



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Civil

**PARTICULARIDADES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL
EXTRA CONTRACTUAL EN EL DERECHO DE FAMILIA**

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

MARÍA GLORIA CORNEJO GARCÍA

Profesor Guía: Aldo Molinari Valdés

SANTIAGO, CHILE

JULIO 2012

A Rodrigo Javier.

AGRADECIMIENTOS

Quisiera dedicar esta página a aquellas valiosas personas que encontré durante el proceso que ha significado para mí la redacción de este trabajo.

En primer lugar quisiera agradecer al profesor Aldo Molinari Valdés, por su paciencia y sabia guía, que me ayudaron a sortear las dificultades que plantea un tema vasto como es la responsabilidad civil, especialmente si se aplica a una cuestión nueva en nuestro país, como son los daños ocasionados en el seno de las relaciones familiares. Asimismo, quisiera agradecer a todas aquellas personas que compartieron conmigo sus conocimientos: María Paz Gatica, Ricardo San Martín Padovani, Eugenio Cornejo Lacroix, Claudio Canales, y muy especialmente a Rodrigo Silva Goñi, quien generosamente me regaló variadas ocasiones en que tuve la oportunidad de discutir y afinar muchos aspectos de este trabajo.

Quisiera agradecer también a mis amistades más cercanas, que me brindaron siempre su apoyo en este largo proceso: Maite Basterrechea, María Luisa Grez, María Ignacia Pesce, Eugenio Cornejo García, Constanza Rendich, Carolina Pérez, María de los Ángeles Sotomayor y María Eugenia Moreira.

Muy especialmente, quisiera agradecer a mis padres Eugenio y María Gloria y a mis hermanos Felipe, Gabriela, Eugenio y Bernardita, por su compañía durante todos mis años de estudio, que han culminado con el presente trabajo.

Finalmente, agradezco a mi marido Rodrigo Galleguillos, por el cariño, tiempo y espacios que me dio para poder desarrollar la presente investigación.

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN	10
1. Objeto de esta Memoria.	10
2. Fundamentos de este trabajo.	10
2.1. El desarrollo de la Responsabilidad Civil Extracontractual	11
2.1.1. Expansión del daño reparable:	11
2.1.2. Objetivación de los supuestos de la responsabilidad civil:	12
2.1.3. Consagración del principio de reparación integral del daño:	13
2.1.4. Acercamiento desde la “responsabilidad civil” al “derecho de daños”:	13
2.2. El escenario chileno	14
3. Delimitación.	15
CAPÍTULO PRELIMINAR	16
APLICABILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL A LOS DAÑOS DERIVADOS DE LAS RELACIONES DE FAMILIA	16
1. Tesis denegatorias.	16
1.1 Naturaleza de las relaciones de familia.....	16
1.2 Desincentivo al Matrimonio.....	17
1.3 Derecho a la formación, crianza y educación de los hijos	17
1.4 Especialidad de las normas del Derecho de Familia.....	17
1.5 Mal ejercicio de los derechos	19
1.6 Barreras Institucionales	19
2. Tesis Permisivas.	19
3. Aplicabilidad del estatuto de responsabilidad civil a los daños derivados de las relaciones de familia en Chile.	20
PRIMERA PARTE:	27
ALGUNOS ASPECTOS GENERALES	27
CAPÍTULO I	28
DEBERES MORALES DEL DERECHO DE FAMILIA Y RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL.	28
1. Introducción.	28
2. Los derechos-deberes del Derecho de Familia.	28

3. Exigibilidad de los deberes morales.....	30
3.1 Aplicación general de la responsabilidad civil.	32
3.2 Principio del Alterum non laedere.....	33
3.3 Funciones de la responsabilidad civil extracontractual.....	33
3.3.1 Función de reparación de la responsabilidad.....	34
3.3.2 Función preventiva de la responsabilidad.....	35
3.3.3 Función sancionatoria de la responsabilidad.....	36
3.4 Constitucionalización del Derecho Privado.....	38
4. Inserción de los Deberes Morales en la Responsabilidad Extracontractual.	40
CAPÍTULO II	43
CONCEPTO DE FAMILIA APLICABLE A ESTOS CASOS.....	43
1. Introducción.....	43
2. Concepto de Familia en nuestro ordenamiento jurídico.....	43
2.1 Conceptos legales.....	44
2.2 Revisión de la cuestión.....	47
3. Extensión del concepto de familia en la responsabilidad extracontractual.	49
3.1 La relación entre cónyuges.....	49
3.2 La relación filial.....	49
3.3 La relación entre abuelos y nietos (y otros parientes por consanguinidad).	50
3.4 La relación entre otros parientes.....	51
3.5 Las Uniones de Hecho.....	53
3.5.1 Uniones de hecho heterosexuales	53
3.5.2 Uniones de hecho homosexuales.	57
3.5.3 Acuerdo de Vida en Común y otras iniciativas legales para las uniones de hecho.....	58
3.6 La familia ensamblada.....	59
4. Criterios o factores indiciarios de la relación de familia.....	60
4.1 Convivencia.....	61
4.2 Presencia de funciones familiares.....	62
CAPÍTULO III	64
LA CULPABILIDAD FRENTE A LOS DAÑOS FAMILIARES.....	64
1. Determinación del deber de cuidado en el ámbito familiar.	64
1.1 Legislación.....	65
1.2 Usos Normativos.	65
1.3 Estándar genérico del hombre diligente.	66
2. Estándar de diligencia debida en las relaciones de familia.	67
2.1 Contexto.....	67
2.2 Niveles de diligencia debida.....	68

2.2.1 Se debe responder sólo cuando la conducta se ha realizado con gravísima negligencia.....	68
2.2.2 Se debe responder siempre que no se haya actuado con la más alta diligencia.	70
2.2.3 El estándar de conducta aplicable a los daños derivados de las relaciones de familia debe ser el del hombre medio razonable.....	71
3. La apreciación en abstracto y determinación en concreto de la culpa.....	72
 CAPÍTULO IV.....	 76
 LA OMISIÓN COMO FUENTE DE RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO DE FAMILIA.....	 76
1. Introducción.....	76
2. Omisión en la acción.....	77
3. Omisión propiamente tal.....	77
3.1 Culpa infraccional por omisión.....	77
3.1.1 Artículo 124 Código Civil.....	79
3.1.2 Artículo 136 Código Civil.....	79
3.1.3 Artículo 84 inciso 2° Ley N° 19.968 (Crea los Tribunales de Familia).....	80
3.1.4 Artículo 131 Código Civil.....	80
3.1.5 Artículo 134 Código Civil.....	81
3.1.6 Artículo 222 inciso 2° Código Civil.....	81
3.2 Construcción judicial de culpa por omisión.....	82
 CAPÍTULO V.....	 86
 CUESTIONES PROCESALES.....	 86
1. Tribunal Competente.....	86
1.1 Tribunales ordinarios vs. Tribunales de familia.....	86
1.2 Relevancia práctica de esta discusión.....	89
1.2.1 Procedimientos.....	89
1.2.2 Prueba Testimonial de familiares y las Tachas.....	90
1.2.3 Sistemas de Valoración de la prueba.....	91
1.2.4 Preparación de cada Juez.....	91
1.3 Jurisprudencia.....	92
2. Titularidad de la acción.....	95
2.1 Titularidad ante el Juez de Letras en lo civil.....	96
2.2 Titularidad ante el Juez de Familia.....	96
3. Representación legal del menor/incapaz frente a familiares.....	96
3.1 Capacidad.....	96
3.2 La Representación Legal del Infante y del Menor de Edad en casos de responsabilidad civil por daños familiares.....	97

3.2.1 Que un menor demande o sea demandado por otro miembro de la familia, que se encuentre sujeto a la patria potestad de la misma persona que él, por ejemplo, un hermano.	97
3.2.2 Que se demande a alguno de sus padres, o ellos demanden al incapaz cuando la patria potestad es conjunta, o que demande o sea demandado quien ostenta la patria potestad.....	99
3.2.3 Que se demande al padre que no tiene la patria potestad.....	99
3.3 Casos en que el incapaz se encuentre bajo tutela o curaduría.	100
3.3.1 Guarda legítima.....	100
3.3.2 Curaduría del disipador.....	100
3.3.3 Curaduría del demente.	100
3.3.4 Curaduría del sordo o sordomudo que no puede darse a entender claramente.....	100
3.3.5 Curaduría de bienes.	100
3.3.6 Guardas testamentarias y dativas.....	100
4. Suspensión de la prescripción extintiva de la acción de responsabilidad.	101
SEGUNDA PARTE:	105
ALGUNOS CASOS ESPECÍFICOS DE DAÑOS EN LAS RELACIONES DE FAMILIA	105
CAPÍTULO I	106
COMPENSACIÓN ECONÓMICA Y DAÑOS MATRIMONIALES	106
1. Introducción.	106
2. La Compensación Económica.	106
2.1 Naturaleza jurídica de carácter alimenticio.....	107
2.2 Naturaleza jurídica de Indemnización de Perjuicios.....	108
2.3 Naturaleza jurídica <i>sui generis</i>	109
3. Compensación Económica y daños matrimoniales.	110
4. Conclusión.	113
CAPITULO II	115
DAÑOS DERIVADOS DEL DIVORCIO	115
1. Introducción.	115
2. Indemnización por los hechos que ocasionaron el divorcio.	118
2.1 Responsabilidad Contractual vs. Responsabilidad Extracontractual.	118
2.2 Elementos de la Responsabilidad por Daños derivados del Divorcio.....	120
2.3 Concurrencia de culpas.	123

3. Indemnización por los daños ocasionados por el divorcio en sí mismo.	124
CAPÍTULO III	126
RESPONSABILIDADES RELATIVAS A LAS ACCIONES DE FILIACIÓN.....	126
1. Introducción.	126
2. Responsabilidad por el ejercicio de las acciones de filiación.....	126
3. Responsabilidad por los hechos que sustentan a las acciones de filiación.	129
3.1 Persona sin filiación determinada que encuentra a su padre/madre.....	131
3.1.1 Hecho Imputable.	131
3.1.2 Antijuridicidad o Culpabilidad.	132
3.1.3 Una posible solución al caso.....	136
3.2 Cónyuge resulta no ser padre de algunos de sus supuestos hijos (filiación matrimonial), que son fruto de una relación extramatrimonial de la madre.	137
3.3 En filiación no matrimonial: inscripción como padre de un menor, cuando no lo es en realidad.....	140
3.4 Nulidad del Reconocimiento de paternidad/maternidad.	140
3.5 Desconocimiento de paternidad.....	142
4. Efecto Retroactivo de la determinación de la Filiación.	143
CAPÍTULO IV	145
OTROS CASOS DE DAÑOS FAMILIARES	145
1. Responsabilidad por ruptura de Esponsales.....	145
2. Daños derivados de la Nulidad Matrimonial.	149
2.1 Encontrarse alguno de los contrayentes con incapacidades señaladas en los artículos 5º, 6º o 7º de la Ley N° 19.947, es decir:	150
2.2 No haber sido el consentimiento libre y espontáneo, en los términos expresados en el artículo 8º de la Ley de Matrimonio Civil:	151
3. Abandono por familiares.	153
3.1 Menores de edad.....	153
3.2 Abandono de adultos mayores.	153
4. Incumplimiento del deber de alimentos.....	154
5. Privación indebida del régimen de comunicación directa y regular al otro progenitor y a parientes cercanos.	155
6. Algunos daños entre padres e hijos.....	156
6.1 Daños prenatales o postnatales por conducta de la madre durante el embarazo.....	156
6.2 Fecundación y nacimiento de un hijo para su utilización.....	156

7. Otros casos.....	157
CONCLUSIONES.....	158
BIBLIOGRAFÍA.....	163

INTRODUCCIÓN

1. Objeto de esta Memoria.

En este trabajo pretendemos abordar qué ocurre cuando se aplican las normas y principios de la responsabilidad civil extracontractual (en adelante también RCE) a los daños derivados de las relaciones de familia, considerando especialmente que nos encontramos frente a un estatuto normativo extraordinariamente particular en el que las relaciones jurídicas interpersonales, tanto personales como patrimoniales, se encuentran sujetas a principios especiales. Se trata por lo demás de un tema en desarrollo en el derecho comparado e incipiente en nuestro país, respecto del cual esperamos se produzca un avance relevante dentro de un futuro relativamente próximo.

La presente tesis tiene por objeto hacer un primer acercamiento entre ambos grupos de normas, e identificar cuáles son los problemas que surgen en relación con los daños que se producen a propósito o con ocasión de las relaciones de familia, que nuestro Derecho aún no ha resuelto, y asimismo, de qué manera se configuran algunos de los requisitos de la responsabilidad civil extracontractual. Por ejemplo, contestar las interrogantes referentes a la aplicabilidad del estándar de diligencia propio de esta responsabilidad en los daños causados entre familiares, y cuáles son los criterios que pueden iluminar a nuestros tribunales en la resolución de este tipo de casos.

2. Fundamentos de este trabajo.

Existe todo un desarrollo en la sociedad y en el Derecho que hoy lleva a preguntarnos sobre este ámbito de responsabilidad. Con anterioridad, por regla general el estatuto de la RCE no se aplicaba a los daños que aquí trataremos¹, pero en la actualidad están dadas las condiciones para lograr su reparación. Efectivamente, la mayor valoración del individuo frente a la colectividad ha desembocado en la búsqueda de una mayor defensa de los intereses personales, lo

¹ MEDINA, Graciela. Daños en el Derecho de Familia. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores. 2002. P. 19.

que ha encontrado ecos en el Derecho de Familia del mundo occidental en general (tanto en el *Common Law* como en el Derecho Continental). En nuestro país se han dado algunos casos de jurisprudencia, especialmente a partir de la publicación de la Ley N° 19.947 (sobre Matrimonio Civil) en que se ha intentado perseguir determinados daños ocasionados durante el matrimonio. La falta de regulación de la materia ha traído como consecuencia respuestas contradictorias y una jurisprudencia desordenada. En conclusión, hoy las personas estamos dispuestas a soportar menos daños que antes, y por lo tanto, a buscar más razones jurídicas que permitan desplazar la atribución de los daños desde el patrimonio de aquel que los ha sufrido hacia el que los ha causado.

Entre las principales razones que explican este contexto, encontramos el desarrollo de la familia y del Derecho de familia, conjuntamente con el de la responsabilidad civil y la constitucionalización del Derecho Privado. A continuación hacemos especial énfasis en el avance de la responsabilidad extracontractual, dado que los otros temas se tratan con mayor profundidad en el desarrollo de este trabajo.

2.1. El desarrollo de la Responsabilidad Civil Extracontractual.

La aplicación de las normas sobre la llamada responsabilidad civil extracontractual o no contractual ha experimentado una expansión paulatina y sostenida en el tiempo, tanto en Chile como en el Derecho Comparado. Esta expansión se refleja, entre otros, en los siguientes puntos.

2.1.1. Expansión del daño reparable:

En el derecho romano, los ilícitos civiles se encontraban tipificados, por lo que la aplicación de la responsabilidad civil era restringida². Si bien la mayoría de las legislaciones adoptaron un concepto general de negligencia para establecer la existencia del ilícito civil, otros países mantuvieron el sistema de tipificación.

² BARROS, Enrique. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006. Pp. 54 y ss.

Con todo, este sistema hoy se ha flexibilizado. Así, en Alemania la compensación del daño inmaterial sólo era resarcible cuando la ley lo preveía expresamente (por ejemplo, en el caso de daños corporales), y se excluía en los casos de responsabilidad objetiva y responsabilidad contractual. Pero desde la reforma al derecho de daños introducida el año 2002, se amplió este tipo de indemnización a cualquier caso de lesión corporal, a la salud, a la libertad y a la autodeterminación sexual, operando en la responsabilidad por culpa (contractual y extracontractual) y en la responsabilidad objetiva³.

Por su parte, Argentina ha abandonado la tipicidad del acto ilícito⁴, consagrando en forma legal una norma equivalente al artículo 2.314 de nuestro Código Civil, que establece una regla sobre responsabilidad civil de aplicación general basada en la negligencia.

El concepto general de negligencia posibilitó la indemnización de cualquier tipo de daño que sufriera la víctima. Sin embargo, la aceptación por parte de la jurisprudencia de la reparación del daño moral fue dificultada por la idea que las obligaciones jurídicas estaban exclusivamente radicadas en las relaciones patrimoniales. Pero se ha observado que “uno de los desarrollos jurisprudenciales más impresionantes del derecho contemporáneo de la responsabilidad civil radica precisamente en la aceptación de la reparación del daño moral”⁵.

2.1.2. Objetivación de los supuestos de la responsabilidad civil:

- a. Objetivación en la apreciación de la culpa: este rasgo se ve reflejado en la máxima que señala que la culpa “se aprecia en abstracto y se determina en concreto”. Esto supone comparar la conducta efectiva con un estándar general

³ MAGNUS, Ulrich. La reforma del Derecho Alemán de Daños [en línea] InDret. Revista para el Análisis del Derecho. Barcelona, abril de 2003. N° 2. < http://www.indret.com/pdf/127_es.pdf > [consulta: 6 noviembre 2009] P. 4.

⁴ DUTTO, Ricardo. Daños ocasionados en las relaciones de familia. Buenos Aires. Hammurabi. 2006. Pp. 31 y 32.

⁵ BARROS, Enrique. *Ob. Cit.* P. 60.

de conducta, en vez de determinar la culpa atendiendo sólo a las circunstancias del caso, lo que ha significado una expansión de la responsabilidad civil porque la referencia al estándar general ha simplificado la prueba de la conducta negligente⁶.

- b. Objetivación de la relación de causalidad: “La exigencia de una prueba acabada de la causalidad puede constituir un obstáculo para la reparación de ciertos daños”⁷. Por esto se ha establecido el uso de presunciones y la inversión de la carga de la prueba. De esta forma se ha logrado establecer, por ejemplo, la existencia de daños morales o de daños ocasionados en relaciones de gran disparidad, como las que se dan en el derecho del consumidor.

2.1.3. Consagración del principio de reparación integral del daño:

El asentamiento de este principio ha tenido un efecto expansivo de la responsabilidad en varios aspectos, ya que con el fin de respetarlo, se ha incluido la reparación de los daños extrapatrimoniales; y para su comprobación se han aceptado las presunciones y la inversión de la carga de la prueba. También se ha aceptado la reparación de daños en nuevas áreas como la responsabilidad médica, el medioambiente y el derecho del consumidor, y se ha extendido la legitimación activa para exigir la indemnización por daños a sujetos como la concubina, los hermanos, los guardadores y el novio o novia de la víctima (especialmente en los casos en que la víctima ha fallecido como consecuencia del hecho ilícito)⁸.

2.1.4. Acercamiento desde la “responsabilidad civil” al “derecho de daños”:

Esta última concepción de la responsabilidad pone el acento en la víctima, y se pregunta sobre quién debe soportar el daño. Así, se da mayor importancia a la necesidad de reparación o compensación que a los aspectos punitivos que puede encerrar el juicio de responsabilidad civil por culpa. Esta nueva

⁶ BARROS, Enrique. *Ob. Cit.* P. 59.

⁷ MEDINA, Graciela. *Ob. Cit.* P. 27.

⁸ MEDINA, Graciela. *Ob. Cit.* Pp. 29 y 31.

forma de acercarse a la responsabilidad civil ha servido como un argumento más para conceder indemnizaciones en aquellos casos en que existe duda sobre si éstas debiesen otorgarse.

2.2. El escenario chileno.

Si bien en Chile la discusión sobre la posibilidad de indemnizar los daños que se ocasionen a propósito de las relaciones de familia es muy incipiente, todo indica que es un tema cuya importancia y uso irán en aumento.

La publicación de la Ley de Matrimonio Civil Nº 19.947, de fecha 17 de mayo de 2004, y la instalación de tribunales especializados, a través de la publicación de la ley Nº 19.968 que crea los Tribunales de Familia (D.O. 30 de agosto de 2004), si bien no tratan directamente nuestro tema, han abierto distintos planteamientos.

En primer lugar, la figura de la compensación económica establecida en la ley de Matrimonio Civil, ha dado lugar a numerosos artículos que intentan dilucidar su naturaleza jurídica. En general la doctrina se debate entre tres posiciones: algunos consideran a la compensación económica como una indemnización, otros como una prestación de carácter alimenticio, y para una tercera parte se trata de una institución sui generis, que tendría una naturaleza distinta de las otras dos ya señaladas. Desde aquí se ha generado cierta discusión, pues su existencia se relaciona con posibles indemnizaciones por daños causados durante el matrimonio.

Por otra parte, la instalación de los tribunales de familia y la posibilidad de conocer en un mismo juicio sobre varias materias, como el divorcio, el cuidado de los hijos, etc., han dado pie a que en algunos casos se soliciten indemnizaciones en forma conjunta a demandas de divorcio. Independientemente de la discusión procesal que se puede generar respecto de cuál es el tribunal realmente competente para conocer de esta materia, esta situación demuestra que se está

generando una nueva área de expansión de la responsabilidad civil extracontractual, con lo que vislumbran múltiples asuntos que será necesario resolver.

3. Delimitación.

Finalmente, quisiéramos hacer dos precisiones. La primera, se refiere al carácter de las relaciones familiares que aquí se analizan. Si bien no se ha pretendido excluir las relaciones patrimoniales de los familiares, sí se ha dado preferencia a las relaciones personales entre ellos, dado que es un tema menos desarrollado por nuestra doctrina. Sin embargo, creemos que les son aplicables todas las apreciaciones que se hacen, con excepción de las que no correspondan por su naturaleza, obviamente.

Y lo segundo es que, a fin de acotar este trabajo, consideramos para él la diferencia hecha por Graciela Medina, entre responsabilidad endo y exofamiliar. De acuerdo a esta distinción, en las relaciones familiares existe un ámbito interno, “que se desarrolla entre los miembros de la familia”, y uno externo, que es aquel “que se vincula con los terceros y los miembros de un grupo familiar”⁹.

En estas páginas pretendemos analizar únicamente el ámbito interno de la responsabilidad familiar, es decir, sólo la responsabilidad por los daños derivados de las relaciones de familia, o producidos entre dos miembros de un mismo grupo familiar.

Se excluye el estudio del ámbito externo porque éste ya se ha desarrollado por nuestra doctrina y jurisprudencia. En efecto, aunque no exista un tratamiento ordenado del tema bajo la perspectiva de la responsabilidad civil y el derecho de familia, existe en nuestro país cierto desarrollo de estos temas, por ejemplo, en la responsabilidad de los padres por los hechos de los hijos y en determinados casos de responsabilidad médica, como los daños causados en el marco de la fecundación asistida.

⁹ MEDINA, Graciela. *Ob. Cit.* P. 17.

CAPÍTULO PRELIMINAR

APLICABILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL A LOS DAÑOS DERIVADOS DE LAS RELACIONES DE FAMILIA

De forma preparatoria a nuestro estudio, primero intentaremos esclarecer si efectivamente nuestro ordenamiento jurídico permite la indemnización de los daños causados entre dos miembros de un grupo familiar. Esta discusión se ha presentado con diferentes matices en el derecho comparado, habiéndose desarrollado diversas tesis en uno u otro sentido que, en síntesis, se pueden agrupar en dos conjuntos de conclusiones contrapuestas entre sí: las tesis denegatorias y las permisivas¹⁰.

1. Tesis denegatorias.

Son aquellas que niegan la posibilidad de indemnizar este tipo de daños, arguyendo las siguientes razones:

1.1 Naturaleza de las relaciones de familia.

Se afirma que en las familias deben primar “vínculos de solidaridad y altruismo”¹¹, que se verían mermados ante la posibilidad de interponer reclamos judiciales. Desde este punto de vista, los reclamos judiciales sólo serían aceptables si se dan circunstancias particulares que justifiquen su ejercicio, como por ejemplo, que se haya cometido un delito que afecte la convivencia familiar¹². De lo contrario, y aunque es probable que al interior de las relaciones de familia se produzcan daños, no correspondería aplicar el estatuto de responsabilidad civil, pues habría un cierto nivel de daño tolerable, cuya judicialización traería como consecuencia el debilitamiento de la institución familiar.

¹⁰ HERNÁNDEZ Paulsen, Gabriel. Responsabilidad Civil por Daños ocasionados en las Relaciones de Familia. Charla dictada el Martes 4 de noviembre de 2008. Colegio de Abogados de Chile. P. 11.

¹¹ HERNÁNDEZ Paulsen, Gabriel. *Ob. Cit.* P. 11. FERRER Riba, Josep. Relaciones familiares y límites del derecho de daños [en línea] InDret. Revista para el análisis del Derecho. Barcelona, octubre de 2001. N° 4. < http://www.indret.com/pdf/065_es.pdf > [consulta: 6 noviembre 2009] P. 3.

¹² FERRER Riba, Josep. *Ob. Cit.* P. 3.

1.2 Desincentivo al matrimonio.

En particular, respecto de los daños derivados del divorcio o de las causas que llevaron a él, se ha sostenido que aceptar la procedencia de indemnizaciones por estos daños produciría un desincentivo del matrimonio y aumentarían los costos del divorcio¹³, dado que además de los costos de la litigación, el cónyuge culpable tendría que asumir también el valor de una indemnización. Ante esta perspectiva, muchas parejas podrían encontrar una razón adicional para no contraer matrimonio.

1.3 Derecho a la formación, crianza y educación de los hijos.

Por otra parte, en cuanto a la relación entre padres e hijos, se señala que si estos últimos pudiesen hacer a sus padres responsables por los daños que se hubiesen cometido en el ejercicio de su facultad para educarlos y corregirlos, se estaría impidiendo a los padres el libre ejercicio del derecho a la educación de los hijos¹⁴.

1.4 Especialidad de las normas del Derecho de Familia.

Como el Derecho de Familia se compone de normas específicas, su aplicación debe primar sobre la del estatuto de responsabilidad civil. La especialidad del Derecho de Familia se manifiesta al menos en tres dimensiones: en los principios que lo rigen, en las materias que se regulan y en las sanciones que en él se establecen.

En efecto, el Derecho de Familia se rige no sólo por los principios generales del Derecho, sino también por principios específicos como el interés superior del niño y la protección del cónyuge más débil.

Respecto de las materias que se regulan, el Derecho de Familia ha tenido presente al momento de reglamentar instituciones como el matrimonio y las relaciones paterno-filiales, la realidad particular de la convivencia

¹³ HERNÁNDEZ Paulsen, Gabriel. *Ob. Cit.* P. 12.

¹⁴ HERNÁNDEZ Paulsen, Gabriel. *Ob. Cit.* P. 13.

familiar, que no puede compararse con otras realidades como las del ámbito de los bienes y las obligaciones civiles o comerciales (a las cuales sí se aplicaría el estatuto de responsabilidad civil).

Por último, a lo largo de la legislación referente a la familia, se puede observar que el legislador ha establecido sanciones específicas para tutelar aquello que ha considerado digno de protección. Así, ha solucionado los conflictos familiares con instituciones distintas a la indemnización de perjuicios, entre las que se cuentan el divorcio por culpa, la separación judicial, la privación de la patria potestad, la privación del derecho de alimentos, etc.¹⁵

Al respecto, en la doctrina comparada incluso se ha llegado a señalar que sólo deben aplicarse las sanciones del Derecho de Familia, pues de otro modo se estaría atentando contra el principio del *non bis in ídem*¹⁶, ya que se estaría dando una doble sanción al actuar del sujeto: desde el Derecho de Familia y desde el derecho de daños.

Todos estos argumentos son compartidos por parte de la doctrina española, que rechaza la aplicación de las normas sobre responsabilidad civil para los daños derivados del incumplimiento de los deberes conyugales, expresando que “sólo es posible administrar las sanciones o medidas expresamente previstas, tipificadas en el ordenamiento, a saber, separación, divorcio, desheredación, pérdida del derecho a alimentos, entre otras...”¹⁷.

¹⁵ HERNÁNDEZ Paulsen, Gabriel. *Ob. Cit.* P. 12.

¹⁶ Don Ricardo Dutto hace referencia a autores según los cuales “deben atenderse prioritariamente los intereses superiores de la constitución de una familia y de su estabilidad, quedando a salvo la dimensión fundamental del amor, de la *pietas familiae*, piedad o consideración debida entre sus miembros, o la aplicación del principio *non bis in ídem* para impedir una supuesta doble sanción –del Derecho de familia y del derecho de daños-, sin perjuicio de aplicarse frente a conductas antijurídicas las sanciones específicas recepcionadas por el codificador”. DUTTO, Ricardo. *Ob. Cit.* P. 36. *Crf.* MEDINA, Graciela *Ob. Cit.* P. 57: cita a Francisco Ferrer, que señala que pagar alimentos por el cónyuge culpable además de la indemnización, éste estaría pagando una doble indemnización.

¹⁷ VARGAS Aravena, David. La responsabilidad civil en el matrimonio: problemática en el ordenamiento español y su eventual aplicación al sistema chileno. *Gaceta Jurídica*. N° 312: pp. 7-36. Junio 2006. P. 17.

Por lo tanto, y como también se ha afirmado por una parte de la doctrina argentina, “la especialidad del Derecho de Familia hace imperativas sus normas y torna inadmisibles la aplicación de otras ramas del Derecho Privado”¹⁸.

1.5 Mal ejercicio de los derechos.

La aceptación de la responsabilidad civil en el ámbito familiar sin limitaciones, podría tener como consecuencia el abuso de los eventuales derechos indemnizatorios que se podrían reconocer al miembro de una familia. De hecho, “no habría posibilidades reales de controlar que a los tribunales no llegaran los llamados ‘casos de bagatela’ y los casos que no tienen mayor sustento jurídico”¹⁹.

1.6 Barreras institucionales.

En nuestro sistema jurídico, la responsabilidad civil es de aplicación general. Sin embargo, existen barreras institucionales que no permitirían que en la práctica fuese efectiva la posibilidad de solicitar indemnización de perjuicios. Entre estas barreras se cuentan los problemas de representación del menor de edad, los plazos de prescripción²⁰ y los problemas de competencia de los tribunales de justicia. A esto se suman las dudas sobre la naturaleza jurídica de la compensación económica, que para un sector de nuestra doctrina y jurisprudencia tiene el carácter de indemnización de perjuicios. En consecuencia, no sería posible aplicar de modo adicional a los casos de divorcio y nulidad matrimonial el estatuto general de responsabilidad civil extracontractual.

2. Tesis Permisivas.

Son las que admiten la aplicación del estatuto de responsabilidad civil a las relaciones de familia. Pueden ser tesis extremas, que

¹⁸ MEDINA, Graciela. *Ob. Cit.* Pp. 49-50.

¹⁹ HERNÁNDEZ Paulsen, Gabriel. *Ob. Cit.* P. 13.

²⁰ En Chile en realidad sería un problema en algunos casos, dado que en nuestro país existe suspensión de la prescripción sólo para la mujer casada en sociedad conyugal mientras dure ésta, y para los menores, entre otros. Véase artículo 2.509 número 1° e inciso final del Código Civil.

aceptan la aplicación del estatuto sin restricciones, o tesis atenuadas que consienten su aplicación, pero con restricciones (como por ejemplo, rebajando el grado de diligencia exigida)²¹. Los argumentos principales que las sustentan, también se explican latamente en el desarrollo de la tesis, por lo que aquí sólo los nombraremos, y son: el Principio del *Alterum non laedere*, la aplicación general de la responsabilidad civil extracontractual, el cumplimiento de las funciones de reparación (en conjunto con el principio de reparación integral del daño) y función preventiva de este tipo de responsabilidad.

3. Aplicabilidad del estatuto de responsabilidad civil a los daños derivados de las relaciones de familia en Chile.

A nuestro juicio, los daños derivados de las relaciones de familia sí son susceptibles de ser indemnizados de acuerdo a las normas de la responsabilidad civil extracontractual, siempre que se den todos los presupuestos para que ésta exista.

Las razones argüidas para negar su aplicación no son suficientes y pueden ser rebatidas.

En primer lugar, no es cierto que admitir este tipo de responsabilidad pueda atentar contra los vínculos de solidaridad que deben existir entre los miembros de una familia, sino todo lo contrario: su admisión puede generar una conciencia mayor entre los miembros de la familia, alertándoles de que si causan daños deberán responder por ellos, lo cual puede prevenir la ocurrencia de conductas dañosas y contribuir a la armonía familiar.

Por lo demás, es un hecho que dentro de las familias constantemente se producen daños de mayor o menor magnitud. Negar la aplicación del estatuto de responsabilidad no hará desaparecer los daños más graves, sino que simplemente los dejará impunes.

²¹ HERNÁNDEZ Paulsen, Gabriel. *Ob. Cit.* P. 11.

En segundo lugar, la posibilidad de ser declarado responsable con motivo de la ocurrencia de determinados daños no se relaciona directamente con los desincentivos al matrimonio. Hoy en día, el porcentaje de matrimonios celebrados en Chile ha disminuido, y las uniones informales han aumentado considerablemente, de manera tal que, por razones de justicia, nuestra jurisprudencia ha debido reconocer determinados derechos a las parejas estables no casadas (solucionando, por ejemplo, los problemas patrimoniales a través de la figura del cuasicontrato de comunidad), y existe algún consenso sobre la necesidad de regular la situación de las parejas de hecho (al menos respecto de las parejas heterosexuales)²². Por lo demás, la responsabilidad endofamiliar excede al ámbito de la familia matrimonial. Un ejemplo claro se encuentra en la ley de violencia intrafamiliar, que consagra un concepto amplio de familia (sin necesidad de vínculo matrimonial), para hacer efectivas sus sanciones²³.

En tercer lugar, respecto del derecho a la formación y crianza de los hijos, la aplicación del estatuto de responsabilidad no vulnera este derecho, sino que simplemente viene a reforzar los límites a su ejercicio, que ya se encontraban desarrollados y tienen fuerza normativa. Efectivamente, dado el

²² A modo de ilustración, en la última década se han presentado al Congreso numerosos proyectos de ley para regular este tema. Entre ellos: Boletín N° 7873-07, sobre Proyecto de ley que crea el Acuerdo de Vida en Pareja, presentado en agosto de 2011 (para parejas heterosexuales y homosexuales); Boletín N° 6846-07, que regula los pactos de uniones civiles, presentado en marzo de 2010 (para parejas heterosexuales y homosexuales); Boletín N° 7011-07, que regula la figura contractual denominada Acuerdo de Vida en Común, ingresado en junio de 2010; Boletín N° 6735-07, sobre Pacto de Unión Civil, presentado en octubre de 2009 (para parejas heterosexuales y homosexuales); Boletín N° 5623-07, que regula la celebración del contrato de unión civil y sus consecuencias patrimoniales, ingresado en diciembre de 2007 (para parejas heterosexuales y homosexuales); Boletín N° 4153-18, que establece regulación para las uniones de hecho (sólo heterosexuales), ingresado en abril de 2006; Boletín N° 3377-07, que regula los efectos patrimoniales en el concubinato, ingresada en octubre de 2003; y Boletín N° 3494-07, que establece un régimen legal para las uniones de hecho (sólo heterosexuales), presentado en abril de 2004, pero que hoy se encuentra archivado.

²³ En efecto, la Ley N° 20.066, que Establece la Ley de Violencia Intrafamiliar, determina en su artículo 5° que "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.

También habrá violencia intrafamiliar cuando la conducta referida en el inciso precedente ocurra entre los padres de un hijo común, o recaiga sobre persona menor de edad, adulto mayor o discapacitada que se encuentre bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar."

proceso de constitucionalización del derecho privado²⁴, el derecho a la formación y crianza de los hijos debe respetar los derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución Política, y en los tratados internacionales de Derechos Humanos ratificados por Chile, entre los que se cuenta específicamente la Convención Sobre los Derechos del Niño²⁵.

Dentro del mismo espíritu se encuentran las modificaciones introducidas al Código Civil en sus artículos 233 y 234, por la ley N° 19.585, publicada el 26 de octubre de 1998, por la cual se otorgó la crianza de los hijos a ambos padres (y no sólo al padre, como ocurría anteriormente), y se sustituyó la facultad de “corregir y castigar moderadamente” a los hijos, por la de “corregir a los hijos, cuidando que ello no menoscabe su salud ni su desarrollo personal”.²⁶ Esta última norma establece claramente un límite a la facultad de corrección a los hijos.

En cuarto lugar, la especialidad de las normas del Derecho de Familia no convierte a este último en una rama distinta del Derecho. Es decir, independientemente que el Derecho de Familia posea principios propios y regule materias determinadas, sigue siendo parte del Derecho Civil y por lo tanto, se aplican a él sus principios generales, entre los que se cuenta el de la responsabilidad. En consecuencia, el argumento de la especialidad no constituye un obstáculo real para la aplicación del estatuto de responsabilidad civil en las relaciones familiares.

Por lo demás –y tal como señalamos anteriormente- nuestro Código Civil no deja dudas respecto de la aplicación general de la responsabilidad, al establecer en su artículo 2.314 que quien causa un daño debe repararlo, sin hacer distinción de ningún tipo. Esta idea se refuerza si se compara con otros ordenamientos jurídicos, en que sí se han hecho distinciones.

²⁴ Respecto del cual ahondaremos en el Capítulo I, párrafo 3.4.

²⁵ Que ha sido firmada y ratificada por Chile, y promulgada mediante decreto Supremo N° 830 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial con fecha 27 de septiembre de 1990.

²⁶ BARAONA, Jorge y TAPIA Mauricio. Contrapunto sobre la modificación al artículo 234 del Código Civil relativo a la facultad de los padres de corregir a los hijos [en línea] Revista Chilena de Derecho. Abril de 2008. Vol. 35 N° 1 < http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372008000100011&script=sci_arttext > [consulta: 5 mayo 2010]

Así ocurría, por ejemplo, en Alemania antes de la reforma al derecho de daños del año 2002²⁷, o en Argentina, en que el texto legal deja dudas respecto de la aplicación del estatuto de responsabilidad extracontractual a algunos daños derivados de las relaciones familiares²⁸.

Respecto de quienes alegan que se estaría violando el principio del *nos bis in ídem*, dado que el Derecho de Familia ya ha establecido sanciones para las diversas situaciones que puedan ocurrir en la vida familiar, consideramos que esta afirmación no es correcta, pues la responsabilidad no implicaría una doble sanción, sino la necesidad de reparar un daño causado, que por lo demás no se remedia a través de ninguna otra sanción. Entonces, no es aceptable utilizar como justificación este argumento para dejar sin aplicación las normas sobre responsabilidad.

