

DEL ADULTERIO A LA INFIDELIDAD. CONCEPTO Y CONTENIDO ACTUAL DEL DEBER DE FIDELIDAD

Yasna Otárola Espinoza

Profesora de Derecho Civil
Universidad San Sebastián

RESUMEN

A partir de una sentencia de la Corte Suprema se trae a colación un tema de enorme importancia en materia de Derecho de familia: *"El deber de fidelidad"*, en el entendido que es necesario determinar el alcance y sentido de dicho derecho-deber por las consecuencias jurídicas a que da lugar su infracción, siendo causal de divorcio y separación y de las conductas que involucra su comisión.

Se trata de determinar el concepto y contenido del deber de fidelidad, aventurando la hipótesis de que el deber se proyecta en todo el campo de comportamiento de los cónyuges, siendo una exigencia que va más allá del ámbito sexual, sino también un deber positivo de lealtad.

La cuarta sala de la Corte Suprema conociendo de un recurso de casación en el fondo¹ en contra de una sentencia de la Corte de Apelaciones de la Serena que da lugar a la solicitud de divorcio por haber incurrido en la causal prevista en el número 2 del artículo 54 de la Ley N.º 19.947, esto es, la vulneración del deber de fidelidad, considera que los jueces no han incurrido en error de derecho en torno a la interpretación del deber de fidelidad², ya que la demandada

¹ Sentencia de la cuarta sala de la Corte Suprema de fecha 19 de enero de 2009, Rol 7843-2008.

² El recurrente señala que los sentenciadores "confunden el concepto de fidelidad con el de exclusividad, puesto que el primero en el plano de la sexualidad se expresa en la pareja única propia del matrimonio, es decir, en la exclusividad de las relaciones sexuales. Afirma que la fidelidad es un concepto subjetivo que se encuentra en el fuero interno del sujeto y no se refiere a la exclusividad de

entabló una relación sentimental con un hombre diferente a su marido, con anterioridad a que se produjera la referida separación.

Los sentenciadores acogieron la demanda de divorcio declarando terminado el matrimonio que unió a las partes por la causal N.º 2 del artículo 54 de la Ley 19.947, discurriendo sobre la base que el hecho que se ha tenido por establecido es constitutivo de violación del deber de fidelidad a su marido, *“no siendo la única manera de incurrir en tal transgresión la existencia de adulterio, esto es, de relaciones sexuales extramatrimoniales, pues según se desprende del artículo 132 del Código Civil, ésta es sólo una de las formas, si bien grave, de incumplir dicho deber”*.

Acto seguido haciendo una interpretación armónica de los artículos 131³ y 132⁴ del Código Civil llegan a la conclusión de que el adulterio no es la única causal de divorcio referida a la fidelidad conyugal, como lo exigía la antigua Ley de Matrimonio civil para el divorcio perpetuo en su artículo 21.

Para terminar, señalando que el numeral aludido sanciona la grave y reiterada infracción de guardarse fe, en el que *sin duda se comprende esa conducta, pero también otros hechos de infidelidad conyugal de gran significación* que importen un severo atentado al vínculo matrimonial, como el que se ha establecido en el caso de sub lite⁵.

De esta forma la sentencia aludida trae a colación un tema de enorme importancia en materia de Derecho de familia: *“El deber de fidelidad”*, en el entendido que es necesario determinar el alcance y sentido de dicho derecho-deber por las consecuencias jurídicas a que

sentimientos como se razona en el fallo impugnado, que en el caso de los hombres como género humano se expresa en la sexualidad. Alega que no es posible que el derecho regule los sentimientos de los seres humanos, tal como se hace en la sentencia atacada, así aunque su parte haya entablado y mantenido relaciones sentimentales con otros sujetos, las que pueden ser de amistad, parentesco o trabajo, ello no interesa al derecho mientras no se exprese en sostener relaciones sexuales con un sujeto distinto a su marido” (considerando primero).

³ Artículo 131 del Código Civil señala que: *“Los Cónyuges están obligados a guardarse fe... en todas las circunstancias de la vida”*.

⁴ Artículo 132 del Código Civil *“el adulterio constituye una grave infracción al deber de fidelidad que impone el matrimonio y da origen a las sanciones que la ley prevé”*.

⁵ Asimismo, se rechazó la demanda reconventional de divorcio, desestimándose los argumentos invocados por la cónyuge en orden a que el marido incurrió en falta a los deberes de convivencia, ya que se estima que la infidelidad de ella es una razón lo suficientemente grave para que el marido dejara de vivir en el hogar común (considerando séptimo).

da lugar su infracción, siendo causal de divorcio y separación y de las conductas que involucra su comisión.

Se trata de determinar el concepto y contenido –actual- del deber de fidelidad, aventurando la hipótesis de que “el deber se proyecta en todo el campo de comportamiento de los cónyuges, siendo una exigencia que va más allá del ámbito sexual, sino también un deber positivo de lealtad”.

Dicha hipótesis será corroborada o desvirtuada a través de dos objetivos: i) diferenciar el deber de fidelidad de la exclusividad sexual y, ii) definir el deber de fidelidad como lealtad, los que serán desarrollados en el numeral dos de esta investigación, al cabo de los cuales se despliega la conclusión.

