



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Civil

DAÑOS EN EL DERECHO DE FAMILIA,

En especial los derivados de las relaciones paterno materno filiales

Memoria de titulación para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y
Sociales

BERNARDO ANDRÉS MONTECINOS GRAU

PROFESOR GUÍA: MARICRUZ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS

Santiago, Chile

2011

INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO I FAMILIA	
Familia	9
Formas actuales de familia	11
CAPÍTULO II DAÑOS EN DERECHO DE FAMILIA	
En búsqueda de una responsabilidad de familia	20
Constitucionalización del Derecho de Familia	23
Qué se considera daño al interior de la familia	25
Régimen de responsabilidad contractual o extracontractual	30
Nivel de diligencia	34
Reparación integral y extensión del daño resarcible	39
Funciones de la responsabilidad civil	44
Posturas respecto a la aceptación de un estatuto especial de responsabilidad familiar	47
CAPÍTULO III APLICACIONES DE LA RESPONSABILIDAD EN MATERIA DE FAMILIA	
Compensación económica	56
Daños por falta de reconocimiento voluntario de hijo	65
Presupuestos de la responsabilidad civil, en la falta de reconocimiento	70
La prueba del daño	76
Los legitimados para reclamar	78

Causales de exoneración o atenuación de la responsabilidad	81
Qué tribunal es competente	83
CAPÍTULO IV	
Conclusiones	85
Jurisprudencia	88
Bibliografía	105

“En los albores del nuevo milenio enfrentamos un futuro en el que las respuestas ya no son ni serán las mismas porque, a decir verdad, nos han cambiado la mayoría de las preguntas; en la ruta del futuro, lo que viene no siempre se parece a lo que se ve en el espejo retrovisor, por lo que debemos aprender a convivir con la desproporción entre las preguntas inteligentes que somos capaces de formular y las respuestas plausibles que somos capaces de dar” (Arnaldo Momigliano)¹

¹ Citado por Aída Kemelmajer de Carlucci en el acto de apertura del X Congreso Internacional de Derecho de Familia llevado a cabo en la ciudad de Mendoza el 20 de septiembre de 1998, publicado en El Derecho de Familia y los nuevos Paradigmas, Aída Kemelmajer de Carlucci (coordinadora), Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1998,t I, p.12.

INTRODUCCIÓN²

Durante mucho tiempo no se puso atención a lo que ocurría con los daños que acontecían en el derecho de Familia, se consideraba, y por algún sector de la doctrina se sigue considerando, que aquel perjuicio, patrimonial o extrapatrimonial, ocasionado en las relaciones de familia debía quedar sin reparación, ya que el objetivo principal era mantener la estabilidad familiar, es principalmente por esto, que históricamente el Derecho de Daños y el de Familia han transitado paralelamente.

Actualmente, esta visión se está acabando gracias a la preponderancia que se le está otorgando al individuo por sobre la organización familiar, que en el caso del derecho chileno se comienza a vislumbrar, aunque muy tímidamente, gracias a la aplicación de la institución de la Compensación Económica, con ocasión de la Ley de Matrimonio Civil y en línea con el nuevo orden público familiar constitucionalizado, donde el tema de los daños en el Derecho de Familia ha comenzado a cobrar importancia.

En este ámbito de los daños en las relaciones de familia, concurren diversas perspectivas, no sólo de índole jurídica, sino que también sociológica, política, económica y ética entre otras, como ocurre en general con los temas de familia.

Lamentablemente en Chile, a diferencia de lo que ocurre en Argentina y en menor medida en España, no contamos aún con una vasta doctrina y jurisprudencia. Donde los escasos intentos de sentar un precedente al respecto han sido rechazados por los tribunales, no dándole cabida, como ocurre con el caso de una sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua, en materia de divorcio que en su considerando 3°

² Lo primero que se debe señalar, es que le he dado la denominación de Daños en el Derecho de Familia a la siguiente memoria y no de Responsabilidad Civil en el Derecho de Familia, en directa relación a la doctrina moderna, que pone su énfasis en la persona de la víctima y no en la del victimario. "Se deja de mirar al dañador para observar, atentamente, al dañado." Gandolla Julia en Revista de Derecho de Daños, "Daños en las relaciones de Familia" Rubinzal-Culzoni Editores p. 48, sin perjuicio que en transcurso del presente trabajo, recurra a la expresión Responsabilidad Civil, teniendo especial consideración que la doctrina en general continúa resistiéndose a abandonar esta expresión tradicional.

establece: “no corresponde que se indemnice el daño moral de la demandante de divorcio, por la causal de transgresión grave y reiterada de los deberes de convivencia, socorro y fidelidad propios del matrimonio, solicita como consecuencia de los sufrimientos causados por el cese de la vida en común. Es así por cuanto el daño moral no está contemplado en la ley de matrimonio civil, en efecto, la extrapolación del pago del daño moral en los términos señalados por el artículo 2329 del Código Civil al ámbito de familia, no resulta pertinente, puesto que dicho pago está situado en el ámbito de lo extracontractual, y sólo recientemente se ha extendido a la responsabilidad contractual, integración que aún no alcanza a aquellas situaciones que por el cese de la vida en común puedan afectar seriamente a uno o a ambos cónyuges recíprocamente”³.

Por lo que el objetivo principal de este trabajo es colaborar de cierta manera con la discusión al respecto, tan necesaria por lo demás, donde intentaré dar respuesta a preguntas como: ¿se puede demandar responsabilidad civil por daños en la familia? O ¿no opera en este ámbito tan sensible, a partir del amor y la piedad? Si la respuesta fuera que se puede demandar ¿en qué medida se debe aplicar el estatuto de responsabilidad?; ¿cuál es el interés lesionado?; ¿qué requisitos se deben cumplir?, ¿los mismos de la responsabilidad civil?; ¿qué se entiende por familia y quiénes son sus miembros?; ¿qué estatuto se debe aplicar?, ¿el de la responsabilidad contractual o el de la extracontractual?.

Al efecto, he creído conveniente estructurar el presente trabajo en diversos capítulos, donde en el primero de ellos, denominado “Familia”, abordaré la piedra angular del derecho de familia, que se refiere al concepto de familia, señalando cuál es el alcance tanto doctrinario como jurídico del mismo, además de mencionar cuáles son sus formas actuales.

El capítulo segundo lleva el título de “Daños en Derecho de Familia” y revisa: la búsqueda de una responsabilidad de familia, en el sentido de si se puede aplicar el estatuto de responsabilidad en las relaciones de familia, considerando el cambio en su estructura, comparada con la que legisó Bello, además de establecer en qué medida el

³ Corte de Apelaciones de Rancagua, 29 de octubre de 2007, Rol: 672-07.

proceso de constitucionalización del derecho ha tenido incidencia en el derecho de familia, ya que éste implica que todas las soluciones que se den tienen que tener relación con los derechos humanos; para así más adelante y con ello señalar qué se considera daño al interior de la familia, abordado desde el concepto de daño en el derecho común y sus diversas manifestaciones, y luego establecer si el daño admite clasificaciones dentro del derecho de familia. Para que una vez configurado el daño, analizar qué régimen se debe aplicar, si el de la responsabilidad contractual o de la extracontractual, conforme a las características de uno y otro, y así determinar el nivel de diligencia requerido, y ver el alcance de la reparación y extensión del daño resarcible una vez que se cumplan los supuestos, sin dejar de lado las funciones de la responsabilidad civil, estudiando si para el caso en cuestión se cumplirán sus objetivos. Para así concluir el capítulo, indicando las posturas al respecto, donde hay autores que aceptan la aplicación de responsabilidad civil dentro del derecho de familia, pero de la misma manera, muchos piensan que éste no se debe aplicar por completo, si no que con algunas modificaciones atendida las peculiaridades de la vida familiar; analizando también aquel sector de la doctrina que niega la aplicación del estatuto de responsabilidad.

En el capítulo tercero, que lleva el nombre de “Aplicaciones de la Responsabilidad en Materia de Familia”, se realizará una concreción del trabajo, llevando la responsabilidad familiar a situaciones específicas, como lo es la compensación económica, haciendo una breve referencia en relación a la naturaleza jurídica de ésta y si cabe como indemnización de perjuicios, asimilable al daño; asimismo se estudiará la responsabilidad familiar derivada de las relaciones paterno materno filiales, como es la falta de reconocimiento voluntario del hijo, cómo se prueba el daño ocasionado por ésta, quiénes son los legitimados para reclamar, si existirán eximentes de responsabilidad, como podría ser la oposición materna o la ocultación de la paternidad, asimismo determinar si existe responsabilidad de la madre por no entablar acciones tendientes a determinar la paternidad de su hijo, finalizando el capítulo estableciendo qué tribunal es competente para conocer de estos temas.

Finalmente en el capítulo IV, expondré las conclusiones alcanzadas en el presente trabajo, donde también, señalaré dos casos de acciones judiciales

interpuestas en nuestros tribunales de justicia sobre la materia en cuestión, en los cuales se logrará distinguir claramente la línea argumentativa seguida por nuestra jurisprudencia.

CAPÍTULO I FAMILIA

FAMILIA

“Etimológicamente familia procede de la voz *famulia*, por derivación de *famulus*, que a su vez deriva del osco “*famel*”, que significa siervo, y más remotamente del sánscrito *vama*, hogar o habitación, significando, por consiguiente, el conjunto de personas y esclavos que moraban con el señor de la casa.”⁴

Concepto Doctrinario de Familia

La familia ha sido definida por José Castán Tobeñas como “un conjunto de personas entre las que median relaciones de matrimonio o de parentesco (consanguinidad, afinidad o adopción) a las que la ley atribuye algún efecto jurídico; por ejemplo, impedimento matrimonial relativo al parentesco, llamamiento a la sucesión abintestato”⁵, etc. En términos similares Manuel Somarriva la define como “conjunto de personas unidas por el vínculo del matrimonio, del parentesco o de la adopción”⁶.

Belluscio por su parte, la establece en dos ámbitos: en sentido amplio y restringido. En sentido amplio, “como parentesco, es el conjunto de personas entre las cuales existe algún vínculo jurídico de orden familiar y, en sentido restringido, comprende el núcleo paterno-filial denominado también filial-conyugal o pequeña

⁴ RAMOS PAZOS, René, “Derecho de Familia”, sexta edición, tomo I, 2007, Editorial Jurídica, p.9.

⁵ CASTÁN TOBEÑAS, José citado por RAMOS PAZOS, René, ob. Cit., p.9.

⁶ SOMARRIVA, Manuel citado por RAMOS PAZOS, René, ob. Cit., p.9.

familia, es decir, la agrupación formada por el padre, la madre y los hijos que viven con ellos o que están bajo su potestad”⁷.

Concepto Jurídico de Familia

Nuestra Constitución Política de la República en el artículo 1° inciso segundo señala: “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad”, mismo concepto que es recogido por la Ley de Matrimonio Civil N°19.947. También son diversas las disposiciones legales que hacen referencia a la familia, pero ninguna de ellas nos da una definición legal de familia. Lo más cercano lo encontramos en el artículo 815 del Código Civil, al referirse a los derechos de uso y habitación que establece en su inciso tercero “la familia comprende al cónyuge y a los hijos; tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobrevienen después y esto aun cuando el usuario o habitador no esté casado, ni haya reconocido hijo alguno al momento de la constitución”. Incluso hace una referencia amplia en el inciso cuarto al decir que “Comprende así mismo el número de sirvientes necesarios para la familia”. Para terminar señalando, en el inciso quinto, “Comprende, además, las personas que a la misma fecha vivían con el habitador o usuario a costas de éstos; y a las personas a quienes éstos deben alimentos.” Por otro lado el artículo 5 de la ley de Violencia Intrafamiliar N° 20.066 al señalar quienes serán víctimas de violencia intrafamiliar dice: “... de quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de convivencia con él; o sea pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive...” lo que nos lleva a suponer que todos los casos mencionados, el legislador los considera familia y por ende susceptibles de acogerse a esta ley.

En consecuencia, nuestra legislación nos entrega un concepto de familia señalando solamente quienes la integran.

⁷ BELLUSCIO, Augusto citado por DUTTO, Ricardo; “Daños Ocasionados en las Relaciones de Familia”, Hammurabi, 2006, Buenos Aires Argentina p. 27.

FORMAS ACTUALES DE FAMILIA

Fernando Hinestroza, al momento de hacer referencia a la familia actual, señala que “lo que llamamos “familia” ha experimentado una transformación profunda, universal, que la hace irreconocible en su entidad presente al cotejarla con el concepto y la visión anteriores, y la muestra en toda su realidad relativa y precaria, impotente para el cumplimiento de muchas de las funciones que tradicionalmente se le asignaron, hoy desempeñadas por otros organismos o simplemente abandonadas”⁸; si analizamos a la “antigua familia” nos encontramos que “en un primer momento, particularmente en la edad media, hablamos de la familia “tradicional”, cuya finalidad principal era asegurar la transmisión del patrimonio. Los casamientos eran arreglados por los padres sin tomar en cuenta la vida sexual y afectiva de los futuros esposos, unidos generalmente a una edad precoz”⁹ incluso “el vínculo de sangre no era, por cierto, un elemento determinante para definir la composición de la familia. El punto de conexión de las relaciones de parentesco estaba dado más bien por la comunidad en el culto”¹⁰.

Tal y como lo he venido señalando, “antiguamente, la familia cumplía funciones instrumentales: económicas, porque era unidad de producción de bienes, religiosas, ya que en su seno se transmitía y practicaba el culto religioso, e incluso políticas, porque constituía un centro de poder. Estas importantísimas funciones se transfirieron, en gran parte, a distintos espacios e instituciones externas: las económicas, a fábricas y talleres; las religiosas, a las iglesias de los distintos cultos; las educativas, a la escuela, y las políticas al Estado”¹¹. Por lo que habiendo perdido su protagonismo económico, político y religioso entre otros “su razón de ser ha quedado fundamentalmente

⁸ HINESTROSA, Fernando, “Diversas Formas de Familia”, Apunte, Universidad de Chile, (s.a.), p. 154.

⁹ GIL DOMÍNGUEZ, Andrés y otros autores, “Derecho Constitucional de Familia” tomo I, Editorial Ediar, 2006, Buenos Aires, Argentina, p. 58.

¹⁰ Ídem.

¹¹ GROSAN, Cecilia, MARTÍNEZ ALCORTA, Irene, “Familias Ensambladas”, Editorial Universidad, Buenos Aires Argentina, 2000, p. 27.

circunscripta al ámbito espiritual donde con mayor intensidad que en ninguna otra institución de la sociedad, se desarrollan los vínculos de la solidaridad, del afecto permanente, y la noción de un propósito común de beneficio recíproco entre los individuos que la integran”¹². Sin embargo, tal como lo menciona Cecilia Grosman, la familia moderna está basada “en el “amor romántico” y en la libre elección de la pareja, donde la función afectiva tiene una relevante gravitación”¹³, no obstante, esta misma autora señala, que este “amor romántico” “conduce a una fragilización de los vínculos conyugales, pues cuando las expectativas de afecto, comunicación y gratificación se malogran, se llega a la ruptura. Cuando es mucho lo que se deposita en la esfera íntima, donde se espera hallar los recursos para enfrentar la hostilidad del mundo exterior, cuando no hay logros afectivos y el desarrollo de las potencialidades personales fracasa, el desmoronamiento de la ilusión lleva a la frustración matrimonial. A estas razones se asocia la mayor independencia económica lograda por la mujer debido a su incorporación al mercado de trabajo que posibilita quebrar relaciones que antes soportaba por su situación dependiente”¹⁴.

“Como resultado de la menor estabilidad conyugal, en el momento histórico actual, se pueden observar distintas formas familiares. Hablar de diferentes tipos de familia, es decir, de “familias” en plural en lugar de “familia” en singular, implica discutir la existencia de un modelo único configurado por la familia nuclear “intacta” fundada en el matrimonio. La aceptación del “pluralismo” familiar destierra la idea de un modelo de familia conceptuado como legítimo y el juzgamiento de las otras configuraciones como formas patológicas, o sea, como familias desviadas o “sospechosas” o, directamente, como “no familias”¹⁵. A raíz de esto es que “las convenciones internacionales hablan hoy en día de lo que se ha dado en llamar el “derecho a la vida familiar”. Así, se pone

¹² BOSSERT, Gustavo, ZANNONI, Eduardo, “Manual de Derecho de Familia”, sexta edición, Editorial Aestra, 2004, Buenos Aires Argentina, p. 5.

¹³ GROSMAN, Cecilia, ob. Cit., p.29-30.

¹⁴ Ídem.

¹⁵ Ídem., p.31.

de resalto que la familia es el elemento natural¹⁶ y fundamental¹⁷ de la sociedad y que, por ello, toda persona tiene derecho a fundar una familia¹⁸ Y todo niño a “crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión” para el “pleno y armonioso desarrollo de su personalidad.”^{19» 20}

“De allí que el estado deba asegurar a la familia “la más antigua protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y educación de los hijos a su cargo.”^{21»22}

Sin embargo en nuestro país, a nivel doctrinario al menos, se instauró una discusión respecto a cuál es el alcance que la Constitución Política de la República da, al establecer que “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad” y que además “es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta...”. Que si ésta norma sólo se refiere a la familia matrimonial o si también alcanza a las otras formas familiares.

Para gran parte de la doctrina, entre los que se encuentran Gonzalo Figueroa Yáñez, Jorge Ovalle y Carlos Peña, defienden la posición de que el legislador quiso

¹⁶ Conf. Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 16, párrafo tercero); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10, primer párrafo); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 23, primer párrafo); Convención sobre los Derechos del Niño(preámbulo) y Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 17, primer párrafo).).

¹⁷ Conf. Declaración Universal de Derechos Humanos (art.16, párrafo tercero); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. VI); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 23, primer párrafo); Convención sobre los Derechos del Niño (preámbulo) y Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 17, primer párrafo).

¹⁸ Conf. Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 16, párrafo tercero); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. VI); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 23, segundo párrafo) y Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 17, segundo párrafo).

¹⁹ Conf. Convención sobre los Derechos del Niño (preámbulo).

²⁰ GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, ob. Cit., p.72-73.

²¹ Conf. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10, primer párrafo).

²² GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, ob. Cit., p.73.

hacer referencia tanto a la familia matrimonial como a la no matrimonial. Con sólidos argumentos, Carlos Peña González explica “que el inciso 2° del artículo 1° del texto constitucional, fue tomado de la Declaración Universal de Derechos Humanos, como aparece consignado en la sesión 191 de la comisión de Estudio para una nueva Constitución, y tal declaración en su artículo 16 N°3 dispone que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”. Y esa disposición debe ser entendida en relación con los artículos 2° y 7° de esa misma declaración, que proscriben toda forma de discriminación, incluida aquella que se efectúa en razón del nacimiento. Argumenta también con el Pacto de San José de Costa Rica, ratificado por Chile, sosteniendo que ese pacto en el mismo precepto en que establece la igualdad de todos los hijos, prevé la protección de la familia, siendo por ello obvio “que la familia en cuestión no es la legítima, puesto que el pacto ordena no discriminar entre los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio”. Concluye Peña afirmando que “aun cuando aceptáramos que, en efecto, el precepto constitucional alude a la familia legítima, ello habría sido objeto de una reforma al inciso 2° del artículo quinto de la Constitución y la posterior incorporación del Pacto de San José...”²³²⁴

Opinión contraria sustentan Hernán Corral y Hugo Rosende para quienes el alcance que debe tener la norma en cuestión, es sólo para la familia que se funda en el matrimonio;²⁵ para ello Corral señala dentro de otros argumentos que “si el concepto constitucional de familia debe tener un contenido determinado, éste no puede ser otro, a la falta de declaración expresa en el texto o en las actas, que la familia fundada en el

²³ PEÑA GONZÁLEZ, Carlos, citado por RAMOS PAZOS, René, ob. Cit., p.10-11.

²⁴ Ídem.

²⁵ Para una mayor profundidad en la discusión revisar, Gonzalo Figueroa Y. Persona, pareja y familia, Editorial Jurídica de Chile, 1995, p. 70-72; Jorge Ovalle, “Pareja y Familia”, artículo publicado en El Mercurio, el 22 de noviembre de 1995; Carlos Peña G, “¿Hay razones constitucionales fuertes a favor de un estatuto igualitario?”, artículo que forma parte del libro Homenaje al Profesor Fernando Fueyo, Instituciones Modernas de Derecho Civil, editorial Conosur, 1996, p. 140-150; Hernán Corral T. Familia y Derecho, Universidad de los Andes, Colección Jurídica, Santiago, 1994, p.30; Hugo Rosende A. “Algunas consideraciones acerca de los efectos unitarios de la filiación matrimonial y extramatrimonial”, revista de derecho y jurisprudencia, (rdj) t. XCII, 1° parte, p.1. René Ramos P. Derecho de Familia, Tomo I, sexta edición, Editorial Jurídica, 2007, p. 10-12.

matrimonio. Otras formas de convivencia podrán ser más o menos admisibles jurídicamente, pero lo que la Constitución declara como núcleo fundamental de la sociedad es la familia edificada sobre la base de la unión personal de los cónyuges²⁶.

“Cabe agregar que cualquier duda que pudiera haber existido sobre el tema ha quedado definitivamente disipada con la dictación de la ley N° 19.947, que estableció el divorcio vincular en Chile. El artículo 1° de esta ley expresa que “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El matrimonio es la base principal de la familia”. El hecho de que la disposición diga que “el matrimonio es la base principal de la familia” demuestra que puede existir una familia que no se funda en el matrimonio, la que también debe gozar de la protección constitucional²⁷.

Además, el ya mencionado artículo 815 del Código Civil reconoce tipos de uniones diversas al matrimonio como familia, al establecer: “... y esto aun cuando el usuario o habitador no esté casado...”, si bien las normas citadas en relación al reconocimiento que realiza el legislador a tipos de uniones diferentes al matrimonio como familia, tienen un rango menor que el constitucional, lo que pretenden expresar es el claro espíritu que se tiene en todo el ámbito legal de reconocer y dar protección a los distintos tipos de familia.

Es indudable que la familia ha sufrido grandes cambios como consecuencia de la interacción de diversos factores, tanto de índole económica, cultural, social, etc. Lo que ha generado nuevas formas de familia, o mejor dicho nuevas formas de vivir en familia; algunas de las que podemos encontrar son:

La Familia Ensamblada o Reconstituida que “es la estructura familiar originada en el matrimonio o unión de hecho de una pareja, en la cual uno o ambos de sus integrantes tiene hijos provenientes de una relación previa²⁸. De algún modo, la interrelación que genera esta estructura compleja, que se origina en vínculos múltiples,

²⁶ CORRAL, Hernán, “Familia y Derecho”, Universidad de los Andes, Colección Jurídica, Santiago, 1994, p.30.

²⁷ RAMOS PAZOS, René, ob. Cit., p.12-13.

²⁸ GROSMAN, Cecilia, ob. Cit., p.35.

no es indiferente al derecho, o al menos no debe serlo. Desde luego, exige un abordaje interdisciplinario, ya que las pautas de estabilidad y de pertenencia que internalizaron los miembros de cada familia deben, necesariamente, ser flexibilizadas²⁹.

El estudio de la estructura de familia ensamblada o reconstituida asume gran importancia en nuestros tiempos y los vínculos que el derecho pueda generar para su afianzamiento deben ser propiciados como un modo de coadyudar al fortalecimiento del sentimiento de pertenencia de cada uno de sus miembros³⁰.

Familia Monoparental: es la que se encuentra constituida por uno solo de los progenitores, sea la madre o el padre, con sus hijos, donde dentro de las causas originarias de estas familias podemos encontrar a padres divorciados, madre o padre soltero, madre o padre viudo, entre otras.

Parejas Homosexuales: la realidad nos muestra que existe un porcentaje importante de la población chilena homosexual, incluso se han creado agrupaciones que defienden sus derechos, siendo una de las más importantes el Movimiento de Integración y Liberación Homosexual MOVILH. Por lo que “resulta difícil de creer que nuestro ordenamiento jurídico continúe ignorando la existencia de las uniones homosexuales,”³¹ las cuales al igual que el resto de la población tienen el derecho de formarse y desarrollarse dentro del ámbito familiar.

Matrimonio Consensual: término que recojo de la doctrina comparada, donde se establece que “requiere el consentimiento que se expresan entre sí los contrayentes, aun cuando no sea necesaria la presencia de un funcionario del Estado o del ministro de un culto determinado; es decir, se origina en un acto, en el que las partes se comunican entre sí la decisión de tomarse por marido y mujer;”³² caso que se extrapola a nuestra realidad nacional, luego de la dictación de la Ley N°19.947 de Matrimonio Civil, donde los “cónyuges” contraen el vínculo matrimonial sólo ante un ministro de

²⁹ BOSSERT, Gustavo, ob. Cit., p.7.

³⁰ Ídem.

³¹ GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, ob. Cit., p.121.

³² BOSSERT, Gustavo, ob. Cit., p. 425.

culto y después no realizan el reconocimiento que establece ésta misma ley en su artículo 20, esto es, dentro de los 8 días siguientes.