Por último, respecto de un eventual abuso de derechos, y de la imposibilidad de aplicar la responsabilidad por existir barreras institucionales, si bien son trabas para el desarrollo de esta área del derecho, no son argumentos que realmente impidan hacer efectiva la responsabilidad civil en las relaciones familiares. Será tarea de los tribunales de justicia calificar qué casos cumplen efectivamente con todos los elementos de la responsabilidad, y cuáles no. En el mediano y largo plazo, una jurisprudencia consistente será suficiente para evitar los denominados “casos de bagatela”.

²⁷ Antes, en responsabilidad extracontractual la responsabilidad por el daño no patrimonial sólo era reparable en los casos que la ley establecía expresamente. Con la reforma del año 2002, se amplió la reparación a casos de lesión corporal, a la salud, a la libertad y a la autodeterminación sexual. MAGNUS, Ulrich. *Ob. Cit.* P. 4.

²⁸ Efectivamente, el Código Civil Argentino establece una norma expresa sólo para la reparación de los daños que se puedan derivar de la nulidad del matrimonio, y guarda silencio respecto de otras situaciones. Su artículo 225 dispone: “El cónyuge de buena fe puede demandar, por indemnización de daños y perjuicios al de mala fe y a los terceros que hubiesen provocado el error, incurrido en dolo o ejercido la violencia”. El silencio de ley ha sido interpretado por parte de la doctrina argentina como una intención del legislador de no reparar los daños derivados de otras situaciones, como los del divorcio y la separación judicial. Véase: DUTTO, Ricardo. *Ob. Cit.* Pp. 79 y 86 y ss.

Por otro lado, en Chile existen menos barreras institucionales que en otros países que sí han logrado un desarrollo de la responsabilidad en estos temas:

- En Argentina se alega que los plazos de prescripción son muy cortos, y no se suspenden²⁹. No es el caso de nuestro país, donde a lo menos existe suspensión de la prescripción para los menores y para la mujer casada en sociedad conyugal mientras dure ésta, lo anterior de acuerdo a lo establecido en el artículo 2.509 N° 1 e inciso final del Código Civil; y en que el plazo de prescripción de la acción indemnizatoria dura 4 años (artículo 2332 del Código Civil).
- Los problemas de representación que se podrían suscitar, especialmente en el caso de los menores en cuanto incapaces relativos, en general se resuelven con una correcta aplicación de las normas generales sobre representación, como detallaremos más adelante³⁰.
- La competencia de los tribunales de familia sí plantea un problema, pero que no ha frenado totalmente el desarrollo de las demandas de responsabilidad civil por daños familiares. El problema consiste en determinar cuáles son los tribunales con competencia para conocer de estos casos. En principio, creemos que debiesen conocer estas materias los tribunales civiles ordinarios, dado que los tribunales de familia son de carácter especial, y la ley que los creó no señala este tipo de pleitos como parte de su competencia.
- Por último, cabe señalar que existe parte importante de nuestra doctrina que defiende una noción indemnizatoria de la compensación económica establecida en la ley de matrimonio civil, lo que podría convertirse en una barrera para el desarrollo de la responsabilidad extracontractual por daños matrimoniales.

²⁹ El artículo 4.637 del Código Civil Argentino establece para la prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual un plazo de 2 años. En el caso de la responsabilidad derivada del divorcio, Carlos MARÍA CORBO estima que este plazo se cuenta desde que existe sentencia firme de separación personal o divorcio vincular. Por su parte, Ricardo DUTTO señala que en el caso de la separación judicial no corre el plazo de prescripción, ya que subsiste el vínculo matrimonial, y ella se suspende entre los cónyuges. Véase: MARÍA CORBO, Carlos. Responsabilidad Civil en los casos de separación personal y divorcio vincular [en línea] < <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artreponsabilidadcivilsepraciondivorcio> > [consulta: 2 noviembre 2009] Pp. 7. DUTTO, Ricardo. Daños ocasionados en las relaciones de familia. Buenos Aires. Hammurabi. 2006. P. 99.

³⁰ Véase Primera Parte, Capítulo V, Número 3.

Dada su complejidad e importancia (esta discusión doctrinaria es la que ha dado pie a los cuestionamientos sobre el posible desarrollo de la responsabilidad civil por daños familiares en Chile), trataremos esta cuestión de forma separada, en un capítulo especial. Por ahora, baste decir que creemos que una concepción indemnizatoria de la compensación económica no es argumento suficiente para descartar la persecución de los daños ocasionados durante el matrimonio.

Habiendo despejado todas las razones por las cuales se podría pensar que en Chile no corresponde utilizar las normas de responsabilidad civil para perseguir la indemnización de los daños que se deriven de relaciones familiares, corresponde preguntarnos ahora, cuál es el tipo de responsabilidad adecuado a la materia que nos ocupa. Pues bien, resulta bastante claro que la responsabilidad contractual no es aplicable a estos casos, y por lo tanto la responsabilidad debe hacerse efectiva al amparo de las normas sobre responsabilidad extracontractual (como se asumió al comienzo de este acápite).

Efectivamente, si bien en las relaciones familiares también existe un vínculo jurídico previo, éste tiene un carácter institucional, que lo diferencia del vínculo jurídico que nace de las relaciones patrimoniales, ya que las obligaciones que de él se derivan son incoercibles y tienen un carácter más bien moral. Como señala Novales, en las relaciones de familia, los familiares se obligan no sólo con sus patrimonios, sino también con sus personas.³¹

En conclusión, creemos que el estatuto de responsabilidad es aplicable a los daños derivados de las relaciones de familia, específicamente a través de la responsabilidad civil extracontractual. Dada la textura abierta de las normas que componen este régimen, su aplicación se puede realizar en

³¹ NOVALES Alquézar, Aranzazú. Responsabilidades Especiales ¿Debería haber en el Derecho Matrimonial mecanismos reparatorios? Cuadernos de Análisis Jurídicos. Colección Derecho Privado. Escuela de Derecho. Universidad Diego Portales. Santiago de Chile. Vol. 4. 2008. Pp. 119-150.

los casos que se presenten, acudiendo en forma directa a sus normas y sin necesidad de hacer modificaciones legales.

Esta idea es consecuente con la expansión que ha tenido nuestra responsabilidad civil en las últimas décadas, cuyas normas han sido aplicadas a las más diversas materias, sin acudir a la creación de nuevas normas para cada situación específica.

PRIMERA PARTE:
ALGUNOS ASPECTOS GENERALES

CAPÍTULO I

DEBERES MORALES DEL DERECHO DE FAMILIA Y RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL.

1. Introducción.

Cabe abordar aquí la relación entre los “deberes morales” del Derecho de Familia y la responsabilidad civil extracontractual, que en el juicio de responsabilidad extracontractual cobran relevancia respecto del juicio de culpabilidad del responsable.

Tradicionalmente, los “deberes morales” o “derechos-deberes” han sido entendidos por nuestra doctrina como deberes que no constituyen una obligación jurídica propiamente tal, sino que tienen una naturaleza particular; por lo que se generan dudas sobre la función que podrían cumplir en un juicio de responsabilidad extracontractual por daños familiares.

Por una parte, atendiendo a que no son exactamente una obligación jurídica, se podría afirmar que ante su incumplimiento no sería posible solicitar una indemnización de perjuicios, por lo que no procedería en nuestro ordenamiento la responsabilidad extracontractual por daños familiares. Por otro lado, se piensa que estos derechos-deberes sí pueden y deben ser considerados en el juicio de responsabilidad, especialmente a través de la construcción de la culpa infraccional.

2. Los derechos-deberes del Derecho de Familia.

Si bien los “deberes morales” son muy comunes en el Derecho de Familia, su definición por la doctrina no ha sido desarrollada

extensamente, dado que hasta ahora no han presentado una gran relevancia práctica³² y su definición es compleja.

Así, al referirse a las particularidades del Derecho de Familia, don René Ramos Pazos señala que en él “se pueden encontrar preceptos sin sanción o con sanción atenuada, obligaciones incoercibles, porque el Derecho o es por sí mismo incapaz de provocar mediante la coerción la observancia de dichos preceptos, o cree más conveniente confiar su observancia al sentimiento ético, a la costumbre, a otras figuras que actúan en el ambiente social...”³³

Por su parte, don René Abeliuk, sostiene que “debe distinguirse el deber jurídico de la obligación, siendo el primero el género y la segunda una especie...”³⁴, clasificando los deberes jurídicos en tres categorías: deberes generales de conducta, deberes específicos de conducta y obligaciones en sentido técnico estricto³⁵. Y señala: “...el legislador establece también deberes específicos que él mismo suele calificar de obligaciones, aunque no lo son técnicamente; por ello creemos que es preferible conservarles la designación de deberes específicos, a falta de otra denominación mejor. Tales son la mayor parte de los deberes de familia que rigen las relaciones no pecuniarias entre padres e hijos, cónyuges entre sí, etc. Se diferencian fundamentalmente de las obligaciones propiamente tales, en que por el contenido moral y afectivo que suponen, no son susceptibles ni de ejecución forzada ni de indemnización de perjuicios en caso de infracción”³⁶.

³² La importancia de los deberes morales se ha visto acrecentada con la instauración del divorcio por culpa, a través de la Ley de Matrimonio Civil N° 19.947, en la cual se establece como causal de este tipo de divorcio la falta imputable al otro cónyuge, “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” (artículo 54 Ley N° 19.947).

³³ RAMOS PAZOS, René. Derecho de Familia. 3ª Edición Actualizada. Editorial Jurídica de Chile. Tomo I, p. 14.

³⁴ ABELIUK Manasevich, René. Las obligaciones. 3º Edición. Editorial Jurídica de Chile. 1993. Tomo I. P. 29.

³⁵ ABELIUK Manasevich, René. *Ob. Cit.* Pp. 29-30.

³⁶ ABELIUK Manasevich, René. *Ibid.*

3. Exigibilidad de los deberes morales.

A primera vista, las afirmaciones hechas en el párrafo anterior dan a entender que el incumplimiento de los derechos-deberes no puede dar lugar a la indemnización de perjuicios, dado que ellos no son jurídicamente exigibles. Por lo tanto, se podría afirmar que no es posible aplicar el derecho de daños a las relaciones personales del Derecho de Familia.

Sin embargo, creemos que sí es posible perseguir la indemnización de perjuicios frente al incumplimiento de los deberes morales del Derecho de Familia (siempre que concurren todos los elementos de la responsabilidad extracontractual). Esta afirmación, en realidad no es contradictoria con las palabras de Abeliuk antes citadas. Las referencias hechas sobre los derechos-deberes corresponden a una obra que abarca la cuestión desde el punto de vista del Derecho de las Obligaciones, prisma desde el cuál ciertamente no es plausible tratar a los derechos deberes de la misma forma que a las obligaciones jurídicas propiamente tales. Nadie discute el hecho que ante la infracción de un deber moral no puede solicitarse su cumplimiento forzoso, bajo ninguna normativa o argumento; ni puede solicitarse la correspondiente indemnización de perjuicios por medio de la aplicación de las normas sobre responsabilidad civil contractual. Por lo tanto, no se pretende en estas páginas asimilar el deber moral con la obligación jurídica propiamente tal.

Pero desde un punto de vista diferente del Derecho de las Obligaciones, es posible afirmar que si se negase toda posibilidad de aplicación de las normas sobre responsabilidad civil extracontractual a los “deberes morales”, se estaría desconociendo su naturaleza jurídica como parte del Derecho de Familia. Recordamos las palabras de Kelsen: “El derecho sólo puede ser distinguido esencialmente de la moral cuando es concebido... como un orden social coactivo, es decir, cuando el derecho es concebido como un orden normativo que trata de producir determinada conducta humana, en cuanto enlaza a la conducta opuesta un acto coactivo socialmente organizado, mientras que la moral es un orden social que no estatuye sanciones de ese tipo; sus sanciones se reducen a la aprobación de la

conducta conforme a la norma, y a la desaprobación de la conducta contraria a la norma, sin que en modo alguno entre en juego en ello el empleo de la fuerza física³⁷.

La alusión a la fuerza física hoy se puede entender de manera más amplia, como la capacidad de coerción que tiene el Derecho, contra la falta de tal capacidad que se da en el ámbito moral. Si no existiese absolutamente ninguna consecuencia jurídica por el incumplimiento de los derechos-deberes, éstos no debiesen estar regulados en nuestro Código Civil, ni ser parte del Derecho de Familia, debiesen en cambio pertenecer al orden moral.³⁸

En derecho comparado la doctrina que se ha opuesto al desarrollo de la responsabilidad extracontractual³⁹ sostiene que el Derecho sí contempla consecuencias jurídicas distintas a las que propone el derecho de daños, que son dadas por el Derecho de Familia mismo, como por ejemplo en el divorcio por culpa⁴⁰ y en la pérdida de la patria potestad en caso que la filiación haya sido determinada judicialmente contra la oposición del padre o madre⁴¹, entre otros casos. Incluso, se podría afirmar que estas sanciones son suficiente motivo para configurar el sustrato jurídico de los derechos-deberes y prescindir así del derecho de daños. Sin embargo, la existencia de estas sanciones o castigos legales no excluyen otros tipos de reacciones del Derecho ante el incumplimiento de los deberes morales, ya que no encontramos una razón válida para aplicar sólo aquellas sanciones expresas y descartar el uso las normas de responsabilidad extracontractual, especialmente si consideramos las funciones que esta última cumple, y que se analizan más adelante.

Adicionalmente, si revisamos las normas y principios que contiene nuestro ordenamiento jurídico, observamos que no existe impedimento alguno para solicitar la indemnización de perjuicios por daños que se

³⁷ KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México. 1982. P. 75.

³⁸ Más sobre la juridicidad de las normas sin sanción en VODANOVIC, Antonio. *Manual de Derecho Civil. Partes Preliminar y General*. Editorial Jurídica Conosur. Tomo I. Pp. 9 y ss.

³⁹ Este tema se desarrolló en Argentina, a raíz de los daños derivados del divorcio. Véase MEDINA, Graciela. *Ob. Cit.* Pp. 47 y ss; y DUTTO, Ricardo. *Ob. Cit.* Pp. 88 y ss.

⁴⁰ Artículo 54 Ley N° 19.947 Sobre Matrimonio Civil.

⁴¹ Artículo 203 Código Civil.

originen en relaciones familiares, que son regidas por los “deberes morales”. A continuación presentamos las principales razones que justifican esta idea.

3.1 Aplicación general de la responsabilidad civil.

En la época antigua, la responsabilidad civil se basaba en el casuismo⁴². Pero a lo largo de la historia evolucionó hacia la aplicación de principios generales, que encontraron su máxima consagración en el Código Civil francés⁴³. Nuestro Código Civil siguió la tradición jurídica moderna del Código francés, lo que se refleja en su artículo 2.314, que señala que “El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito.”

Tanto la doctrina como la jurisprudencia nacionales están de acuerdo en que el artículo 2.314 del Código Civil (conjuntamente con otros artículos del mismo código, como el artículo 2.329 y 2.284) establece la aplicación de la responsabilidad a la generalidad de los casos, sin distinciones⁴⁴. Por lo demás, una de las características de la evolución de la responsabilidad civil ha sido justamente su expansión, que se ha reflejado en su aplicación a nuevas materias⁴⁵.

Por lo tanto, de acuerdo a las disposiciones de nuestro Código Civil, siendo la responsabilidad la regla general en nuestro Derecho Civil, su aplicación no debe restringirse en el Derecho de Familia.

⁴² ALESSANDRI Rodríguez, Arturo. De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno. Santiago. Imprenta Universitaria. 1943. Pp. 103 y ss.

⁴³ BARROS Bourie, Enrique. *Ob. Cit.* P. 56.

⁴⁴ BARROS Bourie, Enrique. *Ob. Cit.* Pp. 56-57 y 61. ALESSANDRI Rodríguez, Arturo. *Ob. Cit.* P. 33.

⁴⁵ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. Responsabilidad Extracontractual. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2004. P. 96.

3.2 Principio del *alterum non laedere*.

El principio por el cual no se debe dañar al prójimo es la base de nuestro sistema de responsabilidad extracontractual, y es un principio que atraviesa todo el Derecho Civil⁴⁶, incluyendo el Derecho de Familia.

No existen razones para exceptuar su aplicación en el ámbito de las relaciones de familia, pues en los hechos esto implicaría aceptar que el poseer un determinado estatus (el familiar) es una causal de justificación⁴⁷ en el juicio de responsabilidad, con el único fundamento de proteger la estabilidad o persistencia de la familia, lo que al contrastarse con este principio resulta inapropiado.

Además, debe recordarse que el principio de no dañar a los demás se encuentra consagrado a nivel constitucional, de manera expresa en algunos países como Argentina⁴⁸, o derivándose directamente de los derechos constitucionales a la vida, integridad física y psíquica, a la privacidad, a la honra, etc., como ocurre en nuestro país.⁴⁹

3.3 Funciones de la responsabilidad civil extracontractual.

Otra cuestión que debe tenerse presente al analizar si los deberes morales incumplidos pueden dar lugar a una indemnización, es ver qué ocurre con las funciones de la responsabilidad civil extracontractual. Su función principal consiste en la reparación de los daños causados, pero, como señala don Hernán Corral, “no puede desconocerse que el régimen de responsabilidad, al mismo tiempo y de manera casi inevitable y complementaria, desempeña otras funciones que

⁴⁶ DUCCI Claro, Carlos. Derecho Civil. Parte General. 2ª Edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1984. P. 30.

⁴⁷ DUTTO, Ricardo. *Ob. Cit.* P. 55.

⁴⁸ El artículo N° 19 de la Constitución Nacional Argentina señala que “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan el orden y la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”. Véase: DUTTO, Ricardo. *Ob. Cit.* P. 54.

⁴⁹ HERNÁNDEZ Paulsen, Gabriel. *Ob. Cit.* P. 13.

deben serle reconocidas⁵⁰, entre ellas, una función preventiva y una punitiva o sancionatoria⁵¹.

3.3.1 Función de reparación de la responsabilidad.

La función reparatoria de la responsabilidad civil quedó establecida en el período mismo en que la responsabilidad penal se separó de la civil, cuando se consolidó la exclusividad del Estado para perseguir y reprimir los delitos, incluidos aquellos en que se atentase contra privados⁵². De acuerdo a don Arturo Alessandri, desde ese momento el particular lesionado puede denunciar la comisión del delito, y además tiene derecho a solicitar una indemnización pecuniaria por los perjuicios. Pero señala: “esta indemnización, que puede existir independiente de la pena que corresponda al culpable, no tiene el carácter de pena, ni es tampoco el precio de la venganza, es lisa y llanamente una reparación”⁵³.

Hoy se reconoce que el fin principal de la responsabilidad civil es el de resarcimiento⁵⁴, ya que el monto de la indemnización de perjuicios a que se da derecho se regula atendiendo a la entidad del daño sufrido, y no a la gravedad del hecho ejecutado⁵⁵, buscando dejar a la víctima indemne⁵⁶.

Respecto del cumplimiento de este fin en el Derecho de Familia, si se analizan las sanciones establecidas por él, es posible ver que ellas no cumplen con una función reparatoria. Por ejemplo, en el caso de los daños

⁵⁰ CORRAL Talciani, Hernán. Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003. P. 65.

⁵¹ Corral agrega también como función de la responsabilidad la delimitación de la libertad de los privados, función que excluimos por no ser ampliamente reconocida en la doctrina, y porque creemos que puede subsumirse dentro de la función preventiva. Véase: CORRAL, Hernán. *Ob. Cit.* P. 65.

⁵² ALESSANDRI Rodríguez, Arturo. *Ob. Cit.* Pp. 101.

⁵³ ALESSANDRI Rodríguez, Arturo. *Ibíd.*

⁵⁴ ALESSANDRI Rodríguez, Arturo. *Ob. Cit.* Pp. 20 y 23; CORRAL, Hernán. *Ob. Cit.* P. 65; BARROS, Enrique. *Ob. Cit.* Pp. 38 y ss. Barros además relaciona el fin reparatorio con el cumplimiento de la justicia correctiva, en la cual se asume que las partes de la relación son iguales, y el juez ordena reparar sólo el daño injustamente causado, para volver a equilibrar la relación privada entre las partes.

⁵⁵ ALESSANDRI Rodríguez, Arturo. *Ob. Cit.* P. 20.

⁵⁶ La idea de que la reparación se rige por la medida del daño sufrido se ve cuestionada en Chile por la manera de reglar el monto de los daños morales, en que muchas veces los jueces sí consideran la gravedad de la negligencia del responsable; y también por los daños punitivos de la tradición anglosajona. Estos temas se analizan más adelante, respecto de la función sancionatoria de la responsabilidad. Capítulo I, párrafo 3.3.3

por falta de reconocimiento de los hijos, en el Derecho de Familia existen sanciones particulares para quien no reconoce a un hijo. En Argentina se pierde el derecho de usufructo sobre los bienes del hijo, y se genera una indignidad para sucederle⁵⁷. Igualmente en Chile, de acuerdo al artículo 203 de nuestro Código Civil, “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...”. Pero, ¿acaso alguna de estas sanciones viene a reparar los perjuicios materiales o morales que pueda haber sufrido un menor, por no tener su filiación determinada, o por desconocer la identidad de alguno de sus padres? Ciertamente que no. Por lo tanto, la aplicación de la responsabilidad civil es necesaria para evitar que queden sin reparar daños que debieran resarcirse.

3.3.2 Función preventiva de la responsabilidad.

El otro fin de gran importancia de la responsabilidad civil, luego de su función reparatoria, es la prevención de los daños⁵⁸. La responsabilidad civil opera como un sistema de incentivos y desincentivos, ya que la conciencia de que se puede ser obligado a indemnizar a otro por causar un daño tiene como consecuencia el comportamiento de las personas de acuerdo a determinados estándares de conducta, es decir, cumple con un fin de prevención general de daños.

En palabras de don Arturo Alessandri, un buen régimen de responsabilidad civil, “si no evitará los accidentes del todo, contribuirá, a lo menos, a que sus efectos se aminoren, desarrollará en los individuos la conciencia de un mayor respeto por la persona, reputación y bienes ajenos, pues sabrán que no se les puede lesionar impunemente, y hará, por lo mismo, que aquéllos actúen con más prudencia y cautela, todo lo cual redundará en beneficio del orden y de la tranquilidad social”⁵⁹.

⁵⁷ MEDINA, Graciela. *Ob. Cit.* P. 149.

⁵⁸ BARROS Bourie, Enrique. *Ob. Cit.* P. 56.

⁵⁹ ALESSANDRI Rodríguez, Arturo. *Ob. Cit.* P. 23.

Esta función ha tomado especial relevancia desde el desarrollo del análisis económico del Derecho, a través del cual se considera a la indemnización como un costo de las actividades riesgosas⁶⁰. De acuerdo a don Enrique Barros, este enfoque atiende al futuro, y lo determinante será “la eficacia de la sanción indemnizatoria para la orientación futura del comportamiento, porque impone un costo implícito a todos quienes desarrollen una actividad, lo que influirá en la manera como las personas decidirán en adelante sus cursos de acción.”⁶¹

Pues bien, negar la aplicación del estatuto de responsabilidad civil en el Derecho de Familia implica generar espacios de impunidad sobre conductas dañosas –parecido a las inmunidades del *Common Law*-, lo que se traduce en un desincentivo para comportarse según los estándares de conducta que se pueden exigir al hombre en sociedad (el buen padre de familia, el hombre medio, etc.). Además, si se acepta que los miembros de una familia se traten con menor consideración que con los demás miembros de la sociedad, se está poniendo en riesgo a la familia como institución.

También se debe recordar que el sistema de inmunidades ha sido muy criticado y se encuentra en plena retirada en la tradición del Derecho Común, dado que las inmunidades pueden generar conductas oportunistas, entorpecer la función preventiva de la responsabilidad civil, y en general no se condicen con la concepción moderna de las relaciones de familia⁶².

3.3.3 Función sancionatoria de la responsabilidad.

En la tradición anglosajona se reconoce expresamente como función de la responsabilidad a la represión de los daños, a través de los daños punitivos que se regulan cuando ha existido una conducta especialmente gravosa por parte del sujeto responsable.

⁶⁰ BARROS Bourie, Enrique. *Ob. Cit.* P. 33.

⁶¹ BARROS Bourie, Enrique. *Ob. Cit.* P. 45.

⁶² FERRER Riba, Josep. *Ob. Cit.* P. 8.

Pero en Chile y en general en la tradición continental, no existe un reconocimiento de los daños punitivos, y como señala don Hernán Corral “se considera que la función represiva de la responsabilidad es una incoherencia que sólo puede estimarse un resabio de épocas superadas, cuando no se hacía la distinción entre sanción penal y sanción civil, y la indemnización cumplía el rol de reparación y también de pena privada”⁶³

Sin embargo, la función sancionatoria se filtra igualmente en nuestro sistema de responsabilidad, y esto se demuestra en dos características. Primero, en que la indemnización reparatoria “es también comprendida en términos psicológicamente tanto por la víctima como por el ofensor como una sanción al actuar imprudente o doloso de éste”⁶⁴. Y segundo, en la práctica de nuestros tribunales, especialmente en la regulación del daño extrapatrimonial: de acuerdo a don Enrique Barros, “en circunstancias que éste no tiene parámetros económicos de determinación, al momento de apreciarlo los jueces suelen incorporar, explícita o implícitamente, consideraciones que no atienden a la intensidad del perjuicio, sino a la gravedad de ilícito o a las capacidades económicas del demandado”⁶⁵.

En nuestra opinión la función represiva de la responsabilidad extracontractual no existe o no debiese existir en nuestro Derecho, no sólo porque genera una incoherencia dentro de nuestro sistema, sino también porque el desarrollo de esta función atenta contra el debido proceso⁶⁶, pues se estaría estableciendo una pena sin respetar este derecho fundamental.

En consecuencia, señalamos esta función con el único fin de prevenir que ella no debiese ser considerada en el análisis sobre el cumplimiento de las funciones de responsabilidad civil en el Derecho de Familia.

⁶³ CORRAL Talciani, Hernán. *Ob. Cit.* P. 67.

⁶⁴ CORRAL Talciani, Hernán. *Ob. Cit.* P. 68 y 69.

⁶⁵ BARROS Bourie, Enrique. *Ob. Cit.* P. 38. Ver también, CORRAL Talciani, Hernán. *Ob. Cit.* P. 69.

⁶⁶ CORRAL Talciani, Hernán. *Ibíd.*

3.4 Constitucionalización del Derecho Privado.

El individualismo generado luego de las guerras mundiales y a partir del modelo económico liberal, trajo como consecuencia una mayor valoración del individuo frente a la colectividad⁶⁷.

Así, el resguardo de los derechos personales tomó más importancia que el interés colectivo, y la conciencia generalizada de que cada persona tiene derechos que deben ser respetados por la sociedad, motivó a quienes se veían afectados en sus derechos a reclamar su cumplimiento y/o obtener una indemnización, por lo que la responsabilidad civil se expandió a nuevos casos y nuevos tipos de daños⁶⁸.

El mayor respeto al individuo además se tradujo en la llamada “constitucionalización del Derecho Privado”. Ésta se desarrolló a partir de la firma y ratificación de diversos tratados sobre derechos humanos o fundamentales, y evolucionó en Chile particularmente durante las últimas décadas. Este fenómeno descansa en la idea que, con independencia de los recursos constitucionales vigentes, los derechos fundamentales se hacen exigibles bajo la forma de derechos subjetivos, que los tribunales deben reconocer y proteger.

En otras palabras, “los derechos de la personalidad son derechos subjetivos en cuanto permiten a su titular, en este caso la persona, reclamar el respeto general, y en caso de lesión, acudir a la solicitud de tutela judicial efectiva que incluye la oportuna sanción del infractor”⁶⁹.

De acuerdo a lo anterior, “la lesión de los derechos de la personalidad, como de cualquier otro derecho subjetivo, debería dar lugar a la

⁶⁷ VARGAS ARAVENA, David. *Ob. Cit.* Pp. 12 y 13.

⁶⁸ RODRÍGUEZ Grez, Pablo. *Ob. Cit.* P. 80

⁶⁹ PÉREZ Fuentes, Gisela María. Evolución doctrinal, legislativa y jurisprudencial de los derechos de la personalidad y el daño moral en España [en línea] Revista de Derecho Privado. Nueva Serie. 2004. N° 8. < <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/8/dtr/dtr4.pdf> > [consulta: 14 septiembre 2011] Pp. 117.

correspondiente indemnización, aunque la conducta del responsable constituyera un acto ilícito de naturaleza civil.”⁷⁰

Así, el fenómeno de constitucionalización del Derecho Privado se introduce en la responsabilidad civil extracontractual, sumando a sus argumentos tradicionales, razones y justificaciones que vienen directamente de la Constitución Política.

En Argentina, por ejemplo, su propia Constitución Política ha reconocido expresamente el rango constitucional del deber de no dañar a otros, lo que deriva en el deber de reparar todo daño injusto.⁷¹ Esto ha facilitado el desarrollo de la responsabilidad civil y de la indemnización del daño moral en ese país.

Si bien éste no es el caso de Chile, resulta posible afirmar que nuestra Constitución Política indirectamente integra el principio de no dañar a otros. Efectivamente, nuestra constitución acentúa la protección de la persona, a la que garantiza en su artículo 19 N° 1 el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica.⁷² A esto se suma lo establecido por el artículo 1° de la Constitución, que señala que el Estado está al servicio de la persona humana, y que su finalidad es “contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías...”

A mayor abundamiento, Aranzazu Novales señala que “aunque la Constitución Política de la República de Chile no comprende expresamente el principio *Neminem non Laedere*, es un principio general que inspira la regulación de la responsabilidad civil. Y es claro que el derecho de la persona a no ser dañada y el correlativo deber jurídico de no dañar a otro hace a la dignidad y a la

⁷⁰ PÉREZ Fuentes, Gisela María. *Ibíd.*

⁷¹ NOVALES Alquézar, Aranzazu. *Ob. Cit.* P. 133.

⁷² NOVALES Alquézar, Aranzazu. *Ob. Cit.* P. 135.

integridad física y moral del ser humano y obliga a eliminar todo daño, tanto patrimonial como moral, ocasionado en el seno de la familia y entre familiares”.⁷³

Por lo tanto, si bien en Chile el principio del *Alterum non Laedere* no tiene rango constitucional expreso, no se puede desconocer que nuestra Constitución Política protege este principio y en ella se subsume la idea de la reparación del daño injusto.

En consecuencia, dadas las razones señaladas, creemos que en principio, sí es posible aplicar las normas de la responsabilidad civil extracontractual cuando exista infracción de los “derecho-deberes” del Derecho de Familia.

4. Inserción de los deberes morales en la responsabilidad extracontractual.

¿Cómo deben introducirse los derechos-deberes en el esquema de la responsabilidad extracontractual? Recordemos que el juez puede establecer el deber de cuidado atendiendo a tres fuentes: la legislación, los usos normativos y el estándar genérico del hombre diligente⁷⁴. Dentro de este orden, los deberes morales o derechos-deberes pueden introducirse a través de dos vías.

En primer lugar, a través del concepto de culpa infraccional. Cuando la legislación establece un deber de cuidado determinado y se falta a éste, se genera la culpa infraccional, en que el acto se considera ilícito “sin que sea necesario entrar en otras calificaciones”⁷⁵, configurándose el elemento de culpabilidad de la responsabilidad civil.

⁷³ NOVALES Alquézar, Aranzazu. *Ibíd.*

⁷⁴ BARROS Bourie, Enrique. *Ob. Cit.* P. 97.

⁷⁵ BARROS Bourie, Enrique. *Ob. Cit.* P. 98. El autor también señala que “este efecto es particularmente fuerte tratándose de ilícitos penales, en virtud de la regla del Código de Procedimiento Civil que señala que ‘en los juicios civiles podrán hacerse valer las sentencias dictadas en un proceso criminal siempre que condenen al procesado’ (artículo 178)”.

Ahora, en el caso de los “deberes morales” surge el cuestionamiento de si es posible afirmar que basta su contravención para que exista la culpa infraccional de la responsabilidad civil extracontractual. En otras palabras, ¿es posible considerar a los deberes morales del Derecho de Familia como deberes de cuidado determinados establecidos por la legislación?

Atendiendo al contenido de estos deberes morales, se debe hacer una distinción respecto de la especificidad de la conducta que se exige por la ley. En aquellos casos en que el deber establecido posea un contenido suficientemente específico (podemos encontrar algunos ejemplos en el caso de culpa infraccional por omisión, que se analiza en un capítulo aparte de este trabajo), sí será posible considerar que hay culpa infraccional frente al incumplimiento del derecho-deber (situación que igualmente deberá ser determinada por la prudencia del juez).

Pero los derechos-deberes de los distintos estatutos que reglan las relaciones de familia son en general conceptos jurídicos de contenido amplio. En este caso, no será posible acudir al concepto de culpa infraccional, y se deberá dar lugar al segundo modo de introducir los derechos-deberes a la responsabilidad extracontractual: por medio del análisis del estándar genérico del hombre diligente.

En este escenario, el juez se ve en la necesidad de construir de manera prudencial el estándar de conducta debido, para lo cual podrá considerar a los deberes morales del Derecho de Familia como un antecedente adicional que puede contribuir a la configuración del estándar de conducta que debió observar el sujeto responsable.

Al respecto, cabe recordar que si bien el legislador establece una norma general por la cual cada persona debe comportarse de modo que no genere un daño a otros (evitando o disminuyendo los riesgos de la manera en que un hombre razonable lo haría), quien verdaderamente establecerá el estándar de diligencia en cada caso determinado será el juez. En esto, será de gran ayuda recurrir

a la doctrina y a la jurisprudencia, que han dado contenidos más concretos a los deberes morales a través del tiempo.

CAPÍTULO II

CONCEPTO DE FAMILIA APLICABLE A ESTOS CASOS

1. Introducción.

En el supuesto que las particularidades del Derecho de Familia tengan como consecuencia una aplicación particular de las normas de responsabilidad extracontractual, cabe preguntarnos sobre el concepto de familia aplicable, es decir, sobre cuáles relaciones interpersonales se considerará que existen derechos-deberes que, de incumplirse y ocasionar un daño, pueden dar lugar a una indemnización de perjuicios.

Si bien esta incursión parece ser muy pronta para el estado de desarrollo de la cuestión en Chile, creemos importante realizarla porque su propia determinación constituirá un límite al desarrollo de la responsabilidad por daños familiares, por ejemplo, al momento de establecer a qué relaciones interpersonales se aplicarán los derechos-deberes del Derecho de Familia, o para determinar quiénes tendrán titularidad activa para demandar por daños familiares y quiénes no.

Por otro lado, esta revisión es necesaria si se considera que el concepto jurídico de familia ha ido cambiando en el tiempo, creándose un desfase entre el concepto de familia a que atiende el Derecho y la realidad social a la que debe responder, en la que se encuentran distintos tipos de familia. Y en un momento como el actual⁷⁶, en que el concepto de familia encuentra sus límites muy desdibujados, es necesario buscar ciertas luces que nos ayuden a determinar quiénes quedan dentro y quiénes fuera de la relación familiar.

2. Concepto de familia en nuestro ordenamiento jurídico.

⁷⁶ No puede dejar de considerarse que a la fecha existen varias discusiones jurídicas e iniciativas legales respecto de qué ocurrirá con las familias de hecho, tanto heterosexuales como homosexuales. Véase nota al pie N° 22.

2.1 Conceptos legales.

En primer lugar corresponde mirar nuestra legislación. Al respecto, cabe señalar que nuestro Código Civil no posee un concepto expreso de familia que sea de aplicación general. Sólo se encuentra uno en el artículo 815 incisos 3° y siguientes, que da una definición a propósito del derecho de uso y habitación:

“La familia comprende al cónyuge y los hijos; tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobreviven después, y esto aun cuando el usuario o el habitador no esté casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución.

Comprende asimismo el número de sirvientes necesarios para la familia.

Comprende, además, las personas que a la misma fecha vivían con el habitador o usuario y a coste de éstos; y las personas a quienes éstos deben alimentos.”

Más restringida que el concepto citado es la idea de familia que se desprende del Código Civil, si se observan sus normas originales sobre matrimonio, filiación y parentesco:

Artículo 28 Código Civil. “Parentesco por consanguinidad es aquel que existe entre dos personas que descienden una de la otra o de un mismo progenitor, en cualquiera de sus grados”.

Artículo 29 Código Civil. “Parentesco por afinidad es el que existe entre una persona que está o ha estado casada y los consanguíneos de su marido o mujer.

La línea y el grado de afinidad de una persona con un consanguíneo de su marido o mujer, se califican por la línea y grado de consanguinidad de dicho marido o mujer con el dicho consanguíneo. Así, un varón está en primer grado de afinidad, en la línea recta, con los hijos habidos por su mujer en anterior matrimonio; y en segundo grado de afinidad en la línea transversal, con los hermanos de su mujer”.

Artículo 33 Código Civil. “Tienen el estado civil de hijos respecto de una persona aquellos cuya filiación se encuentra determinada, de conformidad a las reglas

previstas por el Título VII del Libro I de este Código. La Ley considera iguales a todos los hijos.”

Artículo 102 Código Civil. “El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente”.

Se trata aquí de la familia matrimonial tradicional en que la base de la familia es el matrimonio entre un hombre y una mujer, a partir del cual se generan vínculos por consanguinidad y por afinidad y que en el pasado se protegía a través de diversas instituciones, como la diferencia entre hijos legítimos e ilegítimos⁷⁷.

Este concepto responde a una realidad social pasada, decimonónica, en que la familia se caracterizaba por formarse únicamente a través del matrimonio con vínculo indisoluble y en que primaba la autoridad del *pater familias*, al que obedecían la esposa e hijos. La familia además se consideraba un ámbito resistente a la intervención estatal, por lo que era de gran importancia el resguardo de la intimidad familiar⁷⁸.