2. CONCEPTO Y CONTENIDO DEL DEBER DE FIDELIDAD

2.1 El deber de fidelidad como exclusividad sexual

El concepto del deber de fidelidad⁶ y, correlativamente delimitar su quebrantamiento resulta de gran complejidad por cuanto se trata de una definición que ha sufrido grandes modificaciones fruto de los nuevos hábitos de convivencia, lo que ha redundado en su modificación jurídica⁷.

⁶ “El deber de fidelidad tiene por objeto preservar el carácter monogámico del matrimonio occidental, siendo el de mayor peso específico en las sociedades de nuestra civilización, y su conculcación la causa más reiteradas de separaciones y divorcios en que, el matrimonio, pese a la evolución experimentada, sobre todo en la adquisición de derechos por parte de la mujer, se sostiene en gran medida sobre la base cierta o encubierta de la fidelidad matrimonial”. VAZQUEZ IRUZUBIETA (1989), p. 193

⁷ El legislador ha sido más riguroso con la mujer que con el marido en el caso del adulterio. Con la ley N° 18.802 de 1989 desaparecieron algunas diferencias, como, por ejemplo la establecida en el artículo 171 del Código Civil, que hacía perder a la mujer adúltera sus derechos en los gananciales. Sin embargo y hasta el año 1994, en que entró a regir la Ley n° 19.335, subsistió un trato distinto para el adulterio del marido y de la mujer. De acuerdo al artículo 375 del Código Penal, cometía adulterio la mujer casada que yacía con varón que no era su marido y el que yacía con ella sabiendo que era casada. En cambio, el varón casado que yacía con mujer soltera o con mujer casada ignorando que lo era, no cometía adulterio penal. La Ley 19.335 puso fin a estas desigualdades al cambiar el artículo 7 de la Ley de Matrimonio y suprimir el adulterio como delito penal, derogando los artículos 375 al 381 del Código penal. RAMOS PAZOS (2005), p. 126. De igual modo, “Jusqu' en 1975, l'adultère était un délit pénal dont les conditions d'incrimination traduisaient une inégalité entre les époux: l'adultère de la femme était puni, dans tous les cas, d'une peine

En ese camino la escasa doctrina chilena que se ha referido al tema se ha conformado con referirse a dicho deber, señalando la regulación contenida en el artículo 131 y 132 del Código Civil y las sanciones que genera la infracción⁸, salvo algunos autores⁹

Particularmente, han circunscrito el deber de fidelidad a una dimensión estrictamente sexual, identificando fidelidad conyugal a fidelidad sexual, reduciéndola a la reprobación del adulterio, conceptualizado, éste último, como el mantenimiento de relaciones sexuales con otra persona distinta del cónyuge.

Paralelo a este desarrollo y en esta misma línea, no obstante la consagración expresa de *“que los cónyuges están obligados a...guardarse fidelidad (...).”*¹⁰, una parte de la doctrina española circunscribe la fidelidad al ámbito sexual y la considera desde una perspectiva negativa, que supone no mantener relaciones sexuales con terceras personas¹¹, como tampoco realizar actos conducentes a tal situación: como mirar lascivamente a otras personas por la calle, coquetear con ellas¹².

d'emprisonnement qui atteignait également le complice, alors que l'adultère du mari n'était puni que d'une peine d'amende et seulement si le mari l'avait commis au domicile conyugal. Depuis la loi du 11 juillet 1975 réformant le divorce, l'adultère ne constitue plus une infraction pénale”. COURBE (2003), p. 78.

⁸ RAMOS PAZOS (2005), p. 125.

⁹ BARRIENTOS Y NOVALES ALQUEZAR (2006), p. 284.

¹⁰ Artículo 68 del Código Civil Español.

¹¹ *“El adulterio era un concepto jurídico estudiado y cuyo concepto no ofrecía problema. Por el contrario la infidelidad conyugal, en una primera, y rápida lectura, puede hacer pensar si es un concepto nuevo, menos sujeto a la cópula. Entenderemos que no; todo comportamiento de infidelidad que no cristalice en la cópula tendrá su cabida o bien en la causa de la conducta injuriosa, pues es injuria al otro cónyuge las relaciones más o menos sospechosas de adulterio o relación aunque no se llegue al acto sexual, o bien en la causa “violación grave o reiterada de los deberes conyugales”, porque es deber de los esposos respetarse mutuamente (art. 66 CC) y una tal conducta comporta un falta de respeto hacia el otro cónyuge...Por infidelidad conyugal debe entenderse, pues, el adulterio, es decir, la realización de la cópula carnal”*. VEGA SALA (1981), p. 92-94.

