



**UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DE FAMILIA

POR

PABLO ANDRES VIVANCO LUENGO

**Tesis presentada a la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción para optar
al grado académico de Magíster en Derecho**

Profesor Guía:

RAMÓN HORACIO DOMÍNGUEZ AGUILA

Junio 2017

Concepción – Chile

DEDICATORIA

Le dedico esta investigación a mi amada esposa y amiga María Gabriela Castillo Rubilar (gaviotita de mar), por todo el camino recorrido y lo que está por venir. Se la dedico con muy especial afecto y profundo cariño a mi amado hijo Pablo Ignacio Vivanco Castillo, alumno del 3° año "C" del Colegio Pedro de Valdivia (Agustinas), compañero de tantas aventuras, mi rockero, mi jugador de básquet, de tenis, y mi batero (*drummer*) favorito. Los dos siempre han estado conmigo apoyándome, esta tesis es de Uds., ya que son ustedes dos los que me inspiran día a día. Todos para uno y uno para todos.

A mi amada madre Raquel Luengo Aguayo, por darme un gran ejemplo y la paciencia de educarme. Con especial afecto a mi padre quien no vivió para verme abogado.

A Joey Ramone y a Billie Joe Armstrong, por inspirarme tanto con su música.

Chicuelo, Colina, a 02 de mayo del 2017.

AGRADECIMIENTOS

Quiero agradecer de manera muy sincera, faltándome las palabras para poder hacerlo a mi Director de tesis, don RAMON HORACIO DOMINGUEZ AGUILA, por haber aceptado dirigirme, por la paciencia que me tuvo siempre, por su apoyo incondicional, por su invaluable ayuda en los momentos difíciles, que no faltaron, y por dejarme libremente ser el arquitecto de mi propia investigación de principio a fin. Muchas gracias Sr. DOMÍNGUEZ.

Mi agradecimiento al jurista, académico y abogado don GUIDO MACHIAVELLO CONTRERAS, por su apoyo, por su paciencia para conmigo, por sus consejos y palabras de apoyo, y, por el cariño que siempre me ha demostrado.

Quiero agradecer al cuerpo de profesores de, mi querida UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN, que me formaron y despertaron esta sed de querer investigar. Especial mención a don DANIEL PEÑAILILLO AREVALO, Director del Programa, a don MAXIMILIANO ESCOBAR SAAVEDRA, por su apoyo y sus palabras, y a don SERGIO CARRASCO DELGADO, por su apoyo en diversos momentos.

Especial mención a doña SOLANGE OLIVARES, secretaria del programa de Magíster en Derecho Privado nuestra FACULTAD DE CIENCIA JURÍDICAS Y SOCIALES UDEC y futura ingeniero, muchas gracias por todo, y por el apoyo brindado en todo, desde al principio y hasta el final. Muchas gracias doña SOLANGE.

A todo el personal de Biblioteca, tanto de Biblioteca de Derecho como de Biblioteca Central, de quienes guardo el mejor de los recuerdos. Especial mención a la jefa de la biblioteca de Derecho doña ARIELA LAGOS, por el apoyo que siempre me dio, cada vez que la necesité, por más difíciles que fueran mis pedidos. A todos y cada uno de ellos, muchas gracias.

A mi familia, colegas y amigos que de alguna manera estuvieron ahí preguntando como iba o simplemente apoyando, sugiriendo o aconsejando. Muchas gracias a todos.

En fin, mi agradecimiento a doña SILVIA NAVARRO CANGANA, por su ayuda en la compaginación final de esta investigación.

TABLA DE CONTENIDOS

Tabla de abreviaturas.....	XII
Resumen.....	XIV
Introducción.....	1

PRIMERA PARTE: BASES PARA LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DE FAMILIA

CAPÍTULO 1.

RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DERECHO DE FAMILIA: PLANTEAMIENTOS GENERALES.

1.1.- Planteamiento general del tema.	6
1.2.- Evolución y estado actual del tema.....	11
1.2.1.- Algunas ideas generales: las tendencias.....	12
1.2.2.- La situación en el Common Law.....	13
1.2.3.- Situación en el Derecho codificado de tradición romanista.....	16
1.3.- Planteamiento particular del tema.....	18
1.3.1.- Responsabilidad civil y divorcio.....	18
1.3.2.- Responsabilidad civil y negativa a reconocer a un hijo extramatrimonial.....	19
1.3.3.- Responsabilidad civil e interrupción injustificada del ejercicio de una relación directa y regular.....	22
1.3.4.- Responsabilidad civil y disolución unilateral de una unión unión de hecho.....	25
1.4.- Hacia una propuesta de consenso: nuestra posición.....	27
1.4.1.- El problema del acceso de la responsabilidad civil al ámbito del Derecho de familia: nuestro planteamiento.....	28
1.4.2.- El problema del efecto modificadorio del derecho de familia en la responsabilidad.....	29

**CAPÍTULO 2.-
SUPERACIÓN DE ARGUMENTOS CONTRARIOS AL RESARCIMIENTO DE
DAÑO EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DE FAMILIA.**

2.1.- Consideraciones previas.....	30
2.2.- La inmunidad y el privilegio familiar.....	31
2.2.1.- Doctrina de la inmunidad conyugal.....	32
2.2.2.- Doctrina de la inmunidad parental o inmunidad entre padres padres e hijos.....	39
2.2.3.- Doctrina del privilegio familiar.....	41
2.2.4.- Críticas a la doctrina tradicional del privilegio.....	43
2.2.5.- El privilegio familiar como una manifestación de la vida familiar...	49
2.2.6.- El privilegio familiar como manifestación de la piedad familiar los vínculos de solidaridad y altruismo.....	49
2.2.7.- Efecto del privilegio familiar: la atenuación del factor de imputación culpa.....	51
2.3.- La especialidad del Derecho de familia: ¿aplicación exclusiva y excluyente de normas del Derecho de familia para la resolución de asuntos es esta índole?.....	53
2.3.1.- Superación del argumento de la especialidad.....	54
2.3.2.- Las normas sobre responsabilidad civil no son extrañas al Derecho de familia.....	64
2.3.3.- Erróneo concepto del principio de especialidad.....	64
2.3.4.- Principio de especialidad y divorcio.....	66
2.3.4.1.- Naturaleza jurídica de la compensación económico.....	67
2.3.4.2.- Existencia de un concurso de normas.....	70
2.3.4.3.- Existencia de una doble sanción.....	71
2.3.5.- Principio de especialidad y daño anormalmente grave.....	72
2.4.- Consideración de los deberes familiares como éticos o morales y no jurídicos.....	75
2.4.1.- Naturaleza jurídica de los deberes familiares.....	75
2.4.2.- Relevancia del incumplimiento de deberes como hecho dañoso y de la juridicidad del deber familiar.....	80
2.5.- La piedad familiar y los vínculos de solidaridad y altruismo.....	82
2.5.1.- La piedad familiar o pietas familiae.....	83
2.5.1.1.- Concepto de piedad familiar.....	84
2.5.1.2.- La piedad familiar en la legislación.....	86
2.5.1.3.- Piedad familiar y límites al Derecho de daños.....	87
2.5.2.- La solidaridad familiar.....	88
2.5.2.1.- La solidaridad en la legislación.....	89
2.5.2.2.- Solidaridad familiar y límites al derecho de daños.....	91
2.6.- Una visión patriarcal y jerarquizada de la familia y la supremacía del interés familiar por sobre el individual.....	92

2.6.1.- La familia patriarcal y la jerarquización familiar.....	94
2.6.2.- Interés familiar y naturaleza jurídica de la familia.....	95
2.6.2.1.- Tesis de la personalización de la familia.....	96
2.6.2.2.-Tesis de la familia como un organismo jurídico.....	99
2.6.2.3.- Tesis de la familia como institución.....	102
2.6.3.- El interés familiar y el interés individual.....	107
2.6.3.1.- El interés familiar: ¿una idea preconcebida y abstracta?	107
2.6.3.2.- El surgimiento de intereses familiares individuales con expreso reconocimiento legal.....	109
2.6.3.3.- ¿Alcance relativo de las normas que regulan expresamente el interés familiar?.....	111
2.6.3.4.- Resarcimiento de daños en sede familiar y límites a la protección del interés individual.....	112

CAPÍTULO 3. ARGUMENTOS A FAVOR DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DE FAMILIA.

3.1.- Los cambios experimentados en la familia.....	114
3.1.1.- La familia patriarcal: un esquema heredado desde la antigüedad romana.....	115
3.1.2.- El cambio de paradigma de la postmodernidad: de la familia patriarcal a la familia igualitaria.....	119
3.1.3.- Crisis del modelo familiar tradicional, surgimiento de nuevas formas familiares y dificultades en su concepto.....	122
3.2.- Evolución de la responsabilidad civil.....	124
3.2.1.- Una nueva concepción de la responsabilidad civil.....	126
3.2.2.- La culpa ha sido desplazada como único fundamento de la responsabilidad civil.....	126
3.2.3.- El daño ha pasado a ser el epicentro de la responsabilidad civil.....	127
3.2.4.- El problema del daño resarcible y la reparación integral del daño en el ámbito del Derecho de familia.....	128
3.3.- Constitucionalización del Derecho de familia.....	133
3.3.1.- Las fuentes del Derecho constitucional de familia.....	134
3.3.2.- No existencia de un concepto constitucional de familia.....	135
3.3.3.- Concepto constitucional de familia.....	136
3.4.- La privatización del Derecho constitucional.....	141
3.5.- La expresa aplicación en sede familiar de normas de responsabilidad	

civil.....	145
3.5.1.- Hechos tipificados en el código civil.....	145
3.5.2.- Ley sobre violencia intrafamiliar.....	146
3.5.3.- Hechos tipificados en el código penal	147
3.6.- Derecho de familia como rama del Derecho privado.....	149
3.6.1.- Derecho de familia forma parte del Derecho público.....	150
3.6.2.- Derecho de familia es una tercera rama del Derecho.....	150
3.6.3.- Derecho de familia forma parte del Derecho privado en general y del Derecho civil en particular.....	151

**CAPÍTULO 4.
RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL COMO RÉGIMEN
APLICABLE AL RESARCIMIENTO DE DAÑOS EN EL ÁMBITO DEL
DERECHO DE FAMILIA.**

4.1.- Planteamiento general del tema.....	156
4.2.- Concepto de responsabilidad civil.....	157
4.2.1.- Responsabilidad moral y jurídica.....	158
4.2.2.- Responsabilidad civil y penal.....	159
4.3.-Fines de la responsabilidad civil: planteamiento del problema de fondo.....	160
4.3.1.- Finalidad preventiva.....	162
4.3.2.- Finalidad reparatoria o satisfactiva.....	164
4.3.3.- ¿Finalidad sancionatoria? ¿Daños punitivos?.....	165
4.4.- Estatuto de la responsabilidad extracontractual como régimen aplicable.....	167
4.4.1.- Responsabilidad civil contractual y extracontractual.....	168
4.4.1.1.- Tesis dualista.....	169
4.4.1.2.- Tesis monista.....	170
4.4.1.3.- Tesis ecléctica.....	172
4.4.2.- Importancia práctica del problema.....	173
4.5.- El sistema chileno de responsabilidad contractual y extracontractual: diferencias entre ambos regímenes.....	174
4.6.- Derecho común de la responsabilidad civil.....	181
4.7.-Posible concurrencia de responsabilidades.....	185
4.8.- Fundamentos para una calificación extracontractual del daño civil en el ámbito de las relaciones de familia.....	190

4.8.1.- Los daños en sede familiar constituyen infracción al deber genérico de no dañar a otro.....	190
4.8.2.- El derecho común de la responsabilidad es el estatuto extracontractual.....	191
4.8.3.- Los deberes familiares sólo admiten coerción indirecta y no se pueden encuadrar en el régimen contractual.....	192
4.8.4.- Si el hecho dañoso consiste en incumplimiento de un deber legal, de seguirse la tesis tradicional debe concederse, no obstante, un derecho de opción.....	194
4.8.5.- En el derecho comparado, la doctrina y jurisprudencia apoya la tesis extracontractual.....	195

SEGUNDA PARTE: DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN SEDE FAMILIAR EN PARTICULAR.

CAPÍTULO 5. RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS EN EL DIVORCIO

5.1.- Planteamiento general del tema.....	196
5.2.- Situación en el derecho comparado.....	197
5.2.1.- Francia.....	197
5.2.2.- España.....	199
5.2.3.- Portugal.....	200
5.2.4.- Bélgica.....	200
5.2.5.- Suiza.....	200
5.2.6.- Grecia.....	200
5.3.- Procedencia de la acción de daños.....	201
5.3.1.-Doctrinas que niegan la procedencia de la reparación.....	201
5.3.2.- Doctrinas que permiten ampliamente el resarcimiento del daño en el divorcio.....	211
5.3.3.- Doctrina que admite con restricciones el resarcimiento del daño en el divorcio.....	224
5.3.4.- Nuestra posición.....	226
5.4.- Régimen de responsabilidad aplicable.....	227
5.5.- Presupuestos de la responsabilidad civil.....	229
5.5.1.- El hecho dañoso.....	229
5.5.1.1.- ¿Unidad o pluralidad de hechos dañosos?.....	230
5.5.1.2.-Los hechos descritos en el art. 54 de la LMC.....	232

5.5.2.- La relación de causalidad.....	234
5.5.3.- El factor de imputación.....	237
5.5.4.- El daño.....	244
5.5.5.- Los daños resarcibles en el divorcio.....	246
5.6.- La acción indemnizatoria.....	253
5.6.1.- Tribunal competente para conocer de la acción civil.....	253
5.6.1.1.- Tribunal de familia como competente para conocer de una acción de daños en el divorcio.....	256
5.6.1.2.- Tribunal civil como competente para conocer de una acción de daños en el divorcio.....	257
5.6.2.-Oportunidad para deducir la acción civil.....	258
5.6.3.- Legitimados activo y pasivo.....	261
5.6.4.- ¿Puede ser un tercero solidariamente responsable?.....	262

**CAPÍTULO 6.
RESPONSABILIDAD CIVIL POR LA OBSTRUCCIÓN A LA
RELACIÓN REGULAR Y DIRECTA.**

6.1.- Planteamiento general del tema.....	263
6.2.-Delimitación del tema: ¿obstrucción o incumplimiento?.....	266
6.3.- Fundamento y fines del Derecho a mantener una relación regular y directa.....	270
6.4.- Naturaleza jurídica y contenido.....	272
6.5.- Breve referencia al (S.A.P).....	273
6.6.- El Estado frente al derecho a mantener una relación directa y regular.....	280
6.7.- Estatuto jurídico de responsabilidad aplicable.....	282
6.8.- Presupuestos de la responsabilidad civil.....	284
6.8.1.- El hecho dañoso: la obstrucción al régimen.....	284
6.8.2.- Factor de atribución.....	286
6.8.3.- La relación de causalidad.....	288
6.8.4.- El daño.....	288
6.9.- La acción indemnizatoria.....	290
6.9.1.- Legitimación activa y pasiva.....	290
6.9.2.- Tribunal competente y oportunidad para deducir la acción.....	290

**CAPÍTULO 7.
RESPONSABILIDAD CIVIL POR NEGATIVA A RECONOCER AL
HIJO EXTRAMATRIMONIAL.**

7.1.- Planteamiento general del tema.....	291
7.2.- Situación en el derecho comparado.....	292
7.3.- Fundamento del reclamo resarcitorio: el derecho a la propia identidad....	293
7.4.- El reconocimiento del hijo, el interés superior del niño, el derecho a la propia identidad y el derecho a la intimidad.....	295
7.5.- Una cuestión previa: ¿responsabilidad extracontractual o enriquecimiento sin causa?.....	297
7.6.- Estatuto de responsabilidad aplicable.....	298
7.7.- Presupuestos de la responsabilidad extracontractual.....	299
7.7.1.- El hecho dañoso: ¿no reconocimiento espontáneo o falta de reconocimiento?	299
7.7.2.- Imputabilidad: dolo y culpa grave.....	302
7.7.2.1.- ¿Culpa exclusiva del padre o concurrencia de culpa de la madre?.....	303
7.7.2.2.- ¿Existe responsabilidad solidaria de la madre?.....	304
7.7.3.- El daño resarcible.....	305
7.7.3.1.- El daño moral.....	305
7.7.3.2.- El daño patrimonial.....	307
7.7.4.- Relación de causalidad.....	309
7.7.4.1.- Causalidad concurrente y concurrencia de culpas.....	310
7.7.4.2.- Relación de causalidad y nuevos daños.....	311
7.8.- Reglas especiales de responsabilidad civil: eximentes, atenuantes y agravantes de responsabilidad civil.....	312
7.8.1.- Las eximentes de responsabilidad.....	312
7.8.2.- Las agravantes de responsabilidad.....	313
7.8.3.- Agravantes: ¿daños punitivos o nuevos daños?	314
7.8.4.- Problemas de constitucionalidad en torno a los daños punitivos.....	315
7.8.5.- Las atenuantes de responsabilidad civil.....	316
7.9.- La acción indemnizatoria.....	318
7.9.1.- Tribunal competente para conocer de la acción civil.....	319

7.9.2.- Oportunidad para deducir la acción civil.....	319
7.9.3.- Legitimación activa y pasiva.....	319
CAPÍTULO 8.	
RESPONSABILIDAD CIVIL RUPTURA DE UNA UNIÓN DE HECHO.	
8.1.- Planteamiento general del tema.....	322
8.2.- Derecho comparado.....	323
8.2.1.- Derecho paraguayo.....	324
8.2.2.- Derecho boliviano.....	324
8.2.3.- Derecho peruano.....	324
8.3.- Principio que rigen las uniones de hecho.....	324
8.3.1.- Libertad de ruptura.....	325
8.3.2.- Amparo constitucional de la familia de hecho.....	326
8.3.3.- No equiparación de las uniones de hecho a la familia matrimonial.....	326
8.3.4.- No aplicación analógica a las uniones de hecho de las normas que rigen para el matrimonio.....	327
8.4.- Posiciones favorables a la indemnización por ruptura de un concubinato.....	329
8.4.1.- La convivencia como una locación de servicios.....	329
8.4.2.- La convivencia como sociedad de hecho.....	330
8.4.3.- La convivencia como comunidad de bienes.....	331
8.4.4.- La existencia de una obligación natural.....	331
8.4.5.- La invocación al enriquecimiento sin causa.....	331
8.4.6.- El recurso a la responsabilidad civil.....	333
8.4.6.1.- Si hubo pacto previo entre los convivientes.....	334
8.4.6.2.- Inducción a la convivencia mediante falsa promesa de matrimonio.....	335
8.4.6.3.- Inducción a la convivencia mediante engaño sobre su condición de casado.....	337
8.4.6.4.- Inducción a la convivencia mediante abuso de su posición de superioridad.....	338
8.4.6.5.- Actitud culpable durante el desarrollo de la convivencia.....	339
8.4.6.6.- Actitud culpable al término de la convivencia.....	340
Conclusiones.....	342
Bibliografía.....	369



TABLA DE ABREVIATURAS

art., arts.	Artículo, artículos.
CC. o Cc	Código civil.
CC Fr.	Código civil francés.
CC Arg o Cc Arg.	Código civil argentino.
CC Esp.	Código civil español.
CDN	Convención sobre los derechos del niño
CCDM	Convención contra toda forma de discriminación contra la mujer.
CEDNC	Comisión de Estudios de la Nueva Constitución.
PIDCP	Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.
PIDESC	Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales.
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos.
DUDH	Declaración Universal de Derechos del Hombre.
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos.
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil.
CPC o cpc	Código de procedimiento civil.
CPR o cpr	Constitución política de la república.
D.O.	Diario Oficial.
GJ	Gaceta Jurídica.
inc.	Inciso.
LM	Ley de Menores.
LMC	Ley de Matrimonio Civil.
LTF	Ley de Tribunales de Familia.
LVIF	Ley de violencia intrafamiliar.

ONU	Organización de las Naciones Unidas.
RDJ	Revista de Derecho y Jurisprudencia.
Riv. Dir. Com.	Rivista di Diritto Commerciale.
Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.	Rivista Trimestrale de Diritto e Procedura Civile.
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial.
(SAP)	Síndrome de alienación parental.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo Español.
VIF	Violencia Intrafamiliar



RESUMEN

Esta tesis está compuesta de una introducción y dos partes. La introducción tiene por objeto plantear las tesis.

La primera parte, compuesta de cuatro capítulos, está destinada a sentar las bases jurídicas en virtud de las cuales es posible sostener la procedencia de una acción civil por responsabilidad extracontractual en el ámbito del Derecho de familia.

El primer capítulo tiene por objeto plantear los grandes problemas y el estado de la cuestión para cada hipótesis de daño en estudio. El capítulo dos aborda, pormenorizadamente, cada uno de los argumentos dados por la doctrina tanto a favor como en contra, de la procedencia de la responsabilidad civil en el ámbito del Derecho de familia. El capítulo tres da una serie de argumentos a favor de la procedencia de la responsabilidad en el ámbito del derecho de familia. Y, finalmente, el capítulo cuatro, examina los argumentos para sostener la procedencia de la responsabilidad extracontractual como régimen aplicable.

En la segunda parte se analizan cada una de las hipótesis de daño en un estudio pormenorizado y a partir de lo expuesto en la primera parte. En el capítulo cinco se aborda la responsabilidad en el caso de divorcio. En el capítulo seis, la responsabilidad civil por la obstrucción de una relación regular y directa. En el capítulo siete, se aborda la responsabilidad civil por falta de reconocimiento del hijo extramatrimonial. Y, en el capítulo ocho, se aborda la responsabilidad civil por ruptura de una unión de hecho.

Finalmente se concluye con las conclusiones a que nos ha conducido la presente investigación que ofrezco a los lectores.

INTRODUCCIÓN

La cuestión de la aplicación del Derecho de la responsabilidad civil al ámbito del Derecho de familia no es un tema nuevo, sino que se remonta, en sus primeros fallos, al siglo XIX en Francia. Sin embargo, ésta apertura no se replicó en otros países de tradición romanista o del Common law, los cuales siguieron concibiendo a la familia como un lugar de inmunidad. Es a partir de la segunda mitad del siglo XX que esta visión cambia, y se comienzan a dar a conocer fallos favorables al resarcimiento.

Tradicionalmente se ha centrado el problema del resarcimiento en términos de un conjunto de argumentos negativos, contrarios al resarcimiento y, frente a éstos, un conjunto de argumentos positivos, favorables al resarcimiento en términos tales que, la negación de unos, constituye la afirmación del contrario, y viceversa.

Sin embargo, si se observa con mayor detención, dichos argumentos no explican por sí mismo, las condiciones de acceso de la responsabilidad civil al ámbito familiar, ni las alteraciones que sus reglas pueden experimentar.

En el mejor de los casos constituye meros presupuestos de acceso que, en último término, posibilitan un “ambiente” favorable al resarcimiento pero que en ningún caso explican cómo se produce el ingreso y, en virtud de qué, dichas reglas generales se alteran.

Pensamos que la aplicación de la responsabilidad civil al ámbito del Derecho de familia exige dar solución a tres grandes problemas: (a) el problema del acceso de la responsabilidad civil al ámbito familia o problema de permiso;

(b) el problema de la determinación del estatuto civil aplicable; y (c) el problema del posible efecto modificatorio del Derecho de la responsabilidad civil al ingresar al ámbito familiar.

El problema de acceso, dice relación al cómo o en qué condiciones, el Derecho de la responsabilidad civil ingresa al Derecho de familia a objeto de lograr el resarcimiento.

El acceso de la responsabilidad civil al ámbito familiar impone dos problemas: la determinación del estatuto de responsabilidad civil aplicable; y el problema del efecto modificatorio o alteración de las reglas generales de la responsabilidad civil al ingresar al ámbito familiar.

A objeto de desarrollar lo antes planteado se debe distinguir entre condiciones o presupuestos de acceso y las condiciones o presupuestos modificatorios de acceso.

Las primeras, si bien generan condiciones favorables al ingreso del Derecho de la responsabilidad al ámbito familiar, no explican en qué condiciones se produce el ingreso, ni el efecto modificatorio que se produce por la interacción entre el Derecho civil y el Derecho de familia.

Entre los presupuestos de acceso encontramos, por ejemplo, la superación de la doctrina de la inmunidad, la eliminación de la estructura jerárquica de la familia, etc.

Estos elementos, meros argumentos, individualmente considerados, si bien generan condiciones favorables a la indemnización del daño en el ámbito del Derecho de familia, no explican por sí mismos las condiciones de ingreso del Derecho de la responsabilidad al ámbito del Derecho de familia, ni el efecto modificatorio que este ingreso supone.

Los presupuesto modificatorios de acceso, en cambio, son elementos que, por un lado describen las condiciones de acceso y, por otro, explican que elementos del Derecho de la responsabilidad civil pueden experimentar alguna alteración en su interacción en el ámbito familiar.

En virtud de nuestra primera tesis (tesis 1), sostenemos que es la piedad familiar, así como los vínculos de solidaridad y altruismo, los que imponen un umbral de tolerancia mucho más amplio, imputando conductas por sobre el umbral de la culpa grave.

Es por la fuerza de la realidad que el modelo de imputación se atenúa, de modo de permitir el desenvolvimiento del individuo al interior de la familia.

Sólo de este modo se logra una compatibilidad y coherencia entre los fines del Derecho de familia que busca la subsistencia del grupo familiar a pesar de sus crisis y quiebres, imponiendo sanciones especiales, y, la del Derecho de la responsabilidad de indemnizar, prevenir y castigar el daño.

A título de tesis (tesis 2) postulamos que, sólo la reparación del daño anormalmente grave, garantiza un correcto ingreso de la responsabilidad civil, al ámbito del Derecho de familia.

Sólo de este modo se logra una coherencia entre los fines del Derecho de familia de permitir la subsistencia del grupo familiar y la del Derecho de la responsabilidad de indemnizar, prevenir y castigar el daño, término al cual hemos de denominar coherencia de finalidades. Solo de esta manera se logra un equilibrio o convergencia entre intereses contrapuestos, el de quien acciona a título de responsabilidad y el de la familia de auto conservarse, pese a los conflictos que puedan afectarle.

Esta segunda tesis puede sintetizarse en una sencilla regla que dice: las disputas se solucionan en casa, las crisis de acuerdo al Derecho de familia y, el daño, cuando es anormalmente grave, en relación a un curso normal de eventos dañosos, según las reglas de la responsabilidad civil.

En concordancia con las tesis antes planteadas, sostenemos que no es posible una aplicación directa del estatuto de responsabilidad civil en el ámbito familiar, por ser imprescindible el compatibilizar ambos estatutos civiles que persiguen fines muy distintos, no obstante su pertenencia en ambos casos al

Derecho civil. A lo que hemos de llamar indistintamente como compatibilidad o coherencia de fines.

