



Universidad de Chile  
Facultad de Derecho  
Departamento de Derecho Privado

## **RESPONSABILIDAD POR DAÑOS EN LAS RELACIONES PATERNO-FILIALES**

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

PABLO CÉSAR MONTECINOS MEDINA  
PROFESOR GUÍA: DR. GABRIEL HERNÁNDEZ PAULSEN

Santiago, Chile

2019

*Dedicada a mis abuelos, quienes con su cariño y enseñanzas  
han sido los principales pilares en mi vida.*

*Agradecimientos a Cindy por su apoyo, paciencia y amor  
durante todo este proceso.*

## ÍNDICE

|   |           |
|---|-----------|
| INTRODUCCIÓN.....   | 7         |
| <b>CAPÍTULO I: RESPONSABILIDAD POR DAÑOS EN EL DERECHO DE FAMILIA.....</b>          | <b>10</b> |
| <b>1. Daños en las relaciones de familia .....</b>                                  | <b>10</b> |
| 1.1. Concepto de daño.....  | 10        |
| 1.2. Tipos de daño.....   | 12        |
| 1.3. Clasificación de los daños en las relaciones de familia.....                   | 13        |
| <b>2. Posibilidad de reparar los daños provocados en las relaciones de familia.</b> |           |
| Argumentos a favor y en contra.....   | 14        |
| 2.1. Especialidad del Derecho de Familia.....                                       | 15        |
| 2.2. El principio <i>non bis in idem</i> .....                                      | 18        |
| 2.3. El carácter ético del Derecho de Familia y de los deberes familiares.....      | 20        |
| 2.4. La inmunidad familiar .....  | 23        |
| 2.5. El aumento de la conflictividad familiar y sobrecarga del aparato              |           |
| jurisdiccional .....  | 28        |
| 2.6. La verificación de los requisitos de la responsabilidad civil .....            | 31        |
| 2.6.1. La antijuridicidad .....   | 32        |
| 2.6.2. La imputabilidad o factor de atribución.....                                 | 33        |
| 2.6.3. La relación de causalidad.....   | 36        |
| 2.6.4. El daño.....   | 36        |
| 3. Situación actual en el Derecho Chileno.....                                      | 42        |
| <b>CAPÍTULO II: PRIMER ANÁLISIS DE HIPÓTESIS EN QUE PODRÍA PROCEDER LA</b>          |           |
| <b>RESPONSABILIDAD CIVIL EN LAS RELACIONES PATERNO-FILIALES .....</b>               | <b>45</b> |
| <b>1. Responsabilidad por daños derivados del defectuoso ejercicio del cuidado</b>  |           |
| <b>personal por alguno de los padres .....</b>                                      | <b>47</b> |
| 1.1. Concepto y contenido del cuidado personal .....                                | 47        |
| 1.1.1. Tenencia .....   | 48        |

|        |   |    |
|--------|---|----|
| 1.1.2. | Salud .....   | 48 |
| 1.1.3. | Crianza y educación .....   | 49 |
| 1.2.   | Mecanismos contemplados en el ordenamiento jurídico nacional frente al defectuoso cumplimiento del cuidado personal .....               | 51 |
| 1.3.   | Posibilidad de reparar los daños ocasionados por el ejercicio defectuoso del cuidado personal .....                                     | 53 |
| 1.3.1. | La antijuridicidad .....  | 53 |
| 1.3.2. | La imputabilidad o factor de atribución.....  | 54 |
| 1.3.3. | El daño .....   | 54 |
| 1.3.4. | Principio de corresponsabilidad parental y cuidado personal compartido .....  | 58 |
| 1.3.5. | Legitimación activa.....  | 60 |
| 1.3.6. | Algunas consecuencias de aplicar el régimen de responsabilidad civil.....   | 61 |
| 2.     | Responsabilidad por daños derivados de la falta de cumplimiento del régimen de relación directa y regular por alguno de los padres..... | 62 |
| 2.1.   | La relación directa y regular.....  | 62 |
| 2.2.   | Incumplimiento del régimen de relación directa y regular .....  | 63 |
| 2.3.   | Posibilidad de reparar los daños ocasionados por el incumplimiento del régimen de relación directa y regular .....                      | 64 |
| 2.3.1. | La antijuridicidad .....  | 65 |
| 2.3.2. | La imputabilidad o factor de atribución.....  | 66 |
| 2.3.3. | El daño .....   | 66 |
| 2.3.4. | Eximentes de responsabilidad.....   | 68 |
| A)     | Obstaculización del régimen de relación directa y regular por parte de quien ejerce el cuidado personal .....                           | 69 |
| B)     | Incumplimiento del régimen de relación directa y regular por negativa del hijo o hija.....  | 70 |
| 2.3.5. | Legitimación activa.....  | 74 |

|   |            |
|---|------------|
| 2.3.6.    Otras circunstancias a tener en consideración para aplicar el régimen de responsabilidad civil.....   | 75         |
| <b>CAPÍTULO III: SEGUNDO ANÁLISIS DE HIPÓTESIS EN QUE PODRÍA PROCEDER LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LAS RELACIONES PATERNO-FILIALES: INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS POR FALTA DE RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO DE LA PATERNIDAD.....</b> | <b>76</b>  |
| 1.    La filiación y las formas de determinarla .....   | 76         |
| 2.    Posibilidad de aplicar las normas de la responsabilidad civil para obtener la reparación de los perjuicios ocasionados con la falta de reconocimiento voluntario de la paternidad.....                                    | 79         |
| 2.1.    Comportamiento del agente .....   | 81         |
| 2.2.    La imputabilidad o factor de atribución.....  | 85         |
| 2.3.    El daño.....  | 87         |
| 2.3.1.    Daño moral .....  | 87         |
| 2.3.2.    Daño material .....   | 93         |
| 2.3.3.    Determinación del <i>quantum</i> del daño ocasionado al hijo o hija.....  | 94         |
| 2.3.4.    Daños respecto de la madre.....   | 96         |
| 2.3.5.    Eximentes de responsabilidad.....   | 96         |
| A)    Ausencia de culpa del padre .....   | 97         |
| B)    Culpa de un tercero .....   | 98         |
| C)    Caso de la madre que no reclama a tiempo la paternidad .....  | 100        |
| 2.4.    Prescripción de la acción indemnizatoria .....  | 101        |
| 2.5.    Legitimación activa .....   | 103        |
| 2.5.1.    Legitimación de los hijos .....   | 103        |
| 2.5.2.    Legitimación de los padres .....  | 107        |
| 2.6.    Otros aspectos a tener en consideración .....   | 108        |
| <b>CONCLUSIÓN.....</b>  | <b>110</b> |
| <b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>  | <b>114</b> |

## RESUMEN

Mucho se ha escrito acerca del resarcimiento de los daños ocasionados por terceros, pero ¿qué sucede cuando los daños son producidos por el padre o madre?, ¿es posible aplicar el estatuto de responsabilidad civil a las relaciones paterno-filiales? Estas preguntas han comenzado a plantearse en la doctrina y jurisprudencia, tanto nacional como comparada, sin que exista aún una respuesta unánime. Por ello, el objetivo del presente trabajo es el estudio de hipótesis en que podría proceder la indemnización de perjuicios ante el incumplimiento de un deber por parte de alguno de los padres, específicamente: (i) Daños ocasionados por el defectuoso ejercicio del cuidado personal por parte del progenitor custodio; (ii) Daños producidos por el incumplimiento del régimen de relación directa y regular por parte de alguno de los padres; y, (iii) Perjuicios causados por la falta de reconocimiento voluntario de la paternidad.

## INTRODUCCIÓN

La evolución del Derecho de Familia ha estado fuertemente marcada por las transformaciones sociales y culturales que ha experimentado la sociedad, pudiendo afirmarse que se trata de la rama del Derecho Civil que más cambios ha tenido desde la entrada en vigencia del Código de Bello<sup>1</sup>.

En sus orígenes, el mencionado cuerpo legal recogía el modelo familiar decimonónico, caracterizado por una estructura jerarquizada, con el padre y marido como máxima autoridad -herencia del *pater familias* romano-, y la preminencia del interés de la familia por sobre el de sus miembros<sup>2</sup>. Sin embargo, durante el siglo XX ha tenido lugar un mayor desarrollo y protección de los Derechos Fundamentales, destacándose entre ellos la dignidad humana y la igualdad de todas las personas. Cambios que también se han manifestado en la forma de concebir la familia, la que hoy en día es entendida como un medio para el desarrollo de la personalidad y proyectos individuales de cada uno de sus integrantes<sup>3</sup>.

De esta manera, las antiguas características del Derecho de Familia, tales como, la protección de la familia legítima, la discriminación entre hijos, la exacerbada autoridad del padre y del marido, la incapacidad relativa de la mujer casada en sociedad conyugal y la férrea protección del matrimonio, han dado paso a nuevos principios, coherentes con los cambios que ha vivido la sociedad, entre los que destacan: la protección del más débil, de donde se derivan los principios de protección del cónyuge más débil y el interés superior del niño, niña y adolescente; el aumento de la autonomía de la voluntad; la igualdad entre los hijos y la igualdad entre los cónyuges<sup>4</sup>.

Por lo tanto, teniendo en consideración la relevancia que han adquirido los intereses individuales de los integrantes de una familia por sobre el interés de ésta, cabe preguntarse

---

<sup>1</sup> ARANCIBIA OBRADOR, María José; CORNEJO AGUILERA, Pablo. (2004). El Derecho de familia en Chile. Evolución y nuevos desafíos. *Revista Ius et Praxis*. Año 20, N°1: 279-318. p. 279.

<sup>2</sup> Véase MEDINA, Graciela. (2002). Daños en el Derecho de Familia. Buenos Aires, Argentina. Rubinzal-Culzoni. pp. 19 – 22.

<sup>3</sup> TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. (2007). Constitucionalización del Derecho de Familia(s) el caso chileno: Las retóricas declaraciones constitucionales frente a la lenta evolución social. *Revista Chilena de Derecho Privado*, N°8: 155-199. p. 168; LATHROP GÓMEZ, Fabiola. (2017). Constitucionalización y Jurisprudencia Constitucional en el Derecho de Familia Chileno. *Estudios Constitucionales*. año 15, N°1: 329-372. p. 368.

<sup>4</sup> ARANCIBIA OBRADOR, María José; CORNEJO AGUILERA, Pablo. (2004). El Derecho de familia en Chile. Evolución y nuevos desafíos. *Revista Ius et Praxis*. Año 20, N°1: 279-318. p. 287.

¿qué sucede con los daños ocasionados entre sus miembros?, ¿Debe primar el interés de la familia, negándose la reparación de los perjuicios, o el familiar dañado debe quedar indemne?

Al respecto, se debe precisar que en el Derecho de Familia ya existen normas que disponen expresamente la procedencia de la indemnización de perjuicios, a modo de ejemplo, el artículo 328 del Código Civil establece que deberá reparar todos los daños quien actúe dolosamente para obtener alimentos. No obstante, existen diversos casos en que el Derecho positivo no contempla la posibilidad de ejercer una acción indemnizatoria en el ámbito de las relaciones de familia, tal como sucede con el incumplimiento de deberes conyugales o la infracción de ciertos deberes parentales. Asimismo, tampoco existe una norma general al interior del Derecho de Familia que ordene reparar los daños. Este silencio por parte del legislador ha llevado a plantear la posibilidad de aplicar las normas y principios de la responsabilidad civil, regulada en los artículos 2314 y siguientes del Código.

Sobre la responsabilidad civil, es importante destacar que se trata de un mecanismo de reparación de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de una obligación contenida en un contrato -responsabilidad civil contractual- o por la infracción de un deber de cuidado -responsabilidad civil extracontractual-, cumpliéndose con los demás requisitos. Así, es posible afirmar que la indemnización cumple una función, esencialmente, reparadora, ya que su principal objetivo es dejar indemne a la víctima del daño, como si éste no se hubiese producido. Ahora bien, de manera secundaria o indirecta también se le atribuye una finalidad preventiva, pues actuaría como un disuasivo para que los individuos se abstengan de realizar conductas que pudieren ocasionar un daño a terceros. Incluso, parte de la doctrina defiende una función punitiva de la indemnización de perjuicios, por cuanto uno de sus objetivos sería sancionar la conducta del agente causante del daño.

En consecuencia, la responsabilidad civil se muestra, al menos en principio, como un instrumento idóneo para obtener la reparación de los daños ocasionados por los miembros de una familia entre sí. Esta vinculación entre el Derecho de Daños y el Derecho de Familia ha sido desarrollada, principalmente, respecto de las relaciones conyugales, en que se pueden verificar situaciones de violencia, incumplimiento del deber de fidelidad, contagio de enfermedades de transmisión sexual, entre otras hipótesis en que los cónyuges pueden lesionarse entre sí.

Sin embargo, un aspecto menos desarrollado han sido los daños en el ámbito de las relaciones paterno-filiales, por ejemplo, en el caso de un niño, niñas o adolescente que no ha sido reconocido por su progenitor o un padre que no cumple con el régimen de relación directa y regular establecido. Se trata de supuestos en que, si bien pueden existir daños para los hijos, su reparación no se encuentra expresamente establecida en el ordenamiento jurídico nacional. Precisamente, el objetivo de esta tesis es analizar la posibilidad de aplicar el estatuto de responsabilidad civil a los daños producidos en el ámbito de las relaciones paterno-filiales.

Para facilitar el desarrollo de los contenidos, el presente trabajo se encuentra dividido en tres capítulos. En el primero se analiza la posibilidad de aplicar la responsabilidad civil en las relaciones de familia, mientras que en los siguientes capítulos el ámbito de estudio se circunscribe a las relaciones paterno-filiales. Así, en el segundo capítulo se desarrollan dos hipótesis en que los padres podrían ocasionar daños a los hijos: (i) el ejercicio defectuoso del cuidado personal por parte de alguno de los padres y (ii) el incumplimiento del régimen de relación directa y regular. Por último, el tercer capítulo se refiere a la indemnización de los perjuicios ocasionados al hijo/a por la falta de reconocimiento voluntario de la paternidad.

## **CAPÍTULO I: RESPONSABILIDAD POR DAÑOS EN EL DERECHO DE FAMILIA**

El objetivo del presente capítulo consiste en dilucidar la procedencia, en términos generales, de la responsabilidad civil en el ámbito del Derecho de Familia, estableciendo las bases para el posterior análisis sobre las hipótesis específicas de daño en las relaciones paterno-filiales. El desarrollo del presente capítulo seguirá el siguiente orden: en primer lugar, se hará referencia a los daños en el Derecho de Familia, señalando las posibles definiciones y clasificaciones de daño; luego, se analizarán los argumentos a favor y en contra de la aplicación de la responsabilidad civil a los daños producidos en las relaciones de familia; y, por último, se expondrá la situación actual de la materia en el Derecho Chileno.

### **1. Daños en las relaciones de familia**

#### **1.1. Concepto de daño**

Es necesario comenzar con un tratamiento general del daño dada la relevancia que éste tiene dentro de la responsabilidad civil, pues, como bien señala Barros: “Metafóricamente puede decirse que al comienzo de la responsabilidad está el daño. (...) El objeto de la responsabilidad civil no es expresar un juicio de reproche, sino corregir el efecto adverso que el hecho del demandado haya causado a la víctima. Su ámbito es precisamente el de la justicia correctiva, que pretende restablecer, en la relación entre el demandado y la víctima, el orden que ha sido alterado por el daño”<sup>5</sup>. Según ello, se ha sostenido que no puede haber responsabilidad sin daño.

Pese a la importancia del daño dentro de la responsabilidad civil, no es posible encontrar una definición del mismo en el Código de Bello, el que sólo se limita a hacer uso de dicho concepto sin dar luces sobre lo que se debe entender por daño o perjuicio. Por consiguiente, han sido la doctrina y la jurisprudencia nacional las llamadas a construir un concepto de daño, existiendo al menos dos grandes posturas a las que se hará referencia sucintamente a continuación.

---

<sup>5</sup> BARROS BOURIE, Enrique. (2006). Tratado de responsabilidad extracontractual. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. p. 215.

En primer lugar, está aquella tendencia que considera al daño, de acuerdo con Brebbia, como “la violación de uno o varios de los derechos subjetivos que integran la personalidad jurídica de un sujeto, producida por un hecho voluntario, que engendra en favor de la persona agraviada el derecho de obtener una reparación del sujeto a quien la norma imputa el referido hecho, calificado de ilícito”<sup>6</sup>. Por lo tanto, esta doctrina establece una noción restringida del daño, pues sólo podrían ser reparados aquellos perjuicios que se produzcan con ocasión de la violación de un derecho subjetivo<sup>7</sup>.

En segundo lugar, se encuentra una definición amplia del daño que abarcaría todo detrimento, perjuicio, menoscabo o molestia que recibe una persona por culpa de otra en su persona o patrimonio<sup>8</sup>. De acuerdo con esta definición, son bienes jurídicos susceptibles de ser protegidos todos los intereses lesionados<sup>9</sup>, sean patrimoniales o extrapatrimoniales, que tengan el carácter de legítimos y relevantes<sup>10</sup>. Cabe advertir que el hecho de que el interés tenga que ser legítimo no significa que deba ajustarse a una situación legalmente establecida sino que, definiéndolo negativamente, son legítimos todos aquellos intereses que no son contrarios al Derecho, por lo tanto, en principio, todos los intereses son susceptibles de protección, salvo que sean ilegítimos. Por otra parte, la exigencia de un daño significativo o relevante busca excluir aquellas molestias o turbaciones que los sujetos se causan como consecuencia normal de la vida en común. El ámbito en el que esta exigencia cobra mayor relevancia es a propósito del daño moral, en el que los márgenes del daño indemnizable son difusos, siendo necesario establecer un límite que impida la expansión de la reparación a cualquier molestia o frustración<sup>11</sup>. De esta forma, el requisito de la relevancia del daño se alza como un elemento morigerador dentro de la concepción amplia del daño.

Ahora bien, la tendencia mayoritaria en la jurisprudencia nacional es caracterizar al daño como un perjuicio, menoscabo, disminución o pérdida para quien lo experimente como

---

<sup>6</sup> Citado en FUEYO LANERI, Fernando. (2004). Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones. 3a edición actualizada. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. p. 373.

<sup>7</sup> BARROS BOURIE, Enrique. Op. cit. p.220.

<sup>8</sup> BARROS BOURIE, Enrique. Loc. cit; DIEZ SCHWERTER, José Luis. (1997). El daño extracontractual: jurisprudencia y doctrina. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile p.25;

<sup>9</sup> Véase MOSSET ITURRASPE, Jorge. (1973). Responsabilidad por daños. Parte General. Tomo I. Buenos Aires. EDIAR. Sociedad Anónima editora Comercial, industrial y financiera. p. 143-146; VÁSQUEZ FERREYRA, Roberto. (1993). Responsabilidad por daños (Elementos). Buenos Aires, Argentina. Ediciones Depalma. p.174.

<sup>10</sup> FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo. (2012). Curso de Derecho Civil. Tomo IV. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. pp.133-134; CORRAL TALCIANI, Hernán. (2003). Lecciones de responsabilidad civil extracontractual. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. pp.139-141.

<sup>11</sup> BARROS BOURIE, Enrique. Op. cit. pp.219-226.

consecuencia de la acción u omisión imputable a otro individuo<sup>12</sup>, siguiendo una concepción amplia del daño.

En síntesis, el concepto de daño más aceptado por la doctrina y jurisprudencia en nuestro Derecho es aquel que lo caracteriza como la lesión a un interés. Sin embargo, es importante tener en consideración que un concepto tan amplio de daño puede tener consecuencias negativas al incentivar una expansión de aquellas situaciones de hecho susceptibles de ser calificadas como daño, ampliándose desmedidamente los límites de la responsabilidad civil. En este sentido, “el ordenamiento de la responsabilidad civil tiene que definir los límites entre las turbaciones a intereses que son *daños en sentido jurídico* y las que forman parte de los costos que debemos asumir por vivir en sociedad”<sup>13</sup>, precisamente por ello la doctrina ha introducido como requisitos que el interés lesionado sea legítimo y significativo o anormal. En definitiva, como puede apreciarse, seguir una u otra concepción del daño tiene consecuencias importantes sobre el alcance que tendrá la responsabilidad civil al momento de establecer qué menoscabos deberán ser indemnizados y cuál es su límite.

## 1.2. Tipos de daño

Ya desarrolladas las concepciones del daño, enseguida corresponde realizar una clasificación de estos, poniendo énfasis en las hipótesis en que pueden concurrir perjuicios en las relaciones de familia.

Clásicamente, se ha establecido una primera gran clasificación basada en la naturaleza del interés lesionado, distinguiéndose entre daños patrimoniales y no patrimoniales o morales. Los daños de carácter patrimonial son aquellos en que se produce un detrimento en el patrimonio, sea porque existe una disminución efectiva del activo, o porque se ha impedido que el activo aumente<sup>14</sup>. En tanto, el daño moral es caracterizado

---

<sup>12</sup> Véase las siguientes sentencias: Sentencia de la Corte Suprema. 23 de noviembre de 2017. Rol N°24873-2017; Sentencia del Tribunal Constitucional. 10 de junio de 2008. Rol N°943-2007. Asimismo, véase BARROS BOURIE, Enrique. Op. cit. p.221.

<sup>13</sup> BARROS BOURIE, Enrique. (2006). Tratado de responsabilidad extracontractual. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. p. 222.

<sup>14</sup> Ibid. p. 231.

La definición señalada pone de manifiesto los conceptos de daño emergente y lucro cesante, los que Figueroa conceptualiza de la siguiente manera: “El daño emergente está constituido por el detrimento patrimonial efectivo que experimenta una persona. Su existencia importa, por lo tanto, un empobrecimiento real, esto es, la desaparición por obra del ilícito civil de un bien que formaba parte del activo del patrimonio”; en tanto, el lucro

actualmente como la lesión a intereses que carecen de significación patrimonial<sup>15</sup>. Desde ya, conviene hacer presente que los daños morales son los más relevantes para este trabajo, ya que, como se verá más adelante, estos son los que suelen concurrir en el ámbito familiar.

### 1.3. Clasificación de los daños en las relaciones de familia

Ahora bien, encasillando el análisis a los daños en las relaciones familiares, existen diversos supuestos en que el Derecho de Familia podría estar vinculado al Derecho de Daños. Dichas hipótesis han sido clasificadas en dos grandes grupos, denominados perspectiva externa y perspectiva interna<sup>16</sup>.

En cuanto a la perspectiva externa, puede estar representada, en primer lugar, por aquellos supuestos en que los daños son “causados por un miembro de una familia, cuando esta condición resulta relevante, a un individuo que no forma parte de ella”<sup>17</sup>, y en segundo lugar, por aquellos casos en que los daños son “ocasionados por un tercero a uno de dichos miembros, cuando esta condición resulta relevante”<sup>18</sup>. Así, por ejemplo, dentro de esta clasificación encontramos la responsabilidad de los progenitores por los daños causados por sus hijos menores de edad, o la de los guardadores que deben responder por los daños causados por las personas que tienen a su cargo<sup>19</sup>. En consecuencia, al tratarse de situaciones en que se encuentra involucrado un miembro del grupo familiar y un tercero, donde los daños son producidos por circunstancias ajenas a las relaciones familiares, se debe concluir que opera sin dificultad la responsabilidad civil<sup>20</sup>, no constituyendo, por lo tanto, casos de interés para el presente trabajo.

Por otra parte, dentro de la perspectiva interna, se encuentran aquellos casos en que “los sujetos de la relación nacida del daño deben encontrarse necesariamente unidos por un

---

cesante es “la utilidad, provecho o beneficio económico que una persona deja de obtener como consecuencia del hecho ilícito”. FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo. Op. cit. pp.133-134.

<sup>15</sup> BARROS BOURIE, Enrique. Op. cit. p. 232.

<sup>16</sup> MEDINA, Graciela. Daños en el Derecho de Familia. Op. cit. p. 17.

<sup>17</sup> HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel. (2016). Las consecuencias de la infracción de deberes matrimoniales no dan lugar a indemnización. *Revista Chilena de Derecho Privado*. N° 27: 95-140. p. 96

<sup>18</sup> Ibid. p. 97

<sup>19</sup> El artículo 2320 del Código Civil dispone que toda persona es responsable por los delitos o cuasidelitos de quienes estén a su cuidado. Así, los padres responden por el hecho de sus hijos menores de edad que habiten en la misma casa, mientras que los tutores y curadores responden por el hecho del pupilo que vive bajo su dependencia y cuidado.

<sup>20</sup> MÉNDEZ COSTA, María Josefa. (2006). Los principios jurídicos en las relaciones de familia. Buenos Aires y Santa Fe, Argentina. Rubinzal-Culzoni. p. 344.

vínculo familiar que repercute decididamente en el conflicto”<sup>21</sup> o, dicho de otra forma, la perspectiva interna se refiere a los “daños infligidos por los integrantes del grupo familiar entre sí”<sup>22</sup>. A su vez, los daños encasillables dentro de la perspectiva interna pueden subclasificarse en generales y específicos. Los primeros son entendidos como “aquellos que, sin perjuicio de acontecer entre familiares, pueden tener lugar en cualquier ámbito relacional”<sup>23</sup>, a modo de ejemplo, dentro de esta categoría se encuentran los daños producidos por violencia intrafamiliar, los derivados del contagio de enfermedades de transmisión sexual, entre otros. En tanto, los específicos son aquellos en que concurren dos elementos, a saber, acontecen entre familiares y tienen lugar respecto de intereses protegidos en particular por el Derecho de Familia. Dentro de esta categoría es posible encontrar, entre otros, los daños ocasionados por la falta de reconocimiento de un hijo, los derivados de la obstaculización del régimen de cuidado personal o de la relación directa y regular por parte de alguno de los progenitores<sup>24</sup>.

En definitiva, este trabajo se referirá solamente a los daños específicos de la perspectiva interna en el ámbito de las relaciones paterno-filiales, por ser en ellos donde se presentan los mayores problemas de vinculación entre el Derecho de Familia y el Derecho de Daños.

## **2. Posibilidad de reparar los daños provocados en las relaciones de familia. Argumentos a favor y en contra**

Corresponde ahora desarrollar la posibilidad de aplicar la responsabilidad civil a los daños producidos en el ámbito de las relaciones de familia. Al respecto, se han desarrollado dos grandes posturas doctrinarias, conocidas como tesis negatoria y tesis permisiva<sup>25</sup>, cuyos planteamientos se basan, principalmente, en los siguientes argumentos: la especialidad del Derecho de Familia; el principio de *non bis in idem*; el carácter ético o moral del Derecho de Familia y de los deberes familiares; la inmunidad familiar; el aumento de la conflictividad

---

<sup>21</sup> Ibid. p. 344.

<sup>22</sup> LEPIN MOLINA, Cristián. (2014). Responsabilidad civil en las relaciones de familia. En: LEPIN MOLINA, Cristián (Director) y VARGAS ARAVENA, David (Coordinador). Responsabilidad Civil y Familia. Santiago, Chile. Thomson Reuters. 397-438. p. 399

<sup>23</sup> HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel. Las consecuencias de la infracción de deberes matrimoniales no dan lugar a indemnización. Op. cit. p. 97

<sup>24</sup> Ibid. p. 97.

<sup>25</sup> HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel. (2008). Responsabilidad civil por daños ocasionados en las relaciones de familia: Charla dictada el martes 4 de noviembre de 2008. Santiago, Chile. Colegio de Abogados de Chile A.G. p.

familiar y la sobrecarga del aparato jurisdiccional; y la verificación de los requisitos de la responsabilidad civil.

## 2.1. Especialidad del Derecho de Familia

Es posible distinguir dos afirmaciones planteadas respecto de este argumento. Primero, que las particularidades propias del Derecho de Familia y de sus instituciones son incompatibles con las reglas de la responsabilidad civil. Segundo, y como consecuencia de lo anterior, que los conflictos e ilícitos ocurridos en las relaciones de familia sólo pueden ser resueltos aplicando los mecanismos específicos contemplados en el Derecho de Familia<sup>26</sup>.

En cuanto a la primera afirmación, se ha sostenido que, “el principio de especialidad que domina el Derecho de Familia y las características propias de la institución del matrimonio y de las relaciones paterno-filiales no permiten aplicar normas que son propias, o bien del ámbito negocial, o bien del Derecho de Daños”<sup>27</sup>. Este argumento guarda estrecha relación con el carácter ético del Derecho de Familia, al que se hará referencia más adelante.

Respecto de la segunda afirmación, nuestro ordenamiento jurídico dispone diversos remedios específicos, distintos de la indemnización de perjuicios, con el objeto de solucionar los conflictos y la infracción de deberes familiares, encontrándose figuras como el divorcio y la separación judicial para las relaciones matrimoniales; la privación del cuidado personal y la modificación del régimen de relación directa y regular para las relaciones paterno-filiales; y, la compensación económica y la privación de la patria potestad, entre otros, para las relaciones patrimoniales entre los miembros de una familia<sup>28</sup>.

Sin embargo, existen supuestos en los que el ordenamiento jurídico ha dispuesto expresamente la aplicación de la responsabilidad civil en el Derecho de Familia, tal como sucede a propósito de las acciones de filiación, la administración de los bienes del hijo o

---

<sup>26</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María. (2009). Responsabilidad civil en el derecho de familia. Especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales. España. Cizur Menor, Civitas, Thomson Reuters. p. 100.

<sup>27</sup> Ibid. p. 100

<sup>28</sup> HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel. Responsabilidad civil por daños ocasionados en las relaciones de familia: Charla dictada el martes 4 de noviembre de 2008. Op. cit. p.12.

pupilo y el derecho de alimentos, entre otros<sup>29</sup>. Por ahora, sólo quedarán señalados dichos casos, pero se volverá a ellos con más detalle en el apartado sobre la situación actual en el Derecho Chileno.

En suma, el legislador civil reguló situaciones en que opera la indemnización de perjuicios u otras consecuencias diversas frente a la concurrencia de daños o infracciones a deberes familiares, pero no dispuso ninguna norma de carácter general que permita la reparación del daño en el ámbito de las relaciones de familia. A partir de lo anterior, como argumento *a contrario sensu*, desde el punto de vista de la tesis negatoria, podría llegar a concluirse que, si el legislador tuvo que regular expresamente ciertas hipótesis en que sí procede la responsabilidad civil frente a los daños ocurridos en las relaciones familiares, entonces la regla general sería que aquella no sea procedente<sup>30</sup>.

Dentro de la jurisprudencia nacional, encontramos un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago en que, refiriéndose a la indemnización de los daños ocasionados por adulterio, señaló lo siguiente, en el considerando décimo noveno: “el derecho de familia por su especialidad, contempla sus propias sanciones, no siendo aplicables 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”<sup>31</sup>. En la misma línea de pensamiento se pronunció la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, al manifestar en el considerando décimo cuarto de la sentencia pronunciada en la causa Rol N°181-2010 que: “pretender una indemnización por daño moral por una presunta relación extramatrimonial de uno de los cónyuges, es contraria al orden público, ya que aún en el caso de ser comprobada estaríamos frente a lo que el artículo 132 del Código Civil considera una grave infracción al deber de fidelidad que impone el matrimonio lo que según el mismo artículo da origen a las sanciones que la ley prevé, entre las cuales por cierto, las normas de orden público que regulan el matrimonio, no ha considerado la indemnización por daños morales al otro cónyuge”<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel. Las consecuencias de la infracción de deberes matrimoniales no dan lugar a indemnización. Op. cit. p. 112.

<sup>30</sup> Este argumento es señalado, a propósito del divorcio sanción, en HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel. Responsabilidad civil por daños ocasionados en las relaciones de familia: Charla dictada el martes 4 de noviembre de 2008. Op. cit. p. 32.

<sup>31</sup> Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago. 10 de noviembre de 2009. Rol N°7738-2007.

<sup>32</sup> Sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt. 20 de diciembre de 2010. Rol N°181-2010.

Ahora bien, desde el punto de vista de la tesis permisiva, se argumenta que, además del Derecho de Familia, existen otras ramas que tienen sus propios principios, como el Derecho Laboral o el Derecho Administrativo, entre otros, en las cuales se aplican igualmente las reglas de la responsabilidad civil, pues el Derecho Civil es el Derecho Común<sup>33</sup>. Lo anterior se aplica también al Derecho de Familia, porque éste “no es un sistema cerrado y completo con capacidad para resolver con sus propias reglas todos los conflictos planteados”<sup>34</sup>, siendo necesario recurrir a las normas comunes del Derecho Civil. De esta manera, la existencia de sanciones específicas para el incumplimiento de deberes familiares no impide la aplicación de la responsabilidad civil para reparar los daños que se hayan causado<sup>35</sup>.

En un sentido similar se pronunció la Corte de Apelaciones de Talca a propósito de la indemnización de perjuicios entre cónyuges por la transmisión del virus del papiloma humano, señalando lo siguiente: “Que, aun cuando ni en nuestro Código Civil ni en la ley N°19.947 encontramos normas que reglamenten en general, la situación de los daños civiles producidos con ocasión de las relaciones de familia, en especial, al interior del matrimonio, apartándonos por la línea jurisprudencial expuesta, seguimos a la doctrina comparada que sobre el particular se inclina mayoritariamente por la posibilidad de indemnizar los daños y perjuicios que se produzcan por el incumplimiento de los deberes matrimoniales. No se vislumbra ninguna buena razón para impedir, *a priori*, una posible indemnización por el incumplimiento de los deberes matrimoniales”<sup>36</sup>. Una opinión similar siguió el 10° Juzgado Civil de Santiago, en el caso «*Moller con Moller*», en que la demandante solicitó la indemnización de perjuicios en contra de su padre por los daños sufridos a causa de la falta de reconocimiento voluntario de la paternidad, manifestando en su considerando décimo octavo lo siguiente: “Que de lo anterior, esta juez, inclinará su opinión a la procedencia de la responsabilidad en materia de familia, específicamente al caso que nos convoca, en la relación paterno filial independiente de las sanciones y reparaciones específicas de la

---

<sup>33</sup> MEDINA, Graciela. Daños en el Derecho de Familia. Op. cit. p. 50; LEPIN MOLINA, Cristián. Responsabilidad civil en las relaciones de familia. Op. cit. p. 415.

<sup>34</sup> MURILLAS ESCUDERO, Juan Manuel. La responsabilidad civil extracontractual por daños morales en la relación conyugal. [En línea]. *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja (REDUR)*. N°13, diciembre 2015: 111-127. p. 123. <<https://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero13/murillas.pdf>> [Consultado el 15 de agosto de 2018]

<sup>35</sup> CORRAL TALCIANI, Hernán. (2014). La incipiente jurisprudencia chilena sobre daños en la familia. *Revista de Derecho de Familia*. N°4-2014: 51-60. p. 59.

<sup>36</sup> Sentencia Corte de Apelaciones de Talca, 31 de agosto de 2012, Rol N°133-2012.

materia, como lo es en este caso la privación de derechos del padre cuyo reconocimiento ha sido generado en contra de su voluntad<sup>37</sup>.

En cuanto a jurisprudencia extranjera, puede citarse un fallo de la Corte Suprema de Casación de Italia en que, resolviendo sobre la procedencia de la indemnización de los daños ocasionados por la infracción del deber de fidelidad, afirmó que la violación de los deberes matrimoniales no sólo trae como consecuencia la aplicación de las medidas específicas que establece el ordenamiento jurídico, tales como la separación y el divorcio, sino que también puede dar lugar a la indemnización de los perjuicios causados<sup>38</sup>.

En síntesis, teniendo en consideración lo señalado por la doctrina y la jurisprudencia, se puede concluir que la especialidad del Derecho de Familia no debe ser un obstáculo para aplicar los principios generales de la responsabilidad civil, pues a través de ésta se resguardan los intereses superiores que dicha rama del Derecho busca proteger<sup>39</sup>.

## **2.2. El principio *non bis in idem***

Vinculado con la especialidad del Derecho de Familia, se ha dicho que, al contemplarse sanciones específicas respecto de ciertas hipótesis, no correspondería aplicar además la responsabilidad civil, pues ello llevaría a la imposición de una doble sanción respecto del sujeto que ha causado el daño<sup>40</sup>.

Este argumento que se ha planteado principalmente a propósito de aquellos casos en que se ha solicitado una indemnización de perjuicios por los daños ocasionados con la concurrencia de alguna de las causales del denominado divorcio sanción. Si se entiende que ambas instituciones -indemnización de perjuicios y divorcio sanción- son de carácter punitivo, se podría llegar a considerar que se está estableciendo una doble sanción. Al respecto, se plantean dos reflexiones: primero, si el divorcio, cuando se infringen deberes matrimoniales, constituye una sanción; y, segundo, si la responsabilidad civil tiene carácter sancionador<sup>41</sup>.

---

<sup>37</sup> Sentencia 10° Juzgado Civil de Santiago, 27 de diciembre de 2013, Rol N°9243-2012.

<sup>38</sup> Motivo de la Decisión N°2.6 de la Sentencia de la Corte Suprema de Casación de Italia. 15 de septiembre de 2011. N°18853/2011.

<sup>39</sup> LEPIN MOLINA, Cristián. Responsabilidad civil en las relaciones de familia. Op. cit. p.416.

<sup>40</sup> Ibid. p.417.

<sup>41</sup> Ibid. p.417.

Estos aspectos, si bien escapan al objeto del presente trabajo, necesitan ser abordados brevemente.

En cuanto al carácter sancionador de la responsabilidad civil extracontractual, si bien es posible encontrarlo en sus orígenes, la doctrina contemporánea considera que la función de la responsabilidad civil es esencialmente reparadora y no punitiva<sup>42</sup>. Así lo defienden Corral<sup>43</sup> y Barros<sup>44</sup>, para quienes el principal fundamento de la responsabilidad civil es la justicia correctiva, que busca restablecer el orden alterado por la ocurrencia del hecho dañoso. Precisamente por ello, el objetivo primordial de la responsabilidad civil es la compensación de la víctima a través de una indemnización, cuya medida es el daño sufrido por aquella y no la culpabilidad, como lo sería si el fundamento de la responsabilidad fuese la justicia retributiva, demostrándose de esta forma que su finalidad es reparar y no sancionar<sup>45</sup>. Lo anterior no es exclusivo de nuestro ordenamiento jurídico, sino que es una característica común del Derecho Continental, tal como se puede apreciar en los artículos 1902 del Código Civil de España, el artículo 1240 del Código Civil de Francia<sup>46</sup>, o el artículo 2314 del Código Civil Chileno, que ordenan indemnizar sólo el daño que ha sido causado a la víctima, en base al fin reparador de la responsabilidad civil<sup>47</sup>.

En cuanto al carácter sancionador del divorcio por culpa, Ramos afirma que “está concebido como una pena para el cónyuge culpable de una conducta que lesiona gravemente la vida familiar”<sup>48</sup>. En contra de dicha postura, Lepin manifiesta que el divorcio no constituye una sanción, sino que corresponde al mecanismo legal para poner fin al

---

<sup>42</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis. (1999). Derecho de daños. Madrid, España. Civitas. p. 44.

<sup>43</sup> CORRAL TALCIANI, Hernán. Lecciones de responsabilidad civil extracontractual. Op. cit. p. 69.

<sup>44</sup> BARROS BOURIE, Enrique. Op. cit. pp. 38 y 215.

<sup>45</sup> Ibid. p.38.

<sup>46</sup> Es necesario consignar que dicha norma, antiguamente, correspondía al artículo 1382 del Código Civil francés. La disposición actual establece que: “Todo hecho del hombre, que causa un daño a otro, deberá ser reparado por quien lo causó con culpa”. Traducción libre de: “*Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer*”.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>> [Consultado el 25 de junio de 2018]

<sup>47</sup> RODRÍGUEZ CURUTCHET, Juan Pablo. (2009). La evaluación del daño moral en la jurisprudencia. Santiago, Chile. Fundación Fernando Fuego Laneri y Universidad Diego Portales, Legal Publishing. p. 23.

<sup>48</sup> RAMOS PAZOS, René. (2010). Derecho de familia. Tomo I. Op. cit. pp.105 y 106.

De igual manera, ya en la moción parlamentaria N°1759-18, de fecha 28 de noviembre de 1995, que dio inicio a la tramitación de la Nueva Ley de Matrimonio Civil, se señaló que en la figura del divorcio sanción “está presente la idea de que uno de los cónyuges puede ser culpable por un hecho o conducta atentatorio contra el bien de la familia, y el divorcio es concebido entonces como un castigo”.

[https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file\\_ley/5731/HLD\\_5731\\_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf](https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/5731/HLD_5731_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf)> [Consultado el 2 de agosto de 2018] p.8

matrimonio<sup>49</sup>. Por otro lado, en la doctrina comparada, Méndez aboga por una postura intermedia, y si bien no niega el carácter punitivo del divorcio sanción, estima que el fundamento de la indemnización de los perjuicios tiene su justificación en la función reparadora de la responsabilidad civil, por lo que no existiría una doble sanción<sup>50</sup>. Por último, Mosset es de una idea similar al considerar que, “no se viola el *non bis in idem*, no se castiga dos veces, con dos sanciones, al mismo comportamiento: cada sanción aprecia un aspecto distinto del obrar antijurídico, el divorcio, el aspecto familiar, y la indemnización, el aspecto patrimonial, que significa quitarle a uno de los esposos la plenitud moral o económica haciéndolo víctima de un detrimento o menoscabo”<sup>51</sup>.

Como puede observarse, la utilización del principio del *non bis in idem* como argumento en contra de la aplicación de la responsabilidad civil en las relaciones de familia es acotada, en primer lugar, porque suele plantearse a propósito de los casos en que el ordenamiento jurídico establece una sanción o medida específica en las relaciones de familia, no pudiendo ser aplicable en situaciones en que el Derecho de Familia no contempla ninguna sanción; y, en segundo lugar, porque es un argumento que se aplica generalmente en supuestos de divorcio sanción o por culpa, y siempre que se consideren como sanciones tanto al divorcio como a la indemnización de perjuicios, lo que es discutido en ambos casos.

### **2.3. El carácter ético del Derecho de Familia y de los deberes familiares**

A grandes rasgos, el asunto puede resumirse en la siguiente pregunta planteada por Rodríguez Guitián, “¿se está ante verdaderas obligaciones jurídicas o sólo ante meros deberes de carácter ético o moral, de manera que su incumplimiento nunca tendrá como consecuencia el resarcimiento del daño causado (...)?”<sup>52</sup>.

De esta manera, para una parte de la doctrina, una de las características del Derecho de Familia “es el contenido eminentemente ético de los derechos y deberes dimanantes de las relaciones familiares (v.gr., relaciones entre cónyuges, entre padres e hijos, entre guardador y persona con discapacidad), con un componente cultural y moral que forma parte

---

<sup>49</sup> LEPIN MOLINA, Cristián. Responsabilidad civil en las relaciones de familia. Op. cit. p. 418.

