

JURISPRUDENCIA ITALIANA COMENTADA

Rodrigo Míguez Nuñez
Profesor de Derecho Civil
Universidad Alberto Hurtado

DAÑO MORAL POR ADULTERIO.
CORTE SUPREMA DE CASACIÓN
N° 18853/2011¹

Con fecha 22 de junio de 2001 una mujer casada presentó demanda ante el tribunal de Savona contra su cónyuge solicitando el resarcimiento de los daños (biológico y existencial) causados por la violación de los deberes matrimoniales, en especial, de la obligación de fidelidad, realizada en modo particularmente delusorio dada la notoriedad con la cual tuvo lugar la infracción cometida con otra mujer, también casada. El demandado, por su parte, solicitó el rechazo de la acción sosteniendo que la violación de los deberes conyugales sólo daba lugar al procedimiento de la separación judicial (instituida en el art. 150 y ss. del *Código Civil* italiano) siendo ésta, en todo caso, infundada.

El tribunal de primera instancia rechazó la demanda. Del agravio derivó apelación de la actora y otra incidental del demandado relativa al pago de las costas. Ambas presentaciones fueron rechazadas por la Corte de Apelaciones de Génova con fecha 20 de mayo de 2006. Mediante recurso de casación, notificado el 29 de junio de 2007, la demandante solicitó la invalidación de la sentencia de segundo grado, sosteniendo la violación o falsa aplicación de los arts. 2043, 2059, 151 del *CC*. Indica la recurrente que el tribunal de segunda instancia habría errado al declarar no resarcible el daño por no existir un pronunciamiento previo de separación judicial por culpa². En su tesis, el derecho al resarcimiento deriva de “la violación de un derecho constitucionalmente protegido”, el cual sería

¹ Cass. civ., sez. I, 15 de septiembre de 2011/ N° 18853. Síntesis in *Il corriere giuridico*, N° 12, Milano, 2011, pp. 1502-1503, con nota di Vincenzo CARBONE, *Tutela dei valori costituzionali della persona e status coniugale: risarcibile il danno morale da adulterio*, pp. 1633-1637.

² Es la expresión equivalente al italianismo jurídico *addebito in sede di separazione* establecido en el art. 151 inc. 2° del *CC*, esto es, la solicitud judicial de separación promovida por uno de los cónyuges con “débito” o “carga” al otro derivado de la infracción, realizada por este último, de los deberes que impone el matrimonio.

“independiente de la resolución que declare la separación por culpa”.

Convengamos, de inmediato, que el objeto de la litis no ofrece novedad para la casación italiana. Ya con anterioridad, en la sentencia de 10 de mayo de 2005, la Corte se pronunció asertivamente y, por vez primera, sobre la viabilidad de la tutela resarcitoria ligada a ilícitos consumados en el ámbito de la relación conyugal³. Pues bien, a los principios allí plasmados recurre el fallo afirmando que los deberes que derivan del matrimonio para los cónyuges no tienen un carácter exclusivamente moral, sino que gozan de naturaleza jurídica, como se desprende de los arts. 143 y 160 del *CC* y de las consecuencias de orden jurídico que el ordenamiento prevé en caso de violación. Se infiere, por ende, que el interés de cada cónyuge en el ámbito matrimonial tiene el valor de derecho subjetivo y así:

“el comportamiento de uno de los cónyuges no sólo puede constituir causa de separación o de divorcio, sino que además, allí donde se presenten todos los presupuestos previstos por las reglas generales, puede dar también lugar a los

requisitos establecidos para el ilícito civil”.

Se advierte que una misma *causa petendi* puede generar una pluralidad de causas autónomas, marcadas cada una por un diverso *petitum*. En el caso en estudio el *petitum* que fluye *dell'art. 151 del CC* se encuentra relacionado con las consecuencias que del pronunciamiento de separación se producen para el cónyuge culpable, a saber: la pérdida del derecho de mantención (con la exclusión de los alimentos necesarios en caso de particular indigencia, art. 156 inc. 3) y la pérdida de la calidad de heredero *riservatorio* (art. 548) y legítimo (con la excepción de la situación prevista en el art. 585). Dicho *petitum*, señala la Corte, no cubre todos los intereses que surgen de la infracción al deber de fidelidad, los que podrán ser comprendidos en la pretensión del resarcimiento derivada de la aplicación de la responsabilidad civil a la relación conyugal.