El Concubinato: “es la unión permanente de un hombre y una mujer que, sin estar unidos en matrimonio, mantienen una comunidad de habitación y de vida similar a la que existe entre cónyuges”³³.

Para Ramos Pazos lo que caracteriza al concubinato “es el hecho que la pareja mantenga relaciones sexuales fuera del matrimonio, con cierto grado de estabilidad y duración, realizando un género de vida semejante a las unidas por vínculo matrimonial”³⁴.

En relación a la regulación legal que tiene este tipo de uniones en el derecho comparado la situación varía desde posiciones abstencionistas, sancionadoras, equiparadoras y proteccionistas³⁵.

Para el caso de nuestra legislación, la posición es abstencionista, donde no se le da ningún tratamiento legal, ni equiparándolo al matrimonio ni sancionándolo, no obstante, se refiere a éste en algunas normas como el caso del artículo 210 inciso 1° del Código Civil: “El concubinato de la madre con el supuesto padre, durante la época en que ha podido producirse legalmente la concepción, servirá de base para presunción judicial de paternidad”, también existen otros casos en que si bien no habla de manera expresa de concubinato establece la situación en que dos personas han mantenido una relación de convivencia, caso del artículo 5 de la ley 20.066.

En vista de los hechos actuales se ha dicho con acierto que “el tiempo posmoderno rechaza las estructuras uniformes. La nota peculiar es la flexibilización, que está basada en un blando eclecticismo cultural, en la información, en la estimulación de necesidades. Se borran así las oposiciones rígidas, las antinomias se

³³ Ídem., p.423.

³⁴ RAMOS PAZOS, René, ob. Cit., p.627.

³⁵ Para mayor profundidad de estas posiciones consultar Ramos Pazos René, Derecho de Familia, sexta edición, tomo II, p.631-650, Bossert Gustavo, Zannoni Eduardo, Manual de Derecho de Familia, sexta edición, p. 426.

corroen, se liberan las costumbres, cohabitan los contrarios, prevalece la inclusión sobre la exclusión, se abandonan las ideologías dominantes o hegemónicas; ello en un entorno cuyo dominante cultural es la coexistencia de una gran cantidad de rasgos muy diversos³⁶ y es por esto que organismos internacionales, ya dan reconocimiento a estos tipos de familia no matrimoniales.

“Así, por ejemplo, el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su último apartado que “la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo”. Con similar criterio, en el tercer párrafo del artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se indica la necesidad de “adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación”. El artículo 16, inciso d), de la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer predica los mismos derechos y responsabilidades entre hombres y mujeres como progenitores “cualquiera sea su estado civil”. Por último, la Convención sobre los Derechos del Niño exhorta en su artículo 2 a los Estados partes a respetar y garantizar a todos los niños los derechos enunciados en dicho instrumento sin distinción alguna, entre otras, derivada del nacimiento o cualquier condición de sus padres o representantes legales³⁷.

“De las normas citadas se desprende indudablemente que las uniones de hecho, las familias monoparentales y las familias ensambladas reciben algún grado de protección constitucional, cuya amplitud y alcance será evidentemente variable³⁸. Ya que todos estos convenios internacionales han sido ratificados por Chile.

“En estos términos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a partir del renombrado caso “Marckx con Bélgica”, del 13 de junio de 1979, determina con claridad que la expresión “vida familiar” contenida en el artículo 8 del citado Convenio

³⁶ GIL DOMÍNGUEZ, Andrés ob. Cit., p.61.

³⁷ Ídem., p.74.

³⁸ Ídem.

de Roma, “no se limita a las relaciones fundadas en el matrimonio, sino que puede englobar otros lazos familiares de facto respecto de personas que cohabitan fuera del matrimonio” y que la noción de familia debe ser interpretada “conforme las concepciones prevalecientes en las sociedades democráticas caracterizadas por el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura”³⁹

Y en lo que a jurisprudencia nacional se refiere, la Corte de Apelaciones de La Serena ha dado un gran paso, el 8 de enero del 2007, donde sentenció, en relación a un caso de violencia intrafamiliar de dos personas del mismo sexo que “se encuentra ajustada al derecho, por cuanto el concepto de conviviente incluye en forma extensiva a aquel unido a otro en una relación de convivencia homosexual, a quien se considera además como integrante del grupo familiar”.⁴⁰ Esto significa un gran avance, ya que es deber de los jueces, en última medida como aplicadores directos del derecho, el reconocer este tipo de uniones como familia y con ello darles la protección que la Constitución garantiza y que el presente trabajo pretende realizar mediante la creación de un estatuto de responsabilidad especial cuando los daños se provocan al interior de la familia.

En definitiva, y conforme a lo señalado precedentemente, “cualquier forma de convivencia en la que se creen vínculos afectivos y materiales de dependencia mutua sea cual sea su grado de formalización o incluso el sexo de sus componentes, puede ser considerada una “vida familiar” por alejada que resulte de los parámetros de la familia tradicional basada en el matrimonio.”⁴¹⁻⁴²

³⁹ Ídem., p.75.

⁴⁰ Sentencia tomada del VI Informe Anual Derechos Humanos Minorías Sexuales Chilenas 2007 p.87, el cual se puede encontrar en www.movilh.cl.

⁴¹ Ver al respecto, GIL DOMÍNGUEZ, Andrés ob. Cit., p.75.

⁴² Además, el reconocimiento y protección a familias no matrimoniales no significa un sabotaje a la familia tradicional basada en el matrimonio, lo que se pretende es ampliar el aspecto de protección.

CAPÍTULO II DAÑOS EN DERECHO DE FAMILIA

EN BÚSQUEDA DE UNA RESPONSABILIDAD DE FAMILIA

Se debe tener presente, que todo el ordenamiento jurídico se encuentra bajo “Los Principios Generales del Derecho” por lo que si existe un comportamiento antijurídico y se dan los presupuestos de la responsabilidad civil, no puede dejar de aceptarse la reparación⁴³, es más, el derecho en general, siempre se ha inclinado a tutelar a los débiles, con el objeto de restituir la igualdad que ha sido quebrantada, donde “la familia fue siempre un ámbito resistente a la intervención estatal. La intimidad familiar era el bien a resguardar”⁴⁴.

El hecho que se busque una responsabilidad en las relaciones de familia, dice relación con un cambio en la estructura familiar, que se ha debido a diversos factores. La familia ha evolucionado mucho y tiene nuevas características, ya que la familia inicial que fue protegida en el Código Civil dista del modelo de familia que hoy en día tenemos, donde las bases fundamentales del Derecho de Familia a la fecha de la promulgación del Código eran: “matrimonio religioso e indisoluble, incapacidad relativa de la mujer casada; administración unitaria y concentrada en el marido de la sociedad conyugal; patria potestad exclusiva y con poderes absolutos, y filiación matrimonial fuertemente favorecida”⁴⁵. No obstante, hay rasgos que aún persisten, ya que se trata de una familia matrimonial, patrimonial, heterosexual, fundada en matrimonio religioso e indisoluble, que hoy en día tiende a desaparecer.

⁴³ DUTTO, Ricardo, ob. Cit., p.22.

⁴⁴ Ídem., p.21.

⁴⁵ RAMOS PAZOS, René, ob. Cit., p.19.

El punto más relevante y que acerca el Derecho de Responsabilidad al de Familia, es la atenuación de la familia patriarcal, porque históricamente la familia se basa en el marido como jefe de familia, el cual ejercía poderes absolutos; no sólo ante la mujer, sino que también respecto de los hijos; conocido como Potestad Marital y Patria Potestad, respectivamente. Lo que hace que el Derecho de Familia responda a esa situación y la respuesta que se da es que la familia es el reducto de la privacidad, de lo íntimo, donde el Estado no se puede inmiscuir, “con esa concepción de la familia es muy difícil admitir que se conminara a la reparación del daño producido por uno de sus miembros a otro de ellos”⁴⁶, afortunadamente, en la actualidad esa visión tiende a debilitarse y se comienza a entender a la familia como el ámbito donde cada uno ejerce sus derechos individuales, el ámbito donde prima el individuo, y la familia: el reducto donde los individuos se realizan en plenitud, desde esta perspectiva “un integrante del grupo familiar ya no puede ser privado de tutela por el solo hecho de que el daño provenga de otro familiar”⁴⁷, sino que se le debería reconocer el derecho a ser plenamente reparado, “al perderse la identificación de la familia como estructura se acentúa la autonomía individual de sus miembros, cambios que llevan a la emancipación y a la afirmación del igualitarismo jurídico, a relaciones de coordinación y no de subordinación, a compartir la autoridad parental y dirección conjunta de la familia”⁴⁸. Es por esto que “la relación de familia no puede implicar un valladar inexorable para los reclamos indemnizatorios de quienes, antes bien que integrantes de ella, son personas”⁴⁹ y como tal un sujeto del ordenamiento que no debe sufrir limitaciones en sus prerrogativas fundamentales “por el hecho de enfrentarse a otros miembros de la familia. El *status familiae* no tiene por qué modificar radicalmente el sistema de responsabilidad”⁵⁰, lo que nos lleva a pensar que es perfectamente posible aplicar el estatuto de responsabilidad civil a las relaciones de familia, si lo que se

⁴⁶ MEDINA, Graciela, “Daños en el Derecho de Familia”, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires Argentina, 2006, p.19.

⁴⁷ DUTTO, Ricardo, ob. Cit., p.30.

⁴⁸ Ídem., p.53.

⁴⁹ Ídem., p.54.

⁵⁰ Ídem., p.55.

pretende es proteger al individuo antes que a la familia. Si bien, como dice Cecilia Grosman, significa “el pasaje de regulaciones donde imperaba el interés del grupo a normativas respetuosas del individuo, no debe ser leída como impulso hacia actitudes egoístas o falta de compromiso, sino como la afirmación del respeto a las singularidades de cada familia y de sus integrantes, la reivindicación de la defensa de una ética basada en la responsabilidad”⁵¹.

Es por esto que en la actualidad, ya no “estamos dispuestos a soportar cierto daño que sólo hace algunas décadas considerábamos fruto de la fatalidad”⁵².

En suma, considerando siempre las aristas especiales que se dan en las relaciones de familia, las que en más de una oportunidad nos llevarán a darle una segunda mirada, no puede bajo ninguna circunstancia, apartar esta observación de los límites que impone la responsabilidad civil.⁵³ Tampoco esto significa que “estemos frente al síndrome del espejo por el cual tratamos de aplicar en las relaciones intrafamiliares instituciones reflejas del derecho civil”⁵⁴, ya que los afectos y la armonía, pilares del matrimonio y de la familia en general, “son antológicamente distintos a las relaciones entre terceros, pero el daño ocasionado por el obrar antijurídico y la frustración que ello acarrea no puede eximir de responsabilidad”⁵⁵.

⁵¹ GROSMAN, Cecilia ob. Cit., p.29.

⁵² DUTTO, Ricardo, ob. Cit., p.33.

⁵³ GANDOLLA, Julia, en Revista de Derecho de Daños, “Daños en las Relaciones de Familia”, 2001, Rubinzal-Culzoni Editores, p. 46.

⁵⁴ DUTTO, Ricardo, ob. Cit., p.31.

⁵⁵ Ídem.

CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA

Aparte del individualismo, en el cual cada uno de los integrantes de la familia, tiene el reconocimiento de la personalidad singular como individuos⁵⁶, otro hecho que nos llevaría a encontrar la responsabilidad por daños en el Derecho de Familia, es el proceso de constitucionalización del Derecho, que tiene incidencia en el Derecho de Familia, donde esto implica que todas las soluciones que se den en el Derecho de Familia, tienen que tener relación con los Derechos Humanos.

“Hasta no hace muchos años atrás era aceptada doctrinaria y jurisprudencialmente la postura que sostenía que los derechos humanos integraban exclusivamente lo que se ha dado en llamar el “Derecho Público”.⁵⁷ Esta situación en los últimos años ha cambiado, producto de diversos factores, y se ha creado una “nueva perspectiva que tiende a superar los ámbitos normativos cerrados y a dejar de lado la separación estricta entre Estado y sociedad, equiparando la naturaleza de los derechos, independientemente de quién sea el obligado a cumplirlos”⁵⁸.

Un fiel reflejo de esto, es que en materia de responsabilidad civil, los daños que se provocan en este ámbito, muchas veces significan el atentado a derechos fundamentales como son: los derechos humanos, derecho al honor, a la integridad física y psíquica, a la intimidad, etcétera.

Si se parte de esa lógica, nos lleva a pensar, que no hay razón de que no se llegue a aplicar el estatuto de Responsabilidad Civil, a los daños ocasionados dentro del Derecho de Familia.

No obstante, es un proceso que está recién comenzando, sobre todo en países como el nuestro que siempre se muestran tan reacios a los cambios en materia de Derecho de Familia; se debe pensar que en Chile las grandes reformas en materia de

⁵⁶ MEDINA, Graciela, ob. Cit., p.20.

⁵⁷ GIL DOMÍNGUEZ, Andrés ob. Cit., p.2.

⁵⁸ Ídem., p.3.

familia son de muy reciente data en comparación a legislaciones comparadas, basta observar la concesión de capacidad a la mujer que tiene lugar en el año 1989, la igualación de los hijos que tiene lugar en el año 1999, la regulación de la violencia intrafamiliar del año 1994 y por último la Ley de Matrimonio Civil del año 2004. Es por esto que no se ha desarrollado jurisprudencia, aunque ya se han presentado demandas en tribunales por indemnización de daño moral, atendida la infracción de deberes conyugales; y es aquí donde encontramos un primer escollo de carácter formal, ¿son los tribunales de familia competentes para conocer de una acción indemnizatoria por la violación de deberes de la vida familiar?. Todavía se ve en Chile la cuestión formal relacionada con la competencia, no hay nada con respecto al fondo del asunto, lo que se debe a una cuestión cultural, ya que se sigue entendiendo a la familia, y al Derecho de Familia en especial, como extraño al Derecho de Daños y en la medida que se considere “que la relación íntima entre los miembros de la familia obsta a calificar a sus integrantes como dañadores o dañados. Que debe primar en las familias una actitud de recato, silencio u ocultamiento acerca de los daños injustos allí causados. Que se debe atender, prioritariamente, “a los intereses superiores de la constitución de una familia y de su estabilidad”; que, por sobre todo, debía quedar a salvo la dimensión fundamental del amor, de la *pietas familiae*, piedad o consideración debida entre sus miembros”⁵⁹, no puede existir una cultura en orden a la deducción de acciones indemnizatorias entre los miembros de la familia; y los tribunales no se han mostrado proclives a la aceptación de estas demandas, sumado a un factor para nada jurídico, que es la excesiva tolerancia al injusto que existe en la conciencia colectiva, de pensar que las cosas malas que pasan son producto de “las cosas de la vida” como se suele enfrentar y no buscar una reparación de ello.

⁵⁹ MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Los factores subjetivos y objetivos de atribución de la Responsabilidad en las relaciones de familia” Revista de Derecho de Daño, Daños en las Relaciones de Familia, 2001, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, p.8-9.

QUÉ SE CONSIDERA DAÑO AL INTERIOR DE LA FAMILIA

Con el objeto de poder determinar qué se considera daño al interior de la familia, debemos enfocarnos primeramente en la concepción de daño en el derecho común. La opinión dominante de la doctrina nacional, es que el daño no sólo se refiere al menoscabo de un derecho, sino también a la lesión de cualquier interés cierto y legítimo de la víctima. En un principio se pensó sólo en derecho, pero esto es muy restrictivo dado que quedarían una serie de daños sin reparación de asumirse esa teoría, interés que por lo demás no debe estar sujeto, necesariamente, al ordenamiento jurídico. Es decir, no debe tratarse necesariamente de un interés legítimo, en orden a que esté sujeto al ordenamiento jurídico, por esto mismo se acepta muchas veces la indemnización entre convivientes. En razón de esto se puede decir que, daño “es todo menoscabo que experimente un individuo en su persona y bienes, la pérdida de un beneficio de índole material o moral, de orden patrimonial o extrapatrimonial”⁶⁰.

El daño, admite distintas clasificaciones doctrinarias, siendo para el trabajo en cuestión las más importantes, daño moral y daño material. En relación a esta clasificación, Ramos Pazos establece que daño moral es “aquel que produce una perturbación injusta en el espíritu del acreedor, sin afectar su patrimonio”⁶¹. Por otra parte René Banderas ha señalado que “es aquel que, sin recaer en un bien material susceptible de ser avaluado en dinero, causa un perjuicio en la psiquis del individuo, ya sea dañando sus afecciones íntimas, ya bienes morales que a éste le pertenecen, ya impidiendo al perjudicado la adquisición de bienes no materiales, siempre que unos u otros sean lícitos o esencialmente internos”⁶².

⁶⁰ BARROS BOURIE, Enrique, “Tratado de Responsabilidad Extracontractual”, 2006, Editorial Jurídica de Chile, p.220.

⁶¹ RAMOS PAZOS, René, “De Las Obligaciones”, 2004, Editorial Lexis Nexis, Santiago, Chile, p. 247.

⁶² BANDERAS, René citado por RAMOS PAZOS René, “De Las Obligaciones...” ob. Cit., p. 247.

Por otro lado, daño material es el que afecta el patrimonio, y se manifiesta en la diferencia entre el estado y posición económica de la víctima luego de ocurrido el daño, y la situación en que hipotéticamente se encontraría en caso de que éste no hubiere ocurrido.⁶³

Por lo que de acuerdo a las clasificaciones antes descritas, se podría encuadrar a los daños derivados de las relaciones de familia dentro de éstas. En tal sentido, podríamos decir que hay daño patrimonial, cuando no hay pago de los alimentos, “con la sustracción fraudulenta de bienes adquiridos durante el matrimonio, entre otros. Mientras que los extrapatrimoniales son todos aquellos que se originan en el daño o ataque a los sentimientos, espíritu o a cualquier derecho subjetivo derivado del estado de familia”⁶⁴. Es por esto, tal como lo establecen Alterini y López Cabana “en principio, los hechos dañosos que generan responsabilidad entre terceros también la originan entre familiares”⁶⁵.

En la responsabilidad civil en el derecho de familia, doctrinariamente se distingue: el perfil denominado “interno”, que es el que se desarrollaría “dentro de los miembros de la familia, y uno “externo”, que se vincula con los terceros⁶⁶ y los miembros de un grupo familiar”⁶⁷.

Respecto al perfil interno, puede afirmarse que el perjuicio cuyo resarcimiento se procura es como consecuencia de una relación de familia y, dentro de este ámbito, podrá ser el derivado de la negativa al reconocimiento de un hijo, la responsabilidad de los padres por haber transmitido alguna enfermedad hereditaria a los hijos, los daños psicológicos producto del divorcio o cualquier otro perjuicio que quiera particularizarse,

⁶³ BARROS BOURIE, Enrique, ob. Cit., p.231.

⁶⁴ GANDOLLA, Julia, ob. Cit., p.44.

⁶⁵ ALTERINI Y LÓPEZ CABANA citado por DUTTO Ricardo, ob. Cit., p.58.

⁶⁶ Cabe hacer la aclaración que al referirme a terceros en el perfil externo, no hago alusión a una persona que no es parte dentro del daño, de acuerdo a la visión procesalista de la palabra tercero, lo que pretendo es hacer referencia a las personas que son ajenas a la relación familiar y no al hecho generador de responsabilidad.

⁶⁷ MEDINA, Graciela, ob. Cit., p.17.

dentro de la categoría antes señalada, y dentro de aquéllos, podrá también decirse qué clase de daño es el que se pretende que se indemnice.⁶⁸⁻⁶⁹

En el perfil externo, lo que interesa resolver es el grado de influencia que significa ser miembro de una determinada familia, en cuanto a si está debe responder o no por el daño ocasionado por uno de sus miembros y, en el sentido inverso, si por ser la víctima componente de un grupo familiar, éstos tiene derecho a accionar en contra del victimario.⁷⁰

Es bajo esta perspectiva, que pueden encontrarse las acciones contra los involucrados en una relación extramarital de infidelidad; a quien se opuso al matrimonio con denuncia infundada de impedimento⁷¹; la responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos a terceras personas; entre otras.

Es en este perfil donde debemos detenernos a observar si del hecho dañoso hay concurrencia de uno o más actos que provocaron el perjuicio y si quienes cometieron el daño son sólo terceros, o miembros de la familia junto con terceros. En el evento de que se trate de más de un acto, deberá advertirse claramente si el perjuicio producido por el tercero es totalmente independiente del causado por el familiar, o si hay coautoría. Esto es esencial, ya que en el primer caso las acciones son independientes, como autónomos son los daños. En el segundo supuesto habría una solidaridad en la responsabilidad,⁷² tal como lo señala el artículo 2317 del Código Civil.

⁶⁸ GANDOLLA, Julia, ob. Cit., p.43.

⁶⁹ Algunos casos que podemos encontrar dentro de la jurisprudencia extranjera: "El tribunal de Piacenza (Italia) admitió la responsabilidad civil de los padres por haber transmitido sífilis al hijo, fallo del 31-7-50, Foro Italiano 1951-1-991. Fleitas Abel, en Revista de Derecho de Daños, Daños en las Relaciones de Familia", 2001, Rubinzal-Culzoni Editores, p.169. En el caso "Burnette vs. Wahl" (1978), la Suprema Corte de Oregon rechazó, por mayoría y con una disidencia, las demandas de hijos contra sus madres reclamando indemnización por el daño psíquico y emocional causado por el incumplimiento materno de los deberes a su cargo (atención, cuidado, afecto, mantenimiento, etc.) . Fleitas Abel, en Revista de Derecho de Daños, Daños en las Relaciones de Familia", 2001, Rubinzal-Culzoni Editores, p.169.

⁷⁰ MEDINA, Graciela, ob. Cit., p.17.

⁷¹ GANDOLLA, Julia, ob. Cit., p. 51.

⁷² Ídem.

Por otra parte, la víctima, de acuerdo a lo expresado en el artículo 1514 del Código Civil, puede elegir a quien demandar y no tiene la obligación de hacerlo contra todos. Así que podría darse el caso que no quiera dirigir la demanda contra su familiar, pero sí respecto del ajeno a la relación familiar que contribuyó a producir el daño; como también podrá hacerlo contra ambos, o sólo respecto del integrante de la familia.

Sin embargo, no cualquier daño o perjuicio posibilita el ejercicio de la pretensión resarcitoria, porque hay varios casos que parecieran ser, pero que en realidad no lo son, ya que si bien existen varios casos claros de daños en las relaciones de familia, como violencia intrafamiliar, hay casos que son más dudosos. Por ejemplo, qué sucede si por mi conducta negligente, mi cónyuge sale seriamente dañada por ir como copiloto en un accidente automovilístico, ¿se está en este caso frente a la responsabilidad civil en las relaciones de familia?.

Por lo que la gran incógnita a resolver es, ¿cuál será el hecho o bajo qué situación se provoca un daño en las relaciones de familia? Para Méndez Costa, sólo se comprenden las hipótesis de “daño causado por un miembro de una familia a otro miembro de la misma en relación con derechos familiares que no han sido satisfechos”⁷³, es en consideración a esto, que el daño se tiene que provocar en el ejercicio y no con ocasión de ella en sí misma, o sea, comprendería sólo los daños que se podrían producir entre los miembros de la familia; para el caso de un tercero involucrado, o como la doctrina lo ha llamado, el perfil externo, la relación es importante, ya que el monto de la indemnización será mayor, en el caso que un tercero mate a mi cónyuge, a diferencia de que mate a mi vecino, precisamente porque la víctima tenía una relación de familia conmigo y viceversa; cuando los progenitores responden por los daños causados por sus hijos menores en frente de terceros, lo hacen precisamente sobre la base de un vínculo familiar, en estos casos la relación de familia tiene incidencia, pero no serán daños en las relaciones de familia, propiamente tal, ya que no fueron provocados en el ejercicio de la relación familiar.

⁷³ MÉNDEZ COSTA, María Josefa, citado por MOSSET ITURRASPE, Jorge, ob. Cit., p. 8.

Siguiendo la misma línea, es de suponer que hay un deber de cuidado más importante que pesa sobre los miembros de la familia que sobre otras personas, el cual se vulnera en el ejercicio de la relación familiar. Por ejemplo, volviendo al caso del accidente automovilístico, donde resulta dañada mi cónyuge, caso en que no vulnero el deber de cuidado especial respecto de mi familia, aquí entra en juego otra argumentación, ya que lo que se vulnera es una norma del tránsito y es aquí donde el deber de cuidado respecto de mi cónyuge no es determinante, sino que aquí hay comprometido un interés general y no un interés familiar, que para el caso en cuestión es la seguridad vial, por lo que aplicar un estatuto específico por la violación de un deber general pareciera no corresponder. En el caso de la conducción de un vehículo, será irrelevante que el afectado sea mi cónyuge o un extraño, considerando que lo que corresponde aplicar al caso en cuestión es el estatuto general de responsabilidad. Ya que se podría llegar a pensar, que en el caso del tránsito, por ejemplo, debo tener menos cuidado al conducir mi vehículo con el resto de las personas, que con mi cónyuge o algún miembro de mi familia.