¹² El deber de fidelidad *“está establecido en el artículo 69 del CC. y se refiere básicamente a la fidelidad sexual y comporta la reprobación del adulterio, con independencia de su despenalización”* ROCA TRIAS (1991), p. 67. Del mismo modo, se ha dicho que el deber de fidelidad se refiere primordialmente al aspecto *“sexual y a la erradicación del adulterio y de la relación homosexual con terceros, aunque también puede implicar cualquier otra conducta o actitud contraria al respeto debido entre los esposos.*

En tanto hay otros, junto a la abstención añaden la acción de desempeñar *“activamente los deberes sexuales hacia el otro, tratando de averiguar o responder a la auténtica personalidad sexual y necesidades sexuales del cónyuge”*¹³, no obstante la existencia de otras posturas que serán consideradas posteriormente¹⁴.

De igual modo, en Francia la monogamia marital llevó a plasmar en la ley la idea de que la fidelidad suponía abstenerse de realizar cualquier conducta sexual con un tercero que no sea el cónyuge. Fundados en el deber de cohabitación, este deber de lealtad pasivo se explicaba en función de la presunción de la paternidad del marido respecto de los hijos habidos durante el matrimonio.

Así fue, que durante un largo tiempo, el adulterio constituyó no sólo un motivo de divorcio sino también un delito sancionado penalmente. Posteriormente, con la reforma del 11 de julio de 1975 relativa al divorcio, pierde la especificidad y aparece al lado de otros derechos personales entre los cónyuges. Su contenido aparece circunscrito a determinados requisitos de la calidad de vida matrimonial.

Aunque la infidelidad supone la ausencia de comunicación sexual, no hay obstáculos para que si las costumbres y los usos sociales también quepa incluir en dicho concepto las relaciones no carnales”. De la Iglesia Monje (LXXXII), p. 2067.

¹³ Hasta época muy reciente *“la doctrina ha considerado el deber de fidelidad en un doble aspecto, positivo y negativo: en el uno, representa la recíproca disponibilidad sexual de los cónyuges, que en el primer momento se traduce, según la doctrina inglesa, en el derecho a consumir el matrimonio. En el aspecto negativo implica la exclusividad de relaciones sexuales entre los cónyuges y por tanto la obligación de cada uno de ellos de abstenerse de tales relaciones con terceros.*

El Código, pese al cambio de orientación sobre el entendimiento de la vida íntima entre cónyuges, continúa insistiendo, en su nueva redacción, en el deber de fidelidad, que se ha conservado en el artículo 68.

Se han restringido ciertos presupuestos del deber de fidelidad; han cambiado las formas de tutela de tal deber, y por tanto las consecuencias de su infracción; pero persiste el deber mismo. Sigue, por consiguiente, constituyendo el adulterio una grave infracción de la fe conyugal, y obligado cada esposo a la exclusividad sexual frente al otro y a observar una conducta congruente con esa deuda. Varían los efectos de la infracción pero no la regla que impone el deber infringido”. LACRUZ BERDEJO (2005), p.65.

¹⁴ Agrega NOVALES que siempre dentro del marco general del deber de respeto general y matrimonial, *“sin imposiciones, sin atacar el principio general de la libertad sexual ni exigir actos sexuales dañosos o que no deseen ser realizados por el otro. Por otra parte, tal sentido positivo tampoco debe limitarse al ámbito sexual. En efecto debe tomarse la iniciativa en la realización de prestaciones afectivas, muestras cariñosas, intentos de comprensión en los momentos difíciles”.* NOVALES ALQUÉZAR (2007), p. 201.

La imposición, ahora, relativa del derecho-deber personal conduce a un cambio en su naturaleza. De estar estrechamente unido a la definición del matrimonio y directamente protegidos por la ley pasa a convertirse en un mero elemento de las relaciones maritales privadas¹⁵.

De manera que para la doctrina francesa el deber de fidelidad regulado en el artículo 212 del Código Civil involucra mucho más que el aspecto negativo de respetar el voto matrimonial en el sentido de no forjar relaciones íntimas con una persona que no sea el cónyuge, con el avance del tiempo ha llegado a considerar que la conducta "leve o imprudente" del cónyuge también pueden constituir una violación del "deber de fidelidad; así lo ha admitido la jurisprudencia al aceptar que "una infidelidad intelectual" puede ser constitutivo de violación del deber.¹⁶