Complementando lo anterior sostenemos que, no es posible una aplicación directa del estatuto de responsabilidad civil en el ámbito familiar, por ser imprescindible como paso previo, el equilibrar los intereses puestos en juego y que ambos estatutos civiles que persiguen con orientaciones muy distintas, el de la familia y el de quien acciona a título de responsabilidad, los cuales son en principio contrapuestos.

En virtud de lo anterior sostenemos que no es posible lograr una correcta aplicación del Derecho de la responsabilidad civil en el ámbito familiar sin previamente y como una necesidad de acceso, el buscar una adecuada compatibilidad o coherencia entre fines distintos, y, un balance, equilibrio o convergencia entre intereses contrapuestos.

Esta necesidad previa o de acceso que exige hacer compatibles fines diversos e intereses contrapuestos impone, como hemos ya postulado a propósito de las tesis primera y segunda, una adecuación del Derecho de la responsabilidad civil al ámbito familiar que puede entenderse como una alteración de sus reglas generales que, en otro contexto, podrían aplicarse de otro modo, esto es, en forma directa.

Es por ello que, y en concordancia con las tesis, primera y segunda, la exigencia previa de lograr una adecuada compatibilidad o coherencia de fines y un equilibrio o convergencia de intereses contrapuestos, torna ineludible alterar algunas reglas generales de la responsabilidad civil. A lo cual hemos de llamar presupuesto modificadorio de acceso.

A partir de lo anteriormente expuesto hemos de postular, como tercera tesis, que existen lo que hemos de llamar presupuestos modificadorios de acceso, que son: (a) la coherencia de fines, y, (b) la convergencia de intereses.

La necesidad de compatibilizar ambos estatutos de manera de lograr una coherencia entre ambos Derechos, explica, según creemos, el por qué se alteran las reglas generales de la responsabilidad civil en el ámbito familiar recortando su ámbito de aplicación que, en otro contexto, tal vez sería distinto.



PRIMERA PARTE:
**“BASES PARA LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO EN EL ÁMBITO DEL
DERECHO DE FAMILIA”**

**CAPÍTULO 1.- RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DERECHO DE FAMILIA:
PLANTEAMIENTOS GENERALES**

1.1. Planteamiento general del tema.

En nuestro ordenamiento jurídico el tema de los daños en el ámbito del Derecho de familia es un tema que recién viene planteándose tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional¹, no así en el Derecho extranjero donde desde hace bastante tiempo constituye un tópico de estudio.

Sabemos que el deber de no dañar a los demás, plasmado en la célebre fórmula romana concebida por ULPIANO, “*alterum non laedere*”, constituye, se ha dicho con acierto, el primer precepto jurídico que debe respetarse en una sociedad civilizada. Se trata de un deber de conducirse en la vida social con la debida prudencia y diligencia, de forma tal que el comportamiento de cada uno no provoque perjuicios a los otros individuos, sea en su persona, o en los bienes o cosas de su pertenencia².

¹ Sólo hemos encontrado algunas tesis y pequeñas monografías sobre el tema: la tesis de don Fabián Elorriaga de Bonis titulada: “Régimen de indemnización de perjuicios entre cónyuges” del año 1990; la tesis de licenciatura del año 2002 de don Gonzalo Severín Fuster denominada: “Daños ocasionados en el divorcio”; El artículo de doña Pilar Maturana Cabezas, publicado en el primer número de la revista Debates Jurídicos y Sociales. titulado: “Incumplimiento de las obligaciones que genera el matrimonio ¿fuete de responsabilidad civil?; el artículo de don Gabriel Hernández Paulsen titulado Responsabilidad Civil por daños ocasionados en las relaciones de familia, publicado, correspondiente a una charla dictada el día martes 04 de noviembre de 2008 y publicado el mismo año en la Revista del Abogado S.A., el artículo de David Vargas Aravena titulado “La responsabilidad civil en el matrimonio: problemática en el ordenamiento español y su eventual aplicación al sistema chileno”, Revista Gaceta Jurídica, N° 312, del año 2006.

² Trigo Represas-Cazeaux, *Derecho de las Obligaciones*, T IV, Segunda Edición, La Plata, 1976, p. 14, citado por Francisco A. M. Ferrer, *Daños resarcibles en el divorcio*, Abeledo Perrot, 1997, p. 7.

Es dramático como BARBERO³, a propósito de los daños en el divorcio, se plantea la misma interrogante y afirma: “casi siempre estos –daños- quedan absolutamente impunes. Una esposa o esposo con la vida arruinada y un hogar destruido, los hijos privados de la familia normal que requieren para su adecuada formación, etc. ¿Contra eso el derecho no hace nada para evitarlo? ¿Ni por socorrer a las víctimas, una vez consumados los hechos?”

Entonces la pregunta es por qué tanto para la doctrina así como para la jurisprudencia nacional este tema no ha sido tratado. Porque, claro está que, si bien el entorno familiar es llamado a ser un lugar de crecimiento y desarrollo personal irremplazable. Con frecuencia es un lugar donde se pueden generar de severos perjuicios materiales y morales, que en la mayoría de los casos quedan en la impunidad. Esta situación es hoy en día inaceptable.

Famosa es la frase de RIPERT⁴ que decía: “Allí donde antes se soportaba el daño causado inclinándose ante el azar nefasto, se intenta hoy encontrar al autor del daño. En la actualidad, en efecto, nadie se resigna de primera intención a soportar un perjuicio. De este modo nacen procesos en los cuales, hace unos años solamente, no se hubiera podido ni soñar.”.

Frente al tema que nos ocupa se ha planteado que existiría un conjunto de dificultades dogmáticas, que tornarían inviable toda pretensión de reparación de los daños al interior de la familia: **(1)** La doctrina de la inmunidad⁵ y del

³ Barbero, Omar; *Daños y perjuicios derivados del divorcio*; Editorial Astrea, Buenos Aires 1977, p.138.

⁴ Citado por Mazeaud, Henri León y Tunc, André, Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual, Traducción de la quinta edición francesa por L. Alcalá Zamora y Castillo, Buenos Aires 1961, p.12. En idénticos términos Kemelmajer de Carlucci quien afirma que: “en nuestros días no estamos dispuestos a soportar ciertos daños que sólo hace algunas décadas considerábamos fruto de la fatalidad”; Kemelmajer de Carlucci, Aída; “Responsabilidad civil por falta de reconocimiento de la paternidad extramatrimonial”, en *Derecho de Daños*, Primera Parte, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1991, p. 667.

⁵ Como veremos más adelante podemos identificar tres tipos de inmunidades: a) una inmunidad ideológica o basada en una doctrina no jurídica; allí situamos la ideología del *interposul immunity* o la del *parental immunity*; b) una inmunidad procesal, vale decir, por la existencia de trabas procesales que hacen inviable todo intento de accionar por daños; y c) una inmunidad sustantiva, basada en normas de fondo por razones de diversa índole impiden una demanda indemnizatoria.

privilegio (familiar) conyugal. La inmunidad conyugal cuyo origen está en el Common Law es conocida como *-interpousal immunity-*, y plantea que entre marido y mujer existiría una especie de inmunidad, tornando imposible una pretensión indemnizatoria de un cónyuge a otro. Idéntica inmunidad *-parental immunity-* protegería a padres frente a los daños ocasionados por éstos a sus hijos. Por su parte el privilegio familiar, se traduciría en un tratamiento más benigno hacia el responsable del daño; **(2)** La sacralización del matrimonio, la piedad familiar y los vínculos de solidaridad y altruismo, todas éstas, ideas contrarias al resarcimiento;⁶ **(3)** Una visión estructurada y jerárquica de la familia. Esta visión plantea una jerarquización de la estructura familiar y su visión como un “consorcio o unidad indisoluble” gobernada por el patriarca, más que como una agrupación de personas en igualdad de condiciones. Por lo cual debe rechazarse toda acción indemnizatoria; **(4)** La consideración de la responsabilidad civil como una institución extraña al ámbito familiar. El Derecho de familia estaría inspirado por normas de orden público y en principios que, no guardan relación con la estricta patrimonialidad del derecho de daños. Por otra parte, el principio de especialidad del Derecho de familia, excluiría la aplicación de normas de responsabilidad civil; **(5)** Finalmente, la consideración de que los deberes parentales, sea entre cónyuges, sea entre padres e hijos serían morales y no jurídicos.

⁶ La piedad y solidaridad familiar son quizá uno de los argumentos más importantes y cuyo desarrollo merece mayor atención, porque en definitiva al momento de decidir si dar lugar a una pretensión resarcitoria, han de colocarse en la balanza dos temas; por una parte “la entidad del daño causado”, y por otra, la “paz familiar”. Sin embargo, como veremos más adelante, en la mayoría de los casos, dicha paz familiar no juega –como argumento- el rol argumental que se supone debería, esto es, aglutinar a los miembros pacíficamente, haciéndolos vivir juntos y en paz. Ello por cuanto en casi todas las hipótesis de daño que estudiaremos, ya hubo una ruptura familiar, ya no viven juntos, y no se divisa que vuelvan a juntarse; por el contrario, el reencuentro rompería la armonía y la paz familiar que la ruptura, como subproducto, generó. En este contexto la pretensión reparatoria aparece como una necesidad natural de recuperar posibles pérdidas económicas y restañar profundas heridas emocionales ocasionadas durante la convivencia. Con todo, reconocemos que este argumento gana fuerza en situaciones particularmente complejas donde la relación familiar, no obstante el daño, ha logrado mantenerse y existen indicadores que dan cuenta que una pretensión resarcitoria podría ser el elemento que provoque la reapertura de la herida, generando así un nuevo círculo de violencia.

No obstante lo anterior, se han expuesto poderosos argumentos para afirmar la procedencia de la indemnización de perjuicios en el ámbito del Derecho de familia. Al efecto se plantea que: **(1)** Debido a un conjunto de razones, durante el siglo XX y especialmente en las últimas décadas la estructura y fisonomía de la familia ha evolucionado sustancialmente. Ha transitado de una estructura patriarcal y monárquica, a una estructura democrática e igualitaria, donde sus miembros son considerados como personas con iguales derechos entre sí; **(2)** No existiría incompatibilidad alguna entre los principios y normas que rigen la responsabilidad civil y los principios normas que rigen el Derecho de familia; **(3)** Tampoco tendría asidero el argumento de la supuesta especialidad del Derecho de familia, frente a la generalidad del Derecho de daños, principal artífice de esta pretendida incompatibilidad; **(4)** Los derechos y deberes parentales, ya sea entre cónyuges, ya sea entre padres e hijos serían de naturaleza jurídica y no meramente moral o ética;⁷ **(5)** El giro que ha tenido el derecho de daños en la actualidad que, centrándose en la persona de la víctima, han prevalecido ideas tales como: la reparación integral del daño y la extensión del daño resarcible. Incluso se plantea en la doctrina extranjera que existiría un deber genérico, de carácter jurídico y rango constitucional, que obliga a no dañar a otro, nos referimos al “*alterum non laedere*”.

No obstante, y siguiendo a ALTERINI Y LÓPEZ CABANA⁸, estimamos que si bien las reglas de la responsabilidad civil pueden aplicarse al Derecho de familia, deben tenerse en cuenta en su aplicación tanto las características propias así como los intereses propios del grupo familiar.

De este modo surge la interrogante fundamental de esta investigación cual es: ¿Es sostenible en nuestro Derecho la afirmación de que los daños

⁷ Este argumento es de relativa utilidad, puesto que la obligación de reparar nace en nuestro concepto por la generación de un daño y por el mero incumplimiento de un deber, siendo indiferente que éste sea jurídico o moral. En realidad fue otro el deber genérico infringido: el *alterum non laedere*.

⁸ Alterini, Atilio; López Cabana, Roberto. *Responsabilidad Civil*, Editorial Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 1995, pp. 349 a 352.

ocasionados al interior de la familia deben ser reparados de acuerdo a las reglas generales de responsabilidad civil?

¿Es posible que por el sólo hecho de haberse generado los daños al interior del seno familiar éstos deben quedar sin una justa reparación? ¿Constituye el entorno familiar un espacio de inmunidad (impunidad) para el dañador? ¿Debe el dañado asumir pasivamente el daño? ¿Existe compatibilidad entre los principios que rigen el Derecho de familia y los principios que rigen la responsabilidad civil?

Asumiendo de antemano que la respuesta es la afirmativa, tal como planteamos en la introducción, la aplicación de la responsabilidad civil al ámbito del Derecho de familia exige dar respuesta a tres problemas fundamentales: (a) el problema del acceso de la responsabilidad civil al Derecho de familia; (b) la determinación del estatuto civil aplicable; y (c) el problema del efecto modificatorio o alteración de las reglas generales de la responsabilidad civil.

El problema de la responsabilidad civil en el ámbito del Derecho de familia no pasa por la reunión o sumatoria de argumentos favorables, o, por la simple negación de aquellos que son desfavorables. El desafío o problema real consiste en explicar de manera precisa cómo se produce esta interacción o ingreso del Derecho de la responsabilidad civil al ámbito del Derecho de familia, y, de qué manera se ven alteradas las reglas de la responsabilidad al ingresar ésta a aquella.

1.2. Evolución y estado actual del tema

No es fácil intentar hacer una síntesis de un tema como éste ya que se trata de una temática de por sí compleja. Por una parte se trata de entrelazar dos instituciones tradicionalmente autónomas y, en cierto modo también, excluyentes⁹. Y por otro, la de establecer los puntos de contacto que posibilitan el resarcimiento.

Es que la temática del resarcimiento de los daños en el ámbito familiar ha sido un logro del Derecho moderno nada de fácil de obtener, siendo más bien, la síntesis o producto final de una compleja y larga evolución de una multiplicidad de factores condicionantes, de índole jurídica, sociológica, cultural e ideológica.

De un lado la familia como realidad sociológica cuya fisonomía ha variado durante el siglo XX, transformando el modelo monoparental del siglo XIX, marcadamente patriarcal y jerarquizado. Es que la irrupción de la mujer en el mundo del trabajo, la ciencia y la cultura, ha provocado una verdadera transformación en las relaciones al interior de la familia tradicional, tornándose las relaciones más igualitarias y sin roles estereotipados de antemano.¹⁰

⁹ En torno a ambas instituciones existe una variada autonomía: a) autonomía legislativa: ambas ramas tienen leyes, decretos y reglamentos totalmente diferentes; b) autonomía de principios: cada una de dichas ramas, tiene principios muy diversos, que les son propios y sin más alcance que no sea la estricta órbita familiar o patrimonial, respectivamente; c) autonomía doctrinal: cada una de dichas ramas cuenta con una doctrina propia, representada por autores que normalmente se especializan sólo en dichas áreas, no abarcando otras; c) autonomía judicial: cada una de ellas con tribunales propios, que conocen de los conflictos de manera independiente y autónoma. No obstante todas estas diferencias. Existe siempre un gran punto en común que es en último término: “el respeto y protección a la persona humana”. Y creemos que ninguno de estas diferencias puede ser usada para negar la debida protección a quien lo requiera.

¹⁰ Este cambio en el rol tradicional de la mujer naturalmente impactará en la familia tradicional monoparental herencia del siglo XIX. Sostiene al efecto Mauricio Mizrahi que: “se pulveriza en la familia conyugal los roles y funciones estereotipadas. El orden preestablecido de la familia tradicional salta ante la supresión de jerarquías entre los cónyuges y la yuxtaposición de funciones. El trastocamiento no sólo afectó a la mujer; el hombre efectúa también un reacomodamiento, un mayor ingreso en la esfera privada y doméstica; de alguna manera, como reacción o compensación natural ante el desborde femenino en la arena pública.”. Mizrahi, Muricio Luis. *Familia, matrimonio y divorcio*, Editorial Astrea, Buenos Aires, Año 1998. p. 66.

Por otra parte la proliferación del divorcio, el auge de las convivencias de hecho y los cambios sociales hacia una cultura de mayor tolerancia y apertura hacia otras formas de convivencia no matrimonial han provocado el surgimiento de una verdadera multiplicación de formas familiares no matrimoniales.

Por su parte el Derecho de daños, que ha experimentado un crecimiento exponencial en aras de una mayor protección de la persona, reclamando para sí, hipótesis de daños antes impensadas. Y, finalmente, la explosión o multiplicidad de daños de sede familiar, existiendo aún un debate en curso en torno a que casos deben ser aceptados, y cuáles no.

1.2.1.- Algunas ideas generales: las tendencias.

Hasta el siglo XIX, e incluso en algunos países hasta nuestros días, no se admitía ningún tipo de indemnización entre los miembros de la familia por daños producidos entre dichos miembros, no obstante que en muchos casos ante la gravedad de los mismos, y un sentido mínimo de justicia, se alzaba ante esta negativa. Ello se debía en parte, como apunta GRACIELA MEDINA¹¹, al concepto de responsabilidad civil, así como a la naturaleza del Derecho de familia.

Esta tendencia fue generalizada, tanto en el derecho codificado de tradición romanista, así como en el *Common Law*. De este modo los daños ocasionados por un miembro de la familia a otro, en la generalidad de los casos quedaban en la más completa impunidad.¹²

La negativa a todo intento de resarcimiento descansaba en una concepción tradicional de la familia, “autoritaria, jerarquizada y cerrada”, que por lo mismo imponía fuertes limitaciones a los integrantes en sus derechos,

¹¹ Graciela Medina, *Daños en el Derecho de Familia*, Rubinzal Culzoni Editores, Segunda Edición Actualizada, 2006, p. 19.

¹² Mosset Iturraspe, Jorge. “Los factores subjetivos y objetivos de atribución de la responsabilidad en las relaciones familiares”, en *Revista de Derecho de Daños. Daños en las relaciones de familia*, Año 2001-2, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Año 2002, pp. 7 y 8.

reduciéndolos a una actitud de silencio u ocultamiento acerca de los daños injustos allí causados, consagrando la inmunidad del obrar injusto y resolviendo la crisis interna familiar conforme a reglas propias”.¹³.

El Derecho de familia estaba basado en la autoridad del *pater*, el Estado tenía poca injerencia en el seno de la familia, los poderes patriarcales y maritales eran casi omnímodos, la mujer no tenía igual derecho que el hombre, los niños eran considerados personas sólo en la letra de la ley, la patria potestad era concebida como un conjunto de derechos, no existía la posibilidad de contratación entre cónyuges y la autonomía de la voluntad no tenía ninguna cabida en la organización familiar.¹⁴.

Con esa concepción de la familia era muy difícil admitir que se conminara a la reparación del daño producido por uno de sus miembros a otro de ellos, ya sea a consecuencia de un ilícito extracontractual o de un daño surgido de una relación contractual.

Diversos fueron los argumentos esgrimidos para negar el resarcimiento de daños ocasionados en el ámbito de las relaciones de familia: la inmunidad y privilegio conyugal, la sacralización del matrimonio y la piedad familiar, la primacía de la familia patriarcal y del interés supraindividual por sobre el individual, la especialidad del derecho de familia, la consideración de los deberes conyugales como morales o éticos, y no jurídicos, etc.¹⁵.

1.2.2.- La situación en el Common Law.

Tratándose del *Common Law*, en términos generales, la situación varió de una inicial impunidad total para dañar, ya sea entre cónyuges –*interposal immunity*- ya sea de padres a hijos –*parental immunity*-, a una situación inversa,

¹³ Ricardo Dutto, *Daños ocasionados en las relaciones de familia*, Editorial Hamurabbi, Primera Edición, 2006, p. 30; Medina, Graciela, *Daños en el Derecho de Familia*, Ob. Cit., p. 19.

¹⁴ Medina, Graciela. Ob. Cit. p. 20.

¹⁵ Mosset Iturraspe, Jorge. Ob. Cit. pp 8 y 9; Medina, Graciela. Ob. Cit. pp. 19 y 20.

es decir, a una reparación integral de los daños de esta naturaleza. De este modo durante el siglo XVIII y XIX, la mera condición de cónyuge, padre o madre determina una exención total de responsabilidad, prescindiendo de cualquier otra circunstancia, por relevante o grave que ésta sea.

La doctrina de la inmunidad entre cónyuges –*interpousal immunity*– tenía sus raíces en el antiguo *Common Law*, fundándose en la doctrina del “*marital unity*”, de acuerdo a la cual la identidad de la mujer se fundía con la de su marido pasando ambos a ser una sola persona.¹⁶

El jurista inglés del siglo XVIII, BLAKCSTONE¹⁷, graficaba esta situación mediante la siguiente frase: “...por el matrimonio, el marido y la mujer son una única persona en el Derecho. Así, el ser o la existencia legal de la mujer se suspende durante el matrimonio o, al menos, se incorpora y consolida en la del marido; bajo su ala, su protección y su cobertura, ella lo realiza todo y por tanto es llamada en nuestro Derecho femina viro co-operata...”. Colofón, difícilmente podría un cónyuge demandar a otro, pues sería como demandarse a sí mismo. De este modo es frecuente encontrar en fallos correspondientes a esta época, la doctrina de la inmunidad que, en definitiva, conducían al rechazo de demandas indemnizatorias por daños civiles intrafamiliares.

Si a lo anterior añadimos el hecho que el cónyuge varón era la cabeza del matrimonio, que la mujer fue considerada durante mucho tiempo una incapaz, y que por ende, era el marido quien ejercía la representación legal de su mujer, la situación se tornaba aún más dramática para ella, existiendo así a una verdadera imposibilidad procesal para la mujer de accionar por daños contra su marido. Ello fue particularmente grave si se piensa que eran normalmente la cónyuge y los hijos, las víctimas de daños civiles intrafamiliares, en un contexto cultural fuertemente jerarquizado.

¹⁶ Ferrer Riba, Josep. *Relaciones familiares y límites al derecho de daños*. Publicación en InDret 4/2001, Barcelona, disponible en www.indret.com, p.6.

¹⁷ Blackstone, William. *Commentaries on the laws of England, Book the first*. p. 445.

Esta doctrina del “*marital unity*”, comenzó su declinación a partir de mediados del siglo XIX, con la aparición a las “*Married Women’s Property Acts*”, (dictadas a partir de 1844 en los Estados Unidos y más tarde, en 1870 y 1882 en Inglaterra), que otorgaron a la mujer capacidad patrimonial, incluyendo la de litigar en defensa de sus bienes privativos, y de ejercer acciones indemnizatorias (incluso contra su marido) por daños patrimoniales.¹⁸

Sin embargo, dado el alcance de dichos Acts, los tribunales mantuvieron el régimen de inmunidad en el ámbito de los daños personales, sustituyendo la gastada retórica de la unidad marital por otro discurso centrado en la preservación de la privacidad y la armonía familiar.

Es así que la jurisprudencia norteamericana aún en 1910 seguía rechazando demandas de este tipo¹⁹, insistiendo en el viejo argumento de la unidad conyugal. No obstante que a esa fecha, el juez HARLAN en Estados Unidos, desechando los argumentos tradicionales, ya había acogido demandas por daños personales entre los cónyuges.²⁰

Según plantea RIBA²¹, la inmunidad de los padres frente a sus hijos – *parental immunity*-, fue elaborada por los Tribunales estadounidenses, sin que tuviera precedentes en el *Common Law* inglés en el cual nunca llegó a regir. Según afirma este autor, los casos fundacionales se remontan al período 1891-1905 en el que se dictan tres fallos que formularán la que él denomina “*great*

¹⁸ Riba, Josep. Ob. Cit., p. 6.

¹⁹ Puede citarse a título de ejemplo el *leading case* “*Thompson vs. Thomson*”. En dicho caso doña Jessie Thompson demandó a su marido Charles Thompson, el resarcimiento de daños provocados por su consorte por violencia y lesiones físicas, con un total de siete, perpetrados algunos incluso cuando la cónyuge estaba embarazada. La Suprema Corte de los Estados Unidos resolvió por voto de mayoría que a la luz del estatuto legal del estado de Columbia, la mujer no podía interponer acción indemnizatoria por daños producidos contra su persona por su esposo a causa de violencia física y lesiones. Para fundamentar su fallo recurrió entre otros argumentos, a que a la luz del estatuto, hombre y mujer eran considerados como una sola persona si estaban casados. Vid.: Medina, Graciela; Kanefsch, Mariana. “Daños entre cónyuges”, en *Daños en las relaciones de familia*, Revista de Derecho de Daños N° 2, año 2001. Editorial Rubinzal-Culzoni, p. 152.

²⁰ Romero Coloma, Aurelia María. *Reclamaciones e indemnizaciones entre familiares en el marco de la responsabilidad civil*, Editorial Bosch, Primera Edición, Año 2009, p. 36.

²¹ Riba, Josep. Ob. Cit., p. 7.

trilogy” de la inmunidad paterna. Se trata de los casos *Hewellette v/s George*; *McKelvey v/s McKelvey* y *Roller v/s Roller*, todos ellos planteados en Estados Unidos.

En los tres casos, según apunta Riba, los tribunales rechazaron las acciones indemnizatorias basándose en la suficiencia de los remedios penales o específicamente familiares (como la retirada de la guarda y custodia) frente a los abusos cometidos por los demandados, al tiempo que entienden improcedente la reclamación de daños.

Las razones de tal negativa fueron muy variadas, entre ellas: al mantenimiento de la paz social y familiar, la necesidad de otorgar amplia discrecionalidad a los padres para disciplinar y controlar a los hijos, el riesgo de colusión, el perjuicio a los hermanos de la víctima debido a la disminución del patrimonio paterno, la posibilidad de que el padre pudiera recuperar por vía de herencia lo pagado a su descendiente en caso de premorencia de éste y la analogía con la inmunidad conyugal²². Sin embargo este criterio más tarde varió en otros casos tales como *Goller v/s White*, *Gibson v/s Gibson* y *Holodook v/s Spencer*²³.

Actualmente la regla general en el Common Law norteamericano es la reparación en sede familiar, existiendo una amplia gama de hipótesis de daños que cuentan con asidero jurisprudencial.

1.2.3.- Situación en el Derecho codificado de tradición romanista.

El jurista español JOSEPH RIBA²⁴ afirmaba en un artículo publicado el año 2001 que uno de los rasgos distintivos del derecho codificado europeo ha sido que “...a diferencia de lo que ocurre en el *Common Law*, los sistemas de

²² *Ibidem*.

²³ *Ibidem*.

²⁴ Riba, Josep. Ob. Cit. p. 4. En sede penal, ocurre exactamente lo contrario, y así la relación de parentesco, puede fundamentar la atenuación, agravación o exclusión de la responsabilidad criminal.

Derecho codificado no han establecido ninguna excepción formal, en sede de responsabilidad civil, a la aplicación de las normas generales sobre indemnización de daños que tenga su fundamento en la existencia de una relación familiar.”.

