174.