¹⁵ *"Le principe de la monogamie en droit matrimonial français conduit à faire de l'abstention de tout comportement infidèle un devoir du mariage. Fondée sur le devoir de communauté de vie, cette face passive de devoir de fidélité s'explique aussi par la présomption de paternité du mari de la mère qui s'applique durant le mariage aux enfants de la femme mariée. longtemps demeuré une cause péremptoire de divorce, l'adultère était aussi un délit pénalement sanctionné. Après avoir perdu cette spécificité avec la loi du 11 juillet 1975 relative au divorce, l'adultère n'en reste pas moins sanctionné. Pour autant, l'obligation de fidélité a perdu de sa force et apparaît désormais affaiblie au même titre que les autres devoirs personnels entre époux. Son contenu semble d'ailleurs s'être dilué dans une certaine exigence de qualité de la communauté de vie, affaiblissement que l'ont retrouve en outre au niveau des sanctions de l'adultère". Le retrait relatif du droit d'un domaine très personnel conduit à une modification de la nature de l'obligation de fidélité. Très liée à la définition légale du mariage elle apparaissait comme devant être protégée directement par la loi. Au contraire, à notre époque, elle est devenue un simple élément des relations privées conjugales. Dès lors si l'obligation de fidélité, impose de n'avoir de relations sexuelles se résume pas simplement à cela. Ce sont aussi les infidélités plus intellectuelles qui peuvent être dénoncées. La jurisprudence avait d'ailleurs admis, avant même la réforme de 1975, que des fréquentations équivoques, des échanges de correspondances ou des amitiés particulières puissent constituer des violations du devoir de fidélité. Encore la désormais célèbre décision, qui retenait l'infidélité intellectuelle d'une femme qui entretenait avec un évêque des relations affectueuses. Pour autant il ne s'agit pas pour les tribunaux d'imposer aux époux sentiments l'un envers l'autre. Mais une trop grande indifférence des infidélités morales, des atteintes aux sentiments ou des inconduites peuvent être dénoncées. À ce titre le devoir de fidélité impose le respect de l'autre époux et englobe "toutes les attitudes portant atteinte au mariage". C'est ainsi qu'une épouse qui sort très fréquemment en boîte de nuit et fréquente les dancing qui se montre aguicheuse envers les hommes et a des comportements hautement injurieux pour la fidélité conjugale". LAMARCHE (2009), p. 168 y en CARBONNIER (2004), p. 1225.*

¹⁶ "C'est un devoir qui présente deux aspects: un aspect positif qui impose aux époux l'accomplissement du devoir conyugal et un aspect négatif que oblige les

2.2 El deber de fidelidad como lealtad

A la luz de la postura señalada que admite una suerte de “*infidelidad intelectual*”, advertimos la existencia de otras comprensiones en torno al deber jurídico¹⁷: *autores que amplían la fidelidad mas allá de la sexualidad, empero restringiéndolo al aspecto negativo del deber y, otros que sostienen la doble proyección negativa- positiva del mismo*¹⁸.

En España, algunos recurren al significado de infidelidad, comprobando que la falta de fidelidad es constitutiva de deslealtad. Considerado así el término, esto es, como sinónimo de deslealtad, se llega a la conclusión de que la infidelidad es bastante más que el adulterio.

Así, la figura comprende traiciones sexuales¹⁹, afectivas, familiares, tales como: el adulterio; relaciones amorosas aunque no sean adúlteras por no culminar en relación sexual completa; la interrupción del uso de medios anticonceptivos sin comunicarlo al

époux à respecter la foi conjugale, à ne pas nouer de relations intimes avec un tiers”. Lamarche (2009), p. 166.

“En l'état actuel du droit positif l'infidélité peut être définie comme l'entretien avec un tiers d'une relation amoureuse l'infidélité est, d'abord, physique; elle se concrétise par des relations intimes entretenues avec un autre partenaire que son conjoint, ces relations étant constitutives de l'adultère, cause divorce. Cependant la conduite légère ou imprudente d'un époux peut également constituer une violation de l'obligation de fidélité. La jurisprudence a même admis qu'une "infidélité intellectuelle" pouvait être retenue”. COURBE (2003). p. 78.

¹⁷ Señala Romero Coloma que en la discusión del Proyecto en el Congreso de los diputados se puso de manifiesto en las intervenciones cómo la infidelidad conyugal no queda reducida al adulterio. Así el Sr. Moscoso del Prado apunto que “*tenemos de este deber un sentido mucho más amplio que el simple sentido de fidelidad sexual: no estamos pensando exclusivamente en el adulterio, sino en una fidelidad más amplia, más ética, más moderna, diríamos más gráficamente*”. ROMERO COLOMA (2003), p. 357.

¹⁸ NOVALES distingue cuatro posiciones en la doctrina: “*i) autores que sostienen la doble proyección negativa/ positiva del deber de fidelidad, pero que los restringen al terreno sexual; ii) autores que sostienen la doble proyección negativa/ positiva del deber de fidelidad, pero no la restringen al terreno sexual; iii) autores que consideran sólo el sentido negativo del deber de fidelidad pero que lo restringen a la fidelidad sexual y, iv) autores que consideran sólo el sentido negativo del deber de fidelidad pero que no lo restringen a la fidelidad sexual*”. NOVALES ALQUEZAR (2007), p. 199 y 200.

¹⁹ La doctrina española incorpora dentro del deber de fidelidad el débito conyugal, reconociendo que es discutible, por cuanto se trata de una obligación incoercible. También considera el sometimiento a inseminación artificial con material genético de un tercero, sin autorización del cónyuge.

otro cónyuge; mantener relaciones con el cónyuge negando la utilización de anticonceptivos; la esterilización contra la voluntad del cónyuge o sin ella²⁰.

A mayor abundamiento, utilizando reglas prácticas de interpretación algunos consideran *"no sólo la fidelidad sexual sino a fortiori, la lealtad que debe observarse hacia cualquier persona... y, por otra, también la constituyen, las manifestaciones en principio no sexuales pero si afectivas de elevado tono, los intentos de compartir intimidades que deben en rigor, compartirse sólo con la pareja"*²¹.