SALVATORE PATTI²⁵ diecisiete años antes decía que: “...tanto en España como en Italia la ausencia de controversias judiciales por los daños entre cónyuges tiene su origen en una costumbre social, en una regla moral que impide que se litigue por hechos ilícitos cometidos dentro de la familia. Tal regla de moralidad se explica desde la naturaleza propia de las relaciones de familiares, que generan vínculos de solidaridad y altruismo, de manera que parece que el perjudicado por un daño causado por un miembro de su familia tiene un deber de tolerancia e indulgencia...”²⁶.

Podemos afirmar que respecto a Italia, el diagnóstico de Patti fue rápidamente superado, pues los tribunales italianos con posterioridad, generaron una jurisprudencia favorable al resarcimiento de daños entre los miembros de una familia, muchos de cuyos fallos han sido pioneros en temas de daños civiles intrafamiliares.

No ha ocurrido lo mismo en España, país en donde este tema, como apunta ROCA TRÍAS, no sólo no ha concitado mayor interés en la doctrina, sino que los tribunales han sido reacios a conceder indemnizaciones por este tipo de daños. Es por ello que RODRÍGUEZ GUITIÁN²⁷ ha postulado que en el ordenamiento español habría una regla de inmunidad, una regla moral que

²⁵ Patti, Salvatore. *Famiglia e responsabilità civile*, Giuffrè Editore, Milán, 1984, pp. 321 a 322, citado por Rodríguez Guitián, Alma María, Ob. Cit. p. 67.

²⁶ Colofón, en todo ordenamiento jurídico que incluya normas generales basadas en la idea que todo daño imputable debe ser reparado, podría en principio tener plena acogida la idea de la reparación.

²⁷ Rodríguez Guitián, Alma María. “Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre los miembros de la pareja de hecho”, en Revista de Derecho Patrimonial, N° 10, Editorial Aranzadi, Pamplona, Año 2003, p. 67.

prohíbe la interposición de una acción de responsabilidad civil entre los miembros de una familia, similar a la existente en *Common Law* anglosajón.

Distinto es el caso alemán, que en cierto modo por influencia de la Escuela Histórica de Savigny, el legislador alemán ha sido reacio a establecer la reparación de los daños entre los miembros del grupo familiar.

Cabe destacar que en todos los países en que por vía jurisprudencial han acogido la reparación de los daños civiles intrafamiliares, ha sido con recurso a normas generales de la responsabilidad civil extracontractual, muy similares a nuestro artículo 2329 del código civil.

1.3.- Planteamiento particular del tema.

A continuación examinaremos brevemente, tema por tema, el estado actual de la discusión y los principales desafíos que cada hipótesis plantea.

1.3.1.- Responsabilidad civil y divorcio.

En nuestro país el divorcio judicialmente declarado, en cualquiera de sus modalidades, trae como efectos, además de poner término al matrimonio: la pérdida de la vocación hereditaria y del derecho a percibir alimentos.

Dichos efectos, complican la situación patrimonial del cónyuge inocente cuando ha mediado divorcio sanción, ya que en nuestro país, al no hacerse distinción entre divorcio sanción y divorcio remedio, el cónyuge culpable no sólo obtiene el término del vínculo matrimonial, sino además, conserva una relativa integridad patrimonial, manifestada en la pérdida de la vocación sucesoria y del derecho de alimentos por parte del cónyuge inocente: nada pierde, por más culpable que sea.

La situación puede tornarse más dramática, en aquellos casos en que la (el) cónyuge trabajó o ejerce labores de casa y por lo mismo, no recibe

compensación económica, o la que recibe puede ser irrisoria. Claro está que la compensación no repara el daño.

Desde la óptica del daño, piénsese por ejemplo si ha habido de por medio maltrato físico y emocional, abandono, etc. Entonces, acaso el o la cónyuge inocente debe soportar impávido y resignado como el otro cónyuge causa daños y no soporta ningún gravamen. ¿Qué ha ganado en este caso el cónyuge inocente con el divorcio?

Lejos de haber ganado algo sólo ha reportado pérdidas, quedó con una vida destruida, tanto ella como sus hijos, ha soportado quizá años de maltrato, con secuelas tanto físicas como emocionales para ella y sus hijos: perdió la vocación sucesoria, perdió el derecho a percibir alimentos, quizá no obtuvo compensación económica, etc.

En el Comon Law²⁸ así como en el Derecho codificado²⁹, hay diversos países que han optado por regular expresamente esta hipótesis de daño. En otros países, en que si bien no se ha legislado expresamente sobre la materia, ello no ha sido obstáculo para otorgar resarcimiento con recurso a las reglas generales de responsabilidad civil.³⁰

1.3.2.- Responsabilidad civil y negativa a reconocer a un hijo extramatrimonial.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 8 de la Convención de Derechos del Niño, todo menor tiene derecho a conocer a sus padres y ser cuidado por

²⁸ Dentro de la tradición del Common Law encontramos países como Estados Unidos (algunos estados), Australia, Nueva Zelanda, que regulan la procedencia del resarcimiento de daños en materia de divorcio.

²⁹ Dentro de la tradición romanista encontramos el código civil francés, el código civil suizo, el código civil portugués (reformado en 1977), el código civil belga, el código de peruano, el código civil de México, el código civil italiano, el de Grecia, y el de Québec.

³⁰ Sobresalen por su nutrida y rica jurisprudencia el caso de Francia, entre 1804 y 1941, y el caso argentino. La importancia de estos países radica en que en ambos se ha generado una doctrina y jurisprudencia favorable, cuyo fundamento positivo a descansado en los artículos 1382 y 1109 respectivamente.

ellos, así como a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, sin injerencias ilícitas³¹.

Por su parte el art. 7 CDN señala que el niño tiene derecho desde que nace al nombre, nacionalidad, a conocer a sus padres y a ser cuidado por éstos, debiendo los Estados partes velar por la aplicación de estos derechos.

Del tenor de estas normas, fluye que todo niño tiene derecho a su propia identidad, esto es, a conocer a sus padres y ser reconocido por éstos. No se trata de una obligación simplemente moral del progenitor, librada a su arbitrio, sino de una obligación de carácter jurídico.

No obstante el espíritu de la Convención, en el caso chileno la única norma que trae apareja alguna forma de sanción legal para el padre que se niega a reconocer al hijo está consagrada en el artículo 203 del código civil, norma que es claramente insuficiente e inoportuna.

Insuficiente porque ser privado el padre o madre de la patria potestad es jurídicamente irrelevante, porque en la práctica, dicho padre o madre nunca la ejerció, ni aun de facto, y difícilmente la ejercerá en el futuro si deduce oposición. Además es muy discutible que pueda ser considerada realmente una sanción, ya que la patria potestad lejos de ser un derecho-beneficio para el padre, es un conjunto de deberes o cargas, cuya pérdida más que una sanción, produce una situación de liberación. No obstante que el verdadero daño causado, el más grave y más oneroso queda en total impunidad.

Es además irrelevante, porque la pérdida del derecho a suceder al hijo por parte del padre o madre opositor, como eventual sanción del artículo 994 inciso 2º, sólo beneficiará –acrecerá- a la masa hereditaria quedada a la muerte del hijo, y no al hijo mismo, principal perjudicado con la indiferencia del padre o

³¹ El artículo 8 de la Convención de derechos del niño dispone que: "...cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad...".

madre. Y como lo usual es que los padres premueran a los hijos, ello torna ilusoria toda idea de sanción y menos aún de reparación.

Así las cosas. ¿Debe el hijo cargar con el estigma social, y eventualmente familiar, de ser considerado hijo bastardo? ¿Debe el padre o madre reconociente soportar pasivamente el mayor gasto económico que significa cargar con el costo de mantener y educar a un hijo, sin la ayuda del otro progenitor? ¿Puede el hijo o la madre accionar contra el progenitor que no ha reconocido al hijo, por los daños materiales y morales que éste ha provocado con su no reconocimiento?

No nos parece justo negar a priori esta opción, máxime si el art. 197 inc. 2º, concede acción indemnizatoria a quien ejerce una acción de filiación de mala fe. Y qué es más importante y digno de tutela jurisdiccional, la honra de un demandado, cuyo carácter de tal solo sabe el juez y la contraparte o la honra de un niño, cuya negación y desprecio conoce toda la comunidad.

En Países como Francia³², Suiza³³ o Costa Rica³⁴, se ha regulado expresamente esta hipótesis de daño. Otros, como Argentina, lo acogen por vía jurisprudencial, de acuerdo a las reglas generales de la responsabilidad civil.

En Argentina recurriendo a las reglas generales de responsabilidad, el primer caso jurisprudencial fue resuelto por el Juzgado n° 9 de San Isidro, Provincia de Buenos Aires.³⁵ En este caso, tras más de una década en espera

³² En Francia, el artículo 340-5, ordena reparar los daños resultantes del desconocimiento de la paternidad y al efecto establece que: “además del reembolso de la totalidad o parte de los gastos de la maternidad y de mantenimiento del hijo durante los tres meses anteriores y los tres posteriores al parto, se puede condenar al padre a pagar los daños e intereses causados por aplicación de los artículos 1382 y 1383 del código”.

³³ El código civil de Suiza establece la posibilidad de condenar al padre a abonar además de los gastos del embarazo y del parto, los del mantenimiento del menor en los cuatro meses anteriores y posteriores al parto, y cualquier otro gasto derivado de la relación, reconociendo además a la madre la indemnización por daño moral cuando el padre no hubiera cumplido la promesa de matrimonio, cuando el embarazo derivó de acto criminal o abuso de autoridad, y cuando la madre hubiera sido menor de edad al tiempo de la concepción.

³⁴ El artículo 96 del código civil de Costa Rica establece que el tribunal que acoja la acción de declaración de paternidad podrá en la sentencia condenar al padre a reembolsar a la madre según principios de equidad, los gastos de maternidad y los alimentos del hijo durante los tres meses posteriores al nacimiento.

³⁵ Medina, Graciela; Ob. Cit., pp. 177 y 178.

del reconocimiento del padre, quien pese a darle a la menor el trato de hija, se negó insistentemente a su reconocimiento, la madre en representación de su hija, interpuso acción de filiación y conjuntamente, la acción por daños y perjuicios.

El tribunal junto con acoger la acción de filiación, condenó al padre a pagar una indemnización por daño moral; eso si, no por el total, puesto que la demora de la madre en accionar fue tomada en cuenta por el juez.

1.3.3.- Responsabilidad civil e interrupción injustificada del ejercicio de una relación directa y regular.

El art. 229 CC inc 1° consagra el derecho-deber del padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo a mantener con él una relación directa y regular, con la frecuencia y libertad acordada con el progenitor custodio, o, en su defecto, de la manera el juez lo estime conveniente para el hijo.

Por su parte el art. 9 N°3 CDN, señala que los Estados Partes respetarán el derecho del niño que este separado de uno o ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.³⁶

El fundamento es claro, el menor debe tener contacto con **ambos** progenitores en caso que éstos se encuentren separados. Ello porque si bien la presencia materna es vital para el desarrollo del niño, sobre todo en sus primeros años de vida, es insuficiente para el cabal desarrollo de la personalidad del niño. Es imprescindible la presencia masculina paterna, para el completo desarrollo de la personalidad e identidad del menor.

Sin embargo, en ocasiones el ejercicio de la relación regular y directa con el hijo puede ser alterado, ya sea por interferencia del progenitor custodio, una

³⁶ Pacheco Gómez, Máximo. *Los derechos humanos. Documentos básicos*, Editorial Jurídica de Chile, Tercera Edición, Santiago, Año 2000, p. 578.

vez determinado judicialmente el régimen de visitas, o derechamente puede el progenitor ser privado del derecho, por errada decisión judicial.³⁷.

Para la primera de las situaciones, y a diferencia del legislador trasandino que las ha sancionado penalmente³⁸, las conductas obstructivas al ejercicio de una relación regular y directa, sólo son sancionadas mediante una medida de apremio, en virtud de lo dispuesto en el art. 66 inc. 3° LM.

Debe tenerse presente que en ocasiones, el progenitor no custodio puede llegar a efectuar enormes esfuerzos personales para ver al hijo: costosos viajes, cambia o renuncia a un empleo, adapta sus condiciones de vida trasladándose a vivir a otra ciudad o incluso otro país, etc. Sin embargo, y pese a todos los esfuerzos desplegados, el otro padre o madre, le obstruye el ejercicio de este derecho sin aducir verdaderas razones que lo justifiquen.

Puede llegar a ocurrir que el progenitor obstructor, induzca al menor mediante toda suerte de manipulaciones para que sea éste quien en definitiva no quiera ver al otro padre o madre, situación que puede llegar a constituir

³⁷ La Corte Europea de Derechos Humanos en reiteradas ocasiones ha condenado a diversos Estados de la Unión Europea a cancelar indemnizaciones por este motivo. En uno de los casos el Tribunal Europeo de Derechos Humanos condenó a Holanda a indemnizar a un ciudadano turco por los daños morales que le había causado al expulsarlo antes de que se fijara el régimen de visitas de su hijo en un proceso de divorcio. El caso se trataba de un ciudadano turco que en 1988 se había casado en Holanda y había obtenido el permiso de residencia indefinido a raíz de su matrimonio. En el año 1989 había tenido un hijo llamado Kursad. En el año 1991 se separa de su mujer y a raíz del divorcio pierde el derecho de vivir indefinidamente en Holanda. Tras el divorcio comienza un proceso para obtener un régimen de visitas, en el curso del cual es expulsado de Holanda, con posterioridad se le niega la visa temporaria que le habría permitido concurrir al juicio de tenencia y por su ausencia procesal se le niega el derecho de visitas. La Corte europea condenó a Holanda a pagar los daños que le había causado al padre de Kursad al impedirle el derecho de visitar a su hijo con su actitud arbitraria. (Heilbron, Verónica. "Daños y perjuicios derivados de la obstaculización injustificada del derecho de visitas por parte del progenitor guardador y el Estado", en *Daños en el derecho de familia*, Medina Graciela, Ob. Cit., pp. 608 y 609.

³⁸ En Argentina, a partir de la Ley 24.270 se ha penalizado con prisión la conducta obstructiva, demostrando así la importancia que el legislador argentino le ha dado a la relación del hijo con ambos progenitores. El artículo 1° de esta ley prescribe que: "Será reprimida con prisión de un mes a un año el padre o tercero que ilegalmente, impidiere u obstruyere el contacto de menores con sus padres no convivientes. Si se tratare de un menor de diez años o de un discapacitado, la pena será de seis meses a tres años de prisión.

síndrome de alienación parental (SAP).³⁹. Esta conducta puede arrastrarse durante años, con el consiguiente deterioro o incluso la anulación de la relación filial.

Situaciones como éstas crean un escenario complejo, donde la única solución que da nuestro ordenamiento jurídico es el apremio contra el progenitor que impide la visita en los términos del art. 66 inc. 3º LM. Dicha sanción, aparte de desvincular al menor con el progenitor con quien vive, con el consiguiente desamparo, en la mayoría de los casos resulta inoperante para resolver el drama personal que significa para un padre o madre responsable, no poder ver al hijo.

Entonces la interrogante es si ante una conducta obstructiva del progenitor custodio, una vez fijado el régimen ¿puede el progenitor no custodio intentar contra el otro padre o madre que obstruye injustificadamente el régimen de visitas, una acción resarcitoria por el daño material y moral que esta situación le ha producido?

En Italia, el 13 de junio del año 2000, ante un Tribunal de Roma se planteó el tema de la indemnización de perjuicios a favor del padre no custodio, a consecuencia del incumplimiento del régimen de visitas, por interferencia de la madre quien tenía la custodia –*cuidado personal*- del menor.⁴⁰.

³⁹ Tanto el descubrimiento de la patología como su expresión se deben al psiquiatra norteamericano Richard A. Gardner; puede consultarse del mismo autor Gardner: “Legal and Psychotherapeutic approaches to the three types of parental alienation syndrome familias”, Court Review, vol. 28, n° 1, 1991, pp. 14 a 21. Este síndrome ha sido definido por Podevyn como: “un proceso que consiste en programar un hijo para que odie a uno de sus padres sin que tenga justificación”. El niño se obsesiona por desaprobado y criticar a uno de sus progenitores, con más frecuencia al padre en caso de que conviva con la madre, cree que aquél no hace nada bien. Esta conducta suele incluir lo que se conoce como “lavado de cerebro”, y en términos prácticos se traduce en la imposibilidad del padre “alienado” de tener una relación con su hijo.

⁴⁰ En el caso en comento, pese a que el padre había cumplido con todos sus deberes, proporcionaba una pensión alimenticia para el hijo y le había cedido a la madre el uso de la vivienda familiar en el marco de un proceso de separación previo. Sin embargo, la madre obstruía el contacto con el hijo. Por ello el padre inició una acción indemnizatoria, por sí y en representación de su hijo en que demandó la reparación del daño biológico y del daño moral sufrido por ambos. El Tribunal estimó que el comportamiento de la madre hacia el padre era injustificado e ilícito y, reconociendo sólo la legitimidad activa del padre, condenó a la madre por daños morales y biológicos. (Kemelmajer de Carlucci, Aída; “Daños y perjuicios causados al progenitor por la obstaculización del derecho a tener una adecuada comunicación con un hijo. Una interesante sentencia italiana”, en *Revista de Derecho de Daños*, Edición 2001-2, Editorial

1.3.4.- Responsabilidad civil y disolución unilateral de una unión de hecho.

En Chile, el concubinato o unión de hecho, ha sido una institución que por variadas razones durante mucho tiempo no gozó de prestigio social y menos aún, contó con beneplácito legislativo. Dicho rasgo fue por mucho tiempo un severo obstáculo, a la hora de reclamar soluciones jurisdiccionales por conflictos de orden patrimonial suscitados entre convivientes de hecho.

Sin embargo, los cambios sociales y culturales acaecidos en las últimas décadas, han hecho variar la situación, pasando a ser hoy un hecho social y a la vez jurídico, que goza de una importante validación social y creciente consideración legislativa.

La posición abstencionista⁴¹ que nuestro legislador ha asumido frente a las uniones de hecho, ha traído como consecuencia, que ante una serie de conflictos de orden patrimonial⁴² que surjan entre los convivientes, no exista un estatuto legal propio que los resuelva. Ante esta sequía legal no queda otra opción que recurrir por analogía a figuras afines del Derecho común, para intentar resolver sólo algunos de los problemas, quedando otros tantos, sin solución.

Uno de ellos es el posible daño que pueda provocarse a uno de los convivientes, por la disolución unilateral de un concubinato. Se trata de determinar si el concubino abandonado por decisión unilateral del otro, puede en

Rubinzal-Culzoni, pp. 290 a 296. Puede consultarse por esta misma sentencia y sus comentarios a Marín García de Leonardo, Teresa; Ob. Cit., pp. 180 a 190).

⁴¹ Baez Aguirre, Daniela y Contreras Sepúlveda, Claudia; *Tratamiento Jurídico de las Uniones de Hecho*, Memoria de Prueba, Universidad de Chile, Santiago, Año 2004, pp. 49 a 57. Donoso Vergara, Florencia y Rioseco López, Andrés, *El Concubinato ante la Jurisprudencia Chilena*, Editorial LexisNexis, Primera Edición, Año 2007, p.6.

⁴² De tal manera problemas inherentes a tales uniones tales como: la validez de las donaciones entre partícipes, la indemnización de perjuicios por ruptura del vínculo, la indemnización de perjuicios en caso de muerte del otro conviviente, destino de los bienes quedados al término de la unión de hecho y la equidad en su reparto, etc. Son conflictos jurídicos cuya solución queda en manos del intérprete con recurso a las reglas generales del Derecho civil.

determinados casos reclamar indemnización de perjuicios, cuando ésta ruptura le ha provocado un daño.

Hay que advertir que en las uniones de hecho, por más que dicha unión sea estable y duradera, ella descansa sobre la base misma de la libertad individual de sus miembros. Por ello con la misma libertad que se han unido se pueden así también libremente separar. Este es un elemento que le es intrínseco.⁴³

Por lo mismo, la disolución unilateral que uno de los concubinos imponga al otro en cualquier tiempo y por cualquier causa, no es por sí misma un hecho imputable que genere la obligación de indemnizar. Entenderlo de otro modo no sería sino ponerle precio a la ruptura o tornar indisoluble una institución que descansa precisamente sobre las bases de la libre disolución⁴⁴.

No obstante, existen múltiples situaciones en que dicha ruptura puede estar asociada a la producción de un daño. Puede ocurrir que uno de los convivientes mediante engaño induzca al otro a una convivencia mediante una falsa promesa de matrimonio que no tiene realmente el ánimo de cumplir. En otros casos, la convivencia se consuma mintiendo sobre el estado civil de casado del conviviente inductor. En fin, aprovechándose de una posición de superioridad para inducir así la convivencia.⁴⁵

En otros casos la disolución unilateral, intempestiva, abrupta y abusiva de uno de los convivientes, a objeto de dejar al conviviente abandonado en el desamparo económico, puede dejarlo a éste sumido en un estado de necesidad tan grave, que un sentido mínimo de justicia obliga a plantearse la opción de una justa reparación.⁴⁶

Así en España el Tribunal Supremo con fecha 16 de diciembre de 1996, condenó al demandado, conforme al artículo 1902 del código civil, a pagar una

⁴³ Vargas Aravena, David. *Daños civiles en el matrimonio*. Editorial La Ley, Madrid 2009, p. 379.

⁴⁴ Medina, Graciela. *Daños civiles en el matrimonio*, Ob. Cit. (cita n° 10), p. 368.

⁴⁵ Vargas Aravena, David. *Daños civiles en el matrimonio*, Ob. Cit., pp. 384 a 393.

⁴⁶ Vargas Aravena, David. *Daños civiles en el matrimonio*, Ob. Cit. pp. 394 y 395.

indemnización por los daños y perjuicios patrimoniales causados a la demandada al inducirla a una convivencia de hecho fundada en una falsa promesa de matrimonio que jamás se materializó.⁴⁷

En otro caso el Tribunal Supremo Español con fecha 17 de octubre de 1932, conoció de un caso en que un hombre aprovechándose de su superioridad social y económica indujo a una joven huérfana a abandonar su trabajo para iniciar una convivencia *more uxorio*.⁴⁸

1.4.- Hacia una propuesta de consenso: nuestra posición.

Tanto en el Common Law como en el Civil Law, el resarcimiento de daños en el ámbito del Derecho de Familia es un tema de creciente interés. Es considerable el número de hipótesis de daños cuya reparación es aceptada tanto en países del Common Law como en países de Derecho codificado de tradición romanista.

Desde la perspectiva de los remedios legales, es posible constatar la insuficiencia e inoperancia de estos remedios que ha previsto el Derecho de familia, que no se hacen cargo del verdadero mal que estas conductas pueden causar, que es el daño patrimonial o extrapatrimonial.

De este modo, podemos preguntarnos si la responsabilidad civil, puede constituirse en un instrumento para resarcir el daño causado, a fin de que sea el causante quien soporte las consecuencias pecuniarias.

Admitiendo que es posible acoger la responsabilidad civil en el ámbito del Derecho de familia, cabe finalmente preguntarse si dicho estatuto puede aplicarse directamente, o bien, ha de experimentar alguna alteración al ingresar al ámbito familiar.

⁴⁷ Vargas Aravena, David. *Daños civiles en el matrimonio*, Ob. Cit. pp. 385 a 389.

⁴⁸ Vargas Aravena, David. *Daños civiles en el matrimonio*, Ob. Cit. pp. 392 y 393.

1.4.1.- El problema del acceso de la responsabilidad civil al ámbito del Derecho de familia: nuestro planteamiento.

El problema de acceso, según planteamos, dice relación al cómo o en qué condiciones, el Derecho de la responsabilidad civil ingresa al ámbito familiar a objeto de lograr el resarcimiento, esto es de suma relevancia si asumimos la imposibilidad de aplicación directa de las normas generales de la responsabilidad civil al ámbito del Derecho de familia.⁴⁹

Según creemos, el conjunto de argumentos positivos y negativos que suelen mencionarse en la literatura, si bien crean un ambiente favorable o desfavorable al resarcimiento, no explican las posibles alteraciones que las reglas de la responsabilidad civil pueden experimentar en el ámbito familiar.

Así, afirmar que la responsabilidad civil y el Derecho de familia son dos estatutos plenamente compatibles que las reglas de responsabilidad civil no han de alterarse o adecuarse a la realidad familiar en modo alguno, es tan falso como afirmar que son excluyentes.

Ello porque ni son del todo ajenas, ya que ambas tienen según hemos visto, la misma naturaleza de Derecho privado⁵⁰. Ni son del todo compatibles, por perseguir ambas, fines totalmente diferentes e incompatibles e intereses contrapuestos⁵¹.

⁴⁹ En doctrina hay consenso en que dichas normas sufren una necesaria modificación en sus reglas generales al intentar aplicarse a aquellos daños civiles ocasionados al interior de las relaciones de familia. Una de dichas manifestaciones la constituye el privilegio familiar que es una regla que integra el juicio de imputación de responsabilidad, moderándolo. De este modo sólo son relevantes para el Derecho sólo aquellos hechos ejecutados con dolo o culpa grave. Y es que sobre la base de dicha regla descansa el hecho de que en las relaciones de convivencia intrafamiliar, las personas se comportan tal cual son, debiendo aceptarse mutuamente, con virtudes y defectos. Por otra parte esta presente el principio de solidaridad, en virtud del cual para el perjudicado por un daño causado por otro miembro de la familia, existiría un deber de tolerancia e indulgencia y de no perturbar con litigios la paz familiar (Ferrer Riba, Josep. "Relaciones familiares y límites del derecho de daños", en www.indret.com, Barcelona, octubre de 2001, p. 11.).

⁵⁰ Vid *Supra* 3.6.3.-

⁵¹ Vid *Supra* 4.3.-

Por ende, no es posible desconocer los especiales rasgos de la familia y del Derecho de familia que, podrían alterar alguna de las reglas generales de responsabilidad civil. Es a partir de allí que se construye la idea de compatibilidad o coherencia de estatutos con fines diversos, y, de equilibrio o convergencia de intereses contrapuestos.

1.4.2.- El problema del efecto modificadorio del Derecho de familia en la responsabilidad civil.

La novedad que se intenta defender esta investigación consiste en determinar cómo es posible partir de estatutos jurídicos que poseen objetivos distintos e intereses contrapuestos, compatibilizarlos de manera tal que, sin impedir el resarcimiento civil en sede familiar, se logre ajustar dicho estatuto a los especiales rasgos de la vida familia y del Derecho que la regula.

Y, si en dicho proceso de ajuste, alguno o algunos de los elementos de la responsabilidad civil se ven alterado por imposición de los especiales rasgos que posee la vida familiar o del Derecho de familia.

Por ello creemos que no es posible lograr un correcto ingreso de la responsabilidad civil al ámbito familiar sin que, por un lado se compatibilicen dos estatutos que poseen normas, principios y fines muy diferentes. Del mismo modo que es necesario equilibrar los intereses puestos en juego hasta lograr un punto de convergencia.