<sup>50</sup> MÉNDEZ COSTA, María Josefa. Los principios jurídicos en las relaciones de familia. Op. cit. p. 354.

<sup>51</sup> Citado en MÉNDEZ COSTA, María Josefa. Los principios jurídicos en las relaciones de familia. Op. cit. p. 354.

<sup>52</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María. Responsabilidad civil en el derecho de familia. Especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales. Op. cit. p. 83.

de su esencia<sup>53</sup>. Ramos sigue el mismo orden de ideas, para quien el Derecho de Familia tiene un contenido eminentemente ético, una muestra de ello serían las normas del Código Civil que establecen deberes cuya inobservancia no conlleva ninguna sanción o tienen una sanción atenuada, ya sea porque no son susceptibles de cumplirse coercitivamente o porque el Derecho ha estimado más conveniente dejar su cumplimiento al sentido ético de los miembros de la Familia<sup>54</sup>. Abeliuk, por su parte, estima que los denominados deberes específicos de conducta -como los deberes de familia que rigen las relaciones no pecuniarias de sus miembros- no son obligaciones técnicamente hablando sino que se trata de deberes con un contenido moral y afectivo que, en caso de inobservancia, impide que puedan ser ejecutados forzosamente o susceptible de ser indemnizados<sup>55</sup>.

Entre la doctrina más contemporánea, a propósito del contenido moral de los deberes conyugales, Tapia afirma que el carácter ético de dichos deberes no impide que puedan tener consecuencias jurídicas, como el divorcio o la separación judicial, pues “desde el mismo momento en que se encuentran descritos en la ley, son deberes de naturaleza jurídica, pero por su propio contenido ético el derecho no puede obligar a los cónyuges a cumplirlos de manera forzada o a indemnizar su cumplimiento”<sup>56</sup>.

También a propósito de los deberes conyugales, Hernández plantea que éstos no serían obligaciones en un sentido jurídico, pues en dichos deberes prima su faceta moral por sobre la jurídica, lo que, unido a la imposibilidad de exigir su cumplimiento compulsivo en naturaleza, impide que se pueda exigir la indemnización de perjuicios como cumplimiento en equivalencia. Es decir, si bien los deberes conyugales se encuentran tipificados en nuestro ordenamiento jurídico y su infracción puede tener ciertas consecuencias jurídicas, como el divorcio o la separación judicial, no puede dar lugar a la indemnización de perjuicios<sup>57</sup>.

---

<sup>53</sup> BELTRÁ CABELLO, Carlos; SÁNCHEZ ALONSO, Marta; LINACERO DE LA FUENTE, María. (2016) Tratado de Derecho de Familia. Aspectos Sustantivos. Procedimiento. Jurisprudencia. Formularios. [En línea]. España. Tirant Lo Blanch. pp. 17 y 18.

<<http://biblioteca.tirant.com.uchile.idm.oclc.org/cloudLibrary/ebook/show/9788491195931>> [Consultado el 17 de marzo de 2018]

<sup>54</sup> RAMOS PAZOS, René. Derecho de familia. Tomo I. Op. cit. p. 15.

<sup>55</sup> ABELIUK MANASEVICH, René. (2008). Las Obligaciones. Tomo I. 5a edición actualizada. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. p. 37.

<sup>56</sup> TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. (2016). Contra la indemnización de perjuicios por incumplimiento de deberes conyugales. En: GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz (Coordinadora); LEPIN MOLINA, Cristián (Coordinador). Estudios de Derecho Familiar I. Jornadas Nacionales de Derecho Familiar. Facultad de Derecho Universidad de Chile Santiago, Chile. Thomson Reuters La Ley. 163-180. p.169.

<sup>57</sup> HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel. Las consecuencias de la infracción de deberes matrimoniales no dan lugar a indemnización. Op. cit. pp. 103-111.

En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte de Apelaciones de Santiago, en la causa Rol N°7738-2007, a la que ya se hizo referencia anteriormente, indicando en el considerando décimo quinto de la sentencia lo siguiente: “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 (...)”<sup>58</sup>.

Por otra parte, en contra del carácter ético de los deberes familiares, se puede argumentar que el contenido ético de las normas y deberes del Derecho de Familia no obstan a su carácter jurídico, ni pueden llevar a negar la existencia de los daños ocasionados en las relaciones familiares<sup>59</sup>. En términos similares se manifiesta Rodríguez en la doctrina extranjera, al opinar que los deberes familiares son obligaciones que no pierden su juridicidad por el hecho de ser de difícil coerción, por ello no puede ser excluida en términos absolutos la posibilidad de indemnizar los daños<sup>60</sup>.

En la jurisprudencia nacional, la Corte de Apelaciones de Talca aceptó el carácter jurídico de los deberes y obligaciones que nacen de las relaciones de familia, de esta manera lo manifestó en el fallo de fecha 31 de agosto de 2013, ya mencionado<sup>61</sup>, en su considerando décimo: “Con todo, en la actualidad, tanto en la doctrina comparada como nacional, tiene mayor acogida aquella tesis que defiende el carácter jurídico de los deberes y derechos conyugales, siguiendo de esa forma a la Escuela Exegética francesa, inspirada en el Código Civil francés, que los considera ‘auténticos deberes jurídicos exigibles legalmente’. En efecto, ‘la casi unanimidad de la doctrina española sostiene la postura de que estamos frente a verdaderos deberes jurídicos, dotados de un fuerte contenido ético o moral, que carecen de coercibilidad jurídica; pero que no obstante, su carácter ético o moral no le priva de su juridicidad y, viceversa, su carácter jurídico no le priva de ser considerado también como un deber moral o ético. En este sentido, reconocen que se tratan de deberes jurídicos incoercibles directamente, pero agregan que ello no les priva de su juridicidad, sino que al

<sup>58</sup> Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago. 10 de noviembre de 2009. Rol N°7738-2007.

<sup>59</sup> LEPIN MOLINA, Cristián. Responsabilidad civil en las relaciones de familia. Op. cit. p. 420.

<sup>60</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María. Responsabilidad civil en el derecho de familia. Especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales. Op. cit. p. 84.

<sup>61</sup> Véase la página 17 del presente trabajo.

contrario, hace tanto más urgente arbitrar los medios precisos para mantenerlas en pie en esta condición suya plenamente jurídica. (...)”<sup>62</sup>.

En conclusión, es importante destacar del análisis sobre el carácter moral de los deberes familiares que la tendencia actual es no privarlos de su condición de deberes jurídicos por el sólo hecho de ser de difícil o imposible coerción. Una eventual posibilidad de reparar los daños por infracción de deberes familiares no debiera pasar por su coercibilidad, sino por su juridicidad.

#### 2.4. La inmunidad familiar

Desde el punto de vista de la tesis negatoria, el Derecho de Familia establecería “de una u otra forma una libertad para que sus miembros se puedan dañar, amparados precisamente en la relación familiar, dando lugar a campos de inmunidad o privilegio conyugal y parental”<sup>63</sup>.

Para la tesis negatoria, este principio de inmunidad puede encontrar su explicación en la naturaleza misma de las relaciones de familia, pues de ella surgen vínculos de solidaridad que imponen a sus miembros el deber de tolerar y aceptar los daños con el objeto de evitar la interposición de demandas que puedan alterar la armonía familiar<sup>64</sup>. De esta forma, la aplicación de la responsabilidad civil en el Derecho de Familia quedaría

---

<sup>62</sup> Sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca. 30 de Agosto de 2012. Rol N°133-2012.

<sup>63</sup> VARGAS ARAVENA, David. (2009). Daños civiles en el matrimonio. Madrid, España. La Ley, Las Rozas. p. 19. Asimismo, el referido autor le atribuye dos sentidos a la noción de inmunidad. Por una parte, en su sentido amplio, se entiende por inmunidad aquella que permite excluir la aplicación de las normas de responsabilidad civil por haberse causado un daño entre personas de una misma familia. Por otro lado, en su sentido estricto, se puede entender por inmunidad aquella que, sin excluir la aplicación de la responsabilidad civil, modifica la aplicación normal de sus reglas, pasando a otorgar una especie de ventaja a quien ha ocasionado el daño, es decir, un privilegio. Ibid. p. 20.

En el *common law* se han distinguido dos vertientes derivadas del principio de inmunidad. En primer lugar, se encuentra la denominada *interspousal immunity*, que tiene aplicación respecto de los daños causados por un cónyuge en contra del otro, impidiendo la aplicación de las normas de responsabilidad civil a dichos casos. Y, por otro lado, está la denominada *parental immunity*, que aplica en cuanto a los daños ocasionados en las relaciones paterno-filiales, excluyendo de igual manera la aplicación del estatuto de responsabilidad civil para obtener una reparación de los daños. Ibid. pp. 20 y 21.

Desde el punto de vista del *common law* se puede señalar que “el principal efecto del matrimonio sería la fusión de personalidades del hombre y la mujer, de modo que la personalidad de la mujer se suspende durante la vigencia del matrimonio, o por lo menos, se incorporaba a la del marido (...) de esta forma, al constituir una misma persona, no era posible sostener la aplicación de las normas de responsabilidad civil a las relaciones de familia, principalmente entre cónyuges”. LEPIN MOLINA, Cristián. Responsabilidad civil en las relaciones de familia. Op. cit. p. 421.

<sup>64</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María. Responsabilidad civil en el derecho de familia. Especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales. Op. cit. p. 37.

excluida para los defensores de la tesis negatoria, pues ante todo se debe tener en consideración la estabilidad de la familia y su constitución con el fin de resguardar la dimensión fundamental del amor entre sus miembros<sup>65</sup>. Esta idea se encuentra vinculada con los conceptos de *pietas familiae* y solidaridad<sup>66</sup>, que en conjunto impedirían la aplicación de la responsabilidad civil en las relaciones de familia.

Respecto de la *pietas familiae* es necesario detenerse brevemente para dar luces sobre su contenido. La piedad familiar encuentra su fundamento en el amor que existiría entre los miembros de la familia y es, precisamente, en esta dimensión interna donde, para la tesis negatoria, radica la dificultad de aplicar la responsabilidad civil, pues “el amor no es exigible jurídicamente bajo amenaza de ningún tipo de sanción y no cabe reparación por ´no amar` o ´amar menos` o ´haber dejado de amar`”<sup>67</sup>. Por su parte, Pettigiani la define como “el común amor de los miembros de una familia que anima el interés familiar enfocado como el conjunto de bienes necesarios para alcanzar en plenitud los bienes familiares”<sup>68</sup>. Es decir, pone el foco en la comunidad que constituye la familia y la afectividad que existe entre todos sus miembros tendientes al bien común de aquella.

En consecuencia, para determinar la procedencia de una demanda por indemnización de perjuicios, la *pietas familiae* y la solidaridad exigen evaluar si la familia se verá afectada negativamente por el ejercicio de dicha acción<sup>69</sup>. Ramos defiende esta idea al afirmar que en el Derecho de Familia existe un eminente predominio de un interés social superior, como es el de la familia, por sobre el individual de sus miembros<sup>70</sup>.

El Tribunal Supremo de España también siguió esta postura en su momento, tal como queda de manifiesto en el Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia de fecha 30 de julio de 1999, donde sostiene que no cabe comprender la exigibilidad de los deberes matrimoniales dentro del artículo 1101 del Código Civil de España -que se refiere a la

---

<sup>65</sup> Citado en OTAROLA ESPINOZA, Yasna. (2016). Incumplimiento de los deberes matrimoniales y responsabilidad civil. [En línea] México D.F., México y Madrid, España. Ubijus y Reus. p. 35 <<https://books.google.cl/books?id=Rr1UDwAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false>> [Consultado el 19 de abril de 2018]

<sup>66</sup> Sobre el principio de solidaridad familiar véase MEDINA, Graciela. (2016). Principios del derecho de familia. [En línea]. Thomson La Ley. <<http://www.gracielamedina.com/assets/Uploads/Medina-Principios-del-derecho-de-familia.pdf>> [Consultado el 9 de enero de 2018]; MÉNDEZ COSTA, María Josefa. Los principios jurídicos en las relaciones de familia. Op. cit. pp. 287 y ss.

<sup>67</sup> Ibid. p. 366.

<sup>68</sup> Citado en OTAROLA ESPINOZA, Yasna. Op. cit. p. 35

<sup>69</sup> Ibid. p. 36

<sup>70</sup> RAMOS PAZOS, René. Derecho de familia. Tomo I. Op. cit. p. 15.

responsabilidad civil contractual- “pues lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial, obligaría a indemnizar”<sup>71</sup>. La Corte Suprema de Canadá también siguió este criterio en el caso «*Dobson (Litigation Guardian of) vs. Dobson*», estimando que aceptar una demanda de indemnización de perjuicios entre madre e hijo, ocasionaría severas consecuencias psicológicas para la relación que existe entre ambos, afectándose la unidad de la familia y provocando profundos efectos respecto de las mujeres - al establecer un elevado deber de cuidado- y la sociedad canadiense en general<sup>72</sup>.

En contra de la inmunidad familiar, Medina plantea que los cambios experimentados por el Derecho de Familia han llevado a poner el foco y privilegiar aspectos como la individualidad y la autonomía de los miembros de la familia por sobre el interés de ésta, puesto que “[e]l sujeto familiar es, por sobre todas las cosas, una persona, y no existe ninguna prerrogativa familiar que permita que un miembro de la familia cause daño dolosa o culposamente a otro y se exima de responder en virtud del vínculo familiar”<sup>73</sup>. Asimismo, para la mencionada autora, muchas veces la unidad de la familia ya se encuentra quebrantada desde antes, pues de otra manera no se explica que se deba concurrir a la justicia para obtener la reparación del daño ocasionado<sup>74</sup>.

A su vez, en la doctrina nacional Barrientos afirma que la primacía del interés de la familia se ha ido aminorando a partir del surgimiento de otros principios que han llevado a privilegiar el interés de sus miembros, tal como sucede con el interés superior del niño, niña o adolescente, y el interés del cónyuge más débil, los que además se encuentran establecidos en instrumentos internacionales<sup>75</sup>. Vargas sigue la misma línea de pensamiento al manifestar que “se debe recordar el irrestricto respeto que debe existir entre los miembros de una familia a los derechos de la personalidad; la dignidad de la persona es un pilar esencial de nuestra sociedad y, como tal, no puede ni debe ser derogado ni modificado por

---

<sup>71</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de España. Sala de lo Civil. Sección 1°. 30 de julio de 1999. Roj STS 5489/1999. En este caso se interpuso una demanda de indemnización por los daños sufridos a causa de la ocultación de la paternidad, siendo rechazada.

<sup>72</sup> En el párrafo 78 de la sentencia se indica lo siguiente: “*Moreover, the judicial recognition of this cause of action would involve severe psychological consequences for the relationship between mother and child, as well as the family unit as a whole. It is apparent that the imposition of tort liability in this context would have profound effects upon every pregnant woman and upon Canadian society in general*”. Sentencia de la Corte Suprema de Canadá. 9 de julio de 1999. Caso N°26152. *Dobson (Litigation Guardian of) vs. Dobson*. <<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1716/index.do>> [Consultado el 5 de septiembre de 2018]

<sup>73</sup> MEDINA, Graciela. Daños en el Derecho de Familia. Op. cit. p. 21.

<sup>74</sup> Ibid. p. 423.

<sup>75</sup> BARRIENTOS GRANDON, Javier. (2011). Derecho de las personas: El derecho matrimonial. Santiago, Chile. AbeledoPerrot, Legal Publishing Chile, Thomson Reuters. p. 104.

el hecho de hallarnos al interior de la familia, creando de esa forma un campo de inmunidad para que puedan dañarse libremente”<sup>76</sup>.

Por último, parte de la doctrina defiende una posición intermedia, a partir de la caracterización del problema como un conflicto entre los principios de *alterum non laedere* o de no dañar a otro y la protección de la familia, concluyendo que ninguno debe ser excluido por el otro, sino que ambos deben ser armonizados para encauzar la aplicación de la responsabilidad civil<sup>77</sup>. En el mismo sentido se manifiestan Alterini y López Cabana: “la relación de familia no puede implicar un valladar inexorable para los reclamos indemnizatorios de quienes, antes bien que integrantes de ella, son personas. Pero, correlativamente, deben jugar pautas jurídicas condicionantes de la solución justa para cada situación particular”<sup>78</sup>.

Rodríguez Guitián también es partidaria de una posición intermedia en que la aplicación de la responsabilidad civil debe compatibilizarse con la preservación de la paz familiar para evitar una admisión indiscriminada de reclamaciones de daños entre los miembros de una familia, siendo necesario discernir cuáles son los daños indemnizables<sup>79</sup>. Los motivos que da la mencionada autora para negar la aplicación tajante de la preservación de la armonía familiar se pueden resumir de la siguiente manera: en primer lugar, si bien la familia es una estructura fundamental de la sociedad, ello no puede ser un obstáculo para la protección de los derechos de sus miembros, incluso, muchas veces el bien común de la

---

<sup>76</sup> VARGAS ARAVENA, David. Daños civiles en el matrimonio. Op. cit. p. 28.

<sup>77</sup> MÉNDEZ COSTA, María Josefa. Los principios jurídicos en las relaciones de familia. Op. cit. p. 373.

<sup>78</sup> Ibid. p. 372.

<sup>79</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María. Responsabilidad civil en el derecho de familia. Especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales. Op. cit. p. 88.

En Estados Unidos, una sentencia de la Corte Suprema de Wisconsin también llegó a una posición intermedia sobre la aplicación de regla de inmunidad *-parental immunity-*, en el caso «*Goller vs. White*», de 1963, en que se demanda a un padre por haber atropellado accidentalmente a su hijo, opinando que la mencionada regla de inmunidad debe ser derogada, excepto en dos situaciones: cuando el hecho que ocasiona el daño se produce en el contexto del ejercicio de la autoridad parental, y cuando el hecho implica un ejercicio discrecional de los padres respecto de la provisión de comida, ropa, vivienda y servicios médicos. Por lo tanto, la regla de la inmunidad sólo se deroga respecto de los daños personales considerando las excepciones señaladas. (“*After a careful review of the arguments for and against the parental-immunity rule in negligence cases, we are of the opinion that it ought to be abrogated except in these two situations: (1) Where the alleged negligent act involves an exercise of parental authority over the child; and (2) where the alleged negligent act involves an exercise of ordinary parental discretion with respect to the provision of food, clothing, housing, medical and dental services, and other care. Accordingly, the rule is abolished in personal-injury actions subject to these noted exceptions. Thus as against White, plaintiff's complaint states a cause of action which was not negatived by any affidavit submitted by White in support of his motion for summary judgment*”). Sentencia de la Corte Suprema de Wisconsin. 28 de junio de 1963. *Goller (by Guardian ad litem) vs. White* y otros.

<<https://law.justia.com/cases/wisconsin/supreme-court/1963/20-wis-2d-402-6.html>> [Consultado el 13 de septiembre de 2018]

familia sólo podrá ser protegido en la medida que se resguarden los derechos individuales de cada miembro, planteando como ejemplos los casos de violencia intrafamiliar y abuso sexual; en segundo lugar, negar la aplicación de la responsabilidad civil para preservar la armonía y estabilidad familiar parece partir de la base de que sus miembros no pueden proteger su propia relación, siendo que son precisamente los propios miembros de la familia quienes se encuentran en una mejor posición que los tribunales para discernir los efectos que un conflicto judicial tendrá en la familia; y, en tercer lugar, existen situaciones en que no es posible que peligre la paz familiar, pues la armonía ya se ha roto, como sucedería en aquellos casos de daños causados dolosamente<sup>80</sup>.

En la jurisprudencia nacional, en el caso «*Moller con Moller*», ya citado anteriormente<sup>81</sup>, la sentenciadora desestima la aplicación de la inmunidad entre los miembros de la familia, señalando en el considerando décimo séptimo del fallo: “Que si, conforme lo anterior, llegásemos a la conclusión que la responsabilidad extracontractual no ha sido creada para ser aplicada en las relaciones de familia y que los daños ocasionados en esta área solo deben ser sancionados con las reparaciones específicas de esta área del derecho esta sentenciadora comparte el criterio de la autora citada [Alma María Rodríguez Guitián] en el sentido de que ´existiría, en consecuencia, una suerte de inmunidad de los miembros de la familia en cuanto a las reglas generales de la responsabilidad civil”<sup>82</sup>.

A partir de lo expuesto puede concluirse que la doctrina más contemporánea se manifiesta contraria a la aplicación estricta del principio de inmunidad familiar. La reparación de los daños sufridos por un sujeto tendrá lugar aun cuando exista una relación de familia respecto del agente causante del daño, pues nadie deja de ser titular de los derechos de la personalidad por el hecho de estar en una familia<sup>83</sup>. Esto se vincula con el fenómeno de la Constitucionalización del Derecho, en virtud del cual los Derechos Fundamentales garantizados tanto por la Constitución como por los Tratados Internacionales ratificados por Chile, deben ser respetados en todas las ramas del ordenamiento jurídico, incluido el Derecho de Familia, dándole importancia a los individuos y sus derechos e intereses por

---

<sup>80</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María. Responsabilidad civil en el derecho de familia. Especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales. Op. cit. pp. 87 y 88.

<sup>81</sup> Véase la página 17 del presente trabajo.

<sup>82</sup> Sentencia del 10° Juzgado Civil de Santiago. 27 de diciembre de 2013. Rol N°9243-2012.

<sup>83</sup> ROMERO COLOMA, Aurelia María. (2010). Incumplimiento del derecho de visitas y consecuencias jurídicas en el marco familiar. [En línea] Madrid, España. Reus. pp. 9-17

<<https://books.google.cl/books?id=GUxvYG8pHlkC&lpg=PA1&hl=es&pg=PA1#v=onepage&q&f=false>> [Consultado el 2 de julio de 2018]; LEPIN MOLINA, Cristián. Responsabilidad civil en las relaciones de familia. Op. cit. p. 424.

sobre los de la familia<sup>84</sup>. Así, tal como afirma Carbonnier, la familia ahora es “un instrumento entregado a cada uno para el desarrollo de su personalidad”<sup>85</sup>.

## 2.5. El aumento de la conflictividad familiar y sobrecarga del aparato jurisdiccional

El aumento de la conflictividad familiar se vincula con dos observaciones hechas por la tesis negatoria<sup>86</sup>. En primer lugar, que al abrirse el camino para accionar por indemnización de perjuicios en las relaciones de familia, cualquier causa de alteración de la armonía familiar podría dar lugar a demandas entre sus miembros, por muy trivial que fuese el conflicto, ocasionando una sobrecarga de los tribunales. En segundo lugar, que la proliferación de demandas entre miembros de una familia ocasionaría una perturbación en la estabilidad y la paz familiar. Sin embargo, tal como fue señalado en el apartado anterior, la preservación de la estabilidad y la paz no pueden ser motivo para rechazar las acciones de indemnización de perjuicios de manera tajante, sino que se deben complementar con el principio de no dañar.

Ahora bien, sobre la proliferación de demandas, la tesis negatoria estima que sería esperable un aumento considerable en las acciones por indemnización de perjuicios, incrementándose con ello la carga de los tribunales<sup>87</sup>, más aun considerando que en la práctica sería imposible controlar los denominados “casos de bagatela” o casos sin mayor sustento jurídico<sup>88</sup>. Al respecto, es importante analizar cuál sería el tribunal competente para conocer de las demandas por indemnización de perjuicios en las relaciones familiares.

---

<sup>84</sup> Sobre la Constitucionalización del Derecho de Familia puede consultarse TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. (2007). Constitucionalización del Derecho de Familia(s) el caso chileno: Las retóricas declaraciones constitucionales frente a la lenta evolución social. *Revista Chilena de Derecho Privado*, N°8: 155-199; LATHROP GÓMEZ, Fabiola. (2017). Constitucionalización y Jurisprudencia Constitucional en el Derecho de Familia Chileno. *Estudios Constitucionales*. año 15, N°1: 329-372.

<sup>85</sup> Citado en TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. Constitucionalización del Derecho de Familia(s) el caso chileno: Las retóricas declaraciones constitucionales frente a la lenta evolución social. Op. cit. p. 168.

<sup>86</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María. Responsabilidad civil en el derecho de familia. Especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales. Op. cit. p. 85.

<sup>87</sup> De acuerdo con la Memoria Institucional 2017 del Poder Judicial, durante el año 2017 fueron ingresadas 1.759.237 causas civiles, mientras que 792.354 se encontraban pendientes de tramitación al 31 de diciembre de dicho año. Por su parte, el término de causas en dicho período fue de 1.281.202, un 28,1% menos que en el año 2016. <<http://www.pjud.cl/memorias-anuales>> [Consultado el 10 de septiembre de 2018] pp. 249-251. También puede consultarse el informe del Instituto Nacional de Estadísticas del año 2017, disponible en: <<http://www.inec.cl/estadisticas/sociales/justicia>> [Consultado el 20 de enero de 2018]

<sup>88</sup> HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel. Responsabilidad civil por daños ocasionados en las relaciones de familia: Charla dictada el martes 4 de noviembre de 2008. Op. cit. p.13

Parte de la doctrina estima que debieran ser los Tribunales de Familia los competentes para conocer de este tipo de acciones, pues de esta manera se estarían resguardando adecuadamente los derechos de la víctima que sufre el daño, así como los principios de concentración y economía procesal, relevantes para asegurar una tutela judicial efectiva, al evitarse las excesivas dilaciones que tienen lugar en los procesos civiles, teniendo asimismo la ventaja de que la prueba sería aportada en los mismos procedimientos que tengan relación con los supuestos de la responsabilidad civil y las circunstancias fácticas del caso concreto<sup>89</sup>.

En su oportunidad la jurisprudencia también se manifestó partidaria de esta postura, como explica Severin: “la Corte [de Apelaciones de Concepción] estima, interpretando en forma extensiva la redacción abierta del art. 8 N° 19, que el tribunal competente para conocer de las demandas de daño es el Tribunal de Familia”<sup>90</sup>. Sin embargo, en la actualidad no parece posible que los Tribunales de Familia puedan ser competentes para conocer de una acción por indemnización de perjuicios, pues el mencionado numeral 19 que se encontraba vigente a la fecha de la sentencia, y que disponía que será conocida por los Tribunales de Familia “Toda otra cuestión personal derivada de las relaciones de familia”, fue objeto de modificación por parte de la Ley N° 20.286, siendo eliminado y estableciendo en su lugar un nuevo numeral 17 que dispone lo siguiente: “Corresponderá a los juzgados de familia conocer y resolver las siguientes materias: 17) Toda otra materia que la ley les encomiende”. Y, no existiendo ninguna ley que encomiende el conocimiento de las acciones de indemnización de perjuicios a los Tribunales de Familia, el conocimiento de este tipo de demandas recae en los Tribunales Civiles, presentándose con ello el problema de que conflictos propios del Derecho de Familia deban ser resueltos por un tribunal no especializado en la materia<sup>91</sup>.

---

<sup>89</sup> LEPIN MOLINA, Cristián. Responsabilidad civil en las relaciones de familia. Op. cit. p. 437; VALENZUELA DEL VALLE, Jimena. (2012). Responsabilidad civil por el incumplimiento de obligaciones matrimoniales y por el ejercicio abusivo del divorcio unilateral. Un estudio de su admisibilidad en Chile. [En línea]. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*. Sección: Estudios. Año 19. N°1: 241-269. p. 263.

<<https://scielo.conicyt.cl/pdf/rducn/v19n1/art07.pdf>> [Consultado el 25 de mayo de 2018]

<sup>90</sup> SEVERIN FUSTER, Gonzalo Francisco. (2008). Demandas de daños en los Tribunales de Familia. Comentarios a un fallo, a partir de la modificaciones introducida por la ley 20.286 en materia de competencia del tribunal. [En línea]. *Nomos, Universidad de Viña del Mar*. N° 2: 251-259. p. 252.

<<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3999426.pdf>> [Consultado el 27 de mayo de 2018]

<sup>91</sup> HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel. Las consecuencias de la infracción de deberes matrimoniales no dan lugar a indemnización. Op. cit. p. 131.

Precisamente, la Corte Suprema se ha manifestado a favor de que sean los Tribunales Civiles los encargados de conocer estas demandas, en el considerando quinto de la sentencia pronunciada en la causa Rol N°6583-2008 señaló que, “aún cuando el actor invoca como fundamento de su pretensión la violación de una obligación por parte de su padre, a los deberes que como tal le han asistido, lo cierto es que la relación en términos de familia que existe entre ambos, no altera la naturaleza jurídica de la responsabilidad que se pretende hacer efectiva y de los perjuicios reclamados, lo que determina precisamente la incompetencia del tribunal [de Familia] (...)”<sup>92</sup>. El mismo orden de ideas se puede encontrar en otro fallo de la Corte Suprema pronunciado en la causa Rol N°5298-2008, donde se sostiene que la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil e indemnización de perjuicios que se demanda no se altera por estar fundada la pretensión en una relación de familia<sup>93</sup>.

En síntesis, actualmente las demandas de indemnización de perjuicios en el Derecho de Familia deben ser conocidas por los Tribunales Civiles, conforme al procedimiento ordinario.

Sin perjuicio de lo anterior, y a modo de comentario *de lege ferenda*, un camino para evitar la sobrecarga de los tribunales ordinarios sería dar competencia a los Tribunales de Familia para que conozcan de las acciones por indemnización de perjuicios, de manera análoga a lo que sucede con las acciones reparatorias en el Derecho Penal<sup>94</sup>, en que, conforme al artículo 59 del Código Procesal Penal y al artículo 171 del Código Orgánico de

---

<sup>92</sup> Sentencia de la Corte Suprema. 26 de noviembre de 2008. Rol N°6583-2008. En dicha causa el actor había deducido demanda reconvenzional por daño moral ante la demanda presentada por su padre en que éste solicitaba el cese de la pensión de alimentos. El Segundo Juzgado de Familia de San Miguel, en causa Rol N°2530-2007, se declaró incompetente para conocer de la demanda reconvenzional. El actor apeló de la resolución, siendo confirmada por la Corte de Apelaciones de San Miguel, en base a lo establecido en el artículo 8° N°19 de la Ley N°19.968, que no otorga competencia a los tribunales de familia para conocer y resolver sobre asuntos de orden patrimonial. Dicha resolución fue objeto del recurso de casación en el fondo a que se hace mención.

<sup>93</sup> En dicha causa el actor demandó de indemnización de perjuicios por los daños ocasionados con la obtención dolosa de alimentos. Sin embargo, el Primer Juzgado de Familia de Santiago, en causa Rit C-2587-2008, negó lugar a la tramitación de la demanda de indemnización de perjuicios por no encontrarse dicha materia contemplada en el artículo 8° de la Ley N°19.968. El actor apeló en contra de dicha resolución, siendo confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago. Esta decisión fue recurrida de casación en el fondo, señalando la Corte Suprema que “aún cuando el actor invoca como fundamento de su pretensión que la acción proviene de una cuestión que se deriva directa e inmediatamente de las relaciones de familia, ello no altera la naturaleza jurídica de la responsabilidad que se pretende hacer efectiva y de los perjuicios reclamados, lo que determina precisamente la incompetencia del tribunal [de familia]”. Sentencia de la Corte Suprema. 17 de noviembre de 2008. Rol N°5298-2008.

<sup>94</sup> En el Derecho Penal, las acciones indemnizatorias generales dirigidas contra el imputado son de competencia acumulativa, ya que pueden ser conocidas tanto por el tribunal de juicio oral en lo penal que está conociendo del asunto como por los tribunales civiles, a elección de la víctima. La excepción la constituyen las acciones civiles cuando se trata de un procedimiento penal simplificado o uno abreviado, en que la competencia es exclusiva de los tribunales civiles.

Tribunales, dichas acciones civiles pueden ser conocidas tanto por los tribunales con competencia en lo penal como por los tribunales ordinarios, a elección del actor. Lo anterior se lograría en nuestro ordenamiento jurídico introduciendo una modificación al artículo 8° de la Ley N°19.968, añadiéndose un numeral en que se confiera competencia expresa en dicha materia, o al menos la posibilidad de elegir si la acción se interpone ante los juzgados civiles o de familia. De esta forma, se dejaría el conocimiento de dichas acciones en un tribunal especializado en Derecho de Familia, y se cumpliría con el principio de economía procesal.

## 2.6. La verificación de los requisitos de la responsabilidad civil

La aplicación del estatuto de responsabilidad civil extracontractual en el Derecho de Familia exige el cumplimiento de sus requisitos generales<sup>95</sup> para dar lugar a la indemnización de los perjuicios, a saber, la concurrencia de una conducta antijurídica, la imputabilidad o factor de atribución, un nexo de causalidad y la existencia de daño. En estos términos ha sido señalado en el considerando décimo noveno de la sentencia en el caso «*Moller con Moller*»: “Que sin perjuicio de lo anterior, es menester dejar en claro, que la falta de regulación especial en materia de familia, en materia de responsabilidad, fuerza a analizar los requisitos comunes para la procedencia de la responsabilidad extracontractual (...)”<sup>96</sup>. La Corte de Apelaciones de La Serena se pronunció en similares términos, a propósito de la indemnización de perjuicios por violencia intrafamiliar en el matrimonio, sosteniendo que procede su reparación siempre que concurren los requisitos generales de la responsabilidad civil<sup>97</sup>. Dicha decisión fue confirmada posteriormente por la Corte Suprema<sup>98</sup>. En el mismo

---

<sup>95</sup> HERRANZ GONZÁLEZ, Agustina. (2016). Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones paterno-filiales. [En línea] En: Actas do Congresso Internacional sobre Autonomia e heteronomia no Direito da Família e no Direito das Sucessões. Coimbra, Portugal. Almedina S.A. 39-55. p. 54.

<<http://www.agustinaherranz-abogado.es/publicaciones/5-39-55.pdf>> [Consultado el 27 de junio de 2018]

<sup>96</sup> Sentencia del 10° Juzgado Civil de Santiago. 27 de diciembre de 2013. Rol N°9243-2012.

<sup>97</sup> Sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena. 3 de abril de 2014. Rol N°507-2013. Cabe señalar que si bien la Corte condenó a la indemnización de perjuicios por los daños producidos por los actos de violencia intrafamiliar, estimó que la procedencia de la responsabilidad civil en las relaciones de familia debe ser analizada caso a caso. El considerando décimo cuarto de la sentencia en comento así lo expresa: “Que, sin perjuicio de lo expuesto para fijar una posición general sobre la materia, se deberá precisar que, en todo caso la indemnización de perjuicios dentro del ámbito señalado, podría no ser aplicable para todas las causales de divorcio contempladas en el artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil, puesto que allí existen motivos que más bien constituyen incumplimiento a los denominados deberes matrimoniales, como la convivencia, el socorro, la fidelidad que caen en el ámbito del Derecho de Familia, de manera que en tales casos, el asunto es más bien discutible y habría que analizar el caso concreto (...)”.

Véase también el considerando duodécimo de la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca. 30 de agosto de 2012. Rol N°133-2012, a la que ya se ha hecho referencia.

<sup>98</sup> Sentencia de la Corte Suprema. 30 de diciembre de 2014. Rol N°10.622-2014. Si bien el fallo es desestimado por deficiencias en el cumplimiento de los requisitos del recurso de casación, la Corte de todas formas reflexiona sobre el fondo del asunto reafirmando el criterio aplicado por los jueces de primera y segunda instancia. Clarificador resulta lo señalado en el considerando sexto de la sentencia: “Que amén de las deficiencias del

sentido se manifestó en el Derecho Comparado el Tribunal Supremo de España al hacer exigible la concurrencia de los requisitos de la responsabilidad civil extracontractual establecidos en el artículo 1902 del Código Civil de España<sup>99</sup>.

### 2.6.1. La antijuridicidad

No es pacífico en doctrina lo que se debe entender por conducta antijurídica. Por una parte, ésta puede ser entendida como una infracción de algún mandato legal expreso, esta es la antijuridicidad en sentido estricto<sup>100</sup>; por otra parte, Mosset Iturraspe<sup>101</sup>, Tanzi y Papillú<sup>102</sup>, y Vásquez<sup>103</sup> defienden una concepción más amplia de antijuridicidad<sup>104</sup>, pues señalan que ésta supone una conducta objetivamente contraria al ordenamiento jurídico, lo que abarcaría la infracción a deberes legales, a las buenas costumbres, al orden público y a los principios generales del derecho -como la buena fe-, independiente de cualquier consideración subjetiva de quien realiza la conducta. Para quienes postulan la concepción amplia, la antijuridicidad incluso se puede extender al ejercicio abusivo del derecho<sup>105</sup>.

Adherir a una u otra postura tiene importantes consecuencias para la aplicación de la responsabilidad civil en las relaciones de familia. Así, de seguirse un concepto restringido, sólo serían reparables aquellos daños provocados por la infracción de alguna disposición legal expresa como, por ejemplo, la infracción a los deberes conyugales establecidos en el

---

recurso, no se aprecia razón jurídica alguna que permita excluir la aplicación de los artículos 2314 y 2329 del Código Civil, por cuanto la obligación de indemnizar que el fallo impone al demandado no se basa en el mero incumplimiento de los deberes que el matrimonio impone a los cónyuges, sino en la configuración de todos y cada uno de los elementos de la responsabilidad extracontractual, cuales son: una conducta antijurídica, cometida por un sujeto capaz, la culpa del autor, la existencia del daño y el nexo o relación de causalidad entre dicho obrar y el daño provocado (...)"

<sup>99</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de España. Sala de lo Civil. Sección 1°. 30 de junio de 2009. Roj STS 4450/2009. En este caso, el actor ejerció una acción de indemnización de perjuicios por haberse visto privado de la relación con su hijo al haber sido trasladado a Estados Unidos por su madre, quien le impidió al demandante tener cualquier tipo de relación con aquel. Este caso es emblemático en el Derecho español por cuanto es el primero en condenar a la reparación de los daños ocasionados por la obstrucción del régimen comunicacional.

<sup>100</sup> VÁSQUEZ FERREYRA, Roberto. (1993). Responsabilidad por daños (Elementos). Buenos Aires, Argentina. Ediciones Depalma. pp. 128-132.

<sup>101</sup> MÉNDEZ COSTA, María Josefa. Los principios jurídicos en las relaciones de familia. Op. cit. p. 359.

<sup>102</sup> PAPILLÚ, Juan; TANZI, Silvia. (2011). Daños y perjuicios derivados del divorcio (doctrina y jurisprudencia en Argentina). [En línea]. *Revista Chilena de Derecho Privado*, N°16: 35-161. p.146.

<<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5300379>> [Consultado el 2 de febrero de 2018]

<sup>103</sup> VÁSQUEZ FERREYRA, Roberto. Op. cit. p.131.

<sup>104</sup> También es posible distinguir entre antijuridicidad formal y material. De acuerdo con la primera una acción es antijurídica cuando es contraria a una prohibición jurídica de hacer u omitir, así, dentro de esta categoría se encuentra la ilegalidad como acción expresamente prohibida por la ley (hecho ilícito civil típico); por su parte, la antijuridicidad material es aquella en que la acción es antijurídica por ser contraria al derecho (hecho ilícito civil genérico). MOSSET ITURRASPE, Jorge. Op. cit. p.24-27; LARROUCAU TORRES, Jorge. (2007). Culpas y dolo en la responsabilidad extracontractual: Análisis Jurisprudencial. 2a. edición. Santiago, Chile. Lexis Nexis. p. 80.

<sup>105</sup> VÁSQUEZ FERREYRA, Roberto. Op. cit. p.133.

Código Civil. En cambio, seguir la concepción amplia de antijuridicidad abre las puertas para que se reparen daños ocasionados por la infracción del ordenamiento jurídico en su conjunto. Como bien expone Vásquez: “De vital importancia resulta calificar de antijurídico el acto que contraría los principios generales del derecho, porque en materia de responsabilidad por daños, la antijuridicidad se manifiesta en la violación del *‘alterum non laedere’*, principio que es común a cualquier órbita del derecho de daños. (...) Por ello, bien se puede afirmar que está prohibido y, por ende, es antijurídico dañar a otro sin causa de justificación”<sup>106</sup>.

Ya en un fallo del año 1967 la Corte Suprema adhirió a la tesis amplia de la antijuridicidad: “se debe admitir que puede haber conductas ilícitas que no estén penadas por la ley, pero que siendo causa de daño ajeno engendran la correspondiente responsabilidad de su autor a favor de la víctima del daño para la indemnización del mismo, como lo manifiesta el artículo 2314 del Código Civil que impone a quien ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, el deber de indemnizarlo, sin hacer distinción alguna entre los delitos y cuasidelitos penados por la ley y aquellos que no tengan asignada pena, porque causar daños a otro por imprudencia o mala intención es una conducta contraria al derecho”<sup>107</sup>.

En conclusión, se tiende a seguir, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, una concepción amplia de antijuridicidad, teniendo significativas consecuencias para determinar con qué tipo de conductas infraccionales se ve satisfecho este presupuesto de la responsabilidad civil.

## **2.6.2. La imputabilidad o factor de atribución**

En cuanto a este elemento, la doctrina suele aceptar sin reparos la aplicación de la responsabilidad civil en las relaciones de familia cuando el daño proviene de una conducta dolosa<sup>108</sup>. Sin embargo, parte de la doctrina ha ido más allá llegando a estimar que sólo son indemnizables los daños ocasionados con dolo y no los ocasionados por un comportamiento

---

<sup>106</sup> Ibid. pp.130 y 131.

<sup>107</sup> LARROUCAU TORRES, Jorge. Op. cit. p. 79.

<sup>108</sup> VALENZUELA DEL VALLE, Jimena. Op. cit. p. 253.

culpable<sup>109</sup>. Esta postura se vio reflejada en un fallo del Tribunal Supremo de España, en que se negó la indemnización de perjuicios por ocultación de la paternidad biológica basado precisamente en la ausencia de una conducta dolosa por parte de la demandada<sup>110</sup>.

Otra postura doctrinaria considera que son indemnizables los daños ocasionados tanto con dolo como con culpa grave<sup>111</sup>. En la doctrina nacional, Vargas ha afirmado que establecer la imputabilidad en el dolo y la culpa grave permite evitar demandas fundadas en simples descuidos, resguardándose con ello la unidad y la paz familiar, y agregando que dicho estándar de diligencia no se limita a la responsabilidad en el ámbito matrimonial, sino que es una regla o principio del Derecho de Familia en general, fundado en diversas normas del Código Civil que obligan expresamente a reparar los daños en hipótesis específicas y en que se establece el estándar de la culpa grave, tales como los artículos 257, 328, 1748, 1768<sup>112</sup>. En contra de dicha opinión, Barceló considera que la función de los criterios de imputación no es evitar la proliferación de demandas, manifestando además que no se puede desconocer que el artículo 1902 del Código Civil de España -criterio aplicable también a los artículos 2314 y 2329 del Código de Bello- alude a la culpa sin distinguir<sup>113</sup>. Por su parte, Lepin también adhiere a esta postura, considerando que la exigencia de dolo o culpa grave llevaría a indemnizar sólo aquellos daños producidos por conductas graves, generándose un privilegio familiar<sup>114</sup>. Por su parte, la Corte de Apelaciones de Talca, en el considerando duodécimo de la sentencia de fecha 30 de agosto de 2012, no ha distinguido entre los grados de culpa, haciendo sólo una referencia genérica a la conducta dolosa o culposa que debe concurrir<sup>115</sup>.