La responsabilidad resarcitoria en el terreno de las relaciones familiares, y en particular por la violación de los deberes matrimoniales, es fenómeno de reciente data en la jurisprudencia italiana. Pronunciamientos que se suceden desde el año 2000 han dispuesto, prescindiendo de la solicitud de la separación judicial por culpa, la indemnización del daño extracontractual, abandonando el criterio que establecía una suerte de “inmunidad” respecto a las consecuencias civiles de la violación de los deberes conyuga-

³ Cfr. Cass. civ., sez. I, 10 de mayo de 2005/N° 9801, in *Famiglia e diritto*, N° 4, Padova, 2005, p. 365, con nota di Michele SESTA, *Diritti inviolabili della persona e rapporti familiari: la privatizzazione arriva in Cassazione*, p. 370 y de Giovanni FACCI, *L'illecito endofamiliare al vaglio della Cassazione*, p. 372.

les⁴. Cabe destacar que la indemnización del ilícito endofamiliar no asume en este ámbito el carácter sancionador o de *deterrence* sino que, como lo refuerza la doctrina, la función resarcitoria o de *compensation* frente a comportamientos que constituyen, más que meras violaciones del derecho de fidelidad, un verdadero “abuso” del derecho a autodeterminarse⁵. En efecto, en la opinión consolidada de la Corte de Casación la separación y el divorcio constituyen instrumentos establecidos por el ordenamiento para poner remedio a situaciones de imposibilidad de prosecución de la convivencia o de definitiva disolución del vínculo; tienen ellos, pues, función asistencial, pero en ningún caso resarcitoria. Así, no existiendo norma en Derecho Positivo, ni razones de orden sistemático que impidan la deducción de la demanda de resarcimiento al concurrir los presupuestos del ilícito civil, se reafirma el criterio según el cual:

“la relativa acción [de resarcimiento] debe retenerse autónoma respecto de la demanda de separación por culpa y deducible, por tanto, prescindiendo de ésta”⁶.

⁴ Giovanni FACCI, *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, 2ª ed., Milanofiori, Assago, IPSOA, 2009.

⁵ Cfr. Alessandra SPAGNARO, “La responsabilità per violazione dei doveri coniugali”, in Michele SESTA (COORD.), *La responsabilità nelle relazioni familiari*, Torino, Utet, 2008, pp. 126-127.

⁶ Es necesario advertir que, tratándose de remedios de finalidad autónoma y diversa,

Ahora bien, en lo que atañe al fundamento del ilícito civil planteado sostiene la Corte:

“también en el ámbito de la familia los derechos inviolables de la persona deben permanecer incólumes, en modo tal que la lesión por parte de otro componente de la familia puede constituir presupuesto de responsabilidad civil”.

Se configura aquí la cuestión principal a desvelar: ¿cuándo una violación de los deberes matrimoniales podrá dar lugar, además de los remedios previstos por el Derecho de Familia, a un daño injusto que justifique el resarcimiento según las normas de la responsabilidad extracontractual?

La respuesta se recaba recurriendo a los principios sobre daño no patrimonial fijados por las Secciones Unidas de la Casación⁷.

existe asimismo consenso en la doctrina italiana sobre la naturaleza autónoma de ambas acciones. De esta forma, la solicitud de la separación judicial por culpa, cualquiera sea su resultado, no impide ni excluye la presentación de la demanda indemnizatoria. Cfr. Adalgisa FRACCON, *Relazioni familiari e responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 191.

⁷ Para un primer acercamiento a la elaboración de la responsabilidad por daño no patrimonial realizada por las *Sezioni Unite* de la Corte de Casación italiana se consienta el reenvío a Rodrigo MÍGUEZ NÚÑEZ, “Una causal autónoma de resarcimiento en la responsabilidad civil médica: la infracción al deber de información como violación del derecho a la autodeterminación”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 16, Santiago, julio 2011, pp. 320-321, n. 29.