Es por esto que el daño debe estar relacionado con la infracción a un derecho o a un interés que diga relación con la vida familiar, no siendo necesario que el interés sea separado por el ordenamiento jurídico, donde los convivientes se podrían demandar entre sí a pesar de que las convivencias no están protegidas por el derecho chileno, no corresponde aplicarlo como el caso expuesto del accidente de tránsito o la eventual responsabilidad contractual de los cónyuges que contratan entre sí, tampoco corresponde hablar de responsabilidad civil en materia de familia por lo menos no tan categóricamente, en lo que atañe a la compensación económica. Hablar de compensación económica no implica hablar de responsabilidad civil o indemnización.

RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL O EXTRA CONTRACTUAL

La imputación a una determinada persona de la “obligación de reparar un perjuicio es lo que constituye el contenido esencial del concepto de responsabilidad civil”⁷⁴. Con el objeto de determinar con mayor claridad qué es la responsabilidad civil, se puede encontrar una buena definición en el Código Civil de Portugal, al señalar en su artículo 2364 que: “La responsabilidad civil consiste en la obligación para el autor del hecho o de la omisión, de reponer a la persona lesionada en la situación de que gozaba antes de la lesión, y de indemnizarla de todo el daño que ella ha sufrido”.

En Chile, como en la mayoría de las legislaciones comparadas, aún predomina la tesis clásica de la responsabilidad civil, que la trata dualmente en contractual y extracontractual. Siendo la responsabilidad contractual “la obligación del deudor de indemnizar al acreedor los perjuicios que le ha originado el incumplimiento, cumplimiento imperfecto o cumplimiento tardío de la obligación”⁷⁵ y la responsabilidad extracontractual, por otro lado, la que “consiste en la obligación en que se encuentra el autor de indemnizar los perjuicios que su hecho ilícito, delito o cuasidelito, ha ocasionado a la víctima”⁷⁶.

No obstante, se ha propagado una corriente doctrinaria moderna, que tiene por objeto unir ambos estatutos de responsabilidad, en lo que se ha denominado teoría unitaria de la responsabilidad civil, “en Francia, Planiol sostendrá que la diferencia no se justifica, y que ambas responsabilidades se identifican, básicamente por dos razones: 1º) porque no es efectivo que no exista en la responsabilidad extracontractual una obligación anterior; ésta existe y consiste en el deber de no lesionar o perjudicar ilícitamente a otro; y 2º) porque en la responsabilidad contractual también se crea una

⁷⁴ GONZÁLEZ CASTILLO, Joel, “Responsabilidad Extracontractual”, apunte, Universidad Católica,(s.a.), p.2.

⁷⁵ Ídem.

⁷⁶ Ídem., p.3.

nueva obligación, que sustituye a la anterior de cumplir el contrato. Se opone Josserand afirmando que es falso que el contrato sea realmente una ley y que la ley sea un contrato de gran envergadura.”⁷⁷

Me inclino, por la unificación del sistema de responsabilidad, “ya que ésta es una sola y tiene como objeto la reparación del daño injustamente causado. A la víctima que busca la reparación poco le interesa el origen del daño, pues éste será siempre el mismo y frente a la existencia y los demás presupuestos de la reparación, ésta nacerá indefectiblemente”⁷⁸.

La relevancia que tiene hacer esta distinción está en el paralelo que existe entre ambos estatutos, el contractual como el extracontractual, diferencias que cada vez son menos, pero subsisten algunas bastante relevantes, como por ejemplo la relativa a la culpa, en materia contractual se presume, tal como lo dispone el artículo 1547 del Código Civil, y en materia extracontractual se prueba la culpa, artículo 1698 del Código Civil, sin embargo, existen excepciones en ambos sentidos, casos en que la culpa en materia contractual se prueba, como es el caso de las obligaciones de medio, y casos donde la culpa se presume en materia extracontractual, como las presunciones de culpabilidad por el hecho propio, ajeno y hecho de las cosas. Esto es lo que ocurre actualmente, sin embargo, el ideal al que se pretende arribar por parte de la doctrina comparada, el cual comparto, es a “la regla de distribución de las cargas probatorias, según la cual se debe colocar la carga respectiva en cabeza de la parte que se encuentre en mejores condiciones para producirla.”⁷⁹

Existen además entre otras distinciones: la capacidad, que en materia extracontractual es más amplia de acuerdo a lo señalado en el artículo 2319 del Código Civil, alcanzando la capacidad a los 7 años, mientras que la plena capacidad contractual se adquiere a los 18 años, sin perjuicio de la capacidad que poseen los menores adultos para actuar autorizado por su representante legal, artículo 1447 del

⁷⁷ CORRAL TALCIANI, Hernán, “Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual”, www.microjuris.cl, LIB21, (s.a.).

⁷⁸ DUTTO, Ricardo, ob. Cit., p.52.

⁷⁹ Ídem, p.59.

Código Civil, y de la capacidad especial del hijo de familia que ejerce una profesión, industria o empleo, artículos 243 N°1 y 253 y siguientes del Código Civil.

La doctrina y cierta jurisprudencia tradicionalmente han sostenido que la graduación de la culpa en lata, leve y levísima señalada en el artículo 44 del Código Civil, sólo sería aplicable en materia contractual. En materia extracontractual se respondería de toda culpa, inclusive de culpa levísima.

Otra distinción es la mora, requisito fundamental para que proceda la indemnización de perjuicios en materia contractual. En materia extracontractual, este requisito no recibe aplicación, pues el autor del daño tiene la obligación de indemnizar desde el momento mismo en que incurre en el ilícito.

Y por último, se encuentra la prescripción que en materia contractual, el plazo (ordinario) es de 5 años contados desde que la obligación se haya hecho exigible, tal como lo señala el artículo 2515 del Código Civil, por otro lado, las acciones por responsabilidad extracontractual prescriben en el plazo de 4 años contados desde la perpetración del acto de conformidad con el artículo 2332 Código Civil.⁸⁰

Lo que corresponde ahora, es determinar el estatuto que se debe aplicar para el caso de la responsabilidad en el Derecho de Familia, que de acuerdo a lo expuesto, es el de la responsabilidad extracontractual, básicamente porque no hay un vínculo jurídico previo, no existe un contrato. Esto es claro en el caso de convivientes y respecto de los hijos, sin embargo, pareciera no ser tan claro en el matrimonio, sin embargo, “la mayoría de la doctrina y jurisprudencia coinciden, en que estamos frente a una responsabilidad de naturaleza extracontractual. La existencia de un negocio jurídico preexistente, como puede ser el matrimonio, no puede ser fundamento para ubicar la responsabilidad en el ámbito contractual⁸¹; por otra parte, la responsabilidad que deriva de la infracción de los deberes del matrimonio no sería asimilable al ámbito

⁸⁰ Para profundizar, en el tema de las diferencias entre las responsabilidad contractual y extracontractual ver Barros Bourie, Enrique, Tratado de Responsabilidad Extracontractual, 2006, Editorial Jurídica de Chile, también Corral Talciani, Hernán, Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual, www.microjuris.cl, LIB21, (s.a.).

⁸¹ DUTTO, Ricardo, ob. Cit., p.56.

contractual, donde estos derechos y deberes son impuestos por la ley, no existiendo una negociación al respecto, por lo que se presentan estos deberes y derechos, como legales y no convencionales, lo que no diría relación con la teoría clásica del contrato. Al respecto podría decirse también que no existe unanimidad doctrinaria respecto de la naturaleza jurídica del matrimonio.

Naturaleza contractual del matrimonio, tesis que fue la dominante desde el siglo XVII al XIX, respecto del cual se aducía que “el vínculo matrimonial derivaba del acuerdo de las voluntades de los esposos”⁸², señalando que era un contrato *sui generis*. Esto sumado a la propia definición de matrimonio que nos entrega el Código Civil.

Por otro lado, está la tesis que afirma que el matrimonio es un acto del Estado, dado que “es el estado quien a través del oficial civil une a las partes en matrimonio. La voluntad de éstas sólo representa un presupuesto indispensable para que el Estado pueda unir a los contrayentes en matrimonio”⁸³.

Finalmente encontramos la tesis que dice que el matrimonio es una institución, “donde el acuerdo de voluntades es sólo el acto de fundación que le da origen”⁸⁴, donde una vez “constituida la institución matrimonial, cobra existencia propia y su estatuto, fijado por la ley civil como un reconocimiento del orden natural, no puede ser alterado por la voluntad de los fundadores”⁸⁵.

Este tema se encuentra resuelto en Argentina, donde “si bien en algún momento inicial de la doctrina se discutió si el daño derivado del divorcio era contractual, es ahora pacífica la aceptación de que esos perjuicios son extracontractuales, por entender que el matrimonio no es un contrato y su disolución

⁸² RAMOS PAZOS, René, ob. Cit., p.28.

⁸³ Ídem., p.29.

⁸⁴ Ídem., p.30.

⁸⁵ Ídem.

por culpa de alguno de los cónyuges deriva no del incumplimiento a un convenio entre ambos, sino del apartamiento a las obligaciones impuestas por la ley⁸⁶.

NIVEL DE DILIGENCIA

Aceptando que el estatuto de responsabilidad que corresponde aplicar a la responsabilidad derivada de las relaciones de familia es la extracontractual, importante es señalar que se trata de un sistema de responsabilidad que descansa en el dolo o culpa del causante del daño, pues se trata de un sistema de responsabilidad por culpa, sin olvidar que la tendencia moderna es que toda persona responda de los daños que ocasiona atribuyéndosele responsabilidad en forma objetiva, es decir, con independencia al dolo o la culpa. Sin embargo, el tipo de responsabilidad que aún sigue predominando es la responsabilidad por culpa o subjetiva, recordando desde luego los casos de responsabilidad objetiva que podemos encontrar, por ejemplo, la responsabilidad del propietario del vehículo motorizado por accidentes de tránsito, la del causante de derrames de hidrocarburos y otras sustancias nocivas en el mar, la del explotador de instalaciones nucleares, la del empresario de aeronaves, y la del que utiliza plaguicidas. A las normas establecidas por estatutos legales especiales se agregan los artículos 2327 y 2328 inciso primero del Código Civil⁸⁷.

Siendo el dolo y la culpa la base de la responsabilidad civil extracontractual, importante es ver qué es lo que dice el Código Civil al respecto; en relación al dolo el artículo 44 inciso final lo define como “la intención positiva de inferir injuria o daño en la persona o propiedad de otro” mientras que el mismo artículo al hacer referencia a la culpa efectúa una gradación de ella en grave, que “es la que consiste en no manejar

⁸⁶ GANDOLLA, Julia, ob. Cit., p.43.

⁸⁷ Para profundizar, en el tema ver Barros Bourie, Enrique, “Tratado Responsabilidad Extracontractual”, 2006, Editorial Jurídica de Chile, también Corral Talciani, Hernán, “Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual”, www.microjuris.cl, LIB21, (s.a.).

los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios”, leve “es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios” y levísima “es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes”. Si bien para el caso de responsabilidad extracontractual no existe, en principio, gradación de la culpa, se discute acerca de si se responde de culpa levísima en este tema. Algunos piensan que como la ley no distingue se responde de toda clase de culpa, se exige diligencia máxima. Otros creen, dentro de los que me sumo, que extracontractualmente sólo se responde de culpa leve, pues el mismo artículo 44 señala que culpa o descuido sin otra calificación, significa culpa leve.

Por lo que en relación con la culpa y de acuerdo con lo señalado cabe recordar que la culpa se aprecia en abstracto pero se determina en concreto, esto quiere decir que para apreciar la culpa se debe comparar al sujeto de que se trata con un parámetro ideal, esto es, el hombre o la mujer medios, pero puestos en las circunstancias del caso. Si se aplica este principio a las relaciones de familia, la apreciación en abstracto de la culpa implica comparar la conducta del integrante de la familia con la conducta de cualquier miembro de una familia que hubiese tenido en ese caso en concreto. Es decir, apreciar la culpa en relaciones de familia supone comparar al individuo medio puesto en las circunstancias de la dinámica familiar, es decir, lo que se hace en derecho comparado es subjetivar todavía más de lo que se hace habitualmente: el juicio de reproche. En el sentido de que, en nuestro sistema de imputación subjetiva, existe la posibilidad de hacerle un juicio de reproche a un sujeto en particular, pero este juicio de reproche tiene también visos de objetividad, en el sentido de que el sujeto de que se trata es comparado con un parámetro ideal medio puesto en cualquier circunstancia, en cambio en el ámbito de Derecho de Familia, la subjetivización de la culpa es todavía mayor que la regla general, porque se evalúa la conducta del sujeto al interior de su propia familia y en relación con la dinámica de la familia en particular, dado que hay familias que tienen una vida íntima muy civilizada, hay otras en que la dinámica consiste en estar en permanentes discusiones, entonces lo que una familia puede ser considerado una agresión verbal, en otra familia podría no

serlo y eso significa tomar en cuenta las circunstancias del sujeto concreto comparado consigo mismo. Por lo tanto, en derecho comparado lo que se hace es morigerar el juicio de reproche sobre la base de comparar al padre, la madre o a los cónyuges con la conducta que mantienen habitualmente bajo esa dinámica familiar, aquí es donde se tiene que comparar la situación particular del individuo que puede ser muy distinta del resto de las familias, en condiciones de decir que mi cónyuge me demande por todas las agresiones verbales proferidas dentro del matrimonio en condiciones que ésa era la dinámica familiar, y que ella respecto de mí también hacía lo mismo, esto se relaciona con la llamada compensación de culpas.

Por lo que el deber de diligencia que se debe tener en las relaciones familiares no puede dejar de lado la dinámica familiar, ya que en este ámbito las personas se comportan de manera muy distinta a como habitualmente se conducen en la vida de los negocios o la vida social en general. Por eso que muchos comportamientos considerados antijurídicos en términos generales de la vida diaria negocial, por ejemplo, no deberían ser considerados antijurídicos mirados desde la dinámica familiar. Se suma a esto que un sector de la doctrina piensa que sólo en este ámbito familiar corresponde atenuar el estándar de culpa, es así que Alterini y López Cabana señalan que “se impone tomar en cuenta el peso relativo de los valores en juego –intereses individuales del damnificado y los intereses generales de la constitución de una familia y de su estabilidad. Consideran que hay casos en los que se debería exigir un factor de atribución especial (dolo, culpa grave), y no puede desentenderse de valores como la “constitución y estabilidad de la familia”, “la solidaridad familiar”, y la “piedad filial”.⁸⁸ En este sentido se propone considerar a “la piedad familiar como pauta a tener en cuenta a la hora de acoger planteos indemnizatorios de este tipo.”⁸⁹

Los privilegios parentales y domésticos se construyen en base a la morigeración en el análisis del juicio de reproche, o sea, en el juicio de imputación subjetiva, como contrapunto de la llamada imputación objetiva, que es la que dice

⁸⁸ ALTERINI y LÓPEZ CABANA citado por FLEITAS, Abel, en Revista de Derecho de Daños, “Daños en las Relaciones de Familia” 2001, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, p.171.

⁸⁹ MEDINA, Graciela, ob. Cit., p.35.

relación con la causalidad de acuerdo a la teoría de Roxin⁹⁰. La imputación subjetiva relacionada con la culpabilidad, donde en los distintos ordenamientos jurídicos se morigeran el análisis del reproche, tiende a atenuar el juicio de culpabilidad. Hay casos donde se hace legalmente y otros casos en que se hace jurisprudencialmente, de manera que se les exige un cuidado menor a las personas dentro de sus relaciones de familia, por lo menos en lo que dice relación con el privilegio doméstico, es decir, con las relaciones de convivencia, cosa que no se aplica evidentemente en las relaciones con los hijos, porque es en este tipo de relaciones, a mi juicio, donde se debe llevar un mayor estándar de diligencia, lo que no debe ocurrir necesariamente en las relaciones con el conviviente o pareja, de hecho, tal como se mencionó, muchas conductas que son permitidas en la vida familiar no son permitidas derechamente en la vida social y negocial. Pero si se trata de construir patrones ideales, se podría decir que la gente en su vida habitual no se comporta con patrones tan agresivos, pero aplicar ese estándar al sujeto en concreto puede resultar injusto.

En contraposición a lo anteriormente señalado, Mosset Iturraspe establece que “dañar fuera o dentro del matrimonio, hacerlo a un extraño o al propio cónyuge, lejos de merecer una solución “privilegiada” o eximente, debe computarse como agravante, al menos en la medida en que son mayores los deberes de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas”⁹¹; debido a que “la pertenencia a una comunidad doméstica impone a sus miembros particular prudencia y circunspección y, por tanto, no justifica comportamientos riesgosos o peligrosos que puedan desencadenar daños a otros miembros”⁹².

Otro punto es que muchas veces existen culpas compartidas, cosa que habitualmente no ocurre en el ámbito de la responsabilidad civil, ya que “si aplicáramos los principios generales de la responsabilidad civil se podrían establecer proporciones en la concurrencia de culpas y diferenciar los respectivos daños sufridos, para

⁹⁰ GARRIDO MONTT, Mario, “Derecho Penal, Parte Especial”, Tomo III, Editorial Jurídica, 2007, p.35.

⁹¹ MOSSET ITURRASPE, Jorge, ob. Cit., p.8.

⁹² Ídem., p.10.

determinar los créditos recíprocos”⁹³. Lo que nos lleva a ir al caso extremo, de violencia intrafamiliar, donde no se podrían establecer proporciones en la concurrencia de culpa, ya que tendría que haber una reciprocidad para entender que hay una dinámica. Aquí, además, se entra con otro punto de las relaciones de familia, que tiene que ver con la magnitud del daño, esto dice relación con que hay daños que son tolerables y otros que no lo son, y no lo serán en ninguna familia, por muy distintas que sean sus dinámicas, ya que se trataría derechamente de un atentado. No habría un contrasentido, desde el punto que si en una familia, el hecho del mero alzamiento de voz significa una agresión y en otra no, ya que si los dos se comportaron recíprocamente de esa manera, sería injusto aplicarle sólo a uno de ellos indemnización de perjuicios, en circunstancias de que el otro por su conducta también contribuyó a ése ambiente de hostilidad, y sería injusto también no imponerle una indemnización a ese que fue el único violento durante la relación, sin que el otro lo haya sido también, porque el concepto de dinámica familiar dice relación con una reciprocidad de las conductas, o sea que la conducta de uno lleva a la conducta del otro, por lo que esta agresión podría estar justificada cuando ésta sea la dinámica recíproca que se vive dentro de los miembros de la pareja, si no, no, porque en ese caso, uno sería completamente victimario.

Finalmente, en materia penal existe una diferenciación entre parricidio y homicidio, dado que “El parricidio tiene un mayor injusto, no consiste en la muerte de otra persona simplemente, sino en la muerte de alguien unido por vínculo de sangre o conyugal con el agente”⁹⁴. Por consiguiente, se considera que “hay un mayor injusto en este delito, porque social y políticamente no es lo mismo matar a un extraño que matar a un pariente próximo o al cónyuge”⁹⁵. Además de existir este mayor injusto “el parricidio conlleva a una mayor culpabilidad en el autor, su comportamiento es mucho

⁹³ FLEITAS, Abel, ob. Cit., p.182.

⁹⁴ GARRIDO MONTT, Mario, ob. Cit., p.68.

⁹⁵ Ídem.

más reprochable al haber infringido los deberes mutuos que aparejan las vinculaciones parental o conyugal⁹⁶.

REPARACIÓN INTEGRAL Y EXTENSIÓN DEL DAÑO RESARCIBLE.

En materia extracontractual, tal como lo señala el artículo 2329 del Código Civil, “todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta,” es en razón de esto que la reparación debe ser completa, incluso, según Alessandri y cierta jurisprudencia, el artículo 1558 del Código Civil, sólo sería aplicable en materia contractual, mientras que en materia de responsabilidad extracontractual, el principio de que la reparación debe comprender todo daño, obligaría a indemnizar incluso los perjuicios imprevistos⁹⁷. Hecho que la mayoría descarta, ya que sólo se respondería de los daños directos, por ser éstos consecuencia cierta y necesaria del hecho ilícito, mientras que por oposición, el daño es indirecto o imprevisto cuando entre éste y el hecho doloso o culpable han intervenido causas extrañas.

Cabe ahora determinar la extensión del daño resarcible, donde se presenta la dificultad de los límites en materia de intereses cautelados por la acción indemnizatoria. Si bien la determinación de la existencia de un interés de la víctima es una cuestión que pertenece al ámbito de los hechos, el problema de los límites de la reparabilidad es de carácter normativo. Por lo que la noción de daño excluye aquellas incomodidades o molestias que las personas se causan recíprocamente como consecuencia normal de la vida en común. Para que pueda hablarse de daño como fundamento de la responsabilidad civil, éste debe ser significativo. Es en razón de esto que en materia de familia no podemos dejar pasar un daño que es propio dentro de las

⁹⁶ Ídem., p.69.

⁹⁷ BARROS BOURIE, Enrique, ob. Cit., p.164-165.

relaciones familiares, como es el desamor, ¿será el daño que éste provoca suficiente para pedir indemnización al respecto?. Comparto la opinión de Méndez Costa, al señalar que “el amor no es exigible jurídicamente bajo amenaza de ningún tipo de sanción”⁹⁸, ya que debe entenderse dentro de los perjuicios presumibles dentro de las relaciones familiares.

Hoy existe coincidencia en la regla de la reparación integral de los daños sufridos por la víctima, de modo que debe incluir tanto el daño material como el daño moral, teniendo siempre muy en claro que no se indemniza en la medida de la culpa, sino en la medida del daño, con el objeto de que la indemnización no se convierta en fuente de enriquecimiento sin causa para la víctima, tal como dice Alessandri: "El monto de la reparación depende de la extensión del daño y no de la gravedad del hecho. La culpabilidad del agente no tiene influencia alguna en él: cualquiera que sea, trátase de un delito o cuasidelito, sea la culpa lata, leve o levísima, la reparación no puede aumentarse ni disminuirse en atención a ella. La reparación no es una pena, es el resarcimiento del daño causado y debe ser completa".⁹⁹

Tal como señalé, la reparación debe comprender todo daño, esto es, tanto los materiales como los extrapatrimoniales. En cuanto a la cuantificación del daño material, éste se refiere al perjuicio inferido a un bien con significado pecuniario, respecto del cual se debe determinar la especie y monto del perjuicio, o al menos establecer las bases para la determinación final del juez, lo que no debería significar algo muy difícil de establecer. La problemática se generará al momento de apreciar el daño extrapatrimonial, ya que “no hay ninguna claridad sobre los criterios o patrones que permitan medir cualitativa y cuantitativamente el dolor experimentado. ¿Existe éste?, ¿en qué medida ha afectado al sujeto?, ¿cuánto durará? Es imposible determinarlo. Ello es esencialmente subjetivo, ya que cada persona tiene una reacción distinta ante el dolor. No existe ni se ha inventado aún "el dolorómetro", decía con ironía, y a la vez

⁹⁸ MÉNDEZ COSTA, María Josefa, citado por MOSSET ITURRASPE, ob. Cit., p.12.

⁹⁹ ALESSANDRI, Arturo citado por VERGARA BEZANILLA, José P., “La Mercantilización del Daño Moral”, 2000, www.microjuris.cl, MJD246.

con realismo, un jurista argentino; y por ello todo queda en el terreno de la apreciación arbitraria, inaceptable como criterio de valoración jurídica.”¹⁰⁰

A este hecho debemos agregar que en nuestro derecho no existen normas especiales sobre la prueba del daño extrapatrimonial, es en razón de esto que deben regir las normas generales, y por tanto requiere que sea cierto y debe ser probado. Lo que tiene gran incidencia en las relaciones de familia, ya que “en los casos de daño moral causado a los parientes, se lo dé por establecido sobre la base de suponer, por el solo hecho del vínculo de parentesco, la existencia del afecto y de la unidad familiar entre la víctima y las personas que reclaman la indemnización. Esto es del todo improcedente, ya que tal suposición es ficticia. Como señala Fueyo, en estos casos debe acreditarse la correspondiente relación familiar, la agresión al derecho de familia propiamente tal, y de qué modo dicha agresión fue substantiva y efectiva -no sólo presunta- dada la estrecha vinculación que los unía y que se revelaba en forma notoria y pública. "Podría ocurrir, supuestamente -y así sucede a veces-, agrega Fueyo, que la muerte de mi hermano no constituya en verdad un agravio a un sentimiento familiar mío, pues me llevaba mal con él, visiblemente; hasta habíamos tenido frecuentemente riñas y aun pleitos escabrosos entre nosotros. Lejos de sentir un agravio, a lo mejor resulta para mí un alivio o solución dicha muerte. ¿Por qué, además, me habrían de pagar por su muerte en tales circunstancias?”¹⁰¹, es en consideración de esto que para la prueba del daño “es ciertamente legítimo recurrir a las presunciones, a condición de que ellas estén basadas en hechos reales y probados y no en meras suposiciones. Por consiguiente, la sola conjetura, tan frecuente en la práctica, de que el demandante ha debido padecer un daño moral dadas las circunstancias del hecho o su parentesco con la víctima, no constituye una presunción judicial válida para darlo por establecido. De aquí que, como con razón expresa Fueyo, para acreditar el daño moral por medio de presunciones éstas "se deducirán por el juez de hechos materiales debidamente acreditados, por los medios legales, en el expediente respectivo, no según deducción en el vacío y discurriendo sólo en abstracto, al margen de una

¹⁰⁰ VERGARA BEZANILLA, José P. ob. Cit.