---

<sup>109</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María. Responsabilidad civil en el derecho de familia. Especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales. Op. cit. pp. 130-132.

<sup>110</sup> "SEXTO.- Ciertamente, los supuestos que comportan la aplicación del artículo 1.902 del texto legal sustantivo, vienen a originar, como consecuencia de esa aplicación, una reparación por el daño causado, que puede hacerse extensiva al doble ámbito patrimonial y moral, pero ello no resulta aplicable al caso de autos, en el que, como ha quedado razonado, no era posible hacer aplicación del meritado precepto, debido a no haberse apreciado una conducta dolosa en el comportamiento (...)". Sentencia del Tribunal Supremo de España. Sala de lo Civil. Sección 1º. 22 de julio de 1999. Roj STS 5364/1999.

<sup>111</sup> Véase MEDINA, Graciela. Daños en el Derecho de Familia. Op. cit. pp. 22-25; CORRAL TALCIANI, Hernán. La incipiente jurisprudencia chilena sobre daños en la familia. Op. cit. p. 59.

<sup>112</sup> VARGAS ARAVENA, David. Del resarcimiento en Chile de los daños causados en el matrimonio. Op. cit. pp. 90 y 91.

<sup>113</sup> BARCELÓ DOMÉNECH, Javier. (2015). Responsabilidad civil en las relaciones familiares: la experiencia española. [En línea] *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*. 6(6): 138-167. pp. 150-154. <<http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/53924>> [Consultado el 18 de enero de 2018]

<sup>114</sup> LEPIN MOLINA, Cristián. Responsabilidad civil en las relaciones de familia. Op. cit. p. 430.

<sup>115</sup> Sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca. 30 de agosto de 2012. Rol N°133-2012.

A propósito de la culpa como factor de atribución, Hernández manifiesta que “hay que tener en cuenta que al efecto de configuración deben sopesarse diversos factores, como la falta de diligencia y, conectada con ella, la previsibilidad, que en el terreno de las relaciones de familia presenta peculiaridades”<sup>116</sup>. Por su parte, Valenzuela afirma que, en cuanto a las relaciones matrimoniales, “debería determinarse el estándar con que los cónyuges deben conducirse en su vida matrimonial y comparar en concreto la conducta del demandado con ese baremo de conducta”<sup>117</sup>.

Por último, existe una posición doctrinaria que estima que no sólo son indemnizables los daños procedentes de dolo o culpa, sino que, en ciertas hipótesis, también se deben indemnizar los daños producidos por el peligro o riesgo creado. Admitiéndose con ello la aplicación de la responsabilidad objetiva en ciertos casos como, por ejemplo, aquellos vinculados con técnicas de reproducción asistida<sup>118</sup>.

En consecuencia, existe consenso sobre la indemnización de los daños procedentes de una conducta dolosa en el ámbito de las relaciones familiares, la discusión se plantea en torno a la culpa como factor de atribución de responsabilidad. Al respecto, lo más conveniente sería seguir un criterio flexible de culpabilidad, independiente de las graduaciones clásicas que establece el Código Civil en su artículo 44 -culpa grave, leve y levísima-, que sea capaz de adaptarse a las circunstancias concretas del caso. En este sentido, la culpa se debiera apreciar en abstracto según el criterio de una persona media o razonable, y ser determinada en concreto considerando las particularidades de cada caso, tales como, el riesgo, la naturaleza de la acción, los intereses en juego, entre otros<sup>119</sup>.

---

<sup>116</sup> HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel. Las consecuencias de la infracción de deberes matrimoniales no dan lugar a indemnización. Op. cit. p.129.

<sup>117</sup> VALENZUELA DEL VALLE, Jimena. Op. cit. p.253.

<sup>118</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María. Responsabilidad civil en el derecho de familia. Especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales. Op. cit. pp. 132-135.

En contra de dicha postura se manifiesta Medina. Véase MEDINA, Graciela. Daños en el Derecho de Familia. Op. cit. pp. 24 y 25.

<sup>119</sup> BARROS BOURIE, Enrique. Op. cit. pp. 84-86. A propósito de los daños en las relaciones de familia, Hernández manifiesta lo siguiente sobre la culpa del agente: “debe compararse su conducta con la de un individuo medio (apreciación en abstracto), pero colocado éste en las mismas circunstancias del agente (determinación en concreto). (...) El mismo proceder, a mi modo de ver, podría resultar fructífero en materia de daños ocasionados en las relaciones de familia, de manera que la conducta del agente debería compararse con la del padre, madre o hijo medios, colocados en las circunstancias en que obró el agente, es decir, en las circunstancias familiares concretas del dañador”. HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel. Responsabilidad civil por daños ocasionados en las relaciones de familia: Charla dictada el martes 4 de noviembre de 2008. Op. cit. p. 23.

### 2.6.3. La relación de causalidad

La reparación sólo tendrá lugar cuando el incumplimiento imputable de un deber familiar sea apto para producir un resultado dañoso. Tal como ha sido exigido en la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Talca en la causa Rol N°133-2012<sup>120</sup>, a la que ya se ha hecho referencia reiteradamente, donde señaló en su considerando decimotercero lo siguiente: “La causalidad exige que entre el hecho y el daño exista una relación necesaria y directa evidenciando los elementos determinantes de la causalidad: el causal y el normativo. Por un lado, el hecho debe ser *condictio sine qua non* del daño, de modo que cada uno de los hechos que determinan su ocurrencia son considerados causa de éste; por otro, entre el hecho y el daño debe haber una razonable proximidad”. En la misma línea se ha pronunciado el Tribunal Supremo de España en el caso Roj STS 4450/2009, sobre indemnización de perjuicios por obstrucción del régimen comunicacional, anteriormente citado<sup>121</sup>, al distinguir en su Sexto Fundamento de Derecho entre la causalidad física y la causalidad jurídica, exigiendo su concurrencia<sup>122</sup>.

En síntesis, la causalidad cumple una importante función en la determinación de la extensión del daño que debe ser reparado, limitándolo a aquellos perjuicios que se derivan inmediata o directamente del hecho imputable. En las relaciones de familia, la dificultad se presenta a propósito de los daños ocasionados por la transmisión de enfermedades a los hijos o por haber nacido con graves problemas de salud física<sup>123</sup>. Fuera de estas consideraciones la causalidad no plantea mayores dificultades en el ámbito de las relaciones de familia.

### 2.6.4. El daño

Habiéndose hecho referencia a este elemento de la responsabilidad al comienzo del presente capítulo, ahora corresponde enfocar su estudio a la aplicación que tiene en las relaciones de familia. Para ello, es menester comenzar con los requisitos exigibles para que se cumpla con el presupuesto del daño, a saber: que se lesione un interés legítimo, que sea

---

<sup>120</sup> Sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca. 30 de agosto de 2012. Rol N°133-2012.

<sup>121</sup> Véase la página 32 del presente trabajo.

<sup>122</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de España. Sala de lo Civil. Sección 1°. 30 de junio de 2009. Roj STS 4450/2009.

<sup>123</sup> MEDINA, Graciela. Daños en el Derecho de Familia. Op. cit. p. 28.

de magnitud suficiente o anormal, y que sea directo<sup>124</sup>. Este último requisito ya fue revisado a propósito de la causalidad.

Así, en primer lugar, es necesario que se lesione un interés jurídicamente protegido. Tal como ya fue expuesto al comienzo del presente capítulo, la doctrina y jurisprudencia mayoritaria adhieren a un concepto amplio de daño, conceptualizado como todo detrimento, perjuicio, menoscabo o molestia que recibe una persona por culpa de otra en su persona o patrimonio, es decir, como lesión a un interés legítimo, sin limitarse a la infracción de un derecho subjetivo.

En segundo término, el daño debe ser de magnitud suficiente o anormal, puesto que no todos los daños que se producen en el seno de la familia deben ser indemnizados, sino sólo aquellos cuya intensidad sea relevante<sup>125</sup>. En el mismo sentido se pronuncia Díez-Picazo<sup>126</sup>, a propósito del daño moral, afirmando que la indemnización requiere la concurrencia de algún hecho de especial gravedad que provoque el daño, pues el ordenamiento jurídico no tiene el deber de garantizar a los individuos una vida tranquila y sin contratiempos ordenando la reparación de todos los daños. Corral se manifiesta en el mismo sentido a propósito de los daños ocasionados en las relaciones de familia, al sostener que deben ser tolerados aquellos daños de menor envergadura que puedan estar comprendidos dentro del riesgo general que supone la vida en familia<sup>127</sup>. El mismo criterio siguió el Tribunal Supremo de España en la sentencia del 30 de julio de 1999, estimando que existen causas de alteración en el matrimonio que deben ser toleradas por sus miembros<sup>128</sup>. A su vez, la Corte Suprema de Casación de Italia ha exigido que el daño sea jurídicamente relevante para ser indemnizado, siguiendo con ello el criterio de que no todos los daños deben ser resarcidos<sup>129</sup>.

Revisados los requisitos que deben concurrir para que el daño sea indemnizable, es menester referirse al daño moral en las relaciones de familia, pues, como advierte Zambrizzi,

---

<sup>124</sup> HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel. Las consecuencias de la infracción de deberes matrimoniales no dan lugar a indemnización. Op. cit. pp. 119-127.

<sup>125</sup> Ibid. p. 120.

<sup>126</sup> Díez-Picazo, Luis. (2011). Fundamentos del derecho civil patrimonial. Tomo V. Madrid, España. Cizur Menor, Civitas, Thomson Reuters, Aranzadi. pp. 317-323.

<sup>127</sup> Corral Talciani, Hernán. La incipiente jurisprudencia chilena sobre daños en la familia. Op. cit. p. 59.

<sup>128</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de España. Sala de lo Civil. Sección 1°. 30 de julio de 1999. Roj STS 5489/1999.

<sup>129</sup> Motivo de la Decisión N°2.4 de la Sentencia de la Corte Suprema de Casación de Italia. 15 de septiembre de 2011. N°18853/2011. A este fallo ya se hizo referencia en la página 9 del presente trabajo.

y como ya había sido adelantado al inicio de este trabajo, “en razón de los bienes jurídicos lesionados, el perjuicio que en estos casos por lo general prevalece y que con mayor frecuencia se requiere que sea reparado, es el correspondiente al daño moral, por cuanto el acto ilícito con fundamento en el cual se acciona, suele lesionar los más íntimos sentimientos de la persona dañada”<sup>130</sup>.

Actualmente, el daño moral está constituido por la lesión de “bienes que tienen en común carecer de significación patrimonial”<sup>131</sup>. La reparación del daño moral es aceptada en nuestro Derecho, a partir del principio de no dañar y el deber de indemnizar todos los perjuicios, contemplado en los artículos 2314 y 2329 del Código Civil. A ello se agrega un argumento de carácter constitucional, pues si bien en nuestra Carta Fundamental no se contempla expresamente el principio de no dañar<sup>132</sup>, “hace un aporte significativo al elevar a rango constitucional la reparación de ciertas especies de daños morales, como son los atentados contra la vida e integridad física y psíquica de la persona y el derecho al honor (art. 19, número 1° y 4° de ese texto). Por consiguiente, hoy no podrá desconocerse su reparación en cualquier ámbito de responsabilidad civil, so pena de incurrir en infracción a las normas constitucionales”<sup>133</sup>.

Ahora bien, en cuanto al contenido del daño moral, clásicamente se ordena en dos categorías: el dolor físico o psíquico, expresado a través del *pretium doloris*, consistente en un daño positivo; y el perjuicio de agrado, integrado por la pérdida de oportunidades de la vida o, dicho de otra manera, por la pérdida de los beneficios o ventajas que ofrece la vida<sup>134</sup>. Sin embargo, el contenido del daño moral no se agota en las dos categorías mencionadas, sino que se ha ido expandiendo, tal como sucede con la indemnización de perjuicios por

---

<sup>130</sup> Citado en LEPIN MOLINA, Cristián. Responsabilidad civil en las relaciones de familia. Op. cit. p. 434.

<sup>131</sup> BARROS BOURIE, Enrique. Op. cit. p. 232.

<sup>132</sup> A diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en Argentina, en que el artículo 19 de su Constitución “consagra la máxima *alterum non laedere* o principio de no dañar a otros en general, cuya interpretación *ad contrario* obliga a reparar todo daño injusto, también el ocasionado a la familia, la cual se protege en todas las constituciones políticas y tratados internacionales”. NOVALES ALQUÉZAR, Aránzazu. (2008). Responsabilidades especiales. ¿Debiera haber en el derecho matrimonial mecanismos reparatorios? [En línea] En: PIZARRO WILSON, Carlos (Director) Y ROJAS VÁSQUEZ, Marcelo (Editor). Regímenes especiales de responsabilidad civil. Cuadernos de análisis jurídicos. Colección Derecho Privado IV. Santiago. Ediciones de la Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho. 119-150. p. 133. <<http://fundacionfueyo.udp.cl/wp-content/uploads/2018/03/Cuadernos-de-ana%CC%81lisis-juri%CC%81dico-IV-Regi%CC%81menes-especiales-de-responsabilidad-civil.pdf>> [Consultado el 2 de junio de 2018]

<sup>133</sup> DIEZ SCHWERTER, José Luis. Op. cit. p. 275.

<sup>134</sup> BARROS BOURIE, Enrique. Op. cit. pp. 321-326.

En un reciente fallo, la Corte Suprema ha reafirmado que la reparación del daño moral no se limita solamente al *pretium doloris*. Sentencia de la Corte Suprema. 12 de marzo de 2018. Rol N°3958-2017.

lesiones a los derechos de la personalidad consagrados en la Constitución y Convenciones Internacionales<sup>135</sup>.

La expansión del daño moral también se ha manifestado en el ámbito de las relaciones de familia. Así, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el año 2000, condenó al Estado de los Países Bajos a indemnizar los daños morales ocasionados por la adopción de medidas que impidieron al demandante mantener una relación directa y regular con su hija, vulnerándose con ello el derecho a la vida familiar consagrado en el artículo 8° del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>136</sup>. De manera similar se pronunció el mencionado Tribunal en el caso «*Elsholz contra Alemania*»<sup>137</sup>, al condenar a dicho Estado al pago de 35.000 marcos alemanes por concepto de daño moral, debido a la angustia y ansiedad ocasionada por la denegación de mantener contacto con su hijo. Lo que además habría infringido el artículo 8° del Convenio Europeo de Derechos Humanos al atentar contra el derecho a la vida familiar del demandante.

Los casos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ponen de manifiesto la tendencia expansiva de los daños morales, al considerar que el daño psíquico producido por una privación o alteración de la vida familiar es susceptible de ser indemnizado. En este mismo sentido se ha manifestado el Tribunal de Roma, en una sentencia de fecha 13 de

---

<sup>135</sup> El hecho de que puedan ser considerados como intereses no obsta a su reparación ya que la responsabilidad no exige la lesión de un derecho sino de un interés legítimo, tal como el derecho a la honra, al honor, a la identidad, entre otros. BARROS BOURIE, Enrique. Op. cit. p. 329.

<sup>136</sup> Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sección 1°. 11 de julio de 2000. Caso Ciliz contra Países Bajos. <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59160>> [Consultado el 20 de marzo de 2018]

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos recoge un concepto amplio de familia, pues estima que esta se mantiene respecto de los hijos aun cuando se haya producido un divorcio. De esta manera el Tribunal estima que emanan dos obligaciones del artículo 8° del Convenio Europeo de Derechos Humanos, una positiva y una negativa. La obligación positiva consiste en asegurar que la vida familiar entre los padres e hijos continúe luego del divorcio, mientras que la obligación negativa supone abstenerse de tomar medidas que provoquen la ruptura del vínculo familiar: “*In fact, the instant case features both types of obligation: on the one hand, a positive obligation to ensure that family life between parents and children can continue after divorce (see, mutatis mutandis, the Keegan judgment cited above, p. 19, § 50), and, on the other, a negative obligation to refrain from measures which cause family ties to rupture*”.

<sup>137</sup> El demandante alegó que tuvo una participación insuficiente en el proceso de toma de decisiones durante el juicio que determinó el régimen comunicacional. También alegó que su hijo fue víctima del síndrome de alienación parental -*parental alienation syndrome (PAS)*- por parte de su madre.

En definitiva, el Tribunal determinó que existió una infracción al artículo 8° del Convenio Europeo de Derechos Humanos por la denegación al demandante por parte del Estado alemán de mantener una relación directa y regular con su hijo, provocando un daño moral que debe ser indemnizado por el mencionado Estado: “*It cannot, in the Court’s opinion, be excluded that if the applicant had been more involved in the decision-making process, he might have obtained some degree of satisfaction and this could have changed his future relationship with the child. In this respect he may therefore have suffered a real loss of opportunity warranting monetary compensation. In addition, the applicant certainly suffered non-pecuniary damage through anxiety and distress*” [subrayado añadido]. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Gran Salón. 13 de julio de 2000. Caso Elsholz contra Alemania. <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58763/>> [Consultado el 20 de marzo de 2018]

junio de 2000, al condenar a una madre a indemnizar los daños morales ocasionados al demandante por la obstaculización del régimen de relación directa y regular con su hijo<sup>138</sup>.

La expansión del daño moral también se ha evidenciado en otros ámbitos. En Francia se ha llegado a estimar que el hecho de haber nacido con una discapacidad y vivir con ella puede ser considerado como un perjuicio indemnizable, tal como lo ha manifestado la Corte de Casación francesa en el «*caso Perruche*». La Corte estimó que los errores cometidos por el equipo médico y el laboratorio, al no diagnosticar la rubéola que presentaba una mujer embarazada, impidieron que ella con su pareja pudieran tomar la decisión de abortar -ambos habían manifestado al médico su decisión de hacerlo si la mujer se encontraba contagiada-, lo que ocasionó que su hijo naciera con sordera, problemas de visión y trastorno de desarrollo intelectual. En razón de lo anterior, se reconoció que el hijo puede solicitar una indemnización por el daño resultante de esta discapacidad<sup>139</sup>. Si bien este caso no se refiere a una demanda entre miembros de una familia, sino que se trató de una acción dirigida por los padres, en representación de su hijo, en contra del médico tratante y el laboratorio encargado de realizar el examen, la importancia de la sentencia radica en establecer como precedente la posibilidad de que alguien pueda reclamar por el perjuicio de vivir<sup>140</sup>.

---

<sup>138</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. (2001). Daños y perjuicios causados al progenitor por la obstaculización del derecho a tener una adecuada comunicación con un hijo. Una interesante sentencia italiana. *Revista de Derecho de Daños*. 2001-2: 285-310. Rubinzal-Culzoni. pp. 290 y ss.

<sup>139</sup> “*Attendu, cependant, que dès lors que les fautes commises par le médecin et le laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec Mme X... avaient empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, ce dernier peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues*”. Sentencia de la Corte de Casación de Francia (Asamblea Plenaria). 17 de noviembre de 2000. recurso N°99-13701.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechExpJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007041543&fastReqlid=1689202537&fastPos=1> [Consultado el 3 de julio de 2018]

Un comentario de la sentencia de la Corte de Casación de Francia puede ser encontrado en CAPITANT, Henri; TERRÉ, François; LEQUETTE, Yves. (2008). *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*. Tomo II. 12a edición. París, Francia. Dalloz. pp. 308-322.

<sup>140</sup> Estos casos han sido clasificados de la siguiente manera: *wrongful conception*, *wrongful birth* y *wrongful life*. Los casos de *wrongful conception* se producen cuando los profesionales de la salud cometen errores aplicando un método anticonceptivo, el hijo o hija nace sano, pero no era deseado. En los supuestos de *wrongful birth* el daño se produce por haber nacido con problemas físicos o intelectuales debido a un erróneo diagnóstico por parte de los profesionales de la salud, normalmente la demanda es entablada por los padres en contra del equipo médico. Por su parte, en el *wrongful life*, al igual que en el caso anterior existen daños ocasionados por un error en el diagnóstico, la diferencia es que el actor es el hijo mismo, quien alega el perjuicio de haber nacido. Véase DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo. (2014). Plegarias atendidas, procreación asistida y *wrongful life* actions. En: LEPIN MOLINA, Cristián (Director) y VARGAS ARAVENA, David (Coordinador). *Responsabilidad Civil y Familia*. Santiago. Santiago, Chile. Thomson Reuters. 307-330. pp. 310 y 311; AEDO BARRENA, Cristián; COLEMAN VEGA, Luis; MONDACA MIRANDA, Alexis. (2015). Panorama comparado del *wrongful life*, *wrongful birth* y *wrongful conception*. Su posible aplicación en el Derecho chileno. *Revista Ius et Praxis*. Vol. 21 N°1: 19-56.

A propósito de la denominada doctrina Perruche, iniciada con la sentencia pronunciada en dicho caso y que llevó a un aumento de las demandas por el perjuicio de vivir, con el objeto de frenar dichas acciones el parlamento francés aprobó la ley N°2002-303, del 4 de marzo de 2002, la que en su artículo 1° dispuso que “nadie puede prevalerse de un perjuicio del solo hecho de su nacimiento” [Traducción libre]: “*Nul ne peut se prévaloir d'un*

El último análisis se ha reservado para el estudio de la “pérdida de una chance”, al considerarse por una parte de la doctrina como una categoría distinta dentro del daño<sup>141</sup>. La “pérdida de una chance u oportunidad” puede ser entendida como la “frustración actual de una probabilidad de alcanzar una situación patrimonial o extrapatrimonial más beneficiosa, o de evitar un empeoramiento de la situación patrimonial o extrapatrimonial presente”<sup>142</sup>. Nuestros tribunales han aceptado su concurrencia en el ámbito de las relaciones de familia, a propósito de la falta de reconocimiento voluntario de un hijo. Ello se puede evidenciar en el fallo dictado por el 10° Juzgado Civil de Santiago, en el caso «*Moller con Moller*», en que, si bien no condenó a indemnizar los perjuicios por no haberse acreditado el requisito de la imputabilidad, sí se pronunció sobre la pérdida de una oportunidad en el considerando decimonoveno, en los siguientes términos: “lo que resulta indemnizable es el perjuicio ocasionado por la pérdida de la chance u oportunidad de haber cambiado su posición social a la del demandado y haber accedido a estudios y a otras opciones que su estatus social y económico no pudo acceder”<sup>143</sup>.

En definitiva, a lo largo del análisis del daño se identificaron los siguientes problemas que se deben sortear para aplicar la responsabilidad civil en las relaciones de familia. Primero, la dificultad para determinar cuáles son los intereses legítimos que deben ser protegidos por el Derecho. Segundo, qué daños tendrán un carácter de anormal o suficiente

---

*préjudice du seul fait de sa naissance*”. Actualmente, dicha disposición puede ser encontrada en idénticos términos en el artículo 114-5 del Código de Acción Social y de la Familia (*Code de l'action sociale et des familles*). <[https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do;jsessionid=0B0E182655088487692DEBC14F8FC88C.tplgfr41s\\_1?idArticle=LEGIARTI000006697384&cidTexte=LEGITEXT000005632379&dateTexte=20180813](https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do;jsessionid=0B0E182655088487692DEBC14F8FC88C.tplgfr41s_1?idArticle=LEGIARTI000006697384&cidTexte=LEGITEXT000005632379&dateTexte=20180813)> <[https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=159E8EE8F14C0C8EF73EB2C5CE77175A.tplgfr41s\\_1?idSectionTA=LEGISCTA000006157554&cidTexte=LEGITEXT000006074069&dateTexte=20180813](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=159E8EE8F14C0C8EF73EB2C5CE77175A.tplgfr41s_1?idSectionTA=LEGISCTA000006157554&cidTexte=LEGITEXT000006074069&dateTexte=20180813)> [Consultado el 5 de julio de 2018]

<sup>141</sup> Se optó por hacer referencia a la “pérdida de una chance u oportunidad” de manera separada de los otros tipos de daño, pues una parte de la doctrina la concibe como una respuesta frente a casos en que existe incertidumbre sobre el nexo causal; por otro lado, está aquella doctrina que la considera como un daño. A su vez, dentro de esta última concepción sobre la naturaleza jurídica de la “pérdida de oportunidad”, la doctrina se encuentra dividida en las siguientes opiniones. Primero, hay quienes opinan que la “pérdida de una oportunidad” corresponde a un daño emergente; en segundo lugar, está la opinión que la enmarca dentro aquellos supuestos de lucro cesante; en tercer lugar, la “pérdida de una chance” puede ser entendida como un daño de naturaleza extrapatrimonial; en cuarto lugar, parte de la doctrina postula que la naturaleza de la “pérdida de una chance” depende de la ventaja esperada, pudiendo ser un daño tanto patrimonial como extrapatrimonial según corresponda; por último, la “pérdida de una oportunidad” puede ser concebida como un daño independiente del resto de las categorías clásicas de daño. RÍOS ERAZO, Ignacio Javier; SILVA GOÑI, Rodrigo Pascual. (2014). Responsabilidad civil por pérdida de la oportunidad. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. pp.110-125.

<sup>142</sup> Ibid. p. 262.

<sup>143</sup> Sentencia del 10° Juzgado Civil de Santiago. 27 de diciembre de 2013. Rol N°9243-2012.

Para Medina, otros supuestos de responsabilidad por pérdida de una oportunidad se darían en relación “a la falta de reconocimiento de hijos, las anticoncepciones fallidas, la finalización del concubinato como consecuencia de un hecho ilícito y el divorcio”. Citada en LEPIN MOLINA, Cristián. Responsabilidad civil en las relaciones de familia. Op. cit. pp. 433 y 434.

para dar lugar a su indemnización, lo que debe ser analizado en cada situación. Y, por último, se encuentra la determinación y extensión del daño moral, debido al contexto en el que se desarrollan las relaciones de familia y el aspecto sentimental que las envuelve.

### 3. Situación actual en el Derecho Chileno

Nuestro ordenamiento jurídico no contempla una norma de carácter general que establezca la posibilidad de reparar los daños producidos en las relaciones de familia, ni tampoco existe una norma que niegue esta posibilidad, sino que más bien guarda silencio en torno a este tema.

A pesar de lo anterior, se pueden identificar algunas disposiciones que hacen alusión a los daños en Derecho de Familia, estableciendo formas específicas de reparación. Estas normas pueden ser clasificadas de la siguiente manera<sup>144</sup>, atendiendo a la vinculación con los remedios específicos que el ordenamiento jurídico contempla: Primero, están aquellos casos en que el ordenamiento jurídico contempla una forma especial de resarcimiento, así ocurre en los artículos 130 inciso segundo<sup>145</sup>, 141 inciso final<sup>146</sup>, 197 inciso segundo<sup>147</sup>, 256<sup>148</sup>, 328<sup>149</sup>, 1768<sup>150</sup>, 1771<sup>151</sup>, todos del Código Civil, el artículo 61 de la Ley N°19.947 que establece la nueva ley de matrimonio civil<sup>152</sup>, en que se regula la compensación

---

<sup>144</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María. Responsabilidad civil en el derecho de familia. Especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales. Op. cit. pp. 19 y ss; LEPIN MOLINA, Cristián. Responsabilidad civil en las relaciones de familia. Op. cit. pp. 408 y ss.

<sup>145</sup> “Serán obligados solidariamente a la indemnización de todos los perjuicios y costas ocasionados a terceros por la incertidumbre de la paternidad, la mujer que antes del tiempo debido hubiere pasado a otras nupcias, y su nuevo marido” [subrayado añadido].

<sup>146</sup> “El cónyuge que actuare fraudulentamente para obtener la declaración [de bien familiar] a que se refiere este artículo, deberá indemnizar los perjuicios causados, sin perjuicio de la sanción penal que pudiere corresponder” [subrayado y corchete añadido].

<sup>147</sup> “La persona que ejerza una acción de filiación de mala o con el propósito de lesionar la honra de la persona demandada es obligada a indemnizar los perjuicios que cause al afectado” [subrayado añadido].

<sup>148</sup> “El padre o madre es responsable, en la administración de los bienes del hijo, hasta de la culpa leve.

La responsabilidad para con el hijo se extiende a la propiedad y a los frutos, en aquellos bienes del hijo en que tiene la administración, pero no el goce, y se limita a la propiedad cuando ejerce ambas facultades sobre los bienes” [subrayado añadido].

<sup>149</sup> “En el caso de dolo para obtener alimentos, serán obligados solidariamente a la restitución y a la indemnización de perjuicios todos los que han participado en el dolo” [subrayado añadido].

<sup>150</sup> “Aquel de los cónyuges o sus herederos que dolosamente hubiere ocultado o distraído alguna cosa de la sociedad, perderá su porción en la misma cosa y se verá obligado a restituirla doblada” [subrayado añadido].

<sup>151</sup> “Las pérdidas o deterioros ocurridos en dichas especies o cuerpos ciertos deberá sufrirlos el dueño, salvo que se deban a dolo o culpa grave del otro cónyuge, en cuyo caso deberá éste resarcirlos” [subrayado añadido].

<sup>152</sup> “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” [subrayado añadido].

económica<sup>153</sup> y el artículo 11 de la Ley N°20.066 sobre Violencia Intrafamiliar<sup>154</sup>; en segundo lugar, se encuentran aquellos casos en que se prevén mecanismos distintos al resarcimiento, como los artículos 203 inciso primero<sup>155</sup>, 219 inciso primero<sup>156</sup>, 238<sup>157</sup>, 239<sup>158</sup>, 271 inciso primero<sup>159</sup>, todos del Código Civil, los artículos 26 inciso primero<sup>160</sup> y 54 inciso primero<sup>161</sup>, ambos de la Ley N°19.947 que establece la nueva Ley de Matrimonio Civil; y, por último, están las hipótesis en que el ordenamiento jurídico no establece ningún remedio en específico. Cabe recordar que, tal como ya fue revisado, en virtud del principio de especialidad del Derecho de Familia y del principio *non bis in idem*, un sector de la doctrina estima que no corresponde aplicar las reglas de la responsabilidad civil cuando el Derecho de Familia ya contempla un remedio o sanción en especial. Mientras que, para una parte mayoritaria de la doctrina, no existe ningún inconveniente en aplicar la responsabilidad civil incluso en aquellos casos en que el Derecho dispone remedios específicos<sup>162</sup>.

Ahora, desde el punto de vista jurisprudencial, el desarrollo de la materia se ha dado principalmente en torno a la aplicación de la responsabilidad civil en las relaciones matrimoniales, en que los tribunales han evolucionado desde una postura negatoria de su

---

<sup>153</sup> Es importante hacer presente que la naturaleza jurídica de dicha institución es discutida, cuestión que escapa al alcance del presente trabajo.

<sup>154</sup> “Desembolsos y perjuicios patrimoniales. La sentencia establecerá la obligación del condenado de pagar a la víctima los desembolsos y perjuicios de carácter patrimonial que se hubieren ocasionado con la ejecución del o los actos constitutivos de violencia intrafamiliar objeto del juicio, incluida la reposición en dinero o en especie de bienes dañados, destruidos o perdidos. Estos perjuicios serán determinados prudencialmente por el juez” [subrayado añadido].

<sup>155</sup> “Cuando la filiación haya sido determinada judicialmente contra la oposición del padre o madre, aquél o ésta quedará privado de la patria potestad y, en general, de todos los derechos que por el ministerio de la ley se le confieren respecto de la persona y bienes del hijo o de sus descendientes (...)” [subrayado añadido].

<sup>156</sup> “A ninguno de los que hayan tenido parte en el fraude de falso parto o de suplantación, aprovechará en manera alguna el descubrimiento del fraude, ni aun para ejercer sobre el hijo los derechos de patria potestad, o para exigirle alimentos, o para suceder en sus bienes por causa de muerte” [subrayado añadido].

<sup>157</sup> “Los derechos concedidos a los padres en los artículos anteriores no podrán reclamarse sobre el hijo que hayan abandonado”.

<sup>158</sup> “En la misma privación de derechos incurrirán los padres que por su inhabilidad moral hayan dado motivo a la providencia de separar a los hijos de su lado; a menos que ésta haya sido después revocada”.

<sup>159</sup> “La emancipación judicial se efectúa por decreto del juez: 1º. Cuando el padre o la madre maltrata habitualmente al hijo, salvo que corresponda ejercer la patria potestad al otro; 2º. Cuando el padre o la madre ha abandonado al hijo, salvo el caso de excepción del número precedente; 3º. Cuando por sentencia ejecutoriada el padre o la madre ha sido condenado por delito que merezca pena aflictiva, aunque recaiga indulto sobre la pena, a menos que, atendida la naturaleza del delito, el juez estime que no existe riesgo para el interés del hijo, o de asumir el otro padre la patria potestad, y (...)”.

<sup>160</sup> “La separación judicial podrá ser demandada por uno de los cónyuges si mediare falta imputable al otro, siempre que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común”.

<sup>161</sup> “El divorcio podrá ser demandado por uno de los cónyuges, por falta imputable al otro, siempre que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común”.

<sup>162</sup> Así, tal como ya se ha evidenciado en este capítulo, a favor de la aplicación de la responsabilidad civil en las relaciones de familia en general se han manifestado, entre otros, Hernán Corral, Cristián Lepin, Jimena Valenzuela y David Vargas.

aplicación hacia una aceptación de dicha posibilidad<sup>163</sup>. Por otro lado, en cuanto a la reparación del daño en el ámbito de las relaciones paterno-filiales, como se ha visto a lo largo de este capítulo, el desarrollo jurisprudencial ha sido escaso<sup>164</sup>, no pudiendo afirmarse aún con certeza hacia dónde se dirige la tendencia de los tribunales en la actualidad.

Según lo revisado en el presente capítulo, y a modo de conclusión, podría afirmarse que el Derecho ha ido adaptándose a las transformaciones que han experimentado la familia y sus instituciones, incorporando, entre otras cosas, la autonomía de la voluntad de sus miembros, la individualidad de los mismos y la protección de otros intereses además del familiar, como son la protección del cónyuge más débil y la protección del interés superior del niño, niña y adolescente, lo que ha permitido abrir la puerta para aplicar el estatuto de responsabilidad civil en las relaciones familiares. Sin embargo, la aplicación de este estatuto no debiera ser absoluta, sino que debería ir acompañada de ciertos criterios que consideren las particularidades propias de las relaciones familiares con el objeto de evitar un uso indiscriminado de la indemnización de perjuicios. Entre algunos de esos criterios se pueden mencionar los siguientes: primero, con el fin de evitar la indemnización de todos los daños, lo que sería injusto, es necesario exigir que sean de una magnitud suficiente o anormales; en segundo lugar, se debieran tener en cuenta las consecuencias negativas que el ejercicio de una acción indemnizatoria podría tener para la familia y su economía; y, por último, sería necesario que la culpa sea construida teniendo en cuenta cómo actuaría una persona media puesta en el mismo escenario y las circunstancias propias de la vida familiar.

---

<sup>163</sup> A estas sentencias ya se ha hecho referencia, por lo que a continuación sólo serán mencionadas. Así, en contra de la posibilidad de aplicar la responsabilidad civil en las relaciones de matrimonio, se han manifestado las siguientes sentencias: Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago. 10 de noviembre de 2009. Rol N°7738-2007; Sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt. 20 de diciembre de 2010. Rol N°181-2010. A favor de la indemnización de perjuicios en las relaciones matrimoniales se encuentran los siguientes fallos: Sentencia de la Corte Suprema. 30 de diciembre de 2014. Rol N°10.622-2014, que confirmó la Sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena. 3 de abril de 2014. Rol N°507-2003; Sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca. 31 de Agosto de 2012. Rol N°133-2012, en este caso, si bien la Corte se pronunció desestimando la demanda por no acreditarse la relación de causalidad, sí admite la posibilidad de aplicar el estatuto de responsabilidad civil.

<sup>164</sup> En el caso «*Moller con Moller*» la actora solicitó la indemnización de perjuicios en contra de su padre por los daños sufridos a causa de la falta de reconocimiento voluntario de paternidad. Si bien el 10° Juzgado Civil de Santiago se pronunció rechazando la demanda por no lograrse acreditar culpa o dolo del demandado en su actuar, su importancia radica en que admite la posibilidad de aplicar la responsabilidad civil en las relaciones de familia, especialmente en las relaciones paterno-filiales. Asimismo, se desecharon los argumentos de la especialidad y la inmunidad en sus considerandos décimo octavo y décimo séptimo, respectivamente. Sentencia del 10° Juzgado Civil de Santiago. 27 de diciembre de 2013. Rol N°9243-2012.

## CAPÍTULO II: PRIMER ANÁLISIS DE HIPÓTESIS EN QUE PODRÍA PROCEDER LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LAS RELACIONES PATERNO-FILIALES

A continuación, se desarrollarán dos supuestos en los que podría tener lugar la responsabilidad civil extracontractual en el ámbito de las relaciones paterno-filiales: (i) el caso de los daños sufridos por un niño, niña o adolescente cuando uno de los padres ejerce defectuosamente el cuidado personal; y (ii) los daños derivados de la falta de cumplimiento del régimen de relación directa y regular por alguno de los padres.

La decisión de tratar dichas hipótesis en un mismo capítulo obedece a la estrecha relación que existe entre ellas, pues ambas forman parte de la patria potestad en sentido amplio, la que puede ser caracterizada como “el conjunto de derechos y deberes de los padres respecto de sus hijos y tiene como fundamento suplir las carencias de los hijos menores o incapaces, tanto en el orden personal como patrimonial y jurídico, con la finalidad protectora de los intereses del menor o incapaz”<sup>165</sup>.

Dicha vinculación se encuentra consagrada en legislaciones de otros países como Argentina<sup>166</sup>, España<sup>167</sup>, Italia<sup>168</sup> y Francia<sup>169</sup>. Sin embargo, en el ordenamiento jurídico

---

<sup>165</sup> CASTILLEJO MANZANARES, Raquel. (2007). Guardia y custodia de hijos menores. Las crisis matrimoniales y de parejas de hecho. Madrid, España. La Ley. p. 320.

<sup>166</sup> El artículo 638 del Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina establece lo siguiente: “La responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado”.

<sup>167</sup> El artículo 154 del Código Civil de España dispone en su inciso segundo que la patria potestad comprende los siguientes deberes y facultades: “1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2.º Representarlos y administrar sus bienes”. Doctrinariamente, en España se incluye dentro de los deberes que tienen los titulares de la patria potestad los siguientes: el deber de velar por los hijos, incluyendo dentro de éste el poder de corrección y el deber de respeto y obediencia, el poder de fijación del domicilio, el poder relacionarse con los hijos; el deber de educar y procurar una formación integral a los hijos; el deber de alimentos y la contribución a las cargas del grupo familiar; y, el deber de representar a los hijos y de administrar sus bienes. GARRIDO MELERO, Martín. (1999). Derecho de Familia: Un análisis del Código de Familia y de la Ley de Uniones Estables de Pareja de Cataluña y su correlación con el Código Civil. Madrid, España. Marcial Pons. pp.473-480.

<sup>168</sup> Primeramente, es necesario señalar que luego de una reforma introducida por la Ley 19.5.1975, n. 151, se reemplazó el concepto “patria potestad” -*patria potestà*- por el de “potestad de los padres” -*potestà dei genitori*-, con el objeto de incluir a la mujer en su ejercicio, dejando el hombre de ser su titular exclusivo. Ahora bien, las funciones inherentes a la patria potestad constituyen un deber que ha de ser ejercido por los padres en el interés moral y material de los hijos. De esta manera, la patria potestad -*potestà dei genitori*- incluye los siguientes deberes: (i) de mantención de los hijos, cuyo contenido es de carácter patrimonial; (ii) de educación -*educazione*-, que apunta al aspecto moral de los hijos, teniendo en consideración su capacidad, inclinaciones naturales y aspiraciones; (iii) de instrucción -*istruzione*-, que incluye la tarea de los padres de iniciar a sus hijos en la escuela, cubrir los aranceles escolares, verificar la asistencia a clases y tomar decisiones para cambiarlos de establecimiento educacional; y (iv) de velar por salud. MONTECCHIARI, Tiziana. (2006). La potestà dei genitori. Milán, Italia. Giuffrè Editore. pp. 23-100.

nacional se sigue un concepto restringido de patria potestad, limitada al aspecto patrimonial, tal como lo demuestra el artículo 243 del Código Civil, que la caracteriza como “*el conjunto de derechos que la ley da al padre o madre sobre los bienes de sus hijos no emancipados*”. Lo anterior ha llevado a la doctrina nacional a incluir dentro de la denominada autoridad paterna o parental -que puede ser asimilada a la patria potestad en sentido amplio- los derechos de carácter personal, como el cuidado personal y la relación directa y regular, mientras que los derechos y atribuciones relacionadas con el ámbito patrimonial son enmarcados dentro de la patria potestad en los términos del artículo 243<sup>170</sup>. De esta forma, se evidencia el vínculo entre el cuidado personal y la relación directa y regular, en tanto ambas son manifestaciones de la autoridad parental.

Es tal la relación existente entre ambas instituciones, que el artículo 48 inciso segundo de la Ley de Menores N°16.618<sup>171</sup>, y el artículo 225 del Código Civil<sup>172</sup>, establecen la obligación del tribunal de regular la relación directa y regular que el niño, niña o adolescente mantendrá con el padre o madre que quede privado del cuidado personal. Así, de todo lo ya expuesto se puede concluir que ambas instituciones corresponden a dos caras de una misma moneda, justificándose su tratamiento en un mismo capítulo.

---

<sup>169</sup> El Código Civil de Francia establece el contenido de la denominada autoridad parental -*autorité parentale*- en su artículo 371-1 inciso segundo: “*Elle appartient aux parents jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne*”. “Será ejercida [la patria potestad] por los padres hasta la mayoría de edad o la emancipación del hijo, para proteger su seguridad, salud y moralidad, para asegurar su educación y permitir su desarrollo, con el debido respeto a su persona”. [Traducción libre].

<sup>170</sup> LATHROP GÓMEZ, Fabiola. (2005). Cuidado personal de los hijos: Análisis de Ley de Matrimonio Civil y Tribunales de Familia. Santiago, Chile. Editorial Punto Lex. p. 5.