Pero durante el siglo XX se produjeron en el mundo occidental grandes transformaciones que vendrían a cambiar esta estructura. Entre ellas se cuentan la consolidación del principio de igualdad de género, que se tradujo en la inserción de la mujer al mundo laboral, el reconocimiento de su derecho a administrar bienes propios y el otorgamiento de capacidad procesal y otros fenómenos como la creación de la píldora anticonceptiva y los cambios en la planificación familiar; el envejecimiento de los padres, la mayor valoración del trabajo doméstico y el apogeo

⁷⁷ DOMÍNGUEZ, Carmen. Los principios que informan el Derecho de Familia chileno: su formulación clásica y su revisión moderna. P. 208.

De acuerdo a la autora, “el Derecho de Familia contenido en la regulación original del Código de Bello se construía sobre la base de los siguientes pilares: a) matrimonio religioso e indisoluble, b) incapacidad relativa de la mujer casada en sociedad conyugal, c) patria potestad exclusiva del padre quien gozaba de poderes absolutos en su ejercicio, e) filiación legítima, hoy matrimonial, fuertemente favorecida, g) inmutabilidad del régimen patrimonial existente entre los cónyuges.”

⁷⁸ DUTTO, Ricardo. *Ob. Cit.* P. 21.

de los derechos individuales, que cambiaron la autoridad patriarcal por una dinámica familiar de horizontalidad (la familia deja de ser un ámbito de relaciones jerarquizadas y se pasa a relaciones coordinadas paritariamente entre sus miembros⁷⁹), y que hoy hacen primar el interés individual por sobre el colectivo⁸⁰.

Al mismo tiempo el ámbito familiar dejó de ser visto como un lugar en el cual el Estado no puede actuar y cada vez fue más frecuente su intromisión para regular determinados aspectos. Se pasó a tener una preocupación especial por la familia, lo que se tradujo en la dictación de numerosas leyes, que a su vez reflejaron los cambios de la sociedad moderna⁸¹.

Una de estas leyes fue la Ley N° 20.066, sobre Violencia Intrafamiliar, de cuyo artículo 5° podemos extraer un concepto de familia distinto, más amplio y que se acomoda mejor a la realidad actual:

“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.

También habrá violencia intrafamiliar cuando la conducta referida en el inciso precedente ocurra entre los padres de un hijo común, o recaiga sobre persona menor de edad, adulto mayor o discapacitada que se encuentre bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar”.

Entonces, al preguntarnos qué relaciones deben considerarse como “relaciones de familia”, podemos ver que nuestra legislación reconoce principalmente a la familia matrimonial, y por lo tanto, los lazos que en ella se contienen debiesen quedar bajo el alero de la responsabilidad familiar.

⁷⁹ DUTTO, Ricardo. *Ob. Cit.* P. 30.

⁸⁰ VARGAS Aravena, David. *Ob. Cit.* Pp. 12 y 13.

⁸¹ Entre las leyes que se han promulgado en Chile, se pueden señalar la ley N° 19.585 sobre Filiación, la ley N° 19.620 de Adopción de Menores, la nueva Ley de Matrimonio Civil N° 19.947, la ley N° 19.968 de Tribunales de Familia (que da prioridad a la solución de estos temas a través de tribunales especializados), y la ley N° 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar.

2.2 Revisión de la cuestión.

Así, atendiendo únicamente a la ley, vemos que el concepto de familia – salvo el entregado por la ley N° 20.066 para los casos que en ella se regulan- es restringido. Sin embargo, se requiere una revisión de la extensión de la protección y reconocimiento que el Derecho otorga a la familia, por varias razones. Primero, porque socialmente la idea de familia se ha ampliado en el mundo occidental, hasta el punto que hoy se acepta como tal a las uniones de hecho, con o sin hijos, heterosexuales u homosexuales, y en que hay convivencia aunque los lazos familiares no sean directos.

Segundo, porque estos cambios se han reconocido por otras ciencias sociales, como la sociología. En esta área se ha llegado a afirmar que hoy el concepto de familia se determina más por las funciones que cumple un determinado grupo humano, que por los vínculos de sangre que puedan existir entre las personas. Así lo señala Iris Camacho, según quien existe “la necesidad de definir, analizar y estudiar la familia no como el resultado de un acto formal (el matrimonio), sino a partir del cumplimiento de unas funciones de protección, solidaridad, socialización, transmisión de valores, y de educación y crianza de los hijos e hijas (si los hubiera), o sea en términos de las relaciones”⁸².

Tercero, porque la ampliación del concepto de familia es un fenómeno que se ha visto reflejado en el Derecho Comparado. Hoy existen varios países que reconocen un estatuto jurídico a la convivencia, e incluso que contemplan el matrimonio homosexual, y en que junto con ello permiten la adopción de menores a distintos tipos de familia.

⁸² CAMACHO Meléndez, Iris. Nuevas tendencias en Derecho Comparado de Derecho de Familia: concepto Familia e intervención estatal [en línea] Anales de Jurisprudencia. Estudios Jurídicos, 2° parte. México. 2004. N° 267. < <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/anjuris/cont/267/pr/pr6.pdf> > [consulta: 3 mayo 2011] P. 280.

Cuarto, porque cada vez más se crean situaciones que quedan en la indefinición, lo que puede generar grandes inequidades. En nuestro país los tribunales de justicia han debido hacerse cargo de estos casos. Por ejemplo, en la responsabilidad civil hemos visto como por mucho tiempo se negó la indemnización de perjuicios a la mujer que convivía con un hombre que falleció por el actuar negligente de un tercero, y que quedaba en una situación precaria al perderse la principal fuente de trabajo del hogar común por no existir matrimonio entre ellos, inequidad que debió ser corregida paulatinamente a través de nuestra jurisprudencia.

Y en los daños producidos en el ámbito familiar, también se generan situaciones en que uno podría preguntarse si se debiesen aplicar las normas generales de responsabilidad, o en cambio tener una consideración especial por tratarse de una relación que podría calificarse como de familia. Por ejemplo, con los daños producidos por la ruptura intempestiva de una pareja homosexual conviviente. Si bien la ley sólo los considera como familia en los casos que se rigen por la ley N° 20.066, sobre Violencia intrafamiliar⁸³, en una convivencia afectiva de larga duración, se pueden producir daños análogos a los que se producen en la ruptura del matrimonio, o en la ruptura de las uniones heterosexuales, quedando uno de los ex convivientes sin protección y en una situación precaria. Sin embargo, en nuestro ordenamiento pareciese rechazarse la idea de incluir las uniones homosexuales dentro del concepto de familia, sobretodo considerando las normas establecidas por nuestro Código Civil.

Por último, es necesaria una revisión del concepto de familia y su eventual ampliación porque desde el punto de vista de la responsabilidad extracontractual, este ejercicio responde, como mínimo, a la aplicación de los principios del *neminem laedere* y de la reparación integral del daño.

⁸³ Así también lo ha considerado la jurisprudencia. Véase Corte de La Serena, 8.1.2007 [en línea] < <http://jurischile.blogspot.com/2007/03/maltrato-habitual-en-pareja-homosexual.html> > [consulta: 3 octubre 2011]

3. Extensión del concepto de familia en la responsabilidad extracontractual.

En definitiva ¿cuál es el concepto o extensión apropiada de la familia al enfrentar la responsabilidad civil extracontractual? A continuación haremos un breve repaso de los diversos tipos de relaciones personales que pueden aparecer, para determinar si corresponde o no calificarlas como relaciones familiares.

3.1 La relación entre cónyuges.

Hablamos de cónyuges cuando estamos frente a un hombre y una mujer que han contraído matrimonio civil. No hay dudas de que la relación conyugal es un elemento fundamental de la familia: el estatuto matrimonial es parte esencial del Derecho de Familia y como ya señalamos, el matrimonio representa la base del concepto clásico de familia. Por ende, los daños que se ocasionen durante el matrimonio debiesen ser tratados como daños derivados de una relación familiar. Estos casos quedarán sujetos al mencionado estatuto matrimonial, especialmente para determinar los deberes de conducta y la eventual culpa de los cónyuges.

Adicionalmente, con la aprobación de la Ley N° 19.947, surgió el cuestionamiento sobre la naturaleza jurídica de la compensación económica y su eventual compatibilidad con la responsabilidad extracontractual, ya que según se acepte o no su esencia indemnizatoria, sería posible demandar al ex cónyuge culpable por todos los daños producidos durante el matrimonio, sólo por algunos, o por ninguno. Este problema se trata en profundidad más adelante⁸⁴.

3.2 La relación filial.

De acuerdo al artículo 33 del Código Civil, tienen el estado civil de hijos todas aquellas personas que tengan una filiación determinada (según las normas previstas en el Título VII del Libro I de dicho código).

⁸⁴ Véase Segunda Parte, Capítulo I: Compensación económica y daños matrimoniales.

Tal como ocurre con la relación matrimonial, no existen dudas de que la relación entre padres e hijos es constitutiva de familia, ya sea que se dé en el contexto de una familia nuclear, monoparental, ensamblada, etc.

Quizás en el pasado se podría haber dudado sobre si el deber de conducta del padre o madre frente al hijo podía cambiar según se tratara de hijos legítimos o ilegítimos, ya que esta diferencia hecha por la ley otorgaba derechos distintos a cada grupo. Pero hoy existe una regulación clara que otorga iguales derechos y trato a todos los hijos, sin distinción. Por esto, y por la importancia que presenta para nuestro derecho la relación filial, en ella no es necesario que se den elementos como la convivencia o la consecución de determinados fines para considerar a la relación filial como parte del concepto de familia frente a la responsabilidad extracontractual, lo que sí será necesario en otros casos, como veremos más adelante.

3.3 La relación entre abuelos y nietos (y otros parientes por consanguinidad).

La relación entre abuelos y nietos también queda enmarcada en el concepto de familia. Sin embargo, creemos que la relación entre abuelos y nietos se diferencia de las demás relaciones de parentesco por consanguinidad.

Esta diferencia se explicita al atender el rol que la ley otorga a los abuelos, de forma subsidiaria a los padres, para asumir ciertos deberes, como los alimentos⁸⁵ y el cuidado personal de los menores⁸⁶. Dichos deberes

⁸⁵ Artículo 232 inciso 1º Código Civil. “La obligación de alimentar y educar al hijo que carece de bienes, pasa, por la falta o insuficiencia de los padres, a sus abuelos, por una y otra línea, conjuntamente.” También: artículo 3º inciso final Ley N° 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias. “Cuando los alimentos decretados no fueren pagados o no fueren suficientes para solventar las necesidades del hijo, el alimentario podrá demandar a los abuelos, de conformidad con lo que establece el artículo 232 del Código Civil.

⁸⁶ Artículo 226 del Código Civil. “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.

En la elección de estas personas se preferirá a los consanguíneos más próximos, y sobre todo, a los ascendientes.”

tienen su contrapartida en algunos derechos que la ley les otorga en forma preferente a otros familiares, como ocurre en los órdenes de sucesión en la sucesión intestada⁸⁷.

Creemos que esta preponderancia del rol de los abuelos frente a los nietos, justificada por su mayor cercanía hacia ellos, debiese ser considerada en los casos de responsabilidad extracontractual, al momento de determinar los deberes de conducta y de evaluar la conducta del sujeto responsable, de modo que en la práctica judicial se desarrolle la exigencia de deberes de conducta más estrictos que los que se exijan a los demás parientes.

En el derecho comparado la relación entre abuelos y nietos se ha visto reforzada en los últimos años, pues se está pasando de una relación subsidiaria de los padres a una relación más directa, en que se otorgan derechos directamente a los abuelos. Un ejemplo de esto, es la aprobación de la Ley 42/2003 en España, que se ha encargado de regular el derecho de visita de los abuelos a los nietos, en caso de divorcio de los padres⁸⁸.

Por último, en las demás relaciones entre familiares en que existe un vínculo por consanguinidad, esta circunstancia debería ser considerada al momento de determinar el deber de conducta del familiar, en contraposición a los parientes por afinidad, dado que se observa que nuestra legislación considera este lazo de mayor cercanía para determinar ciertas cuestiones⁸⁹.

3.4 La relación entre otros parientes.

De acuerdo a las normas del parentesco formado por la línea y el grado, uno podría extender vastamente el concepto de familia, hacia

⁸⁷ Véase artículo 983 del Código Civil.

⁸⁸ MORETÓN Sanz, María Fernanda. Crónicas de las Jornadas sobre la Ley 42/2003, sobre relaciones abuelos y nietos [en línea] Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED. Año 2004. N° 24 < http://www.uned.es/dpto-dcivil/Proyecto%2015_2008/Cronica%20de%20Relaciones%20nietos%20abuelo.pdf > [consulta: 1º agosto 2011]

Para un caso de relación directa y regular de los abuelos en Chile, véase: Corte de Santiago. 28.08.2006. Publicado 12.10.2006 [en línea] < <http://jurischile.blogspot.com/2006/10/regulacin-de-visitas-de-menor-280806.html> > [consulta: 5 octubre 2011]

⁸⁹ Por ejemplo, véase artículo 990 del Código Civil.

familiares lejanos, con los que normalmente no se tiene una relación cercana y en la cual, por lo tanto, no se justifica una aplicación especial de la responsabilidad civil si se generase un daño que involucrara a estos familiares.

En consecuencia, es necesario limitar la relación de familia, especialmente cuando el parentesco es por afinidad: ¿Hasta qué grado de parentesco se debiese considerar que existe familia, para efectos de la aplicación de las normas de responsabilidad extracontractual?

Esta pregunta se podría dilucidar a través del artículo 992 inciso 1° contenido en las normas sobre la sucesión intestada⁹⁰, que extiende la sucesión de los colaterales hasta el sexto grado inclusive, o atendiendo a lo señalado por el artículo 7° inciso 2° de la Ley N° 19.620 sobre Adopción⁹¹, que extiende la familia de origen hasta el tercer grado en la línea colateral. En cuanto a conceptos más amplios, como el que entrega la ley N° 20.066 o el artículo 815 del Código Civil, en principio ellos se podrían aplicar sólo a los daños que se deriven de violencia intrafamiliar o del derecho de uso y habitación, respectivamente, dado el carácter especial de las normas citadas.

Lo mismo ocurre con los dos primeros artículos citados: como ambos corresponden a una materia en especial, el juez sólo podría considerarlos como un referente en el juicio de responsabilidad, que debe ser complementado con otras circunstancias especiales como la cercanía afectiva y las funciones que cumplían los parientes entre ellos, para determinar si se trata de una relación de familia o no.

⁹⁰ Artículo 992. "A falta de descendientes, ascendientes, cónyuge y hermanos, sucederán al difunto los otros colaterales de grado más próximo, sean de simple o doble conjunción, hasta el sexto grado inclusive".

⁹¹ Artículo 7° inciso 2° Ley de Adopción. "Para estos efectos, se entiende por familia de origen los parientes consanguíneos a que se refiere el artículo 14 y, a falta de ellos, a quienes tengan bajo su cuidado al menor.

Artículo 14° Ley de Adopción. "... el juez, a la brevedad posible, citará a los ascendientes y a los otros consanguíneos del menor, hasta el tercer grado en la línea colateral".

Un ejemplo sobre la delimitación de la relación familiar, que podría extenderse al concepto de familia para la responsabilidad civil, lo encontramos en un caso de violencia intrafamiliar en que una mujer denunció por este concepto a su cónyuge y la actual conviviente de éste, por la agresión psicológica que ambos habrían ejercido en su contra, a través de hostigamientos, con demandas sin fundamentos, por teléfono, correo electrónico y con mensajes a sus jefes descalificándola y acusándola de mala funcionaria y corrupta. Los hechos fueron reconocidos por los denunciados, y ambos fueron condenados.

Luego, dicha sentencia fue impugnada por un recurso de apelación en que se confirmó la sentencia de primera instancia, y finalmente por un recurso de casación en el fondo. La Corte Suprema acogió el recurso de casación, señalando que efectivamente había existido una infracción de ley que influyó en lo dispositivo del fallo, por haber extendido la aplicación del artículo 5º de la Ley Nº 20.066 a un caso no contemplado en él. De acuerdo a la Corte, “la calidad de víctima y victimarios de este tipo de actos, sólo puede darse respecto de personas que han tenido una vinculación especial, marcada por una relación de familia asociada a una vida conyugal o de convivencia y por el parentesco que la ley determina o por la circunstancia de encontrarse bajo el cuidado de un integrante de un grupo familiar”. En consecuencia, en la sentencia de reemplazo se absolvió a la conviviente del cónyuge de los hechos denunciados⁹².

3.5 Las Uniones de Hecho

3.5.1 Uniones de hecho heterosexuales

Antes de pasar al análisis sobre la pertenencia de las uniones de hecho heterosexuales al concepto de familia, debemos señalar un obstáculo anterior que impediría la persecución de la responsabilidad extracontractual en este tipo de relaciones. Efectivamente, cuando don Hernán Corral se refiere al daño en sus Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual, cuestiona que él sea resarcible en el caso de las uniones de hecho, pues tras ellas no existiría un interés

⁹² CS, 7.9.2009 [en línea] < <http://jurischile.blogspot.com/2009/11/violencia-intrafamiliar-vinculacion-que.html> > [consulta: 3 de octubre 2011]

legítimo -tutelado por el Derecho-⁹³. Así, en su concepto “no parece que pueda aceptarse la demanda del concubino que reclama indemnización de los daños causados por la ruptura unilateral de la relación concubinaria, puesto que ésta se fundamenta justamente en la libertad de las partes para poner fin en cualquier momento a la convivencia sin incurrir en responsabilidades”⁹⁴.

Ahora bien, con independencia de la opinión expresada anteriormente, cabe decir que desde la dictación del Código Civil hasta nuestros días las uniones de hecho han pasado por varias etapas. Primero se consideraban como una relación prohibida y posteriormente su carácter antijurídico fue debatido, eliminándose dicho raciocinio y quedando estas relaciones por muchos años ignoradas por el Derecho: no se sancionaban penal o civilmente por la ley, pero tampoco eran reconocidas por ella.

Así, sobre la pregunta de su inclusión en un concepto de familia para la responsabilidad extracontractual, actualmente uno podría preguntarse: ¿qué significa este silencio de la ley? En su minuto se podría haber afirmado que las relaciones de hecho heterosexuales no deberían ser parte de un concepto de familia.

Sin embargo, creemos que dicha afirmación no es posible en estos días. El gran número de uniones de hecho que existen, y las inequidades que se han generado al no reconocérseles efectos jurídicos, han movido desde hace varios años a los tribunales de justicia a ir reconociendo progresivamente algunos derechos, especialmente de carácter patrimonial.

A esto se suma su inclusión en el concepto amplio de familia que otorga la ley de Violencia Intrafamiliar, y la actual discusión que existe en el Congreso y en el mundo jurídico sobre la posibilidad de reconocer un estatuto de derechos y obligaciones para este tipo de parejas; lo que al mismo tiempo ha ido

⁹³ CORRAL Talciani, Hernán. *Ob. Cit.* P. 140.

⁹⁴ CORRAL Talciani, Hernán. *Ob. Cit.* P. 141.

otorgando el carácter de antijurídico a ciertos daños provocados dentro de este tipo de relaciones personales (y que a su vez ha quitado valor al argumento de don Hernán Corral, señalado anteriormente).

Por lo tanto, creemos que en principio la convivencia heterosexual debiese ser reconocida dentro del concepto de familia, por lo menos para efectos de aplicación de las normas de responsabilidad extracontractual.

Pero, por otro lado cabe preguntarse sobre la voluntad que se manifiesta tras la abstención de la celebración del matrimonio civil. Es decir, ¿podría ocurrir que parte de las uniones de hecho heterosexuales se crearan por la intención precisa de los convivientes de no ser sometidos al estatuto de deberes y derechos matrimoniales? ¿Qué ocurre bajo este supuesto?

Hasta antes de la publicación de la Ley N° 19.947, que incorporó en nuestro país la posibilidad de obtener el divorcio vincular ante los tribunales de justicia, un fundamento importante que encontraban las parejas heterosexuales para no contraer matrimonio era su carácter indisoluble. A esto se sumaban aquellos matrimonios que se separaban pero que no podían reflejar esta realidad en el derecho, por lo que al comenzar otra relación de convivencia estable quedaban fuera del ámbito de regulación del Derecho de Familia. Bajo esa realidad legal, el supuesto señalado en el párrafo anterior no era posible.

Pero esto cambió con la introducción del divorcio vincular, y ante el panorama legal actual pueden surgir dos opiniones. Una consiste en pensar que, ahora que en Chile existe la posibilidad del divorcio vincular, se debiese presumir que las parejas que no contraen matrimonio se pretenden sustraer de los derechos y obligaciones que la ley plantea. Por lo demás, si a estas parejas no se les reconocen derechos como los que otorga el matrimonio, tampoco resulta justo exigir de ellos determinadas conductas como la fidelidad o el deber de convivencia, por ejemplo. En consecuencia, según esta postura no se debiese incluir a estas uniones en el concepto de familia, pues se les estarían aplicando normas especiales sin considerar

su voluntad, a diferencia de lo que ocurre cuando éstas se aplican a los cónyuges, quienes sí dieron su consentimiento para someterse al estatuto matrimonial.

Pero lo cierto es que la idea de sumisión de los deberes familiares a la expresión tácita de voluntad de las personas riñe con el carácter de orden público que tienen las normas del Derecho de Familia. Además, como señalamos anteriormente, la intromisión del Estado en este tipo de relaciones se ha justificado en el tiempo, a raíz de las inequidades que se generan ante la falta de regulación expresa, y en que los mismos individuos han ido solicitando el reconocimiento de ciertos derechos familiares de manera creciente ante los tribunales de justicia.

Si bien se ha llegado a afirmar que en las uniones de hecho “la esfera personal de la relación de los convivientes debiera ser de manera consciente, eludida por una eventual regulación legal por cuanto se trata de un campo perfectamente cubierto por el ordenamiento jurídico a través de la aplicación directa de los derechos fundamentales que sientan un marco limitativo para la autonomía de los miembros de la unión de hecho”⁹⁵; desde el punto de vista de la responsabilidad civil esto nos parece insuficiente. Primero, porque sólo habría seguridad sobre su real aplicación en el marco de un procedimiento judicial. Segundo, porque dado el carácter general de los derechos fundamentales, se estarían dejando de resolver variadas situaciones concretas, que dependerán de la prudencia de cada juez. A lo que se suma el hecho que en nuestro ordenamiento jurídico las sentencias judiciales tienen un efecto relativo, por lo que se podrían generar diferentes soluciones para casos similares, afectándose el derecho de igualdad de todos quienes se encuentran en esta situación.

La segunda postura, más acorde a la realidad actual, consiste en no asumir que en la ausencia de matrimonio existe una manifestación tácita de voluntad, sino distintas circunstancias que han hecho que los

⁹⁵ TURNER, Saelzer, Susan. La unión de hecho como institución del Derecho de Familia y su régimen de efectos personales. Revista Ius et Praxis. Universidad de Talca. Año 16, N° 1, pp. 85-98. 2010. P. 95.

individuos no consideren el matrimonio como una opción viable o legítima, y por lo tanto no contraigan matrimonio. En este escenario, pareciese que es necesario ampliar el concepto de familia, y considerar ciertos deberes como aplicables a las uniones de hecho heterosexuales, especialmente para construir los deberes de conducta que se deben los convivientes. El problema se limitará, entonces a determinar cuáles deberes de conducta se deberán los convivientes, y cuáles no (la tendencia indica que se regule únicamente el aspecto patrimonial y se excluya el personal).

3.5.2 Uniones de hecho homosexuales.

Desde un punto de vista social, la regulación de las uniones de hecho homosexuales ha presentado una mayor diferencia de opiniones. Para los sectores más conservadores de nuestra sociedad, estas uniones no debiesen ser reguladas. Para otros sectores sí corresponde regularlas bajo la forma de un acuerdo de vida en común o alguna forma similar. Donde la discusión es mayor es respecto de si es posible, en Chile, incluir a las parejas homosexuales dentro del concepto de matrimonio.

Mientras estos conflictos se resuelven, cabe señalar que en nuestro concepto, las uniones de hecho homosexuales sí debiesen tener cabida en la responsabilidad civil, considerándose como relaciones familiares. En efecto, ya se consideran como tales para efectos de la Ley de Violencia Intrafamiliar⁹⁶. Además, desde el punto de vista del derecho de igualdad, no hay razones que justifiquen la consideración de las uniones de hecho heterosexuales como relaciones de familia, y no considerar como tales a las convivencias homosexuales.

⁹⁶ La Corte de Apelaciones de La Serena, en causa Rol N° 373-2006, al fallar sobre un caso de maltrato habitual en pareja homosexual, con fecha 8 de enero de 2007, señaló en su considerando 6° que “el concepto de conviviente incluye en forma extensiva, a aquel unido a otro en una relación de convivencia homosexual, a quien se considera además como integrante del grupo familiar...”, aclarando además, que “la ley no distingue si ‘quien’ tenga o haya tenido la calidad de conviviente con el autor del maltrato familiar ha de ser una persona de distinto sexo del ofendido, o puede ser del mismo sexo, por lo que no corresponde al intérprete desatender el tenor literal de la norma so pretexto de consultar su espíritu.” Véase: Corte de La Serena. 8.1.2007. Rol IC N° 373-2006 [en línea] < <http://jurischile.blogspot.com/2007/03/maltrato-habitual-en-pareja-homosexual.html> > [consulta: 3 octubre 2011]

Desde el punto de vista de la responsabilidad extracontractual, siguen manteniéndose todos los fundamentos para aplicar sus normas cuando se generen daños que merezcan ser reparados, y se cumpla con todos los elementos que la responsabilidad civil extracontractual requiere para operar. Sí se genera la duda sobre a qué normas acudir para determinar el estándar de conducta debido, pero esto podría quedar resuelto si se aprobara alguno de los proyectos de ley que se encuentran en el Congreso⁹⁷.

3.5.3 Acuerdo de Vida en Común y otras iniciativas legales para las uniones de hecho.

Si revisamos los proyectos de ley que se han presentado para regular las relaciones entre convivientes, podemos observar que ha habido un esfuerzo persistente y cada vez más frecuente por reconocer este tipo de uniones. De un universo de doce proyectos de ley analizados⁹⁸, podemos hacer las siguientes consideraciones:

- De las doce iniciativas legales, actualmente existen siete vigentes. Las otras cinco se encuentran archivadas en el Congreso Nacional.

De las vigentes:

- Todas se encuentran en su Primer Trámite Constitucional, y sólo una se inició por Mensaje Presidencial (Boletín N° 7873-07).
- Cinco se refieren a relaciones tanto homosexuales como heterosexuales, sólo a uniones heterosexuales, y una sólo a uniones homosexuales.

⁹⁷ En estos momentos, considerando especialmente el proyecto de ley que crea el Acuerdo de vida en pareja, ingresado por Mensaje del Presidente de la República, y contenido en el Boletín N° 7873-07.

⁹⁸ Hemos tenido a la vista los siguientes Proyectos de Ley: Boletín N° 3283-18 (Fomento de la no discriminación y contrato de unión civil entre personas del mismo sexo), Boletín N° 3473-07 (Establece un régimen legal para las uniones de hecho), Boletín N° 3494-07 (Establece un régimen legal para las uniones de hecho), Boletín N° 4153-18 (Establece regulación para las uniones de hecho), Boletín N° 4187-18 (Otorga a la comunidad formada por los convivientes la propiedad de los bienes adquiridos en las condiciones que indica el Boletín N° 4187-18), Boletín N° 5623-07 (Regula la celebración del contrato de unión civil y sus consecuencias patrimoniales, también llamado Proyecto de ley que crea la figura de la unión civil en los gananciales), Boletín N° 5774-18 (Regula la unión civil entre personas del mismo sexo), Boletín N° 6735-07 (Pacto de Unión Civil), Boletín N° 6846-07 (Regula los pactos de uniones civiles), Boletín N° 6955-07 (No discriminación y a favor de los derechos de las parejas del mismo sexo), Boletín N° 7011-07 (Sobre Acuerdo de Vida en Común) y Boletín 7873-07 (Crea el Acuerdo de Vida en Pareja). Todos contenidos en línea < <http://sil.senado.cl/pags/index.html> > [consulta: 6 octubre 2011]

- Cinco incluyen los conceptos de ayuda mutua y/o socorro, mientras que las otras dos guardan silencio al respecto.
- Todos establecen únicamente efectos patrimoniales, excepto el contenido en el Boletín N° 6846-07, que en su artículo 2° instaura el auxilio y socorro mutuos y “los mismos derechos y deberes que tienen los cónyuges por el hecho del matrimonio, salvo aquellos que por su naturaleza no sean compatibles con un determinado Pacto de Unión Civil.”⁹⁹

Como podemos observar, la tendencia mayoritaria es de regular únicamente los efectos patrimoniales de las uniones de hecho, dejando de lado los efectos personales, cuestión que podría cuestionar la consideración de las uniones de hecho como familia, para efectos de solicitar indemnizaciones cuando se produzca un incumplimiento de los derechos-deberes. Esto, dado que si se aprueba una ley que omita los efectos personales de las uniones de hecho, se podría argumentar que ha sido la intención del legislador que no existan más efectos que los patrimoniales.

Pero en el ínter tanto, mantenemos la idea de que en este tipo de relaciones se pueden generar daños que son indemnizables bajo el prisma de la responsabilidad familiar.

3.6 La familia ensamblada.

La familia ensamblada o reconstituida es aquella “compuesta por un matrimonio o pareja, cuyos miembros han tenido uniones matrimoniales o extramatrimoniales anteriores, y que ahora comparten un nuevo hogar con niños de sus matrimonios anteriores”¹⁰⁰ (incluimos también a los hijos de uniones anteriores).

⁹⁹ Artículo 2°. Proyecto de Ley que Regula los pactos de Uniones Civiles. Boletín N° 6846-07. Congreso Nacional [en línea] < <http://sil.senado.cl/pags/index.html> > [consulta: 7 octubre 2011]

¹⁰⁰ CAMACHO Meléndez, Iris. *Ob. Cit.* P. 219.

Cuando se trate de una familia ensamblada originada en un nuevo matrimonio, se aplicarán las normas sobre parentesco y algunas de las relaciones personales que se generen serán inequívocamente familiares. Así ocurrirá, por ejemplo, con la relación entre el nuevo marido y la madre de la nueva cónyuge, que serán parientes por afinidad en la línea recta.

Pero no existirá parentesco entre los parientes consanguíneos de uno de los esposos con los consanguíneos del otro. Así por ejemplo, “los hijos del primer matrimonio del marido y su segunda esposa (sic) serán parientes en línea recta por afinidad en primer grado entre sí, pero no serán parientes entre sí los hijos que los esposos tengan de relaciones anteriores”¹⁰¹.

Como hemos postulado, en estos casos se deberá atender a otros factores y a las circunstancias particulares del juicio de responsabilidad para saber si dichas relaciones son o no de carácter familiar. Lo mismo ocurrirá cuando la familia ensamblada se origine en una unión de hecho, dado que ésta no genera parentesco.

Por último, respecto de los nuevos hijos, los efectos no difieren si se trata de un matrimonio o una pareja, salvo en que entre ellos tendrán un vínculo de doble conjunción, y respecto de los hijos anteriores un vínculo de simple conjunción. Pero todos serán parientes por consanguinidad en la línea colateral en segundo grado.

4. Criterios o factores indiciarios de la relación de familia.

Como hemos visto a lo largo de este capítulo, no es posible establecer a priori un concepto definido y estático de familia para aplicarlo en la responsabilidad extracontractual. Por un lado, la realidad nos demuestra que las relaciones personales son dinámicas y que este dinamismo se ha ido reconociendo por el Derecho, proceso que creemos debe continuar. Por otra parte, la idea de definir caso

¹⁰¹ RAMOS PAZOS, René. *Ob. Cit.* P. 193.

a caso qué relaciones personales conforman familia y cuales no, es consecuente con el desarrollo que hasta ahora ha tenido nuestro estatuto de Responsabilidad extracontractual, y se adapta mejor a las particularidades de cada relación familiar.

Pero sí creemos necesario establecer al menos ciertos criterios mínimos a considerarse por el juez cuando se vea enfrentado a estas cuestiones.

4.1 Convivencia.

La convivencia puede generarse en varias circunstancias. Para determinarlas, nos valdremos de los conceptos de domicilio, residencia y habitación que entrega nuestra doctrina¹⁰². En primer lugar, habrá convivencia cuando el sujeto responsable y la víctima tengan el mismo domicilio, dado que estarán residiendo en el mismo lugar físico, con el ánimo de permanecer en aquel lugar¹⁰³.

En segundo lugar, cuando los sujetos comparten la misma residencia, también lo consideramos como un tipo de convivencia, ya que si bien no existe el ánimo de permanencia, las personas sí se encuentran establecidas en el mismo lugar¹⁰⁴, y no de manera momentánea, por lo que se genera, al igual que cuando se comparte el domicilio, un cierto destino común, determinado por el hecho de que si viven juntos, deben enfrentar diversos problemas y circunstancias de manera conjunta.

En el plano de las relaciones de pareja, para que exista convivencia, el mismo domicilio y/o la misma residencia, deben ir acompañados de un contenido afectivo-sexual. De este modo, queda excluida la simple comunidad de techo que se podría dar entre dos personas amigas, primos que compartiesen un departamento, personas sólo conocidas, etc.

¹⁰² VODANOVIC, Antonio. *Ob. Cit.* Pp. 235 y ss.

¹⁰³ Artículo 59 inciso 1º Código Civil. "El *domicilio* consiste en la residencia, acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella."

¹⁰⁴ VODANOVIC, Antonio. *Ob. Cit.* P. 235.

Por último, la mera habitación, es decir, “el lugar en que un sujeto permanece breve y ocasionalmente”¹⁰⁵, no se debiese considerar como un tipo de convivencia, ya que carece de la estabilidad que encierra este concepto.

La convivencia debe ser el primer factor a considerar para calificar una relación interpersonal de familiar, pues en nuestro Derecho de Familia es un elemento muy importante: se trata de uno de los fines del matrimonio (artículo 102 Código Civil) y de la forma natural de cumplir con el deber de cuidado de los hijos. Además, la convivencia se considera como un elemento para calificar ciertas situaciones como violencia intrafamiliar. Por otro lado, el hecho de que la convivencia no concurra en las relaciones familiares, no limita la posibilidad de acudir a los demás criterios indiciarios de familia.

4.2 Presencia de funciones familiares.

El segundo criterio a considerar es la existencia o la ausencia del cumplimiento de funciones familiares. A modo de ejemplo, se pueden citar como funciones de la familia las que señala don Raúl Serrano Geys, que son¹⁰⁶:

- Regulación del instinto o impulso sexual
- Procreación
- Protección, educación y socialización de los hijos
- Fijación del estado civil de las personas
- Creación y sostenimiento de lazos afectivos
- Producción económica y consumo
- Protección de los ancianos, los indigentes y los enfermos
- Celebración de actividades sociales, recreacionales y religiosas.

Nos parece que este sustrato sociológico, en el juicio de responsabilidad necesariamente deberá integrarse con el cumplimiento de los

¹⁰⁵ VODANOVIC, Antonio. *Ob. Cit.* P. 243.

¹⁰⁶ CAMACHO Meléndez, Iris. *Ob. Cit.* P. 220.

derechos y especialmente de los deberes que la ley establece para los familiares en sus distintos grados de cercanía, pues dicho cumplimiento será un real reflejo de la dinámica que se da entre el sujeto responsable y la víctima.

En nuestro Derecho también encontramos un antecedente de función familiar, aunque exiguo, en el concepto de familia de origen que da la ley de adopción, la cual señala que a falta de ciertos parientes, se considerará como familia de origen “a quienes tengan bajo su cuidado al menor”¹⁰⁷.

En todo caso, al mirar estos factores indiciarios de familia no bastará con que se encuentre sólo una función, sino que deben darse varias. De lo contrario, por ejemplo, se podría llegar al extremo de afirmar que quienes cuidan a menores en hogares (públicos o privados), son familiares sólo porque cumplen un rol familiar de cuidado.

Por último, creemos que al atenderse a las funciones que cumple un grupo determinado, se complementa y corrige la aplicación del criterio de convivencia, pues podría ocurrir que en algunos casos no exista convivencia pero sí se tenga un rol preponderante en la vida de la víctima, que consista en un cuidado o dependencia de tipo familiar.

¹⁰⁷ Artículo 7º inciso 2º Ley Nº 19.620, Sobre Adopción.

CAPÍTULO III

LA CULPABILIDAD FRENTE A LOS DAÑOS FAMILIARES

Recordemos que en la responsabilidad extracontractual entendemos que una conducta es antijurídica o ilícita cuando “es susceptible de un juicio negativo de valor”¹⁰⁸, lo que ocurre en dos situaciones. Primero, cuando ha habido intención de causar un daño a otro, caso en que la antijuridicidad tomará la forma de dolo; y segundo, cuando la conducta se realiza sin intención de dañar a otro pero transgrediendo algún deber de cuidado, caso en el cual la antijuridicidad se configurará a través del concepto de culpa. Respecto de dolo, no se vislumbran otras características en su aplicación a los daños familiares que cuando se aplica a otras materias. Pero la culpa sí genera varias preguntas que desarrollaremos a continuación.

1. Determinación del deber de cuidado en el ámbito familiar.

De acuerdo a don Enrique Barros, la determinación de los deberes de cuidado es principalmente tarea del legislador, quien, sin embargo, no ha pretendido crear un catálogo de deberes, sino que sólo se ha concentrado en aquellas actividades que son más riesgosas¹⁰⁹.

Por lo tanto, si bien se establece una norma general por la cual cada persona debe comportarse de modo que no genere un daño a otro (evitando o disminuyendo los riesgos del modo en que un hombre razonable lo haría), quien verdaderamente establece el estándar de diligencia en cada caso determinado será el juez.

¹⁰⁸ BARROS Bourie, Enrique. *Ob. Cit.* P. 75.

¹⁰⁹ BARROS Bourie, Enrique. *Ob. Cit.* P. 95.

El juez puede establecer el deber de cuidado considerando la legislación, los usos normativos y el estándar genérico del hombre diligente¹¹⁰.

1.1 Legislación.

Nuestro Código Civil entrega los elementos necesarios para la definición de los deberes de conducta en las relaciones que se derivan del matrimonio y de la filiación. Ahí la ley establece reglas claras sobre los derechos y deberes que deben respetarse, y a través de ellos es posible establecer un claro modo de comportamiento exigible a determinados familiares, y que tiene un contenido específico que se justifica en la peculiaridad de las relaciones de familia (como el deber de fidelidad en el matrimonio, o el deber de obediencia de los hijos hacia sus padres). Recordemos que si se trata de un deber de conducta determinado que ha sido infringido, nos encontraremos en un caso de culpa infraccional¹¹¹. Si por el contrario, el deber de conducta no es determinado, al juez no le bastará con acudir a la legislación para especificarlo.