Dicho daño, indica el fallo:

“es resarcible sólo en aquellas situaciones previstas por la ley, es decir, según una interpretación constitucionalmente orientada del art. 2059 del *CC*, cuando [entre otras hipótesis], el hecho ilícito haya vulnerado en modo grave derechos inviolables de la persona, como aquellos objeto de tutela constitucional; en tal caso la víctima tendrá derecho al resarcimiento del daño derivado de la lesión de los intereses que, si bien no se encuentran determinados *ex ante* por la ley, serán analizados caso a caso por el juez”.

Recuerda además la Corte que el daño moral será indemnizable cuando concurren contextualmente las siguientes condiciones:

- a) que el interés lesionado tenga relevancia constitucional;
- b) que la lesión del interés sea grave, en el sentido que la ofensa supere un límite mínimo de tolerabilidad, como impone el deber de solidaridad del art. 2 de la Constitución⁸ y
- c) que el daño no sea fútil, esto es, que tenga una consistencia

⁸ El art. 2 de la Constitución Política italiana reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, sea como individuo, sea en el seno de las formaciones sociales donde aquél desarrolla su personalidad, y exige el cumplimiento de los deberes inderogables de solidaridad política, económica y social.

capaz de considerarse jurídicamente relevante.

Sobre esta base, se explora la naturaleza y consecuencia de la conducta ilícita que soporta la acción de resarcimiento. Se lee:

“en el vigente derecho de familia todo cónyuge puede legítimamente hacer cesar su obligación de fidelidad solicitando la separación, o bien, cuando se den los supuestos, el divorcio. Con el matrimonio, según la concepción normativa sancionada por el legislador, los cónyuges no se conceden un irrevocable, recíproco y exclusivo *ius in corpus* válido para toda la vida, al que pueda corresponder un derecho inviolable de cada uno en relación al otro, pudiendo hacer cesar cada uno los deberes relativos en cualquier momento mediante un acto unilateral de voluntad expresado en la forma señalada por la ley”.

Y entonces:

“en la óptica de tal ordenamiento, si la obligación de fidelidad es violada durante la convivencia matrimonial, la sanción típica prevista por el ordenamiento es la separación por culpa –con sus diversas consecuencias– siempre que la violación se establezca como causa determinante de la separación de los cónyuges, no

siendo dicha violación idónea y suficiente por sí al fin de configurar la responsabilidad resarcitoria del cónyuge infractor”.

La mera infracción del deber de fidelidad no basta para configurar el ilícito a resarcir; deberá además constatarse la lesión, derivada de la violación del deber de fidelidad, de un derecho constitucionalmente protegido y deberá, por cierto, probarse el nexo de causalidad entre la violación y el daño, que para ser a dicho fin relevante no podrá consistir en el sólo sufrimiento síquico causado por la infidelidad y por la percepción de la ofensa que deriva.

Resta, por consiguiente, zanjar un ulterior asunto de manifiesta relevancia: ¿cuándo una infracción del deber de fidelidad podrá ser constitucionalmente relevante?

La respuesta no es ajena al lente de la Corte, que advierte, ello sucederá:

“donde se demuestre que la infidelidad, por sus modalidades y en relación a la especificidad del caso, haya dado lugar a la lesión de la salud del cónyuge o donde ella, por sus modalidades, haya implicado comportamientos específicamente lesivos a la dignidad de la persona”.

La cuestión, se observa, no es simple, ni menos pasiva, pues un justo análisis de los argumentos de

cada una de las partes deberá apreciar el bien jurídico que se pretende proteger cuando el infractor, demandado, solicite el rechazo la acción resarcitoria. Es decir, una simple relación extraconyugal no puede dar lugar a las condiciones que configuran el daño injusto, ya que en el juicio destinado a determinar su existencia, el deber de fidelidad colisionará y sucumbirá ante el derecho, también constitucionalmente garantizado, del cónyuge infractor a autodeterminarse, a tener relaciones interpersonales e, incluso, a poner fin a ellas. Son éstas, de hecho, las razones aducidas por parte relevante de la doctrina italiana para negar el derecho al resarcimiento del daño en el ámbito de las relaciones matrimoniales⁹. La tendencia desarrollada en los últimos decenios en Europa, se sostiene, limita siempre con mayor intensidad la atribución de la responsabilidad en la rotura de la relación matrimonial. Dicha evolución es el fruto de los principios éticos y sociales que fundamentan hoy la relación matrimonial, entre los cuales se torna siempre más central el principio de la libertad de elección, tanto en la etapa constituyente del vínculo como en la fase de su disolución. Desligarse, por consiguiente, de los derechos que nacen del matrimonio, poniéndoles término, es visto como el ejercicio de un derecho de receso, expresión de la libertad personal, siempre admi-

⁹ Para todas las voces, matices y jurisprudencia conforme, cfr. SPAGNARO (n. 5), pp. 119-121.

sible en el ámbito de toda relación estipulada a tiempo indeterminado¹⁰.