Tradicionalmente, en el ordenamiento jurídico nacional la autoridad paterna ha estado separada de la patria potestad, incluyéndose en ésta el derecho legal de goce, la administración de los bienes del hijo y la representación legal de éstos. GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. (2007). El sistema filiativo chileno. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. pp.169 y 172.

<sup>171</sup> “*Si se sometiere a decisión judicial la determinación de la persona a quien corresponderá ejercer el cuidado personal del menor, y no se debatiere la forma en la que éste se relacionará con el padre o madre que quede privado de su cuidado personal, la resolución se pronunciará de oficio sobre este punto, con el mérito de los antecedentes que consten en el proceso*”.

<sup>172</sup> “*Siempre que el juez atribuya el cuidado personal del hijo a uno de los padres, deberá establecer, de oficio o a petición de parte, en la misma resolución, la frecuencia y libertad con que el otro padre o madre que no tiene el cuidado personal mantendrá una relación directa y regular con los hijos, considerando su interés superior, siempre que se cumplan los criterios dispuestos en el artículo 229*”.

## 1. Responsabilidad por daños derivados del defectuoso ejercicio del cuidado personal por alguno de los padres

### 1.1. Concepto y contenido del cuidado personal

Siguiendo a Schimdt, el cuidado personal puede ser comprendido en un sentido estricto como “el derecho de los padres de tener a sus hijos en su compañía”<sup>173</sup>. Por otro lado, en un sentido amplio, puede ser caracterizado como el derecho y deber que tienen los padres para procurar residencia, alimentos y educación a sus hijos<sup>174</sup>.

Desde el punto de vista jurisprudencial, la Corte Suprema también ha seguido un concepto amplio de «cuidado personal», entendiéndolo como “un deber genérico, comprensivo de todos aquellos que le corresponden a los padres respecto de sus hijos, responsabilidades que derivan precisamente de la filiación (...). En efecto este derecho-función de tener a los hijos menores en su compañía, se encuentra indisolublemente ligado a su guarda y custodia, lo que implica una comunidad de vida con éstos”<sup>175</sup>.

Para los efectos del presente apartado se considerará un concepto amplio de «cuidado personal» que incluya los deberes de los padres de tener a los hijos en su compañía -incluyendo la residencia-, de educación y de alimentos, aunque también se podrían incluir, siguiendo a la doctrina italiana<sup>176</sup>, el deber de los padres de procurar salud a los hijos. En un sentido similar se pronuncia la doctrina española, señalando que la custodia -como se le denomina- “queda ligada fundamentalmente a la convivencia y, en consecuencia, a las decisiones diarias sobre la salud, la educación y la disciplina y el orden común de vida”<sup>177</sup>. A continuación serán desarrollados los más importantes de estos elementos.

---

<sup>173</sup> Citada en LATHROP GÓMEZ, Fabiola. Cuidado personal de los hijos: Análisis de Ley de Matrimonio Civil y Tribunales de Familia. Op. cit. p. 7.

<sup>174</sup> GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. Op. cit. p. 135.

<sup>175</sup> Algunos fallos que señalan lo anterior son: Sentencia de la Corte Suprema. 29 de julio de 2008. Rol N°3469-2008; Sentencia de la Corte Suprema. 14 de octubre de 2011. Rol N°4637-2011.

Cabe indicar que si bien las mencionadas sentencias son anteriores a la reforma introducida por la Ley N°20.680, de 2013, el artículo 222 mantuvo su contenido, modificándose solamente el orden de los incisos, por lo que la referencia efectuada por los fallos a dicha norma no se ve alterada.

<sup>176</sup> MONTECCHIARI, Tiziana. Op. cit. pp. 33-35.

<sup>177</sup> SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis Zarraluqui. (2004). Reflexiones en relación con la guarda y custodia de los hijos menores en las crisis de convivencia de sus padres. En: ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA. La conflictividad en los procesos familiares: vías jurídicas para su reducción. Madrid, España. Dykinson. 19-115. p. 46.

### 1.1.1. Tenencia

Típicamente, el cuidado personal en un sentido estricto evoca el deber de compañía y cuidado que tienen los padres respecto de sus hijos, ligado al deber de vigilancia. La vinculación entre ambos deberes -cuidado y vigilancia- “se evidencia en tanto el uno presupone la otra, ya que no es posible cuidar o resguardar la persona y los intereses del hijo sin ejercitar la debida supervisión del mismo, adecuada a las circunstancias”<sup>178</sup>. En España, el cuidado y la vigilancia se encuentran recogidos en el deber de velar contemplado en el artículo 154 del Código Civil, entendido como el deber de “cuidar solícitamente, con extrema diligencia, de vigilar y controlar las actividades del otro progenitor y las relaciones del menor de edad con terceras personas”<sup>179</sup>, incluyendo el deber de velar por la seguridad personal de los hijos<sup>180</sup>.

### 1.1.2. Salud

Conceptualmente hablando, para la Organización Mundial de la Salud -OMS-, la salud puede ser entendida como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”<sup>181</sup>. De esta manera, el concepto amplio dado por la OMS va más allá de la salud física de las personas, vinculándose con el deber de los padres de proteger a los hijos frente a cualquier tipo de maltrato -tanto físico como psicológico- que pudieran sufrir.

Ahora bien, se encuentra consagrada como Derecho Fundamental en el artículo 24.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>182</sup>, y como Derecho Humano en la primera

---

<sup>178</sup> D'ANTONIO, Daniel Hugo (1998). Responsabilidad paterna y patria potestad. En: D'ANTONIO, Daniel Hugo; MOSSET ITURRASPE, Jorge; NOVELLINO, Norberto José. Responsabilidad de los padres, tutores y guardadores. Buenos Aires, Argentina. Rubinzal-Culzoni. 145-172. pp. 158 y 159.

<sup>179</sup> LÓPEZ Y LÓPEZ, A; MONTÉS PENADÉS, V; ROCA I TRÍAS, Encarna (Coordinadora). (1997). Derecho de Familia. 3a edición. Valencia, España. Tirant Lo Blanch. p. 347.

<sup>180</sup> RODRÍGUEZ GUTIÁN, ALMA MARÍA. Responsabilidad civil en el derecho de familia. Especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales. Op. cit. p. 191.

<sup>181</sup> Constitución de la Organización Mundial de la Salud. en: Documentos básicos. 48a edición. 2014. Organización Mundial de la Salud. italia. p. 1.

<http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd48/basic-documents-48th-edition-sp.pdf?ua=1#page=7> [Consultado el 21 de agosto de 2018]

<sup>182</sup> Artículo 24.1. “Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios”.

parte del artículo 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>183</sup>. Por su parte, la Constitución Política de la República protege la salud de las personas en el artículo 19 N°1, que establece “el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona”; N°8, sobre “el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”; y N°9, relativo al “derecho a la protección de la salud”.

Los principales problemas que surgen respecto del derecho a la salud y el ejercicio de la autoridad paterna guardan relación con el consentimiento para someter a los hijos a tratamientos de salud que pudieran ocasionarle algún daño, tal como la negativa de vacunarlos cuando ésta es obligatoria por razones de salud pública<sup>184</sup> y la negativa de otorgar el consentimiento para aplicar un tratamiento médico por motivos religiosos<sup>185</sup>.

### 1.1.3. Crianza y educación

En cuanto al deber de educación, el artículo 236 del Código Civil dispone que: *“Los padres tendrán el derecho y el deber de educar a sus hijos, orientándolos hacia su pleno desarrollo en las distintas etapas de su vida”*. Por su parte, la educación como Derecho Fundamental se encuentra establecida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, al disponer en su artículo 26 que: *“Toda persona tiene derecho a la educación”*. De igual manera, la Convención sobre los Derechos del Niño dispone en su artículo 28 que: *“1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación (...)”*. A nivel nacional, la Constitución Política de la República establece en su artículo 19 N°10 lo siguiente: *“La Constitución asegura a todas las personas: El derecho a la educación”*, disponiendo asimismo en la primera parte del inciso segundo que, *“[l]os padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos”*. De esta manera, los padres no sólo tienen el derecho de educar a sus hijos, sino también el deber hacerlo.

---

Cabe tener en consideración que la Convención sobre los Derechos del Niño fue ratificada por Chile en el año 1990, siendo promulgada mediante el Decreto Supremo N°830, de fecha 14 de agosto de 1990.

<sup>183</sup> Artículo 25.1. *“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (...)”*.

<sup>184</sup> Véase el Decreto Exento N°6, de fecha 29 de enero de 2010, del Ministerio de Salud.

<sup>185</sup> MONTECCHIARI, Tiziana. Op. cit. pp. 81-91.

Lo anterior deja en evidencia que el deber de educación no se agota en la escolaridad<sup>186</sup>, sino que “es algo más profundo que la mera instrucción en ciertos conocimientos o el aprendizaje en determinadas destrezas; la educación constituye el esfuerzo radical y permanente de crecimiento en toda la persona”<sup>187</sup>. En un sentido similar se pronuncia Zannoni, para quien “el deber de educación de los hijos implica el deber y derecho de ocuparse de la formación física, espiritual y moral del menor, así como atender a la preparación para una profesión o actividad determinada, que represente utilidad al menor y a la sociedad”<sup>188</sup>.

Precisamente, a partir de la consideración anterior, es importante destacar que el deber de educación se encuentra estrechamente vinculado con los medios utilizados por los padres para educar a sus hijos. Antiguamente, el Código Civil establecía la facultad de los padres para “corregir y castigar moderadamente” a sus hijos, dejando abiertas las puertas para el ejercicio del castigo físico y el maltrato psicológico<sup>189</sup>. Sin embargo, dicha facultad de los padres fue eliminada luego de la reforma introducida en el año 2008 por la Ley N°20.286, que agregó lo siguiente en el inciso primero del artículo 234 del Código Civil: *“Los padres tendrán la facultad de corregir a los hijos, cuidando que ello no menoscabe su salud ni su desarrollo personal. Esta facultad excluye toda forma de maltrato físico y psicológico y deberá, en todo caso, ejercerse en conformidad a la ley y a la Convención sobre los Derechos del Niño”*. Lo anterior es concordante con la tendencia en el Derecho Comparado, tal como se evidencia en el artículo 647 inciso primero del Código Civil y Comercial de Argentina<sup>190</sup>, en los incisos segundo y tercero del artículo 154 del Código Civil de España<sup>191</sup>, en el §1631 del

---

<sup>186</sup> Doctrinariamente, se puede afirmar que dentro del deber de educación se encuentra el de instrucción, vinculado con la iniciación de los hijos en la escuela, el pago de los aranceles escolares, la vigilancia de la asistencia a los cursos y la toma de decisiones para cambiarlos de establecimiento educacional, entre otros. MONTECCHIARI, Tiziana. Ibid. p. 74.

<sup>187</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN, ALMA MARÍA. Responsabilidad civil en el derecho de familia. Especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales. Op. cit. p. 250.

<sup>188</sup> ZANNONI, Eduardo. (2006). Derecho Civil: Derecho de Familia. Tomo 2. 5a. ed. actualizada y ampliada. Buenos Aires, Argentina. Editorial Astrea. p. 796.

<sup>189</sup> El Código Civil en su versión original establecía en el artículo 233 que *“[e]l padre tendrá la facultad de corregir i castigar moderadamente a sus hijos”*, dejando la facultad radicada exclusivamente en el padre, posteriormente, la Ley N°18.802, de 1989, modificó el mencionado artículo 233, extendiendo la potestad de corregir y castigar a ambos padres, conservando el término “moderadamente”; luego, con la Ley N°19.585, de 1998, se estableció un nuevo artículo 234, disponiendo en su inciso primero, *“Los padres tendrán la facultad de corregir a los hijos, cuidando que ello no menoscabe su salud ni su desarrollo personal”*. Finalmente, la Ley N°20.286, de 2008, agregó al final del inciso primero, la siguiente oración: *“Esta facultad excluye toda forma de maltrato físico y psicológico y deberá, en todo caso, ejercerse en conformidad a la ley y a la Convención sobre los Derechos del Niño”*.

<sup>190</sup> *“Se prohíbe el castigo corporal en cualquiera de sus formas, los malos tratos y cualquier hecho que lesione o menoscabe física o psíquicamente a los niños o adolescentes”*.

<sup>191</sup> *“La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental.”*

Código Civil de Alemania -BGB-<sup>192</sup>, y los artículos 18 y 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño que establecen el interés superior del niño como la preocupación fundamental de los padres y la protección contra los malos tratos, respectivamente<sup>193</sup>. Como corolario de lo anterior, actualmente se encuentra prohibido en el ordenamiento jurídico nacional la corrección o educación de los hijos por medio de actos que ocasionen una lesión de su integridad física y psíquica.

En suma, teniendo en consideración el amplio contenido del cuidado personal, se puede apreciar que existen diversas hipótesis en las que se podría verificar un defectuoso cumplimiento de los deberes que involucra.

## **1.2. Mecanismos contemplados en el ordenamiento jurídico nacional frente al defectuoso cumplimiento del cuidado personal**

El Código Civil establece en el inciso cuarto del artículo 225 la posibilidad de que el Juez de Familia atribuya el cuidado personal al otro progenitor cuando las circunstancias lo requieran y el interés superior del niño, niña o adolescente lo haga conveniente<sup>194</sup>. Incluso, en el artículo 226 inciso primero del mismo código se contempla la posibilidad de que, en caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, el cuidado personal sea atribuido por el juez a otra persona o personas competentes<sup>195</sup>.

---

*Esta función comprende los siguientes deberes y facultades:*

*1º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2º Representarlos y administrar sus bienes”.*

<sup>192</sup> El que dispone: (2) *Kinder haben ein Recht auf gewaltfreie Erziehung. Körperliche Bestrafungen, seelische Verletzungen und andere entwürdigende Maßnahmen sind unzulässig*. “Los niños tienen derecho a una educación [entendida como crianza] no violenta. Los castigos físicos, los maltratos psicológicos y otras medidas degradantes son inadmisibles” [traducción libre].

<sup>193</sup> “Artículo 18. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres, o en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño”.

“Artículo 19. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo”.

<sup>194</sup> Artículo 225, inciso cuarto: “En cualesquier de los casos establecidos en este artículo, cuando las circunstancias lo requieran y el interés superior del hijo lo haga conveniente, el juez podrá atribuir el cuidado personal del hijo al otro de los padres, o radicarlo en uno solo de ellos, si por acuerdo existiere alguna forma de ejercicio compartido. Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 226”.

<sup>195</sup> Artículo 226 inciso primero: “Podrá el juez, en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes, velando primordialmente por el interés superior del niño conforme a los criterios establecidos en el artículo 225-2”.

De esta forma, la titularidad del cuidado personal puede ser modificada si las circunstancias lo hacen necesario, por ejemplo, si la estabilidad, equilibrio emocional o integridad física y psíquica del menor de edad se encuentran en peligro, el juez deberá determinar cuál es el ambiente más favorable para su desarrollo, utilizando siempre como criterio orientador el interés superior del niño, niña o adolescente<sup>196</sup>.

Además, usualmente la privación del cuidado personal llevará también a la privación de la patria potestad, por cuanto el artículo 245 inciso primero del Código de Bello dispone que, cuando los padres vivan separados, la patria potestad -entendida en un sentido restringido, como la facultad para administrar los bienes de los hijos- será ejercida por quien tenga el cuidado personal del hijo o hija, o por ambos si así se ha establecido<sup>197</sup>.

Para algunos, la aplicación de la responsabilidad civil sólo será posible una vez agotados todos los mecanismos específicos contemplados en el ordenamiento jurídico<sup>198</sup>. Sin embargo, en ciertos casos la medida de separar al hijo/a de su padre o madre custodio producirá mayores perjuicios en el niño, niña o adolescente, por lo que su aplicación debe ser reservada para casos excepcionales<sup>199</sup>.

Asimismo, los remedios mencionados no buscan reparar el daño producido por el defectuoso cumplimiento del cuidado personal, sino que más bien se muestran como sanciones al padre incumplidor o como un mecanismo tendiente a poner fin a la situación de vulnerabilidad en que se encuentra el niño, niña o adolescente. Por consiguiente, la posibilidad de aplicar el régimen de responsabilidad civil extracontractual se muestra como un medio idóneo para reparar los perjuicios y dejar indemne al hijo/a.

---

<sup>196</sup> QUINTANA VILLAR, María Soledad. (2014). La titularidad del cuidado personal y el ejercicio de la relación directa y regular a la luz de la jurisprudencia actual. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLIII, 2° semestre de 2014: 241-258. pp. 247 y 248.

<sup>197</sup> Artículo 245 inciso primero: Art. 245. “Si los padres viven separados, la patria potestad será ejercida por aquel que tenga a su cargo el cuidado personal del hijo, o por ambos, de conformidad al artículo 225”.

<sup>198</sup> HERRANZ GONZÁLEZ, Agustina. Op. cit. p. 48.

<sup>199</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María. (2013). Familia y responsabilidad civil. [En Línea]. *Escritos Jurídicos*. N°2. The Family Watch. p. 3. <<https://www.thefamilywatch.org/wp-content/uploads/EJTFW02.pdf>> [Consultado el 27 de agosto de 2018]

### **1.3. Posibilidad de reparar los daños ocasionados por el ejercicio defectuoso del cuidado personal**

Con el objeto de determinar si procede indemnizar los perjuicios, es necesario analizar algunos elementos de la responsabilidad civil que pueden revestir ciertas particularidades, como es el caso de la antijuridicidad, el daño y la imputabilidad. Además, se hará referencia al principio de corresponsabilidad como elemento delimitador de responsabilidad y a la legitimación activa para entablar la acción indemnizatoria.

#### **1.3.1. La antijuridicidad**

Se debe recordar que la antijuridicidad puede ser entendida como infracción de un deber legal expreso -sentido restringido- o como una conducta contraria al ordenamiento jurídico en general -sentido amplio-. Precisamente, el cuidado personal se encuentra establecido en los artículos 224 y 225 del Código Civil como un deber legal expreso de los padres, a lo que se deben agregar las normas supranacionales -ya mencionadas-, que consagran derechos fundamentales de los niños, niñas o adolescentes, tales como: el derecho a la salud, a la educación, a no ser maltratados, entre otros.

Lo anterior debe ser complementado con lo dispuesto en el artículo 222 inciso primero del mismo cuerpo normativo, según el cual *“La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades”*. La Corte Suprema ha estimado que el principio del Interés superior del niño, niña y adolescente *“consiste en el pleno respeto de los derechos esenciales del niño, niña o adolescente, para procurar el cabal ejercicio y protección de sus derechos esenciales. Dicho principio se identifica con la satisfacción plena de los derechos de los menores, en su calidad de personas y sujetos de derechos, identificándose de esta manera "interés superior" con los derechos del niño y adolescente”*. De esta forma, los deberes paternos que contempla el cuidado personal deben ser ejercidos teniendo en consideración el interés superior del hijo o hija menor de edad.

Por lo tanto, más allá de la infracción a los principios de no dañar a otro *-alterum non laedere-* y del interés superior del niño, niña y adolescente, el comportamiento ilícito se

verifica desde el momento en que el padre custodio infringe los deberes que le impone el ejercicio del cuidado personal.

### **1.3.2. La imputabilidad o factor de atribución**

Es importante recordar que la doctrina se encuentra dividida en cuanto al factor de atribución que debe verificarse para dar lugar a la indemnización de los perjuicios en las relaciones de familia. Para cierto sector de la doctrina, sólo aquellos daños ocasionados con dolo pueden dar lugar a responsabilidad civil. Para otros, además del dolo, también pueden dar lugar a reparación los daños causados con culpa grave<sup>200</sup>. Por otra parte, están quienes estiman que se debe responder de todos los grados de culpa.

Sin embargo, siguiendo lo expuesto en el capítulo anterior, en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual no es dable aplicar la clasificación de culpa establecida en el artículo 44 del Código Civil, sino que es necesario recurrir al modelo del hombre medio o razonable para construir un estándar de conducta que se adapte a las circunstancias propias de las relaciones paterno-filiales, pues los individuos no se comportan de la misma forma en sus negocios que en sus relaciones de familia. En consecuencia, la culpa debe ser apreciada en abstracto y determinada en concreto, considerando elementos como la intensidad del daño, la relación existente entre el agente causante del daño y la víctima, el valor social de la acción, la previsibilidad y la probabilidad del daño<sup>201</sup>. Lo que se pretende establecer es cómo debió actuar el agente causante del daño, comparado con el actuar que hubiese tenido un hombre medio puesto en las mismas circunstancias.

Siguiendo este criterio de determinación del estándar de cuidado, la dificultad radica en la forma de apreciar la relación de familia existente entre el progenitor causante del daño y el niño, niña o adolescente que lo sufre. La pregunta sobre el nivel de diligencia que los progenitores deben tener respecto de sus hijos deberá ser respondida caso a caso.

### **1.3.3. El daño**

---

<sup>200</sup> Ibid. p. 2.

<sup>201</sup> BARROS BOURIE, Enrique. Op. cit. pp. 105 y ss.

A propósito de este requisito de la responsabilidad civil se analizarán *grosso modo* los elementos del cuidado personal que ya fueron desarrollados con anterioridad, evitando caer en el análisis de casos específicos, pues el objetivo de este apartado es dar luces sobre la posibilidad de reparar los daños ocasionados por un defectuoso cumplimiento del régimen de cuidado personal considerado en general. Asimismo, se debe recordar que sólo serán indemnizables aquellos daños anormales o de una magnitud suficiente, pues no todas las molestias que se producen en las relaciones de familia deben dar lugar a indemnización de perjuicios.

En primer lugar, corresponde hacer referencia al deber de cuidado o cuidado personal en sentido estricto, entendido como el derecho-deber de los padres de tener a los hijos en su compañía y vigilarlos. Son variadas las hipótesis en que un niño, niña o adolescente puede sufrir algún perjuicio por un defectuoso ejercicio de este deber, pues el daño podría ser producido tanto por las actividades que realiza el progenitor que tiene el cuidado personal como por las actividades que le permite realizar al hijo/a, tal como podría suceder “en la práctica de ciertas actividades deportivas inapropiadas en función del desarrollo psicofísico del menor, de las que pueden habitualmente derivar tales daños o producirse los mismos en la persona de los hijos por su propio ejercicio”<sup>202</sup>. En conclusión, es posible que el niño, niña o adolescente sufra lesiones corporales que podrían llegar a ocasionar también un daño moral o la pérdida de una oportunidad, según la gravedad de los hechos.

Del mismo modo, una infracción al deber de velar por la salud de los hijos o hijas podría llegar a ocasionarles un perjuicio, vinculado principalmente con el consentimiento para someter a los hijos a tratamientos de salud que pudieran ser perjudiciales, la negativa de vacunarlos cuando ésta es obligatoria por razones de salud pública<sup>203</sup> y la negativa de otorgar el consentimiento para aplicar un tratamiento médico por motivos religiosos<sup>204</sup>. En estos casos no es difícil imaginar los daños que pueden ser ocasionados al niño, niña o

---

<sup>202</sup> D'ANTONIO, Daniel Hugo. Responsabilidad paterna y patria potestad. Op. cit. pp. 160.

<sup>203</sup> El Decreto Exento N°6, de fecha 29 de enero de 2010, del Ministerio de Salud, que dispone la vacunación obligatoria contra enfermedades inmuno prevenibles de la población del país, establece 13 vacunas obligatorias, de las cuales, a los menos 11 lo son para la población infantil. En relación con ello, debe tenerse en consideración la expansión de los movimientos antivacunas en Chile, llegando incluso a la judicialización de los casos. Así, la Corte Suprema, conociendo sobre la apelación de un recurso de protección interpuesto por la Directora del Hospital Base de Osorno en favor de un recién nacido y en contra de la madre de éste, ordenó la vacunación del niño pese a la negativa de sus padres. Sentencia de la Corte Suprema. 3 de marzo de 2016. Rol N° 36759-2015.

<sup>204</sup> MONTECCHIARI, Tiziana. Op. cit. pp. 81-91.

adolescente por las decisiones de la persona que tiene su cuidado personal, por ejemplo, piénsese en todas las consecuencias que puede tener la negativa de vacunar a un hijo/a, o la negativa de someterlo a un procedimiento médico que es requerido con urgencia.

Ahora bien, respecto del deber de educar, su defectuoso cumplimiento por parte de los padres puede ocasionar diversas alteraciones en el desarrollo del niño, niña o adolescente<sup>205</sup>. En base a lo anterior, Rodríguez se muestra partidaria de atribuir responsabilidad a los padres, manifestando que, “si las condiciones de educación del menor aparecen comprometidas de modo grave y lesionan de manera muy seria la formación moral y espiritual del hijo, incidiendo en su normal y necesaria inserción en la sociedad, no se ve la razón de que el hijo no pueda reclamar la indemnización de los daños y perjuicios sufridos al progenitor responsable de tal situación, si se dan los supuestos necesarios de la responsabilidad civil”<sup>206</sup>.

Tal como ya se había adelantado, el deber de educar se encuentra vinculado con la prohibición de maltratar a los hijos para corregirlos. Al respecto, se ha señalado que el maltrato ejercido por los padres “da lugar no sólo a secuelas físicas, sino también a que el menor tenga una autoestima muy baja, sentimientos de indefensión, miedo, depresión y ansiedad que pueden dar lugar a dificultades en el desarrollo cognitivo, afectivo y social del menor que puede desembocar en conductas agresivas y antisociales, problemas académicos y dificultades para desarrollarse con otras personas”<sup>207</sup>.

No obstante el evidente daño que pueden ocasionar los actos de maltrato, se trata de una materia que escapa al objeto del presente trabajo, ya que las lesiones físicas o

---

<sup>205</sup> Asimismo, los padres podrían llegar a ser responsables civilmente por los daños que sus hijos menores de edad ocasionen a terceros, es lo que se ha denominado culpa *in educando*, la que tiene lugar cuando el daño ocasionado por los hijos puede ser atribuido directamente a una incorrecta educación otorgada por sus padres. Así ha sido establecido en España por la Audiencia Provincial de Sevilla, en un caso en que un menor de edad golpeó a otro en la cara mientras se encontraban en el colegio, causándole diversas lesiones: “hay que estimar que lo ocurrido no es sino reflejo de la incorrecta educación recibida en casa, debiendo atribuirse tales lesiones, aparte de la responsabilidad del centro docente, que en este pleito no se ha hecho valer, a culpa “*in educando*” achacable a la demandada Doña Mónica, como progenitora del menor causante de dichas lesiones”. Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla. 30 de noviembre de 2007. Roj SAP SE 3711/2007.

<sup>206</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN, ALMA MARÍA. Responsabilidad civil en el derecho de familia. Especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales. Op. cit. pp. 254 y 255.

<sup>207</sup> DE TORRES PEREA, José Manuel. (2009). Interés del menor y derecho de familia: una perspectiva multidisciplinar. Madrid, España. Iustel. p.121. En término similares se pronuncia Bavestrello respecto del maltrato como forma de castigo: “la violencia física puede provocar daño físico permanente, y daño psicológico, pues los niños crecen con odio y temor, carentes de afecto, prontos a transformarse en adultos fríos, crueles e igualmente castigadores”. BAVESTRELLO BONTÁ, Irma. (2003). Derecho de Menores. 2a edición actualizada. Santiago, Chile. LexisNexis. p. 19

psicológicas ocasionadas en un contexto de violencia intrafamiliar<sup>208</sup> pueden ser enmarcadas en la subclasificación de daños generales dentro de la denominada perspectiva interna de los daños en las relaciones de familia<sup>209</sup>.

Por último, en casos extremos, se podría estar en presencia de una hipótesis de abandono del hijo/a menor de edad, la que puede ser entendida como “[t]oda situación de carencia que afecta la formación integral del menor desde el punto de vista material, psíquico o moral, por ejercicio defectuoso o abusivo de la autoridad paterna o por no estar el niño sometido a ella”<sup>210</sup>. Esta situación puede menoscabar aspectos tan fundamentales en la vida del niño, niña o adolescente como su salud física y mental, pudiendo dar origen a estados de desnutrición, deshidratación y enfermedades<sup>211</sup>. Sin embargo, para que un niño, niña o adolescente llegue a estar en una condición de abandono sería necesaria una conducta extremadamente negligente de ambos progenitores.

En síntesis, existen variados supuestos en los que un niño, niña o adolescente puede sufrir perjuicios por un defectuoso ejercicio del cuidado personal, los que podrán estar constituidos, por ejemplo, por lesiones corporales, daño moral y pérdida de una oportunidad, como en el caso de un menor de edad cuyas oportunidades de desarrollo se han visto afectadas por una deficiente crianza y educación o por daños a su salud. Incluso, la Corte Suprema de Casación de Italia ha llegado a fallar que un padre debe indemnizar los perjuicios ocasionados a su hijo por no entregarle adecuadamente los medios de subsistencia, en razón del deber de mantención que tienen los padres y los derechos fundamentales del niño, niña y adolescente<sup>212</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, lo relevante es que

---

<sup>208</sup> Artículo 5º de la Ley N°20.066 que Establece Ley de Violencia Intrafamiliar: “*Violencia intrafamiliar. Será constitutivo de violencia intrafamiliar todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica 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, del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente*” [subrayado añadido].

<sup>209</sup> Tal como fue señalado en el capítulo primero, se trata de daños que, si bien ocurren entre familiares, perfectamente podrían tener lugar en cualquier otro ámbito relacional.

<sup>210</sup> BAVESTRELLO BONTÁ, Irma. Op. cit. p. 25. A su vez, D’Antonio define la situación de abandono como “el desamparo del niño, tanto cuando se encuentra materialmente en peligro como cuando su personalidad moral está siendo o ha sido objeto de actos que la conturban o desvían”. D’ANTONIO, Daniel Hugo (2001). Patria Potestad. En: MÉNDEZ COSTA, María Josefa; D’ANTONIO, Daniel Hugo. Derecho de Familia. Tomo III. Buenos Aires, Argentina. Rubinzal-Culzoni. 273-354. pp. 335 y 336.

<sup>211</sup> BAVESTRELLO BONTÁ, Irma. Op. cit. p. 20.

<sup>212</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Casación de Italia. 7 de junio de 2000. N°7713/2000. Véase en D’ADDA, Alessandro. (2001). Sezione I civile; sentenza 7 giugno 2000, n. 7713; Pres. Reale, Est. Morelli, P.M. Gambardella (concl. parz. diff.); Cappelletto (Avv. Piazza) c. Hu Cheng e altra (Avv. Pizzorno). Conferma App. Venezia 7 novembre 1997. [En línea] *Il Foro Italiano*. Vol. 124, N°1: 187-204.

<<https://www.jstor.org/stable/23195709>> [Consultado el 29 de noviembre de 2018]

el daño sea anormal o de una magnitud suficiente para dar lugar a su indemnización, como podría suceder con los incumplimientos reiterados de los deberes parentales.

#### 1.3.4. Principio de corresponsabilidad parental y cuidado personal compartido

Tanto el principio de corresponsabilidad como el cuidado personal compartido fueron introducidos en el año 2013 por la Ley N°20.680. Por una parte, el principio de corresponsabilidad parental se encuentra recogido en la segunda parte del inciso primero del artículo 224 del Código Civil, según el cual, *“ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos”*. Se puede decir, en un sentido amplio, que el principio de corresponsabilidad implica una distribución equitativa de los derechos y obligaciones que los padres tienen respecto de sus hijos<sup>213</sup>.

En cuanto al cuidado personal compartido, el inciso segundo del artículo 225 del Código Civil lo caracteriza como *“un régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad de ambos padres que viven separados, en la crianza y educación de los hijos comunes, mediante un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad”*. Doctrinariamente, el cuidado personal compartido es definido por la doctrina como *“aquel sistema familiar posterior a la ruptura matrimonial o de pareja que, basado en el principio de corresponsabilidad parental, permite a ambos progenitores participar activa y equitativamente en el cuidado personal de sus hijos, pudiendo, en lo que a residencia se refiere, vivir con cada uno de ellos durante lapsos sucesivos más o menos predeterminados”*<sup>214</sup>.

Ahora bien, es importante precisar que el principio de corresponsabilidad no implica necesariamente la existencia de un régimen de cuidado personal compartido<sup>215</sup>, pues el

---

<sup>213</sup> ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela. (2013). El principio de corresponsabilidad parental. [En línea]. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*. Sección: Estudios. año 20, N°2: 21-59. p. 28. <<https://scielo.conicyt.cl/pdf/rducn/v20n2/art02.pdf>> [Consultado el 27 de septiembre de 2018]

<sup>214</sup> LATHROP GÓMEZ, Fabiola. (2008). Custodia compartida de los hijos. Madrid, España. La Ley. p. 39. Por su parte Hernando lo entiende como *“la asunción compartida de autoridad y responsabilidad, de derechos y obligaciones, entre los padres separados en relación a todo cuanto concierna a los hijos comunes”*. Citado en TAPIA PARREÑO, José (Director), CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2010). Custodia compartida y protección de menores. Madrid, España. Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial. p. 92.

<sup>215</sup> QUINTANA VILLAR, María Soledad. Op. cit. p. 253. En el mismo sentido, LEPIN MOLINA, Cristián. Reformas a las Relaciones Paterno-Filiales. Análisis de la Ley N°20.680. (2013). *Revista de Derecho, Escuela de Postgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile*. N°3: 285-308. p. 296.

mencionado principio siempre tendrá aplicación, independiente del régimen de cuidado personal establecido<sup>216</sup>. En consecuencia, es perfectamente posible que el cuidado personal se encuentre radicado solamente en el padre o madre y aun así tenga aplicación la corresponsabilidad parental, pues se trata de un principio que abarca todo el ámbito de los deberes parentales.

En el mismo sentido se manifestó la Corte Suprema en un fallo de fecha 4 de septiembre de 2014, donde estimó en su considerando tercero que, “la ‘corresponsabilidad’ a que alude el artículo 229 del Código Civil no es que importe -como se pretende- el establecimiento de un determinado ‘régimen’ de parte del juez de familia, ya que, en realidad, constituye un principio jurídico que propende a la participación de ambos padres en el ejercicio de los derechos y deberes que comprende la autoridad parental, esto es, que ambos padres asuman en común ciertas funciones en relación con los hijos, como las de mayor impacto en su formación integral: su crianza y educación”<sup>217</sup>. Si bien el fallo hace alusión al artículo 229 del Código Civil -que también hace referencia al principio de corresponsabilidad-, su argumentación es igualmente válida para lo dispuesto en el artículo 224 del mencionado cuerpo normativo.

En términos prácticos, la corresponsabilidad exige el consentimiento de ambos padres -aun cuando vivan separados- para adoptar decisiones respecto del hijo o hija menor de edad en el ámbito de la salud, crianza y educación. Por lo tanto, el progenitor custodio no puede decidir unilateralmente sobre estas materias. Ahora bien, respecto de los asuntos cotidianos del niño, niña o adolescente, como aquellos que guardan relación con su seguridad o vigilancia, así como aquellas situaciones en que es necesario tomar decisiones urgentemente, corresponderá al progenitor titular del cuidado personal decidir y adoptar las medidas pertinentes<sup>218</sup>.

Lo anterior tendrá efectos en la responsabilidad civil, pues sólo se podría demandar al progenitor que detenta el cuidado personal cuando exista una infracción al deber de tener al hijo/a en su compañía, vigilándolo y velando por su seguridad e integridad. Respecto de

---

<sup>216</sup> ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela. El principio de corresponsabilidad parental. Op. cit. p. 31.

<sup>217</sup> Sentencia de la Corte Suprema. 4 de septiembre de 2014. Rol N°21334-2014.

En el caso en comento, el recurrente denuncia la infracción del artículo 229 del Código Civil por no haber establecido los jueces de la instancia un régimen de corresponsabilidad, confundiéndolo con el cuidado personal compartido. En definitiva, el recurso de casación en el fondo fue rechazado por la Corte Suprema.

<sup>218</sup> ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela. El principio de corresponsabilidad parental. Op. cit. p. 53.

los demás deberes, tales como la crianza, educación y salud, en virtud de la corresponsabilidad, correspondería -al menos en principio- que la acción indemnizatoria se dirigiera contra ambos padres, ya que los dos habrían contribuido al daño con la falta de observancia de los mencionados deberes. Esta conclusión no se vería alterada por la existencia o no de un régimen de cuidado personal compartido, pues el principio de corresponsabilidad parental es independiente del régimen de cuidado establecido.

### 1.3.5. Legitimación activa

De acuerdo con los artículos 260 y siguientes del Código Civil, la representación legal de los hijos menores de edad -para actuar en el ámbito judicial o extrajudicial- recae por regla general en quien tiene la patria potestad.

Ahora bien, cuando una acción judicial se dirige contra uno de los padres se debe recurrir al artículo 263 inciso primero del Código Civil, que ordena al juez designar un curador *ad litem* cuando el hijo o hija menor de edad se dirija contra el titular de la patria potestad<sup>219</sup>. Esta regla parece resolver el problema para la mayoría de los casos, pues lo normal es que la patria potestad y el cuidado personal recaigan en la misma persona o en ambos padres si la ejercen conjuntamente. Por lo tanto, en la mayoría de los casos, cuando un menor de edad desea entablar una acción judicial para obtener la reparación de los daños ocasionados por el progenitor custodio, se deberá nombrar un curador para la litis, ya que el demandado sería el titular de la patria potestad.

Por otro lado, cuando la patria potestad es ejercida por el padre no custodio, no existirá inconveniente para el ejercicio de la acción, siendo innecesario el nombramiento de un curador *ad litem*. Sin embargo, en esta hipótesis será necesario evitar que el ejercicio de una acción indemnizatoria se transforme en un mecanismo para atacar al otro progenitor en el contexto de una situación conflictiva entre ambos.

---

<sup>219</sup> “Siempre que el hijo tenga que litigar como actor contra el padre o la madre que ejerce la patria potestad, le será necesario obtener la venia del juez y éste, al otorgarla, le dará un curador para la litis”. En los procedimientos seguidos ante los Tribunales de Familia, la situación se encuentra regulada en el artículo 19 inciso segundo de la Ley N°19.968, disposición que ordena al juez nombrar como curador *ad litem* un abogado que se dedique a la defensa y protección de los derechos del niño, niña y adolescente cuando, por motivos fundados, estime que sus intereses son independientes o contradictorios con los de su representante legal: “El juez designará a un abogado perteneciente a la respectiva Corporación de Asistencia Judicial o a cualquier institución pública o privada que se dedique a la defensa, promoción o protección de sus derechos, en los casos en que carezcan de representante legal o cuando, por motivos fundados, el juez estime que sus intereses son independientes o contradictorios con los de aquél a quien corresponda legalmente su representación”.

Finalmente, en la actualidad se encuentra en el segundo trámite constitucional ante el Senado el Proyecto de Ley correspondiente al boletín N° 10.315-18, que busca establecer un “Sistema de garantías de los derechos de la niñez”. El artículo 35 del mencionado Proyecto establece el derecho de los niños, niñas y adolescentes al debido proceso, a la tutela judicial efectiva y a una representación judicial especializada, contemplando expresamente “el derecho [de todo niño, niña o adolescente] a una representación distinta de la de sus padres y/o madres o representantes legales en caso de intereses incompatibles”<sup>220</sup>.

### 1.3.6. Algunas consecuencias de aplicar el régimen de responsabilidad civil

La condena al progenitor custodio podría ocasionar una grave disminución en su patrimonio, con efectos significativos sobre la economía de la familia, circunstancia que ineludiblemente afectaría el nivel de vida del hijo/a<sup>221</sup>. Es por ello que, para un sector de la doctrina, la acción indemnizatoria sólo puede ser admitida cuando el familiar demandado tiene un seguro capaz de cubrir su responsabilidad civil<sup>222</sup>.

Asimismo, entablar una acción judicial podría llevar al deterioro de la estabilidad y la paz familiar. Sin embargo, como fue manifestado en el capítulo anterior<sup>223</sup>, la familia no puede ser utilizada como pretexto para que sus integrantes se dañen impunemente, pues antes que miembros de una familia los individuos son personas, cuyos derechos deben ser respetados y resguardados. De igual manera, no se debe olvidar que el solo ejercicio de una acción indemnizatoria supone la existencia de un quiebre en la familia, por lo que no se

---

<sup>220</sup> Boletín N° 10.315-18. <[http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin\\_ini=10315-18](http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=10315-18)> [Consultado el 27 de septiembre de 2018]

<sup>221</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María. Familia y responsabilidad civil. Op. cit. p. 3.

<sup>222</sup> MARTÍN-CASALS, Miquel; RIBOT, Jordi. (2011). Daños en Derecho de Familia: un paso adelante, dos atrás. *Anuario de Derecho Civil*. Vol. 64, N°2: 503-561. p. 559.

Para los mencionados autores, la posibilidad de ejercer una acción de responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones paterno-filiales es excepcional, requiriéndose la concurrencia de alguna de las siguientes circunstancias: (i) que el demandado cuente con un seguro de responsabilidad civil que le permita cubrir la indemnización de perjuicios; o, (ii) que la convivencia entre los padres haya cesado al momento de entablar la demanda o nunca haya existido. MARTÍN-CASALS, Miquel; RIBOT, Jordi. (2011). Daños en Derecho de Familia: un paso adelante, dos atrás. *Anuario de Derecho Civil*. Vol. 64, N°2: 503-561. p. 548.

Rodríguez Guitián vincula este argumento con el análisis económico del Derecho y el traslado de los costos ocasionados por los daños desde el demandado hacia la compañía de seguros. Al respecto, véase RODRÍGUEZ GUITIÁN, ALMA MARÍA. Responsabilidad civil en el derecho de familia. Especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales. Op. cit. p. 97-99.

<sup>223</sup> Véanse las páginas 23 y siguientes del presente trabajo.

justificaría denegar una acción de responsabilidad civil en base al resguardo de la estabilidad familiar.

Lo anterior lleva inevitablemente a la necesidad de considerar siempre el interés superior del niño, niña y adolescente como criterio rector al momento de establecer la procedencia o no de una acción indemnizatoria, siendo necesario tener en consideración los derechos fundamentales del hijo/a y su mayor realización posible, tanto en el ámbito espiritual como material<sup>224</sup>.

En definitiva, existen diversas dificultades para admitir la posibilidad de aplicar las reglas de la responsabilidad civil en esta hipótesis. A los problemas de determinación del daño y su magnitud, se agregan las dificultades sobre la legitimación activa para el ejercicio de la acción, la alteración de la economía, y el delicado equilibrio que se debe mantener para velar adecuadamente por el interés superior del niño, niña y adolescente, puesto que no siempre las consecuencias de obtener una indemnización vinculada con el Derecho de Familia serán inocuas o positivas para el niño, niña o adolescente, existiendo la posibilidad de que el ejercicio de una acción que busca reparar daños produzca otros mayores, circunstancias que deben ser analizadas caso a caso.