¹⁰¹ Ídem.

realidad procesal. Sería como dar por cierto lo que pueda ser falso o a lo menos dudoso¹⁰².

Lo que nos lleva a pensar ¿qué parámetros deberán considerarse para estimar o proponer en la demanda una suma en función del daño recibido en las relaciones de familia? ¿Cómo deberá evaluarse este rubro indemnizatorio? ¿Cuáles son esas medidas?.

La dificultad es cierta, pues atañe precisamente a afectos de difícil valoración pecuniaria, pero el hecho que resulte ardua y resbaladiza su fijación no puede ser obstáculo para su indemnización, sin embargo, algunos autores se inclinan por establecer una igualdad de tratamiento a través de una propuesta tarifaria, mientras otros se muestran reacios a la tarifación.¹⁰³ Para el caso, Mosset Iturraspe señala los “placeres compensatorios” que se traducen en la idea de procurar al lesionado otros goces que sustituyan el perdido y brinda algunas orientaciones objetivas:

1. Que la suma dineraria tenga alguna importancia.
2. No debe ser una fuente de enriquecimiento.
3. No es viable una tarifación rígida, sino una base flexible.
4. Es independiente el daño moral de los otros daños.
5. Depende del prudente arbitrio judicial a partir de las circunstancias personales del agravado.
6. Podría configurarse un catálogo de los diferentes daños morales en función de sus manifestaciones.
7. Cada caso tiene sus particularidades, aunque debe existir una prueba convincente, firme y clara de que el daño moral haya existido.

¹⁰² FUEYO, Fernando citado por VERGARA BEZANILLA, José P., ob. Cit.

¹⁰³ DUTTO, Ricardo, ob. Cit., p.65.

8. Aplicación de la metodología estadística para la elaboración jurisprudencial de pautas.
9. El dinero cumple una función compensatoria.
10. La indemnización debe tener en cuenta la economía del país y la situación media de la población.

Sobre lo expuesto necesariamente deberá tenerse en cuenta:

1. La capacidad económica de las partes.
2. El contexto en que se desarrollaba la vida y edad de la víctima antes del hecho.
3. La gravedad del acto dañoso para el caso.
4. Lugar y tiempo en que se produjo.
5. Los cambios económicos producidos.
6. La trascendencia social que ha tenido el hecho dañoso para las partes.
7. La personalidad del ofensor en cuanto pudiere tener influencia sobre la intensidad objetiva del agravio inferido a la víctima.¹⁰⁴

Puede que con estos parámetros se logre resolver con un cierto grado de certeza y dar homogeneidad a las cifras en conflicto, que ya es difícil resolver en ámbitos netamente extracontractuales, que para el caso de aceptación de este estatuto especial, cuando los daños se provocan dentro del ámbito familiar, acrecentarían las dificultades de determinar una cifra y con ello intentar volver las cosas al estado anterior del hecho lesivo, aunque la reparación integral pueda ser una quimera, porque no siempre puede restituirse la situación a la etapa previa al perjuicio y el monto que se fija no traslada cabalmente el quebranto padecido, todo esto sin olvidar que, “las normas jurídicas regulan conductas, por lo cual en las situaciones jurídicas, además del encuadre normativo, subyace un problema humano. No puede realizarse un estudio

¹⁰⁴ MOSSET ITURRASPE, Jorge citado por DUTTO, Ricardo, ob. Cit., p.67.

de un caso jurídico sin la comprensión de la situación fáctica que lo origina. De lo contrario, estaríamos en presencia de una simple y matemática aplicación: dado este antecedente debe resultar este consecuente. Casi mecánicamente se podría prever siempre el resultado del juicio y nos acercaríamos a una justicia “computarizada”, en la que los abogados llenarían tediosos formularios y los jueces serían convidados de piedra, meros aplicadores de reglas rígidas y soluciones previstas.”¹⁰⁵

FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

El derecho de daños apunta a distintas funciones, dentro de las que podemos encontrar la de prevención, de justicia, satisfactiva, etcétera, que en general apuntan ciertamente a reparar el daño causado y dejar a la víctima indemne. “Existen sistemas de Derecho de daños que cumplen también una función punitiva en forma explícita y declarada. Es el caso del régimen de responsabilidad que existe en el sistema jurídico angloamericano (*Tort Law*). En este esquema se reconoce que el Derecho de *Torts* cumple tres funciones: *compensation* (reparación), *deterrence* (disuasión) y *punishment* (sanción).” En los sistemas de Derecho civil continental, la figura de los daños punitivos “es desconocida y resulta repudiable por prácticamente toda la doctrina moderna. Se estima que el acordar al demandante una cantidad de dinero, no como reparación sino como pena privada, atentaría contra los principios constitucionales que reglan el debido proceso y la aplicación de penas en atención que el proceso civil no concede al demandado todas las garantías que se le aseguran en el proceso criminal. Además, se considera que la función represiva de la responsabilidad es una incoherencia que sólo puede estimarse un resabio de épocas superadas,

¹⁰⁵ GANDOLLA, Julia, ob. Cit., p.45.

cuando no se hacía la distinción entre sanción penal y sanción civil, y la indemnización cumplía el rol de reparación y también de pena privada”¹⁰⁶.

La función preventiva, es concebida desde el punto de vista instrumental en el sentido que el derecho puede ser visto como un conjunto de incentivos y desincentivos que permiten orientar el comportamiento hacia fines socialmente deseables. Tratándose de la responsabilidad civil, el fin será la óptima prevención de perjuicios¹⁰⁷. En relación al ámbito familiar, ¿se consigue la función preventiva, imponiéndole al cónyuge que abandona el hogar, una multa? ¿se consigue disuadirlo que lo vuelva a hacer en el futuro?, ¿se consigue que se respete el deber de fidelidad por el hecho de imponerle una infracción a uno de los cónyuges? Por lo que si el objetivo del estatuto de responsabilidad es prevenir imponiendo una indemnización, la respuesta en la mayoría de los casos es que no. Por lo que para el caso en cuestión, el rol preventivo pasa a ser un rol secundario.

La justicia plantea la pregunta acerca de cuándo es correcto atribuir responsabilidad a una persona por los daños que ocasiona a un tercero. El enfoque es normativo y no técnico-instrumental. Por lo que desde la perspectiva de la relación entre el agresor y la víctima, las reglas de responsabilidad tienen por finalidad dar una solución justa¹⁰⁸.

Dentro de la justicia podemos encontrar las diferentes variantes de ella, para analizarlas dentro del ámbito familiar. La primera de ellas es la justicia retributiva, la que encuentra su lugar dentro de la responsabilidad, suponiendo la falta de respeto que tenemos hacia los demás, que para el caso en cuestión, es la familia. Lo que nos lleva a preguntarnos ¿cuál es la conducta que debemos observar en las relaciones de familia?, que como se mencionó, muchas veces no es la misma que se tiene respecto del resto de las relaciones interpersonales.

¹⁰⁶ GONZÁLEZ CASTILLO, Joel, ob. Cit., p.3.

¹⁰⁷ BARROS BOURIE, Enrique, ob. Cit., p.33.

¹⁰⁸ Ídem., p.34.

En la determinación de esa regla actuarán la ley y las normas que reconocemos como exigencias de cuidado, que se nos imponen en cada uno de los roles que asumimos en nuestra vida en común. Algunas de estas reglas están formuladas por la ley, otras responden a costumbres o usos normativos que la comunidad observa como obligatorios; pero también hay ocasiones en que no existe apoyo en una regla legal o social preexistente, y en tales casos es necesario construir hipotéticamente la regla que habría seguido una persona razonablemente juiciosa en tales circunstancias¹⁰⁹. Que para las relaciones de familia será difícil de determinar, atendida la dinámica familiar, ya que en este sentido el legislador, no puede imponer un trato respecto de la familia, si bien el objetivo del derecho en general es levantar el estándar de la sociedad, no se puede inmiscuir en la privacidad de cada familia, por lo que para determinar el cuidado que se tuvo que tener, se tendrá que recurrir al caso concreto, teniendo siempre como horizonte el resguardo de la víctima.

La justicia correctiva, es otra de las aristas que presenta la justicia como función dentro del derecho de daños, la cual desplaza el punto de vista determinante hacia la víctima. Si ésta es afectada por una pérdida injusta debido a la acción de un tercero, éste debe responder. La igualdad que se ha roto en virtud del daño debe ser restablecida, a menos que exista una justificación.¹¹⁰ Por lo que aquí encontramos la herramienta necesaria para restablecer la justicia conmutativa para el autor del daño dentro de la relación de familia. Sin embargo, muchas veces la indemnización no tiene un carácter propiamente reparatorio, como ocurre en el caso que se dañen aspectos extrapatrimoniales, donde la función es otra. Está dirigida a dar, a quien ha sufrido el daño, sólo una satisfacción de reemplazo. "Fueyo, por su parte se expresa así: "Descartemos que sea una reparación compensatoria del modo que se entiende en el derecho patrimonial, pues aquí resulta de partida absurdo compensar, esto es, fijar una medida igual o equivalente, siendo que el daño mismo que ha de indemnizar no es

¹⁰⁹ Ídem., p.35.

¹¹⁰ Ídem., p.40-41.

susceptible de medición exacta. En contraposición, se trata simplemente de una indemnización satisfactiva, esto es, que intenta "satisfacer" a la víctima."¹¹¹

POSTURAS RESPECTO A LA ACEPTACIÓN DE UN ESTATUTO ESPECIAL DE RESPONSABILIDAD FAMILIAR

Existen en este sentido dos teorías, las que no aceptan el estatuto de responsabilidad civil y las que si lo aceptan y éstas a su vez tienen distintas variantes.

Las primeras teorías que tienden a desaparecer, son las que niegan esta posibilidad, estos argumentos también sirven para las teorías que aplican el estatuto restrictivamente.

Señalan que un estatuto especial va contra la solidaridad que debe regir en las relaciones de familia, "la armonía conyugal se vería perturbada si se admitiese este tipo de acciones"¹¹². "La responsabilidad imputada a un miembro de la familia es un elemento desquiciante que quiebra la armonía del grupo; es un acto de dureza o crueldad de la víctima respecto del victimario que viola el deber de piedad o consideración; atendiendo a los intereses del perjudicado – que pasarían a ser "inferiores"- se atacan "los intereses superiores" de la constitución de una familia y de su estabilidad y al sentimiento de justicia de la comunidad"¹¹³. Sin embargo, no es menos cierto que si un hijo demanda a su padre o "si un esposo demanda al otro por

¹¹¹ FUEYO, Fernando citado por VERGARA BEZANILLA, José P ob. Cit.

¹¹² MEDINA, Graciela, KANEFSCCK, Mariana, en Revista de Derecho de Daños, "Daños en las Relaciones de Familia", 2001, Rubinzal-Culzoni Editores, p.146.

¹¹³ MOSSET ITURRASPE, Jorge, ob. Cit., p.11.

violencia por las lesiones sufridas o el daño moral infligido, la armonía fue rota por quien resulta demandado”¹¹⁴ y no por la víctima.

Otra doctrina sostiene que “el derecho de familia se caracteriza por su especialidad, de ahí la gran cantidad de normas imperativas, lo que excluye la aplicación de las normas generales”¹¹⁵ y su especialidad se debe que frente a las infracciones, el legislador contempla sanciones específicas como el divorcio, la privación del cuidado personal, etcétera. Algunas claramente sancionatorias mientras que otras discutiblemente sancionatorias, pero la cuestión de fondo es que el derecho de familia cuenta con sus propias herramientas para solucionar los inconvenientes que se generen debido a la infracción de deberes familiares. Lo que “obsta la aplicación en su ámbito de las normas generales sobre responsabilidad por daños. Entienden que en materia de sanciones sólo son procedentes las específicamente admitidas por la ley, sin que puedan extenderse analógicamente las previstas para otras situaciones”¹¹⁶.

Por otro lado establecen que “No existe una norma expresa que obligue a reparar”¹¹⁷. Al respecto Fleitas señala que “sería deseable que existieran normas específicas que determinaran la eventual procedencia, presupuestos, alcances y límites de la reparación de daños producidos en las diversas relaciones de familia, pero cuando no las hubiere, sólo en casos excepcionales y con criterio restrictivo cabría admitirla”¹¹⁸.

Otra perspectiva la otorga el Análisis Económico del Derecho, ya que, si se aplica el estatuto de Responsabilidad Civil, sin mayor reflexión, se desincentivaría no sólo el matrimonio, sino que también el divorcio, por la amenaza que representa pagar indemnizaciones por incumplir los deberes matrimoniales, sumado a esto la compensación económica, que por lo demás ha sido interpretada en términos tan

¹¹⁴ MEDINA, Graciela, KANEFSCCK, Mariana ob. Cit., p.146.

¹¹⁵ DUTTO, Ricardo, ob. Cit., p.89.

¹¹⁶ Ídem., p.88.

¹¹⁷ MEDINA, Graciela, KANEFSCCK, Mariana, ob. Cit., p.146.

¹¹⁸ FLEITAS, Abel, ob. Cit., p.172.

erráticos. Esto acarrearía un encarecimiento de los costos tanto del matrimonio como del divorcio; sin considerar el riesgo de crear formas fraudulentas de divorcio, con el objeto de evitar dichos pagos, tal y como ocurría antes de la dictación de la ley de matrimonio civil, con las nulidades matrimoniales, donde se alegaba la causal de incompetencia del Oficial del Registro Civil.

Con respecto a los padres se dice que se produce un debilitamiento de la discrecionalidad de los padres a la hora de criar a sus hijos, ¿qué padre va a querer llamarle la atención al hijo, si sabe que en el futuro corre el riesgo de que el hijo lo demande por haberlo tratado mal?. La doctrina mayoritaria ha reconocido que si bien se deben respetar los Derechos Humanos, se debe mantener cierta discrecionalidad hacia los padres para la crianza de sus hijos, sobre todo en el caso de los menores de edad y niños de corta edad. Los padres tienen la obligación de educar a los hijos, de guiarlos.

En relación a lo anterior “existe un planteo con base en una especie de “compensación de daño con beneficio”, que alega que el hijo recibe el don supremo de la vida, que le transmiten gratuitamente sus padres, y de ahí que no sea razonable “quejarse” del tipo, índole o calidad de esa vida”¹¹⁹.

Patti, establece que no puede haber responsabilidad, salvo por delitos penales, porque en la familia hay relaciones de autoridad y respeto más que de igualdad; y que el padre de familia, haciendo una analogía con el Estado, es administrador (Poder Ejecutivo) de la familia, impone normas (Poder Legislativo) y además impone castigos ante la desobediencia (Poder Judicial), pero no debemos olvidar que también existe la responsabilidad del Estado en todas estas áreas¹²⁰.

Se alega que si se da cabida a acciones indemnizatorias en términos amplios “involucra al tribunal en disputas triviales entre los esposos. Puede sostenerse que es necesario que para que los tribunales funcionen bien no deben ser sobrecargados con disputas triviales y que la admisión de ese tipo de proceso congestionaría la labor

¹¹⁹ MOSSET ITURRASPE, Jorge, ob. Cit., p.13.

¹²⁰ DUTTO, Ricardo, ob. Cit., p.90.

judicial involucrando al Poder Judicial en problemas menores entre los cónyuges¹²¹ y problemas familiares en general. Lo que sí, abre la puerta para que se discutan cosas muy justificadas, como la violencia intrafamiliar, pero también para que se discuta cualquier cosa, de hecho, esto es lo que los tribunales de familia reclaman constantemente, que la gente llega a discutir cualquier tema de bagatela y para eso no están los tribunales de Justicia.

También se da un fundamento de corte esencialmente “ético”, en este sentido Bibiloni “sostenía que la moral se subleva ante los reclamos del cónyuge que pretende cobrar por su honor lastimado. Según Díaz de Guijarro, la indemnización del daño material y moral que hubiere experimentado el cónyuge inocente constituiría una indignidad. Borda entiende que la acción por la cual se pretenda lucrar con la deshonra es contraria a la moral, las buenas costumbres y la sensibilidad¹²²”.

Fleitas señala que la posibilidad de reclamar reparaciones incrementa el conflicto y dificulta los posibles acuerdos, cuando deberían enfocarse los esfuerzos en superar la crisis y no en profundizarla.¹²³

Para finalizar con ésta postura, Llambias “interpreta que no es posible proyectar las sanciones de tipo resarcitorio, propias del incumplimiento de las obligaciones, a la infracción de deberes de contenido extrapatrimonial como la asistencia recíproca entre esposos o el deber de fidelidad, que no son obligaciones en sentido técnico¹²⁴”, sino ético.

Doctrinas que fundamentan la responsabilidad en materia de familia, podemos destacar:

Lo primero que se debe señalar, es que el Derecho de Familia al igual que el Derecho de Responsabilidad, forman parte del Derecho Privado y más

¹²¹ MEDINA, Graciela, KANEFSCCK, Mariana, ob. Cit., p.147.

¹²² BIBILONI, DÍAZ DE GUIJARRO y BORDA citado por DUTTO, Ricardo, ob. Cit., p.88.

¹²³ FLEITAS, Abel, ob. Cit., p.177.

¹²⁴ LLAMBIAS citado por DUTTO, Ricardo, ob. Cit., p.89.

específicamente aún del Derecho Civil, no convirtiéndose por tanto el Derecho de Familia en “un ordenamiento que se baste a sí mismo, y, por ende, para solucionar los conflictos deben aplicarse los principios de la Teoría General del Derecho Civil”¹²⁵. Es más, en opinión de Diez Picazzo el derecho más civil de todos es el Derecho de Familia, aquí la primera aproximación de porque no se debe separar el Derecho de Responsabilidad del Derecho de Familia.

Además nos encontramos con el viejo principio de Ulpiano *Alterum non laedere* o principio de no dañar a otro, de mayor o menor consagración explícita en los distintos ordenamientos jurídicos. Éste no solo es un principio jurídico, sino que debe ser entendido como principio básico de la convivencia social, lo que lo convierte en “un derecho implícito porque hace a la dignidad y a la integridad física y psíquica de la persona humana”¹²⁶. Por otra parte “Como dice Rivera, el Derecho de Familia tiene lógicamente que respetar las normas del Derecho Civil (...) y no puede en aras de la especialidad de sus relaciones, violentar el principio básico de no dañar a otro”¹²⁷. Además, este principio “impone la obligación de reparar por cualquier daño causado aunque la reparación no esté prevista expresamente en una norma infraconstitucional”¹²⁸.

Por otra parte no sirve como argumento que abrir la puerta a los daños dentro de las relaciones familiares, provocaría un quiebre a la armonía familiar considerando que “el Código Penal describe diversas figuras penales basadas, precisamente, en la deslealtad familiar y en la ruptura de la unidad y del afecto entre parientes (aborto, abandono de los hijos, adulterio, lesiones, parricidio, etcétera.); y que también las leyes civiles son expresivas en demostrar las desarmonías y rupturas que suelen existir entre cónyuges y entre padres e hijos. Recuérdense las causales de divorcio (malos tratamientos, autoría, instigación o complicidad en la perpetración o preparación de un delito contra los bienes, la honra o la vida del otro cónyuge, el abandono del hogar,

¹²⁵ MEDINA, Graciela, KANEFSCCK, Mariana, ob. Cit., p. 145.

¹²⁶ MEDINA, Graciela, KANEFSCCK, Mariana, ob. Cit., p.145.

¹²⁷ RIVERA citado por MEDINA, Graciela, KANEFSCCK, Mariana ob. Cit., p.145.

¹²⁸ MEDINA, Graciela, KANEFSCCK, Mariana, ob. Cit., p.146.

etc.), y las de emancipación judicial (maltrato habitual del hijo, en términos de poner en peligro su vida o de causarle grave daño, abandono del hijo, etcétera) sin mencionar también las reglas relativas al derecho de alimentos que están basadas en el incumplimiento del deber de socorro entre personas ligadas por vínculos cercanos de parentesco. Todo esto permite afirmar que es tan irreal suponer, a priori, que las relaciones de familia están siempre marcadas por el afecto y la unidad familiar, como suponer lo contrario.”¹²⁹

Como establece Gabriel Hernández, la impunidad de conductas dañosas y dolosas desincentiva el comportamiento de las personas conforme a ciertos estándares mínimos, si no hay responsabilidad se corre el riesgo que las personas causen daño dentro de la esfera familiar impunemente, en la medida que saben que no tendrán sanción, los daños pueden aumentar si no se fija un coto.

Se establece que “los fundamentos de la procedencia de la reparación radican en que todos los hechos enumerados como causales de separación y el divorcio son proceder ilícitos en tanto implican violaciones al estatuto matrimonial o importan transgresión del ordenamiento jurídico general, susceptibles de irrogar daños”¹³⁰.

Méndez Costa y D’Antonio “propician la reparación de los daños y perjuicios como consecuencia mediata de la sentencia de divorcio en sí misma. En este caso la indemnización se fundaría en la vulneración de los derechos del cónyuge a “la perduración en el tiempo” del estatus que asumió al celebrar las nupcias que se frustra con la sentencia de divorcio. Esto conlleva “la pérdida de alentadas esperanzas de vida matrimonial” y de “la asistencia moral que justificadamente se confió recibir durante la vida del matrimonio.””¹³¹

¹²⁹ VERGARA BEZANILLA, José P., ob. Cit.

¹³⁰ DUTTO, Ricardo, ob. Cit., p.92.

¹³¹ MÉNDEZ COSTA y D’ANTONIO citado por DUTTO, Ricardo, ob. Cit., p.92.

D'Antonio "estima que el que con su conducta determina la separación del matrimonio y la disgregación de la familia, irroga un perjuicio inmensurable y jurídicamente reparable."¹³²

También existe un sector de la doctrina que establece, como requisito de procedencia de los daños dentro de la familia, que éstos deben ser por causa de dolo o culpa grave, lo que excluiría la asunción voluntaria del riesgo.¹³³

Además, tiende a entenderse que la familia ya no es el reducto supraindividuos, sino que los individuos están primero y la familia es una herramienta para que éstos se desarrollen plenamente. Lo primero para el derecho es proteger a los individuos antes que la intimidad familiar, la armonía y paz familiar, sobre todo a los más débiles que serían los niños.

Por último, se deben considerar los factores de especificidad de la dinámica familiar. Hay que reemplazar la tesis que excluye la responsabilidad en términos formales y a priori, o sea, sin mayor discusión, y reemplazarla por una tesis que la excluya en términos sustantivos casuísticos, es decir, procede la Responsabilidad Civil en materias de familia pero con ciertas excepciones, de hecho existe en ciertos países donde se impone un catálogo de casos en los que proceden los daños que producen los miembros de la familia.

En relación a la aceptación de la responsabilidad civil en materias de familia, cabe decir que históricamente los distintos sistemas jurídicos, el Derecho Continental y el *Common Law*, han tenido bastantes diferencias entre sí, que dicen relación con las diferencias estructurales de ambos sistemas jurídicos, por un lado el Derecho Continental, donde originalmente los países que siguen este sistema no lo establecen, lo que ocurre en Chile, donde todavía no existe ninguna excepción a la regla general de Responsabilidad Civil, pero en el estatuto tampoco tenemos normas o excepciones que digan relación con la vida familiar, sin perjuicio que hay países que tienen algunas

¹³² D'ANTONIO citado por BELLUSCIO, Augusto, "Responsabilidad Civil en el Derecho de Familia", (s.a.), Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, p. 24-25.

¹³³ MOSSET ITURRASPE, Jorge, ob. Cit., p.11.

normas específicas, pero no se cuenta en ninguno de estos países con un estatuto de Responsabilidad Civil en las relaciones de familia, sino que un estatuto de familia por una parte y otro de responsabilidad civil, sin que hayan excepciones en ningún sentido.