Así también ocurrirá con todas aquellas relaciones de familia y deberes sobre los cuales la ley no se pronuncie: el juez igualmente deberá determinar el deber de cuidado, en específico, para lo cual dispondrá de los medios que a continuación se examinan.

1.2 Usos Normativos.

Los usos normativos han sido definidos por la doctrina como “aquellas reglas reconocidas espontáneamente como expresión de un buen comportamiento y de aquello que usualmente se tiene por debido y que se expresan en expectativas de seguridad dentro de cada tipo de actividad”¹¹². Como ejemplo de usos normativos podemos encontrar los códigos de ética y de buena

¹¹⁰ BARROS Bourie, Enrique. *Ob. Cit.* P. 97.

¹¹¹ Véase Primera Parte, Capítulo I, acápite 4º.

¹¹² BARROS Bourie, Enrique. *Ob. Cit.* P. 104.

conducta, las buenas prácticas empresariales, reglas profesionales y los reglamentos que rigen los deportes o juegos de destreza corporal¹¹³.

Sin embargo, los usos normativos muchas veces son imprecisos y difíciles de probar, dadas las grandes diferencias que existen en nuestra sociedad¹¹⁴. Mirando el ámbito de los daños derivados de las relaciones de familia, esto indudablemente se repite, pues el comportamiento de los familiares puede variar considerablemente en cada familia, lo que redundaría en una falta de homogeneidad de los cuidados que se espera se tengan dentro del ámbito familiar, y por lo tanto es muy difícil establecer cuándo existe una convicción extendida respecto de cuáles son esos cuidados, y cuándo no.

A esto se suma el hecho de que estos usos o hábitos no tienen fuerza obligatoria, por lo que el juez puede prescindir de ellos si considera que, de acuerdo al estándar del hombre/familiar razonable, éste hubiese actuado de la misma manera en las mismas circunstancias, o si, al contrario, hubiese tomado mayores medidas que las que el uso normativo indicaba¹¹⁵.

En otras palabras, creemos que la formación de usos normativos en el espacio familiar tendrá un bajo desarrollo en nuestros tribunales de justicia, sin perjuicio de que puedan existir casos en que los usos normativos sí se logren probar en el proceso. Pero, probablemente, el elemento más relevante será la determinación del deber de conducta por el juez.

1.3 Estándar genérico del hombre diligente.

En consecuencia, el juez se verá muchas veces en la necesidad de construir prudencialmente los deberes de cuidado al analizar cada caso de responsabilidad extracontractual, para lo cual deberá acudir al estándar de la persona -y en este caso el familiar- diligente.

¹¹³ BARROS Bourie, Enrique, *Ibíd.*; ALESSANDRI Rodríguez, Arturo. *Ob. Cit.* P. 182.

¹¹⁴ BARROS Bourie, Enrique. *Ob. Cit.* P. 105.

¹¹⁵ ALESSANDRI Rodríguez, Arturo. *Ob. Cit.* P. 181.

Entre los criterios a los que acude el juez para la determinación prudencial del deber de cuidado, como la probabilidad del daño, o la intensidad de éste, se utiliza también el del tipo de relación entre el autor del daño y la víctima¹¹⁶. Creemos que en caso de los daños derivados de relaciones familiares, esta característica debiese considerarse al momento de evaluar el deber de cuidado en abstracto, y no cuando se aplica en concreto.¹¹⁷

2. Estándar de diligencia debida en las relaciones de familia.

2.1 Contexto.

La regla general en este tipo de responsabilidad es que el nivel de diligencia debida sea el del hombre prudente y razonable, estándar que se aprecia considerando lo que cualquier hombre razonable hubiese hecho en una determinada situación.

Pero, ¿qué ocurre con los daños derivados de las relaciones familiares? ¿Se mantiene la idea del hombre medio cuando nos enfrentamos al Derecho de Familia, o este parámetro debiese ser modificado?

La raíz de este cuestionamiento se encuentra en las particularidades que presentan las relaciones de familia, especialmente en la víctima y el sujeto responsable que son familiares entre sí, versus la víctima y el sujeto responsable que no lo son. Efectivamente, las relaciones de familia poseen una naturaleza particular, ya que existe una mayor cercanía física y afectiva entre los miembros involucrados. La cercanía física se da por el trato cotidiano y en aquellos casos en que se vive en un mismo lugar. La cercanía afectiva, por su parte, se sustenta en el hecho que hay un conocimiento de las eventuales víctimas y responsables, que es previo a la ocurrencia del hecho dañoso, donde existen historias

¹¹⁶ BARROS Bourie, Enrique. *Ob. Cit.* P. 118.

¹¹⁷ Esta materia se explica en el N° 3 de este Capítulo II: La apreciación en abstracto y determinación en concreto de la culpa.

comunes y a veces también actos jurídicos de familia que median sus relaciones, como el reconocimiento de hijos o la celebración de matrimonios. A esto se suma la perspectiva de que luego de ocurrido el daño dichas relaciones seguirán existiendo, con independencia de la voluntad de las partes involucradas.

Frente a esta realidad, se generan impresiones contradictorias, que pueden crear confusión respecto del nivel de cuidados que se puede esperar del otro miembro de la familia. Por una parte, existe una sensación de que el cuidado que se debe tener en el desenvolvimiento diario de los sujetos que conforman la familia puede ser menor, dado que en la esfera privada que rodea a la familia hay un sentido de mayor libertad de acción que se traduce en un relajo de las precauciones que toman los individuos normalmente. Por otra parte, la conciencia de que este tipo de relaciones es especial puede llevar a la idea contraria, consistente en que cuando se trate de relaciones familiares, se debe tener un cuidado mayor que en el resto de las relaciones humanas.

Finalmente, adherimos a las palabras de Graciela Medina, que reflexiona respecto de los daños por divorcio: “la cuestión es importante por sus resultados prácticos. Si admitimos que cualquier culpa da lugar a resarcimiento, todo proceso de divorcio contradictorio daría lugar a una acción de daños y perjuicios; de admitirse sólo la culpa grave como factor de atribución, podrían quedar sin reparar daños de gran magnitud”¹¹⁸. A continuación analizaremos estas posibilidades.

2.2 Niveles de diligencia debida.

2.2.1 Se debe responder sólo cuando la conducta se ha realizado con gravísima negligencia.

¹¹⁸ MEDINA, Graciela. *Ob. Cit.* Pp. 82. Nótese que la autora hace referencia sólo a la culpa grave y a la culpa leve (por lo tanto, en Argentina estaríamos asistiendo a dos estándares de cuidado distintos). En consecuencia, podemos observar que a lo menos en la responsabilidad extracontractual del ordenamiento argentino, no hay graduación de la culpa. Pero la autora sostiene que en los daños en el Derecho de Familia, sí se debiese hacer una graduación, y se debiese indemnizar sólo cuando exista "culpa grave" o dolo, y no cuando haya sólo "culpa leve".

Es decir, se exige una mínima diligencia al sujeto que causa el daño. Esta postura se funda en lo siguiente:

a) Primero, como señalamos, en las relaciones de familia la persona suele relajar su estándar de cuidado, pues está rodeado de sus personas más cercanas y se encuentra en un ambiente de confianza, a diferencia de lo que ocurre cuando hay terceros involucrados. Según Gabriel Hernández, “algunos autores llegan a plantear que el grado de diligencia que se le debe exigir a las personas al interior de la dinámica familiar es muy distinto (más bajo) que el que se le debe exigir a las personas en el ámbito de las relaciones sociales y de negocios, toda vez que las personas, al interior de una familia, actúan de manera más “relajada”, más laxa, más espontánea, muchas veces apasionadamente, cumpliendo con estándares o parámetros de cuidado mucho más atenuados que los que utilizan en sus relaciones con el resto de las personas.”¹¹⁹

b) Segundo, porque aceptar la aplicación de un estándar de conducta más exigente que éste puede implicar una expansión desmedida de la responsabilidad civil extracontractual y afectar el normal desenvolvimiento de la vida familiar, causado por una excesiva judicialización de los problemas familiares.

c) Además, esta postura se ha aceptado en el Derecho Comparado. En Alemania, los párrafos 1359 y 1664 del BGB -que tratan sobre el cumplimiento de los deberes matrimoniales y paterno-filiales de los cónyuges y padres- permiten limitar la responsabilidad al dolo y a la culpa grave. El mismo criterio se sigue en los artículos 1396 y 1531 del Código Civil griego.¹²⁰

Sin embargo, nos parece que no es aceptable que, si respecto de todas las relaciones humanas el sujeto deba comportarse con una mediana diligencia, respecto de las relaciones familiares en cambio, responda por un nivel de conducta menos exigente. Por ejemplo, no es razonable exigir a un hombre

¹¹⁹ HERNÁNDEZ, Gabriel. *Ob. Cit.* P. 10

¹²⁰ FERRER, Josep. *Ob. Cit.* Pp. 4 y 5.

una mayor diligencia respecto de sus vecinos o cualquier tercero, que respecto de su cónyuge o de sus propios hijos o padres.

2.2.2 Se debe responder siempre que no se haya actuado con la más alta diligencia.

Esto equivale a pedir a los miembros del grupo familiar que entre ellos haya el estándar más elevado de conducta, lo que se puede justificar por las siguientes razones:

a) En las relaciones de familia existe un vínculo de afecto que no puede ser ignorado, y que debe influir en el comportamiento del sujeto, especialmente al desenvolverse con ellos. Así, es plausible exigir una conducta de mayor diligencia a un sujeto cuando es padre de la víctima, que cuando no tienen relación alguna.

b) Además, a diferencia de la mayoría de las situaciones que generan responsabilidad extracontractual, en este caso los daños se producen entre dos personas que se encuentran sujetas a un vínculo jurídico que encierra derechos y deberes. Esta diferencia debe ser considerada, y esto se plasma en la exigencia de una mayor diligencia.

c) Es con las personas con las que el sujeto se relaciona más frecuentemente con las que tiene mayor probabilidad de infligir o sufrir daños, dado que comparten más tiempo y lugares comunes, por lo que el sujeto debiese tener un cuidado mayor en su comportamiento.

d) El principio de reparación integral del daño no se cumple a cabalidad si no se aplica este tipo de culpa, pues se excluirían muchos daños de una posible reparación.

Nuevamente, creemos que los argumentos expuestos no son suficientes para asumir que el nivel de diligencia debe ser más alto en los casos de daños derivados de relaciones de familia. En primer lugar, porque aceptar tal estándar de diligencia abre paso a la confusión del fin reparatorio de la

responsabilidad civil, que es su fin principal, con otros que hoy han perdido vigencia, como el fin punitivo¹²¹.

Además, los vínculos familiares no siempre suponen la existencia ni la vigencia del afecto entre las personas que pertenecen a un mismo grupo familiar, y que eventualmente podrían justificar una demanda de mayor diligencia. Si bien esto es lo deseable, no es lo exigible de acuerdo al derecho, que sólo requiere que se cumpla con los deberes que se establecen, por ejemplo, a partir de los estatutos de filiación y del matrimonio.

2.2.3 El estándar de conducta aplicable a los daños derivados de las relaciones de familia debe ser el del hombre medio razonable.

Esto, dado que ninguna de las alternativas propuestas justifica un cambio de la regla general.

a) Efectivamente, y tal como señalamos al comienzo de este acápite, la regla general y supletoria en responsabilidad civil extracontractual es que se debe responder cuando se ha infringido el nivel de cuidado del hombre medio. Éste es el que se aplica en todos aquellos casos en que la ley no señale otra cosa, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual: de acuerdo al artículo 44 inciso 3° del Código Civil, "... Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve..." Por lo tanto, el sujeto será responsable cuando haya incurrido en culpa leve¹²², o no se haya comportado con una diligencia o cuidado ordinarios (con el que cualquier sujeto, que ocupe el mismo lugar en la familia, en esa misma situación se hubiese comportado).

¹²¹ Las razones para considerar al fin reparatorio como el principal de la responsabilidad extracontractual ya se han señalado en este trabajo. Véase acápite 3.3, capítulo 1.

¹²² Esta memoria adscribe a la tesis según la cual los conceptos dados por el artículo 44 de nuestro Código Civil pueden aplicarse también a la responsabilidad civil extracontractual, sin que esto signifique que en ella se responde hasta de culpa levísima. El estándar de conducta en este tipo de responsabilidad será el del hombre medio razonable, y no el del hombre juicioso que emplea una esmerada diligencia. *Cfr.* ALESSANDRI Rodríguez, Arturo. *Ob. Cit.* P. 48: "En materia delictual y cuasidelictual, en cambio, la culpa no admite graduación: toda falta de diligencia o cuidado, por levísima que sea, engendra responsabilidad. *In lege Aquilia et levissima culpa venit.*"

b) A esto se debe agregar que el mismo Código Civil ilustra a la culpa leve como aquella falta de diligencia que hubiese tenido “el buen padre de familia”. Es decir, la ley establece como el paradigma de la exigencia normal al buen padre de familia, y esta misma expresión ha sido usada reiteradamente a lo largo de todo el desarrollo de la responsabilidad civil extracontractual. ¿Por qué razones podríamos ahora decidir que dicha imagen no se condice con la exigencia que debe darse en las relaciones de familia, si es la que se ha aplicado siempre a todos los conflictos en que el ordenamiento jurídico no ha señalado una norma distinta?

3. La apreciación en abstracto y determinación en concreto de la culpa.

La apreciación en abstracto y determinación en concreto de la culpa está íntimamente ligada a los deberes de cuidado que impone nuestro ordenamiento jurídico, pues es la manera de aterrizar en el caso concreto el deber general de conducta.

La apreciación en abstracto de la culpa consiste en comparar la conducta del sujeto con lo que cualquier sujeto hubiese hecho en las mismas circunstancias. Pero esto, llevado a áreas especiales de la responsabilidad civil, como la responsabilidad médica o la responsabilidad del capitán de una nave, corresponde a comparar la conducta del doctor o del capitán con lo que cualquier doctor o capitán hubiesen hecho en el mismo caso. Esta adaptación de la apreciación en abstracto de la culpa se justifica por la especialidad de las normas que rigen la conducta del sujeto responsable. En el ejemplo, un médico debe seguir determinados protocolos, al igual que un capitán de barco debe cumplir con las obligaciones específicas que le señala la ley.

En los casos de familia, si bien su regulación no requiere del mismo desarrollo y exactitud que los ejemplos citados, y por lo tanto no es tan expresa, creemos que en los deberes morales sí encontramos suficientes normas que justifican un trato especial de estas materias frente a la responsabilidad

extracontractual, y por lo tanto, el análisis deberá hacerse tomando como referencia a los sujetos colocados en el rol familiar que corresponda evaluar.

Así, por ejemplo, corresponderá evaluar la conducta de la madre, no con lo que hubiese hecho “la generalidad de las personas en la misma situación”, sino lo que hubiese hecho “la generalidad de las madres en dicha situación”.

Y respecto de la determinación en concreto de la culpa, ella también jugará un rol importante en el análisis sobre la culpabilidad de un determinado caso. La determinación en concreto de la culpa consiste en evaluar las circunstancias que rodearon al caso en particular¹²³, lo que completa el análisis sobre el cumplimiento del deber de cuidado que debe hacer el juez. En esta etapa se deben incluir todas las peculiaridades y circunstancias en que se desenvuelve la familia, así como la forma en que se constituye, que puedan influir en la apreciación del juez respecto de la culpabilidad.

El análisis en concreto de la culpa adquiere importancia por la flexibilidad que otorga al análisis de los casos de daños derivados de relaciones familiares, sobretudo si se consideran las grandes diferencias que podemos encontrar en nuestro país entre cada familia. Por ejemplo, en un caso de violencia intrafamiliar, las circunstancias cambian si quien ejerce la violencia contra un menor es una persona que no completó la educación básica, frente a un doctor o un psicólogo, quienes en razón de sus estudios se encuentran mejor capacitados para prever el daño que puede generar su conducta.

Otro caso que podemos señalar al respecto, que resalta la importancia del análisis en abstracto y en concreto, se encuentra en un recurso de nulidad acogido por la Corte de Apelaciones de Arica, por el cual se absolvió a una mujer aymará, que había sido condenada por abandono de menor de 10 años en lugar solitario. Efectivamente, la mujer extravió a su hijo en la pampa,

¹²³ BARROS Bourie, Enrique. *Ob. Cit.* P. 84 y ss.

mientras se encontraban realizando labores de pastoreo. El menor tenía 3 años y 11 meses, y su cuerpo fue encontrado un año después¹²⁴. Si trasladásemos este caso a la responsabilidad civil, y algún interesado demandase a la madre por los daños sufridos por la muerte del menor, su deber de cuidado se debería establecer no sólo atendiendo al cuidado que cualquier madre hubiese tenido en esas circunstancias (determinando quizás, incluso, que buena parte de las madres en Chile no llevarían a sus hijos a un lugar despoblado), sino considerando también el hecho que se trataba de una familia aymará, y que en dicha cultura existe la costumbre de pastorear junto a los niños.

Sin embargo, la consideración de las circunstancias especiales debe tener un límite. Si no, se puede llegar a consecuencias extremas y otorgar una indemnización en circunstancias de gran exigencia para el sujeto responsable, como podría ser el caso del hijo adolescente de padres recién separados, en estado depresivo, que una noche se suicida. Se podría afirmar que dada la condición familiar el padre debió tener una mayor atención hacia el menor, al punto de dejar bajo llave cuchillos, pastillas y otros elementos que pudiesen representar un peligro para su hijo (en el entendido que es la primera vez que el menor intentase un suicidio, pues de lo contrario cambian las circunstancias). Y en el caso de la mujer aymará, podría llegar a exigirse que no se realizaran las labores de pastoreo con niños, lo que sería contrario a su cultura, y cuyo cumplimiento le podría generar un costo muy alto en consideración a sus ingresos, como por ejemplo tener que viajar a algún pueblo cercano cada vez que fuese a pastorear, para dejar al menor en un jardín infantil o bajo el cuidado de alguna persona de confianza.

Por el lado contrario, el análisis exagerado del aspecto concreto de la culpa puede resultar en la negación de la reparación de los daños por una excesiva consideración de las particularidades del victimario. Por ejemplo, siguiendo el caso dado sobre violencia intrafamiliar, se podría llegar a afirmar que si el padre no tuvo educación, se encuentra en una situación de pobreza, sin trabajo y con problemas de carácter psicológico, sería menos reprochable la violencia

¹²⁴ Corte de Arica. 30.8.2010 [en línea] < www.vlex.cl > [consulta: 14 julio 2011]

ejercida contra el hijo, cosa que en nuestra opinión no debiese ser jurídicamente tolerable.

En todo caso, el límite de lo abstracto y lo concreto de la culpa es una cuestión de difícil solución, que escapa los propósitos de este trabajo, pues se trata de una pregunta que se puede hacer en todo el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual.

CAPÍTULO IV

LA OMISIÓN COMO FUENTE DE RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO DE FAMILIA

1. Introducción.

El primer elemento que debe concurrir para que nos encontremos frente a un caso de responsabilidad civil extracontractual es la existencia de un hecho voluntario, es decir, que haya habido una acción u omisión realizada con libertad. Recordemos que doctrinalmente este elemento se compone de dos dimensiones¹²⁵: una material o externa, que equivale a la conducta desplegada por el sujeto, y una subjetiva o interna, que se refiere a la voluntariedad.

La fase material o externa representa a la acción u omisión desplegada por el sujeto. En los casos de daños producidos con ocasión de relaciones familiares, si la conducta dañosa es positiva (es decir, consiste en una acción), el juicio de responsabilidad se realizará sin mayor alteración de las reglas generales sobre la responsabilidad civil extracontractual.

Pero frente a la omisión como fase externa del hecho imputable, creemos que ella puede tener un rol preponderante o una mayor aplicación en los daños derivados de las relaciones de familia, por lo que es necesario abordarla de manera especial. Para ello, haremos referencia a la distinción que hace don Enrique Barros al tratar la culpa por omisión, quien señala que ésta puede darse como una “omisión en la acción”, o como una “omisión propiamente tal”¹²⁶.

¹²⁵ BARROS Bourie, Enrique. *Ob. Cit.* P. 63.

¹²⁶ BARROS Bourie, Enrique. *Ob. Cit.* Pp. 125 y ss. Nota: no debe confundirse este concepto con el de delito de acción por omisión, perteneciente al Derecho Penal. Barros plantea esta diferencia basándose en que la acción se genera un riesgo, mientras que en la omisión se debe evitar un riesgo cuyo origen es independiente del sujeto.

2. Omisión en la acción.

La “omisión en la acción” se refiere a aquellos casos en que el sujeto omite tomar las precauciones que las circunstancias exigían para evitar el daño¹²⁷. En el fondo, se trata aquí de un incumplimiento de la diligencia debida, por lo que el análisis de este tipo de omisión se puede subsumir en aquél sobre la culpabilidad, sin que se encuentren diferencias respecto de la aplicación de las normas generales.

3. Omisión propiamente tal.

Respecto de la “omisión propiamente tal”, Barros señala que ella se da cuando “frente a un riesgo autónomo, independiente de la conducta del agente, éste no actúa para evitar el daño o para disminuir sus efectos, pudiendo hacerlo”¹²⁸, y que, en general, existen tres fuentes de responsabilidad por omisión: la omisión dolosa, la culpa infraccional por omisión, y la culpa por omisión de construcción judicial. Esta última comprende la idea que, para que la omisión sea reprochable, ha de haber existido un deber jurídico de actuar en beneficio del otro.

La omisión dolosa y la omisión en la acción, en principio no presentan una aplicación diferenciada para los llamados daños familiares. En consecuencia, ahondaremos aquí en sólo dos de las formas en que se podría presentar la omisión como una fuente de responsabilidad por los daños derivados de las relaciones de familia: la culpa infraccional por omisión y la construcción judicial de la culpa por omisión.

3.1 Culpa infraccional por omisión.

Es aquella que se presenta cuando el sujeto ha transgredido alguna norma jurídica que le imponía un deber de actuar positivamente, en este caso, a favor de algún familiar.

¹²⁷ BARROS Bourie, Enrique. *Ibíd.*

¹²⁸ BARROS Bourie, Enrique. *Ob. Cit.* P. 126.

En primer lugar, recordemos que en general la doctrina hace alusión al artículo 494 N° 13 y 14 del Código Penal, señalando que las situaciones ahí descritas se pueden aplicar como casos de responsabilidad civil. Cabe señalar que si a través de la norma indicada se puede hacer responsable a un sujeto que no tiene ninguna relación con la víctima, con mayor razón se podrá responsabilizar al sujeto cuando entre él y la víctima medie una relación de familia.¹²⁹ Como se trata de culpa infraccional, la sola prueba de la infracción del deber legal de actuar será suficiente para dar por acreditada la culpa en el juicio de responsabilidad¹³⁰, y –en nuestra opinión- siempre que el deber legal de actuar contenga una acción específica¹³¹.

En segundo lugar, en materia de familia existen casos de deberes jurídicos de actuar a favor de otro familiar que se regulan expresamente por la ley. Reconocerlos es de gran importancia, por la razón señalada en el párrafo anterior: en estos casos bastaría probar la infracción del deber para que quede configurada la culpabilidad.

Habiendo hecho revisión de los principales cuerpos normativos que componen el Derecho de Familia¹³², encontramos varias disposiciones que contienen expresamente un deber jurídico de actuar a favor de un familiar, las cuales varían en cuanto a la especificidad de la conducta que se exige. Primero expondremos aquellas normas que establecen una conducta específica y unívoca:

¹²⁹ Artículo 494 Código Penal: “Sufrirán la pena de multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales: 13. El que encontrando perdido o abandonado a un menor de siete años no lo entregare a su familia o no lo recogiere o depositare en lugar seguro, dando cuenta a la autoridad en los dos últimos casos. 14. El que no socorriere o auxiliare a una persona que encontrare en despoblado herida, maltratada o en peligro de perecer, cuando pudiese hacerlo sin detrimento propio.”

¹³⁰ BARROS Bourie, Enrique. *Ob. Cit.* P. 127; RODRÍGUEZ Grez, Pablo. *Ob. Cit.* Pp. 144 y 183; ALESSANDRI Rodríguez, Arturo. *Ob. Cit.* P. 175. Para una opinión diferente, *Cfr.* CORRAL Talciani. *Ob. Cit.* Pp. 119 y ss.

¹³¹ Véase la Primera Parte, Capítulo I, Acápites 4.

¹³² Para este listado fueron revisadas las siguientes normas: Código Civil, Ley N° 16.618 de Menores, Ley N° 14.908 sobre Abandono de familia y Pago de pensiones alimenticias, Ley N° 20.066 de Violencia Intrafamiliar, Ley N° 19.947 de Matrimonio Civil, y Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia y Ley N° 19.620 sobre Adopción.

3.1.1 Artículo 124 Código Civil.

“El que teniendo hijos de precedente matrimonio bajo su patria potestad, o bajo su tutela o curaduría, quisiere volver a casarse deberá proceder al inventario solemne de los bienes que esté administrando y les pertenezcan como herederos de su cónyuge difunto o con cualquier otro título...”

El objeto de la norma recién citada es proteger los bienes del hijo o pupilo, que con el matrimonio podrían sufrir daños o disminuciones debido a una mala administración del padre, madre, tutor o curador. Si se infringe el deber de realizar inventario solemne, el Código Civil establece como sanción la pérdida de los derechos sucesorios para el sujeto obligado (artículo 127 del Código Civil). Pero adicionalmente, si el patrimonio del menor o pupilo sufriese algún daño, creemos que el sujeto obligado podría ser hecho responsable de acuerdo a las normas generales de responsabilidad civil extracontractual. En dicho caso, dado que existe un deber de actuar específico que ha establecido la ley, bastaría probar la omisión del inventario para que se dé por establecida la culpabilidad.

3.1.2 Artículo 136 Código Civil.

“Los cónyuges serán obligados a suministrarse los auxilios que necesiten para sus acciones o defensas judiciales. El marido deberá, además, si está casado en sociedad conyugal, proveer a la mujer de las expensas para la litis que ésta siga en su contra, si no tiene los bienes a que se refieren los artículos 150, 166 y 167, o ellos fueren insuficientes.”

La conducta establecida pretende proteger al cónyuge más débil, en caso que necesite presentarse ante tribunales como demandante o demandado. Si bien la norma no señala el modo en que debe entregarse el auxilio, éste se puede dar de formas muy acotadas, como a través de la entrega de dinero o del pago de un abogado, por lo que igualmente se debe considerar como una acción específica. Así, de producirse un daño, que en este caso consistiría en la indefensión del cónyuge no obligado, bastaría con probar el incumplimiento de la

obligación de dar expensas para la litis, para que quedase configurado el elemento de culpabilidad en el juicio sobre responsabilidad.

3.1.3 Artículo 84 inciso 2° Ley N° 19.968 (Crea los Tribunales de Familia).

Respecto de la obligación de denunciar hechos que pudieren constituir violencia intrafamiliar, esta disposición señala que dicha obligación "... recae sobre quienes ejercen el cuidado personal de aquellos que en razón de su edad, incapacidad u otra condición similar, no pudieren formular por sí mismos la respectiva denuncia".

En este caso, la obligación se puede referir tanto a miembros de la familia, como a otras personas que se encuentren en la situación descrita. Nuevamente, se trata de una conducta clara y específica, por lo que en un juicio de responsabilidad civil extracontractual bastaría probar el incumplimiento para que se configurara el requisito de culpabilidad.

Además de las disposiciones analizadas, en el Derecho de Familia se encuentran disposiciones que contienen el deber de actuar a favor de un familiar, pero cuyo contenido es amplio o indeterminado:

3.1.4 Artículo 131 Código Civil.

"Los cónyuges están obligados a guardarse fe, a socorrerse y a ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida. El marido y la mujer se deben respeto y protección recíprocos".

Entre las sanciones que establece la ley por incumplir estos deberes, se encuentra la establecida en el artículo 54 N° 2 de la Ley de Matrimonio Civil, que establece como causal de divorcio a la transgresión grave y reiterada del deber de socorro. También se halla el artículo 55 inciso 3° de la misma ley, que instituye la posibilidad de enervar la acción de divorcio por voluntad unilateral cuando el juez verifique que el demandante no ha dado cumplimiento reiterado a su

obligación de alimentos respecto del cónyuge demandado y de los hijos comunes, pudiendo hacerlo, durante el cese de la convivencia.

3.1.5 Artículo 134 Código Civil.

“El marido y la mujer deben proveer a las necesidades de la familia común, atendiendo a sus facultades económicas y al régimen de bienes que entre ellos medie...”, al que se suma el Artículo 160 CC, que establece que “En el estado de separación, ambos cónyuges deben proveer a las necesidades de la familia común a proporción de sus facultades...”

3.1.6 Artículo 222 inciso 2° Código Civil.

“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”

En los últimos casos señalados, los deberes exigidos pueden ser cumplidos a través de varias conductas, que no serán necesariamente excluyentes entre sí. Por ejemplo, al velar por el interés superior del menor, los padres pueden tener diferentes criterios, que sean igualmente razonables: educarlo o no en un colegio de alguna confesión religiosa, elegir entre la educación pública y la privada, elegir entre terapias convencionales o alternativas de salud, etc. Eventualmente, dependiendo de las circunstancias, se podría considerar que al tomar una decisión determinada se transgredió el estándar de conducta exigible al padre o madre.

Y considerando que, como señalábamos, en estos casos bastaría la sola prueba de la infracción del deber legal de actuar para dar por acreditada la culpabilidad, se observa que las obligaciones señaladas son tan amplias que darles ese efecto por su sola infracción (que no sería clara o de perogrullo), atenta en contra de la certeza jurídica que debe regir a nuestro sistema jurídico.

Por lo tanto, en este tipo de casos, en que no se encuentran deberes específicos de actuar a favor de otro, no debiese bastar con probar la omisión del deber para que quede configurada la culpabilidad, sino que será necesario complementar el análisis de la omisión con el del estándar de conducta debido, ya que es el modo más razonable y plausible de dar un contenido específico a las normas que establecen conductas genéricas¹³³. En estos casos, se acudirá al modo que explicaremos a continuación: el juez deberá construir el deber de conducta y analizar si la omisión consistió o no en un hecho imputable, caso a caso.

3.2 Construcción judicial de culpa por omisión.

Aquí se agrupan aquellas situaciones en que no existe una ley que establezca un deber de conducta determinado, pero en que éste puede ser construido por el juez, basándose en determinadas circunstancias, principios y normas.

Tal como señalamos respecto de la culpa infraccional por omisión, la doctrina suele establecer una relación entre este tipo de omisión y la posición de garante que existe en el Derecho Penal, en los artículos 494 N° 13 y N° 14 del Código Penal¹³⁴. Dado que el Derecho Civil no se encuentra sujeto al principio de tipicidad, en general, existe consenso en que dichos casos pueden ser aplicados como fuente de responsabilidad en el ámbito del derecho civil, y además pueden servir de criterios para la construcción judicial de la culpa.

Sin embargo, dicha aplicación debe hacerse con limitaciones, ya que si no, se corre el riesgo de amenazar en exceso la libertad personal¹³⁵. Efectivamente, si se comienza a obligar a las personas a proteger a terceros o a familiares, a través de deberes de conducta que son indeterminados (o que se determinan *ex post*, durante el juicio de responsabilidad), ¿qué posibilidades

¹³³ Este problema se trata con mayor profundidad al analizar la culpa infraccional en: Primera Parte Capítulo II, acápite 1.1. También véase Primera Parte, Capítulo I, acápite 1.4.

¹³⁴ Véase nota al pie N° 127.

¹³⁵ BARROS Bourie, Enrique. *Ob. Cit.* P. 130; CORRAL Talciani, Hernán. *Ob. Cit.* P. 113.

tendrían ellas de saber de qué modo deben comportarse frente a determinadas situaciones de riesgo?

Así, las limitaciones a las normas del Código Penal se justifican por razones de certeza jurídica. El límite en este caso consiste en que, para que se exija la posición de garante en el derecho civil en aquellos casos que no están determinados por la ley, deberán existir circunstancias especiales que generen la obligación para el responsable de cuidar a la víctima.

Ahora bien, ¿cómo establecemos cuáles son esas “circunstancias especiales”? Don Pablo Rodríguez Grez propone una forma de solucionar esta cuestión. Señala que existirá el deber de actuar para evitar un daño ajeno “cada vez que el sujeto esté en situación de prever su existencia, quienquiera que sea el que lo experimente, y su actuación no represente la asunción de un peligro que pueda concretarse en un daño propio, de sus bienes o de otra persona”¹³⁶.

Esta solución resulta aplicable también para aquellos casos en que se ven envueltos familiares, pero creemos que no responde totalmente a la naturaleza de estos daños.

En efecto, cuando Rodríguez Grez propone esta solución está pensando, al igual que la mayoría de la doctrina cuando piensan en culpa por omisión, en casos en que la posición de garante pueda extenderse a supuestos similares a los señalados en el Código Penal, que en general suponen riesgos inminentes, y que pueden ser fuente de responsabilidad civil extracontractual. Independientemente que en algunos casos esta regla podría aplicarse a daños derivados de relaciones familiares, en realidad ella no se adecua a la naturaleza que tienen las relaciones de familia, ya que no reconoce la gravedad que puede tener la omisión cuando existe una relación familiar de por medio. Por ejemplo, ¿debiese un padre dejar de reconocer a un hijo nacido de una relación oculta, justificándose en el hecho que esto le podría provocar un daño a él? O ¿sería jurídicamente aceptable que

¹³⁶ RODRÍGUEZ Grez, Pablo. *Ob. Cit.* P. 128.

un cónyuge no contribuyese para que el otro pudiese recibir asistencia médica, porque tiene el dinero destinado a otros fines?

Por lo tanto, las “circunstancias especiales” debiesen ser ampliadas. En esta materia, Enrique Barros propone varios ejemplos derivados de relaciones contractuales, como al propietario de una casa respecto de quienes acceden a ella como servidores, y al capitán de un barco con los pasajeros invitados, entre otros¹³⁷. Pero aclara que “lo típico en estos casos es la existencia de una especial relación, aunque no esté fundada en un contrato, que confiere la expectativa legítima de ser debidamente protegida”¹³⁸. Por lo tanto, si para generar el deber de cuidar del otro no se exigen vínculos contractuales, y si se afirma que hay obligación de cuidar del otro en casos como los descritos, no cabe duda que la existencia de un lazo familiar constituye razón más que suficiente para afirmar que en ese caso se dan circunstancias especiales como para construir un deber de cuidado por la vía judicial, dado que en las relaciones de familia es natural que exista la expectativa por parte de cada uno de los miembros de la familia, de que serán cuidados por los demás.

Como ejemplo, podemos citar el caso de la falta de reconocimiento de los hijos, conducta que analizamos más adelante¹³⁹. Otro caso en que podría construirse un deber de cuidado que se incumpla a través de una omisión, es en las medidas cautelares que se pueden solicitar en una situación de violencia intrafamiliar. La ley N° 20.066 sólo establece expresamente un deber de denuncia, y obliga al tribunal de familia -cuando éste es el competente- a tomar las medidas de protección o cautelares con el sólo mérito de la denuncia, únicamente en caso que exista un riesgo inminente¹⁴⁰. Entonces podría ocurrir, por ejemplo, que una tía se encuentre en conocimiento de que su sobrino corre un riesgo no inminente (dadas las condiciones de su familia más cercana) de sufrir violencia intrafamiliar, hace la denuncia (porque de acuerdo a la ley es su obligación) y luego, por indiferencia o

¹³⁷ BARROS Bourie, Enrique. *Ob. Cit.* P. 130.

¹³⁸ BARROS Bourie, Enrique. *Ob. Cit.* P. 131.

¹³⁹ Este caso se trata dentro del capítulo sobre responsabilidades relativas a las acciones de filiación.

¹⁴⁰ Artículo 7º, Ley N° 20.066, que establece Ley de Violencia Intrafamiliar.

alguna razón no justificada, abandona la causa y no solicita medidas precautorias. En este caso, el menor no sólo habrá tenido la expectativa de cuidado de su tía por el hecho de ser un familiar, sino sobretodo porque ella misma inició una acción que la colocó en una posición de confianza para el menor.

Nos parece que nuevamente, frente a estas interrogantes e hipótesis, se confunde fácilmente la discusión sobre la omisión con aquella sobre la diligencia debida, en este caso, del supuesto padre o la tía, pues dependiendo del estándar de conducta a ellos exigido, se podría determinar si existió un deber jurídico de reconocimiento del hijo, o de ocuparse del avance del juicio (respectivamente), y cuál es la extensión de estos deberes en el tiempo y respecto de los costos que el cumplimiento del deber tendría para los sujetos obligados. Por lo tanto, creemos que al analizar este tipo de casos, es conveniente integrar el análisis sobre la omisión y la diligencia debida, atendiendo tanto a los contenidos del hecho y de la culpabilidad, considerados ambos como elementos de la responsabilidad extracontractual.

No obstante, dejamos establecido que, en los casos de relaciones de familia, existen deberes jurídicos expresos de actuar a favor de otro miembro de la familia, y eventualmente puede existir este mismo tipo de deberes, aunque no se encuentren expresamente consagrados en la ley.

CAPÍTULO V

CUESTIONES PROCESALES

1. Tribunal competente.

1.1 Tribunales ordinarios vs. Tribunales de familia.

De acuerdo a las normas generales, el tribunal competente para conocer de los casos de responsabilidad extracontractual es el juzgado de letras en lo civil¹⁴¹, y en algunas ocasiones, pueden serlo también los tribunales penales.

Sin embargo, al haberse creado una judicatura especial para la familia, surge la duda respecto de cuál es el tribunal competente para conocer las demandas de responsabilidad por daños familiares, ya que la Ley N° 19.968 fue creada con el fin de tratar de manera conjunta la globalidad de los asuntos que afectan a la familia.