## **2. Responsabilidad por daños derivados de la falta de cumplimiento del régimen de relación directa y regular por alguno de los padres**

Considerando que el régimen comunicacional entre el padre no custodio y sus hijos es una institución complementaria del cuidado personal, su regulación comparte muchas normas con ésta última. Por ello, la revisión de su regulación y caracterización se realizará de manera sucinta, para luego analizar los mecanismos específicos que se contemplan frente al incumplimiento de dicho deber parental y la posibilidad de indemnizar los perjuicios ocasionados.

### **2.1. La relación directa y regular**

Dentro del ordenamiento jurídico nacional, el inciso primero del artículo 229 del Código Civil se refiere a la relación directa y regular, en los siguientes términos: *“El padre o*

---

<sup>224</sup> BARRIENTOS GRANDON, Javier. Op. cit. pp. 114 y 115.

*madre que no tenga el cuidado personal del hijo tendrá el derecho y el deber de mantener con él una relación directa y regular, la que se ejercerá con la frecuencia y libertad acordada directamente con quien lo tiene a su cuidado según las convenciones a que se refiere el inciso primero del artículo 225 o, en su defecto, con las que el juez estimare conveniente para el hijo*". Complementando lo anterior, el inciso sexto del artículo 225 del mismo código ordena que el juez de familia que atribuya el cuidado personal del hijo/a a uno de los padres deberá establecer la frecuencia y libertad con que el otro padre o madre mantendrá un régimen comunicacional con los hijos. Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño también se refiere a la relación directa y regular en su artículo 9.3, donde establece que: *"Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño"*.

A partir de lo anterior, se evidencia la superación de la doctrina que consideraba la relación directa y regular como una mera facultad o derecho de los padres, siendo reemplazada por aquella que la caracteriza como un derecho-deber respecto de los hijos menores de edad<sup>225</sup>.

## **2.2. Incumplimiento del régimen de relación directa y regular**

Primeramente, es posible realizar una distinción entre el incumplimiento del derecho-deber de mantener una relación directa y regular y el cumplimiento defectuoso del mismo. De acuerdo con Romero, se considera incumplimiento "el no acudir a buscar al hijo los días establecidos en el convenio; en cuanto al cumplimiento defectuoso, no ir a buscarle siempre, o ir tarde; devolver al menor a su domicilio habitual después del día o la hora pertinente, o desatender al hijo, dejarlo con otra persona de manera injustificada, durante todo o parte del tiempo previsto"<sup>226</sup>. Para efectos del presente capítulo se considerará el incumplimiento en un sentido amplio, comprendiendo las dos hipótesis recién descritas.

Ahora bien, el artículo 48 inciso cuarto de la Ley de Menores N°16.618 dispone que, *"[e]n caso de que el padre o madre a quien corresponda mantener la relación con el hijo*

<sup>225</sup> GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. Op. cit. p. 150.

<sup>226</sup> Citado en MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, María Lourdes. (2014). La frustración del derecho de visita. [En línea]. Madrid, España. Reus. p. 32.  
<<https://books.google.cl/books?id=aPgsBgAAQBAJ&lpg=PP1&hl=es&pg=PP1#v=onepage&q&f=false>>  
[Consultado el 5 de octubre de 2018]

*dejase de cumplir, injustificadamente, la forma convenida para el ejercicio del derecho o la establecida por el tribunal, podrá ser instado a darle cumplimiento, bajo apercibimiento de decretar su suspensión o restricción, lo que no obstará a que se decreten apremios cuando procedan de conformidad al inciso tercero del artículo 66*". Por su parte, el artículo 66 inciso final de la Ley de Menores N°16.618, establece que aquella persona que infrinja las resoluciones que determinan el régimen comunicacional será apremiada conforme al artículo 543 del Código de Procedimiento Civil, esto es, decretándose por el tribunal el arresto nocturno hasta por quince días o el pago de una multa proporcional, medidas que pueden ser repetidas hasta obtener el cumplimiento<sup>227</sup>.

En un sentido similar se pronuncia el artículo 229 inciso final del Código Civil al disponer lo siguiente: *"Se suspenderá o restringirá el ejercicio de este derecho cuando manifiestamente perjudique el bienestar del hijo, lo que declarará el tribunal fundadamente"*. En consecuencia, esta norma permitiría una modificación del régimen comunicacional cuando el incumplimiento del padre no custodio altere el bienestar del niño, niña o adolescente.

Por otro lado, el ordenamiento jurídico también contempla sanciones respecto del progenitor custodio que entorpece el régimen comunicacional. De esta manera, el inciso quinto del artículo 229 del Código de Bello establece la prohibición de obstaculizar el régimen comunicacional por parte del padre o madre que ejerce el cuidado personal<sup>228</sup>.

### **2.3. Posibilidad de reparar los daños ocasionados por el incumplimiento del régimen de relación directa y regular**

Los mecanismos establecidos en la legislación nacional, como la multa y el arresto nocturno dispuestos en el artículo 66 de la Ley de Menores, demuestran que su objetivo no

---

<sup>227</sup> Artículo 66 inciso final: *"El que fuere condenado en procedimiento de tuición, por resolución judicial que cause ejecutoria, a hacer entrega de un menor y no lo hiciere o se negare a hacerlo en el plazo señalado por el tribunal, o bien, infringiere las resoluciones que determinan el régimen de visitas, será apremiado en la forma establecida por el artículo 543 del Código de Procedimiento Civil. En igual apremio incurrirá el que retuviere especies del menor o se negare a hacer entrega de ellas a requerimiento del tribunal"*.

En tanto, el inciso primero del artículo 543 del Código de Procedimiento Civil establece: *"Cuando se pida apremio contra el deudor, podrá el tribunal imponerle arresto hasta por quince días o multa proporcional, y repetir estas medidas para obtener el cumplimiento de la obligación"*.

<sup>228</sup> Artículo 229 del Código Civil: *"El padre o madre que ejerza el cuidado personal del hijo no obstaculizará el régimen de relación directa y regular que se establezca a favor del otro padre, conforme a lo preceptuado en este artículo"*.

es la reparación de los daños ocasionados al hijo o hija menor de edad, sino que sancionar al padre incumplidor. Es por ello que se debe recurrir a las reglas y principios generales de la responsabilidad civil, atendida su finalidad reparadora y preventiva.

Ahora bien, considerando el debilitamiento de la inmunidad familiar y del principio de especialidad del Derecho de Familia, no existirían inconvenientes para indemnizar los perjuicios que se hubieren ocasionados, siempre que se cumpla con los requisitos generales de la responsabilidad civil<sup>229</sup>, los que serán revisados enseguida.

### 2.3.1. La antijuridicidad

Como ya fue expuesto, los artículos 225 y 229 del Código Civil regulan el deber del padre no custodio de mantener una relación directa y regular con sus hijos. Por lo tanto, al igual como fue revisado a propósito del incumplimiento de los deberes que impone el cuidado personal, la antijuridicidad se verifica a través de la infracción de una norma legal expresa.

Lo anterior se enmarcaría sin problemas en el concepto amplio de antijuridicidad - como infracción del ordenamiento jurídico en general-, dentro del cual se podría considerar no sólo la infracción de los mencionados artículos del Código de Bello, sino también la vulneración del derecho fundamental del niño, niña y adolescente de mantener una relación directa y regular con el padre que no tiene su cuidado personal, contemplado en el artículo 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el que se entiende incorporado en el ordenamiento jurídico nacional en virtud del artículo 5 de la Constitución Política de la República<sup>230</sup>. De igual manera, se debe tener en cuenta la infracción de los principios de no dañar a otro -*alterum non laedere*- y del interés superior del niño, niña y adolescente.

---

<sup>229</sup> PERICICH, Rosana; MADDOZ, Ingrid. (2007). El niño y el mayor como sujetos acreedores y deudores del derecho de visitas y las sanciones a aplicar ante la obstaculización o incumplimiento. En: CÚNEO, Darío (Director); HERNÁNDEZ, Clayde (Director). Tenencia de hijos menores y régimen de visitas. Rosario, Argentina. Editorial Juris. 159-212. p. 193.

En un fallo del año 2015, la Audiencia Provincial de Madrid también exigió la concurrencia de los requisitos de la responsabilidad civil para otorgar una indemnización de perjuicios por obstaculización del régimen comunicacional. En el caso, un hombre demandó a su ex esposa solicitando la reparación de los daños ocasionados por el reiterado incumplimiento y obstaculización del régimen de visitas. El tribunal de primera instancia negó la indemnización por no cumplirse los requisitos de la responsabilidad civil, fallo que fue confirmado por el tribunal de alzada. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid. Sección 12°. 26 de marzo de 2015. Roj SAP M 3678/2015.

<sup>230</sup> El artículo 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niños señala que “[l]os Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto

### 2.3.2. La imputabilidad o factor de atribución

El solo incumplimiento del deber de mantener una relación directa y regular con el hijo/a no basta para atribuir responsabilidad al progenitor no custodio, siendo necesaria la concurrencia de algún factor de atribución.

No obstante la opinión doctrinaria que limita la responsabilidad civil en el Derecho de Familia a los hechos cometidos con dolo o la culpa grave<sup>231</sup>, la postura que se ha seguido a través del presente trabajo es aquella que considera al dolo y la culpa -sin clasificarla- como factores de atribución de responsabilidad. Respecto de la culpa, cuya aplicación puede ser problemática, tal como fue revisado en el capítulo anterior, será necesario tener en consideración las diversas circunstancias del caso para construir el estándar de cuidado que debió seguir el progenitor incumplidor, tales como la relación existente entre el agente causante del daño y la víctima, el valor social de la acción, la previsibilidad y la probabilidad del daño, entre otros<sup>232</sup>.

### 2.3.3. El daño

El daño tendrá su origen en la infracción del deber legal del padre no custodio de mantener una relación directa y regular con su hijo/a, así como en la vulneración del derecho fundamental del niño, niña o adolescente de relacionarse con su progenitor de acuerdo con el artículo 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Además, se ha estimado que el daño se puede producir por la infracción del derecho a la vida familiar. De esta manera, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido en diversas sentencias que cuando un Estado contribuye mediante una acción u omisión para que un progenitor no pueda reunirse con sus hijos, se infringe el derecho a la vida familiar consagrado en el artículo 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Para ello, el mencionado Tribunal ha considerado un concepto amplio de familia, llegando a estimar que la relación familiar no se

---

*directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño*". A su vez, el artículo 5 de la Constitución establece en su inciso segundo que, "[e]l ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".

<sup>231</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN, ALMA MARÍA. Responsabilidad civil en el derecho de familia. Especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales. Op. cit. p. 273

<sup>232</sup> BARROS BOURIE, Enrique. Op. cit. pp. 105 y ss.

termina respecto de los hijos por el hecho de que los padres se encuentren separados o divorciados. En este sentido se ha manifestado en los casos «*Ciliz vs. Países Bajos*» y «*Mustafa y Armağan Akin vs. Turquía*»<sup>233</sup>.

En similares términos se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso «*Atala Riffo y Niñas vs. Chile*» al señalar que la separación de los niños o niñas de su familia constituye una infracción al artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que se refiere en términos amplios a la protección de la familia<sup>234</sup>. Asimismo, en el fallo se precisa que no existe un modelo único de familia, lo que es concordante con lo manifestado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>235</sup>.

A partir de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se pueden extraer dos importantes conclusiones. En primer lugar, que no existe un modelo único de familia, sino que éste es susceptible de cambiar con el tiempo, por lo tanto, el concepto de familia actualmente incluye también al padre que no vive con su hijo o hija. En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, que la separación de un menor de edad respecto de algún miembro de su familia -como el padre no custodio- constituye una vulneración del derecho fundamental a la vida familiar, consagrado en diversos Instrumentos Internacionales, tales como los artículos 11.2 y 17.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el artículo 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Por su parte el artículo 16.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece la protección de la familia<sup>236</sup>, en idénticos términos se pronuncia el artículo 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>237</sup>. De igual manera, la

---

<sup>233</sup> Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sección 1°. 11 de julio de 2000. Caso *Ciliz vs. Países Bajos*. N°29192/95. Párrafo 59 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59160>> [Consultado el 16 de octubre de 2018]; Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sección 2°. 6 de abril de 2010. Caso *Mustafa y Armağan Akin vs. Turquía*. N°4694/03. Párrafo 19. <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-97957>> [Consultado el 16 de octubre de 2018]

<sup>234</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. 24 de febrero de 2012. Caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. <[http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_239\\_esp.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf)> [Consultado el 16 de octubre de 2018]. Párrafos 169 a 171. El caso se refiere al trato recibido por Karen Atala en un juicio seguido ante los tribunales de familia que resultó en la privación del cuidado personal de sus hijas, se alegó un trato discriminatorio y una interferencia arbitraria en su vida familiar debido a su orientación sexual. La Corte Interamericana de Derechos Humanos acogió la demanda y condenó al Estado de Chile, entre otras cosas, al pago de una indemnización por daño patrimonial y moral.

<sup>235</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. 24 de febrero de 2012. Caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Párrafos 172 a 174. <[http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_239\\_esp.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf)> [Consultado el 16 de octubre de 2018]

<sup>236</sup> "16.3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado".

<sup>237</sup> "23.1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado".

Convención sobre los Derechos del Niño recoge -indirectamente- en diversas disposiciones la protección de la vida familiar<sup>238</sup>.

En consecuencia, teniendo en consideración que el establecimiento de un régimen comunicacional favorece el desarrollo psicomotor y fortalece la autoestima y confianza personal del niño, niña y adolescente, entre otros aspectos<sup>239</sup>, su incumplimiento producirá, principalmente, daños morales. Así, además de la infracción de un derecho subjetivo del niño, niña y adolescente también se está lesionando la “integridad psíquica del niño, ya que el mantener contacto y relación con los progenitores es indispensable para su formación como persona, para su equilibrio psíquico y afectivo”<sup>240</sup>.

Sin embargo, es menester tener presente que el daño debe ser anormal o relevante, pues no es justo conceder la indemnización de los riesgos y molestias generales de la vida. En este sentido se pronunció la Audiencia Provincial de Madrid estimando que el requisito de la relevancia del daño “exige la reiteración del incumplimiento, de modo que lleve a una irreversible ruptura de las comunicaciones y visitas (...)”<sup>241</sup>.

#### **2.3.4. Eximentes de responsabilidad**

Tal como fue expuesto por la Audiencia Provincial de Madrid, es posible que “exista una causa de justificación que impide la visita (enfermedad, grave dificultad, estudios imperioso...) o cuando el propio progenitor no custodio ha dado consentimiento anticipado, a que sea el menor quien decida”<sup>242</sup>. Asimismo, el régimen de comunicación puede frustrarse por la obstaculización por parte del progenitor custodio, y la negativa del hijo o hija, entre otras circunstancias. En las siguientes páginas serán revisados estos dos supuestos.

---

<sup>238</sup> Véase los artículos 8, 16 y 22 de la Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros.

De igual forma, el preámbulo de la Convención establece lo siguiente: “Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad (...)”.

<sup>239</sup> GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. Op. cit. p. 151.

<sup>240</sup> RODRÍGUEZ GUTIÁN, ALMA MARÍA. Responsabilidad civil en el derecho de familia. Especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales. Op. cit. p. 272. Véase también RAMOS MAESTRE, Aurea. (2012). La responsabilidad civil por el incumplimiento del derecho de visitas. En: MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio. La responsabilidad civil en las relaciones familiares. [En línea]. Madrid, España. Dykinson. 383-407. pp. 402 y 403. <<http://www.digitallipublishing.com/a/24282>> [Consultado el 30 de noviembre de 2018]

<sup>241</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid. Sección 12°. 26 de marzo de 2015. Roj SAP M 3678/2015.

Si bien el fallo se refiere a la obstaculización del régimen comunicacional, lo expuesto por la Audiencia Provincial de Madrid puede ser replicado para la hipótesis de un incumplimiento imputable al padre no custodio.

<sup>242</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid. Sección 12°. 26 de marzo de 2015. Roj SAP M 3678/2015.

### **A) Obstaculización del régimen de relación directa y regular por parte de quien ejerce el cuidado personal**

El padre o madre titular del ejercicio del cuidado personal tiene el deber de no obstaculizar el régimen comunicacional entre el niño, niña o adolescente y su otro padre, conforme a lo establecido en el artículo 229 inciso quinto del Código Civil. A este deber le acompañan otras obligaciones secundarias, tales como entregar información al otro progenitor, llevar al hijo o hija al lugar de encuentro acordado, cubrir los gastos de transporte si corresponde, entre otros<sup>243</sup>.

La infracción del deber de no obstaculizar la relación directa y regular podría ser alegada por parte del progenitor no custodio como causal de justificación<sup>244</sup>, pudiendo actuar como eximente o atenuante de responsabilidad.

Sin embargo, es posible que el titular del cuidado personal tenga motivos fundados para negarse al cumplimiento del régimen comunicacional. Así, pueden existir casos en que el progenitor no custodio tiene comportamientos que atentan o pueden atentar contra la integridad del niño, niña o adolescente, por ejemplo, a través de conductas violentas o de maltrato; el ejercicio de violencia contra otras personas mientras el menor de edad es testigo; no cuidar adecuadamente del niño, niña o adolescente mientras se desarrolla el régimen comunicacional, entre otras circunstancias.

Es necesario precisar que la obstaculización injustificada de la relación directa y regular puede ocasionar daños no sólo al hijo/a, sino que también al padre no custodio. Si bien en este caso el daño moral puede revestir otras características, pues el sujeto dañado no se encuentra en una etapa de formación y generación de vínculos como sucede con el niño, niña y adolescente, es difícil negar su concurrencia, pudiendo estar integrado, por ejemplo, por la vulneración de su derecho fundamental a la vida familiar. También, el progenitor afectado podría sufrir perjuicios materiales o patrimoniales, como el daño

---

<sup>243</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN, ALMA MARÍA. Responsabilidad civil en el derecho de familia. Especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales. Op. cit. pp. 273 y 274.

<sup>244</sup> GIANFELICI, Florencia. (2017). Responsabilidad civil en las relaciones de familia según el Código Civil y Comercial de la Nación. [En línea]. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*. N°10: 179-187. p. 183. <<http://bibliotecavirtual.unl.edu.ar/publicaciones/index.php/NuevaEpoca/article/view/6227/9204>> [Consultado el 20 de octubre de 2018]

emergente constituido por los gastos en que debió incurrir para concretar las visitas frustradas<sup>245</sup>.

En este sentido, el Tribunal Supremo de España, a través de la sentencia de 30 de junio de 2009, ya citada anteriormente<sup>246</sup>, condenó a una mujer a la indemnización de los daños morales ocasionados al padre de su hijo por la obstaculización injustificada del régimen comunicacional, luego de que ella se llevara al niño a Estados Unidos, impidiendo cualquier forma de relación entre él y su padre<sup>247</sup>. De un modo similar, el Tribunal de Roma, en la sentencia de fecha 13 de junio de 2000, condenó a una madre a reparar el daño moral ocasionado al padre por la obstaculización reiterada del régimen comunicacional<sup>248</sup>.

## **B) Incumplimiento del régimen de relación directa y regular por negativa del hijo o hija**

Existen casos en que el niño, niña o adolescente puede tener una justificación legítima para evitar relacionarse con su progenitor no custodio, al igual como fue señalado en los párrafos anteriores, por ejemplo, en situaciones de maltrato físico o psicológico. En estos supuestos, debería aplicarse lo dispuesto en el inciso final del artículo 229 del Código Civil, con el objetivo de suspender o restringir el ejercicio de la relación directa y regular cuando ésta perjudique el bienestar del hijo.

Ahora bien, cuando la negativa del hijo/a no se funda en una causal legítima atribuible al progenitor no custodio, éste podría eximirse de responsabilidad civil basado en la ausencia de culpa. Sin embargo, las mayores dificultades se pueden presentar cuando el hijo/a ha sido manipulado por quien tiene su cuidado personal para que se niegue a mantener un régimen comunicacional con el otro progenitor. Este es el denominado Síndrome de Alienación Parental o SAP, entendido como un proceso de manipulación de los

---

<sup>245</sup> GIANFELICI, Florencia. Loc. cit.

En el mismo sentido se ha manifestado la jurisprudencia española: “sin perjuicio del daño patrimonial que en ocasiones puede ocasionar un concreto fracaso del régimen de visitas (gastos en que el no custodio haya incurrido en la preparación de la visita, coste de desplazamientos que se revelan inútiles, etc) la pérdida de relación filial puede ocasionar un verdadero daño moral”. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid. Sección 12°. 26 de marzo de 2015. Roj SAP M 3678/2015 [fundamento de derecho sexto].

<sup>246</sup> Véase la página 32 del presente trabajo.

<sup>247</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de España. 30 de junio de 2009. Roj STS 4450/2009.

<sup>248</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. Op. cit. p. 51.

hijos por parte de uno de los progenitores con el objetivo de romper el vínculo existente con el otro progenitor, normalmente, no custodio<sup>249</sup>.

Pese a que no se encuentra expresamente contemplado en el ordenamiento jurídico<sup>250</sup>, el Síndrome de Alienación Parental ha sido reconocido por la jurisprudencia nacional, por ejemplo, en el año 2013 la Corte de Apelaciones de Santiago resolvió modificar la titularidad del cuidado personal de una niña -atribuyéndolo a su padre-, basada en la existencia del Síndrome de Alienación Parental, originado en la manipulación de la madre para que su hija no se relacionara con su padre. La Corte consideró la alienación parental como una forma de maltrato psicológico que le ocasiona un daño emocional a la niña<sup>251</sup>.

Del mismo modo, es posible encontrar un reconocimiento del Síndrome de Alienación Parental en la jurisprudencia comparada. Así, en el fallo pronunciado en el caso «*Piazza contra Italia*», el Tribunal Europeo de Derechos Humanos manifestó que los intentos de la

---

<sup>249</sup> TOCALLI, Pablo. (2007). Ampliaciones sobre los conceptos de alienación parental y tenencia compartida. En: CÚNEO, Darío (Director); HERNÁNDEZ, Clayde (Director). Tenencia de hijos menores y régimen de visitas. Rosario, Argentina. Editorial Juris. 131-157. pp. 134-135.

El primero en postularlo como un "síndrome" fue Richard Gardner, para quien se trata de "[u]n trastorno en la infancia que surge casi exclusivamente en el post-divorcio en el contexto de los conflictos de guarda o custodia. Su manifestación primaria es la injustificada campaña de desintegración emprendida por el niño contra uno de sus progenitores. Esto resulta de la combinación de una programación o lavado de cerebro por cuenta del otro progenitor, por una parte y de las propias contribuciones del niño a la difamación del progenitor alienado, por la otra". Citado en BOERI, María Justina; FREDES, Paula Verónica; SCOCCIA, Ana Carolina. (2007). El abuso de poder en el ejercicio de la patria potestad. En: CÚNEO, Darío (Director); HERNÁNDEZ, Clayde (Director). Tenencia de hijos menores y régimen de visitas. Rosario, Argentina. Editorial Juris. 29-70. p. 59.

Es importante destacar que la aceptación del Síndrome de Alienación Parental no es unánime. Al respecto, véase SAN SEGUNDO MANUEL, Teresa. (2011). Capítulo 13. Maltrato y separación: repercusiones en los hijos. En: VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos (Coordinador). Derecho de Familia. Barcelona, España. Bosch. 541-582. pp. 571-577.

<sup>250</sup> Cabe consignar que el Síndrome de Alienación Parental se encontraba en los orígenes de la Ley N°20.680, de 2013, que introdujo "modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados", tal como queda de manifiesto en la moción parlamentaria ingresada a la Cámara de Diputados, con fecha 12 de junio de 2008, correspondiente al boletín N°5917-18. <[https://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/vista-expandida/4280/#h2\\_6\\_1](https://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/vista-expandida/4280/#h2_6_1)> [Consultado el 23 de octubre de 2018]

Por otro lado, el día 13 de enero de 2016 fue presentada en la Cámara de Diputados una moción para introducir modificaciones a la Ley N°19.968 y 20.066, "en el sentido de considerar el síndrome de alienación parental como acto constitutivo de violencia intrafamiliar", boletín N°10516-18. Las modificaciones que plantea dicho proyecto de ley son las siguientes. En primer lugar, agregar el siguiente inciso final al artículo 5 de la Ley N°20.066, que establece la Ley de Violencia Intrafamiliar: "Asimismo, habrá violencia intrafamiliar cuando un integrante del grupo familiar realice cualquier acción destinada a transformar la conciencia de un menor con miras a impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con uno de sus progenitores". En segundo lugar, agregar al numeral 4° del artículo 92 de la Ley 19.968, que Crea los Tribunales de Familia, la obligación de someter a mediación la conducta constitutiva de violencia intrafamiliar descrita anteriormente. Sin embargo, se debe tener en consideración que este proyecto de ley no ha tenido tramitación desde el 19 de enero de 2016, fecha en la que ingresó a la Comisión de Familia y Adulto Mayor de la Cámara de Diputados.

<[https://www.camara.cl/pley/pley\\_detalle.aspx?prmID=10938&prmBoletin=10516-18](https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=10938&prmBoletin=10516-18)> [Consultado el 23 de octubre de 2018].

<sup>251</sup> Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago. 27 de agosto de 2013. Rol N°1414/2013.

madre por enfrentar a su hijo contra el padre podrían llevar al desarrollo del síndrome de alienación parental<sup>252</sup>. En un sentido similar, en el caso «*Mincheva contra Bulgaria*», el referido Tribunal señaló que, al no actuar con la debida diligencia, las autoridades del Estado de Bulgaria favorecieron un proceso de alienación parental en desmedro del demandante, violándose con ello su derecho a la vida familiar<sup>253</sup>. Por último, en el caso «*Elsholz contra Alemania*», la parte demandante alegó la existencia del Síndrome de Alienación Parental, tal como fue señalado en el capítulo anterior<sup>254</sup>.

Por su parte, la Audiencia Provincial de Madrid estimó en una sentencia del año 2006 que el padre y la familia paterna habían inducido a una niña hasta el punto de afectar su relación con la madre, reconociendo explícitamente la existencia de un Síndrome de Alienación Parental<sup>255</sup>. En un sentido similar se manifestó el Tribunal Supremo de España en un fallo de fecha 22 de septiembre de 2017, en que, si bien no se refiere expresamente a la alienación parental, precisó en el fundamento de derecho tercero que son “los progenitores los que han de velar por no influir negativamente en las opiniones de su hija, permitiéndole un armónico desarrollo de su personalidad, evitando las dependencias afectivas insanas y

---

<sup>252</sup> Así se señala en el párrafo 53 del referido fallo: “*De plus les tentatives de la mère de dresser l'enfant contre son père pouvaient aboutir en l'espèce à un syndrome d'aliénation parentale*”. “Además, los intentos de la madre de poner al niño en contra de su padre podrían llevar en este caso a un síndrome de alienación parental” [Traducción libre]. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sección 2ª. 2 de noviembre de 2010. caso *Piazzini contra Italia*. N°36168/09.

<<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-101545>> [Consultado el 25 de octubre de 2018]. En este caso, el demandante alega la vulneración del derecho a la vida familiar por parte del Estado de Italia al no haber dado cumplimiento a la sentencia del Tribunal de Menores de Venecia, que establecía el derecho de visitar al hijo. En definitiva, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró que existió una vulneración del derecho a la vida familiar consagrado en el artículo 8º del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y condenó al Estado de Italia al pago de 15.000 euros por concepto de daño moral.

<sup>253</sup> De esta forma se manifestó el Tribunal en el párrafo 99 del fallo: “*La Cour estime également qu'en n'agissant pas avec diligence les autorités nationales ont, par leur comportement, favorisé un processus d'aliénation parentale au détriment de la requérante, méconnaissant ainsi son droit au respect de sa vie familiale garanti par l'article 8*”. “El Tribunal también considera que al no actuar con la debida diligencia, las autoridades nacionales, favorecieron un proceso de alienación parental en perjuicio de la demandante, por lo que no se tuvo en consideración el respeto de su derecho a la vida familiar garantizado por el artículo. 8º” [Traducción libre]. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sección 5ª. 2 de septiembre de 2010. Caso *Mincheva contra Bulgaria*. N°21558/03. <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-100273>> [Consultado el 25 de octubre de 2018]. De manera similar al caso citado anteriormente, la parte demandante alegó que las autoridades del Estado de Bulgaria no adoptaron medidas para ejercer su derecho de visitas. El Tribunal estimó que existió una vulneración del derecho a la vida familiar y condenó al mencionado Estado al pago de 10.000 euros por daño moral.

<sup>254</sup> Véase la página 39 del presente trabajo.

<sup>255</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid. Sección 24. 15 de febrero de 2006. Roj SAP M 5908/2006. En este caso, el padre solicitó al Juzgado de 1ª instancia N°66 de Madrid que le otorgue nuevamente la custodia de su hija, lo cual es denegado por el mencionado tribunal. En virtud de la decisión anterior, el padre interpone recurso de apelación, el que es desestimado por la Audiencia Provincial de Madrid, por estimar en el fundamento de derecho tercero de la sentencia que se “le ha ocasionado un grave perjuicio a la menor, que se ha visto privada y limitada en la relación materno filial y además se la ha indispuerto contra ella inducida por el padre y la familia paterna hasta el punto de que Edurne padece el Síndrome de Alienación Parental respecto de su madre con las graves consecuencias que esto acarrea y puede acarrear en el futuro (...)”.

las manifestaciones verbales injuriosas contra el otro progenitor o su familia”<sup>256</sup>. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de Perú negó un recurso de casación interpuesto por una mujer para que le fuese devuelta la custodia de su hija, entre otros motivos, porque se logró acreditar que la actora había ejercido una influencia negativa sobre la niña, modificando la conducta que ésta tenía respecto de su padre, estableciéndose de esta manera la existencia de alienación parental<sup>257</sup>.

En suma, es necesario distinguir entre los casos de alienación parental y aquellos casos en que existe un comportamiento por parte del progenitor no custodio que provoque el rechazo del niño, niña o adolescente a relacionarse con aquel<sup>258</sup>, pues en estos últimos supuestos la negativa a mantener una relación directa y regular estaría plenamente justificada.

Por último, es menester hacer notar que la alienación parental podría causar un daño moral en el niño, niña o adolescente afectado, considerando que puede ser constitutiva de maltrato psicológico, tal como lo ha señalado la Corte de Apelaciones de Santiago en el considerando quinto de la sentencia de la causa Rol N°1414-2013: “Que el daño sufrido por V. trae consigo una serie de trastornos de la conducta, además de provocar la pérdida no sólo del padre rechazado, sino también de toda la familia paterna, lo cual genera reacciones de ansiedad, agresividad, angustia y miedo. El síndrome de alienación parental constituye maltrato emocional, que afecta el normal desarrollo del niño especialmente en las áreas del aprendizaje- como lo evidencia V.- se ve disminuido el rendimiento escolar, se produce un empobrecimiento de las habilidades sociales y afectivas, aumentan las conductas disruptivas y disminuye el control de impulso. Se altera el auto-concepto y autoestima del niño o niña; situación que indudablemente favorece la aparición de otros problemas que pueden constituir serios trastornos de la personalidad”<sup>259</sup>.

En consecuencia, el hijo/a menor de edad afectado por la alienación parental podría ejercer una acción indemnizatoria en contra del progenitor custodio que lo manipuló. La

---

<sup>256</sup> Sentencia Tribunal Supremo de España. Sección 1. 22 de septiembre de 2016. Roj STS 3327/2017. En el presente caso la madre presentó el recurso de casación para dejar sin efecto la aplicación de un régimen de custodia compartida que había sido demandado por el padre, siendo desestimado el referido recurso.

<sup>257</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la República de Perú. 31 de agosto de 2011. Expediente N°5138-2010. [considerando quinto]. <<https://jurisprudencia.pj.gob.pe/jurisprudenciaweb/faces/page/inicio.xhtml>> [Consultado el 27 de octubre de 2018]

<sup>258</sup> PERICICH, Rosana; MADDOZ, Ingrid. Op. cit. p. 170.

<sup>259</sup> Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, 27 de agosto de 2013, Rol N°1414/2013.

misma acción podría entablar el padre no custodio cuyo derecho a mantener una relación directa y regular con su hijo/a ha sido vulnerado con la alienación del menor de edad, al igual que en la hipótesis de obstaculización de dicho régimen.

### **2.3.5. Legitimación activa**

Como regla general, los menores de edad deberán ejercer la acción indemnizatoria representados o autorizados por quien tenga la titularidad de la patria potestad, de acuerdo a lo establecido en el artículo 264 inciso primero del Código Civil. Normalmente, la patria potestad estará radicada en la persona que ejerce el cuidado personal del niño, niña o adolescente, por lo que no existiría problema para la presentación de la demanda. Sin embargo, existe la posibilidad de que la acción no sea ejercida en el interés del hijo/a, sino que sea utilizada como un instrumento para atacar al progenitor no custodio, tal como podría suceder en las hipótesis de obstaculización del régimen de relación directa y regular por parte del mismo demandante o en los casos de síndrome de alienación parental. En estas situaciones, el ejercicio de la acción indemnizatoria podría estar respondiendo a un conflicto entre los padres.

Ahora bien, es posible que, excepcionalmente, la patria potestad sea ejercida por el progenitor no custodio o que exista un ejercicio conjunto por parte de ambos padres. En estos casos, sería necesario recurrir al nombramiento de un curador *ad litem* en los términos del artículo 263 inciso primero del Código Civil, que se refiere al supuesto en que un menor de edad se dirige contra el titular de la patria potestad.

Por último, el padre no custodio cuenta con legitimación activa para ejercer una acción indemnizatoria a nombre propio en contra de aquel que ha obstaculizado su derecho a mantener una relación directa y regular con su hijo/a, puesto que estaría ejerciendo la acción para obtener la reparación de los daños que ha sufrido directamente. En este caso, no podrá ejercer la misma acción en representación del niño, niña o adolescente, a menos que sea el titular de la patria potestad conforme al inciso segundo artículo 245 del Código Civil, según el cual la patria potestad podrá ser ejercida por el progenitor no custodio cuando existe un acuerdo de los padres en tal sentido o así se ha establecido por resolución judicial.

### 2.3.6. Otras circunstancias a tener en consideración para aplicar el régimen de responsabilidad civil

La concurrencia de los requisitos de la responsabilidad civil podría permitir la indemnización de los daños ocasionados por el incumplimiento del régimen comunicacional por parte de uno de los padres, pues, como ya ha sido señalado, la aplicación de los principios de especialidad del Derecho de Familia y *non bis in idem*, la protección de la estabilidad y paz familiar, y el aumento de la conflictividad familiar, entre otros argumentos utilizados por la tesis negatoria, se encuentran debilitados en la actualidad como consecuencia de la evolución experimentada por la familia y el surgimiento de nuevos principios como el interés superior del niño, niña y adolescente. En virtud de este principio, consagrado tanto en la legislación nacional como en instrumentos internacionales, la protección de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes es un objetivo prioritario, pues son ante todo sujetos de derecho<sup>260</sup>.

No obstante lo anterior, es necesario tener en consideración algunas circunstancias, tales como el interés superior del niño, niña y adolescente, su relación con el progenitor no custodio y, especialmente, la concurrencia de alguna causal de justificación, pues el incumplimiento puede tener su origen en una obstaculización por parte del progenitor custodio o una manipulación del hijo/a para que éste se niegue a mantener un régimen de relación directa y regular con el otro padre. Asimismo, podría ser importante tener en cuenta que una sentencia que obligue al pago de una indemnización cuantiosa al padre no custodio podría vulnerar el interés superior del niño, niña y adolescente, pues la disminución del patrimonio del progenitor condenado, eventualmente, podría tener consecuencias en el cumplimiento de otros deberes parentales, como el deber de alimentos -cuando éste se encuentre regulado-, produciéndose un perjuicio adicional para el hijo/a beneficiario<sup>261</sup>.

---

<sup>260</sup> VELOSO VALENZUELA, Paulina. (2001). Capítulo II. Principios fundamentales del nuevo Estatuto de Filiación. En: SCHMIDT HOTT, Claudia; VELOSO VALENZUELA, Paulina. La filiación en el nuevo Derecho de Familia. Santiago, Chile. Editorial Jurídica Cono Sur y Lexis Nexis. 9-80. p. 49.

<sup>261</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María. Familia y responsabilidad civil. Op. cit. p. 3.

### **CAPÍTULO III: SEGUNDO ANÁLISIS DE HIPÓTESIS EN QUE PODRÍA PROCEDER LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LAS RELACIONES PATERNO-FILIALES: INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS POR FALTA DE RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO DE LA PATERNIDAD**

En el presente capítulo se desarrollará la posibilidad de indemnizar los perjuicios ocasionados por la falta de reconocimiento espontáneo de la paternidad. Para ello, primero será necesario delimitar el ámbito de estudio realizando una breve referencia a la filiación y las formas de determinarla, poniendo especial énfasis en la figura del reconocimiento voluntario de la paternidad. Luego, se analizará la posibilidad de aplicar el estatuto de responsabilidad civil con el objeto de reparar los daños que pudieren concurrir.

#### **1. La filiación y las formas de determinarla**

El concepto de filiación ha evolucionado a través del tiempo, motivado entre otras cosas por los cambios científicos y sociales, transitando desde un concepto que sólo consideraba los lazos sanguíneos<sup>262</sup> a una definición lo suficientemente amplia como para incluir en ella la utilización de técnicas de reproducción humana asistida y la adopción. Por ello, en la actualidad, la filiación puede ser entendida como “una relación fundamentalmente jurídica entre el padre y el hijo y la madre y el hijo”<sup>263</sup>.

Dicho lo anterior, la filiación -en cuanto a su origen- admite la siguiente clasificación: biológica, por técnicas de reproducción humana asistida y adoptiva. Sin embargo, para

---

<sup>262</sup> Véase GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. Op. cit. pp. 16-18.

En este sentido pareciera apuntar, por ejemplo, la definición que hace cuarenta años daba Puig Peña, quien caracterizaba a la filiación como “aquel estado jurídico que la ley asigna a determinada persona, deducido de la relación natural de procreación que la liga a un tercero”. Citado en MÉNDEZ COSTA, María Josefa. (1986). La filiación. Santa Fe, Argentina. Rubinzal-Culzoni. p. 13.

<sup>263</sup> GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. Op. cit. p. 18.

Una definición similar es dada por Veloso: “Conceptualmente la filiación consiste en el vínculo jurídico que existe entre dos personas, una de las cuales se ha designado jurídicamente como padre o madre de la otra”. VELOSO VALENZUELA, Paulina. (2001). Capítulo III. Sobre la determinación de la filiación. En: SCHMIDT HOTT, Claudia; VELOSO VALENZUELA, Paulina. La filiación en el nuevo Derecho de Familia. Santiago, Chile. Editorial Jurídica Cono Sur y Lexis Nexis. 81-130. p. 81.

Actualmente, se entiende que la “generación” corresponde a un hecho de carácter biológico, relacionado con la procreación, mientras que la “filiación” corresponde a una institución jurídica. En consecuencia, es posible que la realidad jurídica no coincida con la biológica, tal como puede suceder, por ejemplo, en los casos de adopción. Del mismo modo, el término progenitor hace referencia al aspecto biológico y padre o madre al aspecto jurídico. ALES URÍA ACEVEDO, María de las Mercedes. (2012). El derecho a la identidad en la filiación. [En línea] Valencia, España. Tirant Lo Blanch. pp. 39-41.

<<http://biblioteca.tirant.com.uchile.idm.oclc.org/cloudLibrary/ebook/show/9788490048795>> [Consultado el 28 de octubre de 2018]

efectos del presente capítulo interesará únicamente la filiación biológica, pues sólo en ella puede existir una falta de determinación de la paternidad.

Ahora corresponde revisar las formas en que la filiación biológica puede ser determinada, especialmente en cuanto a la paternidad. En la actualidad, el ordenamiento jurídico nacional contempla dos formas en que la paternidad puede ser determinada: (i) por el reconocimiento voluntario del padre o (ii) el reconocimiento forzado por medio de una sentencia judicial<sup>264</sup>.

El reconocimiento voluntario o espontáneo puede ser entendido como el acto jurídico unilateral consistente en la afirmación de la paternidad hecha por el padre y que confiere la calidad de hijo, no siendo necesario para estos efectos probar la afirmación de paternidad<sup>265</sup>. A su vez, el reconocimiento voluntario puede ser expreso o tácito<sup>266</sup>. Primero, el reconocimiento es expreso, de acuerdo con lo establecido en el artículo 187 inciso primero del Código Civil, cuando se realiza *“mediante una declaración formulada con ese determinado objeto por el padre, la madre o ambos según los casos: 1º. Ante el Oficial del Registro Civil, al momento de inscribirse el nacimiento del hijo o en el acto del matrimonio de los padres; 2º. En acta extendida en cualquier tiempo, ante cualquier oficial del Registro Civil; 3º. En escritura pública, o 4º. En acto testamentario”*. Por otro lado, según el artículo 188 del Código Civil, el reconocimiento es tácito cuando se consigna *“el nombre del padre o la madre, a petición de cualquiera de ellos, al momento de practicarse la inscripción del nacimiento (...)”*.

En consecuencia, el reconocimiento se caracteriza por ser un acto jurídico unilateral, ya que para su perfeccionamiento sólo se requiere de la voluntad del padre que reconoce, sin perjuicio del derecho del hijo/a de repudiar el reconocimiento. Asimismo, se trata de un acto solemne, puesto que necesita ser realizado según las formas establecidas en los artículos citados en el párrafo anterior. Por último, es relevante destacar que se puede reconocer tanto a personas menores como mayores de edad, en estos casos lo importante será que dicha persona no tenga ya determinada una filiación diferente, pues en este caso

---

<sup>264</sup> RAMOS PAZOS, René. Op. cit. p. 410.

<sup>265</sup> GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. Op. cit. p. 68.

Si bien la autora establece una definición de reconocimiento voluntario que engloba tanto al reconocimiento de la maternidad como el de la paternidad, para efectos de este trabajo sólo interesa la última.

<sup>266</sup> RAMOS PAZOS, René. Op. cit. p. 411.

se deberá ejercer una acción de impugnación en conjunto con una acción de reclamación de la paternidad<sup>267</sup>.

A continuación, se revisarán sucintamente algunas acciones que se pueden ejercer para obtener la determinación de la paternidad cuando ésta no ha sido reconocida voluntariamente.