Por su parte, en Francia, desde 1975 no existe concretamente el adulterio, sin embargo a través de la fórmula general del divorcio por mala conducta, se incluye, por ser una violación de los primeros derechos designados en el matrimonio y mantener una especial importancia práctica²², además de otras conductas que impliquen deslealtad conyugal.

Así cualquiera de los cónyuges podría ser acusado de incumplimiento de la obligación de fidelidad, en el entendido que la sola intención de socavar la lealtad conyugal, es suficiente para constituir la violación, lo que demuestra que ahora la discreción del juez es particularmente importante.

La evaluación en abstracto de la infidelidad es una evaluación específica que debe ser realizada por el juez y para personalizarla en un cónyuge, el juez debe evaluar la existencia de una violación grave

²⁰ En opinión del autor, también sería infidelidad *"toda conducta por la que una persona casada defraude la confianza que como cónyuge se merece su pareja. Esta deslealtad se puede realizar de distintas maneras: desvelando secretos e intimidades a terceros, poniéndose públicamente a favor de otra persona con la que él un conflicto"*. RAGEL SANCHEZ (1997), p. 301 y 302.

²¹ NOVALES ALQUEZAR (2007), p. 200.

²² *"Depuis 1975 l'adultère n'est plus nommément prévu par le C.C., mais el peut être saisi la formule générale du divorce pour faute. Et même, tout à la fois en raison de sa gravité intrinsèque et parce qu'il est la violation du premier nommé des devoirs du mariage il conserve un relief particulier dans la pratique des causes fautives la cause, néanmoins, n'est plus péremptoire: les juges peuvent repousser la demande s'ils estiment que l'adultère commis par l'un s'explique, s'excuse cf. a. 245 al. 1 –non pas se justifie- par certains comportements imputables à l'autre (un époux a été chercher hors de chez lui l'affection qui lui était refusée à domicile)"*. CARBONNIER (2004), p. 1220.

o reiterada que haya tornado intolerable el mantenimiento de la vida en común²³.

Por último, dentro de la visión amplia y ajena a la exclusividad sexual se ha afirmado *“sobre la base de los derechos del individuo a la libertad, la autonomía y la plena realización personal garantizados por la Constitución, según la cual lo importante es la voluntad de plena unión de los cónyuges”*²⁴, que existiendo la voluntad de seguir viviendo juntos, no habría vulneración del deber de fidelidad.

El problema está en si la decisión de mantener la convivencia se ha tomado estando en conocimiento de la infidelidad y siendo así, cuál es el valor jurídico de estos acuerdos, en el sentido que ellos inhibirían la presentación de demandas de divorcio²⁵.

²³ “A pu se voir reprocher une violation des obligations du mariage. La simple tentative d'adultère, la simple intention de porter atteinte à la fidélité conjugale suffit donc à constituer la violation, ce qui montre que désormais l'appréciation du juge est particulièrement importante. L'appréciation in abstracto de l'infidélité n'a plus cours. La seule charnelle ne suffit pas désormais à établir une faute cause de divorce. Dès lors que l'automatisme de la qualification a disparu avec la loi du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, l'infidélité est appréciée in concreto par le juge et donc de façon personnalisée. A fin d'établir une faute cause de divorce, le juge devra apprécier l'existence d'une violation grave ou renouvelée des obligations du mariage. Il n'est plus forcément indispensable distinguer l'adultère au sens strict des autres formes d'infidélité, la gravité ne pouvant être automatiquement admise en présence d'un adultère. Cette évolution a permis au juge d'élargir sensiblement sa liberté d'appréciation tant pour la gravité de la violation que pour son imputabilité. Il faut en outre, en application de l'article 242 du Code C., que la violation du devoir de fidélité ait rendu intolerable maintenant de la vie commune...”. LAMARCHE (2009), p. 169.

²⁴ “Dentro de esta orientación se encuentran aquellos que entienden que una relación sexual extra-conyugal de carácter fugaz y ocasional no entraña propiamente una infidelidad conyugal siempre que se consume con sólo los sentidos y sin intervención de los sentimientos”. SANCHO VILLARREAL (2001), p. 92.

²⁵ En la causa “B. B. H. R. c/ P. J. V. s/ divorcio art. 214 inc. 2º, CCiv.”, la Sala G de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil señaló que por medio de la prueba documental surge que el actor reconoció la paternidad de una menor que procreó con una tercera mujer, ocurriendo ello durante la vigencia del vínculo conyugal, destacando que con dicha relación adulterina se comprueba la violación al deber de fidelidad matrimonial, debiendo ser confirmado el divorcio por causa de adulterio del actor. Al confirmar la sentencia apelada, destacaron que *“el derecho se caracteriza por integrar una dimensión axiológica, es decir que la formulación jurídica (en el caso, la norma contenida en el artículo 198 ya citado) se compone de valores éticos que están ausentes en la mera perspectiva sociológica que embanderan quienes sostienen que tal encumbrado deber-obligación se esfuma y deja de existir durante la separación de los esposos, quizá por darle preeminencia no a aquellos valores consustanciales con la conformación de la persona, sino sólo viendo y admitiendo sus necesidades egocéntricas de placer, e incluso, de necesidad fisiológica”, no enrolándose dentro de esta última concepción ontológica”*.