Esto se expresa claramente en el Mensaje Presidencial contenido en la historia de la Ley N° 19.968, donde se señaló como objetivo específico del proyecto, “Que exista una jurisdicción especializada en asuntos de familia. Para ello se crean tribunales dotados de competencia para conocer todas las materias que puedan afectar a las familias, de manera que aquellas que se encuentran en conflicto no deban iniciar varios procedimientos distintos –incluso ante tribunales diversos- para resolver los asuntos que los involucran. Dichos tribunales conocerán exclusivamente materias de familia, lográndose así la necesaria especialización de esta instancia jurisdiccional. Que un solo órgano –el tribunal de

¹⁴¹ Artículo 45 Código Orgánico de Tribunales: “Los jueces de letras conocerán: 2º En primera instancia: a) De las causas civiles y de comercio cuya cuantía exceda de 10 Unidades Tributarias Mensuales; h) De las causas del trabajo y de familia cuyo conocimiento no corresponda a los Juzgaos de Letras del Trabajo, de Cobranza Laboral y Provisional o de Familia, respectivamente. 4º De los demás asuntos que otras leyes les encomienden.”

Artículo 130 Código Orgánico de Tribunales: “Para el efecto de determinar la competencia se reputarán de mayor cuantía los negocios que versen sobre materias que no estén sujetas a una determinada apreciación pecuniaria...”

familia- resuelva el conjunto de problemas que poseen a fin de cuentas, un mismo origen, es el principal objetivo específico del proyecto.”¹⁴²

Dicha aspiración se reflejaba perfectamente en la antigua redacción del artículo 8º Nº 19 de la ley Nº 19.968, que señalaba como norma de clausura lo siguiente:

Artículo 8º.- “Competencia de los juzgados de familia. Corresponderá a los juzgados de familia conocer y resolver las siguientes materias:

19) Toda otra cuestión personal derivada de las relaciones de familia.”

Creemos que bajo esta redacción, toda vez que nos interesa la responsabilidad civil en cuanto persiga el resarcimiento de daños ocurridos con ocasión de las relaciones interpersonales entre familiares, era perfectamente posible señalar que el tribunal competente era el de familia.

Sin embargo, dicha norma fue modificada por la Ley Nº 20.286, que introdujo modificaciones orgánicas y procedimentales a la Ley Nº 19.968. Esta reforma tuvo como objetivo mejorar el funcionamiento de los tribunales de familia, ante el colapso que tuvieron desde sus primeros meses de funcionamiento. En la historia de dicha ley, encontramos varias alusiones críticas a la amplia competencia de los juzgados de familia.

Así, en un oficio de la Corte Suprema a la Cámara Revisora, se estimó que era necesario “sugerir se reestudie la amplia competencia que este artículo 8º entrega a los Tribunales de Familia. Debería especificarse el significado de la expresión ‘toda otra cuestión personal derivada de las relaciones de familia’, contenida en el numeral Nº 19 de la norma en comento. Asimismo, debería eliminarse la competencia del Juez de Familia en materias estrictamente patrimoniales...”¹⁴³

¹⁴² Historia Ley 19.968. Mensaje Presidencial. P. 9.

¹⁴³ Historia Ley Nº 20.286, Informe de Corte Suprema a Cámara Revisora. Segundo Trámite Constitucional: Senado. P. 225.

También se expresó en este sentido el Senador Espina, en un Informe de la Comisión de Constitución, al afirmar que “la competencia asignada a los tribunales de familia parece ser excesiva, sobre todo teniendo en consideración que no todos los temas que la ley les impone conocer dicen relación directa con la estructura de la familia, sino con asuntos de orden patrimonial, que podrían volver a los tribunales civiles.”¹⁴⁴

Finalmente, dichas críticas fueron acogidas y se redujo el ámbito de competencia del Tribunal de Familia, devolviendo a los juzgados civiles el conocimiento de cuestiones como: el conocimiento de las guardas que dicen relación con los pupilos mayores de edad, las autorizaciones judiciales para la enajenación de bienes familiares, administración de la mujer en caso de impedimento del marido o ausencia no indefinida o de larga duración, autorizaciones durante la administración ordinaria y extraordinaria de la sociedad conyugal y bajo el régimen de participación en las gananciales. Y finalmente, introdujo una nueva redacción a la norma de clausura sobre la competencia del tribunal, quedando de la siguiente manera:

Artículo 8º.- “Competencia de los juzgados de familia. Corresponderá a los juzgados de familia conocer y resolver las siguientes materias:

17) Toda otra materia que la ley les encomiende.”

A partir de dicha modificación que entró en vigencia con la publicación de la ley, el 15 de septiembre de 2008, se puede concluir que el tribunal competente para conocer de la responsabilidad por daños ocasionados en las relaciones familiares es el Juzgado de Letras en lo Civil, dado que la intención de la Ley N° 20.286 ha sido restringir la competencia de los Tribunales de Familia, y sólo otorgarles competencia adicional cuando una ley así lo encomiende.

¹⁴⁴ Historia de la Ley N° 20.286, Segundo Trámite Constitucional (Senado) Informe Comisión de Constitución. P. 377.

1.2 Relevancia práctica de esta discusión.

A pesar de que creemos que la ley es clara, es necesario hacer un análisis crítico respecto de las consecuencias que puede tener sobre los temas de responsabilidad extracontractual familiar la definición del tribunal competente, ya que las diferencias de fondo y de forma que existen entre uno y otro, influyen directamente en el desarrollo que pueda tener este tema en nuestro país.

1.2.1 Procedimientos.

¿Qué procedimiento es más adecuado para el conocimiento de un caso de responsabilidad extracontractual por daños entre familiares?

Por una parte, dado que el análisis de la responsabilidad extracontractual es complejo, por cuanto se debe atender a todos sus elementos, la prueba de cada uno y otras cuestiones, en primer lugar pareciese mejor el procedimiento correspondiente a los tribunales civiles, donde la escrituración del proceso puede contribuir a un análisis más detallado y profundo de los hechos y la configuración de la responsabilidad civil.

Sin embargo, existen fuertes razones para considerar que el procedimiento de los tribunales de familia es más adecuado. En primer lugar, porque luego de una modificación introducida por la Ley N° 20.286, la etapa de discusión del procedimiento ha vuelto a ser por escrito, otorgando la misma ventaja que se deriva de la escrituración que prima en el procedimiento ordinario de los juzgados civiles, aunque sólo en una de las etapas del proceso. En segundo lugar, se debe considerar la tendencia actual hacia la oralidad que ha traspasado todas las reformas procesales del país, y que se espera se de también en los tribunales civiles, en un futuro próximo. Por último, considerando la necesidad de terminar pronto los problemas de familia, para no provocar efectos nocivos en la dinámica familiar, cabe considerar la duración de cada proceso. En este ámbito, creemos que el principio de

concentración que opera en los Juzgados de Familia es más benévolo que los largos tiempos que demora el desarrollo de un juicio civil¹⁴⁵.

1.2.2 Prueba testimonial de familiares y las tachas.

El Código de Procedimiento Civil establece en su artículo 358 que son inhábiles para declarar como testigos, entre otros:

“1º El cónyuge y los parientes legítimos hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de la parte que los presenta como testigos;

2º Los ascendientes, descendientes y hermanos ilegítimos, cuando haya reconocimiento del parentesco que produzca efectos civiles respecto de la parte que solicite su declaración;

3º Los pupilos por sus guardadores y viceversa;

4º Los criados domésticos o dependientes de la parte que los presente”, etc.

Por su parte, la Ley N° 19.968 señala en su artículo 40, inciso 1º:

“Artículo 40.- Declaración de testigos. En el procedimiento de familia no existirán testigos inhábiles. Sin perjuicio de ello, las partes podrán dirigir al testigo preguntas tendientes a demostrar su credibilidad o falta de ella, la existencia de vínculos con alguna de las partes que afectaren o pudieren afectar su imparcialidad, o algún otro defecto de idoneidad.”

La ventaja en cuanto a facilidad de prueba es notoria entre un juzgado civil y uno de familia. Y la conclusión que se extrae de esto es que en el juzgado civil la prueba testimonial queda prácticamente anulada, dado que se pueden declarar inhábiles a todas las personas que tienen una probabilidad alta de presenciar hechos que sean constitutivos de responsabilidad extracontractual familiar. En este caso, sólo quedarían los demás medios probatorios para establecer los hechos, pero creemos que dada la naturaleza de las relaciones de familia, la prueba testimonial es fundamental a la hora de determinar cómo ellos se desarrollaron.

¹⁴⁵ Véase artículo 9º Ley N° 19.968.

Por lo tanto, podemos observar que las inhabilidades de testigos en el procedimiento de los tribunales civiles son una gran barrera para el desarrollo de la responsabilidad en cuestión.

1.2.3 Sistemas de valoración de la prueba.

De acuerdo a lo señalado en el artículo 32 de la Ley N° 19.968, la valoración de la prueba en los Tribunales de Familia se realiza de acuerdo a las reglas de la sana crítica, mientras que, en el juicio ordinario del Código de Procedimiento Civil se aplica el sistema de prueba legal o tasada, estableciéndose reglas especiales para cada medio de prueba.

Nuevamente, nos parece que la norma del procedimiento de familia da mayores posibilidades de probar determinados hechos, que la norma del juicio ordinario, toda vez que en este último, el juez se encuentra restringido por el valor probatorio que la ley establece en cada caso.

1.2.4 Preparación de cada juez.

Otra cuestión que debe ser considerada es la preparación que cada juez tiene para enfrentar un caso de daños producidos entre familiares. Sin duda que el juez civil tendrá una mayor experiencia en casos de responsabilidad civil, lo que disminuye el riesgo de errores en la aplicación de las normas sobre responsabilidad extracontractual.

Pero por otro lado, quien mejor conocerá los hechos será el juez de familia. En cualquier caso que se haya presentado y resuelto en el tribunal de familia, éste habrá conocido los hechos de primera fuente, gracias al principio de inmediación que rige a estos tribunales. Por ejemplo, los hechos que funden la acción de reclamación de paternidad, o la de divorcio por culpa, y que también puedan dar lugar a una indemnización de perjuicios, serán conocidos para este juez, en cambio el juez civil tomará conocimiento de los hechos a través de la sentencia anterior del juzgado de familia que se le presente, y de los medios de prueba

que se generen durante el juicio ordinario, donde no existe preeminencia del principio de inmediación.

Por último, en referencia a la construcción prudencial del deber de diligencia del hombre medio razonable, creemos que el juez de familia, al conocer sobre diversos casos del ámbito familiar, tendrá una mayor cercanía a la realidad para establecer aquella conducta que cualquier hombre prudente hubiese adoptado en la circunstancia (familiar) que se presente.

1.3 Jurisprudencia.

Existe poca jurisprudencia respecto de cuál es el tribunal competente para conocer de los daños derivados de las relaciones de familia, y de ella no se puede señalar que sea una jurisprudencia uniforme.

El 25 de octubre de 2007, la Corte de Apelaciones de Concepción, en causa Rol N° 909-2007¹⁴⁶, revocó una resolución dictada por un Tribunal de Familia, que acogía la excepción de incompetencia planteada por el demandado reconvenional, devolviendo la competencia a dicho juzgado para conocer de la demanda reconvenional de indemnización por daño moral derivado del incumplimiento de los deberes del matrimonio. La Corte basó su decisión en la redacción del Artículo 8° N° 19, que en esa época señalaba que entre las materias de su competencia estaba el conocer de “toda otra cuestión personal derivada de las relaciones de familia”. A continuación, la Corte señalaba que “dentro del concepto de relaciones de familia se comprenden indudablemente los derechos y deberes recíprocos que el matrimonio impone a los cónyuges, que se regulan fundamentalmente en los artículos 131 y siguientes del Código Civil, como son el deber de fidelidad, de socorro, de ayuda mutua o asistencia, de respeto y protección recíprocos, derecho y deber de vivir en el hogar común, de cohabitación, de auxilio y

¹⁴⁶ Corte de Concepción, 25.10.2007. Rol IC N° 909-2007 [en línea] < <http://jurischile.blogspot.com/2008/01/infraccin-de-deberes-de-alguno-de-los.html> > [consulta: 3 octubre 2011]

de expensas para la litis.” En conclusión, señalaba que era forzoso concluir que la demanda reconvenional era de competencia del Juzgado de Familia.

Igualmente, otra resolución emitida también por la Corte de Apelaciones de Concepción, con fecha 15 de septiembre de 2008, Rol N° 1310-2008¹⁴⁷, revocó una resolución que, sin perjuicio de acoger a tramitación la reconvenición por compensación económica, rechazó tramitar la demanda de indemnización por daño moral arguyendo que el Tribunal de Familia era incompetente absolutamente, y que se debía acudir para esta materia al tribunal civil que correspondiese. El fundamento de la Corte fue el mismo señalado en párrafo anterior.

Como se puede observar, ambas resoluciones fueron emitidas bajo la vigencia de la Ley N° 19.968, antes que fuese modificada por la Ley N° 20.286, y se refieren a daños ocasionados durante la vigencia del matrimonio.

Posteriormente, con fecha 17 de diciembre de 2008, la Corte Suprema, se pronunció respecto de otro caso. Rechazó un recurso de casación en el fondo en el que se alegaba principalmente la infracción de los artículos 8 N° 19 de la Ley N° 19.968, 147 del Código Orgánico de Tribunales en relación con el artículo 22 del Código Civil y 328 del mismo cuerpo legal, por haberse negado el conocimiento, por parte del Primer Juzgado de Familia de Santiago y de la Corte de Apelaciones respectiva, de una demanda de indemnización de perjuicios en que producto del dolo de su ex cónyuge y madre de sus hijos, un hombre debió contribuir a la manutención de una menor que no era hija suya.

En este caso, el razonamiento de la Corte también consideró la antigua redacción del artículo 8° N° 19 de la Ley 19.968, porque era la vigente a la época de la dictación de la resolución de la Corte de Apelaciones, y excluyó el caso de los comprendidos en el artículo señalado, ya que en su opinión se trataba de una acción de naturaleza patrimonial. Afirmó lo siguiente: “Que conforme a

¹⁴⁷ Corte de Concepción. 15.9.2008. Rol IC N° 1310-2008 [en línea] < www.legalpublishing.cl > N° LP 39891 [consulta: 5 octubre 2011]

lo señalado la resolución de los sentenciadores en orden a considerar que no es de competencia del tribunal en cuestión el conocimiento y resolución de la acción intentada, por corresponder a un asunto de orden patrimonial, no es errada, puesto que se ajusta al claro sentido de la norma en mención. En efecto, aun 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, no siendo procedente concluir en un sentido contrario al criterio conforme al cual se ha resuelto.”¹⁴⁸

Con la nueva redacción otorgada por la Ley N° 20.286, queda abierta la pregunta sobre la necesidad que la acción que se presente deba referirse sólo a cuestiones personales para caer dentro de la competencia de las relaciones de familia, o no. Un repaso de las normas que se contienen en el actual artículo 8° de la Ley que crea los Tribunales de Familia, refleja que éstos tienen competencia para conocer de cuestiones personales y patrimoniales, y si se observa su numeral 17° (antiguo 19°), permanece la duda, ya que no se hace alusión a este aspecto.

Por último, podemos observar una sentencia emitida por la Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 4 de noviembre de 2010, Rol N° 890-2010, en que se comenta sobre la competencia del tribunal en estas materias de manera tangencial. En esta causa, la Corte rechazó la compensación económica alegada por una de las partes, señalando en el considerando 5° de la sentencia, lo siguiente: “Que, en realidad, de la demanda se trasunta la idea de la actora de verse indemnizada por los malos tratos que recibió durante la convivencia por parte de su marido. Debe consignarse, en todo caso, que dicha violencia está

¹⁴⁸ CS, 17.12.2008. Rol N° 5298-2008 [en línea] < http://www.wikilegal.cl/wiki/mediawiki-1.13.0/index.php/Casaci%C3%B3n_en_el_Fondo_rechazado._Civil._Demanda_de_indemnizaci%C3%B3n_de_perjuicios._Art%C3%ADculos_8_N%C2%B0_19_de_la_ley_N%C2%B019.968%2C_147_del_C%C3%B3digo_Org%C3%A1nico_de_Tribunales%2Cart%C3%ADculo_22_del_C%C3%B3digo_Civil_y_328_del_mismo_cuerpo_legal._Rol_5298/2008_%282008%29 > [consulta: 6 octubre 2011]

demostrada en estos autos, desde que se acogió la acción de divorcio por culpa, sin que el demandado se haya alzado en contra de esta decisión. Empero, no es la compensación económica una institución creada para reparar este tipo de perjuicio y puede la autora, si así lo estima, perseguir la responsabilidad del demandado de acuerdo a las normas generales del Código Civil, en la sede y de acuerdo al procedimiento correspondientes, pero lo que no puede pretender es que el supuesto perjuicio que le habrían irrogado los malos tratos del demandado le sean indemnizados por la vía del artículo 61 de la Ley de Matrimonio Civil.”

Así, indirectamente la Corte de Apelaciones de Santiago da a entender que el Tribunal de Familia no sería el competente para conocer sobre una causa de indemnización de perjuicios.

En conclusión, pareciera que el tribunal competente para conocer sobre los daños derivados de las relaciones de familia es el Juzgado de Letras en lo Civil; pero nada obsta a que si estas materias alcanzan un mayor desarrollo, dicha cuestión deba ser discutida, sobretodo si se atiende a las críticas hechas anteriormente, y a la constante búsqueda de la certeza jurídica que debe tener nuestro ordenamiento jurídico.

2. Titularidad de la acción.

El titular de la acción de responsabilidad puede ser, según las reglas generales, el familiar que haya sufrido el daño, su representante legal, y sus herederos o cesionarios¹⁴⁹.

Para la aplicación de la responsabilidad extracontractual al Derecho de Familia, habiendo explicado ya las dudas que guardamos sobre el tribunal que debiese ser competente, en el análisis sobre titularidad de la acción distinguiremos ambas situaciones:

¹⁴⁹ BARROS, Bourie, Enrique. *Ob. Cit.* Pp. 938 y ss.

2.1 Titularidad ante el Juez de Letras en lo civil.

Desde el punto de vista del Derecho sustantivo, la titularidad de la acción es esencial para la especial aplicación de las normas de responsabilidad familiar. Para determinar dicha titularidad, se deberá atender a los criterios que ya hemos señalado: matrimonio, filiación, convivencia y cumplimiento de funciones familiares. El juez considerará estas circunstancias al momento de la sentencia, y por lo tanto, la calidad de familiar deberá ser probada en el juicio.

En cambio, a partir del Derecho procesal la titularidad no cobra importancia, ya que el procedimiento se regirá por las normas del juicio ordinario que no contempla un examen de admisibilidad sobre la titularidad, sino sólo da lugar a la demanda según cumpla o no con todos los requisitos señalados en el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil.¹⁵⁰

2.2 Titularidad ante el Juez de Familia.

Ahora, ¿qué pasaría si el tribunal de familia fuese el competente? Ahí cambiaría la importancia de la titularidad desde el punto de vista procesal, ya que de acuerdo a la Ley N° 19.968, a dicho tribunal sólo puede acudir por asuntos de familia. En consecuencia, si se considerara que, por ejemplo, una pareja homosexual no tiene el carácter de familia, se configuraría la incompetencia del tribunal de familia, y la víctima debería acudir a los tribunales ordinarios y regirse por sus normas de procedimiento.

3. Representación legal del menor/incapaz frente a familiares.

3.1 Capacidad.

Recordemos que uno de los requisitos para que opere la responsabilidad civil extracontractual, es que el hecho se haya realizado por una persona capaz, es decir, que el sujeto tenga capacidad suficiente para diferenciar cuándo una conducta es riesgosa y cuándo no.

¹⁵⁰ En otras palabras, el que el sujeto sea familiar forma parte sustantiva de la pretensión procesal y no de la acción de responsabilidad.

Para los asuntos derivados de las relaciones de familia, si bien se aplican las normas generales de la responsabilidad civil respecto de la capacidad -ya que no existe ninguna justificación para cambiarlas-, deben analizarse algunas situaciones en que la aplicación de la ley puede ser confusa. Recordemos que de acuerdo con el artículo 2319 del Código Civil, hay incapacidad de incurrir en responsabilidad extracontractual en tres situaciones:

- Cuando se trate de un demente.
- Cuando el sujeto que causa el daño es menor de 7 años, es decir, es un infante.
- Cuando el sujeto es menor de 16 años, y de acuerdo a la prudencia del juez se establece que ha actuado sin discernimiento.

Independientemente que cualquier demanda que contenga estas circunstancias debiese ser rechazada por existir incapacidad de incurrir en responsabilidad extracontractual, cabe preguntarse cómo opera la representación legal del incapaz, ya sea como demandante o como demandado, cuando la contraparte es un miembro de la familia.

3.2 La representación legal del infante y del menor de edad en casos de responsabilidad civil por daños familiares.

Entre otras, pueden presentarse las siguientes situaciones:

3.2.1 Que un menor demande o sea demandado por otro miembro de la familia, que se encuentre sujeto a la patria potestad de la misma persona que él, por ejemplo, un hermano.

Respecto del menor de edad, el inciso 1° del artículo 264 de nuestro Código Civil establece que “el hijo no puede parecer en juicio, como actor, contra un tercero, sino autorizado o representado por el padre o la madre que ejerce la patria potestad, o por ambos, si la ejercen de manera conjunta.”

Pero, ¿qué ocurre cuando a la misma persona le corresponde representar legalmente a dos sujetos que tienen intereses contrapuestos? Nos parece que en este caso el ejercicio de ambas representaciones es incompatible, ya que sería muy difícil asegurar una total imparcialidad en el asunto, y podría haber diferencias en el cumplimiento de todos los deberes que al representante legal le corresponden como tal. Dichas diferencias podrían ser intencionales o simples errores, pero aun así, creemos que no sería justo exponer a alguno de los menores a dicho riesgo.

Podemos vislumbrar varias formas de superar esta incompatibilidad. Una primera opción es que el padre ostente la representación legal de uno de los menores, y la madre represente al otro. Sabemos que, de acuerdo al artículo 244 del Código Civil la patria potestad (que incluye la representación legal del menor) puede ser ejercida por el padre, la madre, o ambos conjuntamente. La misma disposición establece la posibilidad de convenir quién ejercerá la patria potestad, e incluso, en su inciso 3° otorga al cónyuge que no la ostenta, la posibilidad de solicitar al juez el ejercicio de la patria potestad, “cuando el interés del hijo lo haga indispensable”. Nos parece que éste sería uno de esos casos.

Adicionalmente, el artículo 265 inciso 2° del Código Civil, señala que “si el padre o madre no pudiere o no quisiere prestar su autorización o representación, podrá el juez suplirla, y dará al hijo un curador para la litis”.

Por último, encontramos el artículo 19 de la ley que crea los Tribunales de Familia, N° 19.968, que señala en su inciso 2°, al referirse a las partes, que “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”.

Sin embargo, dado que esta norma está prevista para tribunales de competencia especial, es difícil que pueda extenderse a los casos que se presenten ante los tribunales ordinarios de justicia. Respecto de cuál es el tribunal competente para conocer de estos daños, ya hemos señalado que a nuestro entender son los tribunales comunes. Aun así, como afirmamos anteriormente, no se trata aún de una materia resuelta, y si se llega a considerar que el tribunal competente es el de familia, obviamente la norma señalada en el párrafo anterior es completamente aplicable a la materia en estudio.

3.2.2 Que se demande a alguno de sus padres, o ellos demanden al incapaz cuando la patria potestad es conjunta, o que demande o sea demandado quien ostenta la patria potestad.

Estas situaciones ya han sido resueltas por nuestro Código Civil, en su artículo 263 inciso 1°, norma que debiese ser aplicada en esta situación. En ella se señala que “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”. Por lo tanto, quien represente legalmente al menor será un curador. Cabe destacar que el curador para la litis es una curaduría especial, y en consecuencia, el padre o madre seguirán ostentando la patria potestad, y por lo tanto la representación legal del menor para todos los demás asuntos. El mismo artículo señala además que el padre o madre que ostente la patria potestad y litigue contra el hijo deberá proveerle de expensas para la litis.

3.2.3 Que se demande al padre que no tiene la patria potestad.

En este caso no se presentan problemas de representación, pues el padre que tiene la patria potestad será quien represente al menor. En todo caso, si dicha situación le incomodase o causare algún problema, siempre puede excusarse de la representación legal, de acuerdo a lo señalado en el artículo 265 inciso 2° del Código Civil, citado anteriormente.

3.3 Casos en que el incapaz se encuentre bajo tutela o curaduría.

Si nos detenemos a observar las normas sobre tutela y curadurías, podremos comprobar que en la mayoría de los casos la ley establece que será nombrado guardador necesariamente un miembro de la familia del pupilo:

3.3.1 Guarda legítima.

En estos casos, el artículo 367 del Código Civil señala que se diferirá la tutela o curaduría, en primer lugar al padre, luego a la madre, a los ascendientes de uno u otro, a los hermanos, y finalmente a los hermanos de los ascendientes del pupilo.

3.3.2 Curaduría del disipador.

De acuerdo al artículo 448 del Código Civil, se deferirá la curaduría a los ascendientes, a los hermanos y a otros colaterales hasta en el cuarto grado.

3.3.3 Curaduría del demente.

En la curaduría del demente, el artículo 462 ordena que se defiera la curaduría en primer lugar al cónyuge no separado judicialmente, luego a los descendientes, a los ascendientes, a los hermanos, y a otros colaterales hasta en el cuarto grado.

3.3.4 Curaduría del sordo o sordomudo que no puede darse a entender claramente.

En este caso, el artículo 470 del Código Civil hace remisión al artículo 462 del mismo código, recientemente explicado.

3.3.5 Curaduría de bienes.

Aquí nuevamente la ley se remite al artículo 462 del Código Civil, en virtud del artículo 475 del código.

3.3.6 Guardas testamentarias y dativas.

Por último, en las guardas testamentarias y en las dativas en general, no existen normas especiales que obliguen a diferir la tutela a un familiar. Pero esto tampoco se prohíbe, por lo que también podrían ser familiares los tutores o curadores de una guarda testamentaria o de una guarda dativa.

Cabe hacer presente que en todos los casos señalados, la representación legal la ejerce el tutor o curador, en virtud de lo dispuesto por el artículo 390 del Código Civil: “Toca al tutor o curador representar o autorizar al pupilo en todos los actos judiciales o extrajudiciales que le conciernan, y puedan menoscabar sus derechos, o imponerle obligaciones”. En el mismo sentido, el artículo 440 del Código Civil señala que “el curador representa al menor, de la misma manera que el tutor al impúber”.

Respecto de los posibles escenarios que se presentaron en el párrafo 3.2, las soluciones ahí mencionadas podrían darse para estos casos aplicando analógicamente las normas que ahí se citan. Ellas no pueden ser directamente aplicadas, dado que si bien los guardadores suelen ser familiares, la representación legal la adquieren a través de una norma distinta de las que regulan a la patria potestad.

Por otro lado, si el tutor o curador es una persona ajena a la familia, en principio no debiese haber problemas de incompatibilidad para la representación legal del pupilo.

4. Suspensión de la prescripción extintiva de la acción de responsabilidad.

En primer lugar, recordemos que la suspensión de la prescripción es “un beneficio que la ley contempla en favor de ciertas personas en virtud del cual cesa el curso del plazo de prescripción dejando subsistente todo el lapso anteriormente transcurrido, si alguno hubo, y admitiendo que éste se reanude hasta su

posible entero, una vez desaparecidas o enervadas las causas que originaron el intervalo no utilizable.”¹⁵¹

En doctrina, existe una discusión respecto de si la suspensión de la prescripción se aplica o no a la acción de responsabilidad civil extracontractual, discusión que debemos abordar, dado que la postura que se adopte influirá enormemente en la posibilidad real de perseguir los daños derivados de las relaciones de familia.

Esta discusión tiene su origen en la calificación de la mencionada acción como una acción de corto tiempo. Así, le resulta aplicable el artículo 2524, de acuerdo al cual “Las prescripciones de corto tiempo a que están sujetas las acciones especiales que nacen de ciertos actos o contratos, se mencionan en los títulos respectivos, y corren también contra toda persona; salvo que expresamente se establezca otra regla.”

Pero esta interpretación es cuestionable. En primer lugar, su calificación como una prescripción de corto tiempo se extrae solamente del hecho que es menor a la acción de prescripción ordinaria, de cinco años. Sin embargo, esta comparación pierde validez si se observan otros plazos de prescripción regulados por el Código Civil. Dicho plazo es mayor que el de prescripción extintiva ordinaria en los juicios ejecutivos (tres años); y también es mayor que los plazos regulados en el párrafo “De ciertas acciones que prescriben en corto tiempo”: tres años en caso de acciones a favor o en contra del Fisco y de las Municipalidades, dos años en los casos de cobro de honorarios de los que ejercen cualquier profesión liberal¹⁵², un año en la acción de mercaderes y otros por el precio de los artículos que despachan al menudeo, y un año por los servicios que se prestan periódica o accidentalmente¹⁵³.

¹⁵¹ ESCALONA Riveros, Francisco. La Prescripción Extintiva Civil. Santiago de Chile. Fundación Fernando Fueyo. 1997. Pp. 230-231.

¹⁵² Artículo 2521 de nuestro Código Civil.

¹⁵³ Artículo 2522 del Código Civil.

En segundo lugar, existe un argumento de texto: el artículo 2524, en teoría aplicable a la acción de artículo 2332, se refiere a las acciones que nacen de ciertos “actos o contratos”, en tanto que la acción de responsabilidad civil proviene de un hecho jurídico, por lo que esta norma no le sería aplicable. Además, según señala Barros, “cuando el legislador establece prescripciones de corto plazo en materia contractual, usualmente presume que ha habido pago o pretende evitar que la disputa acerca del cumplimiento se extienda innecesariamente, lo que no vale para la responsabilidad extracontractual”¹⁵⁴. Y efectivamente, la doctrina cataloga las acciones contenidas en los artículos 2521 inciso 2º y 2522 del Código Civil, antes referidas, como acciones presuntivas de pago. Bajo estas circunstancias, tendría aplicación el artículo 2509 N° 1 y 2º, por remisión del artículo 2520 del Código Civil.

Ahora, desde el punto de vista de los efectos que puede tener el adoptar una postura o la otra para los casos de daños derivados de las relaciones de familia, se puede aventurar que sin la suspensión de la prescripción extintiva, muchos daños podrían quedar sin posibilidad de reparación. Así ocurriría, por ejemplo, en el caso de los menores o de cualquiera de los sujetos señalados en el artículo 2509 N° 1, si su representante legal no actúa de manera oportuna, con el inconveniente que muchas veces el representante legal puede resultar ser el familiar que dolosa o negligentemente causó el daño.

Por otro lado, tampoco está claro qué ocurre en el caso de suspensión del plazo de prescripción de acciones entre los cónyuges. Rodríguez Grez trata el tema, y si bien considera que la acción de responsabilidad extracontractual es de corto tiempo, y por lo tanto corre contra toda persona, en el caso de los cónyuges debe prevalecer el artículo 2509 inciso final por sobre el artículo 2524¹⁵⁵. Según él, “tal predicamento obedece al hecho de que atendido el vínculo matrimonial, jamás puede correr prescripción alguna entre personas ligadas por este tipo de lazos. De allí que la ley diga categóricamente que ‘la prescripción se suspende

¹⁵⁴ BARROS Bourie, Enrique. *Ob. Cit.* P. 927.

¹⁵⁵ RODRIGUEZ Grez, Pablo. *Ob. Cit.* P. 485.

siempre entre cónyuges'.¹⁵⁶ Pero esta opinión no es extendida en la doctrina, ni clara en la jurisprudencia.

Por lo tanto, habrá que seguir el desarrollo jurisprudencial y doctrinal de estos temas en la responsabilidad extracontractual en general, para hacerse una idea de qué podría ocurrir en los casos de familia. En el ínter tanto, podemos repetir una reflexión de Barros: la suspensión de la prescripción es una institución general de protección, y si bien debe ser interpretada restrictivamente por tratarse de una excepción, él prefiere la opinión de que la prescripción sí se suspende a favor de los sujetos señalados en el artículo 2509 N° 1 y 2º. Y “más aún, desde un punto de vista teleológico, si se considera que las razones para que rija la suspensión respecto de acciones ordinarias y ejecutivas son también pertinentes, al menos con el mismo peso, respecto de la acción de responsabilidad civil extracontractual”¹⁵⁷.

¹⁵⁶ RODRIGUEZ Grez, Pablo. *Ob. Cit.* Pp. 485-486.

¹⁵⁷ BARROS Bourie, Enrique. *Ob. Cit.* P. 927.

SEGUNDA PARTE:
ALGUNOS CASOS ESPECÍFICOS DE DAÑOS EN LAS RELACIONES DE FAMILIA

CAPÍTULO I

COMPENSACIÓN ECONÓMICA Y DAÑOS MATRIMONIALES

1. Introducción.

El objeto de este apartado es aclarar si la concepción que se adopte sobre la compensación económica puede o no constituir un argumento en contra de la aplicación de la responsabilidad extracontractual a los daños derivados de relaciones entre cónyuges. Para esto, no pretendemos dilucidar la naturaleza jurídica de la compensación económica –cuestión muy discutida por nuestra doctrina nacional-, sino sólo ver qué ocurre al asumir algunas de las opiniones que existen sobre su esencia.

2. La compensación económica.

Como sabemos, la compensación económica consiste en una obligación que se fija en caso de divorcio o de nulidad matrimonial, “cuando uno de los cónyuges, como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que podía o quería”¹⁵⁸.

Esta institución es relativamente nueva en nuestro sistema jurídico, ya que fue introducida por la Ley de Matrimonio Civil N° 19.947, publicada en el año 2004. La primera gran discusión que sostuvo la doctrina sobre la compensación económica se dio respecto de su naturaleza jurídica. Al tratarse de una institución desconocida para nuestro ordenamiento, se consideró necesario determinar su esencia, de modo que se pudiese tener un mejor conocimiento sobre ella y por

¹⁵⁸ GOMEZ DE LA TORRE, Maricruz. Compensación Económica en la Nueva Ley de Matrimonio Civil. Charla dictada el jueves 20 de octubre de 2005. Colegio de Abogados de Chile. 18. Pp. 7

ejemplo, se pudiese establecer la legislación supletoria que le sería aplicable en caso de ausencia de las normas especiales que la rigen¹⁵⁹.

En la discusión se han sostenido diversas tesis¹⁶⁰, y hasta el día de hoy no existe consenso respecto de cuál es su verdadera naturaleza jurídica. A continuación se presentan a las opiniones que han tenido más relevancia.

2.1 Naturaleza jurídica de carácter alimenticio.

En un principio se consideró si la compensación económica podía tener un carácter alimenticio, dado que el caso que inspiró su creación tiene un importante contenido asistencial: al introducir el divorcio en Chile, se pensó en la mujer que se ha dedicado al hogar y que es abandonada por su marido con la autorización de la ley, y en el impacto que esto podría tener sobre la feminización de la pobreza¹⁶¹. Además, se arguyó que para determinar el monto de la compensación, la ley considera la situación patrimonial de los cónyuges, hecho al que se atiende también en las causas sobre alimentos.

Sin embargo esta teoría se desechó rápidamente, porque el deber de socorro se extinguía conjuntamente con el matrimonio¹⁶², y principalmente porque de acuerdo al propio texto de la ley la compensación económica se asimila a los alimentos sólo para efectos de su cumplimiento¹⁶³, por consiguiente, no se trata de una obligación alimenticia.

¹⁵⁹ CÉSPEDES Muñoz, Carlos y VARGAS Aravena, David. Acerca de la naturaleza jurídica de la compensación económica. La situación en Chile y en España. [en línea] Revista chilena de Derecho. Pontificia Universidad Católica de Chile. 2008. Vol. 35 N° 3. <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372008000300003&lng=es&nrm=iso> [consulta: 23 mayo 2011] P. 450.

¹⁶⁰ Véase PIZARRO Wilson, Carlos. La cuantía de la compensación económica [en línea] Revista de Derecho (Valdivia). Julio 2009, Vol. XXII, N° 1. <<http://mingaonline.uach.cl/pdf/revider/v22n1/art02.pdf>> [consulta: 24 mayo 2011] Pp. 38 y 39, en cuyo pie de página N° 13 resume la dispar opinión de la mayoría de la doctrina al respecto.

¹⁶¹ CORRAL Talciani, Hernán. *Ob. Cit.* P. 25

¹⁶² CORRAL Talciani, Hernán. *Ibid.*

¹⁶³ GUERRERO Becar, José Luis. Menoscabo y compensación económica. Justificación de una visión asistencial. [en línea] Revista de derecho. Universidad Austral de Chile. Diciembre 2008. Vol. 21 N° 2. <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502008000200004&lng=es&nrm=iso> [consulta: 26 de mayo 2011] P. 93.

2.2 Naturaleza jurídica de indemnización de perjuicios.

Descartándose la idea de una naturaleza alimenticia de la compensación económica, la mayoría de la doctrina la identificó como una especie de indemnización de perjuicios, pero con diversos matices que varían según el autor. Así, para don Hernán Corral la compensación económica sería una indemnización por afectación lícita de derechos, como la que se debe pagar en casos de expropiación¹⁶⁴, mientras que para Carlos Pizarro su naturaleza indemnizatoria se fundaría en el enriquecimiento sin causa¹⁶⁵. Susan Turner, por su parte, señala que la compensación económica equivale a la naturaleza reparatoria de la pensión compensatoria española, aunque reconoce que “su configuración, tanto desde un punto de vista formal como de fondo, no traduce fielmente dicha naturaleza”¹⁶⁶. También autores como Carmen Domínguez, Ramón Domínguez Águila y Maricruz Gómez De la Torre sostienen que la compensación económica corresponde a una indemnización de perjuicios, “pero no en el sentido de responsabilidad civil, dado que no concurre el elemento daño y es irrelevante la culpa del cónyuge deudor para los efectos de su establecimiento”¹⁶⁷.

Además de las diferencias señaladas, cabe agregar que el menoscabo económico de la compensación económica no se define como un daño, sino como un “desequilibrio o disparidad entre los cónyuges que implica un empeoramiento de la posición de uno de ellos para el futuro”¹⁶⁸, y que el principio que rige a la compensación económica no es el intento de restituir las cosas al estado

¹⁶⁴ CORRAL Talciani, Hernán. *Ob. Cit.* P. 25.