Las denominadas acciones de impugnación de la filiación se encuentran establecidas en los artículos 211 y siguientes del Código Civil, y son aquellas cuyo objetivo es dejar sin efecto la paternidad o maternidad determinada. El profesor Ramos Pazos distingue entre la impugnación de la paternidad del hijo concebido o nacido durante la vigencia del matrimonio, la impugnación de la paternidad determinada por el reconocimiento, y la impugnación de la maternidad<sup>268</sup>. Sobre la impugnación de la paternidad determinada por reconocimiento, piénsese en el caso de un hijo que fue reconocido voluntariamente por el actual marido de su madre; en este caso el padre biológico podría ejercer una acción de impugnación para dejar sin efecto la filiación actualmente determinada, en conjunto con una acción de reclamación de la paternidad. También, es importante precisar que, cuando la filiación ha sido determinada judicialmente, sólo podrá ser impugnada por un tercero que alegue ser el verdadero padre o madre, siempre que no haya sido parte en el juicio de determinación de la filiación que ahora se impugna<sup>269</sup>.

Por su parte, la acción de reclamación es definida por Díez-Picazo como aquella que busca obtener “un pronunciamiento judicial que determine la filiación de una persona que con anterioridad no ostentaba, bien porque no tenga ninguna, bien porque pese a existir, la reclamación va acompañada de su impugnación”<sup>270</sup>. La mencionada acción se puede clasificar según si se reclama la filiación matrimonial o si se reclama la filiación no matrimonial<sup>271</sup>, las que sólo quedarán mencionadas por exceder el objeto del presente trabajo.

---

<sup>267</sup> GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. Op. cit. p. 67; MÉNDEZ COSTA, María Josefa. La filiación. Op. cit. pp. 216-220.

<sup>268</sup> RAMOS PAZOS, René. Op. cit. p. 445.

<sup>269</sup> GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. El sistema filiativo chileno. Op. cit. pp. 107-108.

La autora además incluye como requisitos que la filiación determinada por sentencia judicial sea contraria a la que se reclama; que se ejerzan tanto la acción de impugnación como la de reclamación en conjunto; y, que se notifique a quienes fueron partes en el proceso anterior.

<sup>270</sup> Citado en LÓPEZ RIVERA, Gissella. (2001) Nuevo estatuto de filiación y los derechos esenciales. Santiago, Chile. Editorial Jurídica Cono Sur. pp. 168 y 169.

<sup>271</sup> GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. Op. cit. p. 89.

En suma, el foco será puesto en la filiación de carácter extramatrimonial, pues cuando existe un vínculo matrimonial opera la presunción del artículo 184 del Código Civil, que facilita la determinación de la filiación y no puede tener lugar el reconocimiento espontáneo de la paternidad.

## **2. Posibilidad de aplicar las normas de la responsabilidad civil para obtener la reparación de los perjuicios ocasionados con la falta de reconocimiento voluntario de la paternidad**

Revisados los conceptos de filiación y las formas de determinarla, a continuación corresponde analizar la posibilidad de reparar los daños producidos con la falta de reconocimiento espontáneo, siendo necesario examinar primero las consecuencias previstas explícitamente en el ordenamiento jurídico nacional respecto del padre que no reconoce.

Dentro de los mecanismos establecidos expresamente en el ordenamiento jurídico se encuentran las sanciones contempladas en los incisos primero y segundo del artículo 203 del Código Civil respecto del padre cuando la filiación ha sido determinada contra su oposición, tales como la privación de la patria potestad y de todos los derechos que la ley le confiere respecto de la persona y los bienes del hijo/a o de sus descendientes. Sin embargo, el padre conservará todas las obligaciones legales que vayan en beneficio del hijo o de sus descendientes<sup>272</sup>.

Podría argumentarse que la existencia en el Código Civil de sanciones especiales respecto del padre que no reconoció voluntariamente a su hijo/a y cuya paternidad ha sido determinada contra la oposición de aquél, impediría aplicar las reglas de la responsabilidad civil en virtud del principio de especialidad del Derecho de Familia, al que ya se hizo referencia en el capítulo primero del presente trabajo<sup>273</sup>. Por lo tanto, para quienes defienden el principio de especialidad desde la tesis negatoria, sólo podrían ser aplicados los remedios específicos que contempla el Derecho de Familia.

---

<sup>272</sup> Artículo 203. “Cuando la filiación haya sido determinada judicialmente contra la oposición del padre o madre, aquél o ésta quedará privado de la patria potestad y, en general, de todos los derechos que por el ministerio de la ley se le confieren respecto de la persona y bienes del hijo o de sus descendientes. El juez así lo declarará en la sentencia y de ello se dejará constancia en la subinscripción correspondiente. El padre o madre conservará, en cambio, todas sus obligaciones legales cuyo cumplimiento vaya en beneficio del hijo o sus descendientes”.

<sup>273</sup> Véanse las páginas 15 y siguientes del presente trabajo.

Sin embargo, deben recordarse los argumentos que en su oportunidad fueron señalados en contra de la aplicación del principio de especialidad y a propósito del principio *non bis in idem*, los que se resumen de la siguiente manera: primero, que esta rama del Derecho no es un sistema cerrado que se baste a sí misma para resolver todos los conflictos que se pudieren plantear, por lo que es necesario aplicar las normas comunes del Derecho Civil; en segundo lugar, que los remedios específicos contemplados en el ordenamiento jurídico y la responsabilidad civil persiguen fines distintos, los primeros cumplen una función sancionadora respecto del padre, mientras que la responsabilidad civil tiene una función esencialmente reparadora del daño ocasionado, sin perjuicio de su finalidad preventiva.

De esta manera, se puede concluir que, si bien el legislador contempló sanciones para el padre en el caso de que la paternidad sea establecida contra su oposición, dichas medidas no reparan el daño que se pudiere haber causado al hijo/a, debiendo recurrirse para ello a la acción de indemnización de perjuicios.

En Chile no existe un pronunciamiento jurisprudencial sobre la materia, a diferencia de lo que ha ocurrido en Argentina, en que la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala I, del Departamento Judicial Mercedes de la Provincia de Buenos Aires, ha manifestado que “hoy es unánimemente aceptado en la medida que se entiende que se configuran todos los elementos de la responsabilidad civil (antijuridicidad, daño, causalidad y factor de atribución)”<sup>274</sup>.

Por otro lado, es importante precisar que, antes de ejercer la acción de responsabilidad civil, será necesario que la paternidad biológica se encuentre determinada por alguno de los mecanismos descritos al inicio del capítulo, ya que de otra forma no sería posible reclamar los perjuicios por la falta de reconocimiento voluntario respecto de alguien que no se tiene certeza si es el padre o no. Pizarro Wilson da a entender que la acción indemnizatoria deberá ser intentada luego de que la paternidad haya sido acreditada de

---

<sup>274</sup> Sentencia de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Mercedes de la Provincia de Buenos Aires. Sala I. 30 de septiembre de 2004. Expediente N°108785. <[www.scba.gov.ar/falloscompl/Infojuba/108785.doc](http://www.scba.gov.ar/falloscompl/Infojuba/108785.doc)> [Consultado el 30 de octubre de 2018]. En el caso, una mujer entabló, en representación de su hija menor de edad, una acción de filiación extramatrimonial e indemnización de perjuicios, estimándose procedente el pago 20.000 pesos argentinos por parte del padre. La Cámara de Apelaciones resolvió modificar el monto de la indemnización, aumentándolo a 22.000 pesos argentinos.

manera forzada<sup>275</sup>. Sin embargo, es posible estimar que la mencionada acción también sería procedente en el caso de un reconocimiento voluntario, pues el hijo podría reclamar los perjuicios ocasionados con el reconocimiento tardío de la paternidad.

Dicho lo anterior, con el objeto de establecer la posibilidad de aplicar las reglas de la responsabilidad civil, a continuación serán revisados algunos de sus elementos, como la conducta o comportamiento del agente, la imputabilidad y el daño. Asimismo, se estudiarán la prescripción de la acción indemnizatoria y legitimación activa.

## **2.1. Comportamiento del agente**

Teniendo en consideración que la falta de reconocimiento espontáneo de la paternidad corresponde a una hipótesis de omisión, en tanto supone un no actuar por parte del padre, es necesario revisar la omisión como hecho generador de responsabilidad civil.

Suele afirmarse que la responsabilidad extracontractual puede tener su fundamento en un hecho o acto humano voluntario, el que podría consistir en un comportamiento positivo -acción- o negativo -omisión-. Tradicionalmente, la omisión como conducta generadora de responsabilidad civil sólo es admitida cuando se infringe un deber general de cuidado o conducta existente, es decir, la omisión dará lugar a la reparación de los daños que se ocasionen cuando el individuo no actuó existiendo un deber de hacerlo. Ahora bien, se ha sostenido que si el deber de conducta no se encuentra establecido en la ley, su elaboración y aplicación debe ser excepcional<sup>276</sup>. En síntesis, dado su carácter excepcional, no toda omisión es susceptible de generar responsabilidad civil extracontractual<sup>277</sup>.

Lo planteado anteriormente ha sido acogido por la Corte Suprema en la sentencia pronunciada en la causa Rol N°10649-2015, de fecha 1 de junio de 2016, cuyo considerando sexto expone que: “De lo ya analizado resulta necesario precisar que la responsabilidad civil requiere de un acto humano, el que puede consistir en una conducta positiva u omisiva. La omisión se configura cuando el deber general de cuidado prescribía al agente asumir una

---

<sup>275</sup> PIZARRO WILSON, Carlos. (2014). Responsabilidad civil por no reconocimiento voluntario del hijo de filiación extramatrimonial. En: LEPIN MOLINA, Cristián (Director) y VARGAS ARAVENA, David (Coordinador). Responsabilidad Civil y Familia. Santiago. Santiago, Chile. Thomson Reuters. 289-305. p. 290.

<sup>276</sup> CORRAL TALCIANI, Hernán. Lecciones de responsabilidad civil extracontractual. Op. cit. pp. 112 y 113.

<sup>277</sup> PIZARRO WILSON, Carlos. Op. cit. pp. 293 y 294.

determinada conducta y éste no la realizó, de manera que basta que el autor no haya actuado, debiendo y pudiendo hacerlo sin grave menoscabo<sup>278</sup>.

Así, en el supuesto de la falta de reconocimiento de la paternidad, por tratarse de una omisión, es necesario que ésta se oponga a un deber de actuar. En otros ordenamientos jurídicos, como el uruguayo, se consagra expresamente el deber del padre de reconocer a sus hijos, tal como lo dispone el artículo 28 del Código de la Niñez y Adolescencia: “*Todo progenitor tiene el derecho y el deber, cualquiera fuere su estado civil, de reconocer a sus hijos*”. Complementando lo anterior, el artículo 9° del mismo cuerpo legal establece que todo niño y adolescente tiene el derecho intrínseco a la identidad<sup>279</sup>.

Una situación similar ocurre en Argentina en que si bien no se establece explícitamente el deber de reconocer a los hijos, sí se contempla el deber del padre de indemnizar los perjuicios producidos con su omisión<sup>280</sup>, pues, tal como se ha fallado, “[l]a falta de reconocimiento de un hijo extramatrimonial configura una conducta antijurídica ya que admitir la paternidad no es meramente facultativo sino que conforma un deber jurídico cuya violación causa un daño indemnizable. Hoy la reparación del daño causado está expresamente prevista en el art. 587 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”<sup>281</sup>.

Sin embargo, en la legislación nacional no existe ninguna disposición como las recién mencionadas que establezca la obligación de reconocer a los hijos o el deber de indemnizar los perjuicios ocasionados por el no reconocimiento. Por lo tanto, es menester dilucidar si el reconocimiento de la paternidad corresponde a un deber jurídico en el ordenamiento nacional, para determinar si su omisión puede dar lugar a responsabilidad civil.

---

<sup>278</sup> Sentencia de la Corte Suprema. 1 de junio de 2016. Rol N°10649-2015. En el caso fue entablada una acción de indemnización en contra de una autopista para obtener la reparación de los daños ocasionados por la muerte de una mujer a raíz de un accidente automovilístico. En definitiva, y luego de haber sido tramitado un recurso de apelación, se condenó a la autopista al pago de una indemnización de \$150.000.000. La Corte Suprema, por su parte rechazó el recurso de casación en el fondo interpuesto por la autopista y acogió la casación en el fondo formulada por la parte demandante, en orden a considerar la demanda de los hermanos de la mujer fallecida.

<sup>279</sup> “Artículo 9°. (Derechos esenciales).- Todo niño y adolescente tiene derecho intrínseco a la vida, dignidad, libertad, identidad, integridad, imagen, salud, educación, recreación, descanso, cultura, participación, asociación, a los beneficios de la seguridad social y a ser tratado en igualdad de condiciones cualquiera sea su sexo, su religión, etnia o condición social”. [subrayado añadido]

<sup>280</sup> Tal como lo dispone el artículo 587 del Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina: “*El daño causado al hijo por la falta de reconocimiento es reparable, reunidos los requisitos previstos en el Capítulo 1 del Título V del Libro Tercero de este Código*”.

<sup>281</sup> Sentencia del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil de Personas y Familia, Segunda Nominación del Distrito Judicial del Norte, Expediente N°5239/11. [Considerando tercero]  
<[https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/PMB%20\(causa%20N%C2%BA%20476730%202014\).pdf](https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/PMB%20(causa%20N%C2%BA%20476730%202014).pdf)>  
[Consultado el 30 de octubre de 2018]

Antiguamente, el reconocimiento de un hijo/a era discrecional para el padre, pues antes de la entrada en vigencia de la Ley N°19.585, de 1998, no se encontraba reconocido en el ordenamiento jurídico nacional el principio de la libre investigación de la filiación biológica<sup>282</sup>. Sin embargo, actualmente, la falta de reconocimiento espontáneo podría constituir una vulneración al derecho a la identidad del hijo o hija de acuerdo con los siguientes planteamientos: en primer lugar, el artículo 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece el derecho a conocer su identidad<sup>283</sup>, norma de carácter supranacional que debe ser respetada en el ordenamiento interno según lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución Política de la República<sup>284</sup>; en segundo término, se deben considerar las modificaciones introducidas por la Ley N° 19.585 a las normas sobre filiación del Código Civil, en orden a consagrar el derecho a la investigación de la filiación y la introducción explícita de la acción de reclamación de la paternidad.

En España se ha llegado a la misma conclusión, puesto que si bien no existe ninguna norma que expresamente obligue a una persona a reconocer la paternidad, se ha entendido que constituye un deber jurídico en base a los siguientes argumentos<sup>285</sup>: primero, el artículo

---

<sup>282</sup> Con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N°19.585, de 1998, que modificó el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación, no se contemplaba la posibilidad de ejercer una acción de reclamación de la paternidad. El Código Civil contemplaba en sus artículo 270 y siguientes la posibilidad de que los hijos ilegítimos adquirieran la calidad de hijos naturales por sentencia judicial en los siguientes casos: primero, cuando existiera *“un instrumento público o privado emanado del supuesto padre o madre del cual se desprenda una confesión manifiesta de paternidad o maternidad”*; en segundo lugar, cuando se hubiese *“poseído notoriamente, a lo menos durante diez años consecutivos, la calidad de hijo respecto de determinada persona”*; en tercer lugar, *“los que hubieren obtenido declaración de maternidad fundada en la circunstancia precisa de haberse establecido, con testimonios fidedignos, el hecho del parto y la identidad del hijo”*; por último, *“aquellos que hayan sido reconocidos por el supuesto padre, cuando, citado éste por el hijo a la presencia judicial, confesare la paternidad bajo juramento”*. Dicha versión del Código Civil puede ser consultada en:

<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=3551&tipoVersion=0> [Consultado el 5 de noviembre de 2018]

Con lo anterior se demuestra que antes de la Ley N°19.585 la investigación de la paternidad biológica no se encontraba establecida en el ordenamiento jurídico nacional. De hecho, en el Mensaje N°198-326, de fecha 22 de julio de 1993, enviado por el Presidente de la República a la Cámara de Diputados con el objeto de dar inicio a la tramitación del Proyecto de Ley que culminó en la promulgación de la Ley N°19.585, se expresó lo que: *“Es así como el proyecto, al abrir la posibilidad al hijo de ejercer la acción de reclamación del estado filiativo en términos amplios, en contra de quien corresponda y apoyado por toda la gama de pruebas que admite la ley, abre las puertas, definitivamente, a la búsqueda de la verdad real por sobre la verdad formal, que es la única que admite la actual legislación”*.

<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6627/> [Consultado el 5 de noviembre de 2018]

<sup>283</sup> El artículo 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece 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 a sus padres y a ser cuidado por ellos”*.

<sup>284</sup> Artículo 5° inciso segundo de la Constitución Política de la República: *“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”*.

<sup>285</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María. Responsabilidad civil en el derecho de familia. Especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales. Op. cit. pp.180 y 181.

7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ya mencionado, contempla el derecho a conocer la identidad, lo que debe ser complementado con el artículo 10.2 de la Constitución Española, según el cual, *“las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”*, del mismo modo, el artículo 39.4 de la Carta Fundamental dispone que *“[l]os niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”*; en segundo lugar, el artículo 39.2 de la Constitución Española establece que la ley posibilitará la libre investigación de la filiación<sup>286</sup>.

En Argentina también se ha argumentado a favor de la obligación de reconocer a los hijos, tal como sostiene un fallo de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Mercedes de la Provincia de Buenos Aires, que señala en su considerando cuarto que el deber del padre de reconocer a un hijo/a se infiere del principio de no dañar a otro, del hecho que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos y del derecho a la identidad consagrado en los artículos 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Por lo tanto, no reconocer la paternidad constituye un hecho ilícito que autoriza a exigir una indemnización de perjuicios<sup>287</sup>.

Se puede concluir que el carácter voluntario del acto de reconocimiento no significa que sea discrecional<sup>288</sup>, existiendo una obligación jurídica de reconocer a los hijos cuya

---

<sup>286</sup> Artículo 39.2 de la Constitución Española: *“Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad”*. [subrayado añadido]

<sup>287</sup> Sentencia de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Mercedes de la Provincia de Buenos Aires. 25 de abril de 2013. Expediente N° SI-113826. <<http://www.scba.gov.ar>> [Consultado el 7 de noviembre de 2018]. El caso versa sobre una acción de filiación e indemnización de perjuicios ejercida por una mujer en representación de sus hijos. El tribunal de primera instancia estimó que el demandado sabía del embarazo, condenándolo al pago de 25.000 pesos argentinos por concepto de daño moral. Sin embargo, la Cámara de Apelaciones revoca la sentencia y rechaza el daño moral, pues en esa época la legislación no permitía que el padre biológico pudiera ejercer acciones para impugnar la paternidad matrimonial que se encontraba determinada.

<sup>288</sup> RODRÍGUEZ GUTIÁN, Alma María. Responsabilidad civil en el derecho de familia. Especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales. Op. cit. pp. 180; ARIANNA, Carlos Alberto y LEVY, Lea. (1999). Daño moral y patrimonial derivado de la falta de reconocimiento. En: GHERSI, Carlos (Coordinador). Derecho de daños. Economía. Mercado. Derechos Personalísimos. Buenos Aires, Argentina. Abeledo-Perrot. 443-450. p. 443; CALÁ, María Florencia; SCHIRO, María Victoria. (2011). La responsabilidad por daños intrafamiliar y la familia monoparental. [En línea]. *Revista Trabajo del Centro*, N°9/10, 2011. Centro de Investigación de Derecho Civil, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. p. 8.

<<http://revista.cideci.org/index.php/trabajos/article/viewFile/119/161>> [Consultado el 7 de noviembre de 2018]; Del mismo modo se ha pronunciado la jurisprudencia argentina, al considerar que “[l]a voluntariedad del reconocimiento paterno no lo desliga del cumplimiento de ese deber lo que constituye en antijurídica la conducta de quien teniendo conocimiento de su paternidad no reconoce a su hijo”. Sentencia de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Departamental de Azul Provincia de Buenos Aires. Sala II. 31 de mayo de 2005.

omisión puede ser considerada como un comportamiento antijurídico capaz de generar responsabilidad civil<sup>289</sup>.

En consecuencia, la falta de reconocimiento se transforma en ilícita cuando quien sabe o al menos sospecha que es el padre, se niega a la determinación de la filiación<sup>290</sup>. Esto es coherente con la denominada antijuridicidad material, señalada en el capítulo primero de este trabajo, según la cual existirá un comportamiento antijurídico cuando se infrinja el ordenamiento jurídico en general, incluidos los principios generales, la costumbre y la buena fe, no siendo necesaria la infracción de una norma legal expresa. En este sentido, para Méndez Costa, reconocer a un hijo puede ser considerado como un deber ético cuya omisión configura un abuso y una infracción a las buenas costumbres, es decir, constituye una ilicitud<sup>291</sup>.

## 2.2. La imputabilidad o factor de atribución

A continuación, corresponde revisar la imputabilidad o factor de atribución como elemento de la responsabilidad civil extracontractual. Para ello debe recordarse lo ya señalado en el primer capítulo del presente trabajo, en el que se expusieron las distintas posiciones doctrinarias en torno al tema.

En particular, respecto de la falta de reconocimiento espontáneo de un hijo/a, Rodríguez Guitián sostiene que sólo habrá lugar a indemnización cuando el comportamiento del padre haya sido con dolo o culpa grave<sup>292</sup>. Roca Trías sostiene que la opinión anterior carece de fundamento hoy en día, por los siguientes motivos: en primer lugar, el artículo 1902 del Código Civil de España no hace tal distinción, argumento que puede ser aplicado respecto de las normas del Código de Bello que regulan la responsabilidad civil

---

Expediente N°46.961. [considerando tercero] <[www.scba.gov.ar/falloscompl/Camara/2005/Az/000246961.doc](http://www.scba.gov.ar/falloscompl/Camara/2005/Az/000246961.doc)> [Consultado el 8 de noviembre de 2018]

<sup>289</sup> PIZARRO WILSON, Carlos. Op. cit. pp. 291-294; MOLINA QUIROGA, Eduardo y VIGGIOLA, Lidia. (1999). Derecho a la identidad y no reconocimiento del hijo extramatrimonial (La Convención de los Derechos del Niño, el artículo 225 del Código Civil y la responsabilidad de la madre). En: GHERSI, Carlos (Coordinador). Derecho de daños. Economía. Mercado. Derechos Personalísimos. Buenos Aires, Argentina. Abeledo-Perrot. 451-469. p. 464.

<sup>290</sup> BÍSCARO, Beatriz. Daños derivados de la falta de reconocimiento del hijo. En: GHERSI, Carlos (Coordinador). Derecho de daños. Economía. Mercado. Derechos Personalísimos. Buenos Aires, Argentina. Abeledo-Perrot. 435-442. p. 438.

<sup>291</sup> MÉNDEZ COSTA, María Josefa. Los principios jurídicos en las relaciones de familia. Op. cit. pp. 359 y 360.

<sup>292</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María. Responsabilidad civil en el derecho de familia. Especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales. Op. cit. p. 181.

extracontractual<sup>293</sup>; en segundo lugar, porque la preservación de la armonía y la paz familiar, que es utilizada como argumento por quienes exigen la concurrencia de dolo o culpa grave, ya no tiene aplicación, pues en la concepción moderna de la familia suelen prevalecer los intereses individuales de sus miembros por sobre el interés familiar<sup>294</sup>. De la misma opinión son Barceló, Lepin y Pizarro, para quienes el factor de atribución debe ser el dolo o la culpa, pues no sería justo generar un privilegio familiar limitando la responsabilidad a la culpa grave<sup>295</sup>. Por su parte, Méndez Costa opina que el daño será indemnizable cuando se actúe con dolo o de manera injustificablemente negligente<sup>296</sup>.

En la jurisprudencia comparada se ha recogido este último criterio que considera como factores de atribución tanto al dolo como la culpa, sin distinguir en cuanto a ésta. En efecto, la Cámara Segunda de Paraná de la Provincia de Entre Ríos, Argentina, ha considerado que el factor de atribución puede ser el dolo o la culpa, remitiéndose respecto de esta última al artículo 1724 del Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina<sup>297</sup>.

En la jurisprudencia nacional, si bien no ha existido un pronunciamiento sobre la responsabilidad por falta de reconocimiento de la paternidad, la Corte de Apelaciones de Talca, en la sentencia de fecha 30 de agosto de 2012, no distinguió en cuanto a los grados de culpa, refiriéndose solamente a la conducta dolosa o culposa que debe concurrir para atribuir responsabilidad civil<sup>298</sup>.

---

<sup>293</sup> Así, por ejemplo, el artículo 2329 del Código Civil no distingue en cuanto a la culpa: “*Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta*”.

<sup>294</sup> ROCA, Encarna. (2014). Daños en el Derecho de Familia. *En*: LEPIN MOLINA, Cristián (Director) y VARGAS ARAVENA, David (Coordinador). Responsabilidad Civil y Familia. Santiago. Santiago, Chile. Thomson Reuters. 57-96. p. 95.

<sup>295</sup> BARCELÓ DOMÉNECH, Javier. Op. cit. pp. 150-154; LEPIN MOLINA, Cristián. Responsabilidad civil en las relaciones de familia. Op. cit. p. 430; PIZARRO WILSON, Carlos. Op. cit. pp. 292-303.

<sup>296</sup> MÉNDEZ COSTA, María Josefa. (2006). Los principios jurídicos en las relaciones de familia. Op. cit. pp. 361 y 362.

Para consultar otras opiniones en el mismo sentido en la doctrina argentina, véase BÍSCARO, Beatriz. Daños derivados de la falta de reconocimiento del hijo. Op. cit. 435-442. p. 437; ARIANNA, Carlos Alberto y LEVY, Lea. Op. cit. p. 444.

<sup>297</sup> Sentencia de la Cámara Segunda de Paraná de la Provincia de Entre Ríos, 8 de junio de 2016, Expediente N°9591 [Considerando noveno]

<http://jurisprudencia.jusentrerios.gov.ar/08/06/2016/g-g-e-c-n-s-r-s-ordinario-filiacion-danos-y-perjuicios-9591/> [Consultado el 10 de noviembre de 2018]. En el caso, una mujer ejerce una acción de filiación y reclama el pago de una indemnización, esta última pretensión fue rechazada por el tribunal de primera instancia, la que fue confirmada por la Cámara Segunda de Paraná, argumentando que no logró acreditarse la culpa del demandado. Por su parte, el artículo 1724 del Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina establece lo siguiente: “(...) *La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión.* (...)”.

<sup>298</sup> Sentencia Corte de Apelaciones de Talca. 30 de agosto de 2012. Rol N° 133-2012.

En definitiva, y siguiendo con lo ya expuesto en los capítulos precedentes, los factores de atribución debieran ser el dolo y la culpa, teniendo siempre en consideración respecto de ésta que su apreciación se debe realizar en abstracto, siguiendo el criterio de una persona media o razonable, y ser determinada en concreto teniendo en cuenta las particularidades de cada caso.

### **2.3. El daño**

Enseguida, se analizará el perjuicio como elemento y requisito de la responsabilidad civil. Para ello, siguiendo con la línea del presente trabajo, su estudio considerará las dos grandes clasificaciones del daño: el daño moral y el daño material o patrimonial.

#### **2.3.1. Daño moral**

Se ha sostenido, tal como ya había sido adelantado a propósito de la conducta dañosa, que la falta de reconocimiento de la paternidad puede ocasionar un daño moral constituido en gran medida por la lesión al derecho a la identidad, al nombre del hijo/a<sup>299</sup>, los que serán revisados a continuación.

Primero, la identidad puede ser definida como “el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad”<sup>300</sup>. Asimismo, es susceptible de ser clasificada en estática y dinámica. La primera se refiere a la identidad compuesta por sus elementos más rígidos, tales como el nombre, la imagen, y ciertas características físicas que permiten distinguir a una persona del resto. Por su parte, la identidad dinámica es aquella compuesta por todo lo que define la personalidad que un individuo proyecta hacia el exterior y que es susceptible de cambiar a través del tiempo<sup>301</sup>.

---

Debe recordarse que este caso se refería a la posibilidad de indemnizar los perjuicios entre cónyuges por la transmisión del virus del papiloma humano, el que habría sido adquirido por el marido producto de sus repetidas infidelidades. En definitiva, la Corte rechazó el recurso de apelación por no haberse acreditado el vínculo causal entre el hecho y el daño. Posteriormente, la Corte Suprema desestimó un recurso de casación en el fondo interpuesto por la demandante por infracción a las leyes reguladoras de la prueba. Sentencia de la Corte Suprema, 2 de julio de 2013, Rol N°7655-2012.

<sup>299</sup> JUNYENT BAS DE SANDOVAL, Beatriz María. (2016). Fecundación asistida e identidad personal. Buenos Aires. Astrea. p. 55; CALÁ, María Florencia; SCHIRO, María Victoria. Op. cit. p. 7.

<sup>300</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. (1982). Derecho a la identidad personal. Buenos Aires, Argentina. Astrea. p. 113.

<sup>301</sup> Ibid. p. 114; BÍSCARO, Beatriz. (2009). El Derecho a la identidad, el nombre y la familia. En: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (Directora); HERRERA, Marisa (Coordinadora). La familia en el nuevo derecho. Tomo II.

Dicho lo anterior, es posible afirmar que privar a un individuo de conocer cualquiera de los elementos de su origen implicaría limitar el desarrollo de su personalidad<sup>302</sup>. Es por ello que el derecho a la identidad ha sido consagrado como un derecho fundamental, pudiendo ser entendido 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”<sup>303</sup>. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del caso «*Gelman vs. Uruguay*», ha caracterizado el derecho a la identidad como “el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso”<sup>304</sup>.

A partir de los conceptos expuestos, es posible afirmar que la identidad se encuentra vinculada con otros derechos fundamentales como el derecho a la dignidad, al honor, a la imagen, a la privacidad e intimidad, a la filiación y, en general, a todo aquello que puede llevar a una persona a ser reconocida como un individuo específico dentro de la sociedad<sup>305</sup>. En este sentido, el derecho a la identidad comprende los siguientes atributos: el derecho a la identificación; el derecho a conocer el origen biológico; el derecho a una identidad familiar; el derecho a una sana y libre formación de la identidad personal; y el derecho a transformar esa identidad<sup>306</sup>.

El derecho a la identidad se encuentra consagrado expresamente en el artículo 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece lo siguiente: “*El niño será*

---

Buenos Aires, Argentina. Rubinzal-Culzoni. 93-111. pp. 93 y 94; VELOSO VALENZUELA, Paulina. Capítulo II. Principios fundamentales del nuevo estatuto de filiación. Op. cit. p. 64.

Para Fernández Sessarego, la identidad dinámica está compuesta por “los pensamientos, opiniones, creencias, actitudes, comportamientos de cada persona que se expresan en el mundo de la intersubjetividad. Es el conjunto de atributos vinculados con la posición profesional, religiosa, ética, política y con los rasgos psicológicos de cada sujeto”. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Op. cit. p. 114.

Otra definición de identidad personal la caracteriza como “el derecho personalísimo que tiene cada ser humano a ser lo que es y ejercer libremente la capacidad del autoconocimiento integral, incluyendo el acceso a la verdad sobre sus raíces y la autodeterminación de su personalidad en todas sus facetas: social, cultural, intelectual, política, sexual, etc., siempre que sean axiológicamente válidas para el ordenamiento jurídico”. JUNYENT BAS DE SANDOVAL, Beatriz María. Op. cit. p. 41

<sup>302</sup> ALES URÍA ACEVEDO, María de las Mercedes. Op. cit. p. 404.

<sup>303</sup> LÓPEZ RIVERA, Gissella. Op. cit. p. 127.

<sup>304</sup> Párrafo 122 de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 24 de febrero de 2011. Caso *Gelman vs. Uruguay*. <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_221\\_esp1.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf)> [Consultado el 14 de noviembre de 2018]. El caso se refiere a la desaparición forzada de una mujer, junto con la supresión y sustitución de identidad de su hija recién nacida, por parte de agentes del Estado de Uruguay en el marco de la “Operación Cóndor”. La Corte declaró parcialmente la responsabilidad internacional de Uruguay.

<sup>305</sup> ALES URÍA ACEVEDO, María de las Mercedes. Op. cit. p. 407.

<sup>306</sup> LÓPEZ RIVERA, Gissella. Op. cit. pp. 133 y 134.

*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 a sus padres y a ser cuidado por ellos*". Asimismo, el artículo 8.1 dispone que "[l]os Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas".

Por su parte, en la Convención Americana de Derechos Humanos no existe ninguna norma que contemple explícitamente el derecho a la identidad. Sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado en el fallo del caso «*Contreras y Otros vs. El Salvador*» que: "el Tribunal ha reconocido que el derecho a la identidad no se encuentra expresamente contemplado en la Convención Americana. No obstante, el artículo 29.c de este instrumento establece que "[n]inguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de [...] excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno"<sup>307</sup>. Incluso, se ha llegado a sostener que el derecho a la identidad es una manifestación del derecho a la dignidad, contemplado en el artículo 11 de la Convención<sup>308</sup>.

Una situación similar tiene lugar en Europa, ya que, pese a no encontrarse expresamente consagrado el derecho a la identidad en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, se lo ha considerado implícito en los derechos al respeto a la vida privada y familiar por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>309</sup>. Así, en el caso «*Gaskin vs. Reino Unido*», el Tribunal afirmó que el respeto a la vida privada, consagrado en el artículo 8 del Convenio, exige que todas las personas puedan determinar y conocer los detalles de su

---

<sup>307</sup> La cita se contiene en el párrafo 112 de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 31 de agosto de 2011. Caso *Contreras y Otros vs. El Salvador*

<[http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_232\\_esp.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_232_esp.pdf)> [Consultado el 15 de noviembre de 2018]. El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado de El Salvador por la desaparición forzada de personas, entre los años 1981 y 1983, en el contexto de un conflicto armado interno. La Corte estimó que el Estado de El Salvador es parcialmente responsable por la infracción de diversos derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos.

<sup>308</sup> PETRINO, Romina. (2013). Artículo 11. Protección de la honra y de la dignidad. En: ROGUEIRA, Enrique Alonso (Coordinador). *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino*. Buenos Aires, Argentina. La Ley y Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. p. 205. <<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/libros/pdf/la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-derecho-argentino/011-petrino-honra-y-dignidad-la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-da.pdf>> [Consultado el 15 de noviembre de 2018]

El artículo 11.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone: "*Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad*".

<sup>309</sup> ALES URÍA ACEVEDO, María de las Mercedes. Op. cit. p 420.

identidad como humanos<sup>310</sup>. De manera similar, en el caso «*Mikulić vs. Croacia*», el Tribunal estimó que, en virtud del derecho a la vida privada protegido por el Convenio, todas las personas tienen el derecho a obtener la información necesaria para conocer la verdad sobre su identidad personal<sup>311</sup>. Por último, a la misma conclusión llegó el Tribunal en el caso «*Jäggi vs. Suiza*» en el año 2006<sup>312</sup>.

Ahora bien, a nivel nacional, en la Constitución Política de la República no se contempla ninguna norma que consagre expresamente el derecho a la identidad. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en un fallo del año 2009<sup>313</sup>, estimó que la falta de reconocimiento expreso del mencionado derecho no puede ser un obstáculo para dejarlo sin protección, pues las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño -que se encuentra firmada y ratificada por Chile- son plenamente aplicables en el ámbito interno, de acuerdo con el artículo 5° de la Carta Fundamental. Asimismo, el Tribunal precisó que el derecho a la identidad se encuentra estrechamente vinculado con el derecho a la dignidad, consagrado en el artículo 1° de la Constitución, ya que la dignidad se ve reafirmada cuando la persona tiene certeza o seguridad sobre su origen y es reconocida como individuo frente a la sociedad. Por último, el Tribunal Constitucional afirmó que el derecho a la identidad, ligado

---

<sup>310</sup> Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Plenario de la Corte. 7 de julio de 1989. Caso *Gaskin vs. Reino Unido*. <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57491>> [Consultado el 15 de noviembre de 2018]. En este caso, el demandante acciona en contra del Estado de Reino Unido por haberle privado el acceso a los documentos sobre las familias de acogida que lo habían cuidado durante su infancia y adolescencia. El Tribunal estimó que, en virtud del derecho a la identidad contenido en la protección a la vida privada, el demandante tenía un interés primordial en recibir la información necesaria para conocer y comprender sus primeros años de vida e infancia, tal como se señala en el párrafo 49 del fallo: “(...) *have a vital interest, protected by the Convention, in receiving the information necessary to know and to understand their childhood and early development*”. En definitiva, el Tribunal condenó a Reino Unido al pago de 5.000 libras a título de daño moral por la angustia y el estrés emocional sufrido por el demandante.

<sup>311</sup> Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sección Primera. 7 de febrero de 2002. Caso *Mikulić vs. Croacia*. <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60035>> [Consultado el 15 de noviembre de 2018]. El caso hace referencia a una demanda interpuesta por una mujer en contra del Estado de Croacia por la excesiva demora en resolver una acción de reclamación de paternidad -casi 5 años-, lo que atentaba contra el derecho de su hija a conocer su ascendencia. El Tribunal consideró que toda persona puesta en la situación de la demandante tiene el derecho a recibir la información necesaria para descubrir su identidad personal, tal como se indica en el párrafo 64 de la sentencia: “*persons in the applicant's situation have a vital interest, protected by the Convention, in receiving the information necessary to uncover the truth about an important aspect of their personal identity*”. Finalmente, el Tribunal condenó a Croacia al pago de 7.000 euros por concepto de daño moral.

<sup>312</sup> Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sección Tercera. 13 de julio de 2006. Caso *Jäggi vs. Suiza*. <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-76412>> [Consultado el 15 de noviembre de 2018]. El caso versa sobre un hombre que demandó al Estado de Suiza por negarle la posibilidad de realizar un examen de ADN a una persona fallecida con el objeto de saber con certeza si era su padre. El Tribunal estimó que el demandante tiene un derecho a conocer su identidad, tal como lo expresó en el párrafo 38 de la sentencia: “*The Court considers that persons seeking to establish the identity of their ascendants have a vital interest, protected by the Convention, in receiving the information necessary to uncover the truth about an important aspect of their personal identity*”. En este caso, el Tribunal no condenó a Suiza al pago de una indemnización por daño moral.

<sup>313</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional. 29 de septiembre de 2009. Rol N°1340-2009. [Considerandos noveno a décimo primero]. La causa se refiere a un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 206 del Código Civil, declarándose inaplicable la referida disposición en la causa RIT N° C-111-2009, sobre reclamación de paternidad.

a la dignidad humana, implica el derecho a tener un nombre y a conocer a sus padres, en la medida de lo posible. Por consiguiente, ha sido la jurisprudencia constitucional la que ha reconocido la protección constitucional del derecho a la identidad en tanto derecho fundamental o esencial de la persona humana<sup>314</sup>.

Antes de continuar, es necesario hacer referencia a algunas legislaciones de Derecho Comparado que han reconocido expresamente el derecho a la identidad, entre las cuales destacan: el artículo 36 del Código de la Niña, Niño y Adolescente de Bolivia<sup>315</sup>; el artículo 6 del Código del Niño y Adolescente de Perú<sup>316</sup>; el artículo 9 del Código de la Niñez y Adolescencia de Uruguay, el que debe ser complementado con el artículo 28 del mismo cuerpo normativo, disposiciones que ya fueron citadas con anterioridad en este capítulo<sup>317</sup>. Asimismo, el artículo 52 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina dispone que cualquier persona lesionada en su identidad, o que de cualquier forma resulte afectada en su dignidad, tiene derecho a reclamar la reparación de los daños sufridos<sup>318</sup>, norma que debe ser complementada con el artículo 587 del mismo Código, ya señalado anteriormente a propósito de la conducta dañosa, que contempla la posibilidad de solicitar la reparación de los perjuicios sufridos por la falta de reconocimiento.

Ahora bien, además del derecho a la identidad, se ha señalado que la falta de reconocimiento espontáneo puede generar en el hijo/a una lesión a su derecho al estado de familia, manifestado por la falta de ubicación de la víctima en una familia<sup>319</sup>. Debe recordarse

---

<sup>314</sup> GARCÍA BARZELATTO, Ana María. (2012). El derecho a la identidad personal: un nuevo derecho constitucional. En: Asociación Chilena de Derecho Constitucional. Derechos Fundamentales: Libro homenaje al profesor Francisco Cumplido Cereceda. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 137-153. p. 151.

<sup>315</sup> La mencionada norma dispone lo siguiente: “Artículo 38. (Derecho a conocer a su madre y padre). Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a conocer a su madre y padre de origen”.

<sup>316</sup> “Artículo 6.- A la identidad

6.1 El niño, niña y el adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos. Tienen también derecho al desarrollo integral de su personalidad”.

<sup>317</sup> Véase la página 82 de este trabajo.

<sup>318</sup> “Artículo 52.- Afectaciones a la dignidad. La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1”.

Antes de la entrada en vigencia del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, la Corte Suprema de Buenos Aires se había manifestado a favor de la protección del derecho a la identidad, expresando que: “el esclarecimiento de la verdad sobre la identidad de origen de un individuo, más aún en caso de un niño, es y debe ser un objetivo que interese por igual al menor, a su madre, a su padre y a la sociedad toda... El Derecho a preservar la identidad personal comprende el derecho a reivindicar la identidad biológica, o el derecho del hombre a conocer su origen, su propia génesis, su procedencia, siendo una aspiración connatural al ser humano en la que está involucrada la dignidad de la persona”. Citado en JUNYENT BAS DE SANDOVAL, Beatriz María. Op. cit. pp. 63 y 64.

<sup>319</sup> BÍSCARO, Beatriz. Daños derivados de la falta de reconocimiento del hijo. Op. cit. 435-442. p. 438.

que, tal como fue expuesto en el capítulo precedente, el derecho a la vida familiar se encuentra consagrado en diversos instrumentos internacionales, tales como el artículo 16.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los artículos 11.2 y 17.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el artículo 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y en diversas normas de la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>320</sup>.

En suma, en razón del derecho a la identidad y su vínculo con la dignidad humana, todas las personas tienen un derecho fundamental a conocer su verdadera paternidad con el objeto de alcanzar el pleno desarrollo de su personalidad<sup>321</sup>, alzándose como uno de los derechos fundamentales más importantes<sup>322</sup>.

De esta forma, teniendo en consideración la constitucionalización del Derecho de Familia y el efecto horizontal de los derechos fundamentales<sup>323</sup>, la vulneración de los derechos a la identidad y la dignidad humana podrían servir de base para entablar una acción indemnizatoria con el objeto de obtener la reparación del daño moral ocasionado por “el sufrimiento de no haber podido, durante tiempo, conocer su origen biológico, no haber podido llevar el apellido paterno y haber soportado el estigma social de carecer de padre o madre”<sup>324</sup>. Méndez Costa explica el daño moral sufrido por el hijo/a en los siguientes términos: “Es daño moral objetivo y subjetivo porque la persona, de hecho e injustificadamente, puede verse menoscabada en la consideración social que merece y sufrir en su interioridad esta circunstancia, y es daño moral directo al lesionar un interés que tiende al goce de un bien jurídico no patrimonial, en característica propia de la lesión a los derechos de la personalidad (...)”<sup>325</sup>. Una idea similar se encuentra en la jurisprudencia argentina: “lo que se indemniza son las aflicciones, sufrimientos o perturbaciones en los sentimientos que se derivan de la falta de conocimiento de la propia identidad y de no ser considerado en el

---

<sup>320</sup> Dichas normas fueron citadas en la página 66 del presente trabajo.