CAPÍTULO 2.- SUPERACIÓN DE ARGUMENTOS CONTRARIOS AL RESARCIMIENTO DEL DAÑO EN EL AMBITO DEL DERECHO DE FAMILIA

2.1. Consideraciones previas.

Variados han sido los argumentos que tradicionalmente se han esgrimido para fundar el rechazo de una pretensión indemnizatoria en el ámbito del Derecho de familia, a saber: **(a)** la inmunidad y el privilegio familiar, **(b)** la piedad y armonía familiar, la sacralización del matrimonio y los vínculos de solidaridad y altruismo, **(c)** la estructura jerárquica de la familia unida a la supremacía e interés familiar por sobre el individual de sus miembros, **(d)** la especialidad del Derecho de familia y, **(e)** la consideración de los deberes parentales como morales y no jurídicos.

Parte de los argumentos mencionados generan un sustrato favorable - *ambiente favorable*- para la aplicación de la responsabilidad civil al ámbito familiar. Sin embargo, no explican, por sí mismos, las alteraciones que las reglas de responsabilidad podrían experimentar al ingresar a dicho ámbito.

Como planteamos, son los especiales caracteres de la vida familiar lo que actúan sobre el elemento culpa, atenuándola. Del mismo modo que, sólo la reparación del daño anormalmente grave, garantiza un correcto ingreso de la responsabilidad civil al ámbito familiar⁵².

Solo de este modo se logra indemnizar el daño, compatibilizando dos estatutos que, aunque pertenecientes ambos al Derecho civil, poseen normas,

⁵² Vid *Infra* 3.2.4.-

principios y fines muy diferentes. Al tiempo que se logra equilibrar y converger fines que son, esencialmente contrapuestos⁵³.

2.2.- La inmunidad y el privilegio familiar.

Si bien la doctrina enuncia la inmunidad y el privilegio conjuntamente, se trata de dos conceptos muy distintos.

En el Derecho anglosajón la inmunidad, que excluye la obligación de resarcir, conoce dos variantes en sede intrafamiliar, entre cónyuges, conocida como “*interpousal immunity*”, que afirma la inmunidad existente entre marido y mujer; y entre padres e hijos, conocida como “*parental immunity*”, que afirma la inmunidad de los padres frente a los daños ocasionados por éstos a sus hijos.

En ambos casos, el hecho ejecutado es esencialmente dañoso, la víctima tiene derecho a accionar pero, el padre o cónyuge puede excepcionarse invocando la inmunidad, en atención a la situación del demandado o a intereses superiores como la paz y armonía familiar, y que en último término, elimina la obligación de resarcir.⁵⁴

El privilegio familiar, en cambio, dice relación con un ejercicio de la acción en condiciones más benévolas para el deudor, de allí la expresión “privilegio familiar”, en términos tales que, para que su actuar le sea jurídicamente imputable, y nazca la obligación correlativa, sólo han de considerarse aquellos

⁵³ Vid *Supra* 1.4.2.-

⁵⁴ Como apunta Hooft, Irene, en “Responsabilidad de los padres por daños a la salud de los hijos en la procreación natural” en *Daños en el Derecho de Familia*, Ob. Cit., pp. 227 y 228, “La inmunidad no impide el derecho de accionar por daños, sino que permite al causante de los mismos, plantear una defensa que, impide el resarcimiento del perjuicio ocasionado. La acción ejecutada por el demandado en esencia continua siendo dañosa, no obstante la inmunidad, pero en vista a la protección particular del demandado, o a intereses superiores como la paz y armonía familiar, no es viable la acción indemnizatoria.

hechos que el deudor ha ejecutado con culpa grave, y según algunos, sólo aquellos ejecutados con dolo.⁵⁵.

2.2.1.- Doctrina de la inmunidad conyugal.

Antes de empezar el análisis del tema creemos que es necesario dejar abiertas algunas preguntas: ¿debe existir inmunidad y para qué? ¿Dónde comienza y termina dicha inmunidad? ¿Cuáles sus fundamentos y efectos?

Como ya se apuntó, la doctrina de la inmunidad entre cónyuges o *interposal immunity*, tuvo sus raíces en el antiguo *Common Law*, fundándose en la doctrina del “*marital unity*” o unidad marital⁵⁶, de acuerdo a la cual la identidad de la mujer se fundía con la de su marido pasando a ser una sola persona, impidiendo la aplicación de las reglas de la responsabilidad civil, esta situación se mantuvo hasta mediados del siglo XIX.⁵⁷

En su versión clásica, en que la inmunidad es absoluta, la mera condición de cónyuge, padre o madre determina la exención de responsabilidad, prescindiendo de cualquier otra circunstancia, como la intencionalidad de la conducta dañosa, la naturaleza de la actividad en el curso de la cual se producen los daños, o, la tipología de éstos.

Esta forma de inmunidad es una regla simple de administrar judicialmente pero, muy rudimentaria, propia de un derecho de daños poco depurado. Históricamente, se corresponde con una ideología patriarcal de la familia, basada en relaciones de poder y sumisión entre sus miembros, que el derecho reafirma

⁵⁵ Por ello sólo en el caso de inmunidad se estaría verdaderamente ante un argumento contrario al resarcimiento; en tanto que en el caso del privilegio conyugal, se trata de un tratamiento más benévolo hacia el agente autor del daño.

⁵⁶ Según Prosser, esta regla de la unidad jurídica posee como antecedente la Biblia y la metafísica medieval, la posición del “pater familias” en el Derecho Romano, el concepto del Derecho natural de la familia como una unidad informal de gobierno con la persona físicamente más fuerte como cabeza y, por último, la propiedad feudal. (Prosser, William. *Handbook of the Law of Torts*, 4° Edición, West Publishing Co. St. Paul, Minn, 1971, p.860.).

⁵⁷ Ferrer Riba, Josep. *Relaciones familiares y límites al derecho de daños*. Publicación en *Indret* 4/2001, Barcelona, disponible en www.indret.com., p.6.

bajo la pretensión de preservar la paz y la privacidad familiar y de evitar que se litiguen daños de bagatela.⁵⁸.

En un segundo momento en la evolución del Common Law comienza una serie de leyes que rompen la unidad entre esposos. Así en Estados Unidos a partir de la Married Women's Property Act de 1844, se reconoce la propiedad separada de la mujer casada, capacidad para transferirla, pudiendo litigar contra el marido por daños patrimoniales. Con idéntica orientación se dictan en Inglaterra el "the Married Women's Property Acts, de 1870, en virtud de la cual una mujer casada puede accionar en su propio nombre para recuperar su propiedad sobre un bien, y el "the Married Women's Act, de 1882, por la cual se le da legitimación plena para accionar por cualquier "tort" cometido contra ella.⁵⁹.

Si bien en esta segunda etapa la legislación avanza en reconocer a la mujer capacidad para litigar contra su marido por daños patrimoniales, los tribunales continuaron rechazando las demandas por daños personales entre cónyuges, afirmando por una parte la inmunidad respecto a daños personales⁶⁰ y por otra la necesidad de preservar la armonía y paz familiar⁶¹. Por lo demás el Married Women's Property Act de 1882, sect 12, se establecía que mientras los cónyuges vivieran bajo una misma residencia, prevalece la unidad de marido y mujer por encima de posibles conflictos.⁶².

Corresponde a este período el leading case "Thompson vs. Thompson"⁶³, del año 1910, en que la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica

⁵⁸ Ferrer Riba, Josep. *Relaciones familiares y límites al derecho de daños*. Ob. Cit. p. 9.

⁵⁹ Prosser and Keaton: *On the Law of Tort*, Editorial: West Publishing Co., St Paul, Minnesota, 5° Edición, Año 1984, pp. 901 y 902. En iguales términos se puede consultar a Severin Fuster, Gonzalo. Ob. Cit. p. 56. También puede consultarse a Rodríguez Guitián, Alma María. Ob. Cit., p. 69.

⁶⁰ Prosser and Keaton: *On the Law of Tort*, Editorial: West Publishing Co., St Paul, Minnesota, 5° Edición, Año 1984, pp. 901 y 902.

⁶¹ Vargas Aravena, David. Ob. Cit., p.109.

⁶² Vargas Aravena, David, Ob. Cit. p. 110.

⁶³ En el leading case "Thompson vs. Thompson, del año 1910, Jessi Thompson demandó contra su esposo, Charles, el resarcimiento de los daños provocados por su consorte por violencia y lesiones físicas. El caso llegó hasta la Suprema Corte de los Estados Unidos, los jueces se plantearon la siguiente pregunta: si bajo el estatuto que gobernaba el distrito de Columbia podía una mujer interponer acción para ser indemnizada por los daños producidos contra su persona

no acogió una acción por daños personales entre cónyuges. Sostuvo que el hombre y la mujer eran considerados como una persona si estaban casados y que, si bien, a la fecha de ocurrir los hechos el estatuto de Columbia –ley aplicable- había otorgado a la mujer plena capacidad para accionar por daños personales contra terceros, de ello no se podía deducir que podía accionar contra el cónyuge.⁶⁴.

Es finalmente en una tercera fase de evolución del Common Law cuando se consigue terminar con la prohibición de reclamaciones de daños personales

por su esposo por los delitos de violencia física y lesiones. La Suprema Corte del distrito de Columbia sostuvo que tal acción no podía ser interpuesta a la luz del estatuto. La Corte comienza describiendo cómo era la capacidad de la mujer casada antes de la modificación del estatuto y, entre otras cosas, dice que el hombre y la mujer eran considerados como una persona, si estaban casados, la mujer era incapaz de hacer contratos, adquirir propiedad o disponer de la misma sin el consentimiento de su esposo. El Código del distrito de Columbia, a la luz del cual se resolvió este caso, fue, según la Corte, muy lejos en reformar las relaciones entre esposos. El artículo 1155 establece: “*Poder de la mujer de comerciar y de demandar y ser demandada*. Las mujeres casadas tienen el poder de negociar, contratar, decidir si negociar y contratar o no, y de demandar separadamente por sus contratos, y también demandar separadamente por el recupero, seguridad o protección de su propiedad, y por daños cometidos en su contra, tan libremente como si fueran solteras. Los contratos pueden ser hechos con ellas, y pueden ser demandadas separadamente por sus contratos, tanto por los hechos antes como después del matrimonio y por daños que no deriven de los contratos, cometidos por ellas antes o durante el matrimonio, tan libremente como si no fueran casadas; ningún marido es responsable por un contrato hecho por su esposa en su nombre ni por un daño cometido por ella sin su participación”. La Corte sostuvo que si bien este estatuto modificó la capacidad de la mujer casada, su intención no fue darle el derecho de accionar contra el marido sino el de darle la posibilidad de mantener acciones de daños sin el necesario consentimiento de aquél. Otros argumentos sostenidos por la Corte: a) La perpetración de esas atrocidades tiene una adecuada solución mediante el divorcio y petición de alimentos; b) El aceptar estas demandas abriría las puertas de miles de demandas entre esposos por diferentes causas; c) Un examen de esta clase de legislación muestra que la intención fue darle derechos a la mujer en el control de su propiedad y no darle derechos para accionar directamente contra el esposo; d) Los cambios deben estar redactados en el estatuto en forma clara, y, en este caso, el estatuto no menciona la posibilidad de que la esposa demande por daños y perjuicios a su consorte; e) Ella puede recurrir a las cortes criminales para obtener el castigo del esposo. Por estos argumentos, la Suprema Corte de los Estados Unidos rechazó la demanda. (Medina, Graciela. “Daños entre cónyuges y entre padres e hijos” en *Daños en el Derecho de Familia*. Ob. Cit., pp. 515 a 517.).

⁶⁴ Sin embargo, la decisión no fue unánime y tres jueces votaron en disidencia. La minoría argumentó lo siguiente: Los jueces sólo deben declarar lo que la ley es y no lo que, a su juicio, debe ser. Si el estatuto le da a la mujer la posibilidad de demandar por daños infringidos en su contra, y no excepciona el caso de que el marido haya infringido ese daño, entonces si él es quien comete el delito, puede ser demandado porque el estatuto no refiere ninguna excepción. No puede pensarse que el legislador le dio la posibilidad a la mujer casada de demandar a su marido por el daño hecho a sus bienes y le ha prohibido demandarlo por delitos más graves, como el presente. (Medina, Graciela. “Daños entre cónyuges y entre padres e hijos” en *Daños en el Derecho de Familia*. Ob. Cit., pp. 515 a 517.).

entre cónyuges. Así en los Estados Unidos a partir de la “Married Women’s Act” se admite la acción contra el otro cónyuge por los torts ocasionados, sea intencionalmente o por culpa, quedando sólo algunos vestigios de la regla de la inmunidad en algunos Estados. Por su parte en Inglaterra desde la “Law Reform (Husband and Wife) de 1962, que derogó la regla de que no existían daños entre cónyuges.

En adelante la jurisprudencia norteamericana será reflejo claro de estos nuevos planteamientos. Así en “Fernández vs. Romo”⁶⁵ la Corte de Arizona entiende derogada la inmunidad entre los cónyuges toda vez que marido mujer tienen los mismos derechos, rechaza el posible fraude a las aseguradoras y pone en duda el argumento de la paz familiar.⁶⁶

Sólo un par de años después, en 1976, la Corte de Virginia reitera el rechazo a la inmunidad en “Coffindaffer vs. Coffindaffer”⁶⁷. En “Shook vs. Crabb”

⁶⁵ En julio de 1974, Joseph Ashford II estaba volviendo de su casa en Parker, Arizona, de Peach Prings, Arizona. Estaba acompañado por su esposa y dos de sus tres hijos, Michael, de 9, y Joseph III, de 12. Llegando al lago Havasu City, se encontraron con una severa tormenta de lluvia. El señor Ashford condujo el vehículo hacia Acoma Boulevard, la principal calle de Lake Havasu City, a un punto donde se interceptaba con el canal de Jamaica, que estaba muy inundado. A pesar de las protestas de su mujer, el señor Ashford se metió en el agua, donde el automóvil se hundió. Joseph Ashford III logró salir por una ventana, mientras que el señor, la señora Ashford y su hijo Michael se ahogaron. Aunque tres acciones fueron interpuestas, la Corte sólo se interesa por las acciones de los hijos sobrevivientes, Joseph III y Elizabeth (que no iba en el auto) en contra de su padre muerto, por la muerte de su madre. (Medina, Graciela. “Daños entre cónyuges y entre padres e hijos” en *Daños en el Derecho de Familia*. Ob. Cit., p. 517.)

⁶⁶ Dice la Corte: “Si bien históricamente la unidad de los cónyuges fue la base de la doctrina de la inmunidad entre esposos, que eran considerados para el Derecho como uno, por lo que una parte de una persona no puede demandar a la otra parte de la misma persona, dicho principio no puede seguir sosteniéndose con la evolución del Derecho, que le da a la mujer casada los mismos derechos que al marido, ahora son personas diferentes.” “Nadie demanda a su consorte si la armonía es perfecta, argumento que cae con más fuerza si hay una compañía de seguro que podría resultar responsable.” (Medina, Graciela. “Daños entre cónyuges y entre padres e hijos” en *Daños en el Derecho de Familia*. Ob. Cit., pp. 517 y 518.)

⁶⁷ En su parte considerativa sostuvo el tribunal: “No vemos restricción en el Código del Oeste de Virginia para que un esposo pueda demandar a otro desde que, según dispone, una mujer casada puede demandar o ser demandada como si fuera soltera.” “Es difícil entender cómo una Corte que impide a la esposa demandar por daños personales a su cónyuge, hable e intente proteger la armonía familiar.” “...los cambios sociales, económicos y gubernamentales no podían quedar ajenos a la construcción de una determinada interpretación.” (Medina, Graciela. “Daños entre cónyuges y entre padres e hijos” en *Daños en el Derecho de Familia*. Ob. Cit., pp. 519 y 520).

⁶⁸ la Corte de Iowa no sólo rechaza la tesis de la inmunidad conyugal sino que además vuelve a refutar el argumento del posible fraude a las aseguradoras.

En el ordenamiento jurídico italiano ENRICO CARBONE⁶⁹ y SALVATORE PATTI⁷⁰, han planteado que la inmunidad conyugal tuvo vigencia hasta la década de los setenta e inicios de los ochenta⁷¹. Por la fuerza de la tradición, la relación conyugal estuvo cubierta por un manto de inmunidad.

Sin embargo, a partir de las últimas décadas la situación cambia en el ordenamiento jurídico italiano, primero, por medio de una sentencia de la Corte de Casación Civil de 26 de mayo de 1995, y luego, por medio de una sentencia de 10 de mayo de 2005⁷².

⁶⁸ Es así que el tribunal de apelación expresó: "...es muy difícil entender cuál es el motivo que lleva a los jueces a rechazar una demanda de un esposo contra el otro por daños y a admitir una demanda entre consortes cuando se trata de defender la propiedad de uno." "Tampoco es fundamento sostener que no se deben permitir estas demandas pues alimentan el fraude contra las compañías de seguro. En ese caso, pueden o limitar la cobertura o hacer los ajustes que crean necesarios en los contratos. Aparte, el sistema judicial y los jueces son capaces de distinguir cuándo una demanda es fraudulenta o no." (Medina, Graciela. "Daños entre cónyuges y entre padres e hijos" en *Daños en el Derecho de Familia*. Ob. Cit., pp. 520 y 521.).

⁶⁹ Carbone, Enrico. "Requiem per un'immunità: violazione dei doveri coniugali e responsabilità civile", en *Giurisprudenza Italiana*, abril, 2006, pág. 700 y ss., citado por Varas Aravena, David. *Daños civiles en el matrimonio*, Ob. Cit. pp. 110 y 111. Carbone habla de la existencia de una costumbre de sacrificar los derechos individuales a una malentendida paz doméstica, como un triunfo del "mos" respecto del "ius", situando la inmunidad aquiliana entre cónyuges en el marco de un planteamiento, más amplia, de intentar preservar el enclave doméstico de la invasión del derecho estatal.

⁷⁰ Patti, Salvatore. Ob. Cit. p. 67, citado por Rodríguez Guitián, Alma María. Ob. Cit. p. 67.

⁷¹ Vargas Aravena, David. Ob. Cit. p. 111. Con posterioridad, sin embargo, se ha abierto paso en la jurisprudencia italiana, la opción del resarcimiento al interior de las relaciones de familia a través de una serie de fallos que así lo han consagrado. Por ejemplo, un fallo del Tribunal de Roma de 13 de junio del 2000, en que un ex marido demandó a su ex cónyuge, por lo perjuicios que ésta última le causó a consecuencia de la obstrucción al ejercicio del Derecho de visitas.

⁷² Es digno de destacar como, la misma Corte, en una sentencia de 10 de mayo de 2005 declara que actualmente: se asiste a un tránsito de la "familia institución" a la "familia comunidad", configurada, no ya como un lugar de comprensión y mortificación de derechos irrenunciables, sino como sede de autorrealización y desarrollo personal, marcada por el recíproco respeto e inmune a cualquier distinción de roles, en cuyo ámbito sus componentes conservan sus connotaciones esenciales y reciben reconocimiento y tutela, antes que como cónyuges, como personas.

Agrega el fallo: "Por tanto, el respeto de la dignidad y de la personalidad de cada miembro del núcleo familiar asume la connotación de un derecho inviolable, cuya lesión por parte de otro componente de la familia, así como por parte de un tercero, constituye el presupuesto lógico de la responsabilidad civil, no pudiendo considerarse, claramente, que los derechos definidos como inviolables reciban distinta tutela según que sus titulares se coloquen, o no, en el interior de un

En el ordenamiento español, RODRÍGUEZ GUITIÁN⁷³ plantea que –al igual que en Italia- la ausencia de controversias judiciales por los daños entre cónyuges tiene su origen en una costumbre social, en una regla moral que impide que se litigue por hechos ilícitos cometidos dentro de la familia.

Tal regla de moralidad se explica desde la naturaleza propia de las relaciones familiares, que generan vínculos de solidaridad y altruismo, de manera que parece que el perjudicado por un daño causado por un miembro de su familia tiene un deber de tolerancia e indulgencia y, por lo tanto, de no interponer litigios que puedan romper la armonía doméstica.

En este sentido, para RODRÍGUEZ GUITIÁN⁷⁴, las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo Español el año 1999, recogerían un principio de prohibición de reclamaciones por responsabilidad civil entre cónyuges, o lo que es lo mismo, un régimen de *inmunidad* por los daños causados por el uno al otro. Según la autora, dos temores podrían explicar, la doctrina del Tribunal Supremo Español: por una parte evitar la proliferación de demandas triviales y por otra, preservar la paz y armonía familiar.

Hay que recordar que en Norteamérica el temor a la proliferación de demandas triviales o frívolas ha sido una de las principales razones entre quienes han sostenido la inmunidad entre cónyuges. Por una parte la judicialización de los daños es cara y su tramitación es financiada con el erario público, por otro lado la vida familiar está repleta de roces y disgustos, que naturalmente quedan fuera de la órbita del daño resarcible.⁷⁵

contexto familiar (Fallo citado y referido por De Verda y Beamonte, José Ramón. “Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales, Revista Actualidad Jurídica, N° 15, enero 2007, p. 94.).

⁷³ Esta autora, Rodríguez Guitián, Alma María. Ob.Cit. p. 67, señala que: “Tal regla de moralidad se explica desde la naturaleza propia de las relaciones familiares, que generan vínculos de solidaridad y altruismo, de manera que parece que el perjudicado por un daño causado por un miembro de su familia tiene un deber de tolerancia e indulgencia.”.

⁷⁴ Rodríguez Guitián, Alma María. Ob. Cit. pp. 70 y 71.

⁷⁵ Tobías, Carl. “Interpousal Tort Immunity in America”, *Georgia Law Review*, N° 23, Año 1989, pp. 460 a 462.

No obstante, como destaca CARL TOBÍAS⁷⁶, en aquellos países en que se ha abolido este régimen de inmunidad por daños los tribunales no han sido inundados por demandas triviales o frívolas. En Inglaterra la “Law Reform (Husband and Wife) Act” de 1962 establece que si la acción es entablada estando aún subsistente el matrimonio el juez posee la potestad de suspender discrecionalmente el ejercicio de la acción si se piensa que la continuación del procedimiento no llevaría consigo ningún sustancial beneficio para ninguna de las partes.⁷⁷

Análogo predicamento es recogido por el artículo 1589 del Proyecto de Reforma del Código Civil Argentino que establece que el daño está justificado en el ámbito de las relaciones de familia si la admisión de una acción reparatoria puede poner en peligro los intereses generales respecto de la persistencia y de la estabilidad de la institución familiar, de la solidaridad entre sus miembros, y en su caso, de la piedad filial.⁷⁸

En relación a la necesidad de preservar la armonía y la paz familiar, ha sido éste uno de los argumentos más antiguos invocados en el Common Law, para negar el resarcimiento del daño civil intrafamiliar. Suele decirse que la inmunidad familiar protege la paz familiar mientras que la admisión de reclamaciones de daños, aumenta la desarmonía existente. Se agrega que, ante reclamaciones de esta naturaleza, lo más probable es que se ponga fin al matrimonio, reduciéndose así drásticamente las posibilidades de reconciliación. En fin, se dice que en un pleito de esta índole la paz familiar peligraría, al efectuar alegaciones no agradables acerca de la conducta descuidada del otro.⁷⁹

En la jurisprudencia norteamericana si bien es cierto, en un primer estadio la jurisprudencia rechazó reclamaciones de daños basados en la doctrina de la inmunidad y la armonía familiar. Más tarde fue progresivamente abandonando la

⁷⁶ Tobías, Carl. “Interpousal Tort Inmunity in America”, Ob. Cit. pp. 461 a 462.

⁷⁷ Lowe, Niguel y Douglas, Guillian. *Bromley's Family Law*, Novena Edición, Butterworths, London, 1998, p. 64, citado y referido por Rodríguez Guitián, Alma María, Ob. Cit. p. 71.

⁷⁸ Rodríguez Guitián, Alma María, Ob. Cit. p. 71.

⁷⁹ *Ibíd.*

tesis de la inmunidad y de la armonía familiar entendiendo que, ante daños de esta índole, la armonía ya se había roto, precisamente a causa del acto dañoso.

2.2.2.- Doctrina de la inmunidad parental o inmunidad entre padres e hijos.

La doctrina del *parental immunity*, fue elaborada en el *common law* norteamericano, sin precedente en el *commom law* inglés, a partir de tres casos. El primero de ellos fue el leading case “Hewellette vs George”⁸⁰, dictado en 1891 por la Corte Suprema de Mississippi. En este caso se pensó que a fin de proteger y mantener el reposo y tranquilidad familiar, y el mejor interés de la sociedad, debía prohibirse al hijo menor efectuar reclamos judiciales por daños sufridos en manos de su padre. En el caso, se rehusó la acción del menor contra su madre por su internación maliciosa en una institución psiquiátrica.

El segundo de los casos fue *Mc Kelvey vs Mc Kelvey*⁸¹ dictado en 1903 por la Corte Suprema de Tennessee. En este caso se denegó al menor el derecho de demandar a sus padres por tratos crueles e inhumanos.

El tercer leading case fue *Roller vs Roller*⁸² dictado en 1905 por la Corte Suprema de Washington. En este caso la Corte desconoció el derecho del hijo a demandar a su padre, quien lo había raptado.

“La doctrina establecida en esta trilogía de casos nombrados prohibió los pleitos interfamiliares, en un intento de proteger tanto las relaciones paterno-filiales como la existente entre los cónyuges u otros miembros del núcleo familiar. En base a ella, tradicionalmente un hijo no puede llevar una acción por daños contra sus padres ante los tribunales estadounidenses.”⁸³.

⁸⁰ Medina, Graciela y Hooft, Irene. “Responsabilidad de los padres por daños a la salud de los hijos en la procreación natural” en *Daños en el Derecho de Familia*, Ob. Cit., p. 423.

⁸¹ *Ibíd.*

⁸² *Ibíd.*

⁸³ Hooft, Irene. “Responsabilidad de los progenitores por daños prenatales causados por accidentes” en *Revista de Derecho Daños*, 2001-2, Ob. Cit. p. 225.

La regla de la inmunidad, no es admitida en todos los Estados, observándose diversas variantes en el panorama legal norteamericano. Así por ejemplo hay Estados que nunca adoptaron la regla de la inmunidad⁸⁴. Otros Estados la han abrogado totalmente⁸⁵. Algunos establecen una inmunidad parental limitada⁸⁶. Otros mantienen la inmunidad en acciones por un negligente ejercicio de la autoridad paterna.⁸⁷ Algunos Estados poseen una completa inmunidad, con la única excepción de los supuestos de daños que involucran conductas intencionales⁸⁸. Y por último, están aquellos Estados que reconocen una completa e irrestricta inmunidad⁸⁹.