¹⁶⁵ VIDAL Olivares, Álvaro. La noción de menoscabo en la compensación económica por ruptura matrimonial. [en línea] Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 2º semestre 2008. Vol. 30 N° 2. < http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512008000200007&lng=es&nrm=iso > [consulta: 26 de mayo 2011] P. 293, pie de página N° 6.

¹⁶⁶ TURNER Saelzer, Susan. Las prestaciones económicas entre cónyuges divorciados en la nueva ley de matrimonio civil. [en línea] Revista de derecho. Universidad Austral de Chile. Julio 2004. Vol. 16. < http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502004000100004&lng=es&nrm=iso > [consulta: 26 de mayo 2011] Pp. 98-99.

¹⁶⁷ CÉSPEDES Muñoz, Carlos y VARGAS Aravena, David. *Ob. Cit.* Los autores resumen del modo citado la opinión de quienes afirman que la compensación económica es de contenido indemnizatorio.

¹⁶⁸ VIDAL Olivares, Álvaro. La compensación económica en la Ley de Matrimonio Civil: ¿un nuevo régimen de responsabilidad extracontractual? [en línea] Revista de Derecho. Universidad de Concepción. Año XXII, N° 215-216. 2004. < <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1943/23.pdf> > [consulta: 6 noviembre 2009] P. 426.

anterior al hecho ilícito, sino que corregir el menoscabo económico con una mirada de futuro.¹⁶⁹

A estas teorías, se ha agregado últimamente una variante que considera a la compensación económica como una indemnización de carácter legal, es decir, que tiene su origen en la responsabilidad objetiva. Así lo afirma Cristián Lepin, según quien la compensación económica corresponde a este tipo de responsabilidad, porque proviene directamente de la ley¹⁷⁰.

Según él, no corresponde que ella sea catalogada bajo la responsabilidad contractual o extracontractual. En su concepto, cabe preguntarse sobre el matrimonio como una actividad donde ambos cónyuges generan riesgos¹⁷¹, y además, dado que se prescinde del dolo o la culpa del obligado a la reparación, descarta que se trate de responsabilidad civil propiamente tal, como la “regulada en el código del ramo”¹⁷². Para Lepin, el menoscabo económico que sufre el cónyuge beneficiario equivale a un costo de oportunidad laboral (pérdida de la chance), que se conforma por “la pérdida patrimonial de todo tipo, derivada de no poder realizar una actividad remunerada o lucrativa”¹⁷³.

Finalmente, recordemos que si se considera a la compensación económica como una indemnización propiamente tal, corresponderá aplicar como normas supletorias a las de la responsabilidad extracontractual del Código Civil.

2.3 Naturaleza jurídica *sui generis*.

Por último, ante las críticas que se hacen a las dos concepciones anteriores, encontramos en nuestra doctrina posturas que señalan que la compensación económica tendría una naturaleza jurídica *sui generis*, y por lo tanto no

¹⁷⁰ LEPIN Molina, Cristián. La Compensación Económica. Efecto patrimonial de la terminación del Matrimonio. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2010. P. 93

¹⁷¹ LEPIN Molina, Cristián. *Ob. Cit.* Pp. 90 y 91.

¹⁷² LEPIN Molina, Cristián. *Ob. Cit.* Pp. 93.

¹⁷³ LEPIN Molina, Cristián. *Ob. Cit.* Pp. 93 y 94.

alimenticia ni indemnizatoria. Así piensa Álvaro Vidal Olivares, quien afirma que “la compensación económica tiene una naturaleza jurídica propia (sic) constituye una obligación legal impuesta a uno de los cónyuges a favor del otro con la finalidad de corregir, por medio de una prestación pecuniaria, un desequilibrio o una disparidad económica producida por el divorcio o la nulidad y así evitar el empeoramiento de (sic) cónyuge más débil”¹⁷⁴. De forma similar opinan Paulina Veloso, para quien se trata de un instrumento *sui generis* que responde a una mirada de género en el Derecho¹⁷⁵ y Carlos Muñoz Céspedes junto a David Vargas Aravena, en cuyo texto concluyen que “la compensación económica tiene una naturaleza jurídica propia: es sólo una obligación impuesta por la ley que se concede en los eventos previstos por ella, de contenido patrimonial y que, fundada en la equidad, tiene por finalidad entregarle herramientas al cónyuge más débil para que pueda reiniciar su vida separada”¹⁷⁶.

En este caso, las normas supletorias de la compensación económica serán, en primer lugar, las que pertenecen a la responsabilidad contractual y en segundo lugar se incluirán las de la responsabilidad extracontractual¹⁷⁷.

3. Compensación económica y daños matrimoniales.

En el análisis sobre la compensación económica como una posible barrera contra el desarrollo de la responsabilidad civil extracontractual por daños familiares, y especialmente aquellos ocurridos en el matrimonio, cabe hacer las siguientes observaciones:

En primer lugar, queda claro que si se considera que la compensación económica tiene una naturaleza alimentaria, asistencial¹⁷⁸, *sui*

¹⁷⁴ VIDAL Olivares, Álvaro. La Compensación Económica en la ley de matrimonio civil ¿Un nuevo régimen de Responsabilidad Civil Extracontractual? P. 437.

¹⁷⁵ VELOSO Valenzuela, Paulina. Algunas reflexiones sobre la compensación económica. *Actualidad Jurídica*. Vol. 7 (N° 13) Pp. 171-187. 2006.

¹⁷⁶ CÉSPEDES Muñoz, Carlos y VARGAS Aravena, David. *Ob Cit.* P. 451.

¹⁷⁷ VIDAL Olivares, Álvaro. *Ob. Cit.* Pp. 435-436.

¹⁷⁸ GUERRERO Becar, José Luis. *Ob. Cit.*

generis o de algún otro tipo que no implique considerarla una indemnización, la compensación económica no tendrá relación alguna con la responsabilidad extracontractual, y ambas instituciones se podrán desarrollar de forma paralela e independiente, dado que las normas que las regulan no se superponen, y el estatuto de responsabilidad civil extracontractual es de aplicación general.

En segundo lugar, se debe destacar que la compensación económica sólo se aplica a los casos de divorcio y nulidad matrimonial. Por lo tanto, aunque ella fuese esencialmente una indemnización de perjuicios, su ámbito de aplicación será limitado: sólo se podrían dejar de indemnizar bajo el estatuto general de responsabilidad extracontractual aquellos daños producidos durante el matrimonio en los casos de divorcio y nulidad matrimonial.

Pero, ¿qué ocurre en caso de separación judicial? Es claro que la ley no contempla a la compensación económica para este caso, pues se mantiene vigente el deber de socorro y el derecho de alimentos entre los cónyuges. Por lo tanto, ¿podría un cónyuge demandar al otro por los mismos hechos que se consideran en la compensación económica, acudiendo a las normas generales de responsabilidad extracontractual? Creemos que la respuesta es negativa. La circunstancia que la compensación económica (considerada como una indemnización de perjuicios) no se contemple en caso de separación judicial no es suficiente razón para que un cónyuge pueda demandar al otro por el menoscabo económico que surge por haberse dedicado a los hijos o al cuidado del hogar.

Y las razones de esto son las mismas que responden a la pregunta de si en general es posible que un cónyuge demande al otro durante la vigencia del matrimonio por los daños que se hayan ocasionado. El espíritu de nuestro ordenamiento jurídico al respecto se refleja claramente en el artículo 2.509 inciso final del Código Civil, que señala que la prescripción extintiva se suspende siempre entre cónyuges. Dicha norma pretende justamente evitar conductas que atenten contra la armonía familiar y conyugal, como lo haría una demanda por indemnización de perjuicios entre marido y mujer.

En tercer lugar, si se considera a la compensación económica como una indemnización de perjuicios, podría producirse una discusión análoga a la que se dio en Argentina respecto de la posibilidad de solicitar indemnización por daños morales en el matrimonio. El artículo 225 del Código Civil argentino faculta expresamente al ex cónyuge (inocente) a demandar por los daños morales que se deriven de la nulidad matrimonial, mientras que guarda silencio respecto del daño moral en las demás formas de terminación del matrimonio, como el divorcio o la separación judicial¹⁷⁹. En consecuencia, la doctrina argentina discute si es la intención del legislador que dichos daños no sean indemnizados, o si se trata de una simple omisión que se puede suplir con las reglas generales de responsabilidad.

En Chile, se podría argumentar que como la ley ha regulado expresamente la compensación económica, se podría deducir que el legislador pretendió dejar fuera la indemnización de los demás daños producidos durante el matrimonio.

Sin embargo, creemos que el problema señalado se debe simplemente al desajuste normativo propio de la introducción de nuevas disposiciones legales a un sistema jurídico. En Argentina, el artículo 225 del Código Civil existía desde antes de la reforma por la cual se cambió el sistema de responsabilidad civil extracontractual desde uno taxativo a uno de aplicación general, por lo que se puede afirmar no se trata de una intención legislativa, sino simplemente de una omisión que carece de importancia porque se puede suplir con las reglas generales del Derecho Civil.

Sobre Chile podemos afirmar algo parecido: la compensación económica se introdujo en nuestro sistema jurídico antes que comenzara el desarrollo de la responsabilidad civil por daños familiares, a lo que se

¹⁷⁹ Respecto de la nulidad de matrimonio, el artículo 225 del Código Civil argentino señala: "El cónyuge de buena fe puede demandar, por indemnización de daños y perjuicios al de mala fe y a los terceros que hubiesen provocado el error, incurrido en dolo o ejercido la violencia". DUTTO, Ricardo. *Ob. Cit.* Pp. 79; y MEDINA, Graciela. *Ob. Cit.* Pp. 53.

suma el hecho que este problema sólo se produciría si hubiese un amplio acuerdo sobre la naturaleza indemnizatoria de la compensación económica, que en la práctica no existe. Aun así, creemos que la idea del desajuste normativo bastaría para resolver que otros daños producidos durante el matrimonio, distintos del menoscabo económico producido por no trabajar debido al cuidado de los hijos o del hogar común, también pueden ser indemnizados bajo las normas generales de la responsabilidad civil extracontractual.

Por último, es importante destacar que la compensación económica se refiere a circunstancias específicas acaecidas durante el matrimonio: aquellas que no permitieron al cónyuge beneficiario desarrollarse en el ámbito laboral; por lo que los eventuales daños causados por otros hechos (distintos del lucro cesante, si acudimos a la calificación de Cristián Lepin), y por el hecho mismo del divorcio o la nulidad matrimonial no son parte y no se deben considerar parte del contenido de la compensación económica. A ellos, cuando procedan, será aplicable el estatuto general de responsabilidad civil extracontractual.

4. Conclusión.

Creemos que si bien la presencia de la compensación económica puede generar dudas sobre la aplicación de las normas generales de responsabilidad civil extracontractual, un análisis más detallado sobre el tema nos permite concluir dos cosas.

Primero, que con independencia de la naturaleza jurídica que la compensación económica tenga, en general sus normas no constituyen un obstáculo para solicitar indemnización de perjuicios por los daños derivados del matrimonio.

Y segundo, que aunque la idea de la compensación económica como indemnización de perjuicios llegue a prevalecer en algún momento en nuestra doctrina y jurisprudencia, dicha situación importaría una

limitación muy mínima del estatuto indemnizatorio general, toda vez que sólo se trataría de:

- Daños entre cónyuges
- Producidos durante el matrimonio
- Sólo cuando exista divorcio o nulidad matrimonial
- En que el daño corresponda al concepto legal de menoscabo económico (artículo 61 Ley de Matrimonio Civil)

En dicho caso, aún sería posible acudir a las normas generales de responsabilidad extracontractual para demandar por otros daños producidos durante el matrimonio, patrimoniales y extrapatrimoniales, muchos de los cuales se pueden derivar de las causales de divorcio por culpa y nulidad matrimonial; y también demandar por daños ocurridos con posterioridad al matrimonio, como aquellos producidos por el juicio de divorcio o nulidad matrimonial en sí mismos.

CAPÍTULO II

DAÑOS DERIVADOS DEL DIVORCIO

1. Introducción.

Bajo el supuesto determinado en el capítulo anterior, de que en principio es posible aplicar las normas de la responsabilidad extracontractual a los daños derivados del divorcio, intentaremos acercarnos mejor a este tipo de daños para ver cómo podría darse una reparación en Chile frente a su ocurrencia.

En primer lugar, corresponde definir a qué daños nos referiremos en este capítulo. Primero abordaremos aquellos daños producidos durante el matrimonio y que hayan determinado el divorcio, y luego analizaremos los daños que se pudiesen generar por el divorcio en sí mismo.

Hacemos el alcance de que, en general, la búsqueda de una indemnización por los daños producidos durante el matrimonio no se debiese realizar durante su vigencia, dado que se alteraría profundamente la paz familiar y solidaridad que se busca que exista en la relación conyugal. Esta idea se refleja claramente en el Código Civil, cuando señala que la prescripción se suspende siempre entre cónyuges (artículo 2509 del Código Civil).

Similar situación se encuentra en Argentina, donde la jurisprudencia y doctrina en general no permiten que un cónyuge presente una acción por daños sin antes haber ejercido una acción de estado de familia, como la “separación personal” o el “divorcio vincular”.¹⁸⁰ Por otro lado, don Ricardo Dutto ha llegado a afirmar que no es necesario probar los hechos injuriosos en el juicio de separación personal o divorcio vincular, sino que existirá legitimación de los cónyuges

¹⁸⁰ DUTTO, Ricardo. *Ob. Cit.* P. 75. El autor excluye ciertos casos, como la violencia intrafamiliar en que sí es posible perseguir los daños con independencia de las acciones de estado de familia, hallarse los cónyuges en vías de separación o divorcio, etc.

para hacer reclamos contractuales y extracontractuales en el momento que deje de haber convivencia matrimonial¹⁸¹.

Creemos que en Chile sí es necesario que se haya intentado al menos la acción de divorcio, la de nulidad matrimonial o la de separación judicial, porque nos parece que exigir únicamente que no exista convivencia matrimonial puede generar situaciones confusas, dado que el cese de la convivencia es de difícil prueba. Quizás se podría hacer una excepción en los casos en que se haya dejado constancia del término de la convivencia a través de alguna de las formas señaladas en el artículo 22 de la Ley de Matrimonio Civil¹⁸², pero habría que analizar los efectos que esto podría tener sobre el principio de economía procesal y las dudas de coherencia que se plantearían entre los distintos juicios.

Por ejemplo, como explicaremos más adelante, no corresponde solicitar indemnización de perjuicios cuando el divorcio se ha invocado por una causal objetiva. Sin embargo, en el escenario propuesto podría ocurrir que una persona solicite la indemnización de daños y perjuicios antes de solicitar el divorcio (por ejemplo, esperando que se cumpla el plazo de cese efectivo de la convivencia), y luego interponga una demanda de divorcio por cese de la convivencia, o por culpa ¿qué ocurriría ahí, si la demanda de indemnización de perjuicios aún está vigente? ¿y si hubiese sido acogida? En fin, dejamos planteada la pregunta, pero por el momento pareciera que lo correcto es que las demandas indemnizatorias se puedan iniciar sólo una vez que se haya iniciado el proceso de divorcio o nulidad matrimonial.

Una segunda cuestión a definir en estos casos será bajo qué situaciones es posible intentar una demanda de indemnización de perjuicios. Como sabemos, nuestra Ley de Matrimonio Civil establece dos tipos de divorcio, que han sido denominados por la doctrina como “divorcio por culpa” y

¹⁸¹ DUTTO, Ricardo. *Ob. Cit.* P. 78. El autor excluye casos como el de violencia intrafamiliar.

¹⁸² Artículo 22 Ley N° 19.947. “El acuerdo que conste por escrito en alguno de los siguientes instrumentos otorgará fecha cierta al cese de la convivencia:

- a) escritura pública, o acta extendida y protocolizada ante notario público;
- b) acta extendida ante un Oficial del Registro Civil, o
- c) transacción aprobada judicialmente.

“divorcio por cese de la convivencia”. El primero se regula en el artículo 54 de la Ley N° 19.947, y se puede encuadrar fácilmente dentro de la lógica de la responsabilidad civil (subjetiva), ya que tanto desde su causal genérica como desde las que se enumeran en el artículo citado, se desprende la existencia de una conducta subjetiva atribuible a uno de los cónyuges, y por lo tanto, encontramos un fundamento para la aplicación de la responsabilidad extracontractual¹⁸³.

En cambio, el segundo tipo de divorcio (contenido en el artículo 55 de la Ley de Matrimonio Civil) atiende a un hecho objetivo que es el cese efectivo de la convivencia, por un plazo determinado y variable (según la demanda de divorcio se haga unilateralmente o de común acuerdo por los cónyuges). Cabe entonces preguntarnos: ¿puede seguirse una demanda de indemnización de perjuicios luego de este tipo de divorcio?

Creemos que la respuesta en este caso será siempre negativa, y así se ha resuelto también en la jurisprudencia nacional¹⁸⁴. En efecto, en nuestra opinión no es razonable intentar una demanda de indemnización de perjuicios por daños ocasionados durante el matrimonio o por el divorcio en sí mismo, dado que no existe coherencia alguna entre lo pretendido en la demanda de divorcio y la demanda por perjuicios que le sigue. A esto se suma la complicación que implicaría tener una sentencia en la que sólo ciertos hechos relevantes para la causa por reparación de daños han sido probados, ya que las medidas probatorias del proceso anterior sobre divorcio no habrán sido encausadas hacia una posible culpabilidad¹⁸⁵, quitando importancia a la sentencia del juzgado de familia que podría presentarse

¹⁸³ Este fundamento existe toda vez que se constituye una “razón jurídica” para atribuir el riesgo de daño a un tercero. Sobre los modelos de atribución de responsabilidad, véase BARROS Bourie, Enrique. *Ob. Cit.* Pp. 24 y ss.

¹⁸⁴ QUINTANA Villar, María Soledad. Aplicación jurisprudencial de las nuevas causales de terminación del matrimonio. [en línea] Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 2° Semestre 2008. Vol. 31. < http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512008000200006&lng=es&nrm=iso > [consulta: 18 de octubre 2011] P. 274

¹⁸⁵ En Argentina, por ejemplo, basta con que el divorcio se haya declarado por culpa, para acreditar la culpabilidad en el juicio de responsabilidad, que se llevará ante el mismo juzgado “por factor de conexión”. En Chile esto no ocurriría así, sino que será necesario iniciar un juicio ante el tribunal competente (que será un juez de letras en lo civil), y deberán probarse todos los elementos de la responsabilidad extracontractual, incluyendo la culpabilidad, con independencia que el divorcio haya sido acogido por culpa, y generando nuevamente toda la prueba.

como antecedente en el proceso ulterior ante el juzgado de letras en lo civil. Por último, en general se entiende que al acudir a la acción de divorcio por cese de la convivencia, existe una renuncia tácita por parte del cónyuge que demanda, y una del que es demandado, si contesta la demanda sin utilizar su derecho a una demanda reconventional de divorcio por culpa.

Ahora, desde el punto de vista del factor de atribución necesario para que exista responsabilidad subjetiva, el hecho de que exista una autorización expresa de la ley de matrimonio civil para solicitar el divorcio por cese de la convivencia, sin siquiera distinguir si éste se produjo de modo unilateral o de común acuerdo, elimina la posibilidad de sostener que exista una razón jurídica por la que los cónyuges debiesen compartir el riesgo de daño en estos casos, por lo tanto, el factor de atribución que se podría haber identificado en este tipo de casos pierde validez. En conclusión, sólo será posible intentar una demanda de indemnización de perjuicios por hechos derivados del matrimonio cuando la demanda de divorcio haya sido por culpa, y no por cese de la convivencia¹⁸⁶.

2. Indemnización por los hechos que ocasionaron el divorcio.

Para la indemnización de los daños ocasionados por hechos que son constitutivos de las causales de divorcio, será necesario probar que se incurrió efectivamente en alguna de ellas, lo que se habrá hecho en el juicio de divorcio. La sentencia de divorcio podrá presentarse como prueba en el nuevo proceso abierto ante el juez de letras en lo civil, lo que no eximirá al interesado de probar que existió culpa en el hecho-causal del divorcio.

2.1 Responsabilidad contractual vs. Responsabilidad extracontractual.

Pero, ¿qué normas deben aplicarse a los casos de divorcio, las de responsabilidad contractual o extracontractual? Esta duda se presenta

¹⁸⁶ El mismo criterio se ha desarrollado en la doctrina argentina: de acuerdo a Graciela Medina “Los daños y perjuicios producidos por el divorcio sólo pueden pretenderse en los casos de divorcio con atribución de culpa y no en aquellos donde no hay atribución de culpa ni en los que devienen de una presentación conjunta”. MEDINA, Graciela. *Ob. Cit.* P. 79. También P. 84.

dada la discusión sobre la naturaleza jurídica del matrimonio. Como sabemos, existe una discusión no zanjada respecto de cuál es la naturaleza jurídica del matrimonio, donde se presentan principalmente tres teorías: que el matrimonio es un contrato, que es un acto del Estado y que es una institución jurídica¹⁸⁷. Si el matrimonio es considerado un contrato pareciera obvio que debiesen aplicarse las normas sobre los efectos de las obligaciones de nuestro Código Civil. Sin embargo, aun en ese caso, podría ocurrir que se pretenda solicitar la indemnización de aquellos daños que no han sido reparados por el estatuto de responsabilidad contractual. Nos encontraríamos, quizás, frente a un caso de cúmulo de responsabilidades. Pero escapa a los fines de este trabajo determinar tamañas cuestiones. Por lo tanto, para efectos pedagógicos en este trabajo consideraremos únicamente la aplicación de las normas de responsabilidad extracontractual (considerando el matrimonio más como una institución jurídica que como un contrato)

En el Derecho Argentino la mayoría de la doctrina excluye la aplicación de las normas contractuales¹⁸⁸. Una opinión en contra la presenta doña Elena Highton, según quien “el incumplimiento a los deberes puede generar un ilícito o constituir un ilícito, pero las obligaciones de fidelidad, de cohabitación, de alimentos, etcétera, nacen de fuente lícita, por ello, el incumplimiento de estas obligaciones da cabida a una responsabilidad contractual.”¹⁸⁹ Así, la autora da a entender que por tratarse de obligaciones legales, se debiesen aplicar las normas de responsabilidad contractual. Pero Medina cuestiona esta postura, y señala que si bien se trata de obligaciones legales, no son obligaciones libremente convenidas por las partes por lo que no es posible la aplicación de la responsabilidad contractual¹⁹⁰. Nos parece que esta discusión es análoga a la que se ha dado en nuestro país, y que finalmente la cuestión pasa necesariamente por la consideración que se tenga del matrimonio como un contrato o no.

¹⁸⁷ TRONCOSO Larrondo, Hernán. Derecho de Familia. Colección de Manuales. 9ª Edición. Santiago. Lexis Nexis. 2006. Pp. 12 y ss. RAMOS PAZOS, René. *Ob. Cit.* Tomo I, Pp. 28 y ss.

¹⁸⁸ MEDINA, Graciela. *Ob. Cit.* P. 73.

¹⁸⁹ Citada en MEDINA, Graciela. *Ob. Cit.* P. 74.

¹⁹⁰ MEDINA, Graciela. *Ob. Cit.* Pp. 74 y 75.

En fin, para este trabajo reafirmamos la idea de la aplicación de la responsabilidad extracontractual, y por lo tanto, en el juicio de responsabilidad por daños derivados del divorcio deberán configurarse cada uno de sus elementos para obtener la reparación de los perjuicios.

2.2 Elementos de la responsabilidad por daños derivados del divorcio.

Para Graciela Medina, “ninguna duda cabe de que los hechos constitutivos de las causales de divorcio son acciones antijurídicas ya que constituyen violaciones a deberes jurídicos legalmente establecidos y libremente asumidos”¹⁹¹. Esta afirmación es también válida en Chile, especialmente si recordamos las razones por las cuales los deberes morales o derechos-deberes del Derecho de Familia son exigibles desde un punto de vista jurídico¹⁹².

En consecuencia, en el juicio de responsabilidad el hecho ilícito estará conformado por la o las causales que motivaron el divorcio por culpa¹⁹³. Estas causales están contenidas en el artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil, que señala lo siguiente:

Artículo 54. “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.

Se incurre en dicha causal, entre otros casos, cuando ocurre cualquiera de los siguientes hechos:

1º.- Atentado contra la vida o malos tratamientos graves contra la integridad física o psíquica del cónyuge o de alguno de los hijos;

2º.- Trasmisión grave y reiterada de los deberes de convivencia, socorro y fidelidad, propios del matrimonio. El abandono continuo o reiterado del hogar común, es una forma de trasgresión grave de los deberes del matrimonio;

¹⁹¹ MEDINA, Graciela. *Ob. Cit.* P. 76.

¹⁹² Según lo explicado en el capítulo I, parte I de este trabajo.

¹⁹³ Y lógicamente, no se puede intentar una acción de perjuicios cuando el cónyuge demandado de divorcio por culpa ha sido declarado inocente.

- 3º.- Condena ejecutoriada por la comisión de alguno de los crímenes o simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública, o contra las personas, previstos en el Libro II, Títulos VII y VIII, del Código Penal, que involucre una grave ruptura de la armonía conyugal;
- 4º.- Conducta homosexual;
- 5º.- Alcoholismo o drogadicción que constituya un impedimento grave para la convivencia armoniosa entre los cónyuges o entre éstos y los hijos, y
- 6º.- Tentativa para prostituir al cónyuge o a los hijos”.

Como se puede observar, la causal genérica establecida en el inciso primero del artículo citado exige que la violación de los deberes morales sea de carácter grave. Desde esta norma es posible sostener que, desde el punto de vista de la culpabilidad, el legislador ha mantenido el estándar de diligencia normalmente debida en el ámbito de las relaciones conyugales y respecto de los hijos, pues concede el divorcio siempre que exista gravedad, sin calificarla, en el incumplimiento de los deberes morales. Este mismo nivel de exigencia se traspasará al juicio por daños familiares, dado que éste estará fundado en la causal de divorcio acogida.

En consecuencia, sostenemos que no sería posible obtener una indemnización de perjuicios cuando el juicio de divorcio ha sido rechazado por considerarse que las violaciones alegadas fueron de carácter levísimo, ni tampoco cuando en el juicio de divorcio se hayan acogido sólo algunas causales, dejando otras fuera por no estar revestidas de esta gravedad. Es decir, la demanda de indemnización de perjuicios no podrá fundarse en aquellos incumplimientos que se hayan rechazado en el proceso de divorcio¹⁹⁴.

La gravedad de la conducta ha sido ejemplificada en un caso de jurisprudencia argentina, en el cual, según el juez “no cualquier violación de un deber matrimonial merece el amparo jurisdiccional a favor del cónyuge ofendido

¹⁹⁴ Para una mejor referencia al respecto, es recomendable un estudio de la jurisprudencia chilena respecto de la aplicación de las causales de divorcio.

tendiente a obtener una reparación pecuniaria. Para que ello ocurra es menester requerir una fuerza dañadora muy punzante, una trascendencia de la ofensa fuera de lo común. Así, por ejemplo, será materia de reparación el daño extrapatrimonial a favor del esposo o esposa que ha sufrido la violación del deber del otro, la actitud de éste de haberse mostrado desembozadamente con una persona de sexo opuesto y en actitudes francamente indecorosas, impropias de una persona casada, mas no la de aquel que aun violando el deber de fidelidad, lo hizo en el recato propio de la intimidad, más allá de que pudiera haber sido sorprendido in fraganti por una de esas cosas que tiene el destino”¹⁹⁵.

Otro aspecto que se debe observar de la causal genérica de divorcio por culpa, es el resultado que debe tener la infracción: tornar intolerable la vida en común. Esta circunstancia podría ponderarse como el primer gran daño que se deriva de las causales de divorcio. Es un requisito adicional establecido por la ley, lo que vuelve la indemnización de este tipo de daños más compleja que en otros casos de daños familiares, como por ejemplo, en la violencia intrafamiliar, en que no se exige llegar a sufrir este tipo de daño para solicitar la indemnización de perjuicios.

En todo caso, la intolerabilidad de la vida en común no será el único daño susceptible de ser reclamado en el posterior proceso indemnizatorio, ya que los otros daños no quedan excluidos por el sólo nombramiento de éste, y especialmente en consideración al respeto del principio de reparación integral del daño. Por lo tanto, es posible la solicitud de perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales, siempre que éstos sean de una entidad suficiente que justifique la puesta en marcha del sistema de responsabilidad de acuerdo a las normas generales de la responsabilidad extracontractual.

Así, por ejemplo, Medina considera dignos de ser resarcidos los daños ocasionados por lesionar el derecho al bienestar, el respeto de los familiares y el derecho al honor, pero no sencillamente la pérdida del vínculo

¹⁹⁵ Citado en MEDINA, Graciela. *Ob. Cit.* Pp. 80 y 81.

afectivo¹⁹⁶. También señala el daño por verse privado del uso del nombre, la lesión a sentimientos religiosos, y otros daños, como el que sufre la madre al ver a sus hijos abandonados¹⁹⁷.

2.3 Concurrencia de culpas.

Muchas veces ocurrirá que al solicitar uno de los cónyuges el divorcio por culpa imputable al otro, sea demandado reconventionalmente por alguna otra causal. Si finalmente ambos son condenados en la sentencia de divorcio, se podría pensar que no será posible que puedan demandarse los daños ocasionados durante el matrimonio, dado que se habrán compensado las culpas y la legitimación para demandar por perjuicios la posee sólo cónyuge inocente (que no existiría en este caso)¹⁹⁸. Sin embargo, esta solución es injusta, pues no considera el que una conducta pueda ser más gravosa que la otra, o haber resultado uno de los cónyuges más perjudicado que el otro. Además, “la culpa de los cónyuges no neutraliza la responsabilidad, por cuanto la culpa de uno de ellos no da derecho a la agresión del otro”¹⁹⁹.

Por lo tanto, la concurrencia de las culpas sólo podrá aplicarse cuando la culpa de ambos cónyuges se haya originado en un mismo hecho, como por ejemplo, malos tratos recíprocos y graves que hayan tornado intolerable la vida en común. Si las culpas se han originado en hechos distintos, corresponderá conocer ambos casos y determinar la indemnización que corresponda a cada uno. Pero siempre estará excluida en este caso la posibilidad de solicitar la indemnización por los daños derivados del divorcio en sí mismo, dado que aunque finalmente uno de los cónyuges resultase inocente, igualmente intentó la acción de divorcio, y a nadie le está permitido reclamar en base a su propia culpa.²⁰⁰

¹⁹⁶ MEDINA, Graciela. *Ob. Cit.* P. 92.

¹⁹⁷ MEDINA, Graciela. *Ob. Cit.* Pp. 92 y 93.

¹⁹⁸ MEDINA, Graciela. *Ob. Cit.* P. 85. Esto, sin perjuicio de lo señalado en el artículo 2.330 del Código Civil.

¹⁹⁹ MEDINA, Graciela. *Ibid.*

²⁰⁰ Referencia al artículo 1.111 del Código Civil Argentino, en MEDINA, Graciela. *Ob. Cit.* P. 85. Este principio se asimila al que establece que nadie puede aprovecharse de su propio dolo.

3. Indemnización por los daños ocasionados por el divorcio en sí mismo.

¿Es posible solicitar la reparación de los perjuicios causados por el divorcio mismo, en forma adicional a los que se hayan causado durante la vigencia del matrimonio y hayan originado el divorcio?

Esta discusión se ha dado en el Derecho Comparado, particularmente en Argentina, donde la doctrina y jurisprudencia se encuentran divididas al respecto. Una parte alega que el divorcio no es fuente de daños, ni puede serlo pues se trata de una alternativa que otorga la ley²⁰¹.

Para otros en cambio, del divorcio en sí mismo se pueden derivar varios daños que debiesen ser indemnizados. Entre estos últimos se encuentra Graciela Medina, según quien, “las secuelas del divorcio pueden dañar afecciones legítimas de los cónyuges, como por ejemplo frustrar todo un proyecto de vida sustentado en el matrimonio y en la familia unida; perder la compañía y asistencia espiritual del cónyuge; verse privado de la colaboración del otro progenitor en la formación y educación de los hijos; el inocente es obligado a padecer la soledad a que lo condena el divorcio, especialmente cuando tiene cierta edad el matrimonio ha durado un tiempo considerable, siendo en estas condiciones especialmente sentida la pérdida de las afecciones; la esposa pierde el carácter de mujer casada y el nivel social de esposa”²⁰². Sin embargo, la jurisprudencia en Argentina ha condenado a pagar mayoritariamente aquellos daños que se derivan de las causales del divorcio, y no por el divorcio en sí mismo²⁰³.

Pero esta postura de criterio amplio, que acoge la indemnización por las causales del divorcio y por el divorcio en sí, se ve reforzada por el artículo 266 del Código Civil francés, según el cual cuando el divorcio se declara por culpa exclusiva de alguno de los cónyuges, “el otro puede ser condenado a reparar los

²⁰¹ MEDINA, Graciela. *Ob. Cit.* P. 70.

²⁰² MEDINA, Graciela. *Ob. Cit.* P. 69.

²⁰³ MEDINA, Graciela. *Ob. Cit.* P. 72.

daños e intereses materiales o extrapatrimoniales que la disolución del matrimonio le ha hecho sufrir a su cónyuge”.²⁰⁴

En Chile, nos parece que es cuestionable la introducción de la indemnización por el divorcio en sí mismo, dado que se trata del legítimo ejercicio de un derecho reconocido y otorgado por la ley. En este sentido, no vemos cómo se podría considerar que hay un hecho imputable y culposo. La única excepción, creemos que se dará si se logra configurar un abuso del derecho. En ese caso, si uno de los cónyuges utiliza el juicio de divorcio o el divorcio mismo como un modo de agresión o venganza en contra del otro, exponiendo a la víctima a interrogatorios impertinentes, sin guardar un mínimo de buena fe procesal y de resguardo de la intimidad familiar, sí creemos que sería posible recurrir a la indemnización de perjuicios como un medio de reparación de los males causados.

Pero en principio, nos parece que el dolor o angustia que sufra el cónyuge inocente a consecuencia del divorcio no debe ser indemnizado, mucho menos si el juicio se inició por él.

²⁰⁴ Citado en MEDINA, Graciela. *Ob. Cit.* Pp. 71 y 72.

CAPÍTULO III

RESPONSABILIDADES RELATIVAS A LAS ACCIONES DE FILIACIÓN

1. Introducción.

El objetivo de este capítulo es examinar la responsabilidad extracontractual que puede surgir de los hechos relacionados con la determinación de la filiación, revisando algunos casos a modo de ejemplo. Además, haremos una reflexión sobre la conveniencia del desarrollo de este tipo de responsabilidad, considerando especialmente el resguardo del derecho a la identidad y los incentivos o desincentivos que pueden generarse respecto a la determinación de la filiación.

2. Responsabilidad por el ejercicio de las acciones de filiación.

Comenzaremos analizando la responsabilidad por el ejercicio de las acciones de filiación dado que es el único caso en que la ley concede indemnización de manera expresa en estas materias. El artículo 197 inciso 2º de nuestro Código Civil, establece que “la persona que ejerza una acción de filiación de mala fe o con el propósito de lesionar la honra de la persona demandada es obligada a indemnizar los perjuicios que cause al afectado.”

Este artículo se encuentra dentro del párrafo N° 1 del Título VIII “De las acciones de filiación”, que trata sobre las Reglas generales, por lo que se aplica a todas las acciones de filiación. Su existencia nos lleva a hacer varias consideraciones.

En primer lugar, al enfrentar el artículo 197 inciso 2º del Código Civil a la responsabilidad extracontractual por daños derivados de relaciones de familia, surge la duda respecto de si esta acción puede ser considerada o no como un caso de “responsabilidad familiar”. En esta tesis hemos planteado que para que opere la aplicación de las normas de responsabilidad del modo especial que

aquí se postula, se requiere que exista una relación de familia entre los involucrados en el conflicto, y a primera vista, cuando se utilizan estas acciones, no siempre existirá una relación de familia entre demandante y demandado. Esto nos lleva a hacer dos planteamientos adicionales respecto del artículo antes citado.

Por una parte, se podría considerar que el ejercicio de la acción de responsabilidad en este caso operaría de dos modos: para quienes son calificados como familiares atendiendo a las normas especiales de la “responsabilidad familiar”, y para los demás siguiendo la aplicación de las normas generales de responsabilidad.

Sin embargo, consideramos que esta distinción es artificiosa, pues se estaría estableciendo una distinción donde la ley no la ha hecho y como señala el adagio, donde la ley no distingue no es lícito al intérprete distinguir.

Además, adoptar esta posición conlleva a irregularidades, ya que se debiesen excluir de la “responsabilidad familiar” a las siguientes personas:

- En la impugnación de paternidad, cuando la filiación es de carácter matrimonial y sólo en caso de muerte del marido: toda persona a quien la pretendida paternidad irrogare perjuicio actual, que no sea un familiar.²⁰⁵
- En la impugnación de paternidad, cuando la filiación se ha generado por reconocimiento: toda persona que pruebe un interés actual en ello, que no sea un familiar.²⁰⁶
- En la impugnación de maternidad: toda otra persona a quien la maternidad aparente perjudique actualmente en sus derechos sobre la sucesión testamentaria, o abintestato, de los supuestos padre o madre, siempre que no exista posesión notoria del estado civil, que no sea un familiar.²⁰⁷

²⁰⁵ Artículo 213, inciso 1º del Código Civil.

²⁰⁶ Artículo 216, inciso final del Código Civil.

²⁰⁷ Artículo 218 de nuestro Código Civil.

A esto se suma la dificultad que en algunos casos puede encerrar la calificación de ciertas personas como familiares o no²⁰⁸.

En definitiva, creemos que en el futuro, ante un mayor desarrollo de los daños familiares esta acción sí debiese considerarse como un caso de responsabilidad familiar.

En segundo lugar, cabe preguntarnos: ¿Tiene algún significado el hecho que el legislador sólo haya regulado la indemnización de perjuicios en el caso de mala fe en el ejercicio de las acciones de filiación, y no en otras acciones de familia? ¿Se entiende excluida por esto la responsabilidad por mal uso de otras acciones de familia, como por ejemplo, la acción de divorcio?

Por una parte, podríamos considerar que se trata de la intención del legislador, de limitar la responsabilidad civil por el ejercicio de acciones sólo al caso de las acciones de filiación, razón por la cual no se habría expresado esta posibilidad en otras acciones, como la de divorcio o la de nulidad del matrimonio.