<sup>321</sup> ALES URÍA ACEVEDO, María de las Mercedes. Op. cit. p. 410.

<sup>322</sup> RIVERO DE ARHANCET, Mabel. (2014). Daños vinculados a la filiación extramatrimonial. En: LEPIN MOLINA, Cristián (Director) y VARGAS ARAVENA, David (Coordinador). Responsabilidad Civil y Familia. Santiago. Santiago, Chile. Thomson Reuters. 223-248. p. 240.

<sup>323</sup> LÓPEZ RIVERA, Gissella. Op. cit. p. 203-206.

<sup>324</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN, ALMA MARÍA. Responsabilidad civil en el derecho de familia. Especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales. Op. cit. p. 184.

<sup>325</sup> MÉNDEZ COSTA, María Josefa. Los principios jurídicos en las relaciones de familia. Op. cit. p. 363.

ámbito de las relaciones humanas (v.g. en el colegio) como hijo de padre conocido, y aquello que es consecuencia directa de la conducta omisiva”<sup>326</sup>.

Por último, es importante precisar que el daño moral no puede referirse a las carencias afectivas del hijo o hija, ya que nadie está obligado a entregar cariño, afecto o amor a una persona<sup>327</sup>. Así también lo ha afirmado la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala I, del Departamento Judicial Mercedes de la Provincia de Buenos Aires<sup>328</sup>, que se refiere a la opinión dada por Zannoni: “el desamor, la carencia afectiva, la falta de apoyo espiritual, no eran indemnizables, ya que se trataba de estados del espíritu, que no trascendían en categorías jurídicas en tanto no tradujeran incumplimientos de deberes cuya satisfacción permitiera calificar la conducta exterior del sujeto (incumplimiento de deberes de asistencia familiar, malos tratamientos, abandono del hijo, poner en peligro su seguridad, la salud física o psíquica, etc.)”<sup>329</sup>.

### 2.3.2. Daño material

Una vez analizado el daño moral, corresponde abordar los daños materiales que se pueden ocasionar con la falta de reconocimiento de la paternidad. A continuación, siguiendo a Rodríguez Guitián, se analizarán dos aspectos de esta materia.

En primer lugar, destaca la importancia de distinguir entre los daños materiales y la obligación de alimentos que recae en los progenitores<sup>330</sup>, pues estos últimos corresponden a un derecho que tienen los hijos -con los límites de edad y circunstancias especiales que establece el Código Civil- para reclamar a sus padres lo que necesiten para subsistir modestamente de acuerdo con su posición social, incluyendo el sustento, habitación, vestimenta, salud, y educación, entre otros<sup>331</sup>. Por lo tanto, no sería posible exigir a través de la acción indemnizatoria los alimentos que hubiere percibido el hijo/a de haber sido

---

<sup>326</sup> Sentencia de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Mercedes de la Provincia de Buenos Aires. Sala I. 30 de septiembre de 2004. Expediente N°108785.

<[www.scba.gov.ar/falloscompl/Infojuba/108785.doc](http://www.scba.gov.ar/falloscompl/Infojuba/108785.doc)> [Consultado el 17 de noviembre de 2018]

<sup>327</sup> PIZARRO WILSON, Carlos. Op. cit. p. 296; ARIANNA, Carlos Alberto y LEVY, Lea. Op. cit. p. 446.

<sup>328</sup> Véase la página 80 del presente trabajo.

<sup>329</sup> Sentencia de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Mercedes de la Provincia de Buenos Aires. Sala I. 30 de septiembre de 2004. Expediente N°108785.

<[www.scba.gov.ar/falloscompl/Infojuba/108785.doc](http://www.scba.gov.ar/falloscompl/Infojuba/108785.doc)> [Consultado el 17 de noviembre de 2018]

<sup>330</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN, ALMA MARÍA. Responsabilidad civil en el derecho de familia. Especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales. Op. cit. p. 186.

<sup>331</sup> RAMOS PAZOS, René. Derecho de familia. Tomo II. Op. cit. p. 543.

reconocido por el padre<sup>332</sup>, entre otros motivos, porque el artículo 331 inciso primero del Código Civil dispone que los alimentos se deben desde la fecha de la primera demanda<sup>333</sup>.

En segundo término, normalmente en estos casos los daños materiales del hijo/a estarán compuestos por la pérdida de una chance u oportunidad de haber podido tener una mejor situación durante el período de tiempo en que no se verificó el reconocimiento voluntario por parte del demandado<sup>334</sup>. En la misma línea de pensamiento se manifiesta Gianfelici, para quien el daño material estaría constituido por “una mejor situación del hijo, una mejor asistencia, una vida sujeta a menos restricciones y al mayor desarrollo en todos sus aspectos que hubiere tenido el niño de haberlo reconocido el padre renuente”<sup>335</sup>. Desde luego, es necesario que este daño sea acreditado por el demandante, pues cabe la posibilidad de que, aun cuando hubiese existido el reconocimiento, su bienestar no hubiese mejorado, como sería el caso en que el demandado tuviese pocos recursos económicos<sup>336</sup>.

Tal como fue expuesto en el capítulo primero, en el caso «*Moller con Moller*» fue analizada la pérdida de una oportunidad como daño en la hipótesis de falta de reconocimiento espontáneo de la paternidad<sup>337</sup>.

### 2.3.3. Determinación del *quantum* del daño ocasionado al hijo o hija

Ahora bien, en cuanto a la determinación del monto de la indemnización del daño moral para el hijo/a ocasionado por la falta de reconocimiento voluntario de la paternidad, una sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Provincia de Corrientes, Argentina, citando a Dutto, estimó necesario tener presente los siguientes elementos para

---

<sup>332</sup> Véase ARIANNA, Carlos Alberto y LEVY, Lea. Op. cit. p. 448.

<sup>333</sup> “Art. 331. Los alimentos se deben desde la primera demanda, y se pagarán por mesadas anticipadas”.

<sup>334</sup> ARIANNA, Carlos Alberto y LEVY, Lea. Op. cit. p. 448; PIZARRO WILSON, Carlos. Op. cit. p. 299.

Debe recordarse que, tal como fue expuesto en el primer capítulo, la naturaleza jurídica de la pérdida de una oportunidad es discutida en doctrina, pudiendo ser caracterizada como: daño emergente; lucro cesante; un daño extrapatrimonial; un daño que puede ser tanto material como extrapatrimonial según las circunstancias del caso; o como una categoría independiente de daño. Sin embargo, no se analizará el detalle de esta discusión por escapar al objeto del trabajo.

<sup>335</sup> GIANFELICI, Florencia. Op. cit. p. 182.

De manera similar se ha pronunciado la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, al entender que el daño material estaría constituido por la pérdida de la oportunidad de haber tenido una vida con menos restricciones y más posibilidades de desarrollo. Citado en CALÁ, María Florencia; SCHIRO, María Victoria. Op. cit. p. 9.

<sup>336</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN, ALMA MARÍA. Responsabilidad civil en el derecho de familia. Especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales. Op. cit. p. 186.

<sup>337</sup> El tribunal manifestó que la pérdida de una oportunidad está constituida por “haber cambiado su posición social a la del demandado y haber accedido a estudios y a otras opciones que su estatus social y económico no pudo acceder”. Sentencia 10° Juzgado Civil de Santiago, 27 de diciembre de 2013, Rol N° 9243-2012.

establecer el *quantum* indemnizatorio: “a) la edad del menor y el especial impacto en la adolescencia; b) El plazo transcurrido de la negativa paterna; c) La actitud del padre durante el proceso; [d)] El perjuicio psicológico que ocasiona la falta de la correcta determinación; e) La demora materna en iniciar la acción de filiación; [f)] El hecho de haber sido reconocido en las relaciones sociales como hijo del progenitor; g) La asistencia del niño a la escuela; h) Perjuicios que están vinculados con la falta de exteriorización jurídica del presupuesto biológico; i) La situación social de las partes”<sup>338</sup>.

Si bien en la jurisprudencia nacional no ha existido a la fecha ningún pronunciamiento sobre los daños ocasionados por la falta de reconocimiento -excepto por la sentencia del 10° Juzgado Civil de Santiago en el caso «*Moller con Moller*»-, la Corte Suprema ha estimado que, para establecer el quantum de la indemnización de perjuicios en la responsabilidad civil extracontractual, “debe acudirse a algunos parámetros o pautas, como por ejemplo la entidad, naturaleza y gravedad del suceso o acto que constituye la causa del daño; la clase de derecho o interés extrapatrimonial agredido; las consecuencias físicas, psíquicas o morales que derivan del daño causado, etc”<sup>339</sup>. Por su parte, la Corte de Apelaciones de Concepción, en el considerando noveno del fallo dictado en la causa Rol N°1607-2015, afirmó lo siguiente respecto de la determinación del daño moral indemnizable: “En cuanto a su cuantía, queda entregado a la regulación prudencial del juez, que si bien tiene carácter subjetivo, debe tenerse presente el mérito del proceso y los necesarios elementos de equidad, de tal forma que la cuantía declarada no constituya un enriquecimiento ilícito”<sup>340</sup>.

Diez Schwerter sintetiza de la siguiente manera los criterios utilizados por la jurisprudencia nacional para determinar el *quantum* del daño moral: la entidad, naturaleza y gravedad del hecho causante del daño; el interés extrapatrimonial agredido; las consecuencias físicas, psíquicas sociales o morales ocasionadas por el daño causado; su duración y persistencia; la culpabilidad del ofensor; la culpabilidad de la víctima; las

---

<sup>338</sup> Citado en la Sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Provincia de Corrientes. 5 de abril de 2007. Expediente N°40744/9. En este caso se ejerció conjuntamente una acción de filiación y de indemnización de perjuicios por la falta de reconocimiento de la paternidad. El tribunal de primera instancia estableció que el demandado era el padre biológico del demandante y acogió la acción indemnizatoria, condenando al pago de 50.000 pesos argentinos por concepto de daño moral. El demandado interpuso un recurso de apelación, que fue acogido parcialmente por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Provincia de Corrientes, determinándose la rebaja de la indemnización por daño moral a la suma de 40.000 pesos argentinos.

<sup>339</sup> Sentencia de la Corte Suprema. 1 de junio de 2016. Rol N°10649-2015.

<sup>340</sup> Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción. 3 de marzo de 2016. Rol N°1607-2015. En este caso AFP Cuprum fue condenada al pago de una indemnización de perjuicios por una errónea tramitación de una pensión de sobrevivencia.

condiciones personales de la víctima; las facultades económicas de quien ocasiona el daño y de la víctima. Sin embargo, el autor critica la utilización de las facultades económicas del agresor y la víctima, y la culpabilidad del agresor, pues en este último caso la indemnización ya no sería reparatoria sino sancionadora<sup>341</sup>.

En definitiva, independiente del catálogo de parámetros utilizados por los jueces para cuantificar el daño moral, es necesario que dichos criterios sean objetivos y no respondan a una arbitrariedad por parte del juez. Así, por ejemplo, no se ve inconveniente en que el juez tenga en consideración la edad del demandante y el período de tiempo durante el cual no fue reconocido, pues se trata de circunstancias que pueden alterar la intensidad del daño<sup>342</sup>.

#### **2.3.4. Daños respecto de la madre**

La madre también podría sufrir daños por la falta de reconocimiento voluntario de la paternidad, pero es objeto de discusión los tipos de daños que podría reclamar. Respecto de la indemnización del daño moral, en la doctrina argentina se ha dicho que sólo el hijo es la víctima directa de la falta de reconocimiento, mientras que la madre sólo sería una víctima indirecta de la conducta del padre por lo que no podría exigir su reparación<sup>343</sup>. Ahora bien, sobre los daños materiales, es posible considerar que estarían constituidos por los gastos que debieron ser cubiertos por la madre y el padre en conjunto, como por ejemplo, los gastos en que la madre debió incurrir con ocasión del embarazo y del parto<sup>344</sup>.

#### **2.3.5. Eximentes de responsabilidad**

Existen ciertos casos en que el padre demandado por indemnización de perjuicios podría eximirse de responsabilidad civil probando la concurrencia de alguna circunstancia que le permita justificar la falta de reconocimiento de la paternidad.

---

<sup>341</sup> DIEZ SCHWERTER, José Luis. Op. cit. pp.249-257.

<sup>342</sup> Para Pizarro Wilson, el período de tiempo que duró la negativa injustificada del padre de reconocer al hijo está en estrecha relación con la edad de este último, siendo razonable concluir que a menor edad del demandante o menor tardanza en el reconocimiento de la paternidad la indemnización de perjuicios debiera ser inferior. PIZARRO WILSON, Carlos. Op. cit. p. 295.

<sup>343</sup> MEDINA, Graciela. Daños en el Derecho de Familia. Op. cit. pp. 132 y 133; ARIANNA, Carlos Alberto y LEVY, Lea. Op. cit. pp. 449 y 450.

<sup>344</sup> MEDINA, Graciela. Daños en el Derecho de Familia. Op. cit. p. 134.

Como señala la profesora Medina, el padre podría alegar la falta de culpa, la culpa de un tercero o el caso fortuito o fuerza mayor. Para la autora, una hipótesis de caso fortuito o fuerza mayor podría ser la imposibilidad del padre de realizar el reconocimiento por encontrarse a una gran distancia. Sin embargo, en esta hipótesis, los avances en transportes y comunicaciones dificultan la concurrencia de los requisitos del caso fortuito o fuerza mayor<sup>345</sup>, como son, la imprevisibilidad e irresistibilidad<sup>346</sup>.

A continuación, serán revisados los supuestos de la falta de culpa del padre y la culpa de un tercero como causales de exención de responsabilidad. También se analizará el caso de la madre que no ejerció a tiempo la acción de reclamación de paternidad, situación que si bien no constituye una causal de exención de responsabilidad del padre sí podría operar como una atenuante de esta.

#### **A) Ausencia de culpa del padre**

Por su parte, la falta de culpabilidad podría darse en aquellas hipótesis en que por diversas circunstancias el padre ignoraba la existencia del hijo/a, o bien tenía dudas justificadas sobre la paternidad, por ejemplo, por haberse sometido a una intervención de esterilización que resultó fallida sin que él tuviese conocimiento. Con todo, esta ignorancia de paternidad alegada por el demandado podría ser desvirtuada por medio de la existencia de acciones que hicieran presumir la paternidad, tales como el pago voluntario de una pensión de alimentos, o la existencia de una relación amorosa con la madre del demandante, entre otros supuestos<sup>347</sup>.

Lo anterior ha sido reconocido en la jurisprudencia comparada. Así, la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Mercedes de la Provincia de Buenos Aires, en la sentencia de fecha 25 de abril de 2013, conociendo de una apelación en un juicio sobre demanda de filiación e indemnización de perjuicios, estimó que en el caso concurría una causal de justificación de responsabilidad, pues en la legislación argentina de

---

<sup>345</sup> MEDINA, Graciela. Daños en el Derecho de Familia. Op. cit. p. 124.

<sup>346</sup> ABELIUK MANASEVICH, René. Op. cit. p. 235.

En el ordenamiento jurídico nacional, los elementos del caso fortuito o fuerza mayor se encuentran contemplados en el artículo 45 del Código Civil, al disponer que: "*Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc*" [subrayado añadido].

<sup>347</sup> PIZARRO WILSON, Carlos. Op. cit. p. 303; RODRÍGUEZ GUITIÁN, ALMA MARÍA. Responsabilidad civil en el derecho de familia. Especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales. Op. cit. pp. 181-182

la época, el verdadero padre no tenía la legitimación para ejercer una acción de impugnación<sup>348</sup>. En un sentido similar se pronunció la Cámara Civil y Comercial de Azul - Argentina-, Sala II, en el año 2005, por cuanto estimó que en el caso concurrió una causal de justificación respecto del padre, dado que en el régimen legal que se encontraba vigente en ese momento, el padre no podía promover una acción de impugnación de paternidad matrimonial<sup>349</sup>.

De manera similar, en el caso «*Moller con Moller*», el 10° Juzgado Civil de Santiago estimó que la actora no logró acreditar durante el juicio que el demandado hubiese tenido conocimiento de su existencia, por lo que no fue posible demostrar la concurrencia de culpa o dolo en la falta de reconocimiento. En sus alegaciones, el demandado argumentó que no supo de la existencia de la demandante hasta el momento en que ella presentó una demanda de filiación, 45 años después de su nacimiento, ni tuvo antecedentes que le permitieran tener una presunción fundada sobre su paternidad<sup>350</sup>.

## **B) Culpa de un tercero**

Ahora bien, un caso interesante se presenta cuando la falta de reconocimiento por parte del padre puede ser atribuida a un hecho imputable a un tercero. Dentro de esta hipótesis se encuentra la posibilidad de que el padre alegue la exención de su responsabilidad basado en que la madre le ocultó la paternidad. Pero, además, él podría ejercer una acción indemnizatoria en contra de aquella por los daños causados con la ocultación, ya sea porque él es el verdadero padre o porque creyó ser el verdadero padre. Si bien este tema no es el objetivo principal del presente capítulo, es necesario analizar brevemente esta hipótesis de responsabilidad civil.

A modo de ejemplo, piénsese en el caso de una mujer casada que mantuvo relaciones extramatrimoniales con un hombre, resultando embarazada y ocultándole a aquél la existencia del hijo o hija. En este supuesto, el padre podría exigir respecto de la mujer la reparación de los daños ocasionados con la ocultación de la paternidad siempre que concurren los requisitos de la responsabilidad civil, debiendo considerarse que la madre

---

<sup>348</sup> Sentencia de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Mercedes de la Provincia de Buenos Aires. 25 de abril de 2013. Expediente N° SI-113826.

<sup>349</sup> Citada en la Sentencia de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Mercedes de la Provincia de Buenos Aires. 25 de abril de 2013. Expediente N° SI-113826.

<sup>350</sup> Sentencia del 10° Juzgado Civil de Santiago. 27 de diciembre de 2013. Rol N°9243-2012.

actuó como mínimo con culpa, por cuanto la paternidad del hijo/a era, cuanto menos, dudosa. Siguiendo el mismo ejemplo anterior, el marido que se entera de la real paternidad de quien creía que era su hijo/a, también podría accionar en contra de la mujer para exigir la indemnización de los perjuicios producidos por la ocultación de la verdadera paternidad.

En la jurisprudencia argentina, la Cámara Segunda de Paraná de la Provincia de Entre Ríos, en un fallo que ya fue citado anteriormente<sup>351</sup>, determinó que la ocultación del embarazo y de la existencia del hijo al padre por parte de la madre lo exime de culpa<sup>352</sup>.

Por su parte, la Audiencia Provincial de Cantabria -España-, conociendo de un recurso de apelación en contra de una sentencia que condenó a una madre al pago de 30.000 euros a título de daño moral por la ocultación de la paternidad al demandante, desechó el mencionado recurso y confirmó el fallo de primera instancia luego de estimar que su actuar le había ocasionado un daño moral al demandando, su esposo, quien creía ser padre de la niña<sup>353</sup>. Del mismo modo, la Audiencia Provincial de Valencia -España-, conociendo también sobre un recurso de apelación, condenó al pago de 100.000 euros por concepto de daño moral, luego de estimar que existió una conducta dolosa por parte de la madre de los hijos y su verdadero padre al ocultarle la real paternidad al demandante, esposo de la demandada<sup>354</sup>. Cabe destacar que en la jurisprudencia nacional no se han emitido fallos que se refieran a este tema.

---

<sup>351</sup> Véase la página 86 del presente trabajo.

<sup>352</sup> Sentencia de la Cámara Segunda de Paraná de la Provincia de Entre Ríos. 8 de junio de 2016. Expediente N°9591 [Considerando séptimo]  
<<http://jurisprudencia.jusentrerios.gov.ar/08/06/2016/g-g-e-c-n-s-r-s-ordinario-filiacion-danos-y-perjuicios-9591/>>  
[Consultado el 20 de noviembre de 2018]

<sup>353</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria. Sección segunda. 3 de marzo de 2016. Roj SAP S 186/2016. En este caso, la demandada le ocultó durante más de 10 años a su esposo la verdadera paternidad de la hija que se encontraba inscrita como matrimonial de ambos. En definitiva, la madre habría sabido desde el embarazo que el demandante no era el padre de la hija o, a lo menos, habría sabido que dicha paternidad era dudosa, ocasionándole al actor un daño moral integrado por el choque emocional de saber que no es el verdadero padre de quien por años pensó que era su hija y el agravamiento de un cuadro depresivo que ya sufría.

<sup>354</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia. Sección séptima. 2 de noviembre de 2004. Roj SAP V 4688/2004. En este caso, la acción se dirigió en contra de doña Monserrat y don Carlos José, pues mientras existía un matrimonio vigente entre el actor y la demandada, ésta última mantuvo una relación extraconyugal estable y duradera con don Carlos José, quien resultó ser el padre biológico de los tres hijos más pequeños. Basado en lo anterior, el demandante solicitó una indemnización por el daño moral y patrimonial ocasionado. La Audiencia Provincial, considerando que los demandados actuaron de manera negligente en la concepción de los hijos y dolosamente en la ocultación de la verdadera paternidad al actor, los condenó al pago de una indemnización por el daño moral, luego de considerar en el fundamento de derecho noveno del fallo que el demandado ha sufrido “una dolencia que ha sido muy grave, con riesgo para su vida, por sus ideas de suicidio, y todo generado, no por la separación matrimonial, sino por la pérdida de los que consideraba sus hijos, con una entidad semejante a la de la pérdida física de éstos”.

En cuanto al daño patrimonial, la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona-España-, condenó al pago de una indemnización de 147.269,68 euros en total, avaluándose el daño patrimonial en 107.269,68 euros, el que estaba compuesto, entre otras cosas, por los gastos derivados de la realización de la prueba biológica de paternidad. Sin embargo, desestimó la reparación de los montos abonados durante 22 años por concepto de alimentos, pues el demandante no logró acreditar la cuantía del perjuicio alegado.

En conclusión, en el supuesto en que un hombre desconoce la verdadera paternidad por habérselo ocultado la madre del hijo/a, aquél podrá reclamar, eventualmente, el resarcimiento de los daños morales y patrimoniales ocasionados por el comportamiento doloso de la madre.

### **C) Caso de la madre que no reclama a tiempo la paternidad**

Otra hipótesis que necesita ser abordada brevemente es aquella situación en que la madre ejerce tardíamente la acción de reclamación de filiación. Si bien esta circunstancia no excluye la responsabilidad civil del padre que no reconoció espontáneamente al hijo o hija, sí puede ser considerada para atenuarla<sup>355</sup>.

La madre se encuentra en una posición en que, mediante el ejercicio de una acción de filiación, podría mitigar o morigerar los perjuicios que se derivan de la falta de reconocimiento espontáneo<sup>356</sup>. De aceptar la atenuación de la responsabilidad del padre, el hijo/a que sufrió el perjuicio debería recibir una indemnización menor por parte de su padre, pues la medida de la responsabilidad es -precisamente- el daño sufrido por la víctima. Por lo tanto, bajo esta hipótesis, el padre no puede ser condenado a cubrir más daños de los que se ocasionaron con su omisión culposa o dolosa.

Asimismo, Pizarro Wilson opina que en este supuesto el hijo/a debería demandar también a la madre por no haber ejercido a tiempo las acciones de filiación que procedían. De esta manera, el hijo o hija podría intentar una acción indemnizatoria tanto en contra de su

---

<sup>355</sup> PIZARRO WILSON, Carlos. Op. cit. p. 304.

En este caso, eventualmente podría existir una colisión de derechos fundamentales, entre el derecho a la intimidad de la madre y el derecho a la identidad del hijo. Se ha entendido que el derecho a la intimidad de la madre no puede ser absoluto, sino que debe ceder en ciertos casos frente al derecho a la identidad del hijo. BÍSCARO, Beatriz. Daños derivados de la falta de reconocimiento del hijo. Op. cit. p. 442; MOLINA QUIROGA, Eduardo y VIGGIOLA, Lidia. Op. cit. pp. 468 y 469.

<sup>356</sup> ARIANNA, Carlos Alberto y LEVY, Lea. Op. cit. pp. 448 y 449.

padre, por la falta de reconocimiento voluntario de la paternidad, como respecto de la madre por la tardanza en hacer valer las acciones pertinentes para obtener la determinación de la paternidad, pues ambas conductas -omisivas- le ocasionaron un daño<sup>357</sup>.

Ahora bien, se debe tener en consideración que el hijo/a víctima del daño podría ser menor de edad, por lo que, en razón del artículo 264 del Código Civil, deberá actuar en juicio a través de su representante legal, quien normalmente será su madre. Así las cosas, será difícil que ésta demande tanto al padre como a sí misma, pudiendo ser necesario el nombramiento de un curador *ad litem* por parte del tribunal, tal como se expondrá más adelante a propósito de la legitimación activa para ejercer la acción indemnizatoria.

#### **2.4. Prescripción de la acción indemnizatoria**

En cuanto a la prescripción de la acción indemnizatoria por falta de reconocimiento espontáneo de la paternidad, no existiendo ninguna norma especial que regule la materia es necesario acudir a las normas comunes del Derecho Civil. De esta forma, por tratarse de una acción de responsabilidad civil extracontractual, debería ser aplicado el plazo de prescripción de cuatro años establecido en el artículo 2332 del Código Civil<sup>358</sup>. Por consiguiente, se revisarán brevemente las dos grandes posiciones que existen sobre el momento desde el cual debe comenzar a computarse el plazo.

Para una parte de la doctrina nacional, el plazo debe comenzar a contarse desde el hecho que da origen al daño, ya que este es el sentido que se le debe dar a la expresión “perpetración del acto” que contiene el artículo 2332 del Código Civil. Una interpretación distinta podría llevar a la situación en que el cómputo del plazo se base en una fecha que ni siquiera se sabe si llegará, impidiendo que la prescripción extintiva pueda cumplir su función de otorgar seguridad jurídica<sup>359</sup>.

Por otro lado, la doctrina más contemporánea considera que el plazo debe comenzar a computarse desde el momento en que se verifica el daño ilícito, por cuanto el perjuicio

---

<sup>357</sup> PIZARRO WILSON, Carlos. Op. cit. p. 304.

<sup>358</sup> Artículo 2332. “Las acciones que concede este título por daño o dolo, prescriben en cuatro años contados desde la perpetración del acto”.

<sup>359</sup> FERRADA WALKER, Luis Valentín. (2012). La *interpretatio per aliam legem* como regla para definir el sentido del artículo 2332 del Código Civil, sobre la prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual. *Revista de Derecho, Escuela de postgrado*, N°2: 35-60. p. 53.

constituye la principal condición para que exista responsabilidad. En este sentido, de nada serviría calificar un acto como ilícito, aun cuando se haya realizado con dolo o culpa, si no se ha ocasionado ningún daño, pues sin este último no hay responsabilidad civil. Esta interpretación se destaca por la aplicación que puede tener en aquellos casos en que los daños se manifiestan con posterioridad al hecho que los motiva, pues con ella se evitan las situaciones en que la acción podría encontrarse prescrita al momento de manifestarse el daño, a diferencia de la interpretación revisada en el párrafo anterior en que, para evitar la prescripción de la acción indemnizatoria, se podría llegar a hipótesis en que la acción debiera ser entablada aun cuando el daño no se hubiese producido<sup>360</sup>.

La interpretación anterior es complementada por Barros<sup>361</sup>, quien sugiere considerar el plazo de la prescripción extraordinaria como el límite temporal máximo para ejercer la acción de indemnización de perjuicios, toda vez que dicho plazo puede ser estimado como aquel en el que se estabilizan las relaciones jurídicas. De esta manera, la acción indemnizatoria prescribiría en cuatro años, contados desde que el daño se manifiesta, teniendo en consideración el plazo máximo de 10 años de la prescripción extraordinaria contados desde que se cometió el hecho.

Asimismo, respecto del caso en que el hecho que genera el daño se mantiene a través del tiempo, Domínguez Águila considera que el plazo de prescripción extintiva de la acción indemnizatoria debiera comenzar a computarse desde el momento en que el hecho haya terminado, pues en este caso la “perpetración del acto” a la que se refiere el artículo 2332 del Código Civil continúa mientras el hecho ilícito que ocasiona el daño no cese<sup>362</sup>.

En el caso concreto de la falta de reconocimiento espontáneo de la paternidad, Pizarro Wilson y Rodríguez Guitián consideran que el plazo de prescripción debe comenzar en el momento en que se produjo el reconocimiento o la determinación de la paternidad, pues antes de dicha fecha no es posible tener por verificada la ocurrencia del daño<sup>363</sup>. De todas formas, se podría llegar a la misma conclusión si se siguiera la doctrina que exige comenzar a contar el plazo desde la ocurrencia del hecho, puesto que, al ser la falta de

---

<sup>360</sup> DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón. (2004). La prescripción extintiva: Doctrina y Jurisprudencia. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. pp. 376-379.

<sup>361</sup> BARROS BOURIE, Enrique. Op. cit. p. 924.

<sup>362</sup> DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón. La prescripción extintiva: Doctrina y Jurisprudencia. Op. cit. p. 380.

<sup>363</sup> PIZARRO WILSON, Carlos. Op. cit. p. 305; RODRÍGUEZ GUITIÁN, ALMA MARÍA. Responsabilidad civil en el derecho de familia. Especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales. Op. cit. p. 186;

reconocimiento una omisión, el hecho ilícito se estaría produciendo constantemente mientras se mantenga dicha omisión, y sólo podrá cesar por medio del reconocimiento espontáneo o la determinación de la paternidad.

Por lo tanto, sea cual sea la interpretación que se siga del artículo 2332 del Código Civil, en el caso en comento, el plazo de 4 años debería comenzar a computarse desde que se produce el reconocimiento o la determinación de la filiación.

## **2.5. Legitimación activa**

En las siguientes páginas será revisada la legitimación activa para entablar la acción indemnizatoria por los daños ocasionados con la falta de reconocimiento espontáneo de la paternidad, cuyo estudio se enfocará atendiendo a los hijos y padres como potenciales legitimados, y respecto de los primeros su análisis se dividirá en: hijos menores de edad; hijos sin discernimiento o con discapacidad intelectual; la transmisibilidad de la acción indemnizatoria; e hijos mayores de edad.

### **2.5.1. Legitimación de los hijos**

En estos casos, la acción será ejercida por el hijo o hija en contra del padre que no reconoció voluntariamente su paternidad. Para ello será necesario distinguir si quien pretende ejercer la acción es un menor o mayor de edad, de manera análoga al análisis realizado en el capítulo anterior.

De esta manera, conforme al artículo 264 inciso primero del Código Civil, si se trata de un hijo menor de edad, será necesario que sea autorizado o representado judicialmente por el titular de la patria potestad, que muy probablemente estará radicada en la madre, por lo que no existirían mayores inconvenientes en cuanto al ejercicio de la acción indemnizatoria.

No obstante lo anterior, en la jurisprudencia argentina, el juez Pettigiani expresó en un fallo de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, que la acción indemnizatoria es personalísima, porque el acto de reclamar la reparación de los daños al padre también lo es, concluyendo que la demanda no puede ser ejercida por el representante legal del niño,

niña o adolescente sino sólo por él mismo. También manifestó que, dada la inmadurez de los menores de edad, la acción solamente podría ser ejercida una vez que hubiese alcanzado la mayoría de edad, salvo en el caso de los menores adultos que podrían actuar autorizados<sup>364</sup>.

Sin embargo, siguiendo a la profesora Medina<sup>365</sup>, no sería sensato esperar hasta la mayoría de edad para poder entablar la demanda, pues es probable que durante el transcurso de ese tiempo aumente el perjuicio, debiendo ser la madre quien cubra los gastos para evitar que el daño se agrave aún más, por ejemplo, pagando un tratamiento psicológico. Además, aun cuando la acción pudiera considerarse personalísima, es posible que sea ejercida por medio de quien tiene la patria potestad, pues así lo dispone el ordenamiento jurídico argentino, no existiendo ninguna norma que lo prohíba, argumento que puede ser aplicado para el ordenamiento jurídico nacional.

Un inconveniente se podría presentar cuando el padre contra quien se ejerce la acción fuese el titular de la patria potestad, en cuyo caso sería necesario remitirse a lo ya expuesto en el capítulo anterior sobre la situación en que, por existir un conflicto de intereses, el juez de la causa debería nombrar un curador *ad litem*, de acuerdo con lo establecido en el inciso primero del artículo 263 del Código Civil. Una hipótesis similar podría tener lugar cuando el hijo/a ejerciera la acción de responsabilidad civil en contra de la madre que ocultó la verdadera paternidad, pues es probable que en este caso la patria potestad también se encuentre radicada en ella, produciéndose un conflicto de intereses que el juez deberá solucionar por medio del nombramiento de un curador *ad litem* para el niño, niña o adolescente, al igual que en la hipótesis anteriormente descrita.

Otro tema que merece ser tratado en este apartado es el caso de los hijos sin discernimiento, tales como los hijos menores de muy corta edad<sup>366</sup> o aquellos que tienen alguna discapacidad intelectual. Se ha llegado a sostener que estas personas no tienen legitimación activa para reclamar la indemnización de los daños morales por cuanto no pueden sentir esta clase de dolores. Sin embargo, esta opinión difícilmente puede ser sostenida en la actualidad, pues sería complicado negar que un menor de edad sea titular de derechos de carácter extrapatrimonial susceptibles de ser reparados. Como bien expone Pizarro, “[l]a falta de comprensión del dolor propio y de su origen, en modo alguno pueden

---

<sup>364</sup> MEDINA, Graciela. Daños en el Derecho de Familia. Op. cit. pp. 128 y 129.

<sup>365</sup> Ibid. p. 129.

<sup>366</sup> Piénsese, por ejemplo, en un niño o niña de 2 años de edad.

ser tomados en consideración para excluir su existencia, ni su carácter lógicamente negativo; el dolor, la pena, la angustia, no son sino formas posibles en que el daño moral puede ser exteriorizar, mas no hacen a su esencia<sup>367</sup>. Lo anterior es coherente con la tesis objetiva sobre la apreciación del daño moral, según la cual dicha apreciación no debe realizarse en el sujeto específico que lo ha sufrido, debido a las dificultades de entrar a analizar las circunstancias psicológicas particulares de la víctima, sino que es necesario apreciarlo en abstracto, recurriendo a la figura de una persona media<sup>368</sup>.

También es conveniente hacer referencia a la situación en que el hijo/a que sufrió el daño fallece, surgiendo la pregunta sobre si sus herederos pueden ejercer la acción de indemnización de perjuicios. Para ello, es menester diferenciar entre la transmisibilidad de la acción indemnizatoria por los daños patrimoniales y la acción por los daños morales.

Respecto de los daños patrimoniales, basado en lo dispuesto por el artículo 2315 del Código Civil<sup>369</sup>, se afirma que no existen problemas para que los herederos de la víctima puedan reclamar los perjuicios sufridos por ésta hasta la época de su muerte, siendo posible que se solicite la reparación del daño emergente y el lucro cesante. El único límite estaría dado por el alcance de este último, pues no se puede extender más allá del momento en que la víctima falleció<sup>370</sup>.

En cuanto al daño moral, la defensa de la transmisibilidad de la acción indemnizatoria se sustenta en el carácter patrimonial que actualmente tendría el daño moral, siendo susceptible de ser incluido en el patrimonio del causante como un crédito de dinero, el que sería transmitido a sus herederos de acuerdo con el artículo 2315, ya mencionado<sup>371</sup>.

En contra de la transmisibilidad de la acción indemnizatoria del daño moral, Domínguez Águila señala dos argumentos, a saber, el carácter personalísimo del daño moral y la finalidad reparatoria de la indemnización de los perjuicios que no se ajusta al ejercicio de la acción por parte de quienes no fueron víctimas. Sin embargo, el mencionado autor

---

<sup>367</sup> Citado en MEDINA, Graciela. Daños en el Derecho de Familia. Op. cit. p. 131.

<sup>368</sup> PIZARRO WILSON, Carlos. Op. cit. p. 297.

<sup>369</sup> Primera parte del Artículo 2315: *"Puede pedir esta indemnización no sólo el que es dueño o poseedor de la cosa que ha sufrido el daño, o su heredero, sino el usufructuario, el habitador o el usuario, si el daño irroga perjuicio a su derecho de usufructo o de habitación o uso"*. [subrayado añadido]

<sup>370</sup> BARROS BOURIE, Enrique. Op. cit. pp. 943 y 944.

<sup>371</sup> Ibid. p. 945.

considera que la transmisibilidad de la acción podría tener lugar si ésta ya fue ejercida por su titular, para que sus herederos continúen con ella<sup>372</sup>.

A una conclusión similar llegó la doctrina argentina, distinguiendo si la acción indemnizatoria ya había sido ejercida o no. De esta forma, cuando el hijo o hija ha fallecido antes de entablar la demanda, sería posible concluir que la madre no podría ejercer la acción como heredera, pues se ha entendido que el daño moral en sí es intransmisible. Sin embargo, cuando la demanda ya hubiese sido ejercida por el hijo/a antes de fallecer, la madre podría continuar la acción judicial como heredera<sup>373</sup>.

En la jurisprudencia nacional no existe un criterio único en torno al tema. Así, la Corte de Apelaciones de Temuco, siguiendo al profesor Domínguez Águila, afirmó en el considerando undécimo de un fallo pronunciado el 26 de agosto de 2015 que no sería posible establecer la transmisibilidad del daño moral, pues con ello se permitiría que los herederos ejercieran una acción indemnizatoria en beneficio propio, para obtener la reparación que le habría correspondido a la víctima<sup>374</sup>. De manera similar se ha manifestado la Corte Suprema, estimando en el considerando sexto de la sentencia pronunciada en la causa Rol N°2073-2009 que la acción por daño moral es intransmisible, por cuanto la reparación se genera y justifica en los dolores y aflicciones sufridos por la víctima, teniendo, en consecuencia, un carácter personalísimo<sup>375</sup>. Por otra parte, la misma Corte Suprema conociendo de un recurso de unificación de jurisprudencia, estimó que la acción de indemnización del daño moral es susceptible de ser transmitida a los herederos de la víctima, basándose en la regla general establecida en los artículos 951 y 1097 del Código Civil, según la cual los herederos representan al causante en todos sus derechos y

---

<sup>372</sup> DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón. (2004). Sobre la transmisibilidad de la acción por daño moral. *Revista Chilena de Derecho*. vol. 31 N°3: 493-514. pp. 513 y 514.

<sup>373</sup> MEDINA, Graciela. Daños en el Derecho de Familia. Op. cit. p. 135.

<sup>374</sup> Sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco. 26 de agosto de 2015. Rol N°1422-2014. En este caso, se dedujo demanda en contra del Hospital Regional de Temuco y, como solidariamente responsable, en contra del Servicio Nacional de Salud Araucanía Sur, por falta de servicio, debido al fallecimiento de una paciente a la que le fue aplicada erróneamente la anestesia antes de un procedimiento quirúrgico. La transmisibilidad del daño moral se analiza respecto de los hermanos de la mujer fallecida. En definitiva, el tribunal de primera instancia condenó al Servicio Nacional de Salud Araucanía Sur al pago de \$20.000.000 por concepto de daño moral. Sin embargo, la Corte de Apelaciones de Temuco acogió la apelación deducida por el mencionado servicio, revocando la sentencia de primera instancia y rechazando en todas sus partes la demanda indemnizatoria, entre otros motivos, por la intransmisibilidad del daño moral.

<sup>375</sup> Sentencia de la Corte Suprema. 29 de septiembre de 2011. Rol N°2073-2009. En esta causa, los padres de dos hijos interpusieron una demanda en contra del Fisco de Chile, por si y por sus hijos, para obtener la indemnización de los perjuicios ocasionados por el fallecimiento de uno de los hijos en un accidente en bicicleta causado por la falta de mantención del camino. El tribunal de primera instancia condenó al pago de una indemnización por daño moral, lo que fue confirmado por la Corte de Apelaciones de Temuco. Sin embargo, la Corte Suprema, acogiendo un recurso de casación, invalidó la sentencia objeto del recurso.

obligaciones transmisibles, de lo cual se infiere *a contrario sensu* que, para justificar la situación excepcional de la intransmisibilidad, es necesario un fundamento expreso, que no existe hasta el momento en nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia de lo que sucede en instituciones como el fideicomiso, el usufructo y el uso o habitación en que se contempla expresamente su carácter intransmisible<sup>376</sup>.

Salvo por el reciente fallo de la Corte Suprema, a propósito del recurso de unificación de jurisprudencia mencionado anteriormente, la postura sobre la posibilidad de transmitir la acción para obtener la indemnización del daño moral ha sido errática, manifestándose en todo caso una tendencia más bien negativa a admitir dicha posibilidad, excepto cuando la acción ya había sido ejercida por su titular antes del fallecimiento.

Finalmente, para concluir la revisión sobre la legitimación activa de los hijos, si se trata de un hijo/a mayor de edad, no se ven problemas para que pudiera ejercer la acción a su nombre, sólo sería necesario cumplir con los requisitos procesales para actuar en juicio.

### **2.5.2. Legitimación de los padres**

Respecto de los daños materiales que pudiere haber sufrido la madre como consecuencia de la omisión del reconocimiento espontáneo de la paternidad, hipótesis que fue expuesta en el apartado relativo al daño, ella estaría legitimada para ejercer la acción indemnizatoria con el objeto de obtener la reparación de aquellos gastos de los que se hizo cargo personalmente y que debieron haber sido soportados por ambos padres. En este caso, la madre no estaría actuando en representación del hijo/a que no fue reconocido voluntariamente, sino que estaría ejerciendo la acción en su nombre, respecto de los perjuicios personalmente sufridos.

Por último, es posible que el padre ejerza la acción indemnizatoria en la hipótesis en que la paternidad le fue ocultada por la madre de su hijo/a, pues, como ya fue revisado anteriormente, es posible que el desconocimiento de la existencia de un hijo/a le cause

---

<sup>376</sup> Sentencia de la Corte Suprema. 27 de diciembre de 2016. Rol N°33990-2016. En el caso, se dedujo demanda de indemnización de perjuicios en procedimiento ordinario del trabajo por parte de una mujer y sus hijos en contra de la empresa en que trabajaba el cónyuge y padre de los demandantes con el objeto de obtener la reparación de los daños causados con su muerte. La demanda fue rechazada por el tribunal de primera instancia, a su vez la Corte de Apelaciones de San Miguel rechazó el recurso de nulidad interpuesto por los demandantes, deduciendo por último un recurso de unificación de jurisprudencia, el que fue acogido por la Corte Suprema.

daños al actor. En este caso, tampoco existiría inconveniente para que el padre ejerciera la acción a nombre propio en contra de la madre que le ocultó la verdadera paternidad, puesto que, al igual que en la hipótesis anterior, el padre estaría ejerciendo la acción para obtener la reparación de los daños que ha sufrido directamente.