Luego, entonces dilucidar el sentido y alcance del deber de fidelidad no será fácil. La extensión en la delimitación de estas obligaciones, lleva a afirmar que no habrá matrimonio que no se haya vulnerado alguna vez el deber de fidelidad.

En Chile, el Código civil se ha ocupado de la infracción del deber de fidelidad en el caso de deslealtad sexual, a través del artículo 132 que se refiere al adulterio²⁶.

Adicionalmente y con posterioridad, el legislador estableció genéricamente que para demandar el divorcio por culpa es necesario incurrir en la causal genérica que exige una falta imputable al otro cónyuge y que dicha falta constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que impone el matrimonio, que torne intolerable la vida en común²⁷, o bien incurrir en alguna de las causales enumeradas, dentro de las que se encuentra la violación del numeral 2 del artículo 54 de la LMC, esto es, *"transgresión grave y reiterada de los deberes...y fidelidad propios del matrimonio"*.

Así, el lugar que *el adulterio había perdido en la enumeración de los hechos que hacen incurrir en la causal genérica de divorcio, lo recupera por medio de la disposición contenida en el número 2 del inciso segundo del artículo 54 de la ley 19.947*, supuesto que constituye una especie de *"transgresión grave"* del deber de fidelidad de acuerdo con lo que expresamente declara el inciso 1 del artículo 132 del Código civil: *"El adulterio constituye una grave infracción al deber de fidelidad que impone el matrimonio"*²⁸, lo que lleva a aventurar que la referencia que realiza la ley en el artículo 54 número 2, en cuanto constituye causal de divorcio la transgresión grave y reiterada del deber de fidelidad, es indicativa de que el deber de fidelidad va más allá de la sola exclusividad sexual.

Tomada en cuenta la distinción anterior y considerando adicionalmente la diferencia temporal, se desprende que el legislador no reparó en que al tiempo que incorporaba la fidelidad como causal

²⁶ El adulterio se encuentra regulado en el inciso 2º del artículo 132 del Código Civil que señala que "cometen adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido y el varón casado que yace con mujer que no sea su cónyuge".

²⁷ RAMOS PAZOS señala que el *"divorcio sanción está concebido como una pena para el cónyuge culpable de una conducta que lesiona gravemente la vida familiar y que debe tenerse presente que la falta debe ser imputable, es decir, culpable"*. En consecuencia el legislador impuso la necesidad de una *"cierta conducta que implique la ausencia de cumplimiento de un deber u obligación y de un juicio de atribución de responsabilidad por el incumplimiento"*. RAMOS PAZOS (2005), p.101-102.

²⁸ BARRIENTOS Y NOVALES ALQUEZAR (2006), p. 370.

de divorcio, mantenía el artículo 132 que se refirió en su momento, hasta 1994, a la noción civil de adulterio, basado en el concepto penal como supuesto típico de la infidelidad²⁹, como tampoco que el artículo respondía, antes y después de la modificación, a la existencia de la presunción de paternidad de los hijos nacidos dentro del matrimonio³⁰ y a la protección de la familia matrimonial antes denominada legítima. De manera que hasta antes de la Ley de Matrimonio civil el deber de fidelidad involucraba la exclusividad sexual entre cónyuges, obligándose de esta manera a no mantener relaciones sexuales extraconyugales.

²⁹ En Chile el adulterio es despenalizado en 1994. Actualmente, la ley dice que "cometen adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido y el varón casado que yace con mujer que no sea su cónyuge". Antes

³⁰ *Legislatura 327ª, extraordinaria; sesión 21ª, ordinaria, en miércoles 5 de enero de 1994. Se refiere al artículo 21 de la Ley de Matrimonio Civil, y a la derogación de los artículos 375 al 381, ambos inclusive.*

Estos preceptos se encuentran contemplados en el Código Penal y dicen relación con el adulterio y el amancebamiento. La indicación viene a reponer el texto aprobado por la Cámara de Diputados, que derogó el párrafo correspondiente a esos delitos.

Como recordarán los señores Senadores, la Comisión rechazó la enmienda introducida por aquella Corporación y estableció disposiciones sobre el adulterio, igualando la situación del marido y de la mujer. El señor CUMPLIDO (Ministro de Justicia) señala que el proyecto de ley contiene —y esto fue señalado aquí con mucha precisión— dos ideas matrices.