Pero por otro lado se podría pensar que, a pesar de poder aplicar las normas generales de responsabilidad extracontractual en estos casos, se consideró mejor señalar dicha posibilidad en una norma expresa, dada la delicadeza del tema y en consideración del derecho a la honra de las personas, para desincentivar cualquier mal uso de las acciones de filiación que se pudiese dar.

Bajo este último argumento, la falta de norma expresa para otras acciones del Derecho de Familia, no implica la intención del legislador de excluir la responsabilidad por su mal uso, siempre que se den los elementos que nuestro ordenamiento jurídico requiere para que exista responsabilidad extracontractual.

²⁰⁸ Véase Primera Parte, Capítulo IV sobre Concepto de Familia Aplicable.

En tercer lugar, cabe preguntarse qué ocurre cuando la acción ejercida tiene como resultado que los hechos alegados en la demanda fueran ciertos. Es decir, ¿está supeditada la acción del artículo 197 inciso 2º del Código Civil al éxito de la acción de filiación intentada? La jurisprudencia se ha pronunciado al respecto, en un caso en el cual un hombre se enteró a través de una acción de impugnación que la persona que conoció he hizo el rol de su madre por más de tres décadas no lo era biológicamente. Si bien los hechos alegados por los demandados en el juicio de responsabilidad eran ciertos, la Corte de Apelaciones de Rancagua igualmente los hizo responsables, señalando que los hechos causaron un dolor y una aflicción, y sobretodo “considerando que dicha acción fue ejercida en forma abusiva, incomprensible, innecesaria, irreflexiva, antojadiza, sin posibilidad alguna de éxito y con el único propósito de causar un profundo impacto en la vida diaria del actor”.²⁰⁹

A continuación veremos qué ocurre con los supuestos de hecho que se dan en las acciones de filiación, y su relación con la responsabilidad civil extracontractual.

3. Responsabilidad por los hechos que sustentan a las acciones de filiación.

El primer cuestionamiento que surge en este ámbito de responsabilidad, se relaciona con la existencia del artículo 197 inciso 2º, citado anteriormente. Siguiendo el mismo razonamiento respecto de la responsabilidad por mal uso de las acciones de filiación cabe preguntarnos: dado que el Código Civil sólo se refiere en esta materia a la responsabilidad por ejercicio de las acciones de filiación, ¿significa esto que se pretende excluir la responsabilidad por el resto de los casos relacionados con la filiación? En particular, pensamos en los hechos constitutivos de daño en que se sustentan dichas acciones, que muchas veces se

²⁰⁹ Corte de Rancagua. 1.4.2008. Rol IC N° 592-2007 [en línea] < www.legalpublishing.cl > N° LP 38642 [consulta: 5 noviembre 2011]. Confirmada por sentencia de CS. 24.11.2009. Rol N° 2275-2008 [en línea] < www.legalpublishing.cl > N° LP 42866 [consulta: 5 noviembre 2011]

encuentran soterrados y quedan en evidencia una vez que se ha ejercido una acción de filiación.

Nuevamente, se puede considerar que la intención del legislador fue limitar la responsabilidad civil sólo al mal uso de las acciones de filiación, lo que se justifica por la posibilidad de ser hecho responsable por eventuales daños que saldrían a la luz con la acción de filiación, que podría constituir un fuerte desincentivo a la búsqueda de la identidad, cuando no se tiene una filiación determinada, o a la búsqueda de la verdad biológica, cuando se tienen dudas sobre una paternidad o maternidad ya establecidas.

Sin embargo, nuevamente llegamos a la idea de que no es ésta la interpretación correcta, ya que se contradice con la aplicación general de la responsabilidad extracontractual. Además, el incentivo o desincentivo dependerá de la rigurosidad con que se apliquen los elementos de la responsabilidad extracontractual. Creemos que la sola posibilidad de crear un desincentivo no es suficiente para dejar de dar aplicación al principio de la responsabilidad, que es un principio que cruza todo nuestro Derecho Civil.

En conclusión, sostenemos que la existencia del artículo 197 inciso 2º no debiese obstar a la persecución de indemnizaciones cuando los hechos que la fundan (como por ejemplo, ocultar la verdadera paternidad de manera dolosa) así lo justifiquen.

Ahora, volviendo al estudio en particular de la responsabilidad civil por hechos que sustentan acciones de filiación, cabe advertir que no haremos aquí un estudio acabado de las acciones de filiación que establece la ley, porque para efectos del juicio de responsabilidad todas ellas debiesen ser abordadas del mismo modo: atendiendo a los hechos que las sustentan, y analizando si de éstos se desprenden los requisitos de la responsabilidad extracontractual. Estos supuestos de hecho pueden ser múltiples y contener cada uno detalles o circunstancias que los

hacen especiales, por lo que su desarrollo finalmente se deberá hacer a través del estudio de cada caso.

A continuación, analizamos algunas hipótesis que se pueden dar a raíz del ejercicio de acciones de filiación.

3.1 Persona sin filiación determinada que encuentra a su padre/madre.

En este caso, el supuesto hijo interpondrá una acción de reclamación de filiación. Supongamos que la acción es acogida, pero contra la voluntad del padre, quien se negó a realizarse la prueba de paternidad, y a quien el juez aplicó lo establecido en el artículo 203 del Código Civil²¹⁰. Agreguemos a este supuesto que el padre era conciente de la existencia de este hijo, pero no lo reconoció pues no quería tener una relación con él y su madre.

¿Es posible que el hijo demande una indemnización de perjuicios por los daños económicos y morales que le produjo la falta de un padre durante su niñez y adolescencia? O en otras palabras, ¿existe en nuestro ordenamiento jurídico un deber de reconocimiento de los hijos? Esta pregunta se debe abordar desde el punto de vista del hecho, y de la antijuridicidad de la conducta.

3.1.1 Hecho Imputable.

Desde el punto de vista del hecho, se debe advertir que en este caso la conducta del sujeto constituye una omisión. Recordemos que por regla general la omisión no genera responsabilidad civil, salvo que exista “un deber especial de actuar en beneficio de otro.”²¹¹ Por lo tanto, el deber de reconocimiento de los hijos, si existe como tal, debe haber constituido un deber

²¹⁰ Artículo 203 incisos 1º y 2º Código Civil. “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.”

²¹¹ BARROS Bourie, Enrique. *Ob. Cit.* P. 63.

especial de actuar en beneficio de otra persona para generar responsabilidad extracontractual.

3.1.2 Antijuridicidad o Culpabilidad.

Ahora, respecto de la antijuridicidad de la conducta, ¿cuál es el deber de cuidado, o la diligencia debida en este caso? ¿Es posible configurar una obligación jurídica para el padre o madre de reconocer al hijo?

a. ¿Cuál es el deber de cuidado en este caso?

Como ya señalamos en un capítulo de este trabajo, creemos que el padre será responsable si incurre en culpa leve, es decir, si falta al deber de cuidado que tendría un “buen padre de familia”, o si se comportase con una diligencia menor a la que la generalidad de los padres de familia hubiesen tenido en las mismas circunstancias²¹². Por lo tanto, el deber de cuidado corresponderá al del hombre medio. Sin embargo, dado que estamos hablando de responsabilidad familiar, el hombre medio aquí debe representarse por el “padre medio”.

Entonces, respecto del ejemplo antes señalado cabe preguntarnos ¿en qué consistía el deber de cuidado en este caso? ¿Qué hubiese hecho la mayoría de los padres en esta situación? ¿Existía un deber de conducta de reconocer al hijo?

En el caso de la falta de reconocimiento de los hijos, no tenemos una ley expresa que obligue a su reconocimiento, por lo que el deber de conducta debe ser determinado por el juez.

b. ¿Existe una obligación jurídica de reconocer a los hijos? ¿Cómo podría construir el juez esta obligación?

²¹² Tomamos como referencia a la generalidad de los padres, porque estamos bajo el supuesto que la acción de filiación fue acogida, y dado su efecto retroactivo, se debe considerar al sujeto como padre desde la concepción del menor (Artículo 181 inciso 1° Código Civil)

Por una parte se puede afirmar que el reconocimiento es un acto voluntario, y es uno de los pocos espacios de autonomía de la voluntad que se encuentran entre las normas de filiación²¹³. Por lo tanto, si en su esencia el reconocimiento no es obligatorio, no podría generar una obligación jurídica para el supuesto padre o madre²¹⁴.

Además, el sistema de responsabilidad no puede obligar al padre o madre a responder por la omisión del reconocimiento, pues se estaría desconociendo el carácter permisivo de las normas que lo regulan (artículo 186 y siguientes del Código Civil).

Bajo esta perspectiva, el juez podría considerar que no existe un deber de reconocer a los hijos, y debiese rechazar la demanda de responsabilidad.

Pero en nuestra opinión los argumentos dados pueden ser rebatidos. Si bien el reconocimiento es un acto voluntario, no es por eso un acto discrecional. Además, el carácter permisivo señalado no exime totalmente al presunto padre o madre de reconocer al hijo, pues ellos pueden verse obligados igualmente a aceptar la determinación de una filiación si ésta se solicita por vía judicial. En ese caso la certeza jurídica puede lograrse por vías coercitivas, como pueden ser las pruebas biológicas y su relación con las presunciones legales de paternidad o maternidad, de acuerdo a lo establecido en el artículo 199 del Código Civil. Por último, la ley señala claramente que el derecho de reclamar la filiación es un derecho imprescriptible e irrenunciable²¹⁵, lo que demuestra la importancia que tiene su ejercicio para nuestro ordenamiento jurídico.

²¹³ GANDULFO R, Eduardo. Reconocimiento de Paternidad: tópicos y cuestiones civiles [en línea] Revista Chilena de Derecho. Pontificia Universidad Católica de Chile. 2007. Vol. 34 N° 2 < http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372007000200002&lng=es&nrm=iso > [consulta: 31 agosto 2009] P. 202.

²¹⁴ Artículo 186 Código Civil: “La filiación no matrimonial queda determinada legalmente por el reconocimiento del padre, la madre o ambos, o por sentencia firme en juicio de filiación.”

²¹⁵ Artículo 195 inciso 2° Código Civil.

Así, quedando descartados como argumentos el carácter voluntario del reconocimiento y el carácter permisivo de sus normas, creemos que hoy sería posible establecer como deber de conducta exigible el reconocimiento de los hijos. Este deber se deriva del desarrollo histórico, social y legal que ha tenido este tema en nuestra sociedad, y que describiremos a continuación.

En primer lugar, las modificaciones que se han dado en la historia de la legislación atingente desde la dictación del Código Civil hasta nuestros días, demuestran la importancia actual que tiene la determinación de la filiación en nuestra sociedad, y los deberes que tienen los padres y madres para con sus hijos.

Cuando en 1855 se publicó el Código Civil, la regulación en materia de filiación siguió al Código de Napoleón que se caracterizaba por establecer diversas categorías de hijos y por no permitir la libre investigación de la paternidad y la maternidad²¹⁶. Después, en 1952, se admitió una investigación de la paternidad, pero de manera muy restringida, a través de la ley N° 10.271²¹⁷.

Pero la situación cambió radicalmente en 1998, con la publicación de la ley N° 19.585, que estableció el principio de igualdad entre todos los hijos, y la libre investigación de la paternidad y de la maternidad, admitiendo ampliamente medios probatorios y dando expresa titularidad de las acciones de filiación al hijo. Adicionalmente, la ley N° 19.585 modificó las normas sobre patria potestad, que comenzó a ser compartida entre padre y madre (artículo 243 Código Civil), y se renovó el conjunto de derechos y obligaciones que existen entre padres e hijos, dándole una mayor importancia a las relaciones personales, y no sólo a las patrimoniales²¹⁸.

²¹⁶ Con excepción del juicio de ilegitimidad, pero éste era muy restringido.

²¹⁷ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 19.585. Modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación [en línea] < <http://www.bcn.cl/histley/periodos?p=1998> > [consulta: 22 junio 2010]

²¹⁸ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 19.585. Modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación [en línea] < <http://www.bcn.cl/histley/periodos?p=1998> > [consulta: 22 junio 2010] Pp. 7-8

Finalmente, la ley N° 20.030, publicada en julio de 2005, completó la reforma anterior, a través de 3 mecanismos: terminó con la exigencia a la parte demandante de presentar “antecedentes suficientes que hagan plausibles los hechos”²¹⁹ en que la demanda se funde; otorgó al juez la facultad de dar a las pruebas biológicas por sí solas, valor probatorio suficiente para establecer o excluir la filiación; y estableció como sanción para la parte que se niegue injustificadamente a practicarse el examen de ADN una presunción legal de paternidad o maternidad.

Así, se puede ver como nuestro ordenamiento jurídico se ha encaminado hacia la protección del menor y sus derechos, dando un mayor énfasis a los derechos de los hijos y los deberes de los padres, que se demuestra especialmente en las grandes facilidades otorgadas para la determinación de la filiación.

En segundo lugar, se debe considerar el fenómeno de constitucionalización del Derecho Privado: la omisión culpable o dolosa en el reconocimiento de un hijo implica una vulneración al derecho a la identidad de la persona. Éste es un derecho fundamental, que si bien no se establece en forma expresa en nuestra Constitución Política, es exigible a través del mecanismo establecido en el artículo 5° inciso 2° de la Constitución, por el cual se reconoce como un límite a la soberanía de la nación los derechos fundamentales contenidos en los tratados internacionales firmados y ratificados por Chile. En consecuencia, nuestro ordenamiento jurídico no se puede desentender del respeto de estos derechos.

El derecho a la identidad del menor se funda a lo menos en tres tratados internacionales. Primero, el artículo 3° de la Convención Interamericana de Derechos Humanos establece que “toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”²²⁰. A su vez, el Pacto Internacional de

²¹⁹ Antiguo artículo 196 del Código Civil, derogado por la ley N° 20.030 (D.O. 17/7/2003)

²²⁰ Convención Interamericana de Derechos Humanos [en línea] <
<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html> > [consulta: 21 junio 2010]

derechos civiles y políticos establece en su artículo 24 que todo niño tiene derecho a un nombre y a adquirir una nacionalidad, ambos elementos de su identidad²²¹. Por último, la Convención de Derechos del Niño, especialmente en sus artículos 7° y 8°, estatuye el compromiso de los Estados Parte de la Convención, de “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”²²².

Es decir, la preservación de las relaciones familiares es parte del derecho a la identidad, y por lo tanto, al no reconocer una persona al que es su hijo o hija, lo está privando de un derecho fundamental, razón por la cual se le debe hacer responsable.

Se debe considerar también que nuestro Código Civil consagra una norma general para la reparación de los daños, y por lo tanto no es necesario que exista una ley expresa que obligue a los padres a reconocer a sus hijos para que exista una obligación jurídica de hacerlo. La responsabilidad civil existirá siempre que no se haya actuado de acuerdo al estándar de conducta exigible.

En conclusión, la responsabilidad por falta de reconocimiento de los hijos viene a culminar un largo proceso de transformaciones legales y sociales, que apuntaron a la consagración del derecho a la identidad de las personas; y en cuanto se produzca una vulneración injustificada de esos derechos, se estará incurriendo en un hecho antijurídico que si provoca daño, deberá ser reparado.

3.1.3 Una posible solución al caso.

Considerando los antecedentes señalados, el juez podría considerar que sí existe un deber de conducta de reconocer a los hijos. En el caso señalado, nos parece que no reconocer al menor, de manera intencional (pues lo hizo con conocimiento del lazo que los unía) constituye una conducta dolosa, y que por

²²¹ Pacto Internacional de derechos civiles y políticos [en línea] < <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm> > [consulta: 21 junio 2010]

²²² Convención sobre los Derechos del Niño. [en línea] < <http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm> > [consulta: 21 junio 2010]

lo tanto, se debiese aceptar una acción de perjuicio siempre que se probasen los demás elementos de la responsabilidad. Por ejemplo, el daño sería menor si hubiese tenido un padrastro con el que mantuviese una buena relación y que se encargase de cuidarlo y mantenerlo.

Por otro lado, podría darse el caso en que el supuesto padre no tuviese certeza sobre su relación con el menor -caso en el cual habría que analizar si su conducta fue constitutiva de culpa-, o derechamente no supiese de su existencia, lo que en principio lo eximiría de la responsabilidad por falta de culpa.

3.2 Cónyuge resulta no ser padre de algunos de sus supuestos hijos (filiación matrimonial), que son fruto de una relación extramatrimonial de la madre.

En esta hipótesis el padre interpondrá la acción de impugnación de la filiación. Por su parte, el representante legal de los menores debiese interponer la acción de impugnación conjuntamente con la reclamación de paternidad, para que quede determinada la filiación entre el menor y el verdadero padre.

En cuanto a los daños que podrían perseguirse, bajo el supuesto que sean acogidas dichas acciones, podemos observar dos posibles actores: el menor cuya filiación se ve afectada, y el padre que deja de serlo.

El menor que ha perdido a quien creía como padre y ha debido iniciar una nueva relación filial con otra persona, podría dirigirse contra quienes sean culpables del engaño a que fue sometido: su madre y su padre biológico y podría solicitar una indemnización por el daño moral provocado. En cuanto a los daños patrimoniales, no sería fácil probar que exista daño emergente o lucro cesante, pero podría darse en algunos casos. Por ejemplo, sería interesante analizar qué ocurre con el estándar de vida que llevaba el menor hasta ese momento, si éste se ve mermado porque las capacidades económicas del nuevo padre son menores, al punto que impliquen cambios de cierta entidad, como cambiarse de ciudad, comuna, colegio, la posibilidad de asistir a una universidad, etc.

También podemos preguntarnos qué ocurre con los futuros derechos hereditarios que tenía respecto de su padre anterior, para lo cual debemos determinar si ellos constituían parte de su patrimonio o no. Por regla general, en el caso de sucesión intestada creemos que la futura calidad de heredero es sólo una mera expectativa, por lo que no se puede considerar como parte del patrimonio del menor. En consecuencia, no habría aquí un daño indemnizable.

Sin embargo, en el caso de la sucesión testada sí podría darse una situación en que sería posible alegar un daño patrimonial. Si bien el testamento por esencia produce sus efectos luego de la muerte del testador²²³, los artículos 1140 y 1142 señalan una excepción. Ellos establecen que “los donatarios de una donación revocable y los legatarios a quienes se entregan en vida las cosas donadas y legadas adquieren un derecho de usufructo sobre los bienes entregados”²²⁴.

Si en el ejemplo que analizamos, el padre hubiese dado al menor algún objeto de valor bajo el título de donación revocable, por ejemplo, acciones en una sociedad, el derecho de usufructo sobre ellas (las utilidades que se generaban) sí habría entrado en el patrimonio del menor. En dicha situación, sí sería posible alegar un daño patrimonial, específicamente bajo la categoría de lucro cesante. Pero por otro lado, como se trata de una donación revocable, se podría sostener que nada podría alegar el menor. Finalmente, la solución del caso probablemente variaría según las circunstancias especiales que se presenten, en que el juez podría aplicar principios de equidad.

Desde el punto de vista del padre que deja de serlo, también cabe distinguir entre daños morales y patrimoniales. Los daños

²²³ Artículo 999 del Código Civil. “El testamento es un acto más o menos solemne, en que una persona dispone del todo o de una parte de sus bienes para que tenga pleno efecto después de sus días, conservando la facultad de revocar las disposiciones contenidas en él, mientras viva.

²²⁴SOMARRIVA Undurraga, Manuel, versión de ABELIUK, René. Derecho Sucesorio. 6ª Edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 2003. Tomo I. Pp. 300 y ss.

patrimoniales en su mayoría corresponderán a alimentos y manutención del menor que no le correspondía pagar.

En este sentido, habría que examinar, en primer lugar, si es aplicable a cada caso lo dispuesto en el artículo 328 del Código Civil: “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.”

En el caso que analizamos, no se da el supuesto de hecho de esta norma, pues presentamos a un matrimonio que no se encontraba separado y en el que no había existido un pleito por alimentos. Sin embargo, si se tratase de un caso en que se hubiesen fijado alimentos por vía judicial este artículo sí sería aplicable.

Pero aún quedan otras vías por las cuales el padre que dejó de serlo recupere el dinero gastado: alegando daño emergente y lucro cesante por el dinero que gastó en los cuidados del menor, a través de las reglas generales de responsabilidad, y en última instancia, a través de una acción que le proteja del enriquecimiento injusto.

Por último, cabe señalar que el daño moral provocado por la “pérdida” del hijo será de muy difícil cuantificación. Por ejemplo, en un caso similar en España, la Audiencia Provincial de Barcelona justificó la procedencia de la indemnización bajo el argumento de que el demandante había “vivido con el convencimiento de que Ana era su hija, habiéndose creado los naturales y lógicos vínculos de afectividad entre ambos, y planteado un proyecto de vida familiar que incluía como es natural a la niña, vínculos y proyecto que se han visto mutilados como consecuencia de la verdad biológica impuesta, causando una pérdida de afectos y un vacío emocional que puede considerarse equivalente o muy próximo a la pérdida

definitiva de un ser querido, además del sentimiento de profunda frustración que ha generado en el demandante la situación padecida...”²²⁵

Esta sentencia ha sido criticada porque la pérdida del vínculo filial no puede ser igualada a la muerte del menor, y esto debe reflejarse en el monto de la indemnización²²⁶.

3.3 En filiación no matrimonial: inscripción como padre de un menor, cuando no lo es en realidad.

El artículo 187 N° 2º, señala que el reconocimiento del hijo tiene lugar, entre otros modos, a través de una declaración formulada con ese objeto por el padre, la madre o ambos, en acta extendida en cualquier tiempo ante cualquier oficial del Registro Civil.

En un caso ocurrió que al nacer el menor, fue inscrito en el Registro Civil sólo por la madre, dado que el padre se encontraba trabajando en otro lugar del país y no hizo el reconocimiento. En el ínter tanto la madre falleció y los abuelos maternos, con la intención de mantener el cuidado del menor, pagaron a un tercero para que se inscribiese como padre de la criatura, cuestión que pudo hacer al no figurar nadie inscrito como padre. Luego de un par de meses el padre biológico volvió a su ciudad y se acercó al Registro Civil a reconocer formalmente a su hijo, pero este reconocimiento le fue negado pues ya existía una filiación determinada.

El verdadero padre entabló una acción de impugnación y reclamación de paternidad, proceso que duró siete años y que fue exitoso, pero sólo luego de ese juicio pudo tener el cuidado personal de su hijo²²⁷.

3.4 Nulidad del reconocimiento de paternidad/maternidad.

²²⁵ Cita extractada de FARNÓS Amorós, Esther. Indemnización del daño moral derivado de ocultar la paternidad [en línea] InDret. Revista para el análisis del Derecho. Barcelona, Octubre de 2007. 4/2007 < http://www.indret.com/pdf/482_es.pdf > [consulta: 6 noviembre 2009] P. 7.

²²⁶ FARNÓS, Esther. *Ob. Cit.* P. 10.

²²⁷ Nota periodística. 24 Horas, TVN. 23 de junio de 2011.

Este tipo de casos presentan una complejidad especial, dado que se trata de la nulidad de un acto jurídico y no del hecho generador de un daño. La nulidad del reconocimiento se concede en virtud del artículo 202 del Código Civil²²⁸, y por tratarse de un acto jurídico, para la determinación de su nulidad o validez rigen las normas generales respecto de los actos jurídicos.

De acuerdo al artículo 1687 del Código Civil, que regula los efectos de la nulidad, ésta “da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo...” dando lugar a las prestaciones mutuas, que sirven bien a los casos de orden patrimonial. Sin embargo, en la jurisprudencia tenida a la vista no se señaló nada respecto de los efectos de la nulidad²²⁹ ni respecto de eventuales indemnizaciones de perjuicio, por lo que se abre la duda sobre cuáles normas son las que se ajustan mejor a esta situación.

Podría ocurrir, por ejemplo, que una vez declarada la nulidad del reconocimiento se diera paso al cálculo y devolución de lo gastado en los alimentos del menor bajo la forma de restituciones mutuas. Luego, no sería posible solicitar dicho ítem a través de las normas de responsabilidad extracontractual, pues se estaría obteniendo un enriquecimiento injusto. Entonces, quizás una solución sería dar una aplicación alternativa a ambos grupos de normas, o una aplicación subsidiaria de ellas. Pero repetimos: como no hay un pronunciamiento expreso sobre los efectos de la nulidad del reconocimiento por parte de la jurisprudencia, la pregunta queda abierta.

Otra cuestión que cabe destacar sobre este tipo de casos es que la futura acción de responsabilidad que se pudiese interponer dependerá del resultado de la acción de nulidad del reconocimiento, con independencia de si la sentencia respeta la verdad biológica o no. Esto último ocurrió en la causa Rol N° 145-

²²⁸ Artículo 202 Código Civil. “La acción para impetrar la nulidad del acto de reconocimiento por vicios de la voluntad prescribirá en el plazo de un año, contado desde la fecha de su otorgamiento o, en el caso de fuerza, desde el día en que ésta hubiere cesado”.

²²⁹ Así por ejemplo, ocurre en la parte resolutive de la sentencia definitiva en la causa: Corte de Valdivia. 1.9.2010. Rol IC N° 132-2010 [en línea] < www.vlex.cl > [consulta 14 julio 2011]

2010, en que la Corte de Apelaciones de Chillán confirmó la sentencia de alzada que rechazó una demanda de nulidad de reconocimiento, por considerar que no existieron los vicios del consentimiento alegados. De acuerdo a la sentencia, el actor alegó haber sufrido fuerza para realizar el reconocimiento, y error, ya que no se enteró que el hijo no era suyo hasta una prueba biológica que se realizó 9 años después del nacimiento del menor. La fuerza se dio “a través de las amenazas de la madre del niño que viciaron su consentimiento en tal acto, consistente en que haría pública la existencia de un hijo no matrimonial, tanto a su entorno social, laboral y a su familia”. Sin embargo, la Corte consideró insuficiente la prueba rendida para configurar el vicio de fuerza, a lo que se sumó el hecho que el demandante era ginecólogo, por lo que pudo hacer una prueba de paternidad antes de efectuar el reconocimiento del hijo.²³⁰

Finalmente, en la sentencia se señala que “por lo demás, de acuerdo a los antecedentes reseñados aparece que el demandante es una figura protectora y significativa en la historia de vida del niño, el cual ha sido tratado, nombrado y reconocido como su hijo, pareciendo más lógico y justo preferir los lazos de afecto, cariño y dedicación demostrado por quien ha ejercido de padre durante toda la corta vida del menor, por sobre la verdad biológica”²³¹.

3.5 Desconocimiento de paternidad.

El desconocimiento de paternidad es aquel que se puede dar a raíz de lo dispuesto en el artículo 184 del Código Civil, que señala:

“Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y dentro de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación judicial de los cónyuges.

No se aplicará esta presunción respecto del que nace antes de expirar los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, si el marido no tuvo conocimiento de la preñez al tiempo de casarse y desconoce judicialmente su paternidad. La acción se ejercerá en el plazo y forma que se expresa en los artículos 212 y siguientes. Con todo,

²³⁰ Corte de Chillán. 5.5.2011. Rol IC N° 145-2010 [en línea] < www.legalpublishing.cl > N° LP 49273 [consulta: 5 noviembre 2011]

²³¹ Corte de Chillán. 5.5.2011. Rol IC N° 145-2010 [en línea] < www.legalpublishing.cl > N° LP 49273 [consulta: 5 noviembre 2011]

el marido no podrá ejercerla si por actos positivos ha reconocido al hijo después de nacido”.

Nuevamente, si los hechos consignados en el caso determinado permiten concluir que se dan los requisitos de la responsabilidad civil, ésta podría ser alegada.

4. Efecto retroactivo de la determinación de la filiación.

Una cuestión que se deberá tener en consideración en los ejemplos que hemos analizado, y en general en este tipo de casos, es que el artículo 181 del Código Civil establece que los efectos de la filiación operan de manera retroactiva, hasta la época de la concepción.

Por lo tanto, en el posterior juicio de responsabilidad las conductas que sean anteriores a la determinación de la filiación deberán ser evaluadas como si se hubiese tratado del comportamiento de un familiar. De esto se desprenden dos cuestiones:

Primero, ¿podría ocurrir que perdiéndose la acción de filiación, igualmente se intentara una indemnización? Si bien pensamos que es necesario el éxito en la acción de filiación para que proceda la indemnización de perjuicios, en caso que se tuviese la opinión contraria, la conducta se debiese evaluar como la de un tercero, y no como la de un familiar.

Y segundo, ¿qué ocurre con la evaluación de la conducta de quien no era el verdadero padre? Si éste hubiese sido demandado por alguna cuestión, por ejemplo, alimentos o violencia intrafamiliar... En el caso que las sentencias de dichas causas se encontrasen ejecutoriadas, obviamente ellas no se verían afectadas. Pero si se encontrasen los procesos en tramitación, habría que distinguir en cada caso.

En los ejemplos dados, como ya no existiría filiación, las causas sobre alimentos debiesen terminarse y se debiese dirigir la acción contra el verdadero padre. En cuanto a la violencia intrafamiliar, en cambio, dado que el concepto de familia en ese ámbito es más amplio, habría que ver si se enmarcaba en él al momento de los hechos; y si hubiese un posterior juicio de responsabilidad civil en contra de él, nuestra opinión es que su deber de conducta debiese ser evaluado como el de un familiar, dado que ésa era la función que el sujeto cumplía al producirse los hechos dañosos.

CAPÍTULO IV OTROS CASOS DE DAÑOS FAMILIARES

1. Responsabilidad por ruptura de esponsales.

Nuestro Código Civil define los esponsales en su artículo 98: “Los *esponsales o desposorio*, o sea la promesa de matrimonio mutuamente aceptada, es un hecho privado, que las leyes someten enteramente al honor y conciencia del individuo, y que no produce obligación alguna ante la ley civil.

No se podrá alegar esta promesa ni para pedir que se lleve a efecto el matrimonio, ni para demandar indemnización de perjuicios.”

Como se observa, el Código impide la ejecución forzada de la obligación de contraer matrimonio, y rechaza expresamente la posibilidad de solicitar indemnización de perjuicios en caso de incumplimiento. De lo primero podemos deducir que la ruptura de la promesa de matrimonio no es una conducta ilícita en sí misma; de hecho, si se la considerase como tal se estaría ignorando completamente la necesaria libertad del consentimiento que se dan los contrayentes, pues uno de éstos podría verse forzado a contraer matrimonio solamente para evitar una indemnización por daños.

Respecto de la prohibición de solicitar una indemnización de perjuicios, cabe señalar que esta norma pierde vigencia si, como señala don René Abeliuk en su tratado sobre Las Obligaciones, nos encontramos frente a un delito civil de seducción²³² que a la vez configure algún delito penal, como por ejemplo el estupro, pues en ese caso la acción de indemnización nacerá de la existencia del delito penal²³³. Por lo tanto, en aquellos casos en que no exista delito penal, “si se invoca la mera ruptura de la palabra matrimonial, como el Código ha

²³² El concepto de seducción se relaciona en el Derecho Penal moderno con la idea de “engaño”.

²³³ ABELIUK, René. *Ob. Cit.* P. 274. Nota al pie N° 313.

declarado que no producen obligación alguna, parece forzoso, aunque injustificado, concluir que no habría lugar a indemnización”²³⁴.

Pero nos preguntamos: ¿qué ocurre en aquellos casos en que, si bien no se configura un tipo penal, existe algo más que la “mera ruptura de la palabra matrimonial”? Por ejemplo, una relación sexual prematrimonial obtenida con los esponsales como engaño, que cause un perjuicio en la honra de la mujer. Aunque hoy en día existen relaciones personales de índole más liberal y se observa que la condena social hacia la víctima en este tipo de casos ha disminuido considerablemente, el descrédito que puede sufrir la mujer puede ser aún muy grave, dependiendo de las consideraciones concretas que se den caso a caso. También podría ocurrir que el daño provenga de una acción realizada con dolo o de mala fe.

Graciela Medina reseña un caso antiguo, pero sugerente: “Durante cuatro largos años un señor estuvo de novio con una señorita (1945 a 1949), con quien había fijado fecha de casamiento para el día 17 de febrero de 1949, y llegaron a concurrir a la iglesia con los testigos a solicitar que se publicaran las amonestaciones. El novio frecuentaba la casa de la novia y ésta –a su vez- trabajaba. Próximos a la fecha de matrimonio, el novio le dijo a la novia que no quería que su mujer trabajara y ella, ante la cercanía de la celebración de las nupcias, renunció a su trabajo accediendo al pedido de su prometido.

Llegado el momento de contraer el matrimonio, el novio no lo hizo porque era casado y tenía hijos, situación que había ocultado a su prometida durante la vigencia del noviazgo y que recién le comunicó por carta un día antes del fijado para la ceremonia.”²³⁵ ¿Incluso en casos como el señalado, debiésemos dejar sin reparación a la víctima, por el tenor literal del artículo 98 del Código Civil?

Por último, creemos que también debiese considerarse qué ocurre con los daños patrimoniales que pueden generarse en la preparación de un matrimonio que luego no se lleva a cabo. El pago del vestido de

²³⁴ ABELIUK, René. *Ibíd.*

²³⁵ MEDINA, Graciela. *Ob. Cit.* Pp. 204.

novia, la reserva del lugar para la celebración del matrimonio, las invitaciones hechas y su despacho, etc., son todos gastos que implican una gran cantidad de dinero, y que no serán reembolsados por los terceros comerciantes, pues a ellos no atañen los esponsales. Sin embargo, un sentido de justicia nos indica que si la ruptura de los esponsales se hizo a lo menos con dolo, la víctima debiese tener derecho a perseguir la indemnización de los perjuicios ocasionados.

Ante estas consideraciones surge la pregunta sobre la constitucionalidad del inciso 2º del artículo 98 del Código Civil. La actual redacción del artículo 93 de la Constitución Política de la República, posterior a la reforma constitucional del año 2005, establece no sólo la posibilidad de que se declare inaplicable un precepto legal en un proceso determinado por considerarse contrario a la Constitución, sino que ahora también es posible que el Tribunal Constitucional resuelva la inconstitucionalidad del precepto que ha sido declarado inaplicable anteriormente, siempre que esto sea aprobado por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio.

Atendiendo a las hipótesis de hecho reseñadas anteriormente sería posible, en determinados casos, solicitar la inaplicabilidad del artículo 98 del Código Civil, por ejemplo, ante una lesión al derecho a la honra o al derecho de propiedad.

En todo caso, observamos como antecedente que el Derecho Comparado sí se ha abierto a la posibilidad de reclamar la indemnización de perjuicios por estos daños.

En Italia, desde mediados del siglo XX existió un desarrollo jurisprudencial importante basado en el “delito civil de seducción con promesa de matrimonio”, que se entendía atentatorio de la libertad sexual de la mujer pero que posteriormente ha sido criticado por ignorar la igualdad y libertad sexual que

debe existir entre hombres y mujeres²³⁶. En Francia, en general sí se indemnizan los daños por ruptura de esponsales, siempre que ésta sea intempestiva. La culpa se valora considerando las circunstancias anteriores o concomitantes a la ruptura, y se ha observado que “los tribunales franceses son mas proclives a admitir la culpa cuanto más cercana a la fecha del matrimonio se produzca la ruptura”²³⁷, por ejemplo, justo en el instante en que se ponía en marcha el cortejo nupcial para ir al Registro Civil, finalización a menos de un mes del matrimonio, etc. También se considera culposos ciertos motivos, cuando se los califica de ilegítimos, como en caso de tener consideraciones de raza, fortuna, presencia de un niño, medio social, etc.²³⁸ Por último, cabe señalar que en España también se han acogido algunos casos de indemnización por término de concubinato con promesa de matrimonio, y por simple ruptura de noviazgo²³⁹.

En Argentina, al igual que en nuestro país, el Código Civil negaba efecto jurídico a los esponsales, y prohibía la indemnización de perjuicios causados con ocasión de éstos. El antiguo artículo 166 del Código Civil argentino expresaba: “La ley no reconoce esponsales de futuro. Ningún tribunal admitirá demandas sobre la materia, ni por indemnización de los perjuicios que ellos hubiesen causado”²⁴⁰. Sí se establecía una excepción en el artículo 1088 del citado código, en caso de seducción de mujer honesta menor de dieciocho años²⁴¹. Pero estas normas fueron reformadas por la ley N° 23.515, y el actual artículo 165 del Código Civil argentino señala simplemente: “Este Código no reconoce esponsales de futuro. No habrá acción para exigir el cumplimiento de la promesa de matrimonio.”²⁴² Desde entonces la mayoría de la doctrina ha concluido que ante el silencio de la ley se aplican las reglas generales de responsabilidad extracontractual, por lo que sí es posible solicitar una indemnización de perjuicios en caso de incumplimiento de la promesa de matrimonio.

²³⁶ MEDINA, Graciela. *Ob. Cit.* Pp. 215 a 217.

²³⁷ MEDINA, Graciela. *Ob. Cit.* P. 224.

²³⁸ MEDINA, Graciela. *Ibid.*

²³⁹ MEDINA, Graciela. *Ibid.*

²⁴⁰ DUTTO, Ricardo. *Ob. Cit.* P. 123.

²⁴¹ DUTTO, Ricardo. *Ibid.*

²⁴² DUTTO, Ricardo. *Ob. Cit.* P. 124

Los tribunales argentinos que han acogido este tipo de indemnizaciones exigen que la ruptura sea intempestiva e injustificada, o que obedezcan a la mala fe del demandado²⁴³. Así por ejemplo, la Cámara en lo Civil y Comercial de Mar del Plata señaló una vez que “Para que se configuren los presupuestos que habilitan dicha acción es necesario probar que hubo promesa matrimonial incumplida en forma intempestiva e injustificada por el demandado, dando lugar con ello a la configuración del comportamiento antijurídico que el ordenamiento sanciona con arreglo a factores subjetivos de atribución de responsabilidad y seguido del mismo –en una relación causa a efecto- de un perjuicio cierto sufrido por la accionante.”²⁴⁴

2. Daños derivados de la nulidad matrimonial.

Recordemos que la nulidad es una sanción aplicable a todos aquellos actos jurídicos a que falte alguno de los requisitos que la ley exige para el valor del mismo acto según su especie, o según la calidad o estado de las partes que lo celebran (artículo 1681 Código Civil). En el caso del matrimonio civil, la Ley Nº 19.947 regula expresamente las causales de nulidad matrimonial.