En el derecho del *Common Law*, la situación es bastante distinta, por lo menos a principios o mediados del siglo XX, dependiendo del país, se estableció jurisprudencialmente un sistema de reglas generales de inmunidad a favor de ciertas personas en su relación personal con la víctima. Es decir, la jurisprudencia en esos casos fue construyendo reglas de excepción respecto del estatuto de Responsabilidad Civil aplicado a las relaciones de familia. Es más, en Estados Unidos predominó “la doctrina de la inmunidad familiar”, a partir del fallo de la Suprema Corte en el caso “Thompson vs Thompson”, de 1910, que significa la no admisión de demandas de daños y perjuicios entre cónyuges”¹³⁴. Posteriormente esto cambia radicalmente porque se comienza a aceptar la procedencia amplia del estatuto de Responsabilidad Civil en las relaciones de familia y esto mismo ocurre en el Derecho Continental, encontrando como primer antecedente jurisprudencial francés, “un fallo de la Corte de Casación, Sala Criminal, en el que se resuelve condenar al pago de daños y perjuicios al cónyuge culpable de adulterio y a su cómplice, sobre la base de la responsabilidad del delito de Derecho criminal cometido-adulterio-.”¹³⁵ Se tiene como norma inspiradora y que llevó a muchos autores a señalar que se debía indemnizar el daño en el ámbito familiar y en especial en esos años para la mujer culpable de adulterio y su cómplice, una norma proveniente del código napoleónico, en específico el artículo 1382 que señala “todo hecho cualquiera del hombre que cause un daño al otro, obliga a aquel por la culpa del cual se ha producido, a repararlo”, norma que es recogida por el Código de Bello en el artículo 2329 al establecer que “por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta.” Norma que al igual que en el país galo, podría servir de antecedente para la reparación de los daños derivados de la relación de familia.

¹³⁴ FLEITAS, Abel, ob. Cit., p.174.

¹³⁵ DUTTO, Ricardo, ob. Cit., p.37.

Siguiendo con lo mismo, en Argentina, “durante el siglo XIX y hasta bien avanzado el siglo XX no se admitía ningún tipo de indemnización entre los miembros de la familia por daños producidos entre ellos, motivados por los diferentes conceptos que se tenían tanto de la responsabilidad civil como del Derecho de Familia.”¹³⁶ El primer antecedente jurisprudencial argentino data de 1942, donde “se rechaza la demanda contra el tercero a quien se imputa ser cómplice del hipotético adulterio de la esposa por no haberse probado el hecho ilícito, ni la imputabilidad, como tampoco la relación de causalidad entre el adulterio y los daños que se dicen ocasionados.”¹³⁷

Por lo tanto, ambos sistemas comienzan a parecerse muchísimo en este sentido, es decir, en el sentido de que no hay un estatuto expreso para la responsabilidad civil por completo, pero se realizan excepciones jurisprudencialmente en relación con la regla de responsabilidad civil aplicada en el Derecho de Familia. Estas excepciones se han denominado privilegio parental y privilegio doméstico.

El privilegio parental dice relación con las relaciones entre progenitores e hijos y el privilegio doméstico con las relaciones de convivencia, y ambos privilegios suponen la mera acción del estándar de cuidado exigido en las relaciones de familia. De lo que se concluye que en los distintos ordenamientos jurídicos, ya sea legal o jurisprudencial, se han ido construyendo privilegios que se aplican al interior del Derecho de Familia traduciéndose en una excepción al estatuto de responsabilidad civil, consistiendo estos privilegios en la morigeración del juicio de imputación subjetiva, atendiendo las particulares relaciones que rigen entre los miembros de la familia.

¹³⁶ MEDINA, Graciela, ob. Cit., p.19

¹³⁷ DUTTO, Ricardo, ob. Cit., p.38

CAPÍTULO III APLICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EN MATERIA DE FAMILIA

COMPENSACIÓN ECONÓMICA

El artículo 61 de la ley N° 19.947, establece, “Si, como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, uno de los cónyuges no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, tendrá derecho a que, cuando se produzca el divorcio o se declare la nulidad del matrimonio, se le compense el menoscabo económico sufrido por esta causa”. Según lo expresado, la compensación económica “aparece como una prestación pecuniaria destinada a compensar un menoscabo económico específico sufrido por uno de los cónyuges, el cual tiene su origen en el matrimonio, pero se evidencia con su disolución”¹³⁸. Pero, qué entendemos por menoscabo, ¿se puede equiparar al daño? y por ende ¿entender a la compensación económica como una manifestación de la responsabilidad civil?. De acuerdo a la definición que dio el mismo parlamentario, el Senador Viera Gallo, en relación al menoscabo, arguyó que es el “hecho que (uno de los cónyuges) deje de vivir en las condiciones en que estaba viviendo durante el matrimonio”¹³⁹. Por lo que resulta necesario determinar cuál es la naturaleza jurídica de la compensación económica, y con ello esclarecer si constituye un régimen de responsabilidad civil familiar.

Al no ser definida por el legislador la naturaleza jurídica de la compensación económica, conllevó a que se diera una discusión doctrinaria, ya que si se concluye que la compensación económica comparte la naturaleza jurídica de otra institución,

¹³⁸ ARTHUR, Guillermo, “Revisión Crítica de La Compensación Económica en la Ley de Matrimonio Civil”. Memoria, Universidad de Chile, 2006, p. 12.

¹³⁹ ARTHUR, Guillermo, ob. Cit., p.21.

indefectiblemente deberá recurrirse a su regulación para suplir las lagunas o insuficiencias que la Ley Nº19.947 presente o se crea que ella presenta.

Alimentos

En razón de esto, se dijo, en un principio, que tenía naturaleza alimenticia, “porque, para determinar la compensación económica, se toma en cuenta la capacidad económica del cónyuge deudor (artículo 66 de la Ley de Matrimonio Civil). Para fijar su monto se debe considerar la situación patrimonial de ambos (artículo 62 de la Ley de Matrimonio Civil) y en aquellos casos en que el cónyuge deudor no tenga bienes suficientes para pagar íntegra la compensación económica, el juez puede dividir el pago en cuotas, las que se considerarán alimentos para efecto de su cumplimiento, salvo que se hubieran entregado garantías para asegurar el cumplimiento”¹⁴⁰. Todo esto sumado a “los antecedentes históricos, ya que las primeras propuestas legislativas razonaban sobre la base de establecer una pensión de alimentos por un tiempo determinado”¹⁴¹.

No obstante lo señalado, la compensación económica no constituiría alimentos dado que “la causa de ésta radica en las circunstancias que el cónyuge se dedicó al cuidado de los hijos o las labores propias del hogar común y no el estado de necesidad del otro. Asimismo, una vez que se fija la compensación económica es inmodificable, aunque varíen las circunstancias, situación contraria a lo que ocurre en los alimentos, que son modificables”¹⁴².

¹⁴⁰ GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz, Seminario "Compensación Económica en la Nueva Ley de Matrimonio Civil", Colegio de Abogados de Chile, charla efectuada el jueves 20 de octubre de 2005. p.7.

¹⁴¹ LEPIN MOLINA, Cristián Luis, “La Compensación Económica, Efecto Patrimonial de la Terminación del Matrimonio”, Editorial Jurídica de Chile, 2010. p.73.

¹⁴² GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz, Seminario, ob. Cit., p. 8.

Otra razón para señalar que no son alimentos “es que éstos encuentran su justificación en el deber de socorro que tienen los cónyuges, en cambio la compensación supone el término del matrimonio”¹⁴³.

También se cita el debate legislativo, actas de la Ley de Matrimonio Civil N° 19.947, que al discutir sobre el artículo 66, donde el ministro de Justicia señor Bates señaló que esto incrementaría las dudas acerca de la naturaleza jurídica de la institución, generando incertidumbre respecto de si se trata de una indemnización o de los alimentos¹⁴⁴, es más, la jurisprudencia ha rechazado el carácter alimenticio de la compensación económica al señalar que "desde ya, se estima dejar establecido que la compensación económica no son alimentos, sólo se le asimila a ellos para los efectos del cumplimiento de su pago, al tenor de lo señalado en el inciso final del artículo 66 de la ley de matrimonio civil".¹⁴⁵

Enriquecimiento sin causa

Por otro lado, se desarrolló la tesis de la naturaleza restitutoria de la compensación económica, o del enriquecimiento sin causa. Al respecto Carlos Pizarro ha entendido que “el pago de la compensación económica se justifica en la pérdida del cónyuge beneficiario de un estándar de vida al cual accedía durante la vida conyugal al haberse dedicado a la crianza de los hijos o las tareas del hogar. El trabajo desempeñado por el cónyuge beneficiario significó un enriquecimiento del cónyuge deudor, puesto que este último gozaba de un beneficio en su nivel de vida en razón del sacrificio del otro cónyuge. La voz “enriquecimiento” corresponde entenderla no sólo como el incremento patrimonial, sino que comprende, también, la exclusión de un pasivo en el patrimonio del enriquecido. Por lo mismo, el empobrecimiento del cónyuge

¹⁴³ GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz, Seminario, ob. Cit., p. 8.

¹⁴⁴ LEPIN MOLINA, Cristián Luis, ob. Cit., p.73.

¹⁴⁵ BARRIENTOS, Javier, “Código de la Familia”, Legal Publishing, 2009. p.86.

beneficiario puede consistir en una merma económica o en la ausencia de ingresos a su patrimonio¹⁴⁶.

En este sentido, en sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 24 de diciembre de 2007, causa Rol 10.411-2006, precisa “que esta institución, como lo señala el profesor Carlos Pizarro Wilson en su artículo “La Compensación Económica en la Nueva Ley de Matrimonio Civil Chilena” (Cuadernos de Análisis Jurídico N° 43 de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, página 11); “equivale al menoscabo patrimonial avaluado en dinero a favor de uno de los cónyuges que en razón de haberse dedicado más que el otro al cuidado personal de los hijos, o a labores propias del hogar no desarrolló una actividad lucrativa o sus ingresos fueron inferiores a los que habría podido obtener. La compensación económica presenta un marcado carácter indemnizatorio por el enriquecimiento del cónyuge deudor y el empobrecimiento del cónyuge beneficiario”. De ahí que su naturaleza jurídica pueda explicarse a través del enriquecimiento a expensas de otro. Luego, debe determinarse en la especie si es procedente tal compensación y, en la afirmativa, determinarse su quantum¹⁴⁷.

No obstante, la profesora Paulina Veloso, establece que “la dedicación a las tareas del hogar genera en quien lo hace un empobrecimiento en el futuro, porque tendrá una mayor dificultad ocupacional (el cónyuge que se ocupó de ellas), y, de otra parte, un enriquecimiento por parte del cónyuge beneficiado con esas tareas¹⁴⁸, haciéndose éste incausado una vez que se produce la ruptura matrimonial, que para el caso en cuestión no acaecería dado que “el empobrecimiento deriva de la opción libre de uno de los cónyuges, y está plenamente justificado por la comunidad de vida y por los roles que en ella se asignaron voluntariamente, de tal manera, que la ruptura

¹⁴⁶ PIZARRO WILSON, Carlos, citado por LEPIN MOLINA, Cristián Luis, ob. Cit., p. 82-83.

¹⁴⁷ LEPIN MOLINA, Cristián Luis, ob. Cit., p. 83.

¹⁴⁸ VELOSO VALENZUELA, Paulina, “Algunas reflexiones sobre la compensación económica, en Actualidad Jurídica” (Universidad del Desarrollo), Año VII, N° 13, Santiago-Concepción, enero 2006, p.186.

posterior no puede modificar esta situación y hacer perder la causa a un enriquecimiento y un empobrecimiento que en el origen fueron causados”¹⁴⁹.

Indemnizatoria

A su vez, está la postura de la naturaleza indemnizatoria, ha sido planteada con diversos matices. “Así, hay quienes ven en ella un caso de indemnización por lucro cesante, por pérdida de una oportunidad, por sacrificio, o incluso por daño moral. Esta postura, cualquiera que sea el matiz con que se formule, tiene el acierto de centrar el objeto de la compensación económica en la reparación de un menoscabo, concepto que siempre ha sido asociado al de daño”¹⁵⁰. Es más, la postura en cuestión cuenta con variados elementos que la muestran como la naturaleza jurídica de la compensación económica: la historia de la ley; la posición dominante en los sistemas de derecho comparado, tomados como modelo por nuestro legislador y la opinión inicial de la doctrina nacional.

Al respecto, la Corte de Apelaciones de Rancagua ha estimado que “respecto de la compensación económica, hay que dejar asentado desde luego que ella no tiene el carácter alimenticio que pretende la actora reconvencional, sino netamente indemnizatorio, por lo menos para efectos de establecer su procedencia, entrando a juzgar sólo después de ello las consideraciones más próximas a la naturaleza alimenticia, para regular su monto”¹⁵¹.

A su vez, el profesor Pizarro Wilson, señala al respecto que “la propia expresión compensación conlleva de manera inevitable la idea de indemnización. El texto legal señala que se trata de “compensar” el “menoscabo económico”. La compensación involucra una pérdida consumada o, al menos, previsible, en razón de un hecho acaecido con anterioridad. En este sentido la compensación económica se asemeja al

¹⁴⁹ ARTHUR, Guillermo, ob. Cit., p.38.

¹⁵⁰ Ídem., p.33.

¹⁵¹ LEPIN MOLINA, Cristián Luis, ob. Cit., p.79.

lucro cesante, entendido éste como las ganancias no percibidas en razón de un ilícito civil. Surge la necesidad, entonces, de evaluar la relación entre la compensación económica y la responsabilidad civil¹⁵².

Si consideramos que tiene carácter indemnizatorio, éste puede “provenir de una responsabilidad subjetiva, sea ésta contractual o extracontractual, o, por una responsabilidad objetiva, importa entonces saber qué tipo de responsabilidad corresponde al objeto de nuestro estudio. En primer lugar, es necesario recordar que en términos generales tanto la responsabilidad contractual como la extracontractual exigen el elemento subjetivo, determinado por el dolo o culpa; situación completamente distinta a la planteada en el Párrafo 1º, del Capítulo VII, artículos 61 a 66 de la Ley de Matrimonio Civil, que no exige ni dolo ni culpa para la procedencia de la referida compensación¹⁵³.

Siguiendo con el análisis, corresponde determinar “qué sucede con la responsabilidad objetiva o por riesgo creado, que prescinde en absoluto de la conducta del sujeto, de su culpabilidad; en ella se atiende única y exclusivamente al daño producido¹⁵⁴. Responsabilidad que se crea cuando una de las partes genera el riesgo, por lo que debe indemnizar prescindiendo del dolo o culpa, lo que nos lleva a preguntarnos “¿el matrimonio es una actividad que genera riesgos? ¿Quién crea los riesgos? Cabe decir que toda actividad humana genera riesgos, pero para que actúe el derecho, estos riesgos a lo menos deben encontrarse revestidos de una importancia, trascendencia y envergadura tal que se haga necesaria e imperiosa la intervención¹⁵⁵.

¹⁵² PIZARRO WILSON, Carlos citado por VIDAL OLIVARES, Álvaro, “El Nuevo Derecho Chileno del Matrimonio”, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Facultad de Derecho, 2006. p.248.

¹⁵³ LEPIN MOLINA, Cristián Luis, ob. Cit., p.90.

¹⁵⁴ Ídem.

¹⁵⁵ Ídem., p.91.

Además, “la responsabilidad objetiva en derecho privado necesita texto expreso, dado su carácter excepcional”¹⁵⁶.

Al respecto la profesora Maricruz Gómez De La Torre plantea que “el hecho generador del daño es un elemento voluntario de la pareja, decidido por ambos o por uno con el acuerdo tácito del otro cónyuge de dedicarse al cuidado de los hijos o a las tareas del hogar común y no trabajar remuneradamente o hacerlo en menor medida, decisión que provoca el menoscabo futuro. Asimismo, la ley no distingue si la decisión de dedicarse al cuidado de los hijos o del hogar común fue voluntaria o impuesta”¹⁵⁷.

Por tanto, la compensación económica no responde a la estructura y criterios propios de la responsabilidad civil. Y ello principalmente por tres razones:

- 1- “No concurre el elemento esencial del daño, que sobrentiende la antijuridicidad y la imputación causal a la conducta de otro. Técnicamente no es correcto decir que el cónyuge más débil ha sido víctima de daño. No puede afirmarse que el autor de ese menoscabo sea el cónyuge deudor. La ley impone la obligación de compensar porque el divorcio o nulidad causa un menoscabo que tiene su causa última en cómo se desarrolló la vida matrimonial, sin interesar por qué el cónyuge acreedor optó por dedicarse a la familia, renunciando a su desarrollo profesional o laboral. Llevando las cosas a un extremo, podría decirse que fue el mismo cónyuge beneficiario el que autoinfringió el menoscabo al optar por dedicarse a la familia. Estrictamente el menoscabo proviene de las referidas condiciones de la vida matrimonial.
- 2- La compensación procede al margen de la culpa del cónyuge deudor, y de cualquiera otra valoración de su conducta. Pudiendo perfectamente ser el cónyuge inocente su deudor y el culpable su acreedor (artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil), o su acreedor quien haya solicitado el divorcio unilateralmente (artículo 55 de la Ley de matrimonio Civil). Procede en toda

¹⁵⁶ Ídem.

¹⁵⁷ GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz, Seminario, ob. Cit., p.8.

clase de divorcio y a favor del cónyuge que experimenta un menoscabo. Distinto es que el legislador considere para admitir la compensación o medir su cuantía, la culpa o la buena o mala fe del cónyuge que la demanda. Quiere decir que si la causa de divorcio es imputable a ese cónyuge o si celebró el matrimonio de mala fe, el juez bien puede denegar la compensación, bien puede disminuirla prudencialmente. La culpa o la mala fe no inciden en la imposición de la obligación, sino en su titularidad o monto. Interesa la culpa o mala fe del cónyuge beneficiario, no así del obligado a pagarla. La obligación de compensar se desenvuelve sobre la base de criterios estrictamente objetivos.

- 3- No concurre aquí el principio de la responsabilidad civil, que consiste en restituir las cosas al estado anterior, no es función de la compensación económica ubicar al cónyuge en la misma situación como si el matrimonio no se hubiese celebrado o su terminación no hubiese tenido lugar. La mirada es hacia el futuro”¹⁵⁸.

Asimismo, el profesor Pizarro Wilson “expresa que la compensación económica no puede considerarse una genuina indemnización de perjuicios principalmente porque ella no exige culpa del cónyuge deudor y porque considera relevante la buena o mala fe del cónyuge deudor. Más adelante dice que en la nueva normativa, la compensación económica presente un carácter indemnizatorio atenuado y ello porque ella equivale al menoscabo patrimonial avaluado en dinero a favor de uno de los cónyuges que en razón de haberse dedicado más que el otro al cuidado personal de los hijos o a las labores propias del hogar no desarrolló una actividad lucrativa o sus ingresos fueron inferiores a los que habría podido obtener. Y agrega que el cónyuge es obligado a la compensación por el enriquecimiento que experimenta y por el empobrecimiento del cónyuge beneficiario, vinculando, así, su naturaleza jurídica con el enriquecimiento a expensas de otro. Finalmente, concluye que pese a este carácter indemnizatorio, los

¹⁵⁸ VIDAL OLIVARES, Álvaro, ob. Cit., p.245-246.

criterios para fijar su monto están, más bien, orientados a permitir un cierto equilibrio en la situación del cónyuge beneficiario hacia el futuro”¹⁵⁹.

Cabe precisar que la compensación económica no excluye el ejercicio de la acción indemnizatoria por el daño extracontractual.

Por otro lado, la jurisprudencia al pronunciarse respecto de un recurso de casación en el fondo, se manifestó de la siguiente manera: “Que la compensación económica reconoce como fundamentos el desequilibrio económico entre los cónyuges causado por la terminación del matrimonio y la necesidad o carencia de medios de uno de ellos para asegurar su subsistencia futura y el trabajo realizado por ellos en pro de la familia. Sin embargo, la misma no puede hacerse extensiva a la indemnización por daños económicos ocasionados durante el matrimonio, al no haber sido prevista esta institución en dichos términos por el legislador, según se aprecia del claro tenor del artículo 61 de la Ley de Matrimonio Civil, el que circunscribe la procedencia de este derecho al menoscabo económico sufrido a causa de no haber podido desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, como consecuencia de su dedicación al cuidado de los hijos y/o del hogar común”¹⁶⁰.

Institución Sui Generis

Finalmente, las profesoras Paulina Veloso y Maricruz Gómez De La Torre “estiman que se trata de una institución *sui generis* que presenta sólo cierta cercanía con instituciones del derecho civil, como los alimentos, la indemnización de perjuicios o la restitución por enriquecimiento sin causa”¹⁶¹. Teoría que encuentra su sustento conforme a lo anteriormente señalado.

¹⁵⁹ PIZARRO WILSON, Carlos citado por VIDAL OLIVARES, Álvaro, ob. Cit., p.243.

¹⁶⁰ Corte Suprema, Sala Cuarta, Rol 7636-10, 28 de enero de 2011, www.microjuris.cl, MJJ26205.

¹⁶¹ LEPIN MOLINA, Cristián Luis, ob. Cit., p. 83.

Por todo lo expuesto, comparto opinión con Lepin, el cual estima “que este derecho conjuga precisamente la evolución que ha tenido, por una parte, el derecho de familia, y específicamente el divorcio, desde una sanción derivada de un juicio de reproche a criterios objetivos, tanto en sus causales como en la reparación de los daños ocasionados, y por otra, la evolución del derecho de daños, que en términos muy similares ha variado su enfoque inicial derivado del elemento subjetivo culpa o dolo a la reparación de todo daño”¹⁶².

Para finalizar, es dable señalar “que no se trata de una simple obligación legal, aunque tiene el mismo origen, porque su objeto es compensar (que es sinónimo de indemnizar, reparar o resarcir algún daño) un menoscabo (sinónimo de daño o perjuicio) económico (artículo 61 Ley de Matrimonio Civil), y además porque deben acreditarse los requisitos de procedencia para su nacimiento, no opera en todos los casos o de pleno derecho”¹⁶³.

DAÑOS POR FALTA DE RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO DEL HIJO

A diferencia del matrimonio, “la relación de los padres y sus hijos sujetos a potestad es una relación entre partes desiguales no formada consensualmente, caracterizada típicamente por la dependencia de los segundos respecto de los primeros (aspecto que conlleva, para los hijos, una particular vulnerabilidad)”¹⁶⁴, es en razón de esta vulnerabilidad y dependencia, que los hijos frente a los padres merecen

¹⁶² Ídem., p.93.

¹⁶³ Ídem., p.94.

¹⁶⁴ FERRER RIBA, Josep, “Relaciones Familiares y Límites del Derecho de Daños”, en Revista para el Análisis del Derecho, Facultat de Dret, Universitat Pompeu Fabra, 2001, Barcelona, p.16.

una especial consideración por su carácter de sujetos débiles, y por ende, deben ser sujetos protegidos por el derecho.

En directa relación a lo anterior, el Preámbulo de la Convención de Derechos del Niño señala: “El niño, en tanto que ser humano particularmente vulnerable, debe recibir con prioridad, protección y asistencia”¹⁶⁵; no obstante, el reconocimiento de estos derechos no ha estado presente desde siempre como derecho, sino que “ha sido un proceso gradual en los diferentes sistemas jurídicos, desde la etapa en que fueron personas prácticamente ignoradas por el derecho y sólo se protegían jurídicamente las facultades de los padres, los intereses de los niños eran un asunto privado, hasta reconocer a los niños intereses jurídicamente protegidos distintos de sus padres”¹⁶⁶. Y es a partir de la Convención de Derechos del Niño que “se comenzó a desarrollar una nueva etapa en el tratamiento de la niñez, lo que ha dado origen a lo que se conoce actualmente como Doctrina de Protección Integral del Niño, que persigue consolidar la concepción del niño como sujeto de derechos autónomos, obligando a los Estados a adecuar sus ordenamientos internos a los nuevos principios y postulados de la Convención de Derechos del Niño”¹⁶⁷.

Por otro lado, no debemos olvidar el rol de los padres respecto de sus hijos, el cual está orientado no sólo a transmitir la vida, sino que también “los valores humanos, morales, religiosos, culturales, etcétera, que formarán en los hijos una sólida personalidad, equilibrada y segura. De ahí que la función de los padres, que comienza con la transmisión de la vida, no termina en ese punto. Debe continuar durante largos años, para que el hijo pueda orientar el ejercicio de su libertad, según dichos valores”¹⁶⁸.

¹⁶⁵ En nuestro país, la Convención de los Derechos del Niño fue promulgada como Ley de la República mediante Decreto N° 830 del Ministerio de Relaciones Exteriores y publicada el 27 de noviembre de 1990 en el Diario Oficial.

¹⁶⁶ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, “El Sistema Filiativo Chileno”, Editorial Jurídica de Chile, 2007, p.30.

¹⁶⁷ Ídem., p.34.

¹⁶⁸ GUNTARDT DE LEONARDI, Elena, en Revista de Derecho de Daños, “Daños en las Relaciones de Familia”, 2001, Rubinzal-Culzoni Editores p. 207.