La iniciativa presentada por el Ejecutivo establecía —como lo hemos afirmado— la doble penalidad del adulterio. Pero la Cámara de Diputados reemplazó lo anterior y aprobó una disposición en virtud de la cual se despenaliza el hecho, en cuanto al ámbito de lo penal. Porque hay que tener bien claro que ello no se extiende a lo civil, con todos sus efectos. Que no consiste sólo en elevar la pena o estatuir el delito penal de adulterio para el hombre, ni tampoco es tan sencillo como eliminar lisa y llanamente esa figura como delito penal y dejarla sólo como delito civil. Por su parte, PACHECO plantea que el adulterio es un mal, queda fuera de toda duda. Me parece que todos los Senadores estamos de acuerdo en esto. En efecto, el adulterio destruye el matrimonio, faltando a la palabra pronunciada y que es traicionada. La entrega mutua de los cónyuges pierde, entonces, el sentido de la donación y de la exclusividad, y el matrimonio, que debe ser indisoluble y por toda la vida, cede al capricho del momento. El adulterio hace daño a ambos cónyuges y es un daño muy difícil de reparar. Finalmente, el quiebre de una familia significa el debilitamiento de la misma sociedad, compuesta de familias. Si el adulterio es un mal tan grave, es importante y justo que la sociedad establezca un límite a la actuación personal en la esfera de lo sexual, afirmando claramente que esta falta a la fe conyugal es un ilícito civil y un ilícito penal. Otra cosa es discutir el tipo de pena que debería aplicarse al adulterio —como lo consagraba el primitivo proyecto del Ejecutivo— y establecer igualdad en el tratamiento de los cónyuges frente al ilícito.

Luego, si recurrimos a la definición de la palabra fidelidad y observamos que ella significa lealtad³¹, observancia de la fe o confianza que uno debe a otro y que se halla unida a conceptos como el del honor, reputación, honestidad y dignidad³². Mas la interpretación armónica sistemática de ambas disposiciones, esto es, el artículo 132 del Código Civil y artículo 54 número 2 de la Ley 19.947, se confirma que la transgresión es comprensiva de otras conductas a más de aquellas constitutivas de adulterio y, que ha tenido lugar una ampliación del deber de fidelidad que abarca todos los órdenes de la vida de los cónyuges³³.

En esos términos la fidelidad conlleva la obligación negativa de abstenerse de realizar cualquier acto o conducta; sea o no en relación con terceras personas, que suponga una traición o engaño a esa confianza o fe que se tienen depositados mutuamente los cónyuges³⁴ y que ponga en peligro valores como el honor, la honestidad, la

³¹ Fidelidad, lealtad, observancia de la fe que uno debe a otro. Diccionario de la lengua española. Real Academia Española: 1996, (Vigésima primera edición, Espasa Calpen).

³² *"El deber de guardarse fe no sólo se estrecha en los angostos límites de la fidelidad sexual, sino que se proyecta en los angostos límites de la fidelidad sexual, sino que se proyecta en todos los ámbitos de la vida en común y "en todas las circunstancias de la vida", supuesto que "guardar la fe conyugal" implica fidelidad y ésta no es más que la: Lealtad, observancia de la fe que alguien debe a otra persona", la que no aparece determinada solamente por la naturaleza y fines del matrimonio y, por ende, se extiende a todos los ámbitos en los cuales se proyecta la comunidad de vida entre marido y mujer".* BARRIENTOS Y NOVALES ALQUEZAR (2006), p. 360.

³³ La cuarta sala de la Corte Suprema en la causa Rol N.º 5048-2006 señala que el adulterio no es única causal de divorcio referida al deber de fidelidad matrimonial. Agrega, *"que se incurre en esta infracción y, por ende, en la referida causal de divorcio, el marido o la mujer que realiza una conducta que compromete la búsqueda del bien para ambos cónyuges, entendido éste último concepto en términos amplios, abarcador de todas las circunstancias de la vida conyugal, esto es, que se destruya la fe, confianza y lealtad debida manifestada ostensiblemente en el quehacer personal del cónyuge infractor".*

³⁴ *"Debe entenderse superado el antiguo concepto de adulterio –como acto de yacimiento de una persona casada con un tercero– comprendiendo en su concepto cualquier relación sexual sea del tipo que sea, aunque no supongan el coito o penetración vaginal, siempre que intervenga una tercera persona. Así, deben entenderse incluidos en su ámbito las relaciones homosexuales, sodomíticas, orales o cualquiera otra semejante, porque a través de cualquiera de ellas se ofende la lealtad del otro cónyuge".* SANCHO VILLARREAL (2001), p. 88 y 89.

reputación, la integridad o la dignidad del otro cónyuge³⁵. Y positiva de “cumplir activamente con los deberes sexuales hacia el cónyuge, tratando de averiguar y responder a la auténtica personalidad sexual y necesidades sexuales del cónyuge”.³⁶

Sin embargo, la profundidad del concepto se ve mermada por nuestra ley, que exige que el incumplimiento conyugal sea grave y reiterado para que sea causa de divorcio.

De tal formulación legal sólo se puede extraer una conclusión segura: una falta leve y aislada no es motivo de divorcio. A partir de ahí, cuando la falta no sea leve sino grave, será el juez quien decidirá sobre la entidad del incumplimiento y lo gradúe teniendo en cuenta el contexto familiar y social.

En definitiva siendo el adulterio una de las expresiones más graves de la infidelidad y habiendo el legislador incluido la expresiones gravedad y reiteración deviene que legislador disminuyó los niveles de diligencia para determinar la transgresión, dando a entender que no cualquier incumplimiento puede dar lugar a la sanción del divorcio y que dentro de tales incumplimientos se halla el adulterio como causa preponderante de infidelidad, no obstante que deja la puerta abierta a la consideración de que pueden existir otras conductas constitutivas de infidelidad, tanto o más graves que aquel.