## **2.6. Otros aspectos a tener en consideración**

Como se apreció en el desarrollo del presente capítulo, es posible verificar la concurrencia de los elementos y requisitos de la responsabilidad civil extracontractual. Sin embargo, por tratarse de una hipótesis de daños en el ámbito de las relaciones de familia, es necesario tener en cuenta otros aspectos que podrían ser relevantes al momento de establecer la procedencia de la indemnización de los perjuicios.

En primer lugar, debe recordarse que en la actualidad la concepción de la familia ha mutado hacia un modelo en el que priman los intereses individuales de sus miembros por sobre el interés familiar cuando existe una vulneración de derechos fundamentales<sup>377</sup>. En este sentido, cuando el hijo/a sea menor de edad siempre se deberá tener presente el interés superior del niño, niña y adolescente, además de los derechos fundamentales infringidos -como el derecho a la identidad y la dignidad humana-, con el objeto de reparar los perjuicios ocasionados con la falta de reconocimiento y dejar indemne al menor de edad.

De manera similar, es menester tener en consideración que la condena al padre que, de manera dolosa o culposa, no reconoció espontáneamente al hijo/a podría tener un efecto disuasivo respecto de otros sujetos que podrían encontrarse en la misma situación, cumpliéndose con ello el fin preventivo que también se le atribuye a la responsabilidad civil<sup>378</sup>.

Asimismo, en los capítulos anteriores se hizo referencia a la inmunidad -parental en este caso-, la estabilidad y la paz familiar como criterios para determinar la procedencia de la responsabilidad civil en el Derecho de Familia. En el supuesto de la falta de reconocimiento espontáneo de la paternidad, si la acción indemnizatoria se entabla inmediatamente después de la determinación de la filiación no se afectaría la paz familiar, pues es probable que ni

---

<sup>377</sup> ROCA, Encarna. Op. cit. p. 95.

<sup>378</sup> CALÁ, María Florencia; SCHIRO, María Victoria. Op. cit. p. 9.

quiera exista una relación entre el niño, niña o adolescente y su padre. Un caso distinto podría ocurrir en el supuesto en que, entre la determinación de la filiación y el ejercicio de la acción indemnizatoria, ya se hubiese desarrollado una relación afectiva entre el niño, niña o adolescente y el demandado. Sin embargo, pese a lo anterior, es posible afirmar que la preservación de la estabilidad y la paz familiar hoy en día no pueden ser utilizados como argumentos de peso para descartar la indemnización de los perjuicios entre padres e hijos, pues la familia no puede ser un espacio en que las garantías individuales de sus miembros queden suspendidas o disminuidas<sup>379</sup>.

En definitiva, sorteando las dificultades que podría tener la verificación de los requisitos de la responsabilidad civil en los casos de falta de reconocimiento espontáneo de la paternidad, no se vislumbran mayores dificultades para reparar los daños ocasionados con dicha omisión.

---

<sup>379</sup> BÍSCARO, Beatriz. Daños derivados de la falta de reconocimiento del hijo. Op. cit. p. 437.

## CONCLUSIÓN

Finalizado el estudio acerca de la posibilidad de reparar los daños que acontecen en el ámbito de las relaciones paterno-filiales, es necesario exponer algunas conclusiones sobre la materia. Teniendo en consideración que el presente trabajo abarcó el análisis de tres hipótesis en que los hijos pueden sufrir algún daño ocasionado por la conducta de alguno de sus padres, es necesario hacer referencia primero a las conclusiones de carácter general - comunes a todos los capítulos-, para luego desarrollar las conclusiones específicas de cada una de las hipótesis analizadas.

Tal como fue señalado en los pasajes de este trabajo, el modelo de familia consagrado en la versión original del Código Civil ha experimentado diversos cambios a través de los años, motivado principalmente por las transformaciones sociales, y el mayor reconocimiento y protección de los derechos fundamentales. La conjunción de estos factores ha provocado que la familia ya no sea el núcleo cerrado y jerarquizado que solía ser, dando paso a la aceptación de diversos modelos de familia además de la matrimonial, y a un mayor respeto de los derechos individuales de sus miembros. La familia ya no puede ser considerada como un lugar en el que los derechos fundamentales de sus integrantes queden suspendidos y exista inmunidad para ocasionarse daños entre sí.

A lo anterior se debe agregar el debilitamiento de los argumentos planteados por la tesis negativa sobre la aplicación de la responsabilidad civil en las relaciones de familia. Es así como el principio de especialidad del Derecho de Familia, el principio de *non bis in idem*, el carácter ético de los deberes familiares, la inmunidad familiar, el aumento de la conflictividad al interior de la familiar junto con la alteración de la estabilidad y la paz familiar, y el aumento de demandas triviales entre sus miembros, han sido en su mayoría refutados, tal como se revisó en el capítulo primero.

Ahora, respecto a la verificación de los requisitos de la responsabilidad civil, la doctrina y la jurisprudencia están contestes al señalar que deben concurrir los siguientes elementos: (i) una conducta antijurídica; (ii) imputabilidad o factor de atribución; (iii) un daño; y, (iv) una relación de causalidad entre el hecho imputable y el daño. Sin embargo, existen ciertas particularidades respecto de la imputabilidad y el daño.

En cuanto a la imputabilidad, las mayores discrepancias se han suscitado a propósito de la culpa como factor de atribución, evidenciándose al menos tres posturas. Primero, que sólo son indemnizables los daños causados con culpa grave. Segundo, que se debe responder de todos los grados de culpa contemplados en el artículo 44 del Código Civil. Y, tercero, que no se debe aplicar la graduación de la culpa en la responsabilidad extracontractual, sino que debe ser apreciada en abstracto y determinada en concreto. Esta última es la postura que se ha decidido seguir en el presente trabajo y que se encuentra presente a largo de sus capítulos, pues de esta manera se consideran las circunstancias particulares de cada caso para construir el deber de cuidado con que debió actuar el agente causante del daño, otorgando una solución más flexible al problema de la culpa.

Por otro lado, el daño también presenta algunos matices necesarios de destacar. En primer lugar, se ha entendido que no todo perjuicio merece ser indemnizado, sino sólo aquellos de carácter relevante o anormal, ya que no es justo reparar los riesgos y molestias generales de la vida. En segundo término, atendidas las características propias de las relaciones familiares, sus miembros sufrirán principalmente daños morales, lo que implica tener en consideración todas las dificultades propias de este tipo de daños, tales como su determinación y evaluación, las que deberán ser analizadas caso a caso.

En suma, en la actualidad existe en la doctrina una tendencia a aceptar, en términos generales, la aplicación de la responsabilidad civil respecto de los daños ocasionados en las relaciones de familia, aun cuando pueden existir hipótesis en que su aplicación se puede tornar difícil, tal como sucede con la indemnización de perjuicios por el incumplimiento de ciertos deberes conyugales. Sin embargo, en la jurisprudencia nacional aún existe un escaso desarrollo sobre la materia, centrándose principalmente en el ámbito de las relaciones matrimoniales, a diferencia de la experiencia de otros países, como Argentina o España, cuyos tribunales han debido conocer de acciones indemnizatorias en la esfera de las relaciones paterno-filiales.

Ahora bien, sobre las hipótesis tratadas en los capítulos segundo y tercero, no es posible sintetizar su contenido en una sola conclusión global, ya que cada una de ellas tiene sus propias particularidades, siendo necesario tratarlas por separado.

En cuanto a los daños ocasionados a los hijos por el ejercicio defectuoso del cuidado personal, se trata del supuesto analizado en que podría ser más difícil indemnizar los perjuicios, puesto que, además de las dificultades ya mencionadas sobre la concurrencia de los requisitos de la responsabilidad civil, se deben tener en consideración otras circunstancias. Así, una eventual condena al progenitor custodio podría ocasionar una disminución tal de su patrimonio que termine afectando al mismo niño, niña o adolescente que ejerció la acción indemnizatoria, siendo necesario tener en consideración el interés superior del niño, niña y adolescente, con el objeto de evitar los efectos negativos que una acción de este tipo podría tener. Asimismo, la consagración del principio de corresponsabilidad en el ordenamiento jurídico nacional tiene un doble efecto en aquellos casos en que los padres se encuentran separados, por un lado, limita las facultades que el progenitor custodio puede ejercer unilateralmente, a la vez que amplía los deberes del progenitor no custodio, lo que podría tener consecuencias en la atribución de responsabilidad civil respecto del progenitor que ejerce el cuidado personal. Por último, en estos casos puede ser difícil determinar cuándo un perjuicio debe ser considerado relevante, pues en las relaciones entre un padre o madre y sus hijos, éstos pueden sufrir diversos daños de poca intensidad y relevancia.

Sobre la segunda hipótesis, referida a los daños ocasionados por el padre o madre que incumple el régimen de relación directa y regular, es posible concluir que su indemnización podría ser permitida en el Derecho nacional siempre que concurren los requisitos generales de la responsabilidad civil. En este sentido, la exigencia de un daño relevante se podría verificar a través de la existencia de incumplimientos reiterados del régimen comunicacional por parte del progenitor no custodio. Por otra parte, en esta hipótesis será necesario tener en cuenta que, en ciertos casos, el incumplimiento de la relación directa y regular puede tener su origen en la negativa del hijo/a o en la obstaculización injustificada del progenitor custodio, siendo importante distinguir los casos en que existe una justificación de aquellos en que no. Finalmente, es necesario advertir que, cuando el hijo/a sea menor de edad y su patria potestad sea ejercida por el progenitor custodio, la acción indemnizatoria podría ser utilizada como un instrumento para atacar al otro progenitor, particularmente en los casos de obstaculización del régimen comunicacional y de existencia del síndrome de alienación parental.

Respecto de la tercera hipótesis revisada en el presente trabajo, es posible concluir que los daños ocasionados por la falta de reconocimiento voluntario de la paternidad también son susceptibles de ser reparados, especialmente teniendo en cuenta que en este caso no sólo se infringe el derecho a la vida familiar, sino que también se vulneran los derechos a la identidad y al nombre, así como la dignidad humana, derechos fundamentales que se encuentran reconocidos en diversos instrumentos internacionales, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño. Asimismo, en este supuesto será importante dilucidar si la falta de reconocimiento se produjo por un hecho imputable al padre o no, pues cabe la posibilidad de que concurra alguna causal que le exima de responsabilidad o la atenúe, como en el caso en que la verdadera paternidad le haya sido ocultada.

En definitiva, superados en gran medida los argumentos planteados por la tesis negativa, la reparación de los daños producidos en las relaciones paterno-filiales exige tener siempre en cuenta la concurrencia de los requisitos de la responsabilidad civil extracontractual, con las particularidades ya expuestas sobre la imputabilidad y el daño, y considerar los elementos propios del Derecho de Familia y de las relaciones familiares, entre los que destaca la protección del interés superior del niño, niña y adolescente, pues de lo contrario no sería posible otorgar una solución adecuada a las hipótesis tratadas en el presente trabajo.

## BIBLIOGRAFÍA

### Libros:

1. ABELIUK MANASEVICH, René. (2008). Las Obligaciones. Tomo I. 5a edición actualizada. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile.
2. ALES URÍA ACEVEDO, María de las Mercedes. (2012). El derecho a la identidad en la filiación. [En línea]. Valencia, España. Tirant Lo Blanch.  
<<http://biblioteca.tirant.com.uchile.idm.oclc.org/cloudLibrary/ebook/show/9788490048795>>
3. ARIANNA, Carlos Alberto y LEVY, Lea. (1999). Daño moral y patrimonial derivado de la falta de reconocimiento. En: GHERSI, Carlos (Coordinador). Derecho de daños. Economía. Mercado. Derechos Personalísimos. Buenos Aires, Argentina. Abeledo-Perrot. 443-450.
4. BARRIENTOS GRANDON, Javier. (2011). Derecho de las personas: El derecho matrimonial. Santiago, Chile. AbeledoPerrot, Legal Publishing Chile, Thomson Reuters.
5. BARROS BOURIE, Enrique. (2006). Tratado de responsabilidad extracontractual. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile.
6. BAVESTRELLO BONTÁ, Irma. (2003). Derecho de Menores. 2a edición actualizada. Santiago, Chile. LexisNexis.
7. BELTRÁ CABELLO, Carlos; SÁNCHEZ ALONSO, Marta; LINACERO DE LA FUENTE, María. (2016) Tratado de Derecho de Familia. Aspectos Sustantivos. Procedimiento. Jurisprudencia. Formularios. [En línea]. España. Tirant Lo Blanch.  
<<http://biblioteca.tirant.com.uchile.idm.oclc.org/cloudLibrary/ebook/show/9788491195931>>

8. BÍSCARO, Beatriz. (1999). Daños derivados de la falta de reconocimiento del hijo. En: GHERSI, Carlos (Coordinador). Derecho de daños. Economía. Mercado. Derechos Personalísimos. Buenos Aires, Argentina. Abeledo-Perrot. 435-442.
9. BÍSCARO, Beatriz. (2009). El Derecho a la identidad, el nombre y la familia. En: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (Directora); HERRERA, Marisa (Coordinadora). La familia en el nuevo derecho. Tomo II. Buenos Aires, Argentina. Rubinzal-Culzoni. 93-111.
10. BOERI, María Justina; FREDES, Paula Verónica; SCOCCIA, Ana Carolina. (2007). El abuso de poder en el ejercicio de la patria potestad. En: CÚNEO, Darío (Director); HERNÁNDEZ, Clayde (Director). Tenencia de hijos menores y régimen de visitas. Rosario, Argentina. Editorial Juris. 29-70.
11. CASTILLEJO MANZANARES, Raquel. (2007). Guardia y custodia de hijos menores. Las crisis matrimoniales y de parejas de hecho. Madrid, España. La Ley.
12. CAPITANT, Henri; TERRÉ, François; LEQUETTE, Yves. (2008). Les grands arrêts de la jurisprudence civile. Tomo II. 12a edición. París, Francia. Dalloz.
13. CORRAL TALCIANI, Hernán. (2003). Lecciones de responsabilidad civil extracontractual. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile.
14. D'ANTONIO, Daniel Hugo (1998). Responsabilidad paterna y patria potestad. En: D'ANTONIO, Daniel Hugo; MOSSET ITURRASPE, Jorge; NOVELLINO, Norberto José. Responsabilidad de los padres, tutores y guardadores. Buenos Aires, Argentina. Rubinzal-Culzoni. 145-172.
15. D'ANTONIO, Daniel Hugo (2001). Patria Potestad. En: MÉNDEZ COSTA, María Josefa; D'ANTONIO, Daniel Hugo. Derecho de Familia. Tomo III. Buenos Aires, Argentina. Rubinzal-Culzoni. 273-354.
16. DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo. (2014). Plegarias atendidas, procreación asistida y wrongful life actions. En: LEPIN MOLINA, Cristián (Director) y VARGAS ARAVENA,

- David (Coordinador). Responsabilidad Civil y Familia. Santiago. Santiago, Chile. Thomson Reuters. 307-330.
17. DE TORRES PEREA, José Manuel. (2009). Interés del menor y derecho de familia: una perspectiva multidisciplinar. Madrid, España. Iustel.
  18. DÍEZ-PICAZO, Luis. (1999). Derecho de daños. Madrid, España. Civitas.
  19. DÍEZ-PICAZO, Luis. (2011). Fundamentos del derecho civil patrimonial. Tomo V. Madrid, España. Cizur Menor, Civitas, Thomson Reuters, Aranzadi.
  20. DIEZ SCHWERTER, José Luis. (1997). El daño extracontractual: jurisprudencia y doctrina. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile.
  21. DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón. (2004). La prescripción extintiva: Doctrina y Jurisprudencia. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile.
  22. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. (1982). Derecho a la identidad personal. Buenos Aires, Argentina. Astrea.
  23. FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo. (2012). Curso de Derecho Civil. Tomo IV. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile.
  24. FUEYO LANERI, Fernando. (2004). Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones. 3a edición actualizada. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile.
  25. GARCÍA BARZELATTO, Ana María. (2012). El derecho a la identidad personal: un nuevo derecho constitucional. En: Asociación Chilena de Derecho Constitucional. Derechos Fundamentales: Libro homenaje al profesor Francisco Cumplido Cereceda. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 137-153.
  26. GARRIDO MELERO, Martín. (1999). Derecho de Familia: Un análisis del Código de Familia y de la Ley de Uniones Estables de Pareja de Cataluña y su correlación con el Código Civil. Madrid, España. Marcial Pons.

27. GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. (2007). El sistema filiativo chileno. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile.
28. HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel (2008). Responsabilidad civil por daños ocasionados en las relaciones de familia: Charla dictada el martes 4 de noviembre de 2008. Santiago, Chile. Colegio de Abogados de Chile A.G.
29. HERRANZ GONZÁLEZ, Agustina. (2016). Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones paterno-filiales. [En línea] En: Actas do Congresso Internacional sobre Autonomia e heteronomia no Direito da Família e no Direito das Sucessões. Coimbra, Portugal. Almedina S.A. 39-55.  
<<http://www.agustinaherranz-abogado.es/publicaciones/5-39-55.pdf>>
30. JUNYENT BAS DE SANDOVAL, Beatriz María. (2016). Fecundación asistida e identidad personal. Buenos Aires. Astrea.
31. LARROUCAU TORRES, Jorge. (2007). Culpa y dolo en la responsabilidad extracontractual: Análisis Jurisprudencial. 2a. edición. Santiago, Chile. Lexis Nexis.
32. LATHROP GÓMEZ, Fabiola. (2005). Cuidado personal de los hijos: Análisis de Ley de Matrimonio Civil y Tribunales de Familia. Santiago, Chile. Editorial Punto Lex.
33. LATHROP GÓMEZ, Fabiola. (2008). Custodia compartida de los hijos. Madrid, España. La Ley.
34. LEPIN MOLINA, Cristián. (2014). Responsabilidad civil en las relaciones de familia. En: LEPIN MOLINA, Cristián (Director) y VARGAS ARAVENA, David (Coordinador). Responsabilidad Civil y Familia. Santiago, Chile. Thomson Reuters. 397-438.
35. LÓPEZ RIVERA, Gissella. (2001) Nuevo estatuto de filiación y los derechos esenciales. Santiago, Chile. Editorial Jurídica Cono Sur.

36. LÓPEZ Y LÓPEZ, A; MONTÉS PENADÉS, V; ROCA I TRÍAS, Encarna (Coordinadora). (1997). Derecho de Familia. 3a edición. Valencia, España. Tirant Lo Blanch.
37. MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, María Lourdes. (2014). La frustración del derecho de visita. [En línea]. Madrid, España. Reus.  
<<https://books.google.cl/books?id=aPgsBgAAQBAJ&lpg=PP1&hl=es&pg=PP1#v=onepage&q&f=false>>
38. MEDINA, Graciela. (2002). Daños en el Derecho de Familia. Buenos Aires, Argentina. Rubinzal-Culzoni.
39. MEDINA, Graciela. (2016). Principios del derecho de familia. [En línea]. Thomson La Ley. <<http://www.gracielamedina.com/assets/Uploads/Medina-Principios-del-derecho-de-familia.pdf>>
40. MÉNDEZ COSTA, María Josefa. (1986). La filiación. Santa Fe, Argentina. Rubinzal-Culzoni.
41. MÉNDEZ COSTA, María Josefa. (2006). Los principios jurídicos en las relaciones de familia. Buenos Aires y Santa Fe, Argentina. Rubinzal-Culzoni.
42. MOLINA QUIROGA, Eduardo y VIGGIOLA, Lidia. (1999). Derecho a la identidad y no reconocimiento del hijo extramatrimonial (La Convención de los Derechos del Niño, el artículo 225 del Código Civil y la responsabilidad de la madre). En: GHERSI, Carlos (Coordinador). Derecho de daños. Economía. Mercado. Derechos Personalísimos. Buenos Aires, Argentina. Abeledo-Perrot. 451-469.
43. MONTECCHIARI, Tiziana. (2006). La potestà dei genitori. Milán, Italia. Giuffré Editore.
44. MOSSET ITURRASPE, Jorge. (1973). Responsabilidad por daños. Parte General. Tomo I. Buenos Aires. EDIAR. Sociedad Anónima editora Comercial, industrial y financiera.

45. NOVALES ALQUÉZAR, Aránzazu. (2008). Responsabilidades especiales. ¿Debiera haber en el derecho matrimonial mecanismos reparatorios? [En línea] En: PIZARRO WILSON, Carlos (Director) Y ROJAS VÁSQUEZ, Marcelo (Editor). Regímenes especiales de responsabilidad civil. Cuadernos de análisis jurídicos. Colección Derecho Privado IV. Santiago. Ediciones de la Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho. 119-150.  
<<http://fundacionfueyo.udp.cl/wp-content/uploads/2018/03/Cuadernos-de-ana%CC%81lisis-juri%CC%81dico-IV-Regi%CC%81menes-especiales-de-responsabilidad-civil.pdf>>
46. OTAROLA ESPINOZA, Yasna. (2016). Incumplimiento de los deberes matrimoniales y responsabilidad civil. [En línea] México D.F., México y Madrid, España. Ubijus y Reus.  
<<https://books.google.cl/books?id=Rr1UDwAAQBAJ&lpg=PA1&hl=es&pg=PA1#v=onepage&q&f=false>>
47. PERICICH, Rosana; MADDOZ, Ingrid. (2007). El niño y el mayor como sujetos acreedores y deudores del derecho de visitas y las sanciones a aplicar ante la obstaculización o incumplimiento. En: CÚNEO, Darío (Director); HERNÁNDEZ, Clayde (Director). Tenencia de hijos menores y régimen de visitas. Rosario, Argentina. Editorial Juris. 159-212.
48. PETRINO, Romina. (2013). Artículo 11. Protección de la honra y de la dignidad. En: ROGUEIRA, Enrique Alonso (Coordinador). La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino. Buenos Aires, Argentina. La Ley y Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.  
<<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/libros/pdf/la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-derecho-argentino/011-petrino-honra-y-dignidad-la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-da.pdf>>
49. PIZARRO WILSON, Carlos. (2014). Responsabilidad civil por no reconocimiento voluntario del hijo de filiación extramatrimonial. En: LEPIN MOLINA, Cristián (Director) y VARGAS ARAVENA, David (Coordinador). Responsabilidad Civil y Familia. Santiago. Santiago, Chile. Thomson Reuters. 289-305.

50. RAMOS MAESTRE, Aurea. (2012). La responsabilidad civil por el incumplimiento del derecho de visitas. En: MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio. La responsabilidad civil en las relaciones familiares. [En línea]. Madrid, España. Dykinson. 383-407. <<http://www.digitialipublishing.com/a/24282>>
51. RAMOS PAZOS, René. (2010). Derecho de familia. Tomos I y II. 7a. ed. actualizada. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile.
52. RÍOS ERAZO, Ignacio Javier; SILVA GOÑI, Rodrigo Pascual. (2014). Responsabilidad civil por pérdida de la oportunidad. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile.
53. RIVERO DE ARHANCET, Mabel. (2014). Daños vinculados a la filiación extramatrimonial. En: LEPIN MOLINA, Cristián (Director) y VARGAS ARAVENA, David (Coordinador). Responsabilidad Civil y Familia. Santiago. Santiago, Chile. Thomson Reuters. 223-248.
54. ROCA, Encarna. (2014). Daños en el Derecho de Familia. En: En: LEPIN MOLINA, Cristián (Director) y VARGAS ARAVENA, David (Coordinador). Responsabilidad Civil y Familia. Santiago. Santiago, Chile. Thomson Reuters. 57-96.
55. RODRÍGUEZ CURUTCHET, Juan Pablo. (2009). La evaluación del daño moral en la jurisprudencia. Santiago, Chile. Fundación Fernando Fueyo Laneri y Universidad Diego Portales, Legal Publishing.
56. RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María. (2009). Responsabilidad civil en el derecho de familia. Especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales. España. Cizur Menor, Civitas, Thomson Reuters.
57. ROMERO COLOMA, Aurelia María. (2010). Incumplimiento del derecho de visitas y consecuencias jurídicas en el marco familiar. [En línea] Madrid, España. Reus. <<https://books.google.cl/books?id=GUxvYG8pHlkC&lpq=PA1&hl=es&pg=PA1#v=onepage&q&f=false>>

58. SAN SEGUNDO MANUEL, Teresa. (2011). Capítulo 13. Maltrato y separación: repercusiones en los hijos. En: VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos (Coordinador). Derecho de Familia. Barcelona, España. Bosch. 541-582.
59. SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis Zarraluqui. (2004). Reflexiones en relación con la guarda y custodia de los hijos menores en las crisis de convivencia de sus padres. En: ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA. La conflictividad en los procesos familiares: vías jurídicas para su reducción. Madrid, España. Dykinson.
60. TAPIA PARREÑO, José (Director), CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2010). Custodia compartida y protección de menores. Madrid, España. Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial.
61. TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. (2016). Contra la indemnización de perjuicios por incumplimiento de deberes conyugales. En: GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz (Coordinadora); LEPIN MOLINA, Cristián (Coordinador). Estudios de Derecho Familiar I. Jornadas Nacionales de Derecho Familiar. Facultad de Derecho Universidad de Chile Santiago, Chile. Thomson Reuters La Ley. 163-180.
62. TOCALLI, Pablo. (2007). Ampliaciones sobre los conceptos de alienación parental y tenencia compartida. En: CÚNEO, Darío (Director); HERNÁNDEZ, Clayde (Director). Tenencia de hijos menores y régimen de visitas. Rosario, Argentina. Editorial Juris. 131-157.
63. VARGAS ARAVENA, David. (2009). Daños civiles en el matrimonio. Madrid, España. La Ley, Las Rozas.
64. VÁSQUEZ FERREYRA, Roberto. (1993). Responsabilidad por daños (Elementos). Buenos Aires, Argentina. Ediciones Depalma.
65. VELOSO VALENZUELA, Paulina. (2001). Capítulo II. Principios fundamentales del nuevo Estatuto de Filiación. En: SCHMIDT HOTT, Claudia; VELOSO VALENZUELA, Paulina. La filiación en el nuevo Derecho de Familia. Santiago, Chile. Editorial Jurídica Cono Sur y Lexis Nexis. 9-80.

66. VELOSO VALENZUELA, Paulina. (2001). Capítulo III. Sobre la determinación de la filiación. En: SCHMIDT HOTT, Claudia; VELOSO VALENZUELA, Paulina. La filiación en el nuevo Derecho de Familia. Santiago, Chile. Editorial Jurídica Cono Sur y Lexis Nexis. 81-130.
67. ZANNONI, Eduardo. (2006). Derecho Civil: Derecho de Familia. Tomo 2. 5a. ed. actualizada y ampliada. Buenos Aires, Argentina. Editorial Astrea.

### **Artículos y Revistas:**

1. ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela. (2013). El principio de corresponsabilidad parental. [En línea]. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*. Sección: Estudios. año 20, N°2: 21-59. <<https://scielo.conicyt.cl/pdf/rducn/v20n2/art02.pdf>>
2. AEDO BARRENA, Cristián; COLEMAN VEGA, Luis; MONDACA MIRANDA, Alexis. (2015). Panorama comparado del wrongful life, wrongful birth y wrongful conception. Su posible aplicación en el Derecho chileno. *Revista Ius et Praxis*. Vol. 21 N°1: 19-56.
3. ARANCIBIA OBRADOR, María José; CORNEJO AGUILERA, Pablo. (2004). El Derecho de familia en Chile. Evolución y nuevos desafíos. *Revista Ius et Praxis*. Año 20, N°1: 279-318.
4. BARCELÓ DOMÉNECH, Javier. (2015). Responsabilidad civil en las relaciones familiares: la experiencia española. [En línea] *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*. 6(6): 138-167. <<http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/53924>>
5. CALÁ, María Florencia; SCHIRO, María Victoria. (2011). La responsabilidad por daños intrafamiliar y la familia monoparental. [En línea]. *Revista Trabajo del Centro*, N°9/10, 2011. Centro de Investigación de Derecho Civil, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. <<http://revista.cideci.org/index.php/trabajos/article/viewFile/119/161>>

6. CORRAL TALCIANI, Hernán. (2014). La incipiente jurisprudencia chilena sobre daños en la familia. *Revista de Derecho de Familia*. N°4-2014: 51-60.
7. D`ADDA, Alessandro. (2001). Sezione I civile; sentenza 7 giugno 2000, n. 7713; Pres. Reale, Est. Morelli, P.M. Gambardella (concl. parz. diff.); Cappelletto (Avv. Piazza) c. Hu Cheng e altra (Avv. Pizzorno). Conferma App. Venezia 7 novembre 1997. [En línea] *Il Foro Italiano*. Vol. 124, N°1: 187-204.  
<<https://www.jstor.org/stable/23195709>>
8. DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón. (2004). Sobre la transmisibilidad de la acción por daño moral. *Revista Chilena de Derecho*. vol. 31 N°3: 493-514.
9. FERRADA WALKER, Luis Valentín. (2012). La *interpretatio per aliam legem* como regla para definir el sentido del artículo 2332 del Código Civil, sobre la prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual. *Revista de Derecho, Escuela de postgrado*, N°2: 35-60.
10. GIANFELICI, Florencia. (2017). Responsabilidad civil en las relaciones de familia según el Código Civil y Comercial de la Nación. [En línea]. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*. N°10: 179-187.  
<<http://bibliotecavirtual.unl.edu.ar/publicaciones/index.php/NuevaEpoca/article/view/6227/9204>>
11. HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel. (2016). Las consecuencias de la infracción de deberes matrimoniales no dan lugar a indemnización. *Revista Chilena de Derecho Privado*. N° 27: 95-140.
12. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. (2001). Daños y perjuicios causados al progenitor por la obstaculización del derecho a tener una adecuada comunicación con un hijo. Una interesante sentencia italiana. *Revista de Derecho de Daños*. 2001-2: 285-310. Rubinzal-Culzoni. pp. 290 y ss.

13. LATHROP GÓMEZ, Fabiola. (2017). Constitucionalización y Jurisprudencia Constitucional en el Derecho de Familia Chileno. *Estudios Constitucionales*. año 15, N°1: 329-372.
14. LEPIN MOLINA, Cristián. Reformas a las Relaciones Paterno-Filiales. Análisis de la Ley N°20.680. (2013). *Revista de Derecho, Escuela de Postgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile*. N°3: 285-308.
15. MARTÍN-CASALS, Miquel; RIBOT, Jordi. (2011). Daños en Derecho de Familia: un paso adelante, dos atrás. *Anuario de Derecho Civil*. Vol. 64, N°2: 503-561.
16. MURILLAS ESCUDERO, Juan Manuel. La responsabilidad civil extracontractual por daños morales en la relación conyugal. [En línea]. *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja (REDUR)* N°13, diciembre 2015: 111-127.  
<<https://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero13/murillas.pdf>>
17. PAPIILLÚ, Juan; TANZI, Silvia. (2011). Daños y perjuicios derivados del divorcio (doctrina y jurisprudencia en Argentina). [En línea]. *Revista Chilena de Derecho Privado*, N°16: 35-161. <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5300379>>
18. QUINTANA VILLAR, María Soledad. (2014). La titularidad del cuidado personal y el ejercicio de la relación directa y regular a la luz de la jurisprudencia actual. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLIII, 2° semestre de 2014: 241-258.
19. RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María. (2013). Familia y responsabilidad civil. [En Línea]. *Escritos Jurídicos*. N°2. The Family Watch.  
<<https://www.thefamilywatch.org/wp-content/uploads/EJTFW02.pdf>>
68. SEVERIN FUSTER, Gonzalo Francisco. (2008). Demandas de daños en los Tribunales de Familia. Comentarios a un fallo, a partir de la modificaciones introducida por la ley 20.286 en materia de competencia del tribunal. [En línea]. *Nomos, Universidad de Viña del Mar* N° 2: 251-259.

<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3999426.pdf>

20. TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. (2007). Constitucionalización del Derecho de Familia(s) el caso chileno: Las retóricas declaraciones constitucionales frente a la lenta evolución social. *Revista Chilena de Derecho Privado*, N°8: 155-199.
21. VALENZUELA DEL VALLE, Jimena. (2012). Responsabilidad civil por el incumplimiento de obligaciones matrimoniales y por el ejercicio abusivo del divorcio unilateral. Un estudio de su admisibilidad en Chile. [En línea]. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*. Sección: Estudios. Año 19. N°1: 241-269.  
<https://scielo.conicyt.cl/pdf/rducn/v19n1/art07.pdf>
22. VARGAS ARAVENA, David. (2015). Del resarcimiento en Chile de los daños causados en el matrimonio. *Revista Ius et Praxis*. Vol. 21, N°1: 57-100.

### **Jurisprudencia:**

#### **Nacional**

1. Sentencia del Tribunal Constitucional. 10 de junio de 2008. Rol N°943-2007.
2. Sentencia del Tribunal Constitucional. 29 de septiembre de 2009. Rol N°1340-2009.
3. Sentencia de la Corte Suprema. 26 de noviembre de 2008. Rol N°6583-2008.
4. Sentencia de la Corte Suprema. 29 de julio de 2008. Rol N°3469-2008.
5. Sentencia de la Corte Suprema. 17 de diciembre de 2008. Rol N°5298-2008.
6. Sentencia de la Corte Suprema. 29 de septiembre de 2011. Rol N°2073-2009.
7. Sentencia de la Corte Suprema. 14 de octubre de 2011. Rol N°4637-2011
8. Sentencia de la Corte Suprema. 4 de septiembre de 2014. Rol N°21334-2014.

9. Sentencia de la Corte Suprema. 30 de diciembre de 2014. Rol N°10622-2014.
10. Sentencia de la Corte Suprema. 3 de marzo de 2016. Rol N°36759-2015.
11. Sentencia de la Corte Suprema. 1 de junio de 2016. Rol N°10649-2015.
12. Sentencia de la Corte Suprema. 27 de diciembre de 2016. Rol N°33990-2016.
13. Sentencia de la Corte Suprema. 23 de noviembre de 2017. Rol N°24873-2017.
14. Sentencia de la Corte Suprema. 12 de marzo de 2018. Rol N°3958-2017.
15. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago. 10 de noviembre de 2009. Rol N°7738-2007.
16. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago. 27 de agosto de 2013. Rol N°1414/2013.
17. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción. 3 de marzo de 2016. Rol N°1607-2015.
18. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco. 26 de agosto de 2015. Rol N°1422-2014.
19. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca. 30 de Agosto de 2012. Rol N°133-2012.
20. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt. 20 de diciembre de 2010. Rol N°181-2010.
21. Sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena. 3 de abril de 2014. Rol N°507-2013.

22. Sentencia del 10° Juzgado Civil de Santiago. 27 de diciembre de 2013. Rol N°9243-2012.

### **Extranjera**

1. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la República de Perú. 31 de agosto de 2011. Expediente N°5138-2010.  
<<https://jurisprudencia.pj.gob.pe/jurisprudenciaweb/faces/page/inicio.xhtml>>
2. Sentencia de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Mercedes de la Provincia de Buenos Aires. Sala I. 30 de septiembre de 2004. Expediente N°108785. <[www.scba.gov.ar/falloscompl/Infojuba/108785.doc](http://www.scba.gov.ar/falloscompl/Infojuba/108785.doc)>.
3. Sentencia de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Departamental de Azul Provincia de Buenos Aires. Sala II. 31 de mayo de 2005. Expediente N°46.961. <[www.scba.gov.ar/falloscompl/Camara/2005/Az/000246961.doc](http://www.scba.gov.ar/falloscompl/Camara/2005/Az/000246961.doc)>
4. Sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Provincia de Corrientes. 5 de abril de 2007. Expediente N°40744/9.
5. Sentencia de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Mercedes de la Provincia de Buenos Aires. 25 de abril de 2013. Expediente N° SI-113826. <<http://www.scba.gov.ar>>
6. Sentencia del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil de Personas y Familia, Segunda Nominación del Distrito Judicial del Norte, Expediente N°5239/11. [Considerando tercero]  
<[https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/PMB%20\(causa%20N%C2%BA%20476730%202014\).pdf](https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/PMB%20(causa%20N%C2%BA%20476730%202014).pdf)>
7. Sentencia de la Cámara Segunda de Paraná de la Provincia de Entre Ríos, 8 de junio de 2016, Expediente N°9591. <<http://jurisprudencia.jusentrieros.gov.ar/08/06/2016/g-g-e-c-n-s-r-s-ordinario-filiacion-danos-y-perjuicios-9591/>>

8. Sentencia del Tribunal Supremo de España. Sala de lo Civil. Sección 1º. 22 de julio de 1999. Roj STS 5364/1999.
9. Sentencia del Tribunal Supremo de España. Sala de lo Civil. Sección 1º. 30 de julio de 1999. Roj STS 5489/1999
10. Sentencia del Tribunal Supremo de España. Sala de lo Civil. Sección 1º. 30 de junio de 2009. Roj STS 4450/2009
11. Sentencia Tribunal Supremo de España. Sección 1º. 22 de septiembre de 2016. Roj STS 3327/2017.
12. Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla. 30 de noviembre de 2007. Roj SAP SE 3711/2007.
13. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid. Sección 24º. 15 de febrero de 2006. Roj SAP M 5908/2006.
14. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid. Sección 12º. 26 de marzo de 2015. Roj SAP M 3678/2015.
15. Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria. Sección 2º. 3 de marzo de 2016. Roj SAP S 186/2016.
16. Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia. Sección 7º. 2 de noviembre de 2004. Roj SAP V 4688/2004.
17. Sentencia de la Corte Suprema de Casación de Italia. 7 de junio de 2000. N°7713/2000.
18. Sentencia de la Corte Suprema de Casación de Italia. 15 de septiembre de 2011. N°18853/2011.

19. Sentencia de la Corte Suprema de Canadá. 9 de julio de 1999. Caso N°26152. Dobson (*Litigation Guardian of*) vs. Dobson. <<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1716/index.do>>
  20. Sentencia de la Corte Suprema de Wisconsin 28 de junio de 1963. Goller (*by Guardian ad litem*) vs. White y otros. <<https://law.justia.com/cases/wisconsin/supreme-court/1963/20-wis-2d-402-6.html>>
  21. Sentencia de la Corte de Casación de Francia. Asamblea Plenaria. 17 de noviembre de 2000. Recurso N°99-13701. <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechExpJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007041543&fastReqlId=1689202537&fastPos=1>>
- Nota: Todas las sentencias de tribunales españoles han sido consultadas en: <[www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp](http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp)>

### **Tribunales Internacionales**

1. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Plenario de la Corte. 7 de julio de 1989. Caso Gaskin vs. Reino Unido. <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57491>>.
2. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sección 1°. 11 de julio de 2000. Caso Ciliz contra Países Bajos. <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59160>>
3. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Gran Salón. 13 de julio de 2000. Caso Elsholz contra Alemania. <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58763>>
4. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sección 1°. 7 de febrero de 2002. Caso Mikulić vs. Croacia. <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60035>>
5. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sección 3°. 13 de julio de 2006. Caso Jäggi vs. Suiza. <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-76412>>

6. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sección 2°. 6 de abril de 2010. Caso Mustafa y Armağan Akin vs. Turquía. N° 4694/03. Párrafo 19.  
<<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-97957>>
7. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sección 5°. 2 de septiembre de 2010. caso Mincheva contra Bulgaria. N°21558/03.  
<<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-100273>>
8. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sección 2°. 2 de noviembre de 2010. caso «Piazzini contra Italia», N°36168/09.  
<<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-101545>>
9. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 24 de febrero de 2011. Caso Gelman vs. Uruguay.  
<[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_221\\_esp1.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf)>
10. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 31 de agosto de 2011. Caso Contreras y Otros vs. El Salvador.  
<[http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_232\\_esp.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_232_esp.pdf)>
11. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 24 de febrero de 2012. Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile.  
<[http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_239\\_esp.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf)>

## **Legislación:**

### **Nacional**

1. Constitución Política de la República
2. Código Civil
3. Código Penal

4. Código Orgánico de Tribunales
5. Ley N°16.618 que fija el texto definitivo de la Ley de Menores.
6. Ley N°19.585 que modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación
7. Ley N°19.968 que Crea los Tribunales de Familia
8. Ley N°20.066 que Establece Ley de Violencia Intrafamiliar
9. Ministerio de Salud. Decreto Exento N°6 que dispone la vacunación obligatoria contra enfermedades inmuno prevenibles de la población del país. 29 de enero de 2010.

### **Extranjera**

1. Código Civil de Alemania
2. Código Civil de España
3. Código Civil de Francia
4. Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina
5. Código de la Niñez y Adolescencia de Uruguay
6. Código del Niño y Adolescente de Perú
7. Código Niña, Niño y Adolescente de Bolivia
8. Constitución de la Nación Argentina
9. Constitución Española

## **Internacional**

1. Convención sobre los Derechos del Niño
2. Declaración Universal de Derechos Humanos
3. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
4. Convención Americana de Derechos Humanos
5. Convenio Europeo de Derechos Humanos

## **Proyectos de Ley e Historias de la Ley:**

1. Historia de la Ley N°19.585.  
<<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6627/>>
2. Historia de la Ley N°19.947 que Establece Nueva Ley de Matrimonio Civil  
<[https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file\\_ley/5731/HLD\\_5731\\_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf](https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/5731/HLD_5731_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf)>
3. Historia de la Ley N°20.680  
<[https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/vista-expandida/4280/#h2\\_6\\_1](https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/vista-expandida/4280/#h2_6_1)>
4. Boletín N°10.516-18  
<[https://www.camara.cl/pley/pley\\_detalle.aspx?prmID=10938&prmBoletin=10516-18](https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=10938&prmBoletin=10516-18)>
5. Boletín N°10.315-18  
<[http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin\\_ini=10315-18](http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=10315-18)>

### **Publicación de organizaciones y organismos:**

1. Organización Mundial de la Salud. (2014). Constitución de la Organización Mundial de la Salud. [En línea]. En: Documentos básicos. 48a edición. Italia.  
<<http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd48/basic-documents-48th-edition-sp.pdf?ua=1#page=7>>
2. Instituto Nacional de Estadísticas. Informe del Instituto Nacional de Estadísticas.  
<<http://www.ine.cl/estadisticas/sociales/justicia>>
3. Poder Judicial (2017). Memoria Institucional 2017 del Poder Judicial. [En línea]  
<<http://www.pjud.cl/memorias-anuales>>