Sumado a esto, el sistema normativo, como el caso de la Ley N° 19.585 que regula el sistema filiativo, gracias a la igualación de los hijos que realizó, reforzó las vías para reclamar la filiación, ya que trajo consigo la aceptación de pruebas biológicas, esto en base a uno de los principios que informan dicha ley como es la libre investigación de la paternidad y de la maternidad. “Así se señala en el Mensaje del Proyecto de Ley donde se establece, como idea central, la búsqueda de la verdad biológica al decir que "se consagra, asimismo, el principio de la libre investigación de la paternidad y maternidad". Agrega que "sienta un principio general, que viene a revertir aquel establecido por el Código de Napoleón que prohibía expresamente la investigación y que inspiró la ley chilena"¹⁶⁹. No deteniéndose ahí, sino que además, esta ley reconoció como presunción grave la negativa de practicarse el examen de ADN. Posteriormente, la Ley N° 20.030 modificó el carácter de presunción grave señalándose que “el juez podrá dar a estas pruebas periciales, por sí solas, valor suficiente para establecer la paternidad o maternidad, o para excluirla”¹⁷⁰. “Así entonces, el reconocimiento de la paternidad ha dejado de ser un acto voluntario, siendo posible al juez establecer la paternidad mediante la sola circunstancia de la prueba biológica. Por considerarse al padre una persona capaz, es adecuado establecer reglas de responsabilidad destinadas al normal desarrollo de los niños que vienen al mundo”.¹⁷¹

Además, “al investigarse la paternidad y maternidad se está ejerciendo el derecho a la identidad que tiene toda persona. Este derecho se encuentra recogido en la Convención de los Derechos del Niño, en sus artículos 7 y 8, y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) en sus artículos 18 y 19. También está en forma tácita en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 24)¹⁷².

¹⁶⁹ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, “El Sistema... ob. Cit., p. 48.

¹⁷⁰ Código Civil, Artículo 199 inciso 2.

¹⁷¹ PIZARRO, Carlos, en “Daños en el Derecho de Familia”, Editorial Aranzadi S.A., Navarra, España, 2006, p.102.

¹⁷² GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, “El Sistema...” ob. Cit., p.48.

Pero, ¿qué se entiende por derecho a la identidad?

Doctrinariamente, se entiende como aquel derecho personalísimo "del que goza todo ser humano a ser uno mismo, en su compleja y múltiple diversidad de aspectos, alcanzando de esta forma su propia identidad"¹⁷³. Se relaciona con los atributos de ser único e irrepetible, frente al mundo social que rodea al individuo. "Este derecho implica la facultad de todo ser humano a que se respete su propia verdad, lo que incluye su historia y su particular configuración física, psíquica, familiar, social y cultural"¹⁷⁴.

"Para que una persona logre desarrollar su personalidad necesita conocer su identidad, es decir, conocer su origen, saber quiénes son sus padres, quiénes constituyen su familia. En síntesis, la identidad es el resultado de la identificación, y para identificar necesito saber quién soy, investigar mi origen"¹⁷⁵.

Por lo que, "el derecho a la identidad personal se circunscribe a la facultad de toda persona a conocer el origen de su propia vida, a pertenecer a una familia individualizada y a tener una familia. Para esta búsqueda de la verdad biológica la ley incorpora un sistema abierto de acciones para poder determinar la filiación. Por ello, el derecho a reclamar la filiación es imprescriptible e irrenunciable. El artículo 195 del Código Civil establece que "la ley posibilita la investigación de la paternidad o maternidad, en la forma y con los medios previstos en los artículos que siguen"¹⁷⁶.

Lo que consecuentemente, nos lleva a la pregunta de si una vez acreditada en forma forzada la paternidad, ¿el hijo puede acceder a una indemnización, por el daño provocado por el padre por su falta de reconocimiento? Y la respuesta la encontramos en los principios generales del derecho de daños y para el caso en cuestión, en el

¹⁷³ MOLINA, Eduardo y VIGGIOLA, Lidia citados por GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, "El Sistema..." ob. Cit., p.49.

¹⁷⁴ MINGUEZ, Marina citado por GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, "El Sistema ..." ob. Cit., p.49.

¹⁷⁵ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, "El Sistema..." ob. Cit., p.49.

¹⁷⁶ Ídem., p.50-51.

hecho que “toda acción u omisión violatoria total o parcialmente de los derechos-deberes subjetivos familiares que emergen del vínculo filiatorio, que cause adecuadamente daños, sean estos de naturaleza extrapatrimonial o patrimonial, debe obligar a reparar”¹⁷⁷. Es más la jurisprudencia argentina lo ha resuelto de la siguiente manera: “La falta de reconocimiento del progenitor se constituye en un hecho jurídico ilícito que genera responsabilidad civil y, por ende, derecho a la indemnización a favor del hijo menor afectado”¹⁷⁸.

Es por esto y tal como se señaló, que la omisión a este reconocimiento de la indemnización constituiría una lesión al derecho a la identidad de los hijos reconocido en la Convención Internacional de los Derechos del Niño¹⁷⁹ y en forma tácita en el Código Civil al aceptar en forma explícita la acción de investigación de la paternidad y maternidad. En este sentido, un fallo de los tribunales argentinos señala que “los hijos gozan de un conjunto de derechos, entre ellos el de la personalidad, al nombre, a conocer su identidad, los que se ven afectados con la negativa a reconocer voluntariamente al hijo extramatrimonial; por ende esta conducta constituye una ilicitud que genera la obligación de reparar el daño moral causado al hijo”.¹⁸⁰

“La acción por daños y perjuicios por falta de emplazamiento en el estado de hijo, se funda en una responsabilidad subjetiva, ante la negativa al reconocimiento, y se intenta en contra del progenitor biológico que conoce el embarazo o parto de la mujer y niega su paternidad o el sometimiento a las pruebas científicas para su

¹⁷⁷ GUNTARDT DE LEONARDI, Elena, ob. Cit., p.229.

¹⁷⁸ MEDINA, GRACIELA, “Daños Derivados de las Relaciones de Familia”, Jurisprudencia, Provincia de Buenos Aires, (s.a.) SCBA, 10-11-1998, “D.M., R. c/ S., A. F. s/ Reclamación de Estado de Filiación” DJBA156, 29 – ED diario del 8-9-99, p.9.

¹⁷⁹ La Convención de Derechos del Niño en el artículo 7 señala, que el niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer sus padres y a ser cuidado por ellos, por su parte el artículo 18 al reconocer el principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño, señalando que corresponderá a aquéllos la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño, siendo su preocupación fundamental el interés superior del niño.

¹⁸⁰ MEDINA, GRACIELA, “Daños Derivados de las Relaciones de Familia” ob. Cit., SCBA 28-4-98, “P., M.D. c/ A.,E”, L.L.B.A., 1999, p.167 con nota de Claudio G. Romano, p.12.

determinación. No es punitiva sino resarcitoria, desde que debe atenderse a la relación de causalidad más que a la culpabilidad”¹⁸¹.

Antes de seguir avanzando, debemos detenernos en uno de los argumentos más utilizados por aquel sector de la doctrina que señala que con las demandas de daños en el derecho de familia se estaría destruyendo a la misma, sin embargo, la profesora Graciela Medina es clara frente a esta postura señalando que “la no aplicación de las normas de la responsabilidad civil al derecho de familia en aras de procurar la unidad familiar, cabe preguntarnos ¿de qué unidad familiar estamos hablando? cuando fue el hijo quien debió concurrir ante la justicia a fin de quedar emplazado como tal”¹⁸².

PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. EN LA FALTA DE RECONOCIMIENTO

Con el objeto de reconocer a la falta de reconocimiento voluntario del hijo como un daño susceptible de ser indemnizado, debemos catalogarlo dentro de los presupuestos de la responsabilidad civil, como lo son el daño, el dolo o culpa y la relación de causalidad, entre otras.

Antes de enfocarme en los requisitos recién mencionados cabe hacer presente el requisito de la antijuricidad. Si bien para el trabajo en cuestión no es relevante si este requisito es un requisito autónomo de la responsabilidad civil o se subsume en otro, no entraré en esa discusión tan ardua y profunda, sólo recordaré algunas cosas. La mayor parte de los autores en Chile subsume el requisito de la antijuricidad en el requisito culpabilidad o daño, incluso algunos la vinculan con cierta concomitancia con el

¹⁸¹ MEDINA, GRACIELA, “Daños Derivados de las Relaciones de Familia” ob. Cit., Cciv. Y Com. San Nicolás, 20-4-1999, “R, R M y/o B R R M c/ B, M R” s/ Daños y Perjuicios. p.12.

¹⁸² MEDINA, Graciela, ob. Cit., p.148.

requisito de la causalidad, pero hay algunos autores que la consideran como un requisito autónomo, como es el caso de Hernán Corral. Sea como sea, si es requisito autónomo o subsumible en otro, dentro de la legislación chilena, en materia de reconocimiento de los hijos existe una obligación jurídica o un deber jurídico de reconocer a los hijos, otorgado por la Ley N° 20.030, modificando el carácter de presunción grave a la negativa de practicarse la prueba pericial de ADN. Señala el artículo 199 inciso 2 del Código Civil que “el juez podrá dar a estas pruebas periciales, por sí solas, valor suficiente para establecer la paternidad o maternidad, o para excluirla”.

Además, si consideramos que la Convención sobre los Derechos del Niño fue ratificada por Chile en el año 1990, la cual les da el derecho a los niños a conocer su identidad y a tener una filiación, y para ello se requiere del reconocimiento del progenitor varón, ya que la madre no puede atribuirle la paternidad. Por lo que “el negarse voluntariamente a establecer la filiación constituye una conducta antijurídica que, de darse todos los presupuestos de la responsabilidad civil, obliga a reparar”¹⁸³.

Esta falta de reconocimiento debe cumplir con otro de los supuestos de la responsabilidad civil como es el dolo o la culpa, por lo que cabe determinar cómo se refleja la culpa, en este caso del padre, por la falta de reconocimiento voluntario, y ésta lo hace mediante una pluralidad de actos, por ejemplo “en la rebeldía en el proceso. O en la negativa a practicarse el examen de ADN. Aun puede ocurrir que el demandado obstaculice la normal prosecución del proceso. Todas estas conductas conducen a una omisión pertinaz de no reconocer al hijo como propio. También pueden existir antecedentes preliminares que ilustren la culpa. La posesión de estado, el pago de alimentos voluntarios, el concubinato, etcétera, todos estos hechos servirán para acreditar el conocimiento del demandado de su posible paternidad conducta que reviste de ilícita la omisión de reconocimiento de su hijo una vez que ha sido reclamada”¹⁸⁴.

¹⁸³ MEDINA, Graciela, ob. Cit., p.122.

¹⁸⁴ PIZARRO, Carlos, ob. Cit., p. 104.

En otros términos, la culpabilidad del padre emana de la infracción de la normativa de filiación que establece reglas de reclamación del estado filial como también otorga mérito probatorio para justificar la paternidad a la negativa a practicarse el examen de ADN fundamentan un deber de reconocer al hijo biológico. “Aquí podría recurrirse a la teoría de la culpa contra la legalidad según la cual la mera infracción de una regla jurídica cuyo contenido esté destinado a proteger el interés lesionado justifica la culpa”¹⁸⁵.

Ahora bien tal y como ocurre en el estatuto general de responsabilidad civil, no toda falta de reconocimiento implica culpa, ya que se puede dar el caso que el padre ignore su paternidad o ésta le haya sido ocultada por la madre. Hecho que incluso podría generar una indemnización de perjuicios en contra de la madre por ocultación de paternidad. Por lo que la regla general para el caso en cuestión nos indicaría, que la indemnización por daños provocada por la falta de reconocimiento tendría su causa basal cuando esta falta de reconocimiento es voluntario, por lo que para “justificar la procedencia de la indemnización de perjuicios teniendo en cuenta la omisión de una conducta como hecho generador de responsabilidad civil debe considerarse a dicha negativa una omisión grave y justificada. Es decir, no toda omisión genera responsabilidad civil aun cuando genere un daño; resulta imprescindible que estemos en presencia de una omisión grave que tenga en su fundamento un deber de actuar. En este sentido debe considerarse que el reconocimiento de un hijo no constituye un derecho potestativo del padre, sino una obligación jurídica, siendo su omisión constitutiva de un actuar ilícito”¹⁸⁶.

Para que la falta de reconocimiento sea susceptible de indemnización ésta debe generar un daño. Se ha señalado que se trataría “de una vulneración a los derechos de la personalidad, concretamente una violación del derecho a la identidad personal, al

¹⁸⁵ Ídem.

¹⁸⁶ Ídem., p. 105

negarse el estado civil, más concretamente el estado de familia, en este caso el estado de hijo”¹⁸⁷. Daño que como se mencionó puede ser tanto moral como material.

Respecto al daño moral este deviene “de la falta de emplazamiento familiar, de la negativa o falta del derecho a la identidad, específicamente configurado por la falta de derecho de uso del nombre y por la falta de ubicación en una familia determinada”¹⁸⁸.

De acuerdo a lo expresado, la jurisprudencia argentina lo ha determinado de la siguiente manera: “Causa daño moral la falta de reconocimiento cuando tal situación es consecuencia de la conducta del progenitor, a poco que se adviertan algunas consecuencias de la omisión, que se proyectan en la esfera de los derechos subjetivos (carencia de acción alimentaria, exclusión del orden sucesorio y del uso del apellido paterno, falta de la protección estructurada, en general, alrededor de la patria potestad, etc.), como asimismo en la vida social (habiéndose juzgado que la circunstancia de quedar el menor obligado al uso exclusivamente del apellido materno, constituye notoriamente y dentro de los cánones de nuestra sociedad un “sello” de “ilegitimidad” de origen como estigma que conlleva un tono de minusvalía social más o menos acentuado según cada caso”¹⁸⁹.

Un factor importante a considerar dentro de esta falta de emplazamiento familiar, será el período de negativa injustificada en el reconocimiento, dado que este período de tiempo “es fundamental pues refleja la continuidad del daño en que la víctima se ve afectada por no portar un apellido paterno, el desconocimiento de su origen biológico, y el estigma social de carecer de padre. Este perjuicio se evalúa en consideración al período de tiempo que el hijo no contó con un apellido paterno sin ser considerado en las relaciones sociales como hijo de su progenitor”¹⁹⁰. Por lo que puede

¹⁸⁷ MEDINA, Graciela, ob. Cit., p.123.

¹⁸⁸ Ídem.

¹⁸⁹ MEDINA, Graciela, “Daños Derivados de las Relaciones de Familia” ob. Cit., Cciv. y Com. San Isidro, Sala 2, 1-3-1994, “A M, M F c/ A, H E” s/ Daños y Perjuicios. p.16.

¹⁹⁰ PIZARRO, Carlos, ob. Cit., p. 107.

observarse, “la indemnización del daño moral por falta de reconocimiento espontáneo se vincula en gran medida con el desarrollo de las acciones civiles destinadas a la protección de los derechos de la personalidad”¹⁹¹. “La ausencia del rol paterno no puede ser reemplazado en forma ambivalente por la madre. Las funciones paterna y materna si bien se complementan entre sí, entendemos que guardan una clara autonomía que las tornan excluyentes en cuanto al encargado de cumplir una y otra. De tal modo creemos que la ausencia de una de ellas, (la paterna en este caso) deja una marca indeleble, aun desde los primeros días de vida ocasionando casi con seguridad un trauma, tal vez no superable en el tiempo aun con un posterior reconocimiento”¹⁹².

Por otro lado, no debemos olvidar lo señalado respecto de las carencias afectivas, dado que el daño moral no las comprende, ya que nadie puede quedar obligado a entregar cariño; y es en razón de esto que los tribunales argentinos han resuelto de la siguiente manera: “Lo que corresponde resarcir es, concreta y exclusivamente, la omisión paterna de reconocimiento; es decir, la negativa a otorgar al hijo el emplazamiento en el estado de familia debido y la lesión que –en el campo estrictamente jurídico- ella le ha causado. Pero no las carencias afectivas, el abandono o la falta de apoyo espiritual, que permanecen dentro de un ámbito específicamente moral, ajeno a las conductas que el derecho regula y protege”¹⁹³.

Finalmente, en relación al daño moral, cabe preguntarse sobre la viabilidad por la demanda de hijos de escasa edad o sin discernimiento. “Para responder este problema debe determinarse cómo se debe practicar la apreciación del daño moral. Si la respuesta es que se debe apreciar in concreto o en el sujeto específico que demandó la indemnización, la admisibilidad del daño moral es más difícil; sin embargo,

¹⁹¹ Ídem.

¹⁹² MEDINA, Graciela, “Daños Derivados de las Relaciones de Familia” ob. Cit., Cciv. y Com. 1º Mar del Plata, Sala 1, 31-10-1996, “ A.S.G. c/ R., F.J.” s/ Reconocimiento de filiación Daños y Perjuicios. p.17.

¹⁹³ MEDINA, Graciela, “Daños Derivados de las Relaciones de Familia” ob. Cit., Cciv. Com. 2º La Plata, Sala 1, 16-3-1995, “P., M. c/ A., E. s/ Filiación Indemnización Daños y Perjuicios. p.17.

si la apreciación de dicho perjuicio procede in abstracto, la respuesta categórica es la procedencia de la indemnización”¹⁹⁴.

En relación al daño material, se genera por las carencias materiales que ocasionó la falta de padre, las cuales podrán o no producirse, lo harán en el evento de que la madre sea de escasos recursos y el padre tenga una situación económica más acomodada, puede ocurrir que el padre carezca de bienes y aun si lo hubiera reconocido, la situación patrimonial no habría variado o lo habría hecho en forma leve.

Dentro del daño material que provoca la falta de reconocimiento podemos encontrar: “no acceder a una medicina de nivel acorde, falta de desarrollo de actividades extracurriculares, la imposibilidad de acceso a una educación de nivel terciario, ausencia de actividades de esparcimiento, etcétera; es decir, todas las prestaciones y actividades de que se ha visto privado el niño debido a la negativa a ser reconocido por el progenitor que goza de un estatus económico adecuado, deviene en un daño material”¹⁹⁵.

Un tema no menor dentro del daño material, provocado por la falta de reconocimiento, es aquel que dice relación con la falta de percepción de alimentos, es en relación a esto que no se deben confundir ambas instituciones, ya que los alimentos son una obligación legal de los progenitores a favor de los hijos que deben ser reclamados en el juicio correspondiente, no dentro de una acción de daños y perjuicios. “Seguramente, si los alimentos hubieran sido pagados oportunamente no prosperaría el daño material reclamado, dado que las carencias que sufrió el niño habrían sido satisfechas con la cuota abonada”¹⁹⁶. Por lo que la vinculación entre uno y otro es inevitable, sin embargo, “el hijo rechazado no puede pretender a través de la indemnización de perjuicios obtener el equivalente a los alimentos que le habrían correspondido si hubiere sido reconocido en cumplimiento al deber legal infringido. En

¹⁹⁴ PIZARRO, Carlos, ob. Cit., p.108.

¹⁹⁵ DUTTO, Ricardo, ob. Cit., p.51.

¹⁹⁶ PIZARRO, Carlos, ob. Cit., p. 111.

realidad el daño material padecido por el hijo, es la pérdida de la posibilidad de haber tenido una situación más holgada o con menos restricciones materiales”¹⁹⁷.

Finalmente dentro de los presupuestos de la responsabilidad civil encontramos a la causalidad, que para la falta de reconocimiento, ésta se configura a partir de la comprobación de la negativa al reconocimiento y se puede establecer recurriendo a cualquiera de las teorías causales. “Desde la más antigua como la de la equivalencia de las condiciones o la causalidad adecuada o aquellas extraídas de la responsabilidad penal como la imputabilidad objetiva o la relatividad aquiliana. En todas las hipótesis podrá justificarse una relación de causa a efecto entre la negativa y el perjuicio causado. Por ejemplo si se suprime la omisión del padre sustituyéndola por el adecuado y oportuno reconocimiento podemos concluir que el daño no se habría verificado. En un sentido similar si aceptamos que el reconocimiento oportuno habría probablemente excluido el daño del hijo debemos aceptar que existe un vínculo causal entre la omisión y el daño causado”¹⁹⁸.

LA PRUEBA DEL DAÑO

En cuanto a la prueba del daño, en general la jurisprudencia argentina ha estimado que la falta de reconocimiento del hijo implica per se un daño para el hijo. “Debe tenerse por acreditado el perjuicio por la sola comisión del hecho antijurídico, desde que se trata de una prueba *in re ipsa* que surge de los hechos mismos. Si así no fuera, no haría falta mayor esfuerzo probatorio para acreditar lo que es obvio y notorio: el transitar por la vida sin más apellido que el materno, sin poder alegar la paternidad, lo que causa en cualquier persona un daño psíquico marcado; máxime cuando la menor accionante se encuentra en una etapa de su vida caracterizada por la extrema

¹⁹⁷ Ídem., p. 110.

¹⁹⁸ Ídem., p. 113.

susceptibilidad, la necesidad del reconocimiento y del afecto, el cuestionamiento de la propia personalidad en inseguridad en todos los campos, a punto de sentir desprotección, desvalimiento cuando no es real y tanto más cuanto si hay razón para sentirlo”¹⁹⁹. Otro fallo lo ha señalado de la siguiente manera: “No puede negarse que en lo general, ha recibirse un impacto al saberse que no ha sido reconocido por el padre que lo ha engendrado privándosele de una pertenencia que es reclamada (según lo aseguran estudios de la personalidad) agudamente por el niño y que es condición de un crecimiento y desarrollo sin sobresaltos de su personalidad psicológica. Con lo que es indudable que tal situación configura un daño”²⁰⁰.

Si bien es cierto que podría justificarse esta tendencia jurisprudencial de la presunción del daño, “en tanto ha mediado una lesión a un derecho personalísimo, derivado del incumplimiento de una obligación legal”²⁰¹. Con todo, esta jurisprudencia no puede aceptarse en forma absoluta, ya que “aun tratándose de una falta de reconocimiento espontáneo y oportuno de la paternidad, la prueba del daño es capital no siendo suficiente el simple peligro o la simple amenaza de concreción en el futuro, debiendo existir certidumbre en cuanto a su concurrencia presente o futura”²⁰². Por lo que cualquier medio de prueba es admisible para acreditar los daños materiales y morales, pero del análisis de los precedentes jurisprudenciales citados se advierte que, en general, se ha considerado probado el daño por presunciones.

“De acuerdo a lo antes dicho, en el método presuncional es necesario que existan tres elementos:

- 1) Un hecho básico probado.

¹⁹⁹ MEDINA, Graciela, “Daños Derivados de las Relaciones de Familia” ob. Cit., Cciv. y Com. San Isidro, sala 1, 11-11-1997, “P.,L c/ M.R. s/ Acción de Filiación, Revista La Ley, P747/60,p.17.

²⁰⁰ MEDINA GRACIELA, “Daños Derivados de las Relaciones de Familia” ob. Cit., Cciv. Y Com. San Nicolás, 22-12-1994 “S.T.J.N. c/ A.H.J. s/ Filiación e Indemnización de daño moral, DJBA 149 163 – LLBA 1995, 1274, p.13.

²⁰¹ PIZARRO, Carlos, ob. Cit., p. 108.

²⁰² MEDINA GRACIELA, “Daños Derivados de las Relaciones de Familia” ob. Cit., Cciv. y Com. San Nicolás, 25-11-1997. “N.L. c/ P.H.O. s/ Filiación Extramatrimonial. p.14.

- 2) Un hecho presumido.
- 3) Un nexo lógico.

En este caso probada la falta de reconocimiento lógicamente se presume daño. Si bien ello es innegable, también es cierto que para fijar el quantum indemnizatorio es aconsejable aportar el máximo de prueba que facilite la cuantificación del daño²⁰³.

LOS LEGITIMADOS PARA RECLAMAR

Para empezar, es importante recalcar que está legitimado para interponer una acción indemnizatoria quien sufre un daño, entendiendo por tal lesión a un interés patrimonial o extrapatrimonial²⁰⁴. Por lo que para el caso de falta de reconocimiento, estableceré quiénes están legitimados para entablar dicha acción.

Legitimación del hijo

Respecto del hijo, no cabe duda que se encuentra legitimado para reclamar, ya que es él quien sufre el daño. Para el caso de que el hijo sea menor de edad, éste actuará representado por su madre, de conformidad con lo establecido en el artículo 43 del Código Civil. Al respecto Graciela Medina estima que si “los padres en representación de sus hijos pueden prestar el consentimiento para fotografiar o filmar a un bebé con fines publicitarios, lo que implica la disposición del derecho a la imagen, o

²⁰³ MEDINA, Graciela, ob. Cit., p.150.

²⁰⁴ Ídem., p.127.

pueden accionar por violación al derecho de identidad; en igual medida pueden solicitar la reparación del daño que le es causado por el progenitor que no los reconoce”²⁰⁵.