Sin perjuicio de su razón, creemos que la ponderación de los intereses en juego conducirá a una evidente morigeración de estas afirmaciones. Así, la operación a realizar consistirá en sondear si el ejercicio del derecho de libertad de uno de los consortes ha sido realizado con un arbitrio y abuso tal de violar el derecho, de idéntico rango constitucional, del otro cónyuge¹¹. Se caerá, entonces, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, si la conducta del cónyuge, particularmente grave, ha derivado en la lesión de intereses merecedores de tutela, como lo son la salud física y síquica del consorte traicionado, su integridad moral, su dignidad, su honor, su reputación. Sólo de este modo el interés centrado en el deber de fidelidad, y el consecuente derecho al resarcimiento, primará sobre los demás intereses invocados en juicio¹².

Así lo entiende la Corte Suprema que casa, en definitiva, la sentencia de segundo grado ordenando al tribunal de alzada dar lugar al principio según el cual:

¹⁰ Así, Leonardo LENTI, “Violazione dei doveri familiari e responsabilità civile”, in Gilda FERRANDO y Leonardo LENTI (coord.), *La separazione personale dei coniugi*, Padova, Cedam 2011, p. 575.

¹¹ Así, Gilda FERRANDO, “La crisi coniugale tra rimedi tradizionali e responsabilità civile”, in Franco LONGO (coord.), *Rapporti familiari e responsabilità civile*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 63.

¹² FACCI (n. 4), p. 31.

“los deberes que derivan a los cónyuges del matrimonio tienen naturaleza jurídica y su violación no encuentra sanción únicamente en las medidas típicas previstas por el derecho de familia, como la separación por culpa, descendiendo de la naturaleza jurídica de las obligaciones conyugales que la relativa violación, toda vez que ocasione lesión a derechos constitucionalmente protegidos, es capaz de integrar los requisitos del ilícito civil y dar lugar al resarcimiento de los daños no patrimoniales en conformidad al art. 2059 del CC, sin que la falta de pronunciamiento de separación por culpa sea impedimento de la acción de resarcimiento relativa a dichos daños”.

Luego de ciertos vaivenes jurisprudenciales, el mensaje de la Casación italiana resulta hoy claro: el adulterio reaparece como fuente de responsabilidad civil por daño moral, afirmándose que la persona física no puede perder ni ser lesionada en sus derechos constitucionalmente garantizados por el hecho de adquirir el estado de cónyuge. Nótese que la clave del cambio no ha sido el ingreso de la responsabilidad civil como instituto adicional o sustituto de la tutela propia del Derecho de Familia, sino la tutela constitucional del respeto de la “dignidad” de los derechos inviolables de toda perso-

na, la cual no se pierde por devenir consorte.

El fallo representa la ratificación de una tendencia que, sobre la base de una interpretación constitucional del art. 2059 del *CC*, revaloriza la esfera individual de los componentes del grupo familiar. Ello se comprende en modo nítido a la luz del tránsito de la concepción “familia-institución” a la de “familia-comunidad”. En esta última el grupo familiar se configura como sede de autorrealización y de crecimiento de los individuos que lo componen. Los familiares, por ende, conservan su esencial condición y son reconocidos, antes que en su condición de cónyuges o hijos, como personas, en vista al principio constitucional de la solidaridad¹³. Si se aprecia, en efecto, la evolución jurisprudencial en materia de daño a la persona se constatará la actual valorización de aquella esfera individual. Lo es el alejamiento, por orden del juez, del autor de la violencia respecto a la persona que la sufre en desmedro de razones de unidad de la familia, o los pronunciamientos, siempre más frecuentes, en el ámbito de *stalking*, dirigidos a proteger a la víctima frente al comportamiento obsesivo del cónyuge divorciado o separado en su ánimo de recuperar una relación afectiva precedente. Reconocimientos de este tipo evidencian que la practica de privar de amparo al titular de derechos inviolables

como la dignidad e integridad bajo el pretexto de producirse la violación al interior del contexto familiar se encuentra ya superada.