La inmunidad no destruye el derecho a accionar, sino que permite al causante del daño, sobre quien pesa un deber legal de cuidado plantear una defensa que, a la postre, impide el resarcimiento del perjuicio ocasionado. La acción sigue siendo dañosa en esencia, pero en vista a la protección particular

⁸⁴ Los distritos de Columbia, Hawai, Kansas, Montana, Nevada, New Hampshire, South Dakota, Utah y Vermont nunca adoptaron la misma. (Hooft, Irene. "Responsabilidad de los padres por daños a la salud de los hijos en la procreación natural" en *Daños en el Derecho de Familia*, Ob. Cit., p. 227.).

⁸⁵ Los Estados de California, Minnesota, New México, New York, North Dakota, Ohio, Oregon, Pennsylvania y South Carolina en la actualidad la han abrogado totalmente. (Hooft, Irene. "Responsabilidad de los padres por daños a la salud de los hijos en la procreación natural" en *Daños en el Derecho de Familia*, Ob. Cit., p. 227.).

⁸⁶ Los Estados de Colorado, Florida, Missouri, North Carolina, Rhode Island, West Virginia y Wyoming establecen una inmunidad parental limitada. (Hooft, Irene. "Responsabilidad de los padres por daños a la salud de los hijos en la procreación natural" en *Daños en el Derecho de Familia*, Ob. Cit., p. 227.).

⁸⁷ Alaska, Arizona, Connecticut, Delaware, Idaho, Illinois, Iowa, Kentucky, Maine, Massachusetts, Michigan, New Jersey, Oklahoma, Texas, Virginia y Wisconsin mantienen la inmunidad en acciones por un negligente ejercicio de la autoridad paterna. (Hooft, Irene. "Responsabilidad de los padres por daños a la salud de los hijos en la procreación natural" en *Daños en el Derecho de Familia*, Ob. Cit., p. 227.).

⁸⁸ Alabama, Arkansas, Nebraska y Washington poseen una completa inmunidad, con la única excepción de los supuestos de daños que involucran conductas intencionales. (Hooft, Irene. "Responsabilidad de los padres por daños a la salud de los hijos en la procreación natural" en *Daños en el Derecho de Familia*, Ob. Cit., p. 227.).

⁸⁹ Y por último, Georgia, Indiana, Louisiana, Maryland, Mississippi y Tennessee reconocen una completa e irrestricta inmunidad. (Hooft, Irene. "Responsabilidad de los padres por daños a la salud de los hijos en la procreación natural" en *Daños en el Derecho de Familia*, Ob. Cit., p. 227.).

del demandado, o por los intereses que éste representa, no termina en una indemnización⁹⁰.

Cabe finalmente destacar lo resuelto en 1984 por la Corte Suprema de Oklahoma, en el leading case Nathan vs. Nathan. Sostiene la Corte que: "...la Constitución de dicho Estado, art. II, sección 6, provee que las Cortes de Justicia del Estado deben estar abiertas a toda persona y a ciertos remedios permitidos para cada acto erróneo y cada daño sufrido. Que la tendencia actual hacia la abolición de la inmunidad parental, y que la lógica y la letra de la ley también descansan en igual dirección."⁹¹.

2.2.3.- Doctrina del privilegio familiar.

Desde la óptica de la responsabilidad extracontractual, el privilegio familiar no es sino, la obligatoria –no la única- modificación que dicho estatuto sufre, en sus reglas generales, al aplicarse a las relaciones de familia. De esta manera, es la natural convivencia familiar (entre dañador y dañado), la que exige una atenuación en el grado de diligencia en el obrar.⁹²

⁹⁰ Hoof, Irene. "Responsabilidad de los padres por daños a la salud de los hijos en la procreación natural" en *Daños en el Derecho de Familia*, Ob. Cit., pp. 227 y 228.

⁹¹ Consecuencialmente con tales ideas, resuelve la abolición parcial de la doctrina, con las únicas excepciones de aquellos actos que involucren: 1) el ejercicio razonable de la autoridad paterna sobre el hijo, y 2) el ejercicio razonable de la discreción paterna en las cuestiones concernientes a la provisión de alimentos, vestimenta, vivienda, servicios médicos y odontológicos y otros cuidados. Hemos de remarcar que el tribunal expresamente dejó sentado que la abolición de tal inmunidad no implica el nacimiento de un derecho a demandar los daños, en aquellos casos en que no exista una obligación de cuidado del ofensor hacia el sujeto lesionado. (Hoof, Irene. "Responsabilidad de los padres por daños a la salud de los hijos en la procreación natural" en *Daños en el Derecho de Familia*, Ob. Cit., p. 227.).

⁹² Ferrer Riba, Josep. Ob. Cit. p. 10. Hay que tener presente que en este trabajo hemos propuesto como hipótesis que el estatuto de responsabilidad civil extracontractual es el régimen de responsabilidad aplicable a los daños civiles generados en el ámbito familiar. Del mismo modo, y a título de hipótesis, hemos propuesto que dicho régimen de responsabilidad sufre necesarias modificaciones en algunas de sus reglas al aplicarse al interior de la familia. Una de las reglas que se ven alteradas es aquella que dice relación con el factor de imputación que, según ha sostenido la doctrina dominante, en sede familiar es el dolo o la culpa grave. Este fenómeno, consistente en una moderación del juicio de imputación, denominada genéricamente "privilegio familiar".

Como apunta FERRER RIBA⁹³ el **privilegio doméstico** es una regla que integra el juicio de imputación⁹⁴, moderándolo. Las notas relevantes para la formación de este juicio pueden hallarse en dos grupos de argumentos que la doctrina comparada aduce para fundamentar los **privilegios familiares**.

Como se ha dicho en doctrina⁹⁵, para la existencia del privilegio familiar no basta la vida familiar. Debe existir, necesariamente, **vínculo legal** entre dañador y dañado, es la contrapartida a la existencia de vínculo legal entre ambos.



⁹³ *Ibíd.*

⁹⁴ Debemos recordar, y así lo hemos postulado, que así como el privilegio actúa en el factor de imputación, moderándolo. El principio de especialidad, como principio de garantía, actúa sobre el daño, agravándolo. Dicho en otros términos, según postulamos en esta investigación, así como el privilegio familiar que se construye sobre la base de una familia, de la existencia de vínculos jurídicos entre dañador y dañado, y sobre la base de la piedad familiar y los vínculos de solidaridad y altruismo actúa sobre el elemento de la responsabilidad civil denominado imputabilidad; el principio de especialidad, como principio de garantía –denominación que le hemos dado–, actúa sobre el elemento daño, exigiendo que éste sea particularmente grave, de modo tal de excluir los meros incumplimientos que, en principio, son solucionados por el Derecho de familia y que, sólo cuando reviste un especial poder dañador, son del ámbito del Derecho de daños. De este modo, y así lo postulamos, existe una íntima relación entre privilegio familiar y principio de especialidad, ya que, ambos actúan sobre dos de los elementos de la responsabilidad civil, alterando las reglas generales de la responsabilidad civil, de modo tal de evitar el ingreso de la responsabilidad civil a situaciones que son de la órbita del Derecho de familia.

⁹⁵ Vargas Aravena, David. *Daños civiles en el matrimonio*, Ob. Cit., pp. 378 y 379.

2.2.4.- Críticas a la doctrina tradicional del privilegio.

Como veíamos, la doctrina sobre el privilegio establece su fundamento en la existencia de vínculo legal, es por ello que sólo es posible hablar de privilegio, entre cónyuges. No obstante, a esta doctrina es posible formularle las siguientes críticas:

a) La doctrina tradicional del privilegio no explica el contrasentido de exigir mayor diligencia en las uniones de hecho, donde impera el principio de libertad de ruptura, que entre cónyuges, donde no lo hay.⁹⁶.

De este modo, entre personas que no tienen ninguna obligación de guardarse ayuda, socorro, alimentación u otras obligaciones legales de cuidado, como son los convivientes de hecho, se les exige mayor celo o diligencia que respecto de aquellos que sí están obligados.

Este razonamiento se ve hoy atenuado a partir de la Ley 20.830 que no sólo establece la existencia de un vínculo jurídico entre convivientes civiles, sino una serie de derechos y deberes legales entre ellos. Por ende, siguiendo la doctrina tradicional, el factor de imputación se atenúa, aún, respecto de estos convivientes civiles.

⁹⁶ Surge así una serie de interrogantes: ¿por qué tendría que ser más cuidadoso en el cumplimiento de deberes generales de cuidado si no tengo deber familiar alguno contraído? ¿Por qué tengo que ser menos diligente, si estoy legalmente obligado a determinados deberes de cuidado específicamente familiares? Tratándose de aquellos casos en que existe vínculo legal: ¿se atenúa la diligencia sólo respecto de la obligación genérica de no dañar a otro o *neminem non laedere* o, además, respecto de la obligación legal familiar específica? ¿Se atenúa la una, la otra o ambas? ¿Por qué la existencia de un vínculo obligacional de carácter familiar y legal tiene que tener como contrapartida la atenuación de la culpa respecto del deber genérico de no dañar a otro si son obligaciones distintas e independientes entre sí? ¿En qué momento de la sola existencia de una obligación legal familiar –por ejemplo la del art 131 cc- se deviene una atenuación en el factor de imputación culpa respecto de la obligación genérica de no dañar a otro? ¿Existe acaso un estándar general de diligencia en Derecho de familia? ¿Si lo hay cuál es? ¿Es el mismo que en la responsabilidad civil? ¿Es la culpa grave y el dolo? ¿Entonces dónde quedó el concepto de buen padre de familia? ¿Entonces, los deberes familiares son obligaciones de medio o de resultado?

b) El privilegio no es la contrapartida de la existencia de vínculo legal, sino de la necesidad de desenvolver la vida familiar, cuestión que es esencialmente una cuestión de hecho.

En la base del razonamiento de la doctrina tradicional, es posible encontrar una falta de coherencia interna entre la premisa que es: *la existencia de vínculo legal*, y, la consecuencia, que es *la atenuación de la culpa*.

En efecto, se plantea en la doctrina⁹⁷ que la existencia privilegio se fundamenta en la necesidad de poder lograr que las personas se comporten tal como son, de acuerdo con sus aptitudes naturales y adquiridas, sin sujeción a especiales **deberes de precaución**. Ya que la intimidad propicia que la persona adopte una actitud relajada de manera tal de favorecer el desarrollo de la **libertad personal** sin particulares restricciones.

Sin embargo, podemos constatar que el fundamento se halla en la existencia de **vida familiar**, no en la existencia de vínculos jurídicos. En efecto, es la necesidad de desenvolverse tal cual uno es, sin que la intimidad se transforme en una carga de tener especiales deberes cuidado, lo que provoca que la los deberes de diligencia se morigeren.

c) La doctrina del privilegio no se hace cargo del problema de conmixción que ésta genera.⁹⁸

Podemos constatar que, ya sea que el estatuto aplicable sea contractual o extracontractual, el factor de imputación nunca es la culpa grave. En el primer caso debería el deudor responder de culpa leve y, en el segundo, como buen padre de familia.

Entonces ¿cómo se explica la modificación del estatuto de responsabilidad civil? ¿Constituye aquello un problema de conmixción? ¿Hay aquí un problema de cúmulo? En puridad debemos asumir que, en último

⁹⁷ Ferrer Riba, Josep. Ob. Cit. p. 11.

⁹⁸ Corral Talciani, Hernán; "El concurso de responsabilidades en el derecho de daños chileno: defensa y delimitación de la teoría de la opción", AAVV, Estudios de Derecho Civil, Tomo IV, p. 541.

término, lo que la doctrina del privilegio genera siempre como resultado es una situación de conmixión o cúmulo de responsabilidad.

Entonces, la pregunta es ¿qué es lo que está modificando al estatuto de responsabilidad civil la existencia de un vínculo jurídico o los especiales rasgos de la vida familiar? ¿Es dable sostener que un vínculo jurídico familiar genere como resultado un caso de cúmulo de responsabilidad?

Es por lo anterior que sostenemos que la atenuación del factor de imputación a la culpa grave y el dolo es el resultado de los especiales rasgos de la vida familiar, de los vínculos de solidaridad y altruismo que allí imperan, así como de la piedad familiar que extiende más allá de lo normal el umbral de tolerancia.

De este modo el problema de la atenuación del factor de imputación es un problema esencialmente fáctico, no jurídico, al margen que tiene alcances jurídicos, sin duda alguna. El factor de imputación se atenúa porque **la realidad familiar** se impone, no porque una norma jurídica así lo exija. De hecho si tratásemos de buscarle fundamento jurídico necesariamente chocaríamos con el problema de conmixión que antes habíamos planteado.

d) La doctrina del privilegio no explica el no responder como un buen padre de familia precisamente al interior de la familia.

Sabido es que en sede extracontractual el deudor responde como buen padre de familia, sin embargo, en materia de daños en sede familiar, según la doctrina de mayoría, se responde de culpa grave.

Esto lleva a formularnos varias preguntas fundamentales que merecen a lo menos, ser planteadas: ¿hay un **estándar general y común** a todo el Derecho de familia incluyendo la responsabilidad civil en el ámbito del Derecho de familia o cada una de ellas tiene un estándar propio?

Si asumimos, conforme señala la doctrina de mayoría, que la responsabilidad civil es por incumplimiento de deberes familiares y, que el privilegio es la contrapartida a la existencia de vínculo legal, tácitamente

afirmamos que las obligaciones familiares admiten cumplimiento poco diligente, ya que sólo se responderá cuando se traspase el umbral de la culpa grave, no antes.

Entonces: ¿cómo es posible que en sede familiar no se responda como buen padre de familia? ¿Son las obligaciones de Derecho de familia obligaciones de medio o de resultado? Si se estima que son de resultado: ¿Cómo se inserta entonces un modelo de diligencia que es inoficioso? Y si se estima que son de medios: ¿cómo se justifica trasladar a sede familiar ciertos fines propios de la responsabilidad extracontractual como la prevención y sanción? ¿Qué caso tiene prevenir y castigar incumplimientos de ciertos deberes familiares que tienen otro tipo de sanciones configurándose a este respecto una evidente incoherencia de fines?

Creemos que en Derecho de familia las obligaciones son, fundamentalmente, de resultado y no de medios: o se paga la pensión alimenticia o no se paga, o se cumple con el derecho de visita o no se cumple, o se guarda socorro o ayuda mutua o no se guarda, o se reconoce o no se reconoce al hijo, etc.

Esta situación torna dificultoso hablar de culpa grave o dolo en materia de incumplimiento de obligaciones familiares propiamente tales. Por ello no es concebible en sede familiar la noción de buen padre de familia o culpa leve, para los efectos de determinar si hay incumplimiento de obligaciones. De algún modo el incumplimiento se objetiviza: da lo mismo cuan diligente fue el sujeto si al final no cumplió.

De este modo pensamos que, en sede familiar, el estándar de diligencia, si es que lo hay, es el cumplimiento, y no es posible hablar, al menos en abstracto, de incumplimiento con culpa grave o dolo: no hay diferencia alguna entre incumplir intencionalmente e incumplir habiéndolo intentado.

Entonces: ¿puede el incumplimiento reiterado de una obligación de resultados ser encuadrada en la noción de culpa grave? El incumplimiento de

una obligación de resultados, por más reiterado que sea, no es encuadrable en la noción de culpa grave, ya que la diligencia empleada no es relevante, sólo importa el resultado y la naturaleza jurídica de la obligación incumplida no muta, no obstante la reiteración.

Entonces: ¿en relación a cuál obligación se construye el concepto de culpa civil? ¿Cómo se construye el modelo de sujeto diligente-negligente a partir del cual es procedente la acción civil? ¿Por la reiteración de incumplimientos? ¿Por la gravedad del resultado? ¿Es creíble el fundamento de la culpa grave de poder desenvolver la vida familiar? ¿Obstan al resarcimiento la diversidad de fines de la responsabilidad civil y el Derecho de familia?

No creemos que haya un estándar de diligencia común, en materia de Derecho de familia en términos de grados de culpa, el estándar, si es que lo hay, es el cumplimiento. Otra cosa es que, en relación a la obligación genérica de no dañar a otro, un incumplimiento reiterado de una obligación familiar pueda ser la evidencia de una conducta negligente.

En relación al estándar de la culpa grave, creemos que, los fundamentos que tradicionalmente se dan no son lo suficientemente sólidos.

Jurídicamente, quizá la única propuesta que se puede postular es una **reconstrucción** de la idea de **buen padre de familia**, sin embargo, este intento debe rechazarse, por cuanto implica igualar la culpa leve a la culpa lata, lo cual es jurídicamente inaceptable.

Entonces: ¿el libre desenvolvimiento de la vida familiar es en relación a qué? Si tomamos como referencia el deber de dar alimentos, de visitar al niño o reconocerlo, la pregunta es: ¿qué tiene que ver el libre desenvolvimiento de la vida familiar con la atenuación de la culpa y la autorización a la negligencia en aspectos tan sensibles como pagar una pensión alimenticia reconocer o visitar al hijo?

Desde la perspectiva familiar, pensamos que alimentar a un hijo, visitarlo, reconocerlo, etc., son obligaciones de tal envergadura que no admiten

negligencia o retardo. Sin embargo entonces: ¿por qué se admite la culpa grave o dolo? ¿Por qué se insiste en el libre desenvolvimiento de la vida familiar? ¿Por qué la laxitud en materia civil?

Desde el Derecho de familia dichos incumplimientos son, sin duda alguna, una conducta inmoral y, jurídicamente, no admiten grados de diligencia, atendida su naturaleza de resultado. Sin embargo, civilmente el análisis es otro, y no por la necesidad de desenvolver la vida familiar, argumento que a este respecto repugna, sino por otros motivos.

Más que la finalidad de desenvolver la vida familiar, la laxitud de la culpa civil dice relación, creemos, con la necesidad de desplegar la acción del Derecho de familia y sus remedios específicos, y de que los integrantes del grupo familiar puedan buscar sus propias soluciones.

Lo anterior no implica un retorno al principio de la especialidad, sino de reservar la acción del Derecho de daños para conductas que denotan, desde una óptica civil, una singular negligencia y un daño de singular gravedad, he ahí la relación entre culpa grave y daño grave.

El modelo de conducta imputable puede buscarse en el incumplimiento reiterado de un deber familiar, pero cuidado, porque tolerar incumplimientos sin accionar puede ser también reprochable al actor civil.

En definitiva creemos que es la necesidad de establecer márgenes de tolerancia más amplios, a fin de aplicar soluciones familiares a problemas de índole familiar, lo que fundamenta la culpa grave, en detrimento del buen padre de familia, ya que éste tendería a identificarse con el mero incumplimiento en materia familiar.

A lo anterior debemos sumar ciertas obligaciones de solidaridad y altruismo que son inherentes a la vida familiar y consustanciales a ella, constituyendo verdaderas leyes de Derecho natural, anteriores al ordenamiento positivo y que impiden la aplicación directa de la responsabilidad civil, el cual está reservado a conductas que denoten mayor negligencia en el obrar.

2.2.5.- El privilegio familiar como una manifestación de la vida familiar.

Como hemos sostenido (tesis 1) el privilegio familiar encuentra su fundamento en los especiales rasgos de la vida familiar, en los vínculos de solidaridad y altruismo y en la piedad familiar, siendo todos ellos elementos naturales a la vida en familia y, anteriores a la ley.

Ello es así porque en las relaciones de convivencia familiar, las personas se comportan tal como son, de acuerdo con sus aptitudes naturales y adquiridas, sin sujeción a especiales **deberes de precaución**. La intimidad propicia que la persona adopte una actitud relajada de manera tal de favorecer el desarrollo de la **libertad personal** sin particulares restricciones.⁹⁹

Según FERRER RIBA¹⁰⁰ a esta libertad se corresponde el deber de aceptar a cada cual con sus cualidades y defectos, sin poder exigir a los demás una conducta más precavida que la que adoptan en sus propios asuntos, a lo que se une la necesidad de admitir que, en la vida doméstica, los intereses de cada conviviente están expuestos inevitablemente a una cierta influencia de los demás.

2.2.6.- El privilegio familiar como manifestación de la piedad familiar y los vínculos de solidaridad y altruismo.

En este punto se suscitan dos problemas fundamentales: (1) el de determinar cuál es el fundamento de la atenuación del factor de imputación, vale de decir: porqué se atenúa; y (2) el consistente en determinar en relación a qué deberes se atenúa.

En relación a lo primero creemos que la existencia de vínculo legal, por sí sola, no explica el privilegio, al contrario, existiendo deberes de fidelidad,

⁹⁹ Ferrer Riba, Josep. Ob. Cit. p. 11.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

protección, asistencia y socorro, entre cónyuges, y, respecto y obediencia entre padres e hijos, existiría correlativamente un mayor estándar de diligencia en el obrar¹⁰¹.

Estimamos que son las exigencias de solidaridad y de piedad familiar así como los vínculos de solidaridad y altruismo que deben imperar al interior de la familia las que fundamentan la atenuación del factor de imputación.

Sin embargo, la pregunta que podemos plantear aquí es: ¿por qué se atenúa el factor de imputación? ¿Porque una norma legal consagra el principio de solidaridad tornándolo jurídicamente exigible o porque hay ciertos principios de orden natural, inherentes a la vida familiar, anteriores al ordenamiento legal que así lo exigen?

Al margen que estos principios tengan acogida legal, la culpa no se atenúa porque una norma legal de solidaridad entre en conflicto con aquellas que consagran los grados de culpa, razonar así no sería sino brindar fundamento legal a una hipótesis de cúmulo, lo cual no es admisible.

Así las cosas no queda otra opción que la de entender que los principios de solidaridad y altruismo, son inherentes a la vida familiar, consustanciales a

¹⁰¹ Si se observa con detención, parece un total contrasentido que, en el caso del matrimonio, existiendo un completo catálogo deberes y obligaciones legales entre cónyuges y entre padres e hijos, tanto en el código civil como en diversos tratados internacionales, el factor de imputación se atenúa a la culpa grave, en cambio, tratándose de las uniones de hecho, donde no hay vínculo y deber legal alguno, dicho factor no se agrava manteniéndose el estándar habitual del buen padre de familia: ¿cómo se explica semejante contradicción? Creemos que la explicación, como sostenemos nosotros, y a diferencia de lo que sostiene la doctrina, se halla en que al interior de la familia existen vínculos de solidaridad y altruismo y deberes de piedad entre sus miembros que, teniendo consagración legal, son obligatorios para el juez, ya que de lo contrario, no sería posible la vida familiar, lo cual atenta contra el mandato constitucional de dar protección a la familia y propender a su fortalecimiento. No ocurre lo mismo en las uniones de hecho, allí dichos vínculos de solidaridad y piedad entre sus miembros, sólo tienen alcance ético, no obligacional, ya que dichas uniones descansan sobre la base misma de la libertad de ruptura. En este último caso, la familiaridad, como realidad de hecho, impulsa a atenuar el factor de imputación, pero es la carencia de deberes y obligaciones legales, unido al carácter meramente ético de las exigencias de piedad y solidaridad, lo que impide atenuar el factor de imputación. Así las cosas, el fundamento de dicha atenuación no descansa en la sola existencia de vínculo jurídico entre sus miembros, sino, en las exigencias de piedad y solidaridad entre sus miembros. Ello explica que en las uniones de hecho, respecto a los hijos reconocidos, exista atenuación del factor de imputación, no así entre los progenitores.

ella y se imponen por la fuerza de realidad familiar, que exige estar al frente de una conducta gravemente negligente para imputar dicho obrar.

Paragonando la situación a lo que ocurre en sede laboral y, guardando las debidas distancias, creemos que lo que hay es una suerte de **primacía de la realidad familiar**, siendo el problema esencialmente fáctico, no obstante las repercusiones jurídicas.

El segundo problema, dice relación a la pregunta: ¿en relación a qué deberes el factor de imputación se atenúa o qué se atenúa? La respuesta a esta pregunta es extremadamente importante y compleja y pasa por diversas consideraciones que pasaremos a exponer.

Una alternativa es entender que la diligencia que se atenúa dice relación a las obligaciones familiares, reguladas por el Derecho de familia, casi todas legales, lo cual nos lleva a otra pregunta: ¿cuál es el estándar de diligencia al interior del Derecho da familia?

Parte importante de la doctrina sostiene a este respecto que la responsabilidad es por incumplimiento de deberes familiares, y, que el factor de imputación es la culpa grave.

2.2.7.- Efecto del privilegio familiar: la atenuación del factor de imputación culpa.

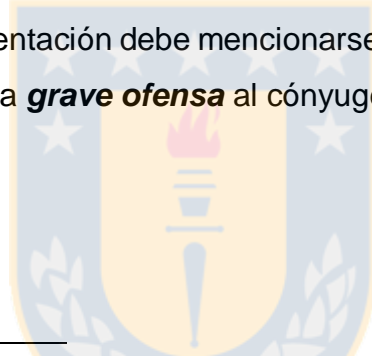
De esta manera, el privilegio familiar se transforma en una verdadera regla de última ratio, en virtud de la cual sólo aquellas conductas que denotan gran falta de diligencia, serán relevantes para el derecho de daños. Es por ello que la doctrina mayoritaria señala que la responsabilidad civil se limita al dolo y la culpa grave.¹⁰².

¹⁰² Rodríguez Guitián, Alma María. "Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre los miembros de la pareja de hecho" AAVV *Revista de Derecho Patrimonial*, N° 2003-10, p. 74. Quien a este respecto señala: "Ahora bien, debido a esta especialidad del Derecho de familia la aplicación del Derecho de Daños a este ámbito se teñirá de características propias, no hay duda, por ejemplo, de que el

En el Derecho anglosajón la jurisprudencia ha delineado el concepto de conducta particularmente ultrajante, como estándar de conducta imputable por daños entre cónyuges.¹⁰³ Y con similar predicamento en la doctrina argentina SANTOS CIFUENTES¹⁰⁴ –en materia de divorcio- exige que “...el hecho imputado haya evidenciado una fuerza dañadora muy punzante”.

El art. 151 del CC suizo, exige para la procedencia del daño moral, la existencia de un **grave atentado** a los intereses personales del inocente, gravedad que, según TRIGO REPRESAS Y LÓPEZ MESA¹⁰⁵, debe interpretarse como referida tanto a la extensión del daño, como a la calificación de la conducta de quien lo ha inferido.

En la misma orientación debe mencionarse el art. 82 del código civil griego de 1946, que exige una **grave ofensa** al cónyuge no culpable.



principio de unidad de la familia presente en aquella rama del ordenamiento ha de influir en la interpretación y aplicación de las normas sobre la responsabilidad civil.”.