Sin embargo, respecto de los menores de edad, sin discernimiento, un sector de la doctrina ha establecido la improcedencia del daño moral, al respecto Orgaz “afirma la imposibilidad de indemnizar a los niños y a los dementes el daño moral pues, a su juicio, ni los unos ni los otros perciben las penurias de este tipo”²⁰⁶. Por el contrario, Zannoni explica que “la indemnización del daño moral es satisfactiva de un interés extrapatrimonial que ha sufrido afrenta, y que la sufre el menor de escasa edad, y el demente, en igual medida que un mayor de edad o un cuerdo. El resarcimiento en estos casos, no debe considerarse como un modo de sentir el agravio, sino como resarcimiento objetivo a un bien jurídico que también se atribuye a los incapaces.”²⁰⁷ Al respecto la jurisprudencia argentina “ha admitido la legitimidad para reclamar el daño moral aun en supuestos de menores de muy corta edad. La Cámara de Apelaciones de Junín revocó un fallo de primera instancia que denegó la legitimación para accionar de un menor de muy corta edad (aproximadamente de 3 años). En este precedente se sostuvo que el daño moral futuro y cierto se presumía a partir del desconocimiento del padre, la negativa a someterse a las pruebas biológicas y a la falta de apellido paterno”²⁰⁸.

Por otra parte, producido el daño, “la reparación debe ser realizada lo más prontamente posible para no agravarlo”²⁰⁹.

En sentido inverso, también, ha sido discutido si los hijos mayores podrán demandar la indemnización, aquí debe optarse también por la afirmativa, pues el daño mientras más tiempo pase, será mayor.

²⁰⁵ Ídem., p.129.

²⁰⁶ Ídem., p.131.

²⁰⁷ ZANONNI, Eduardo citado por MEDINA, Graciela, ob. Cit., p.131.

²⁰⁸ MEDINA, Graciela, ob. Cit., p.132.

²⁰⁹ Ídem., p.129.

Legitimación de la madre

Por último se ha planteado si la madre no sería una víctima por rebote o repercusión por el daño moral causado al hijo por falta de reconocimiento y ser también víctima de un perjuicio material al haber postergado beneficios económicos en razón de haber contribuido en mayor proporción de lo que le correspondía en la manutención del hijo.

“Con respecto al daño moral dice Méndez Costa que no corresponde a la madre el reclamo de este rubro por el no reconocimiento de su descendiente, pues se trataría de resarcir un daño indirecto”²¹⁰. La jurisprudencia argentina lo ha entendido de la siguiente manera: “El hijo que reclama su filiación está legitimado para reclamar por el daño moral que la abstención de su progenitor le ha causado. Pero no es ésta la situación de la madre, de cuyos pesares no se duda, pero que resulta como damnificada indirecta”²¹¹. No obstante, un sector minoritario de la jurisprudencia entiende que, “independientemente del daño moral inflingido al hijo, existe daño moral a la madre, que deviene de otra conducta antijurídica, cual es de no haber asumido los deberes de la paternidad, lo que no sólo produce un daño material de tener que afrontar los gastos sino que también, necesariamente, ha de haber producido angustias, sinsabores y dolores al tener que haber asumido todas y cada una de las etapas del parto, embarazo y crianza en forma sola y no compartida”²¹². A mi entender no existirían razones para descartar su legitimidad para reclamar.

Por otro lado, no existirían dudas de que podría actuar como legitimaria directa para reclamar el daño material ya que se entiende dentro del daño material por falta de reconocimiento, por ejemplo, “los gastos del parto y del embarazo, que debieron ser soportados tanto por el padre como por la madre. En este caso su legitimación es indudable”²¹³.

²¹⁰ MÉNDEZ COSTA, Josefa citado por MEDINA, Graciela, ob. Cit., p.132.

²¹¹ MEDINA, Graciela, ob. Cit., p.133.

²¹² Ídem.

²¹³ Ídem., p.134.

CAUSALES DE EXONERACIÓN O ATENUACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

La aplicación del régimen general de responsabilidad involucra aceptar que se trata de una responsabilidad subjetiva, y como tal permite la existencia de causales de exoneración de responsabilidad, como es la falta de culpa, la que se producirá en el evento de la ignorancia de la paternidad, dado que si no se tenía conocimiento de la paternidad, no se podrá hacer el reconocimiento de la misma.

“La acción por daños y perjuicios por falta de emplazamiento, se intenta en contra del padre no reconociente y nace desde que el progenitor biológico conoce el embarazo o parto de la mujer y niega su paternidad o el sometimiento a las pruebas científicas para su determinación. Se trata de un responsabilidad subjetiva, no porque se exija culpa en el acto de la gestación, sino en la negativa al reconocimiento. En otros términos, si un hombre tiene relaciones sexuales con una mujer pero desconoce que de ellas ha nacido un hijo no podrá ser condenado a pagar daños y perjuicios”²¹⁴.

Por lo que la ignorancia de la paternidad excluye la responsabilidad del padre. “De ahí la importancia de las circunstancias de la concepción, la relación del padre y la madre, la posesión de estado que pudiere existir e incluso el comportamiento durante el proceso ya sea para obstaculizar su avance o la negativa a practicarse el examen pericial de ADN. Estas circunstancias permiten acreditar el conocimiento del padre de su posible paternidad”²¹⁵.

Por otra parte, cabe preguntarse si actúa como eximente de responsabilidad la situación de la madre respecto a la cual se estableció oportunamente la filiación, pero que pudo actuar negligentemente en interponer la demanda de reclamación de paternidad, ya que nos encontramos frente a la interrogante acerca de la contribución de la madre al daño padecido por el hijo, ya que “la madre, como representante del

²¹⁴ MEDINA, Graciela, “Daños Derivados de las Relaciones de Familia” ob. Cit., Cciv. Y Com. 1ª., Mar del Plata, Sala 1, 31-10-1996, “A.,S. G. c7 R.F.J. s/ Reconocimiento de Filiación Daños y Perjuicios. p.14.

²¹⁵ PIZARRO, Carlos, ob. Cit., p. 114.

hijo, es quien se encuentra obligada a representarlo en juicio y que, de no reclamar ella, el incapaz no lo puede hacer”²¹⁶.

La jurisprudencia argentina ha señalado: “que no es el padre el único responsable del daño sufrido por la menor, considero que si la madre hubiera efectuado el reclamo pertinente al poco tiempo del nacimiento o luego de una prudente espera del prometido reconocimiento, le hubiera ahorrado a la hija gran parte del daño moral al que me he referido”²¹⁷. Por otra parte, “se consideró que si bien es cierto que la madre pudo haber ahorrado a la hija parte de sus sufrimientos con una denuncia deducida más tempranamente, no lo es menos que la madre sí reconoció a la hija en su momento, cumpliendo con su deber de progenitora y que su conducta no ha sido objeto de este litigio”²¹⁸.

Para el evento “que se estime a la madre como responsable por la tardanza en incoar la acción de filiación debiera entenderse que ella también contribuyó al daño de su hijo. Así las cosas éste debiera demandar tanto a su padre por la negativa de reconocimiento como a su madre, por la tardanza en exigir dicho reconocimiento. Ambos actos negligentes contribuyeron al resultado dañoso”²¹⁹.

No obstante lo anterior, creo que el factor de atribución es la culpa del padre, no la demora de la madre, por lo que si éste tenía conocimiento de su paternidad no lo exime de responsabilidad la falta de celeridad de la madre en interponer la demanda de filiación, otro es el caso cuando la madre oculta dolosamente la paternidad como en un caso de la jurisprudencia española donde “conocieron, desde el primer momento, que los menores no eran hijos del señor V. pese a lo cual, permitieron que se inscribieran en el Registro Civil como sus hijos, y que pasaran a formar parte de su familia, con todas las obligaciones, derechos y vínculos a ello inherentes, actuación que repitieron con los tres niños y han mantenido desde 1996 hasta octubre de 2002, y

²¹⁶ MEDINA, Graciela, ob. Cit., p .125.

²¹⁷ PIZARRO, Carlos, ob. Cit., p. 114.

²¹⁸ MEDINA, Graciela, ob. Cit., p.140.

²¹⁹ PIZARRO, Carlos, ob. Cit., p. 115.

en este actuar consciente, estimamos que radica el dolo de los demandados.”²²⁰, donde existe una ocultación de paternidad, aquí se excluye la responsabilidad por falta de reconocimiento, pero esto se justifica porque el padre no reconociente no ha tenido conocimiento de su paternidad.

QUÉ TRIBUNAL ES COMPETENTE

Finalmente, se debe determinar qué tribunal es competente para conocer de las demandas de responsabilidad civil en las relaciones de familia, que de acuerdo a las normas procesales para determinar ante qué tribunal debo accionar, encontramos por un lado a los tribunales de familia y por el otro a los tribunales de letras en lo civil.

De acuerdo a lo prescrito en el antiguo artículo 8 N° 19 de la ley N° 19.968, que señalaba la competencia de los tribunales de familia, los cuales eran “competentes para conocer y resolver de las cuestiones personales derivadas de las relaciones de familia”, se entendía que para el caso en cuestión, el juzgado de familia era perfectamente competente para conocer de estos asuntos, sumado a esto, la regla de la extensión de la competencia que señala que el tribunal es competente para conocer la cuestión principal y todos los incidentes que tengan relación con esta cuestión principal. Sin embargo, un fallo de la época en que se encontraba vigente el número 19 del artículo 8 de la ley N°19.968²²¹, que dice relación con la competencia de los tribunales para conocer de una demanda de indemnización de perjuicios por la obtención dolosa de alimentos, establece que “la acción intentada, se sustenta en la responsabilidad que le cabe a la demandada en los perjuicios materiales y morales sufridos por el actor a través de la obtención dolosa de alimentos a favor de una menor

²²⁰ FARNÓS AMORÓS, Esther, “El Precio de Ocultar la Paternidad”, en Revista para el Análisis del Derecho, Facultat de Dret, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, España, 2005, p.4.

²²¹ Fue eliminado por la ley 20.286, del 15 de septiembre de 2008.

que no es hija suya (...) en orden a considerar que no es de competencia del tribunal en cuestión el conocimiento y resolución de la acción intentada, por corresponder a un asunto de orden patrimonial”²²².

Lo que nos conduce indefectiblemente a los tribunales de letras en lo civil, y en cuanto al procedimiento, “al Juicio Ordinario Civil de Mayor Cuantía, por ser éste de aplicación general y por tener el carácter de supletorio respecto de los otros procedimientos, al tenerse que aplicar sus disposiciones a todas las gestiones, trámites y actuaciones de los otros procedimientos que no estén sometidos a una norma especial, cualquiera sea su naturaleza de conformidad a lo establecido en el artículo 3° del Código de Procedimiento Civil”²²³. No obstante, si se radica en el ámbito civil se desincentivarían muchas demandas porque desde el tribunal de familia se tendría que recurrir al tribunal civil.

²²² BARRIENTOS, Javier, ob. Cit., p.556.

²²³ Maturana Miquel, Cristian, “Derecho Procesal Orgánico”, Apuntes, Universidad de Chile, 2007, p. 68.

CONCLUSIONES

Nuestro legislador no ha establecido en términos concretos qué se entiende cuando hablamos de familia, por lo que de las distintas normas, conceptos doctrinarios, jurisprudencia y por sobre todo aterrizando en el contexto actual por el que atraviesa nuestra sociedad, no es dable establecer un concepto rígido y estructurado de familia, tal como lo hizo Bello al momento de fijar la normativa familiar de la época. Lo que sí podemos decir es que familia, o más bien vida familiar, es cualquier forma de convivencia en la que se creen vínculos afectivos y materiales de dependencia mutua, sea cual sea su grado de formalización o el sexo de sus componentes, incluso por alejada que resulte de los parámetros de la familia tradicional basada en el matrimonio. Por otro lado, el reconocimiento y protección a familias no matrimoniales no significa un sabotaje a la familia tradicional, sino lo que se pretende es llevar a la teoría lo que hace tiempo sucede en la realidad. Es en razón de esto que será el juez, en última instancia, analizando los antecedentes del caso, quien determine al producirse el conflicto, el núcleo familiar que ha sido dañado y si procede la responsabilidad.

Por otro lado, el sitio que ocupa el Derecho de Familia, dentro del Derecho Privado, sin desmerecer que con una amplia gama de normas de Orden Público, no lo deben llevar a ser una isla dentro del ordenamiento, en el sentido de excluirlo del ámbito de la responsabilidad, ya que en definitiva es parte importante de él, y la justicia exige el resarcimiento de quien ocasiona un daño, por lo que mal podría predicarse que por tratarse de un daño entre familiares, causado por uno y sufrido por otro, el mismo pierde su carácter de "injusto", como también es cierto que no resulta fácil accionar por daños ocasionados por personas a las cuales las une un vínculo familiar. Desde la inicial decisión que debe tomar quien se siente víctima, hasta sostener durante todo el proceso la voluntad de llegar a una sentencia, soportando defensas y pruebas que muchas veces hurtan y penetran en zonas de intimidad y situaciones dolorosas, hacen de estos casos un camino no deseado, temido y, muchas veces, evitado, sin embargo creo firmemente también que todo daño debe tener su resarcimiento.

Por lo que cerrarle la puerta el derecho de familia al derecho de daños, lejos de fortalecer a la familia, es dar rienda suelta a cualquier conducta por más perjudicial que sea, creyendo que toda familia, por el solo hecho de ser tal, es un ámbito de amor y solidaridad, de piedad y conmiseración. Es dar la espalda a la realidad que nos exhiben cientos o miles de familias destruidas, en las que ya no existe la menor consideración, y no decimos amor, entre quienes son sus miembros.

En suma, considerando siempre las aristas especiales que se dan en las relaciones de familia, las que en más de una oportunidad nos llevarán a darle una segunda mirada, no puede bajo ninguna circunstancia apartar esta observación de los límites que impone la responsabilidad civil.

Por lo que entre aplicar o no el estatuto de responsabilidad civil en general o excluirlo, la respuesta es aplicarlo con algunas excepciones. Pero hay que considerar que las mismas excepciones podrían convertirlo en un estatuto especial dependiendo de cuál es el grado de aplicación de las mismas, que puede llevarlo a un estatuto distinto, lo que constituiría en un régimen especial, como el caso de la responsabilidad civil médica.

En cuanto a la indemnización del daño provocado por la falta de reconocimiento del hijo, ésta encuentra su fundamento en la legislación del sistema filiativo, ya que le ha dado al reconocimiento de la paternidad el carácter de una obligación legal, y no de un asunto privado y voluntario como era antes de las modificaciones que introdujo la ley de filiación, por lo que ahora debe atribuirse responsabilidad a quien no pueda justificar error excusable, dado que se configura la violación al derecho a la identidad del hijo, a conocer su realidad biológica y a ser emplazado en el estado de tal, consagrada en la mencionada ley, como en el Código Civil y la Convención Internacional de los Derechos del Niño, ratificada por Chile en el año 1990.

Por otro lado la persona naturalmente legitimada para ejercer la acción de resarcimiento por falta de reconocimiento paterno es el hijo no reconocido, por ser el perjudicado y víctima del daño, en el caso de que el hijo sea menor o incapaz, la legitimación corresponderá a su madre, como su representante legal, y como se dijo el

menor sin discernimiento está legitimado para reclamar el daño moral porque la ausencia de discernimiento no excluye la posibilidad del daño moral.

Sin embargo, al ser la madre del menor su representante, ésta puede incurrir en responsabilidad posible de ser resarcida al no haber iniciado a tiempo la acción de reconocimiento de paternidad en contra del padre o haber ocultado su paternidad, por haber atentado al igual que el padre no reconociente, en el derecho a la identidad y a conocer su realidad biológica. Si bien parece injusto dar cabida a la posibilidad de que el hijo pueda demandar el actuar negligente de la madre o más bien por haber ocultado la paternidad, será decisión del hijo en última instancia, si quiere iniciar una demanda en contra de la madre o sólo contra el padre, lo que sí, no se debe confundir que el hecho generador de responsabilidad de la madre, no exonera de culpa al padre no reconociente que sabía de la existencia del hijo y sin embargo no lo reconoció.

Finalmente, la admisibilidad de la indemnización de perjuicios permitirá incentivar una conducta más responsable de los padres para con sus hijos dando cumplimiento a la normativa prevista en la Convención Internacional de los Derechos del Niño y a las reglas del Código Civil.

En suma, estamos ante un terreno casi virgen donde a los jueces y abogados les diría: avanzar por este camino no es fácil, pero resultará apasionante. Requerirá equilibrio, objetividad y liberación de prejuicios. Mientras que al legislador le diría, que ésta es para él materia pendiente.

JURISPRUDENCIA

Partes: P. C., R. A. c/ A. O., B.²²⁴ y otro s/

Materia: Indemnización por daño moral derivado de adulterio

Recurso de Apelación

Tribunal: Corte de Apelaciones de Santiago

Rol: 7738-07²²⁵

Vistos:

Se reproduce la sentencia apelada con excepción de los considerandos Sexto, Séptimo, Octavo, Noveno, Décimo y Undécimo, los que se eliminan, y, se tiene en su lugar, y además, presente:

Primero: Que, a juicio de esta Corte, para resolver el asunto sometido a conocimiento y decisión de este tribunal, es preciso, en forma previa, plantear algunos temas relevantes y que desde luego inciden en la solución del conflicto.

Segundo: Que, en primer término, cabe advertir que tratándose el conflicto de autos de una acción indemnizatoria, basada - en el parecer de la demandante - en un delito civil, debe realizarse el estudio a la luz de las disposiciones legales vigentes a la fecha en que habrían ocurrido los hechos.

Tercero: Que, planteado lo anterior, cabe referirse a los siguientes temas:

I.- El derecho de familia.

II.-Principios que regulan el derecho de familia

²²⁴ En consideración al derecho a la intimidad de las personas, sólo expondré sus iniciales.

²²⁵ www.microjuis.cl, cita MJJ22318

III Naturaleza de las obligaciones y derechos que se generan por el vínculo de familia.

IV.- El adulterio.

V.- Naturaleza jurídica del adulterio

VI.- Responsabilidad civil derivada del adulterio.

VII.- Procedencia del daño moral en el presente caso.

En cuanto al derecho de familia:

Cuarto: Que, siguiendo la doctrina nacional, se observa que la concepción clásica del Derecho de Familia se ha mantenido -en su esencia- inalterable a pesar del paso de los años: Así por ejemplo, don Arturo Alessandri expresaba:

a)"Los derechos privados se pueden clasificar en derechos patrimoniales y extrapatrimoniales. Los primeros se caracterizan por tener por contenido una utilidad económica; y los segundos, por no contener una inmediata utilidad económica, ni ser, por ello, valubles en dinero, como los derechos de la personalidad y los de familia". (Arturo Alessandri, Derecho Civil, Derecho de Familia, Editorial Zamorano y Caperán,1942, página1),

b) Que, a continuación el mismo autor, teniendo presente las diferencias de causas y finalidades que persiguen y generan los derechos de familia y los patrimoniales, agrega lo siguiente: "Los derechos de familia se basan en el afecto de los individuos; no persiguen finalidades económicas sino puramente morales. Ciertamente es que numerosos derechos de familia tienen derivaciones patrimoniales pero ese no es su objetivo primordial"

c) Que, finalmente Alessandri, expresa lo siguiente: "En las sanciones, o sea en la manera como se ponen en ejercicio cuando son desconocidos o menoscabados, los derechos patrimoniales se hacen efectivos por la fuerza pública, y en último caso dan derecho para exigir una indemnización de perjuicios. Los derechos de familia, y

esta es la opinión de la teoría moderna y los tribunales aceptan, no pueden cumplirse forzosamente. Para su incumplimiento hay otras sanciones establecidas por la ley para cada caso particular

"Por su parte, en doctrina comparada, el jurista italiano Roberto de Ruggiero, en su obra Instituciones de Derecho Civil, expresa en la parte pertinente: "Antes que jurídico, la familia es un organismo ético. De la ética, en efecto, proceden los preceptos más esenciales que la ley presupone y a los cuales hace constante referencia, apropiándose los a veces y transformándolos de este modo en preceptos jurídicos; por ello se explica el fenómeno peculiar en el derecho de familia, de haber preceptos sin sanción o con sanción atenuada, obligaciones incoercibles, porque el derecho, o es por sí mismo incapaz de provocar mediante la coerción la observancia de dichos preceptos, o cree más conveniente confiar su observancia al sentido ético, a la costumbre, a otras fuerzas que actúan en el ambiente social" (traducción española, tomo II, página 659, citado por José Puig Brutau en su obra Compendio de Derecho Civil, BOSCH, Casa Editorial, pag. 3 y 4,

II.- Principios que regulan el derecho de familia:

Quinto: Que, sabido es que para la doctrina clásica el derecho de familia se encuentra estructurado sobre tres principios rectores:

- a) Orden Público
- b) Limitación de la autonomía privada o autonomía de la voluntad.
- c) Intuito Personae

El orden público: En lo que concierne al asunto debatido en autos, el orden público, significa que el derecho de familia, que forma parte del derecho privado, se encuentra regulado por normas de orden público. Es decir, es un campo intervenido por el legislador.

Sexto: Que, definir el orden público - como es de sobra sabido por la cátedra - es una tarea difícil por tratarse de un concepto difuso, al extremo que don Avelino León Hurtado en su libro *La Causa*, expresa sobre el particular "concepto tan difícil de precisar, no obstante que a todos nos parece entenderlo claramente" para luego dar un concepto de orden público: "se trata de principios, normas o reglas que miran a los intereses generales de mayor importancia para la sociedad". El elemento básico del orden público es el interés. Al decir de Planiol, si estamos frente a un interés general estamos muy próximos al interés de orden público.

Lo recién señalado se ve corroborado por Portalis, jurista francés que a pesar su claridad se limita a señalar que "orden público es todo lo que, en las leyes, interesa más directamente a la sociedad que a los particulares".

Séptimo: Que, con lo recién señalado se puede afirmar que el derecho de familia se encuentra regulado por normas de orden público. Y esto es así, a juicio de estos sentenciadores, porque los temas de familia, las instituciones de la familia, son de interés general desde el momento que la "familia" tiene reconocimiento y protección constitucional y legal.

Lo expuesto no es una particularidad del ordenamiento jurídico chileno. En efecto, en el derecho comparado se encuentra, por ejemplo, el artículo 233 del Código Civil peruano de 1984, uno de los códigos más modernos de Latinoamérica, norma que es la primera del Libro III que regula el Derecho de Familia, y expresa lo siguiente: "Interés social o regulación jurídica de la familia". La regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamadas en la Constitución Política del Perú".-

Octavo: Que, lo expresado anteriormente en el sentido que el derecho de familia, a pesar de ser parte del derecho privado, es un campo jurídico intervenido por el legislador, encuentra su explicación en la obra de Ruggiero, *Instituciones de Derecho Civil*, en que el jurista italiano expresa: "en el conjunto de preceptos referentes al derecho privado hay algunas que son dictadas con miras a una utilidad general o social, que trascienden de la esfera del interés particular y privado de los individuos, siendo estos los sujetos y las relaciones entre estos, el fin de tales preceptos. Toda

norma jurídica, es cierto, se inspira, siempre en el interés de la convivencia, pero hay algunas que aún perteneciendo al campo del derecho privado, miran a una utilidad universal de la comunidad y su predominio las sustrae al arbitrio y autonomía del particular restringiendo su libertad"

Autonomía de la voluntad limitada.

Noveno: Que, de acuerdo a lo recién señalado, corresponde pasar al segundo principio que regula el derecho de familia, este es, la autonomía de la voluntad limitada. De acuerdo con la doctrina, la autonomía de la voluntad es un principio de derecho privado que permite a los particulares ejecutar los actos jurídicos que deseen y determinar libremente su contenido y efectos.

Tradicionalmente se ha considerado que la voluntad de los particulares en los actos jurídicos de familia, sólo es eficaz para generar tal acto jurídico, pues el contenido de éste y sus efectos se encuentran reglados por la ley, de tal manera que los particulares no pueden modificarlo en ningún sentido o sólo pueden hacer las modificaciones que la misma ley señala.

En palabras simples, los sujetos realizan o no realizan el acto, pero si lo ejecutan deben someterse a la reglamentación que del mismo ha hecho la ley y deben atenerse a los efectos previamente establecidos por el ordenamiento jurídico.

Hoy día la doctrina sostiene que tal argumentación ha ido variando en el derecho de familia contemporáneo por cuanto, si bien la autonomía de la voluntad se encuentra muy limitada en este campo del derecho, se ha abierto espacio a la autonomía privada en algunos aspectos, por ejemplo en el cuidado personal de los hijos, materia que es susceptible de acuerdo entre los padres separados, como así también, en la patria potestad; el derecho legal de goce cuando es ejercida por ambos padres conjuntamente, etc.

Actos Intuitio Personae.

Decimo tercero: Que, finalmente en relación a los principios que rigen el Derecho de Familia, el tercer principio es bastante obvio y no requiere de mayor análisis, los actos jurídicos de familia, son actos intuitio personae porque obviamente en tales relaciones, la "individualidad de la persona" es de vital importancia; por ejemplo, en el matrimonio, el error en la identidad y el error en las cualidades personales del otro cónyuge -que pueda considerarse determinante-conduce a considerar, según el artículo 8 de la ley de matrimonio civil, que falta el consentimiento libre y espontáneo, por lo cual, de conformidad al artículo 44 de la misma ley, dicho matrimonio puede ser declarado nulo.