Pero lo anterior no significa, en caso alguno, conferir a los deberes conyugales de carácter personal el carácter de obligaciones contractuales; la fidelidad es extraña a la categoría de las obligaciones civiles y su infracción no puede ser objeto de una pretensión coercible, ni dar lugar automáticamente a una obligación de resarcimiento. Lo que sí ha facilitado la unión entre la responsabilidad civil y la violación de los deberes conyugales es la constatación de la escasa eficacia de los remedios previstos por el Derecho de Familia para reparar las consecuencias lesivas derivadas del comportamiento grave y reprobable de uno de los cónyuges¹⁴.

De lo dicho se entrevé una clara tendencia: el Derecho de Familia no constituye hoy un sistema autónomo y cerrado; también éste se inspira y complementa con los principios generales del Derecho, entre los cuales se comprende el resarcimiento de una lesión mercedora de tutela. De esta forma, la sentencia confirma la

¹⁴ En el sistema italiano, ni la declaración de separación por culpa ni la tutela penal, prevista en el art. 570 del *CP* (y otorgada sólo en el caso de violación de los deberes de asistencia económica o moral, con exclusión de la violación del deber de fidelidad), han sido capaces de proteger al cónyuge frente a atentados a su dignidad e integridad. Es éste, por lo demás, el principal motivo aducido por una sentencia hito en la concesión de tutela resarcitoria por daño moral derivado de la infracción de deberes conyugales. Cfr. n. 3.

¹³ Para más detalles cfr. Michele SESTA, *Diritto di famiglia*, Padova, Cedam, 2005, p. 30; FACCI, (n. 4), p. 8.

compatibilidad de los institutos de Derecho de Familia con la tutela general de los derechos constitucionalmente garantizados.

Pero no todo es oro. Fallos de esta naturaleza ofrecen las perplejidades propias de una materia en la cual es siempre difícil delinear exactos confines, esto es, distinguir hasta qué punto una conducta viola sólo deberes conyugales y hasta qué punto es, además, lesiva de los derechos de la persona. El campo es opinable y, por cierto, incierto. Nos movemos en un terreno donde se precisará establecer un claro “sistema de límites” al uso de las normas de la responsabilidad civil; se requerirá, así, ponderar la especificidad de cada caso, teniendo en consideración las características y particulares exigencias psicológicas y sociales de la relación conyugal, en modo tal de circunscribir la aplicación del ilícito civil a aquellas situaciones donde la conducta de uno los cónyuges revista una extraordinaria gravedad moral, que vaya más allá del mero incumplimiento de los deberes conyugales¹⁵.

BIBLIOGRAFÍA

- FACCI, Giovanni, *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, 2ª ed., Milanofiori, Assago, IPSOA, 2009.
- FERRANDO, Gilda, “La crisi coniugale tra rimedi tradizionali e responsabilità civile”, in Franco LONGO (coord.), *Rapporti familiari e responsabilità civile*, Torino, Giappichelli, 2004.
- FRACCON, Adalgisa, *Relazioni familiari e responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 2003.
- LENTI, Leonardo, “Violazione dei doveri familiari e responsabilità civile”, in Gilda FERRANDO y Leonardo LENTI (coord.), *La separazione personale dei coniugi*, Padova, Cedam 2011.
- MÍGUEZ NÚÑEZ, Rodrigo, “Una causal autónoma de resarcimiento en la responsabilidad civil médica: la infracción al deber de información como violación del derecho a la autodeterminación”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 16, Santiago, julio 2011.
- SESTA, Michele, *Diritto di famiglia*, Padova, Cedam, 2005.
- SPAGNARO, Alessandra, “La responsabilità per violazione dei doveri coniugali”, in Michele SESTA (coord.), *La responsabilità nelle relazioni familiari*, Torino, Utet, 2008.

¹⁵ En este sentido LENTI (n. 10), p. 585 y ss.