¹⁰³ El privilegio familiar y la consiguiente moderación del juicio de imputación, no es a nuestro juicio, la única modificación que sufren las reglas generales del régimen de responsabilidad extracontractual al ser aplicado al interior de las relaciones de familia. Así por ejemplo la conducta de los familiares involucrados en el hecho dañoso y el tiempo transcurrido, pueden constituirse en factores atenuantes o agravantes de responsabilidad civil, que el juzgador tendrá en cuenta al momento de fijar el quantum indemnizatorio. En España ante un ocultamiento doloso de la paternidad, la Audiencia Provincial de Valencia en un fallo de 05 de septiembre de 2007, hizo aplicación de estos conceptos y, atendiendo a la corta duración de la convivencia entre padre y el menor que resultó no ser su hijo, redujo la indemnización fijada inicialmente en 100.000 euros por el Tribunal a quo (Romero Coloma, Aurelia María. *Reclamaciones e indemnizaciones entre familiares en el marco de la responsabilidad civil*, Ob. Cit., p. 57). En el primer caso que resolvieron los tribunales argentinos en materia de daños por falta de reconocimiento resuelto por el Juzgado n° 9 de San Isidro, Provincia de Buenos Aires. En la especie, se condenó al demandado a pagar la suma de \$ 50.000, cifra inferior a la reclamada, ya que el tribunal estimó que no era el padre el único responsable del daño sufrido por la menor. Consideró que si la madre hubiera efectuado el reclamo pertinente al poco tiempo del nacimiento o luego de una prudente espera del prometido reconocimiento, le hubiera ahorrado a la hija gran parte del daño moral. (Medina, Graciela. *Daños en las relaciones de familia*; Ob. Cit., pp. 177 y 178).

¹⁰⁴ Cifuentes, Santos. “El divorcio y la responsabilidad por daño moral”, *La Ley*, 105-1056, N° 41.

¹⁰⁵ Trigo Represas, Félix; López Mesa, Marcelo; *Tratado de la Responsabilidad Civil*; Tomo V, Editorial La Ley, Primera Edición, Segunda Reimpresión, Año 2008, Buenos Aires, Argentina, p. 257.

En nuestro país, CORRAL¹⁰⁶ ha señalado que es éste el estándar de conducta exigible en materia de daños en el ámbito familiar. Y nuestro Tribunal Constitucional así lo ha señalado¹⁰⁷.

2.3.- La especialidad del Derecho de familia: ¿aplicación exclusiva y excluyente de normas del Derecho de familia para la resolución de asuntos de ésta índole?

Quienes son contrarios al resarcimiento en el ámbito familiar sostienen que, el Derecho de familia, dada su naturaleza especial frente a otras ramas del Derecho privado, es incompatible con la aplicación de normas del Derecho de daños, ya que sólo sería posible administrar las sanciones expresamente previstas en el propio ordenamiento jurídico familiar.¹⁰⁸

En nuestro país, la ley familiar prevé ciertas formas específicas de resarcimiento para determinadas hipótesis de daño. Sólo a título de ejemplo pueden mencionarse: art. 61 LMC, art. 197 inc. 2° Cc, arts. 419 y 425 Cc, arts. 1766, 1771, 1784 y 1748 Cc. Hipótesis a las cuales hemos de denominar daño familiar tipificado.¹⁰⁹

¹⁰⁶ Corral Talciani, Hernán. *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Editorial Thomson Reuters, Santiago, 2013, p. 344. Señala el autor: “Se propone, en consecuencia, que en materia de antijuricidad sólo se consideren incumplimientos graves a deberes fundamentales o esenciales del matrimonio o la filiación; en materia de imputabilidad, se propone se pruebe dolo o al menos culpa grave...”.

¹⁰⁷ Tribunal Constitucional, Sentencia de 31 de diciembre de 2009, Rol N° 1423-2009-INA. En su considerando 9° junto con reconocer la resarcibilidad de los ilícitos al interior de la familia, señala que la transgresión de los deberes de convivencia, socorro y fidelidad ha de ser grave y reiterada.

¹⁰⁸ Rodríguez Guitián, Alma María., Ob. Cit. p. 76.

En Argentina según nos dice Dutto, Ricardo. Ob. Cit., p. 89., esta tesis es defendida, entre otros, por: Vidal Taquini, Marcelo Arechaval, Delfina Borda, Jorge Escuti Pizarro, Teresa Estévez Brasa, Carlos Gárgano, Claudio Kiper, Luis López Aramuru, Ana Luaces, Osvaldo Mirás, Hugo Molteni, Julio Moreno Hueyo y Julio Ojea Quintana. Todos ellos se han manifestado contrarios a la aplicación de normas de responsabilidad civil en el ámbito familiar, en efecto, estos autores a propósito de los daños en divorcio han sustentado la siguiente tesis: “...el Derecho de familia se caracteriza por su especialidad, de ahí la gran cantidad de normas imperativas, lo que excluye la aplicación de las normas generales...”.

¹⁰⁹ Vid. *Supra* 3.5.1.- y 3.5.2.-

La pregunta que cabe formularse es si posible aplicar el art. 2314 Cc a otras hipótesis no tipificadas específicamente en la ley. Será acaso la disolución del vínculo marital y una eventual compensación económica la única sanción posible a un caso de disolución matrimonial por divorcio.

Si así fuere, especialidad y tipicidad vienen a ser conceptos equivalentes, en circunstancias que sabemos que, éste último principio (*nulla poena sine lege*) nunca ha sido propio del Derecho privado.

Sin embargo, la pregunta que cabe formularse es otra, y es, por ejemplo: si puede el Derecho de la responsabilidad civil hacerse cargo del daño patrimonial habido entre los cónyuges al momento de la disolución del vínculo, de los daños morales padecidos por cónyuge e hijos, de la lesión de derechos fundamentales, etc.

En definitiva la pregunta es si debe acaso el cónyuge perjudicado conformarse con la limitada oferta de sanciones jurídicas que ofrece el ordenamiento familiar o tiene derecho a aspirar a una tutela más completa que le puede brindar el Derecho de la responsabilidad.

2.3.1.- Superación del argumento de la especialidad.

JOSÉ RAMÓN DE VERDA y BEAMONTE¹¹⁰ nos recuerda que, tradicionalmente, la responsabilidad civil ha sido una institución extraña al ámbito familiar, lo cual encontraba sentido en una familia de tipo patriarcal, donde el padre y marido ostentaba la jefatura de la misma, por lo que la injerencia del Estado en ella era mínima. Es por ello que el jurista italiano ENRICO

¹¹⁰ De Verda y Beamonte, José Ramón. "Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales", en Revista Actualidad Jurídica, N° 15, enero 2007, p. 93.

CARBONE¹¹¹ nos habla de la existencia de una costumbre de sacrificar los derechos individuales a una malentendida paz doméstica.¹¹²

Sin embargo, como apunta DE VERDA y BEAMONTE¹¹³, a medida que la familia evoluciona y que el modelo patriarcal se sustituye por otro, basado en el principio de igualdad de los cónyuges y en el de titularidad y ejercicio conjunto de la patria potestad, la intervención de los tribunales, para asegurar la efectividad de dicho principio, así como el respeto de los derechos fundamentales e intereses legítimos de los miembros de la familia, parece inevitable.

En este contexto la sentencia de la Corte de Casación italiana¹¹⁴ 10 mayo 2005 señaló que se asiste a un tránsito de la familia institución a la familia comunidad, configurada, no ya como un lugar de **comprensión y mortificación de derechos irrenunciables**, sino como sede de autorrealización y desarrollo personal, marcada por el recíproco respeto...”.

¹¹¹ Carbone, Enrico. “Requiem per un’immunità: violazione dei doveri coniugali e responsabilità civile”, en *Giurisprudenza Italiana*, abril, 2006, pág. 700 y ss., citado por Varas Aravena, David. *Ob. Cit.* pp. 110 y 111.

¹¹² Rodríguez Guitián, Alma María, *Ob. Cit.*, p. 76 y 77, describiendo la tesis negatoria al resarcimiento de daños intrafamiliares nos señala: “...al configurarse el matrimonio como una comunidad de vida asumida voluntariamente y al constituir los deberes conyugales deberes de carácter ético o moral que han de desarrollarse por libre decisión de cada uno de los cónyuges, no tiene sentido la aplicación de medios dirigidos a la compulsión, aunque sea indirecta, de los mismos. Las características de la vida familiar, pues, deben ser mantenidas en un contexto de libertad y no gracias a la amenaza de sanciones resarcitorias.”

¹¹³ De Verda y Beamonte, José Ramón. “Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales”, *Ob. Cit.* p. 93.

¹¹⁴ *Giurisprudenza Italiana*, 2006, abril, c. 693., citado y referido por De Verda y Beamonte, José Ramón. “Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales”, *Ob. Cit.* p. 93. Dijo la sentencia: “...se asiste a un tránsito de la “familia institución” a la “familia comunidad”, configurada, no ya como un lugar de comprensión y mortificación de derechos irrenunciables, sino como sede de autorrealización y desarrollo personal, marcada por el recíproco respeto e inmune a cualquier distinción de roles, en cuyo ámbito sus componentes conservan sus connotaciones esenciales y reciben reconocimiento y tutela, antes que como cónyuges, como personas.” “...por tanto, el respeto de la dignidad y de la personalidad de cada miembro del núcleo familiar asume la connotación de un derecho inviolable, cuya lesión por parte de otro componente de la familia, así como por parte de un tercero, constituye el presupuesto lógico de la responsabilidad civil, no pudiendo considerarse, claramente, que los derechos definidos como inviolables reciban distinta tutela según que sus titulares se coloquen, o no, en el interior de un contexto familiar.”

En España, la jurisprudencia, acudiendo al principio de la especialidad, durante varios años se manifestó contraria al resarcimiento de daños entre cónyuges por incumplimiento de deberes entre cónyuges y ocultamiento de paternidad.

La sentencia del Tribunal Supremo Español de 22 de julio de 1999¹¹⁵, marca el comienzo de esta doctrina negativa al resarcimiento de daños por incumplimiento de deberes entre cónyuges.¹¹⁶ Tendencia que se mantiene en otro fallo posterior de 30 de julio de 1999¹¹⁷ que reiteró su posición negativa al

¹¹⁵ El caso era el siguiente: Se trataba de un marido (don G. R. S.) que había tenido hijos contante matrimonio con su esposa (doña M. C. S.), posteriormente se habían separado y, más tarde, habían obtenido el divorcio. Tras la solución jurídica de la crisis matrimonial, se descubre que uno de los hijos habidos durante el matrimonio no era hijo suyo; no era el padre biológico. Sin embargo, creyendo que era su hijo biológico, el presunto padre había contribuido al sostenimiento de las cargas del matrimonio, contabilizando, en éstas, las dedicadas al cuidado, alimentación, educación y formación integral –tal como preceptúa el código civil español en relación a los progenitores- del que creía que era su hijo, sin serlo en realidad. Incluso tras la separación de los cónyuges, el presunto padre había seguido contribuyendo, con sus aportaciones económicas periódicas, a estos menesteres. Por esta razón don G. R. S. promovió juicio declarativo de menor cuantía contra doña M. C. S., por la suma de quince millones de pesetas, más intereses durante quince años (1969-1984), que asciende a nueve millones de pesetas, correspondientes a los alimentos abonados por el actor a la demandada a favor de don J. I. R. C., que resultó no ser hijo suyo, más otra cantidad de veinticinco millones de pesetas, por el daño moral recibido, dada la actitud y comportamiento doloso de la demandada al ocultar la verdadera paternidad de aquél, es decir, un total de cuarenta y nueve millones de pesetas. El Juzgado de Primera Instancia número Sesenta y tres de Madrid, por sentencia de 1 de septiembre de 1993, desestimó la demanda y absolvió a doña M. C. de las pretensiones deducidas contra ella. (STS número 701/1999, Primera sala de lo civil, de 22 de julio, en RC, Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro, octubre de 1999, p. 563.).

¹¹⁶ Se trató del caso de un menor cuyos padres, luego de haberse separado y anulado su matrimonio, mediante una prueba de ADN se descubre que no es hijo del padre, cuya paternidad es impugnada por el hijo. Por ello el padre demanda a su ex cónyuge por el daño moral que el ocultamiento de la paternidad le ha provocado. El máximo Tribunal rechaza en definitiva la pretensión resarcitoria sosteniendo que, el comportamiento de la demanda no fue doloso por cuanto con anterioridad a las pruebas de paternidad la madre nunca supo que en realidad no era el padre.

¹¹⁷ STS número 701/1999 (Sala de lo civil), de 30 de julio, en RC, Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro, noviembre de 1999, p. 571. En lo pertinente el tribunal resolvió que: "...indudablemente, el quebrantamiento de los deberes conyugales especificados en los arts. 67 y 68 del Código Civil, es merecedor de un innegable reproche ético-social, reproche que, tal vez, se acentúe más en aquellos supuestos que afecten al deber de mutua fidelidad, en los que, asimismo, es indudable que la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación sustantiva es la de estimar su ruptura como una de las causas de separación matrimonial en su art. 82, pero sin asignarle, en contra del infractor, efectos económicos..." "...e, igualmente, no cabe comprender su exigibilidad dentro del precepto genérico del artículo 1101, por más que se estimen como contractuales tales deberes en razón de la propia naturaleza del matrimonio, pues

resarcimiento de daños entre cónyuges, fundándose para ello en el argumento de la especialidad.¹¹⁸.

Dicha tendencia sólo vino a revertirse en la SAP¹¹⁹ de Valencia 5 de septiembre del 2007 que rompe con la tendencia negativa al resarcimiento de

lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial obligaría a indemnizar...”.

¹¹⁸ El Tribunal Supremo Español en sentencia de 30 de julio de 1999, conociendo de un recurso de casación interpuesto por el demandante, quien pretendía de su cónyuge el resarcimiento del daño moral provocado por su cónyuge a raíz del ocultamiento doloso de la verdadera paternidad de dos hijos que resultaron ser extramatrimoniales, rechaza en definitiva, la acción deducida por el marido. La acción había sido iniciada por el marido motivada por la impugnación de la paternidad de dos presuntos hijos matrimoniales solicitada por la ex cónyuge y madre, después de haberse declarado el divorcio por cese efectivo de la convivencia e infidelidad conyugal de la mujer, imputando la paternidad a un tercero. En este caso la conducta de la cónyuge es claramente dolosa por cuanto no sólo oculta la verdadera paternidad del tercero atribuyéndosela al marido, sino que impugna la paternidad del falso padre que era su ex cónyuge, a fin de reclamar la verdadera filiación. Es por esta razón que el Tribunal de primera instancia acoge parcialmente la acción, condenando a la demandada a pagar una suma por concepto de daños morales, ya que el actor había sufrido un engaño sobre los que creyó eran sus hijos, pasando así de tener una familia a no tenerla. No obstante, el máximo tribunal rechaza las pretensiones indemnizatorias señalando en su sentencia que: “...el daño moral generado en uno de los cónyuges por la infidelidad del otro, no es susceptible de reparación económica alguna, lo cual origina la imposibilidad de atribuir al Tribunal a quo haber infringido, en el aspecto estudiado, los artículos 67 y 68 del código civil, en relación con el 1101 del mismo. Es por ello que la jurista Rodríguez Guitián plantea que, la STS consagra una verdadera inmunidad entre cónyuges, por cuanto no obstante haber una clara conducta dolosa y un evidente daño moral, desestima no obstante el resarcimiento. En el mismo sentido se manifiesta David Vargas Aravena quien a su juicio el máximo tribunal consagró un campo de inmunidad, de exención de responsabilidad civil, ya que reconociendo la existencia de daños padecidos por el actor imputables a la demandada, antijurídicos, se refugió en el argumento de la especialidad, de la aplicación exclusiva de los efectos expresamente previstos por el legislador para el incumplimiento de los deberes conyugales...”. Por nuestra parte, resaltamos lo significativo de la expresión empleada por el máximo tribunal español por cuanto no rechaza la existencia del daño moral, por el contrario, la afirma, y sin embargo, declara que ese daño moral, simplemente no es resarcible. Hay que recordar que idéntico razonamiento de realiza en el *Common Law* norteamericano, según hemos señalado, en el derecho anglosajón la acción ejecutada sigue siendo dañosa en esencia, el perjudicado tiene derecho a accionar por daños pero, atendida la situación especial del demandado o por intereses superiores como la paz y armonía familiar, se le exime al deudor de la obligación correlativa. Quizás la única diferencia con el *Common Law* norteamericano es que para el tribunal español no es la situación especial del demandado, ni la armonía familiar, los factores que determinan la extinción de la obligación de indemnizar sino, el argumento de la especialidad, en virtud del cual para situaciones de ésta índole se deben aplicar exclusiva y excluyentemente las sanciones previstas por el legislador como es la separación o el divorcio, al margen de un incumplimiento de deberes matrimoniales que causen o no una daño.

¹¹⁹ La Sala analiza en profundo la situación generada por este comportamiento omisivo de los demandados y estima que no se puede prescindir del normal desarrollo de las relaciones afectivas y sociales, pudiendo mantenerse, tan sólo como mera hipótesis, sin alteración alguna en las relaciones del demandante con unos menores que no son sus hijos biológicos. Pero,

daños en el ámbito familiar, cambiando la orientación en que del principio de especialidad es acogido, en relación al daño por ocultamiento de paternidad¹²⁰.

como declara la Sentencia con gran acierto, la realidad lleva a otra conclusión muy distinta, es decir, a la imposibilidad psicológica y social de que ello ocurra, al menos hasta que todos los implicados incluidos los menores, superen el impacto emocional que la situación ha generado, pero que, en todo caso, no alteraría lo ya padecido. La Sala estimó en consecuencia probado que los demandantes habían actuado de forma negligente en la concepción de los hijos, además de dolosa en la ocultación al actor de su no paternidad y que el posterior conocimiento de la verdad ha sido el desencadenante de un daño al actor que debe ser resarcido, por lo que la sala entro a realizar unas consideraciones y valoraciones respecto al daño moral, a los efectos de determinar si la situación vivida por el demandante podía, efectivamente, encuadrarse en dicho concepto. La Sala estima que hubo negligencia por parte de la demandada -progenitora-, y dolo, porque ocultó a su esposo su no paternidad, un hecho que conocía, según los testimonios aportados en el proceso, y permitió, asimismo, que los menores fueran inscritos en el Registro Civil como hijos biológicos de su esposo, a pesar de las dudas que debía albergar, y las propias manifestaciones que su esposo, en este sentido, llevó a cabo. Igualmente, permitió que se le asignaran alimentos a los hijos en la sentencia de separación durante su tramitación en primera y segunda instancia y, pese a la denuncia de ello por el marido, y que instara éste un proceso de impugnación de la paternidad, admitiendo inexistente ésta solamente tras la realización de las pertinentes pruebas biológicas llevadas a cabo. La Sala estima que la consecuencia procedente, en este supuesto, no es otra que la indemnización, la obligación indemnizatoria, y por el concepto reclamado de daño moral, con cita de la Sentencia de 2 de noviembre de 2004, al señalar: «Estimamos adecuado realizar un examen sobre la consideración del daño moral, a los efectos de determinar si la situación vivida por el demandante puede encuadrarse en dicho concepto. Sobre esta materia consideramos necesario hacer hincapié en el doctrina emanada del Tribunal Supremo, entre otras en la Sentencia de 9 de diciembre de 2003, en la que se indica: “Nuestro Código Civil no contempla la indemnización por daños morales, si bien su artículo 1107 impone el resarcimiento de todos y ha sido la jurisprudencia casacional civil, que se invoca infringida en el motivo segundo -que ha de estudiarse conjuntamente con el tercero por infracción de los artículos 1101 y 1106 del Código Civil- la que ha ido elaborando doctrina continuada y progresiva sobre su procedencia ya desde las antiguas sentencias de 6 de diciembre de 1912 y de 19 de diciembre de 1949, declarando que sí bien su valoración no puede obtenerse de pruebas directas y objetivas, no por ello se ata a los Tribunales y se les imposibilita legalmente para poder fijar su cuantificación, cuando efectivamente han concurrido (Sentencias de 3 de junio de 1991, 3 de noviembre de 1995, 21 de octubre de 1996 y 19 de octubre de 2000) y a tales efectos han de tenerse en cuenta y ponderarse las circunstancias concurrentes en cada caso, pues lo que se trata precisamente no es de llevar a cabo una reparación en el patrimonio, sino de contribuir de alguna manera a sobrellevar el dolor y angustia de las personas perjudicadas por el actuar injusto, abusivo e ilegal de otro. En términos generales, como de manera exhaustiva analiza la sentencia de 22 de febrero de 2001, el daño moral se sustantiviza para referirlo a dolor inferido, sufrimiento, tristeza, desazón o inquietud que afecta a la persona que lo padece...” (Romero Coloma, Aurelia María. *Reclamaciones e indemnizaciones entre familiares en el marco de la responsabilidad civil*, Ob. Cit. p. 54.)

¹²⁰ La importancia de este fallo radica en que el tribunal, reposiciona acertadamente, los términos de la discusión que hasta la fecha venían dándose en torno al tema de los daños entre cónyuges producto de infidelidades y ocultamiento de paternidad. Se trató de una demanda de indemnización por daños morales, interpuesta por un padre en contra de su ex cónyuge y pareja, tras descubrir que los tres hijos nacidos durante su matrimonio no eran suyos. La SAP de

En nuestro país, la Corte de Apelaciones de Santiago¹²¹, ha rechazado estas demandas indemnizatorias por infidelidad matrimonial y ocultamiento de paternidad, recurriendo al principio de la especialidad. En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte de Apelaciones de Rancagua¹²². Sin embargo, la Corte

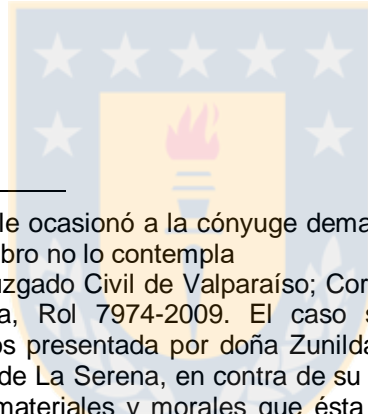
Valencia, en un primer aspecto del asunto, lo relativo a la infidelidad en sí misma, reafirma la doctrina del Tribunal Supremo que emana de los fallos de 22 y 30 julio de 1999, al declarar que la infidelidad por sí sola no es indemnizable, siendo su única consecuencia jurídica, la ruptura del vínculo conyugal. En una segunda faceta del asunto, como es la procreación de los hijos, estimó que la actuación de los demandados en sus relaciones íntimas si bien fue negligente, no es dolosa o intencional para generar un daño al demandante, al engendrar tres hijos. Sin embargo, es en una tercera faceta del asunto, aquella que dice relación al ocultamiento de la paternidad, donde radica la importancia de este fallo por cuanto el Tribunal, acertadamente a nuestro juicio, estima que la conducta de los demandados es dolosa. Dijo el Tribunal: "...si bien los demandados no buscaron a propósito la procreación de los tres hijos, sí conocieron, desde el primer momento, que los mismos eran hijos del demandado, ocultando esta realidad al demandante..." "Pese a ello, los demandados permitieron que los menores fueran inscritos en el Registro Civil como hijos del demandante —marido de la madre y presunto progenitor al haber sido concebidos los hijos constante matrimonio-, y que pasaran a formar parte de su familia, con todas las obligaciones, derechos y vínculos a ello inherentes, actuación que repitieron con los tres niños y que han mantenido desde 1996 hasta octubre de 2002. En este actuar consciente — y permanente, habría que decir-, la Sala estima que radica el dolo de los demandados, que ha generado, al romperse el vínculo afectivo que nació entre los menores y el demandante, el propio de una relación paterno filial, un daño moral que debe ser resarcido. La Sala toma en consideración la aparición progresiva, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, de excepciones a la regla general de inmunidad en el ámbito de las relaciones familiares y conyugales y que, entre tales excepciones, pueden destacarse la exclusión de los daños dolosos. En esta corriente, la Sala hace referencia al Tribunal Supremo alemán, cuya doctrina ha reconocido, excepcionalmente, el derecho a ser indemnizado por causación dolosa de daños *contra bonos mores*, pero cuando el adulterio va acompañado de una intención cualificada de causar daño, como en el caso de que se haya engañado al marido sobre su paternidad, estimando que se trataría de un hecho generador de responsabilidad extracontractual y que obligaría a reparar el daño causado. (Romero Coloma, Aurelia María. *Reclamaciones e indemnizaciones entre familiares en el marco de la responsabilidad civil*, Editorial Bosch, Año 2009, p. 54.) .

¹²¹ Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 10 de noviembre de 2009, Rol N° 7738-2007. En lo pertinente este fallo, en su considerando 16°, señala que "...a la fecha en que habrían ocurrido los hechos, no existía definición legal de adulterio desde el punto de vista civil debido a que la actual definición de él del artículo 131 CC es producto de la Ley N° 19.947 de 17 de mayo de 2004. Agrega en sus considerandos posteriores (17° y 18°), que la naturaleza jurídica del adulterio no consistiría en un delito o cuasidelito civil, sino en una infracción al deber de fidelidad. Porque el Derecho de familia (Considerando 19), "por su especialidad, contempla sus propias sanciones, no siendo aplicables las normas generales de la responsabilidad civil. Y en su considerando 21° agrega que: "...las normas que regulan tales materias se refieren a la reparación de daños derivados de obligaciones de carácter patrimonial, motivo por el cual no resulta jurídicamente acoger la presente demanda".

¹²² Corte de Apelaciones de Rancagua, por sentencia de 29 de octubre de 2007, Rol N° 672-2007, rechazó la pretensión resarcitoria de daño moral como consecuencia de los daños que el

Suprema, en un fallo Rol Corte 7974-2009¹²³, desestimando un recurso de casación en el fondo, concede indemnización de perjuicios, lamentablemente, y he ahí nuestra crítica, no realiza un análisis de este principio, sino que se limita en su considerando séptimo a desestimar el capítulo respectivo del libelo de casación, por considerarlo alternativo o subsidiario, opinión que no compartimos¹²⁴.

Nuestro Tribunal Constitucional, en virtud de sentencia de 31 de diciembre de 2009, Rol N° 1423-2009-INA, reconoció en su considerando 9°, la compatibilidad entre ambos tipos de sanciones, excluyendo así el argumento de la especialidad¹²⁵.



cese de la vida en común le ocasionó a la cónyuge demandante. En su considerando 3° dicho fallo señala que: "...este rubro no lo contempla

¹²³ Rol C-2438-2006, 5° Juzgado Civil de Valparaíso; Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol 427-2009; Corte Suprema, Rol 7974-2009. El caso se trató de una demanda civil de indemnización de perjuicios presentada por doña Zunilda del Carmen Pinto Carmona ante el Tercer Juzgado de Letras de La Serena, en contra de su ex marido, don Víctor Hugo de Jesús Rojas Núñez, por daños materiales y morales que ésta experimentó durante el curso de su matrimonio producto de años de maltrato intrafamiliar.