Decimo cuarto: Que, del análisis de los tres principios recién comentados, se puede concluir que, los actos de familia, no solo por su naturaleza sino que por sus particularidades se distinguen absolutamente de los actos jurídicos patrimoniales.

III.- Naturaleza jurídica de las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia.

Decimo quinto: Que, tal como quedara expuesto en la transcripción de las opiniones de los juristas Arturo Alessandri y Roberto de Ruggiero, las relaciones de familia tienen un fuerte componente ético que sobrepasa, con mucho, el ámbito estrictamente jurídico.

En efecto, son innumerables las disposiciones jurídicas que se refieren a las relaciones de familia pero, es innegable que en todas ellas el legislador -atendida su naturaleza- ha buscado la forma de conducir las y resolverlas en caso de conflicto en forma especial, prueba de ello, es el tratamiento que da al adulterio.

IV El adulterio:

Decimo sexto: Que, en cuanto al adulterio cabe tener presente que esta figura, desde muy antiguo, tuvo una vertiente penal y otra civil.

a) El adulterio, como figura penal, encontró su origen en el ordenamiento jurídico chileno en el artículo 385 del Código punitivo. Esta norma basada en el artículo 358 del Código Penal Español de 1850, establecía: "Cometen adulterio la mujer casada que yace con varón que no es su marido y el que yace con ella sabiendo que es casada, aunque después se declare nulo el matrimonio". Esta norma fue discutida por la Comisión Redactora del Código Penal en sus sesiones 74 y 75, en las cuales, a pesar de haberse propuesto por el Comisionado señor Gandarillas -ya en ese momento- eliminar la discriminación que consistía en sólo hacer responsable del delito de adulterio a la mujer y su cómplice, y no al marido, aunque hubiera incurrido en idéntica conducta, se desestimó tal iniciativa quedando en definitiva tipificado el delito de adulterio tal cual fue transcrito.

b) El adulterio civil.

Llama la atención que el Código Civil, a pesar de referirse en algunas oportunidades al adulterio, no lo haya definido hasta que por reforma introducida por la, ley Nº19.947 de 17 de mayo de 2004, se introdujo - dentro del Título VI del Libro I, el cual es titulado "Obligaciones y Derechos entre los cónyuges" la definición del adulterio que hoy conocemos en el artículo 132 del Código Civil.

De esta manera, precisando el análisis que se viene realizando, cabe concluir que a la fecha en que habrían ocurrido los hechos que sirven de fundamento a la demanda de autos, no existía definición legal del adulterio desde el punto de vista civil.

De esta manera, estando mencionado el adulterio en múltiples disposiciones legales, a saber, artículos 171, 172, 181, 223, 240 inciso 3º, 358 y 497 Nº10, resulta

necesario referirse brevemente a los antecedentes históricos que dicen relación con el adulterio.

1.-En el Código Civil Original, el artículo 37 señalaba: Es adulterino el concebido en adulterio, esto es, entre dos personas de las cuales una al menos, al tiempo de la concepción, estaba casada con otra; salvo que dichas personas hayan contraído matrimonio putativo que respecto de ellas produzca efectos civiles. Dicho artículo fue derogado por la ley N°5750 de fecha 2 de diciembre de 1935.

2.-De la simple lectura de la norma mencionada se observan dos conclusiones:

a) que el adulterio se produciría en el caso en que dos personas tuvieran relaciones sexuales estando al menos, una de ellas, casadas con un tercero, definición mucho más amplia que la proporcionada por el artículo 375 del Código Penal.

b) que podía cometer adulterio tanto la mujer como el hombre, caso también distinto al adulterio penal que sólo podía ser cometido por la mujer.

V.- Naturaleza jurídica del adulterio.

Decimo séptimo: Que, en cuanto a la naturaleza del adulterio civil se puede afirmar que éste constituía una infracción a lo dispuesto por el artículo 131 del Código Civil de la época que decía: "Los cónyuges están obligados a guardarse fe, a socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida". (Hoy día dicha disposición se encuentra complementada con una frase final: "El marido y la mujer se deben respeto y protección recíprocos" y se encuentra derogado el inciso segundo).

VI.- Responsabilidad civil derivada del adulterio

Decimo octavo: Que, establecido que el adulterio constituía una infracción al deber de fidelidad, corresponde determinar las consecuencias que dicha conducta desleal aparejaba: El artículo 171 del Código Civil vigente a la época de los hechos de

autos, señalaba. "Si la mujer hubiere dado causa al divorcio por adulterio, perderá todo derecho a los gananciales" Por su parte, el artículo 172 expresaba: "El cónyuge inocente podrá revocar las donaciones que hubiere hecho al culpable, siempre que éste haya dado causa al divorcio por adulterio.

A continuación el artículo 181 del C. Civil, estatúa: "El adulterio de la mujer, aun cometido durante la época en que pudo efectuarse la concepción, no autoriza por sí solo al marido para no reconocer al hijo como suyo: Pero probado el adulterio en esa época, se le admitirá la prueba de cualesquiera otros hechos conducentes a justificar que él no es el padre".

Por otra parte, el artículo 223 del Código Civil, norma que se refería al cuidado personal de los hijos, establecía en su inciso final: "La circunstancia de haber sido el adulterio de la madre lo que ha dado causa al divorcio, deberá ser considerada por el juez como un antecedente de importancia al resolver sobre su inhabilidad".

Luego, el artículo 240, norma que se refería a la patria potestad, en su inciso 4º expresaba: "En defecto del padre, estos derechos pertenecerán a la madre, a menos que esté privada del cuidado personal del hijo por su mala conducta".

El artículo 358 del Código Civil, referente a las tutelas y curadurías testamentarias, señalaba: "A falta del padre, la madre que no haya pasado a otras nupcias, podrá ejercer los derechos conferidos por los artículos 354 y 355, con las mismas limitaciones señaladas en el artículo 357".

Finalmente, el artículo 497 del C. Civil, norma referente a los curadores especiales, expresaba: "Son incapaces de toda tutela y curaduría. Nº10: Los que han sido condenados o divorciados por adulterio." Por su parte, el artículo 21 de la Ley de Matrimonio Civil de 1884, norma vigente en la época en que acaecieron los hechos que motivan esta causa, señalaba en su artículo 21 "El divorcio procederá solamente por las siguientes causas: 1ª Adulterio de la mujer o el marido".

VII.- Procedencia del daño moral en el presente caso.

Decimo noveno: Que, en consecuencia, teniendo presente el cúmulo de disposiciones que sancionaban y sancionan el adulterio, es posible concluir que el adulterio, desde siempre, ha sido calificado por el legislador como infracción grave al deber de fidelidad de los cónyuges y no como delito o cuasidelito civil. En efecto, los diferentes ordenamientos jurídicos han tratado de mantener los conflictos matrimoniales dentro de cierto grado de discreción, por lo cual, los legisladores, anticipándose al conflicto, han precisado las consecuencias de la infracción, como en el caso de autos, al deber de fidelidad. Es decir, el derecho de familia por su especialidad, contempla sus propias sanciones, no siendo aplicable en consecuencia, las normas generales sobre responsabilidad civil y por ende no corresponde -en un caso como el de autos- solicitar ni mucho menos conceder la reparación del daño moral.

Vigésimo: Que, desde otro punto de vista, y tan sólo como un ejercicio intelectual, si se consideraran aplicables las normas del derecho común, tampoco sería posible considerar que el adulterio constituya un hecho ilícito civil. En efecto, si se tiene en consideración -que los delitos se caracterizan por el dolo y los cuasidelitos por la culpa- resulta en extremo dificultoso concebir que un adulterio se haya cometido por uno de los cónyuges con el propósito único y deliberado de causar daño al otro cónyuge, como así también, resulta difícil de imaginar un adulterio cometido simplemente por culpa o negligencia. El adulterio, como fenómeno sociológico de la humanidad, no puede encuadrarse bajo los parámetros de la responsabilidad civil extracontractual.

Vigésimo primero: Que, finalmente, el hecho que el adulterio siempre haya tenido una sanción especial, establecida por el legislador en consideración a la naturaleza de la institución del matrimonio, piedra fundamental del derecho de familia, no permite considerarlo fuente de responsabilidad extracontractual como lo pretende el demandante, pues las normas que regulan tales materias se refieren a la reparación de daños derivados de obligaciones de carácter patrimonial, motivo por el cual no resulta jurídicamente procedente acoger la presente demanda.

Atendido lo expuesto, y lo que disponen los artículos 37, 171, 172, 181, 223, 240, 358, 497 del Código Civil vigentes a la fecha en que habrían ocurrido los hechos que sirvieron de fundamento a la presente demanda, y artículo 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil,

Se confirma la sentencia de fecha veintiséis de marzo de dos mil siete, escrita a fojas 173 y siguientes de autos.

Redacción del Abogado Integrante señor Cruchaga.

Regístrese y devuélvase los autos.

Ingreso N°7738-07No firma la Ministra señora Amanda Valdovinos Jeldes, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo, por encontrarse en comisión de servicios.

Pronunciada por la Octava Sala de esta Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el Ministro señor Juan Manuel Muñoz Pardo e integrada por la Ministra señora Amanda Valdovinos Jeldes y por el Abogado Integrante señor Angel Cruchaga Gandarillas

Partes: F. M., H. c/ V. C., M.²²⁶

Materia: Divorcio, Indemnización del Daño Moral; Compensación Económica

Recurso de Apelación

Tribunal: Corte de Apelaciones de Rancagua

Rol: 672-2007²²⁷

Vistos:

Se reproduce sentencia apelada de fecha doce de julio de dos mil siete, escrita de fojas 46 a 54, con excepción de los considerando décimo séptimo, décimo octavo y décimo noveno que se eliminan.

Y teniendo en su lugar y además presente:

Primero: Que dicho fallo, acogiendo la demanda de divorcio interpuesta a fojas 1 por don H. F. M. en contra de su cónyuge doña M. V. C., bajo la causal de cese de la convivencia matrimonial por más de tres años – hecho no controvertido y plenamente acreditado en autos – rechazó la contrademanda deducida por aquella en contra de su marido, por la causal de artículo 54 N° 2 de la Ley de Matrimonio Civil, pues, según refiere a fojas 27, aquel habría abandonado el hogar común para vivir con otra persona, con quien mantenía relaciones extraconyugales mientras ambos convivieron entre sí.

Segundo: Que la demandante reconvenzional, apelando de la sentencia a fs 56 reiteró lo anterior y estimó que con las declaraciones de los testigos que señala, estaría acreditado el abandono del hogar común hace más de 15 años “por infidelidad conyugal de H. F. M., quien de este modo, habría transgredido “grave y reiteradamente sus deberes matrimoniales.

²²⁶ En consideración al derecho a la intimidad de las personas, sólo expondré sus iniciales

²²⁷ N° Legal Publishing 38473

Según se desprende del escrito de fs. 27 – independientemente de que reconociera la efectividad del cese de la vida en común por ese tiempo – la demandante no hizo más que replicar lo aseverado por su cónyuge en cuanto a que su separación se debió a las “graves e irreconciliables desavenencias de su relación de pareja, decidiendo ambos separarse en el año 1990”. Según se consigna en el párrafo segundo del motivo undécimo, éste manifestó que precisamente por “las incompatibilidades de caracteres es que decidió alejarse un tiempo del hogar común para recapacitar, pero al advertir a su regreso que la situación matrimonial no cambió” velando por la felicidad de sus hijos se fue de la casa (fojas 51)

Desde luego, cabe advertir que la separación culposa que se le imputa a H. F. no se encuentra acreditada en modo alguno, tal como lo señala acertadamente la sentenciadora en los párrafos tercero y cuarto de dicho considerando, en los cuales, haciéndose cargo de la testimonial rendida por las partes, expresa que los dichos de las testigos de la actora reconventional, amén de no coincidir con los hechos contenidos en la demanda, fueron vagos y poco precisos. Tales testimonios, resultan del todo insuficientes para dar por establecido la causal del artículo 54 N° 2 de la Ley de Matrimonio Civil, que al tenor del libelo de fojas 57, la actora la circunscribe específicamente al abandono del hogar conyugal por infidelidad, ya que una imputación como ésta requiere ciertamente de una especial carga probatoria que dé cuenta de forma fehaciente de aquellas exigencias de gravedad y reiteración que demanda la señalada disposición legal, lo que no ocurrió en la especie. Por ello, este tribunal concluye en similares términos a los contenidos en el considerando décimo tercero del fallo en análisis y consecuentemente rechazará la demanda por dicha causal, entendiéndose, en suma, que el divorcio se concederá sólo por el largo tiempo de cesación de la convivencia entre las partes.

Tercero: Que M. V. C., conforme a la causal de divorcio que invocó en los términos ya expresados, demando a fojas 27 lo siguiente:

- a) A título de daño moral solicitó el pago de \$ 5.000.000.-, como consecuencia de los sufrimientos que señala, causados por el cese de la vida en común.

Cabe señalar que este rubro no lo contempla la ley 19.947, razón suficiente para que sea rechazado su pago, tanto más si en la especie no se dio ni se dará lugar al divorcio por la causal culposa invocada por aquella. La extrapolación que pretende la apelante del pago por daño moral en los términos que señala el artículo 2329 del Código Civil al ámbito de la familia, no resulta pertinente, puesto que, situado dicho pago sólo en el ámbito extracontractual, recientemente se ha extendido a la responsabilidad contractual, integración que aún no alcanza a aquellas situaciones que por el cese de la vida en común puedan afectar seriamente a uno o ambos cónyuges recíprocamente, y que impliquen aquellos sufrimientos a que se refiere la apelante.

- b) En cuanto a su solicitud de pago del 50% de la indemnización por antigüedad laboral del demandado a término de su trabajo con Codelco, ella no resulta procedente, pues, tal petición no se ajusta a ninguna de las formas ni modalidades de pago previstas en el artículo 65 de la ley ya señalada.
- c) Respecto de la solicitud de la mantención del usufructo vitalicio constituido en causa Rol 26471, cabe señalar que el artículo 62 N° 2, faculta al tribunal para constituir derecho de usufructo como una modalidad de pago de la compensación y no para mantenerlo.

Ahora bien, sin perjuicio de tales peticiones, es dable considerar si en el caso sublite procede o no el pago de compensación económica prevista en el artículo 61, teniendo presente que el fallo recurrido no dio lugar a ella por estimar que no se acreditó el menoscabo económico que aquel exige.

Sobre el particular, es necesario recordar que la compensación económica “es, en nuestro ordenamiento, nítida expresión del principio de protección del cónyuge más débil consagrado en el artículo 3 de la ley 19.947 (Corte de Apelaciones de Santiago, 26 de enero de 2007), el cual, al final de su último inciso, ordena al juez resolver las cuestiones atinentes a la nulidad, la separación o el divorcio, conciliándolas con los derechos y deberes provenientes de las relaciones de filiación “ y de la subsistencia de una vida familiar compatible con la ruptura de la vida separada de los cónyuges”.

- a) Pues bien, estándose a los requisitos exigidos por el artículo 61 para la procedencia de la compensación económica y a los elementos o factores determinatorios de su cuantía que señala el artículo 62 inciso primero de la ley 19.947, todos reproducidos en el motivo decimosexto del fallo en alzada se tendrá presente lo siguiente:
- b) Si, como quedo acreditado, el cese de la convivencia se produjo hace quince años atrás a partir de la fecha en que la demandó el divorcio, los hijos de filiación matrimonial, G., S., U. y F. F. V. tenían 10, 15,16 y 18 años de edad respectivamente.

Los testigos L. C. M. y A. R. H. declararon que los hijos que quedaron al cuidado de su madre, por lo que estuvo privada de trabajar “por la prioridad de ello, nunca estuvo afuera y siempre estuvo en casa”.

El testigo R. R. C. sostuvo que ella “ha perdido oportunidades para trabajar (...) porque cree que se ha dedicado a sus hijos “incluso tiene el cuidado y la educación de su hija, que hace quince años ayudaba a su padre, en una carnicería de Talagante”.

- c) El propio demandado reconvenicional reconoció “que el cuidado físico lo tuvo la madre”.

Con el sólo mérito de su propia confesión y de la testimonial no contradicha, se puede dar por establecido que la actora, al no poder trabajar remuneradamente en forma total o parcial debido a que tuvo que dedicarse al cuidado y atención de sus cuatro hijos, la mayoría menores de edad y todos, obviamente en etapa escolar, recibiendo por ello pensión alimenticia, lo que refuerza que ella no realizó actividad remunerada, más la dedicación a la labor domestica del hogar común, sufrió un evidente menoscabo económico con el cese de la vida conyugal, tras 19 años, que solo puede y debe resarcirse con el pago de una pensión económica en la forma que se indicará en lo decisorio del presente fallo.

Cuarto: Que, asentado lo anterior, para establecer y determinar su monto, se estará a los factores o circunstancias que para tal efecto señala el artículo 62 inciso primero de la Ley de Matrimonio Civil, y en consecuencia se tendrá especialmente en cuenta la

duración de la vida en común, la capacidad económica de las partes, la edad e imposibilidad de la demandante de reinsertarse actualmente en el ámbito laboral, la cual, al decir del demandado, “nunca tuvo calificación profesional”. (fojas 30)

Pero también se considerará que aquel se encuentra pagando regularmente los dividendos del bien raíz de la sociedad conyugal que usufructo ella y su hija Gabriela, y, además una pensión alimenticia para ambas equivalente al 20% de sus emolumentos, que recibe como trabajador de Codelco Chile división el Teniente, según se acredita con los documentos de fojas 40, 41 y 43.

En consecuencia, atendido lo anterior, este tribunal estimando de justicia su procedencia, fijará el monto de la compensación económica a favor de la demandante reconvenional, en la cantidad de \$ 15.000.000.- que equivale a 774,0625 Unidades de Fomento, la cual de no poder pagarse, al contado y de una sola vez, se enterará en unidades valoradas en la forma y condiciones que a continuación se señala:

Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en el artículo 18 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se revoca la sentencia apelada de fecha 12 de julio de 2007 escrita de fojas 46 a 54, sólo en cuanto resolvió en su decisión I N° 1 condenar en costas a la demandada principal por haber sido vencida, y en su decisión III rechazar la demanda reconvenional de compensación económica y en su lugar se declara:

I que se absuelve de aquella por haber tenido motivo plausible para litigar

II que se acoge la demanda reconvenional de Compensación Económica interpuesta a fojas 27, fijándose su monto en la cantidad de \$ 15.000.000.- que equivale a 774,0625 Unidades de Fomento, a pagarse de contado, o, a elección del deudor en 75 cuotas iguales, mensuales y sucesivas de 10, 320833 Unidades de Fomento cada una. El no pago de una cuota hará exigible el total insoluto.

III que se confirma en lo demás el referido fallo, con declaración del tercer nombre propio del demandante principal es “Del Carmen”, todo ello sin costas de la instancia, por no haber resultado ninguna de las partes totalmente vencida en ella.

Regístrese y devuélvase.

Redactada por el abogado integrante Sr. Juan Guillermo Briceño Urra.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEGRÍA Héctor; BUERES, Alberto; FLEITAS, Abel; GUNTARDT DE LEONARDI, Elena; HIGHTON, Elena, GANDOLLA, Julia; KANEFSCK Mariana; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; LORENZETTI, Ricardo; MEDINA, Graciela; MOSSET ITURRASPE, Jorge; RIVERA, Julio César; ROITMAN Horacio; ZANNONI, Eduardo, “Revista de Derecho de Daños, Daños en las Relaciones de Familia” Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 2001.
- ALEGRÍA, Héctor; BUERES, Alberto; HIGHTON, Elena; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; LORENZETTI, Ricardo; MOSSET ITURRASPE, Jorge; RIVERA, Julio César; ROITMAN, Horacio; ZANNONI, Eduardo, “Revista de Derecho de Daños, Menor Dañino y Menor Dañado” Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 2001.
- ARTHUR DE LA MAZA, Guillermo, “Revisión Crítica de La Compensación Económica en la Ley de Matrimonio Civil”, memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, profesor guía Mauricio Tapia, Universidad de Chile, noviembre 2006.
- BARRIENTOS GRANDON, Javier, “El Código de la Familia”, Editorial Legal Publishing, Chile, 2009.
- BARROS BOURIE, Enrique, “Tratado de Responsabilidad Extracontractual”, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 2006.
- BELLUSCIO, Augusto; ZANNONI, Eduardo; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Responsabilidad Civil en el Derecho de Familia”, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, (s.a.)
- BOSSERT, Gustavo; ZANNONI, Eduardo, “Manual de Derecho de Familia”, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2004.

- CORRAL TALCIANI, Hernán, “Familia y Derecho”, Universidad de los Andes, Colección Jurídica, Santiago, 1994.
- CORRAL TALCIANI, Hernán, “Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual”, www.microjuris.cl, LIB21, (s.a.)
- DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, “Daños en el Derecho de Familia”, Editorial Aranzadi S.A., Navarra, España, 2006.
- DUTTO, Ricardo, “Daños Ocasionados en las Relaciones de Familia”, Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 2006.
- FARNÓS AMORÓS, Esther, “El Precio de Ocultar la Paternidad”, en Revista para el Análisis del Derecho, Facultat de Dret, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, España, 2005.
- FERRER RIBA, Josep, “Relaciones Familiares y Límites del Derecho de Daños”, en Revista para el Análisis del Derecho, Facultat de Dret, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, España, 2001.
- GARRIDO MONTT, Mario, “Derecho Penal, Parte Especial”, Tomo III, Editorial Jurídica, Santiago, Chile, 2007.
- GIL DOMINGUEZ, Andrés; FAMA, María Victoria; HERRERA, Marisa, “Derecho Constitucional de Familia” Tomo I, Ediar, Buenos Aires, Argentina, año 2006.
- GÓMEZ CALLE, Esther, “La Responsabilidad Civil de los Padres”, Editorial Montecorvo, Madrid, España, 1992.
- GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, “Diversas Formas de Familia”, Apunte, Universidad de Chile, (s.a.)
- GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, Seminario "Compensación Económica en la Nueva Ley de Matrimonio Civil", Colegio de Abogados de Chile, charla efectuada el jueves 20 de octubre de 2005.

- GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, “El Sistema Filiativo Chileno”, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 2007.
- GONZÁLEZ CASTILLO, Joel, “Responsabilidad Extracontractual”, Apunte, Universidad Católica, (s.a.)
- GROSMAN, Cecilia; MARTÍNEZ ALCORTA, Irene, “Familias Ensambladas”, Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina, 2000.
- HINESTROSA, Fernando, “Diversas Formas de Familia”, Apunte, Universidad de Chile, (s.a.)
- LEPIN MOLINA, Cristián Luis, “la Compensación Económica, Efecto Patrimonial de la Terminación del Matrimonio”, Editorial Jurídica de Chile, 2010.
- LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen, “La Responsabilidad Civil de los Padres por los Hechos de sus Hijos”, Editorial Tecnos, Madrid, España, 1988.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina, “La Responsabilidad Civil del Menor”, Dykinson, Alicante, España, 2001.
- MATURANA MIQUEL, Cristian, “Derecho Procesal Orgánico”, Apunte, Universidad de Chile, 2007.
- MEDINA, Graciela, “Daños en el Derecho de Familia”, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 2006.
- MEDINA, Graciela, “Daños Derivados de las Relaciones de Familia”, Jurisprudencia, Provincia de Buenos Aires, (s.a.)
- MENDEZ COSTA, María Josefa; LORENZO DE FERRANDO, María Rosa; CADOCHE DE AZVALINSKY, Sara; D’ANTONIO, Daniel; FERRER, Francisco; ROLANDO, Carlos, “Derecho de Familia” Tomo I, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 1982.
- NAVARRO MICHEL, Mónica, “La Responsabilidad Civil de los Padres por los Hechos de sus Hijos”, Jose María Bosch Editor, Barcelona, España, 1998.

- PEÑA GONZALEZ, Carlos, "Instituciones Modernas de Derecho Civil", editorial Conosur, Santiago, Chile, 1996.
- RAMOS PAZOS, René, " De Las Obligaciones", Editorial Lexis Nexis, Santiago, Chile, 2004.
- RAMOS PAZOS, René, "Derecho de Familia" Tomo I, Sexta Edición, Editorial Jurídica, Santiago, Chile, 2007.
- RAMOS PAZOS, René, "Derecho de Familia" Tomo II, Sexta Edición, Editorial Jurídica, Santiago, Chile, 2007.
- VELOSO VALENZUELA, Paulina, "Algunas Reflexiones Sobre La Compensación Económica, en Actualidad Jurídica" (Universidad del Desarrollo), Año VII, Nº 13, Santiago-Concepción, enero 2006.
- VERGARA BEZANILLA, José P., "La Mercantilización del Daño Moral", www.microjuris.cl, MJD246, Revista del Consejo de Defensa del Estado Nº 1, Julio de 2000.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro, "El Nuevo Derecho Chileno del Matrimonio", Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Facultad de Derecho, 2006.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro, "La Compensación Económica en la Ley de Matrimonio Civil. ¿Un Nuevo Régimen de responsabilidad Civil Extracontractual?", www.microjuris.cl, MJD150. (s.a.).