CONCLUSIÓN

El deber de fidelidad contemplado en nuestro ordenamiento abarca todos los órdenes de la vida de los cónyuges, su mantención junto al adulterio no sólo refrenda la idea de que éste último, sólo, constituye una especie de transgresión del mismo, sino su importancia en relación a la mantención de la familia matrimonial y a la presunción de paternidad respecto de los hijos nacidos dentro del matrimonio.

Sin embargo, la amplitud arroja el problema de determinar que conductas u omisiones constituyen su transgresión, como así también, cuál debe ser la entidad de ellas, para que alcancen los niveles de gravedad y reiteración que exige el legislador, dando paso

³⁵ Ejemplo de ello, es el marido o mujer que acostumbra a coquetear descaradamente con los amigos(as) de su cónyuge, sin llegar a tener relaciones sexuales con ellos.

³⁶ NOVALES ALQUÉZAR (2007), p. 201.

de esta manera, quizás, a un problema mayor: la apreciación que deberá realizar el juez.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, Manuel (1997): *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia* (8ª edición, Barcelona, Editorial José María Bosch), tomo IV.
- ALONSO PÉREZ, Mariano (1992): "Dialéctica entre fidelidad matrimonial y libertad sexual: el delito de violación entre esposos separados y el llamado debito conyugal", Área de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza (coordinador): *Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo* (Barcelona, editorial Bosch), pp. 39-64.
- BARRIENTOS GRANDÓN, Javier y NOVALES ALQUÉZAR, Aranzazu (2004): *Nuevo Derecho Matrimonial chileno. Ley N° 19.947: celebración del matrimonio, separación, divorcio y nulidad* (2ª edición, Santiago, LexisNexis), 472 pp.
- CARBONIER, Jean (2004): *Droit Civil. Les personnes, la famille, l' enfant, le couple* (París, Editorial Quadrige), 1496 pp.
- CORNU, Gerard (1984): *Droit Civil. La famille* (París, Edition Montchrestien), 657 pp.
- (1998): *Droit Civil. La famille* (6ª edición, París, Edition Montchrestien), 632 pp.
- (2006): *Droit Civil. La famille* (9ª edición, París, Edition Montchrestien), 654 pp.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio (2006): *Sistema de Derecho Civil IV. Derecho de Familia y Sucesiones* (10ª edición, Madrid, Tecnos), 565 pp.
- GETE-ALONSO Y CALERA, María (1984): "Comentarios a los Arts 66 a 80 del Código Civil" *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*. (Madrid, editorial Tecnos) 314 – 438 pp.
- LETE DEL RÍO, José Manuel (1994): "De los derechos y deberes de los cónyuges", LACRUZ BERDEJO, José (coordinador): en *Matrimonio y Divorcio. Comentarios al título IV del Libro I del Código Civil* (España, Editorial Civitas), pp. 641-649.
- MURAT, Pierre (2009): *Droit de la familia* (Paris, Editorial Dalloz), 1553 pp.
- NOVALES, María (2007): *Los deberes personales entre los cónyuges ayer y hoy* (Granada, Comares), 399 pp.

- ROCA TRÍAS, E. (1997): "Efectos personales y patrimoniales del matrimonio", en ROCA TRÍAS, E. (coordinadora): *Derecho de Familia* (3ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 88-90.
- RAMOS PAZOS, René (2005): *Derecho de Familia* (4º edición, Chile, Editorial Jurídica de Chile), 2 vols.
- ROMERO COLOMA, Aurelia (2003): "¿Es indemnizable la violación de los artículos 67 y 68 del Código Civil?", en HERNÁNDEZ CATALÁN, Gloria (Coord.): *Diez años de abogados de familia* (Madrid, Editorial La Ley), pp. 349-359.
- VAZQUEZ IRUZUBIETA (1989): *Doctrina y jurisprudencia del Código Civil* (Madrid, Editoriales de Derecho reunidas), p. 193.

Revistas:

- ALCIDES, Jorge (1991): "Rechazo de la indemnización del daño moral por el adulterio de uno de los cónyuges", *Revista jurídica argentina La ley*, tomo 1991-d: pp. 216-223.
- RAGEL SÁNCHEZ, Luis (1996-1997): "Los Deberes conyugales", *Anuario de la Facultad de Derecho*, Vol. 14-15: pp. 261-314.
- ROMERO COLOMA, Aurelia (1988): "La infidelidad conyugal como causa de separación: análisis y valoración", *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, Vol. 670: pp. 639-661.
- _ (1997): "¿Genera responsabilidad civil la violación de los artículos 67 y 68 del Código Civil?", *Revista de Responsabilidad Civil Circulación y Seguro*, Vol. 544-549.
- SANCHO, Luis (2001): "El deber de fidelidad conyugal como obligación jurídica y consecuencias de su infracción", *Revista de Derecho de Familia* Nº 11: pp. 77-130.