¹²⁴ En el considerando primero del fallo de casación –*que aborda las infracciones de ley denunciadas por la recurrente*- si bien se hace alusión al **principio de especialidad**, en definitiva en el considerando segundo del fallo de casación, se termina desestimando tal principio por la vía de considerarlo un planteamiento alternativo o contradictorio. Tal vez el tribunal entendió –*bien o mal, pero es lo que el tribunal entiende*- que, desentendiéndose de dicho principio, se abre la puerta a la responsabilidad civil, y con ello, a la indemnización, por existir una suerte de incompatibilidad. Discrepamos de este análisis, creemos que el asunto no se resuelve desestimando de entrada este capítulo de la casación por incompatible, porque claramente no lo es. Si hay algo en lo que es incompatible, es con un fallo en contrario, o con la tesis de la recurrida. En este sentido el tribunal perdió, la opción que tenía, de hacerse cargo de este principio, y, pronunciándose sobre él –*cosa que no hizo*- desestimar o no la tesis de la recurrente de casación.

¹²⁵ Tribunal Constitucional, sentencia de 31 de diciembre de 2009, Rol N° 1423-2009-INA, considerando 9° señala: "Noveno. Que la conclusión anterior debe entenderse sin perjuicio de la responsabilidad –de otra naturaleza- que pueden generar autónomamente el o los hechos fundantes de la causal de divorcio invocada. Estos pueden ser, además, ilícitos criminales –atentados contra la vida o integridad física del cónyuge o de alguno de los hijos, comisión de crímenes o simples delitos contra el orden de las familias, por ejemplo- o civiles, como la transgresión grave y reiterada de los deberes de convivencia, socorro y fidelidad." "La pena criminal o la reparación indemnizatoria, en este caso, son el efecto del ilícito penal o civil, pero no la declaración de divorcio;"

En la doctrina española no existe unanimidad en torno a este tema. Autores como FERRER RIBA¹²⁶, ALBALADEJO¹²⁷ y ROCA TRÍAS¹²⁸ han rechazado la indemnización de perjuicios ya que ante daños de esta índole, se debe recurrir a los remedios específicamente tipificados por la ley familiar.

¹²⁶ Ferrer Riba, *Relaciones familiares y límites al derecho de daños*, Ob. Cit., p. 14, sostiene que: “La configuración del matrimonio como comunidad de vida asumida y mantenida voluntariamente determina la incoercibilidad de los deberes conyugales en los que se sustenta: toda pretensión dirigida a su ejecución forzada es contradictoria con la naturaleza de aquél. También lo es la de su cumplimiento por equivalente, pues tratándose de deberes que sólo pueden ser cumplidos por libre decisión moral de uno y otro cónyuge parece contradictorio que puedan arbitrarse medios dirigidos a la compulsión indirecta de aquellos. A ello puede añadirse la dificultad de calcular los daños, el escaso poder disuasorio de la acción de responsabilidad para prevenir abusos u otras violaciones de los deberes matrimoniales, y el efecto puramente redistributivo de riqueza entre los cónyuges que tendrían estas acciones, frente a las cuales no es posible asegurarse. De ahí se sigue que, en el plano civil, su infracción sólo comporta, por regla general, las consecuencias establecidas por el derecho matrimonial, que en el ordenamiento español se reducen a la posibilidad de ejercer una acción de separación o eventualmente de divorcio.”.

¹²⁷ Albaladejo, Manuel. *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*, Editorial Bosch, Año 2002, pp. 119 y 120. Sostiene que: “No hay generalmente posibilidad de imponer su cumplimiento forzoso específico, sino que, a lo más, en ciertos casos al ofendido sólo le cabe pedir determinados sustitutivos del cumplimiento, o únicamente tiene en su mano medios de hecho que puestos por obra fueren al otro esposo a dedicarse por cumplir, o exclusivamente le es posible, ante la conducta en que el incumplimiento consista, optar por otros caminos (que el de obligar a cumplir específicamente) como el de solicitar la separación matrimonial, que podrá acarrear al incumplidor determinadas desventajas, o podrá sustituir por otras cargas a sus expensas el deber incumplido, o que, de algún modo, evitará para el futuro las consecuencias dañosas del incumplimiento.”.

¹²⁸ Roca Trías, Encarna. “La responsabilidad civil en el Derecho de familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil”, Ob. Cit. pp. 546 y 547., sostiene que: “...los derechos y deberes de los cónyuges se imponen como consecuencia del matrimonio y constituyen el contenido mismo de la institución...”. “El daño queda limitado a las relaciones entre cónyuges, sin que tenga más trascendencia que la legitimación para pedir la separación...”. “En todos estos casos, no hay indemnizaciones; el daño ha quedado tipificado con una consecuencia clara y diáfana: la posibilidad del cónyuge inocente, del perjudicado en definitiva, de pedir la separación.”.

Otras, como RODRÍGUEZ GUITIÁN¹²⁹, ROMERO COLOMA¹³⁰ y MARÍN¹³¹ se han manifestado abiertas a la posibilidad de indemnización de perjuicios, rechazando la aplicación exclusiva y excluyente de las sanciones previstas por la ley familiar, como única sanción posible.

En Italia la Corte de Casación Civil¹³² en sentencia de 10 mayo de 2005 ha rechazado expresamente el principio de especialidad, atendido a que hay bienes jurídicos superiores protegidos constitucionalmente.

En Francia, según apunta DE VERDA Y BEAMONTE¹³³, la jurisprudencia ha rechazado el principio de especialidad y se ha manifestado "...claramente

¹²⁹ Rodríguez Guitián, Alma María, "Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre los miembros de la pareja de hecho" AAVV *Revista de Derecho Patrimonial*, 2003-1, p. 74, quien señala al respecto: "Como cuestión previa creo que es indiscutible que la especialidad del Derecho de Familia no impide la aplicación de las normas sobre responsabilidad civil, ya que ambas forman parte del mismo cuerpo legal y se interrelacionan y aplican de forma armónica. El Derecho de Familia, por tanto, ha de respetar el principio jurídico de no dañar a otro, sin que la especialidad de su contenido justifique la vulneración de este principio."

¹³⁰ María Aurelia Romero Coloma, *Reclamaciones e indemnizaciones entre familiares en el marco de la responsabilidad civil*, Ob. Cit. p. 58. Sostiene que: "...a la vista de los planteamientos realizados, de la doctrina y de la jurisprudencia, se puede llegar a afirmar que, en la actualidad, no hay por qué excluir las acciones de responsabilidad civil por daños ocasionados en el seno de las relaciones conyugales, ya que las relaciones no tienen por qué llevar aparejada una inmunidad correlativa.

¹³¹ Marín García de Leonardo, María Teresa. "Remedios indemnizatorios en el ámbito de las relaciones conyugales" AAVV *Revista de Derecho Patrimonial, Daños en el Derecho de Familia*, N° 17, Ob. Cit., p. 148., quien señala a este respecto: "Creemos que el principio alterum non laedere contemplado en el art. 1902 CC español no debe estar excluido de aplicarse a las relaciones familiares y concretamente a las situaciones de crisis familiares, aunque con características propias, siendo compatible con la aplicación de las normas específicas que el Derecho de familia establece para estos casos."

¹³² Jurisprudencia citada y referida por De Verda y Beamonte, Ramón, "Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales", Ob. Cit. p. 100. En lo pertinente dice el fallo: "...no puede recurrirse al argumento de la especificidad y carácter completo de las normas de derecho de familia, para sostener que la violación de las obligaciones conyugales encuentran su propia y exclusiva sanción en las medidas típicas en ellas previstas, como son la separación y el divorcio." Afirma, así, que "...la naturaleza, función y límites de estas medidas hacen evidente que las mismas no son estructuralmente incompatibles con la tutela de los derechos constitucionalmente garantizados, y no excluyen la significación que un determinado comportamiento pueda revestir, a efectos de la separación o del divorcio, con la relevancia del mismo, como hecho generador de responsabilidad aquiliana..."

¹³³ De Verda y Beamonte, Ramón, "Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales", Ob. Cit. p. 100.: "...el cual prevé que el cónyuge que obtenga el divorcio, por culpa exclusiva de su

favorable a acudir a la responsabilidad civil como mecanismo de tutela de los deberes conyugales, y ello a pesar de que en el derecho galo existe un precepto específico, el artículo 266 del Code”.

Se ha discutido si el recurso al art. 266¹³⁴ del Code impide al cónyuge que sufre un daño distinto del previsto en dicha norma, reclamar por la vía de las reglas generales del artículo 1382 del Code. Como apunta DE VERDA y BEAMONTE¹³⁵, “la Corte de Casación se ha pronunciado reiteradamente a favor de la compatibilidad de los dos preceptos, en diversos fallos, que casan y reenvían sentencias de apelación, que habían denegado una pretensión resarcitoria, formulada al amparo del artículo del artículo 1382, con el argumento de que en el ámbito del divorcio este precepto quedaba desplazado por el artículo 266...”¹³⁶.

consorte, pueda obtener del mismo una indemnización de daños y perjuicios, con el fin de reparar las consecuencias, de particular gravedad, que sufra con motivo de la disolución del matrimonio (a lo que también tiene derecho el cónyuge que haya sido demandado en un divorcio pronunciado por alteración definitiva del vínculo conyugal, si él mismo no ha presentado ninguna demanda de divorcio).

¹³⁴ Dispone el artículo 266 del Code: “*Sin perjuicio de la aplicación del artículo 270, puede acordarse una indemnización de daños y perjuicios a favor de uno de los cónyuges, en reparación de las consecuencias particularmente graves sufridas por el hecho de la disolución del matrimonio, ya cuando hubiera sufrido una demanda de divorcio por alteración definitiva del vínculo conyugal sin haber formulado, a su vez, ninguna demanda de divorcio, o cuando el divorcio se hubiera declarado por culpa exclusiva de su cónyuge*”. Hay que señalar que en este país, coexiste la responsabilidad por daños en el divorcio y el régimen de compensación económica, regulado en el párrafo III del Título VI del Libro I del Code, denominado *De las prestaciones compensatorias*, regula la institución de la prestación compensatoria, dice el artículo 270 del Code: “*El divorcio pone fin al deber de socorro mutuo. Uno de los cónyuges puede quedar obligado a abonar al otro una prestación destinada a compensar, en la medida de lo posible, el desequilibrio que la ruptura del matrimonio cree en las condiciones de vida respectivas. Esta prestación consistirá en una cantidad a tanto alzado. Adoptará la forma de un capital cuyo importe se fijará por el Juez. Sin embargo, el juez podrá no acordar semejante prestación si la equidad lo exige, ya sea en consideración a los criterios previstos en el artículo 272, o cuando se haya declarado el divorcio por culpa exclusiva del esposo que reclama el beneficio de la prestación, a la vista de las circunstancias particulares de la ruptura*” (Código Civil Francés, traducción de Alvaro Núñez Iglesias, Editorial Marcial Pons, Barcelona, Año 2005, pp. 155, 156 y 158.).

¹³⁵ De Verda y Beamonte, Ramón. “Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales”, Ob. Cit. p. 101.

¹³⁶ Entre los pronunciamientos más recientes, puede destacarse la sentencia de la Sala Primera de la Corte de Casación de 11 de enero de 2005, la cual afirma que el cónyuge que sufre un perjuicio distinto al resultante de la ruptura del matrimonio puede demandar la reparación en las

2.3.2.- Las normas sobre responsabilidad civil no son extrañas al Derecho de familia.

Sabido es que el Derecho de familia está inspirado por sus propios principios, cualidad que es compartida por otras ramas del Derecho civil como ser: el Derecho sucesorio, los Derechos reales, etc. Sin embargo, de ahí a sostener que el Derecho de familia sea una rama que se baste a sí misma, con exclusión de otras, como la responsabilidad civil, es insostenible.

En innumerables casos el Derecho de familia se integra con la responsabilidad civil¹³⁷, aplicándose ésta última rama en el ámbito del derecho de familia, con lo cual se difumina toda idea de especialidad¹³⁸. No referiremos a este tema en el capítulo 5.

2.3.3.- Erróneo concepto del principio de especialidad.

En nuestro ordenamiento jurídico el principio de la especialidad se encuentra consagrado en el artículo 13 del código civil, que dispone que: “Las disposiciones de una ley, relativas a cosas o negocios particulares, prevalecerán sobre las disposiciones generales de la misma ley, cuando entre unas y las otras hubiere oposición”.

Del enunciado de la norma se deduce que, para que opere la exclusión de una norma general, deben ambas normas, especial y general, tratar sobre un

condiciones previstas en el derecho común, considerando que la sentencia recurrida había violado el artículo 1382 del código civil, al haber pronunciado el divorcio por culpa de la mujer, a quien se le atribuía un comportamiento violento, injurioso y humillante, incluso en presencia de terceros, respecto de su marido, y no haber extraído las consecuencias pertinentes de ello. (Bulletin Civil, 2005, I, N° 13.).

¹³⁷ Vid *Infra* 3.5.-

¹³⁸ Reconocemos que en contrario puede argumentarse que, en este caso, es el propio Derecho de familia quien en una norma específica autoriza la integración con la responsabilidad civil, situación que no habría sido posible si dicha norma autorizante, no lo hubiese permitido expresamente. Sin embargo, si se considera que, en puridad, el principio de la especialidad plantea que sólo deben preverse las consecuencias y sanciones propias del Derecho de familia, y no otra rama que le sea ajena, queda claro que dicho principio es derechamente insostenible.

mismo asunto y, existir una total falta de compatibilidad entre ambas, sólo en ese caso puede excluirse la norma general, en pos de la especial, ya sea en su totalidad, o en algún aspecto de aquélla.

Este predicamento, muy lógico por lo demás, lo ha seguido nuestra jurisprudencia a propósito de los más diversos temas tales como nulidad,¹³⁹ prescripción¹⁴⁰, etc. En todos los casos, existió una clara colisión entre norma general y especial que, regulando ambas un mismo instituto (léase: nulidad, prescripción, etc.) establecían reglas jurídicas inconciliables, con la consiguiente necesidad, más que lógica por lo demás, de excluir una en pos de la otra. Situación que en nuestra opinión no ocurre en ninguna de las hipótesis de daño civil intrafamiliar objeto de este estudio.

Esto lleva a plantearnos un asunto que es fundamental y que dice relación con que sólo en una de las cuatro hipótesis de daño civil intrafamiliar en estudio, existe alguna forma de sanción patrimonial prevista de antemano por la ley, que

¹³⁹ La Corte de Apelaciones de Santiago en fallo de 30 de julio del 2002 Rol Corte N° 8.526 2001, conociendo de un recurso de apelación recaído en un juicio sobre nulidad matrimonial, resolvió que: "...la acción de nulidad impetrada en autos, excluye y prevalece, por su marcada especialidad, a los preceptos contemplados en el Título XX, del Código Civil, que, en general, reglan la nulidad y rescisión de otros actos y contratos, especialmente de aquellos de índole patrimonial. Por este motivo, las limitaciones que en esos preceptos se contienen para ejercer acción de nulidad, como lo es la prevista en el artículo 1.683 respecto de quienes sabían o debían saber del vicio de nulidad que invalidaba el acto, no deben hacerse extensivas al ejercicio de la acción de nulidad de un contrato de matrimonio, regida, como se ha expresado, por normas legales especiales que no impiden impetrarla a cualquiera de los cónyuges, aun concurriendo dicha circunstancia. Debido a esta razón, debe rechazarse la alegación de la cónyuge demandada en cuanto a que debe la demanda de nulidad de matrimonio no puede prosperar por el hecho de haber sabido el actor, a la fecha de su celebración, del vicio que lo invalidaba.

¹⁴⁰ La Corte Suprema, en fallo de 22 de mayo de 1997, Rol Corte N° 1706-1996 conociendo de un recurso de casación en el fondo resolvió que: "...No cabe poner en duda que la ley N° 18.092 dictada el 14 de enero de 1982, que contiene las Normas sobre Letras de Cambio y Pagaré, constituye una ley de carácter especial, cuyas disposiciones deben aplicarse con preferencia a las del Código Civil (Considerando 3º). En virtud de los principios sobre especialidad de la ley, contenidos en las normas del Código Civil, a las que se ha aludido – la norma de la ley especial debe aplicarse con preferencia a la contenida en el artículo 2519 del Código Civil que dispone que la interrupción que obra en perjuicio de uno de varios codeudores no perjudica a los otros, a menos que haya solidaridad (Considerando 5º). Al hacer aplicable en la especie lo dispuesto por el artículo 2519 del Código Civil, con prescindencia de lo establecido en artículo 100 de la ley N° 18.092, se ha incurrido en las infracciones de ley que denuncia el recurso, lo que ha tenido influencia decisiva en lo dispositivo de la sentencia. (Considerando 6º)...".

torne hipotéticamente aplicable el principio de especialidad, que sería el caso del divorcio, en el resto de los casos no se divisa como podría aplicarse dicho principio, no al menos como lo consagra el artículo 13 del código civil chileno.

Así en el caso de la negativa a reconocer al hijo extramatrimonial, el artículo 203 inciso 1º¹⁴¹ no consagra una sanción patrimonial que beneficie al no reconocido y alivie sus padecimientos, se trata tan sólo de una sanción para quien se niega a reconocer y deduce oposición¹⁴².

En el caso de la indebida interferencia al ejercicio de una relación directa y regular, la única sanción prevista por el ordenamiento familiar chileno está en el artículo 66 inciso 3º de la Ley 16.618 que consagra una medida de apremio en contra de quien obstruye el régimen, no haciéndose cargo la norma de los posibles daños. Y en el caso de las uniones de hecho, ninguna sanción específica establece la ley familiar.

2.3.4.- Principio de especialidad y divorcio.

En caso de divorcio existen, según hemos postulado, dos regímenes de sanciones pecuniarias posibles de aplicar, el régimen de compensación económica por un lado, y, el régimen de responsabilidad civil, por otro. La pregunta es, si en virtud del principio de especialidad, podría la compensación económica excluir la aplicación de la responsabilidad civil.

¹⁴¹ En este caso la ley prevé un régimen de sanciones consistente en la pérdida ipso jure, por parte del padre o madre opositor de los derechos sobre la persona y bienes del hijo, regulada en el artículo 203 inciso 2º del código civil. Dice el artículo 203 inc. 1º: *“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.*

¹⁴² En este sentido, es muy discutible que dicho régimen de sanciones llegue a afectar económicamente el patrimonio del padre o madre que se opone, con lo cual se difumina toda idea de sanción, y por otra, deja sin reparación el verdadero mal causado por conductas de esta naturaleza como es el perjuicio moral y económico que la falta de reconocimiento pudiere irrogar.

Para dar acabada respuesta es necesario previamente analizar la naturaleza de la compensación económica y, dependiendo de la posición que se adopte, si podría incidir en la aplicación del principio de especialidad, excluyente de la responsabilidad civil.

2.3.4.1.- Naturaleza jurídica de la compensación económica.

La jurisprudencia nacional, en ocasiones, ha resuelto la naturaleza **alimenticia** de la compensación económica. Así lo ha resuelto la Corte de Apelaciones de Antofagasta en la causa Rol 225-2006 cuya sentencia es de 29 de mayo del 2006¹⁴³. Se ha sostenido¹⁴⁴ que la redacción de los arts. 66 y 62, de la LMC, conducirían a esta conclusión. En igual sentido apuntaría la historia fidedigna¹⁴⁵ de la LMC.

Sin embargo, creemos que debe descartarse dicha tesis ya que, según el art. 60 LMC uno de los efectos del divorcio es, precisamente, el cese de los alimentos. Así lo ha sostenido en la doctrina nacional don HERNÁN CORRAL¹⁴⁶.

¹⁴³ En su considerando 5° la Corte de Apelaciones de Antofagasta dijo: "...en este caso, la compensación económica jugará una función asistencial, cercana a una pensión alimenticia reducida en el tiempo y en entidad, teniendo en cuenta la edad similar de ambos, su salud y la situación patrimonial y previsional de cada uno, considerando que la cónyuge que entregó su dedicación al hogar y a los hijos, no se reinsertó laboralmente al momento de la ruptura y ahora, le será muy difícil hacerlo." (www.poderjudicial.cl).

¹⁴⁴ Así lo ha puesto en evidencia Lepín Molina, Cristian Luis. "Naturaleza Jurídica de la Compensación Económica en la Nueva Ley de Matrimonio Civil Chilena" en *Compensación Económica Doctrinas Esenciales, La Compensación Económica*, Editorial LegalPublishing, Primera Edición, Santiago, Año 2013, p. 486., quien, sin adherir a la tesis alimenticia, ha explicitado los argumentos de esta tesis.

¹⁴⁵ Art. 38: *"Deberá evitarse que, como consecuencia del divorcio, alguno de los cónyuges quedare imposibilitado de su mantención, considerando los resultados de la liquidación del régimen de bienes que existiere, o el estado de separación de bienes, la existencia de bienes familiares y la eventual provisión de alimentos que hubiere existido entre ellos.*

Si el divorcio genere una situación de esa naturaleza, el tribunal podrá adoptar una o más de las siguientes medidas a favor del cónyuge afectado:

c) Determinar el pago de un monto o de una compensación compensatoria por un período de tiempo que no exceda de los cinco años, contados desde la fecha en que quede ejecutoriada la sentencia que decreta el divorcio" (Ver: Boletín del Senado N° 1.759-18, *Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado*, p. 601).

¹⁴⁶ Corral Talciani, Hernan. "La compensación económica en el divorcio y la nulidad matrimonial", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 34, N° 1, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2007, p. 26.,

Para don HERNÁN CORRAL¹⁴⁷ se trataría de una especie de indemnización por afectación lícita de derechos. Por su parte don RAMÓN DOMÍNGUEZ A¹⁴⁸. ha señalado que su naturaleza sería indemnizatoria. Así también lo ha resaltado MAURICIO TAPIA¹⁴⁹.

CARLOS PIZARRO¹⁵⁰, por su parte, ha sostenido que su naturaleza sería la de enriquecimiento sin causa. En igual sentido se ha pronunciado la C.

quien señala: "...pensamos que la naturaleza jurídica de la compensación no es propiamente asistencial o alimenticia (porque el matrimonio se extingue y con ello el deber de socorro), ni tampoco una manifestación del enriquecimiento sin causa (si efectivamente lo hay podrá reclamarse por una acción autónoma), ni tampoco una forma de responsabilidad civil contractual objetivada por lucro cesante o pérdida de una chance (lo que también podrá ser objeto de una acción independiente en la que podrán cobrar incluso perjuicios morales)".

¹⁴⁷ Corral Talciani, Hernán. "La compensación económica en el divorcio y la nulidad matrimonial", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 34, N° 1, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2007, pp. 26 y 27., quien señala: "La figura cae más bien en las llamadas en España indemnizaciones por sacrificio, o lo que nosotros denominamos indemnizaciones por afectación lícita de derechos, similar a las indemnizaciones que se pagan en caso de expropiación o de imposición de servidumbres legales."

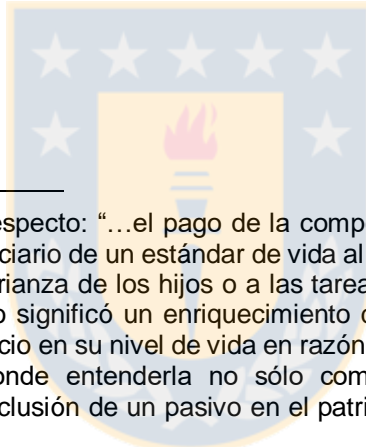
¹⁴⁸ Domínguez Aguila, Ramón Horacio. "La compensación económica en la nueva legislación de matrimonio civil", *Revista Actualidad Jurídica*, Año VII, N° 15, Universidad del Desarrollo, 2007, pp. 83-92. Dice don Ramón Domínguez: "...se trata de una forma de resarcimiento de un cierto daño, es decir, de una cierta pérdida producida por el hecho de haber dedicado esfuerzo de vida al cuidado de los hijos o las tareas del hogar y que ha impedido, por lo mismo, una vida de trabajo con resultado económico y que permita así enfrentar la vida futura una vez reproducida la extinción del matrimonio. Aunque los autores que ha tratado en Chile la compensación han reconocido todos que hay un cierto carácter indemnizatorio en ella, todos observan que no puede adoptarse tal fundamento a cabalidad, porque no hay aquí una responsabilidad. Por nuestra parte, aceptamos que no hay aquí una cuestión de responsabilidad civil, puesto que no se trata de atribuir la reparación del daño a quien lo ha causado, concepto esencial en todo sistema de responsabilidad. El demandado, que será normalmente el marido, no ha causado el menoscabo económico por su hecho. El menoscabo proviene de una circunstancia legítima de opción, como es el dedicarse al cuidado de los hijos o a las tareas del hogar y que se proyecta a la vida futura una vez producido el divorcio o declarada la nulidad del matrimonio, ya que el cónyuge que hizo tal opción no está ahora en condiciones de afrontar debidamente la vida económica futura o lo está en forma desmedrada. Si debe pagar la compensación el marido, es porque él ha resultado en cierta medida beneficiado por el sacrificio de su cónyuge y por ende está en mejor situación patrimonial. Pero que la institución tiene carácter indemnizatorio es indudable, pues justamente ese es su fundamento. Sin embargo, indemnizatorio no es, como dijimos, sinónimo de reparatorio, pues no se trata de restituir un valor perdido por su equivalente exacto, como ocurre en la responsabilidad civil con la indemnización del daño patrimonial, en que la indemnización sustituye al interés económico perdido o afectado y se calcula en función del valor de este. Se trata sólo de ofrecer una compensación, es decir, una satisfacción económica que mitigue la situación económica desmedrada del demandante."

¹⁴⁹ Tapia Rodríguez, Mauricio. "La compensación económica en la Ley de Divorcio", *La semana jurídica*, N° 271, Santiago, 2006, p. 4.

¹⁵⁰ Pizarro Wilson, Carlos. "La compensación económica en la nueva Ley de Matrimonio Civil chilena", *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 3, Universidad Diego Portales, Año 2004, p.

Apelaciones de Santiago¹⁵¹. EDUARDO COURT¹⁵², a partir del carácter heterogéneo de las causales, ha puesto en evidencia su naturaleza mixta o compuesta.

Mientras que PAULINA VELOSO¹⁵³ y GOMEZ DE LA TORRE¹⁵⁴ creen que se trataría de una institución sui géneris. En el mismo sentido se ha pronunciado RODRÍGUEZ¹⁵⁵, DOMINGUEZ HIDALGO¹⁵⁶ y LÓPEZ DÍAZ¹⁵⁷.



90., quien señala a este respecto: "...el pago de la compensación económica se justifica en la pérdida del cónyuge beneficiario de un estándar de vida al cual accedía durante la vida conyugal al haberse dedicado a la crianza de los hijos o a las tareas del hogar. El trabajo desempeñado por el cónyuge beneficiario significó un enriquecimiento del cónyuge deudor, puesto que éste último gozaba de un beneficio en su nivel de vida en razón del sacrificio del otro cónyuge. La voz "enriquecimiento" corresponde entenderla no sólo como incremento patrimonial, sino que comprende, también, la exclusión de un pasivo en el patrimonio del enriquecido. Por lo mismo, el empobrecimiento...