El efecto principal de la nulidad es que otorga a las partes el derecho de ser restituidas al mismo estado en que se encontrarían si no hubiese existido el acto nulo (artículo 1.687, inciso 1º Código Civil).

Cabe entonces preguntarnos, ¿qué ocurre con aquellos daños que se producen con ocasión de la declaración judicial de nulidad de un matrimonio civil? ¿Son compatibles la nulidad y la responsabilidad extracontractual? Este tema ya ha sido tratado por don Pablo Rodríguez Grez, según quien es necesario distinguir las diversas casuales por las que se ha declarado la nulidad para determinar

²⁴³ DUTTO, Ricardo. *Ob. Cit.* Pp. 129 y ss.; MEDINA, Graciela. *Ob. Cit.* Pp. 203 y ss.

²⁴⁴ Cámara en lo Civil y Comercial Mar del Plata, Sala II, 18/05/00, ED, 188-529. Citado en DUTTO, Ricardo. *Ob. Cit.* P. 131.

si de ellas se puede desprender o no, adicionalmente, una acción de perjuicios²⁴⁵. Por lo tanto, a continuación señalaremos someramente qué ocurre en cada una de las situaciones descritas en el artículo 44 de la Ley de Matrimonio Civil, todas las cuales debieron existir al tiempo de celebración del matrimonio.

2.1 Encontrarse alguno de los contrayentes con incapacidades señaladas en los artículos 5º, 6º o 7º de la Ley Nº 19.947, es decir:

- a) Se encuentre bajo vínculo matrimonial no disuelto
- b) Sea menor de 16 años
- c) Se encuentre privado del uso de razón
- d) Tenga un trastorno o anomalía psíquica fehacientemente diagnosticada que le haga incapaz de modo absoluto para formar la comunidad de vida que implica el matrimonio
- e) Carezca de suficiente juicio y discernimiento para comprender y comprometerse con los derechos y deberes esenciales del matrimonio
- f) No pueda expresar claramente su voluntad por cualquier medio
- g) Sea ascendiente o descendiente por consanguinidad o por afinidad, o colateral por consanguinidad en el segundo grado, respecto del otro contrayente
- h) Se pretenda casar con el imputado contra quien se hubiere formalizado la investigación por homicidio de su marido o mujer, o con quien hubiere sido condenado como autor, cómplice o encubridor de ese delito.

Al referirse a las causales de nulidad absoluta de los actos jurídicos, Rodríguez Grez señala que ellas no dan derecho a indemnización de perjuicios en cuanto afectan al orden público, “porque dichas normas comprometen el interés general de la sociedad y en su quebrantamiento existe una responsabilidad compartida”²⁴⁶, en el sentido que en el acto jurídico (o a lo menos en el caso especial del matrimonio) ambas personas se encuentran en un plano de igualdad, y no existe

²⁴⁵ RODRÍGUEZ Grez, Pablo. Inexistencia y Nulidad en el Código Civil Chileno. Teoría Bimembre de la Nulidad. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2005.

²⁴⁶ RODRÍGUEZ Grez, Pablo. Inexistencia y Nulidad... Pp. 286.

una subordinación por la cual uno pudiese obligar al otro, por lo que se entiende que ambos son responsables al contrariar el orden público. Así ocurre claramente en los casos a), b), g) y h).

En los demás casos²⁴⁷, lo cierto es que los contratantes no se encuentran en el plano de igualdad mencionado, “haciendo posible que uno abuse o aproveche su superioridad respecto del otro”²⁴⁸. Aún así, el citado autor opina que dado que la ley ha colocado en manos del respectivo guardador todos los medios destinados a evitar el daño (como ejemplo cita el artículo 1447 inciso 2º del Código Civil), no se debiese dar lugar a la indemnización de perjuicios.

En este último punto diferimos, pues si bien en el ámbito patrimonial puede ser suficiente resguardo la existencia del guardador y la nulidad absoluta de las obligaciones que el incapaz contrate sin cumplir con los requisitos legales, en el caso de la nulidad matrimonial aun queda la posibilidad de que se produzca un daño moral importante, por lo que creemos que en ese caso sí es posible la aplicación de las normas generales de responsabilidad extracontractual.

2.2 No haber sido el consentimiento libre y espontáneo, en los términos expresados en el artículo 8º de la Ley de Matrimonio Civil:

- a) Que haya existido error acerca de la identidad de la persona del otro contrayente
- b) Que haya existido error acerca de alguna de las cualidades personales que, atendida la naturaleza o los fines del matrimonio, haya de ser estimada como determinante para otorgar el consentimiento.
- c) Que haya habido fuerza, en los términos de los artículos 1456 y 1457 del Código Civil, ocasionada por una persona o circunstancia externa, que hubiere sido determinante para contraer el vínculo

²⁴⁷Se presentan dudas importantes respecto de la situación descrita en la letra e), referida a quien carece del suficiente juicio y discernimiento para comprender y comprometerse con los derechos y deberes esenciales del matrimonio, pues no se trata de una persona que tenga una real incapacidad, sino que más bien le falta la madurez suficiente para comprometerse en un matrimonio. Dejamos esta cuestión abierta a discusión.

²⁴⁸ RODRÍGUEZ Grez, Pablo. Inexistencia y Nulidad... P. 287.

Para Rodríguez Grez es claro que en el caso de Fuerza y Dolo no hay impedimentos para ejercer la acción por indemnización de perjuicios. Según él, “la actitud del autor del dolo y la fuerza queda comprendida en los actos ejecutados con malicia, por cuya razón, conforme a las reglas generales de derecho (artículo 2329 del Código Civil), se genera responsabilidad para el autor. Es igualmente evidente que pueden el dolo y la fuerza, en este caso, provocar daños que no sean reparables sólo por la invalidación del acto jurídico y los efectos de la nulidad judicialmente declarada”²⁴⁹.

Se puede observar que entre las causales que establece la Ley de Matrimonio Civil no se señala específicamente el dolo, pero podremos encontrarlo en aquellos casos en que se haya acudido a él para inducir a error a la otra persona, o para aprovecharse de la incapacidad del otro contrayente.

Respecto del error, Rodríguez Grez afirma que se trata de una situación más compleja, pues el “que sufre el error, negligencia, descuido o culpa, puede hallarse en situación de tener que reparar los perjuicios que causa a su contraparte al demandar la nulidad.”²⁵⁰

Por último, respecto del error en cuanto a la persona, la regla general en las normas sobre los actos jurídicos, establece que el error en cuanto a la persona no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de la persona sea la causa principal de la celebración del contrato (como ocurre con el matrimonio) Si uno de los contratantes celebra el contrato ocultando algunos de los impedimentos establecidos por la ley (como por ejemplo, vínculo matrimonial no disuelto, o relación de parentesco que el otro contrayente desconozca), “hay derecho a ser indemnizado de los perjuicios, si uno de los contrayentes ocultó el impedimento y con ello causó daño al otro contrayente”²⁵¹.

²⁴⁹ RODRÍGUEZ Grez, Pablo. Inexistencia y Nulidad... Pp. 288 y 289.

²⁵⁰ RODRÍGUEZ Grez, Pablo. Inexistencia y Nulidad... P. 289.

²⁵¹ RODRÍGUEZ Grez, Pablo. Inexistencia y Nulidad... P. 296.

3. Abandono por familiares.

3.1 Menores de edad

Creemos que en este caso siempre será esencial distinguir entre quienes tengan el cuidado personal del hijo, y quienes no. Recordemos que según el artículo 224 del Código Civil, en principio el cuidado de los hijos toca de consuno al padre y madre. La situación será distinta si ha existido intervención judicial que haya otorgado el cuidado personal del menor a uno de los padres o a otro familiar. En ese caso, dicha persona será la principal responsable del abandono en que pueda encontrarse el menor de edad.

Por último, cabe preguntarse qué ocurre en aquellos casos en que un familiar, por propia iniciativa y al ver al menor en malas condiciones, lo toma para su cuidado, produciéndose un daño en ese intervalo de tiempo ¿cuánta diligencia se debiese exigir en dicho caso? Además, nos encontraríamos en un caso de aquellos en que se genera una situación de riesgo y el sujeto responsable actúa para no incurrir en una omisión culpable.

3.2 Abandono de adultos mayores.

El artículo 223 del Código Civil muchas veces pasa desapercibido, pero establece claramente un deber para los hijos de cuidar de sus padres: “Aunque la emancipación confiera al hijo el derecho de obrar independientemente, queda siempre obligado a cuidar de los padres en su ancianidad, en el estado de demencia, y en todas las circunstancias de la vida en que se necesitaren sus auxilios”.

Por lo tanto, aquellos ancianos que han sido abandonados a su propio arbitrio cuando ya no pueden mantenerse por sus propios medios, se encuentran legitimados para ejercer la acción de perjuicios en contra de sus hijos. Si bien en muchos casos es difícil pensar que pudiesen tener este tipo de iniciativas, al menos en aquellos casos en que se encuentren bajo interdicción por demencia, o que hayan obtenido ayuda del Estado o desde alguna fundación de

caridad, sus respectivos curadores o personas a su cargo podrían interponer dichas acciones en su beneficio.

4. Incumplimiento del deber de alimentos.

Tanto en el caso de alimentos mayores como menores, el incumplimiento de este deber puede ocasionar importantes daños patrimoniales, y eventualmente daños morales tanto en la persona a quien se deben los alimentos, como en quien sufre dicha falta.

Por ejemplo, la madre que no recibe la pensión de alimentos decretada por un tribunal de familia debe soportar los gastos de su hijo solamente con su patrimonio, y no también con la parte del patrimonio del padre del menor, lo que puede llevarla a atrasarse en el pago de sus propias deudas (daño emergente). Su alto nivel de gastos y poca capacidad de ahorro, causada por el incumplimiento del deber de alimentos del padre, le podrían privar el acceso a créditos de consumo o hipotecarios (lucro cesante).

Creemos que aquí se deben hacer dos observaciones. En primer lugar, en el desarrollo de la responsabilidad extracontractual en este ámbito, deberá existir gran cautela en la aplicación de la causalidad, especialmente respecto del lucro cesante. De lo contrario, el argumento de no poder surgir por tener que solventar más gastos de los que la ley establece podría convertirse en un canal de expansión desmedida de reparación de daños, que además muchas veces no podrá hacerse realidad, si se considera que numerosas pensiones alimenticias no se pagan por falta de recursos de los demandados. Por lo tanto, será importante el análisis caso a caso.

En segundo lugar, para la solicitud de la indemnización de perjuicios en este ámbito, será necesario primero haber solicitado la pensión de alimentos, conseguido su declaración judicial y pedido su cumplimiento ante los tribunales de familia. Sin que eso ocurra no podríamos afirmar que realmente

se ha producido un daño, pues la persona interesada no ha hecho uso de todos los instrumentos que el Derecho le otorga para defender sus derechos. Por otro lado, no habrá forma de probar la culpa del futuro demandado, si ni siquiera se le ha requerido judicialmente el pago de los alimentos. En conclusión, creemos que por coherencia jurídica, este tipo de indemnizaciones quedan sujetas al ejercicio del derecho de alimentos ante los tribunales de familia.

5. Privación indebida del régimen de comunicación directa y regular al otro progenitor y a parientes cercanos.

La comunicación directa y regular con el menor es un deber para el progenitor que no tiene el cuidado personal, pero también es un derecho. Por lo tanto, en caso que éste no se cumpla, se pueden solicitar medidas coercitivas en el tribunal de familia competente, y si en el largo plazo se llegasen a generar daños, sería posible también solicitar una indemnización de perjuicios al progenitor o sujeto que tenga el cuidado y que haya sido culpable de limitar o anular la comunicación señalada.

De estos daños, el más profundo que encontramos hoy en día es de carácter psicológico, y es llamado Síndrome de Alienación Parental. Éste se define “como un trastorno caracterizado por el conjunto de síntomas que resultan del proceso por el cual un progenitor transforma la conciencia de sus hijos, mediante distintas estrategias, con objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor, hasta hacerla contradictoria con lo que se debería esperar de su condición”²⁵². En la doctrina actual sobre vulneración de derechos del niño, este síndrome es considerado maltrato infantil en cuanto vulnera el derecho a todo niño a mantener contacto regular con el padre que no tiene el cuidado personal, a que ambos padres sean responsables de su desarrollo y en su derecho a ser protegido contra malos tratos y abusos.

²⁵² CS. 30.12.2009. Rol N° 9644-2009 [en línea] < www.legalpublishing.cl > N° LP 43467 [consulta: 5 noviembre 2011] La definición se encuentra en el Considerando 1º de la Corte de Apelaciones de Coronel: Corte de Coronel. 17.12.2009 [en línea] < www.legalpublishing.cl > N° LP 43467 [consulta: 5 noviembre 2011]

6. Algunos daños entre padres e hijos

6.1 Daños prenatales o postnatales por conducta de la madre durante el embarazo.

Aunque no hemos encontrado jurisprudencia al respecto en Chile, creemos plausible que un hijo demandase a su madre por las malformaciones o enfermedades que se hubiesen causado durante el embarazo o después, siempre que tuviesen como causa directa y principal la conducta inadecuada de la madre durante el embarazo. Nos referimos con esto a conductas tales como beber alcohol en exceso y repetidamente, uso de estupefacientes, e incluso algunas acciones riesgosas como la práctica de deportes extremos (salvo que fuese una conducta habitual en la madre, y tuviese autorización médica)

Será interesante observar qué ocurre aquí respecto de la capacidad y la culpabilidad en el caso del alcoholismo, la drogadicción, y otras enfermedades que requieran del uso de medicamentos incompatibles con el embarazo.

6.2 Fecundación y nacimiento de un hijo para su utilización.

Con el avance de las técnicas de reproducción asistidas, el uso de las células madres y otras nuevas tecnologías, en el futuro nos encontraremos cada vez con más situaciones como la que se reseña a continuación. Es el caso de unos padres que deciden tener una segunda hija por inseminación artificial, de la cual podrán obtener sangre y órganos compatibles con los de su hija mayor, a quien pretenden salvar de un cáncer²⁵³.

Pues bien, eventualmente, la hermana menor crece y decide emanciparse de sus padres para no seguir siendo médicamente intervenida en contra de su voluntad. He aquí un caso que también podría dar lugar a una indemnización de perjuicios.

²⁵³ Caso basado en Película "My Sister's Keeper".

7. Otros casos.

Las hipótesis de hecho pueden ser infinitas. Terminamos señalando como últimos ejemplos, todos aquellos casos de violencia intrafamiliar, los de mala administración de la sociedad conyugal y de los bienes de los hijos sujetos a patria potestad, el contagio de enfermedades de transmisión sexual en la pareja, la obstaculización del derecho a la identidad sexual, etc.

También existen otros casos que se han desarrollado en el extranjero, donde existe un desarrollo médico más avanzado y donde se acepta legalmente el aborto. Entre ellos, se encuentran la interrupción del embarazo sin conocimiento del padre de la criatura y la concepción y nacimiento de un hijo con daños hereditarios bajo conocimiento y consentimiento de los padres.

CONCLUSIONES

En este trabajo hemos intentado abarcar los aspectos más importantes de la relación que se da entre las normas de la responsabilidad civil extracontractual y del Derecho de Familia, considerando las especiales características que se presentan en el conflicto familiar. Luego de este primer intento, podemos concluir con las siguientes observaciones:

1. Los derechos- deberes contenidos en el Derecho de Familia no son jurídicamente exigibles en el sentido en que tradicionalmente se valora la exigibilidad de las obligaciones jurídicas. Sin embargo, negar absolutamente su exigibilidad, al punto de descartar la posibilidad de solicitar una indemnización de perjuicios en caso de su incumplimiento, aun cuando se cumpla con los demás elementos de la responsabilidad extracontractual (culpabilidad, daño indemnizable y causalidad), equivale a anular el mínimo sustrato jurídico que tienen estos deberes morales, relegándolos totalmente del ámbito del Derecho. En otras palabras, el reconocimiento de la posibilidad de solicitar una indemnización por daños que se deriven del incumplimiento de este grupo de derechos- deberes viene a reforzar el contenido jurídico de ellos, y a aclarar el lugar que ocupan en el mundo del Derecho.

La existencia de otras sanciones legales no excluye la aplicación de las normas de responsabilidad extracontractual, pues se trata de un estatuto de aplicación general y porque de otro modo se estarían ignorando los principios que lo informan, especialmente el *Neminem non Laedere*.

En el desarrollo de este tipo de responsabilidad, habrá de tenerse especial cuidado en la justificación de la existencia del daño moral, y en la regulación de su monto, para evitar caer en la mala praxis de establecer daños punitivos tras las indemnizaciones de daños morales.

Los deberes morales podrán introducirse en la lógica de la responsabilidad extracontractual a través de dos vías: como parte de la culpa infraccional, o por medio del análisis del estándar genérico del hombre diligente.

2. El concepto legal de familia que se desprende del Código Civil (aunque no expresamente) requiere, en nuestra opinión, de una revisión, de cara a las grandes transformaciones que ha sufrido nuestra sociedad durante las últimas décadas. Esta revisión es necesaria especialmente por la gran cantidad de situaciones de hecho que quedan en una indefinición legal, y que generan situaciones importantes de desigualdad social.

Creemos que el concepto de familia de cara a la responsabilidad extracontractual, debe mantenerse abierto y dinámico, calificándose en cada caso si la relación que existe tiene carácter familiar o no, para lo cual atenderemos a los elementos que nos da la ley (relaciones de parentesco, filiación y matrimonio), y a criterios más amplios que sean indiciarios de una familia (como por ejemplo, la convivencia y el cumplimiento de funciones familiares).

3. El dolo no presenta dificultades en su aplicación a los daños familiares, pero la culpa sí genera algunas dudas. Entre ellas, la determinación del deber de cuidado, que generalmente se hará por el juez a través de la determinación del estándar del hombre (familiar) diligente. En cuanto al estándar de conducta exigible, creemos que si bien existen argumentos tanto para exigir una mayor diligencia como una menor de la del hombre medio, lo cierto es que la aplicación de las normas generales de responsabilidad nos hacen concluir que se debe atender al hombre o “familiar” medio diligente (en el supuesto a que adherimos, de que el artículo 44 del Código Civil es aplicable a la responsabilidad extracontractual, y que por lo tanto, cuando el artículo 2329 del Código Civil habla de “toda culpa” no está hablando de incluir hasta la culpa leve, sino que se refiere simplemente a culpa).

4. La omisión tendrá mayor aplicación en el ámbito de las relaciones familiares que en la responsabilidad extracontractual en general,

dado que la condición de “familiar” coloca al sujeto responsable en una situación concreta que hace nacer obligaciones especiales, consistentes en deberes positivos de conducta.

5. Entre las cuestiones procesales analizadas, la cuestión más trascendente se refiere al tribunal competente. Luego de un breve período en que se interpretó que el tribunal competente era el de familia, y una reforma procesal a la ley que los creó, hoy es claro que el tribunal competente es el juzgado de letras en lo civil. En la práctica esto constituye una gran barrera para el desarrollo de la responsabilidad extracontractual por daños familiares en Chile, especialmente si se consideran las diferencias entre ambos tribunales en los aspectos procedimentales, la valoración de la prueba y la posibilidad de presentar testigos hábiles, entre otras cosas.

6. Entrando al análisis de algunos temas más específicos, podemos concluir en primer lugar, que la compensación económica en general no constituirá un obstáculo al desarrollo de la responsabilidad extracontractual por daños derivados del matrimonio, y sólo sería un obstáculo en la situación determinada que regula, si se llegase a aceptar generalizadamente que tiene la naturaleza jurídica de una indemnización de perjuicios.

Las acciones por daños derivados del matrimonio se debiesen presentar, en nuestra opinión, una vez iniciado el proceso de divorcio o nulidad matrimonial, y no se debiesen promover en los casos de separación judicial, pues en ellos sigue existiendo el vínculo matrimonial en virtud del cual la prescripción entre los cónyuges se encuentra suspendida (artículo 2509 del Código Civil), es decir, existe aún un interés del legislador de resguardar vínculos de solidaridad que podrían mermarse con una acción de perjuicios.

Además, dichas acciones sólo debiesen presentarse en caso que el divorcio haya sido declarado por culpa, y no por causales objetivas, pues en ellas se ignora el elemento subjetivo y se entiende que hay una

renuncia tácita de parte de los ex cónyuges a las acciones indemnizatorias. De lo contrario, ellos estarían actuando de modo incoherente.

Por lo tanto, en general se debiesen aceptar aquellas acciones que se intenten en que se haya incurrido en alguna causal de divorcio por culpa, y se den en el caso los demás requisitos que configuran la responsabilidad extracontractual. Respecto de la posibilidad de resarcir los daños causados por el divorcio en sí mismo, creemos que esta hipótesis sólo es posible en aquellos casos en que se haga un ejercicio abusivo de la posibilidad de solicitar el divorcio, y que de ello se derive un perjuicio indemnizable.

7. En cuanto a las acciones de filiación, recordamos que el artículo 197 inciso 2º del Código Civil da derecho a perseguir los daños en contra de quienes ejerzan la acción de filiación de mala fe, o con el objeto de lesionar la honra de la otra persona involucrada. Esta norma explícita, en nuestra opinión no excluye la responsabilidad que pueda derivarse de aquellos hechos que sustentan a las acciones de filiación, como por ejemplo, del padre que a sabiendas que tiene un hijo, no lo reconoce y niega la paternidad, o la cónyuge que tiene un hijo extramatrimonial, e igualmente deja que su filiación quede determinada por el matrimonio.

8. Así, se podrían encontrar muchos otros casos en los cuales, si la víctima lo considera necesario, puede hacer uso de las normas de responsabilidad extracontractual para lograr una indemnización que de alguna manera aminore el daño que ha sufrido. De este modo, además, en el largo plazo se podría ir formando un conjunto de normas claras respecto de qué daños del ámbito familiar consideramos tolerables y cuáles no.

Quizás así, la conciencia de que se puede ser obligado a responder por estos daños que no se consideren tolerables, redunde en un comportamiento más cuidadoso por parte de los miembros de cada familia, y dé

espacio a relaciones familiares de menor abuso y mayor concordia entre sus miembros.

BIBLIOGRAFÍA

I. Referencias

- ALESSANDRI Rodríguez, Arturo. De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno. Santiago. Imprenta Universitaria. 1943. 716p.
- ABELIUK Manasecivh, René. Las obligaciones. 3º Edición. Editorial Jurídica de Chile. 1993. Tomo I.
- BARAONA, Jorge y TAPIA, Mauricio. Contrapunto sobre la modificación al artículo 234 del Código Civil relativo a la facultad de los padres de corregir a los hijos [en línea] Revista Chilena de Derecho. Abril de 2008. Vol. 35 N° 1. < http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372008000100011&script=sci_arttext > [consulta: 5 mayo 2010]
- BARROS BOURIE, Enrique. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006. 1232p.
- CAMACHO Meléndez, Iris. Nuevas tendencias en Derecho Comparado de Derecho de Familia: concepto Familia e intervención estatal [en línea] Anales de Jurisprudencia. Estudios Jurídicos, 2º parte. México. 2004. N° 267. < <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/anjuris/cont/267/pr/pr6.pdf> > [consulta: 3 mayo 2011]
- CÉSPEDES Muños, Carlos y VARGAS Aravena, David. Acerca de la naturaleza jurídica de la compensación económica. La situación en Chile y en España. [en línea] Revista chilena de Derecho. Pontificia Universidad Católica de Chile. 2008. Vol. 35 N° 3. < http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372008000300003&lng=es&nrm=iso > [consulta: 23 mayo 2011]
- CORRAL Talciani, Hernán. La compensación económica en el divorcio y la nulidad matrimonial. [en línea] Revista chilena de Derecho. Pontificia Universidad Católica de Chile. 2007. Vol. 34 N° 1. < http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372007000100003&lng=es&nrm=iso > [consulta: 31 agosto 2009]
- CORRAL Talciani, Hernán. Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003. 423p.
- DOMÍNGUEZ, Carmen. Los principios que informan el Derecho de Familia chileno: su formulación clásica y su revisión moderna [en línea] Revista Chilena de Derecho. 2005. Vol. 32. N° 2. < <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2650366> > [consulta: 1º agosto 2011]
- DUCCI Claro, Carlo. Derecho Civil. Parte General. 2ª Edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1984. 419 p.

- DUTTO, Ricardo. Daños ocasionados en las relaciones de familia. Buenos Aires. Hammurabi. 2006. 288 pp.
- ESCALONA Riveros, Francisco. La Prescripción Extintiva Civil. Santiago de Chile. Fundación Fernando Fueyo. 1997. 284p.
- FARNÓS Amorós, Esther. Indemnización del daño moral derivado de ocultar la paternidad [en línea] InDret. Revista para el análisis del Derecho. Barcelona, Octubre de 2007. 4/2007 < http://www.indret.com/pdf/482_es.pdf > [consulta: 6 noviembre 2009]
- FERRER Riba, Josep. Relaciones familiares y límites del derecho de daños [en línea] InDret. Revista para el análisis del Derecho. Barcelona, octubre de 2001. N° 4. < http://www.indret.com/pdf/065_es.pdf > [consulta: 6 noviembre 2009]
- GANDULFO R, Eduardo. Reconocimiento de Paternidad: tópicos y cuestiones civiles [en línea] Revista Chilena de Derecho. Pontificia Universidad Católica de Chile. 2007. Vol. 34 N° 2
< http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372007000200002&lng=es&nrm=iso > [consulta: 31 agosto 2009]
- GLENDON, Mary Ann. Derecho y Familia [en línea] Estudios Públicos N° 76. Primavera 1999. < http://www.cepchile.cl/dms/lang_1/doc_1084.html > [consulta: 26 octubre 2009]
- GÓMEZ De La Torre, Maricruz. Compensación Económica en la Nueva Ley de Matrimonio Civil. Charla dictada el jueves 20 de octubre de 2005. Colegio de Abogados de Chile. 18 p.
- GUERRERO Becar, José Luis. Menoscabo y compensación económica. Justificación de una visión asistencial. [en línea] Revista de derecho. Universidad Austral de Chile. Diciembre 2008. Vol. 21 N° 2. < http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502008000200004&lng=es&nrm=iso > [consulta: 26 de mayo 2011]
- HERNÁNDEZ Paulsen, Gabriel. Responsabilidad Civil por Daños ocasionados en las Relaciones de Familia. Charla dictada el Martes 4 de noviembre de 2008. Colegio de Abogados de Chile. 34 p.
- KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México. 1982. 358p.
- KEMELMAJER De Carlucci, Aída. Las personas ancianas en la Jurisprudencia argentina. ¿Hacia un derecho de la ancianidad? [en línea] Revista Chilena de Derecho. Santiago. 2006. Vol. 33. N° 1. < http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372006000100004&script=sci_arttext > [consulta: 1º agosto 2011]

- LEPIN Molina, Cristián. La Compensación Económica. Efecto patrimonial de la terminación del Matrimonio. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2010. 224p.
- MAGNUS, Ulrich. La reforma del Derecho Alemán de Daños [en línea] InDret. Revista para el Análisis del Derecho. Barcelona, abril de 2003. N° 2. < http://www.indret.com/pdf/127_es.pdf > [consulta: 6 noviembre 2009]
- MARÍA Corbo, Carlos. Responsabilidad Civil en los casos de separación personal y divorcio vincular [en línea] < <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artreponsabilidadcivilsepraciondivorcio> > [consulta: 2 noviembre 2009]
- MARTÍNEZ Gómez, María Isabel. Las parejas de Hecho [en línea] Saberes. Revista de Estudios Jurídicos, Económicos y Sociales. 2003. N° 1. < <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=760571> > [consulta: 28 octubre 2009]
- MEDINA, Graciela. Daños en el Derecho de Familia. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores. 2002, 611p.
- MORETÓN Sanz, María Fernanda. Crónicas de las Jornadas sobre la Ley 42/2003, sobre relaciones abuelos y nietos [en línea] Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED. Año 2004. N° 24 < http://www.uned.es/dpto-civil/Proyecto%2015_2008/Cronica%20de%20Relaciones%20nietos%20abuelo.pdf > [consulta: 1º agosto 2011]
- NOVALES Alquézar, Aranzazú. Responsabilidades Especiales ¿Debería haber en el Derecho Matrimonial mecanismos reparatorios? Cuadernos de Análisis Jurídicos. Colección Derecho Privado. Escuela de Derecho. Universidad Diego Portales. Santiago de Chile. Vol. 4. 2008. P. 119-150.
- PÉREZ Fuentes, Gisela María. Evolución doctrinal, legislativa y jurisprudencial de los derechos de la personalidad y el daño moral en España [en línea] Revista de Derecho Privado. Nueva Serie. 2004. N° 8. < <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/8/dtr/dtr4.pdf> > [consulta: 28 octubre 2009]
- PIZARRO Wilson, Carlos. La cuantía de la compensación económica [en línea] Revista de Derecho (Valdivia). Julio 2009, Vol. XXII, N° 1. < <http://mingaonline.uach.cl/pdf/revider/v22n1/art02.pdf> > [consulta: 24 mayo 2011]
- QUINTANA Villar, María Soledad. Aplicación jurisprudencial de las nuevas causales de terminación del matrimonio. [en línea] Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 2º Semestre 2008. Vol. 31. < http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512008000200006&lng=es&nrm=iso > [consulta: 18 de octubre 2011]
- QUINTERO, David. Sobre la búsqueda de la naturaleza jurídica. Un comentario a propósito de la Compensación Económica (Sentencia de la Corte Suprema) [en línea]

Revista de Derecho. Volumen XXII, N° 2, diciembre 2009. Pp. 233-241 <
http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502009000200012&script=sci_arttext >
[consulta: 23 mayo 2011]

- RAMOS Cabanellas, Beatriz. Regulación Legal de la denominada familia ensamblada [en línea] Revista de Derecho. Publicación Arbitrada de la Universidad Católica del Uruguay; 2006, Vol. 1, p189-207, 19p. <
<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=a9h&AN=31142454&lang=es&site=ehost-live> > [consulta: 21 octubre 2009]

- RAMOS PAZOS, René. Derecho de Familia. 3° Edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2000. Tomos I y II.

- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. Responsabilidad Extracontractual. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2004. 505p.

- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. Inexistencia y Nulidad en el Código Civil Chileno. Teoría Bimembre de la Nulidad. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2005. 338 Páginas.

- SOMARRIVA Undurraga, Manuel, versión de ABELIUK, René. Derecho Sucesorio. 6ª Edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 2003. Tomo I

- TRONCOSO Larrondo, Hernán. Derecho de Familia. Colección de Manuales. 9ª Edición. Santiago. Lexis Nexis. 2006. 405p.

- TURNER Saelzer, Susan. La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil: 3 cuestiones dogmáticas [en línea] Revista Chilena de Derecho. 2005. Vol. 32. N° 3. <
<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2650359> > [consulta: 28 octubre 2009]

- TURNER, Saelzer, Susan. La unión de hecho como institución del Derecho de Familia y su régimen de efectos personales. Revista Ius et Praxis. Universidad de Talca. Año 16, N° 1, pp. 85-98. 2010.

- TURNER Saelzer, Susan. Las prestaciones económicas entre cónyuges divorciados en la nueva ley de matrimonio civil. [en línea] Revista de derecho. Universidad Austral de Chile. Julio 2004. Vol. 16. <
http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502004000100004&lng=es&nrm=iso > [consulta: 26 de mayo 2011]

- VARGAS Aravena, David. La responsabilidad civil en el matrimonio: problemática en el ordenamiento español y su eventual aplicación al sistema chileno. Gaceta Jurídica. N° 312: pp. 7-36. Junio 2006.

- VELOSO Valenzuela, Paulina. Algunas reflexiones sobre la compensación económica. Actualidad Jurídica. Vol. 7 (N° 13): pp. 171-187. 2006.

- VIDAL Olivares, Álvaro. La compensación económica en la Ley de Matrimonio Civil: ¿un nuevo régimen de responsabilidad extracontractual? [en línea] Revista de Derecho. Universidad de Concepción. Año XXII, N° 215-216. 2004. < <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1943/23.pdf> > [consulta: 6 noviembre 2009]
- VIDAL Olivares, Álvaro. La noción de menoscabo en la compensación económica por ruptura matrimonial. [en línea] Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 2° semestre 2008. Vol. 30 N° 2. < http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512008000200007&lng=es&nrm=iso > [consulta: 26 de mayo 2011]
- VODANOVIC, Antonio. Manual de Derecho Civil. Partes Preliminar y General. Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1996. Tomo I.

II. Normas

- Decreto con Fuerza de Ley N° 1. CHILE. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil; de la ley N° 4.808, sobre Registro Civil, de la Ley N° 17.344, que autoriza cambio de nombres y apellidos, de la Ley N° 16.618, Ley de Menores, de la Ley N° 14.908, sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, y de la Ley N° 16.271, de impuesto a las Herencias, Asignaciones y Donaciones. 30 Mayo 2000 [en línea] < <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986> > [consulta: 23 noviembre 2011]
- Ley N° 7.421. CHILE. Aprueba el Código Orgánico de Tribunales. 9 Julio 1943 [en línea] < <http://www.leychile.cl/N?i=25563&f=2011-03-15&p=> > [consulta: 23 noviembre 2011]
- Código Penal. CHILE. 12 Noviembre 1874 [en línea] < <http://www.leychile.cl/N?i=1984&f=2011-08-13&p=> > [consulta: 23 noviembre 2011]
- Ley N° 19.620. CHILE. Dicta normas sobre Adopción de Menores. 5 Agosto 1999 [en línea] < <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=140084> > [consulta: 22 noviembre 2011]
- Ley N° 19.947. CHILE. Establece Nueva Ley de Matrimonio Civil. 17 Mayo 2004 [en línea] < <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=225128> > [consulta: 23 noviembre 2011]
- Ley N° 19.968. CHILE. Crea los Tribunales de Familia. 30 Agosto 2004 [en línea] < <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=229557> > [consulta: 23 noviembre 2011]
- Ley N° 20.066. CHILE. Establece Ley de Violencia Intrafamiliar. 7 Octubre 2005 [en línea] < <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242648> > [consulta: 23 noviembre 2011]

- Convención Interamericana de Derechos Humanos [en línea] < <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html> > [consulta: 21 junio 2010]
- Convención sobre los Derechos del Niño. [en línea] < <http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm> > [consulta: 21 junio 2010]
- Pacto Internacional de derechos civiles y políticos [en línea] < <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm> > [consulta: 21 junio 2010]

III. Otros antecedentes normativos

- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la Ley N° 19.968. Crea los Tribunales de Familia. 2004 [en línea] < <http://www.bcn.cl/histley/historias-de-la-ley-ordenadas-por-numero> > [consulta: 21 noviembre 2011]
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la Ley N° 20.286. Introduce modificaciones orgánicas y procedimentales a la Ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia. 2008 [en línea] < <http://www.bcn.cl/histley/historias-de-la-ley-ordenadas-por-numero> [consulta: 21 noviembre 2011]
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 19.585. Modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación. 1998 [en línea] < <http://www.bcn.cl/histley/periodos?p=1998> > [consulta: 22 junio 2011]
- CONGRESO DE CHILE. Tramitación de proyectos [en línea] < <http://sil.senado.cl/pags/index.html> > [consulta: 6 octubre 2011]

IV. Jurisprudencia

- CS, 17.12.2008. Rol N° 5298-2008 [en línea] < http://www.wikilegal.cl/wiki/mediawiki-1.13.0/index.php/Casaci%C3%B3n_en_el_Fondo_rechazado._Civil._Demanda_de_indemnizaci%C3%B3n_de_perjuicios._Art%C3%ADculos_8_N%C2%B0_19_de_la_ley_N%C2%B019.968%2C_147_del_C%C3%B3digo_Org%C3%A1nico_de_Tribunales%2C_art%C3%ADculo_22_del_C%C3%B3digo_Civil_y_328_del_mismo_cuerpo_legal._Rol_5298/2008_%282008%29 > [consulta: 6 octubre 2011]
- CS, 7.9.2009. Rol N° 4.013- 2009 [en línea] < <http://jurischile.blogspot.com/2009/11/violencia-intrafamiliar-vinculacion-que.html> > [consulta: 3 octubre 2011]
- CS. 24.11.2009. Rol N° 2275-2008 [en línea] < www.legalpublishing.cl > N° LP 42866 [consulta: 5 noviembre 2011]
- CS. 30.12.2009. Rol N° 9644-2009 [en línea] < www.legalpublishing.cl > N° LP 43467 [consulta: 5 noviembre 2011]

- Corte de Santiago. 28.08.2006. Rol IC N° 8507-2005 [en línea] < <http://jurischile.blogspot.com/2006/10/regulacin-de-visitas-de-menor-280806.html> > [consulta: 5 octubre 2011]
- Corte de La Serena. 8.1.2007. Rol IC N° 373-2006 [en línea] < <http://jurischile.blogspot.com/2007/03/maltrato-habitual-en-pareja-homosexual.html>> [consulta: 3 octubre 2011]
- Corte de Concepción, 25.10.2007. Rol IC N° 909-2007 [en línea] < <http://jurischile.blogspot.com/2008/01/infraccin-de-deberes-de-alguno-de-los.html> > [consulta: 3 octubre 2011]
- Corte de Rancagua. 1.4.2008. Rol IC N° 592-2007 [en línea] < www.legalpublishing.cl > N° LP 38642 [consulta: 5 noviembre 2011]
- Corte de Concepción. 15.9.2008. Rol IC N° 1310-2008 [en línea] < www.legalpublishing.cl > N° LP 39891 [consulta: 5 octubre 2011]
- Corte de Coronel. 17.12.2009 [en línea] < www.legalpublishing.cl > N° LP 43467 [consulta: 5 noviembre 2011]
- Corte de Arica. 30.8.2010 [en línea] < www.vlex.cl > [consulta: 14 julio 2011]
- Corte de Valdivia. 1.9.2010. Rol IC N° 132-2010 [en línea] < www.vlex.cl > [consulta 14 julio 2011]
- Corte de Chillán. 5.5.2011. Rol IC N° 145-2010 [en línea] < www.legalpublishing.cl > N° LP 49273 [consulta: 5 noviembre 2011]