¹⁵¹ Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 06 de febrero del 2009, Rol 3705-2008. En el mismo sentido Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 24 de octubre de 2007, Rol 6710-2006. En igual sentido Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 24 de diciembre de 2007, Rol 10411-2006.

¹⁵² Court Murasso, Eduardo. *Nueva Ley de Matrimonio Civil, Ley N° 19.947 de 2004, analizada y comentada*, Bogotá, Legis, 2004, pp. 92 y 93.

¹⁵³ Veloso, Paulina. "Algunas reflexiones sobre la compensación económica", *Revista Actualidad Jurídica*, N° 13, Universidad del Desarrollo, 2006, pp. 171 a 188.

¹⁵⁴ Gómez de la Torre Vargas, Maricruz. "La compensación económica en la Ley de Matrimonio Civil", Seminario del Colegio de Abogados, charla efectuada el 20 de octubre, Santiago, 2005.

¹⁵⁵ Rodríguez Grez, Pablo. *Ley de Matrimonio Civil*, disponible en sitio web: www.abogados.cl

¹⁵⁶ Domínguez Hidalgo, Carmen. "La compensación económica en la ley de matrimonio civil", Seminario del Colegio de Abogados, charla efectuada el 13 de octubre, Santiago, 2005, p. 12., quien señala: "nos parece que, desde luego, no pertenece propiamente a la reparación a que apunta la responsabilidad civil y, por ende, no cabe aplicar supletoriamente el régimen común de los daños. Ello resulta evidente si se tiene presente que los requisitos que se exigen para su procedencia no son los comunes a toda acción resarcitoria. Se rige, por tanto, por las normas que la regulan en la ley y es, a partir de ellas, que la doctrina y jurisprudencia tendrán que ir configurando los principios que la disciplinan".

¹⁵⁷ López Díaz, Carlos. *Compensación económica en la nulidad y el divorcio*, Editorial Librotecnia, Santiago, 2006, p. 88.

Finalmente CÉSPEDES y VARGAS¹⁵⁸, y, PIZARRO y VIDAL¹⁵⁹, estimen que se trataría de una obligación legal.

El examen de la naturaleza de la compensación, no nos ofrece respuestas ciertas, bastaría sostener su no carácter indemnizatorio para excluir cualquier dificultad que obste el resarcimiento. Sin embargo, ello no es así, y el asunto no pasa por la tesis que se adopte, sino, por los rubros reclamados a título de daño.

De lo que se trata es que quien reclama indemnización, lo hace, en un caso, por el daño material o moral que le ha causado los hechos de la causal, y no, por lo que dejó de percibir por haberse dedicado al cuidado del cónyuge y los hijos. Y, en el otro caso, por el daño, fundamentalmente económico, que le provoca el divorcio en sí.

2.3.4.2.- Existencia de un concurso de normas.

Descartamos que entre compensación y responsabilidad civil exista un concurso de normas, atendida la muy diversa naturaleza que tienen ambas instituciones, y, atendidos los daños que una y otra pretenden cubrir. Además como hemos venido advirtiendo, el asunto pasa, más bien, por evitar un doble pago, más que porque compartan una misma naturaleza.

¹⁵⁸ Céspedes Muñoz, Carlos y Vargas Aravena, David. “Acerca de la naturaleza jurídica de la compensación económica. La situación en Chile y en España”, *Revista Chilena de Derecho*, Volumen 35, N° 3, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2008, p. 451., los académicos y ex alumnos de la Universidad Católica de la Santísima Concepción han dicho a este respecto: “sostenemos que la compensación económica tiene una naturaleza jurídica propia: es solo 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.”

¹⁵⁹ Vidal Olivares, Alvaro y Pizarro Wilson, Carlos. *La compensación económica por divorcio o nulidad de matrimonio*, Editorial LegalPublishing, Santiago, 2009, p. 32., quienes han expresado que: “constituye un derecho de origen legal establecido, por acuerdo de las partes y a falta de éste, por decisión judicial. Es una obligación legal que pesa sobre el otro cónyuge –aquél que sí desarrolló una actividad remunerada o lo hizo en mayor medida que el otro- quien debe ejecutar una prestación de dar en beneficio del titular.”

2.3.4.3.- Existencia de una doble sanción.

Asimismo descartamos que se pueda estar infringiendo el principio *ne bis in idem*. Reconocemos que, si hay algo en común entre ambos institutos –y que es lo que induce a la confusión- es que, en último término, el contenido de una y otra obligación es dineraria, de ahí la peregrina idea de que si tengo que pagar dos veces, hay doble sanción.¹⁶⁰

En doctrina, aún aquellos autores que sostienen su carácter indemnizatorio, niegan tajantemente que, en definitiva, sea indemnizatoria, excluyendo cualquier intento de aplicarle dicho estatuto de responsabilidad¹⁶¹.

En la compensación lo que hay es un desequilibrio patrimonial, no un daño, estricto sensu. Es cierto que el desequilibrio puede parangonarse a la idea de lucro cesante, pero en definitiva no lo es, es sólo una ilusión óptica, ya que por una parte la mujer, voluntariamente, se ha puesto en tal situación, y, por otra, nunca habrá certidumbre que la mujer, en definitiva, haya podido generar los recursos que, ahora, les son compensados.

A mayor abundamiento, el monto de la compensación no es transmisible *mortis causa*, a diferencia de las obligaciones nacidas de los cuasidelitos que sí lo son. Asimismo, jamás podría haber doble pago, ya que por más que se intente cobrar vía indemnización, un rubro que es propio de la compensación, faltaría el elemento *certidumbre*, lo que provocaría, inexorablemente, la caída de semejante pretensión.

¹⁶⁰ Así Mosset Iturraspe, Jorge. “Los daños emergentes del divorcio” en *Responsabilidad civil. Doctrinas esenciales. Parte Especial*. Editorial La Ley, 2007, t IV, p. 669., quien al efecto señala que “no se viola el *non bis in idem*, no se castiga dos veces, con dos sanciones, al mismo comportamiento: cada sanción aprecia un aspecto distinto del obrar antijurídico, el divorcio el aspecto familiar y la indemnización, el aspecto patrimonial, que significa quitarle a uno de los esposos la plenitud moral o económica, haciéndolo víctima de un detrimento o menoscabo”.

¹⁶¹ Domínguez Aguila, Ramón Horacio. “La compensación económica en la nueva legislación de matrimonio civil”, *Revista Actualidad Jurídica*, Año VII, N° 15, Universidad del Desarrollo, 2007, pp. 83-92.

2.3.5.- Principio de especialidad y daño anormalmente grave.

Todo quiebre o conflicto familiar supone siempre el incumplimiento de algún deber familiar, un sufrimiento moral de sus miembros y, muchas veces, un menoscabo patrimonial. De este modo, ante una crisis familiar, habrá conflicto entre el remedio familiar y la responsabilidad pues, ambos reclamarán para sí, concurrencia jurídica en torno a un mismo hecho.

La explicación es simple. Un incumplimiento a un deber familiar, siempre implica una especie de acto con proyección dañosa. Siempre hay un quebranto tras una infidelidad. Pero ello no significa que deba repararse dicho quebranto. Ya que dicha situación está dentro de las posibilidades de toda relación. No es algo particularmente anormal, al contrario, es algo bastante frecuente.

Lo anormal es que a las infidelidades –*por ejemplo*- le agreguemos malos tratos graves, vejaciones, etc. Son esas circunstancias anormales y particularmente ultrajantes, las que tornan insuficiente todo remedio familiar, que **no ha sido concebido** para reparar el daño sino, para brindar una solución a un conflicto. Es ante situaciones como éstas, anormalmente graves, que la responsabilidad civil debe actuar para resarcir el daño¹⁶².

De este modo cabe formularse las siguientes preguntas: ¿debe resarcirse **todo** daño que produce el incumplimiento de un deber familiar, en términos de añadir al remedio familiar específico, la sanción resarcitoria? ¿O bien, depende

¹⁶² Rodríguez Gutián, Alma María. “Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre los miembros de la pareja de hecho”, en Revista de Derecho Patrimonial, N° 10, Editorial Aranzadi, Pamplona, Año 2003, p. 73., quien plantea que: “Por sí sola la comisión del incumplimiento de un deber conyugal no es indemnizable, pero no porque no se esté ante un verdadero deber jurídico (que indudablemente lo es), sino porque la admisión del resarcimiento en cualquier caso haría peligrar seriamente el principio de unidad familiar y daría lugar a una indeseable multiplicidad de pleitos. A mi juicio la procedencia de la reparación se halla condicionada a que se produzca un comportamiento conyugal que por su intrínseca gravedad o por su reiteración sea capaz, no sólo de romper el equilibrio de la relación conyugal, sino también de dañar derechos fundamentales o bienes del otro cónyuge que no sean considerados indignos de tutela por el ordenamiento”.

de la gravedad del daño? ¿Es resarcible sólo el daño anormalmente grave?
¿Actúa algo sobre el elemento daño agravándolo?

Para responder a esta pregunta enunciaremos una sencilla regla que nos dará luces sobre este asunto: las disputas se solucionan en casa; las crisis familiares conforme al derecho de familia; y, el daño, cuándo es anormalmente grave, según la responsabilidad civil.

Según postulamos a título de tesis, sólo la indemnización del daño que es anormalmente grave garantiza un correcto ingreso de la responsabilidad civil al ámbito del Derecho de familia, de tal suerte que, sólo se responde por daños particularmente graves¹⁶³, y ello, por las siguientes razones que pasamos a explicar.

a) Del mismo modo que el factor de imputación se agrava, a fin de posibilitar la vida familiar¹⁶⁴, se agrava el daño, de lo contrario, cualquier perjuicio podría dar pie a una acción resarcitoria, socavando así la unidad familiar.

b) Toda crisis o conflicto familiar tiene una proyección dañosa y supone el incumplimiento de un deber familiar, pero ello no significa, a priori, que deba ser indemnizado. Lo contrario significaría una multiplicidad de pleitos.

c) Resarcir todo daño implica una completa ausencia de compatibilidad de dos estatutos civiles con fines discímiles y una errada ponderación y equilibrio de los intereses puestos en juego.

El Derecho de familia no sanciona, exclusivamente, las infracciones de deberes familiares en términos de *punir* o *castigar* al incumplidor, al contrario, desea *preservar* en la unidad de los vínculos, a pesar del conflicto mismo. No persigue el mismo fin la responsabilidad civil, sobre todo respecto del daño moral que tiene un fin eminentemente *punitivo*, siéndole indiferente el que las relaciones familiares se continúen o no a partir de la sanción indemnizatoria¹⁶⁵.

¹⁶³ Vid *Infra* 4.3.-, 3.2.4.-

¹⁶⁴ Vid. *Supra* 2.2.3.-

¹⁶⁵ Vid *Infra* 4.3.3.-

Resarcir cualquier daño sin tomar en cuenta su anormal gravedad en relación a un desencadenamiento normal de eventos dañoso, no es sino salir de la zona de demarcación de la responsabilidad civil e ingresar a la zona del Derecho de familia que ya contempla sus propias sanciones específicas¹⁶⁶. Es por ello que en materia de divorcio, por ejemplo, rechazamos la doctrina amplia permisiva.

De este modo el principio de especialidad en un sentido impropio, actúa como principio de garantía¹⁶⁷ pues, garantiza el correcto ingreso de la responsabilidad civil al ámbito familiar para resarcir el daño que es particular o singularmente grave.

d) Resarcir todo daño producto de un incumplimiento, so pretexto que la ley no distingue, provoca un **larvado problema de jurisdicción**.¹⁶⁸. Ello porque el juez civil, llamado a conocer de la acción de daños estará, en los hechos, aplicando a una crisis familiar, que le es ajena a su jurisdicción, una sanción civil

e) El daño moral tiene rango constitucional¹⁶⁹. Sin embargo, así también lo tiene la familia¹⁷⁰, generando así, el conflicto de intereses¹⁷¹ con la salvedad que, la norma que lo consagra, art 1° inc. 2° y 5° de la C. Pol., se ubica dentro de las bases de la institucionalidad, prefiriendo éstas a aquella.

Es por esto que, ampliar la acción indemnizatoria a todo daño, no sólo atenta contra la unidad familiar sino además, vulnera la norma constitucional, que manda dar protección a la familia y propender a su fortalecimiento. Es por ello que, el daño resarcible, debe poseer una singular gravedad o envergadura que el juez debe ponderar caso a caso¹⁷². Así lo sostiene la doctrina nacional¹⁷³.

¹⁶⁶ Vid *Infra* 5.1.4.-

¹⁶⁷ Vid *Infra* 6.2.-, 2.6.- y 3.4.-

¹⁶⁸ Vid. *Infra* 2.6.3.4.-

¹⁶⁹ Vid *Supra* 3.4.-

¹⁷⁰ Vid *Infra* 3.3.-

¹⁷¹ Vid *Infra* 2.6.- y 3.1.-

¹⁷² Vid *Infra* 2.6.- y 3.4.-

¹⁷³ Corral Talciani, Hernán. *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Ob. Cit. p. 344. Dice al respecto el autor: "...en materia de daño el umbral del daño tolerable debe ser mayor,

2.4.- Consideración de los deberes familiares como éticos o morales y no jurídicos.

Quienes rechazan la reparación de los daños civiles en el ámbito familiar, consideran a los deberes al interior de la familia como éticos o morales pero en ningún caso jurídicos. Postulan que no siendo exigibles estos deberes intrafamiliares, su quebrantamiento difícilmente podría dar lugar al resarcimiento, precisamente a causa de su falta de coerción.

Este postulado nos lleva a estudiar un primer problema de la naturaleza jurídica de los deberes familiares. Sin embargo, superado el escollo inicial surge el verdadero problema que es, determinar si la obligación de reparar pasa por el incumplimiento de deberes familiares o, en realidad se trata de algo más que eso, y en dicho caso, cuál es el verdadero fundamento del resarcimiento.

2.4.1.- Naturaleza jurídica de los deberes familiares.

Diversas visiones existen en relación a su naturaleza jurídica. Para algunos se trata de deberes de naturaleza moral e incoercible, para otros, siendo de naturaleza moral afirman su coercibilidad indirecta, finalmente, están quienes postulan su juridicidad reconociendo su coercibilidad indirecta.

Dentro de la doctrina nacional tres importantes autores postulan su naturaleza moral e incoercible. Así don LUIS CLARO SOLAR sostenía que: "...los derechos de familia presentan un carácter de naturaleza moral."¹⁷⁴. Por su

porque justamente la vida en familia supone una cierta asunción de que habrá pesares y penas que, son la contracara de las alegrías e ilusiones que ella también genera.”.

¹⁷⁴ Claro Solar, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. De las Obligaciones*. Vol. V, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Año 2003, p. 32. Sin embargo, en el tomo II, *De las personas*, segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, 1978, p. 18, señala que: "...siendo en matrimonio un contrato en que un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente (art. 102), debía engendrar obligaciones civiles perfectas y no solamente deberes morales cuyo cumplimiento quedara abandonado a los escrúpulos de la conciencia privada.

parte don FERNANDO FUEYO LANERI sostuvo que: “sus normas son en mucha parte más morales y religiosas que jurídicas. Por consiguiente, las relaciones de familia no se hallan reguladas exclusivamente por el Derecho.”¹⁷⁵. “De ahí el fenómeno, peculiar en el Derecho de familia, de existir preceptos sin sanción o con sanción atenuada, como también obligaciones no susceptibles de cumplimiento coercitivo.”¹⁷⁶.

Don RENÉ ABELIUK MANASEVICH¹⁷⁷ ha planteado que la mayor parte de los deberes de familia que rigen las relaciones no pecuniarias entre padres e hijos, o entre los cónyuges, no serían obligaciones propiamente tales, y por el contenido moral y afectivo que suponen, no son susceptibles ni de ejecución forzada, ni de indemnización de perjuicios en caso de infracción.

Para don RENÉ RAMOS PAZOS¹⁷⁸ “EL Derecho de familia es de contenido eminentemente ético.” (Sic) “Fácil es entender que si una mujer casada, por ejemplo, quiere dejar el hogar común, no se le va a poder obligar a que permanezca en él. Por su naturaleza no es posible obtener un cumplimiento forzado de esa obligación, quedando su cumplimiento entregado al sentido ético del cónyuge.”.

Don ARTURO ALESSANDRI RODRÍGUEZ completa el panorama expresando que: “La responsabilidad moral es la que proviene de infringir los mandatos de la moral o de la religión.”¹⁷⁹. De esta manera se suscitaría “...un mero problema de conciencia que se plantea en el fuero interno del individuo, y como las acciones u omisiones que las generan no causan daño a la persona o

¹⁷⁵ *Ibidem*.

¹⁷⁶ *Ibidem*.

¹⁷⁷ Abeliuck Manasevich, René. *Las Obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Cuarta Edición Actualizada y Aumentada, Santiago, Año 2005, tomo I, p. 32.

¹⁷⁸ Ramos Pazos, René. *Derecho de Familia. Quinta Edición Actualizada con la Nueva Ley de Matrimonio Civil y la Ley de Tribunales de Familia*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Año 2005, pp. 16 y 17.

¹⁷⁹ Alessandri Rodríguez, Arturo. *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Año 2005, pp. 23 y 24.

propiedad de otro, ni perturban el orden social, queda fuera del ámbito del Derecho...”¹⁸⁰.

En la doctrina española en esta línea podemos mencionar a FERRER RIBA¹⁸¹ quien planteado que: “la configuración del matrimonio como comunidad de vida asumida y mantenida voluntariamente determina la incoercibilidad de los deberes conyugales...” “También lo es la de su cumplimiento por equivalente, pues tratándose de deberes que sólo pueden ser cumplidos por libre decisión moral de uno y otro cónyuge parece contradictorio que puedan arbitrarse medios dirigidos a la compulsión indirecta de aquellos.”.

En un segundo grupo están quienes, afirmando el contenido moral de estos deberes, reconocen su coercibilidad indirecta. Así COURT¹⁸² estima que: “El derecho de familia acusa un marcado fondo ético de sus instituciones. Es la parte del derecho civil que más influencia recibe de la moral, la religión y de la costumbre...” (Sic) “Por esto muchos de los preceptos del derecho de familia no son susceptibles de ejecución forzada y su infracción tiene una sanción atenuada (como el desheredamiento, la declaración de indignidad para suceder), o, simplemente no tiene sanción.

En este sentido se encuentran dos fallos dictados por nuestra Corte Suprema, en el primero de ellos con fecha 17 de diciembre de 1948 la Corte dijo que: “...el deber de fidelidad, constituye una norma de carácter esencialmente moral. A su respecto, sería inútil buscar en la ley toda forma directa de ejecución compulsiva; pero hay vías no menos severas y eficaces para sancionar la violación de la fe prometida al cónyuge.”¹⁸³. En otra ocasión la misma Corte expresó que: “...el deber de fidelidad constituye una norma de carácter

¹⁸⁰ Alessandri Rodríguez, Arturo. Ob. Cit., p. 23.

¹⁸¹ Ferrer Riba, Joseph. Ob. Cit. p.14.

¹⁸² Court Murasso, Eduardo; *Curso de Derecho de Familia*, Editorial LegalPublishing, Primera Edición, Santiago, año 2009, p. 2.

¹⁸³ Fallo Corte Suprema, 17 de diciembre de 1948, citado por Figueroa Yáñez, Gonzalo (redactor), *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas. Código Civil y Leyes Complementarias*, Editorial Jurídica de Chile, Tercera Edición, Año 1996, t I, p. 295.

esencialmente moral y que no hay forma directa de ejecución compulsiva de este deber, sino que sólo vías indirectas para sancionar la violación de la fe prometida al cónyuge.”¹⁸⁴. Evidentemente que en estos casos, la discusión se circunscribe sólo a la naturaleza jurídica de dichos deberes, y, en ningún caso, alcanza al tema que nos ocupa.

En relación al resarcimiento de daños por incumplimiento de deberes conyugales el Tribunal Supremo Español, planteó en un fallo de fecha 30 de julio de 1999 que: “...indudablemente, el quebrantamiento de los deberes conyugales especificados en los artículos 67 y 68 del código civil, es merecedor de un innegable reproche ético-social, reproche que, tal vez, se acentúe más en aquellos supuestos que afectan al deber de mutua fidelidad, en los que, asimismo, es indudable que la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación sustantiva es la de estimar su ruptura como una de las causas de separación matrimonial en su art. 82.”¹⁸⁵.

Finalmente en un tercer grupo están quienes afirman la juridicidad de estos deberes familiares. Allí encontramos al autor nacional don LUIS CLARO SOLAR¹⁸⁶ quien en su obra *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, ha dicho que: “...siendo el matrimonio un contrato en que un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse

¹⁸⁴ R.D.J., t 46, Secc. 1º, p. 260.

¹⁸⁵ Citado por Vargas Aravena, David. Ob. Cit. p. 131. En relación a esta sentencia y otra de 22 de julio de 1999, la profesora española Alma María Rodríguez Guitián plantea que las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo Español en el año 1999, parecen recoger un principio de prohibición de las reclamaciones por responsabilidad civil entre cónyuges, dicho en otros términos, un régimen de inmunidad por daños causados por el uno al otro y, por tanto, de privilegio. Destaca la autora un párrafo de la sentencia que señala: “...no cabe reclamar una indemnización por los daños morales sufridos por el esposo ni en virtud del artículo 97 del código civil (que regula la pensión compensatoria) ni en virtud del artículo 1101 del mismo cuerpo legal, «pues lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial obligaría a indemnizar». La autora estima que detrás de esta afirmación del Tribunal Supremo Español se esconden dos temores, por una parte evitar la proliferación de demandas triviales, sin importancia y con ello la sobrecarga de los tribunales; y por otro lado se busca preservar la paz y la armonía familiar. (Rodríguez Guitián, Alma María, Ob. Cit. pp. 70 y 71).

¹⁸⁶ Claro Solar, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. De las personas*, tomo II, Segunda Edición, Editorial Jurídica de Chile, 1978, p. 18.

mutuamente (art. 102), debía engendrar obligaciones civiles perfectas y no solamente deberes morales cuyo cumplimiento quedara abandonado a los escrúpulos de la conciencia privada.”.

En igual sentido el autor nacional don ENRIQUE ROSSEL¹⁸⁷ quien afirma que: “...las circunstancias de que estas obligaciones no tengan por objeto una cosa avaluable en dinero a creado la idea errónea de que no son propiamente obligaciones legales, sino simples deberes morales. No es así, pues reúnen todos los elementos de la obligación: su objeto es estrictamente jurídico y su quebrantamiento acarrea sanciones establecidas en textos legales expesos.”.

En iguales términos el jurista español RAMÓN DE VERDA y BEAMONTE¹⁸⁸ nos dice que: “...los deberes conyugales no son meras obligaciones de conciencia propuestas a los esposos para un feliz desarrollo del matrimonio, sino que constituyen auténticas obligaciones jurídicas. Si no lo fueran, no tendría razón de ser que el código civil los incluyera entre los efectos del matrimonio, ni que legalmente fueran calificados como tales por los artículos 67 y 68, que, al enunciarlos, hablan de que los cónyuges “deben” o “están” obligados a cumplirlos.”.

También en la doctrina española en igual sentido LACRUZ BERDEJO¹⁸⁹ sostiene que si bien se trata de deberes jurídicos incoercibles directamente, ello no le priva de su juridicidad, sino que al contrario, hace tanto más urgente arbitrar los medios precisos para mantenerlas en pie en esta condición suya plenamente jurídica.

La jurisprudencia italiana ha reconocido la plena juridicidad de estos deberes entre cónyuges señalando que: “...el deber de fidelidad es una regla de conducta imperativa, y no sólo una directriz moral de particular valor social,

¹⁸⁷ Rossel, Enrique. *Manual de Derecho de Familia*, Editorial Jurídica de Chile, Séptima Edición actualizada, Santiago, Año 1994, p. 79.

¹⁸⁸ De Verda y Beamonte, Ramón. “Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español: resarcimiento de los deberes conyugales”, Diario La Ley, N° 6.676, del 21 de marzo de 2007, edición electrónica en www.laley.net.

¹⁸⁹ Lacruz Berdejo. *Elementos de Derecho Civil IV, Derecho de Familia*, Ob. Cit., p. 24.

reconociendo la naturaleza plenamente jurídica de los deberes derivados del matrimonio.”¹⁹⁰.

También en la doctrina italiana en relación a la naturaleza del derecho de visitas se ha planteado que: “...Mayoritariamente se viene entendiendo que se trata al mismo tiempo de un deber y de un derecho con perfiles de obligatoriedad y en interés del menor. El progenitor no conviviente tiene el derecho-deber de ejercitar un control sobre la instrucción y educación impartida al menor y el derecho de visitas puede considerarse como un instrumento de tal control.”¹⁹¹.

2.4.2.- Relevancia del incumplimiento de deberes como hecho dañoso y de la juridicidad del deber familiar.

Si bien la causación de un daño intrafamiliar conlleva siempre el incumplimiento de algún deber familiar, el sólo incumplimiento de un deber familiar no genera, por sí mismo un daño resarcible. Esto lleva a otro asunto que es, si es el incumplimiento de un deber familiar, un hecho con aptitud de generar un daño resarcible. Dicho en términos simples: ¿es el incumplimiento del deber familiar la causa de la obligación de resarcir?

El asunto es relevante porque en la doctrina han proliferado artículos que hablan de daños por incumplimiento grave de deberes conyugales, parentales, etc. Creemos que el hecho generador de un daño resarcible es un hecho del hombre, no el incumplimiento de una obligación familiar: como el deber de fidelidad, socorro, de mantener una relación directa y regular, etc.

Plantear el **hecho** dañoso en términos de incumplimiento de deberes, suscita el problema de hacer aparecer un legítimo reclamo resarcitorio, como la imposición coactiva de un deber familiar, sabiendo que se trata de obligaciones

¹⁹⁰ Fraccon, Adalgasia, “Comentario a la sentencia del Tribunale di Milano, 10 de febrario 1999”, en *Il diritto di famiglia e delle persone*, Vol. XXX, luglio-setiembre 2001, pp.988 y ss.

¹⁹¹ Marín García de Leonardo, Teresa. “Aplicación del derecho de daños al incumplimiento del régimen de visitas” en *Revista de Derecho Patrimonial*, N° 17, Editorial Thomson Aranzadi, Navarra, Año 2006, p. 182.

jurídicas de coerción indirecta. Ello genera así, la errada percepción de que el ingreso del Derecho de daños al ámbito del Derecho de familia es jurídicamente incorrecto.

Este planteamiento genera, además, un evidente conflicto entre el remedio familiar y la responsabilidad civil, pues ambos reclamarán para sí, la solución del conflicto, pues en ambos casos hay incumplimiento de un deber legal, generándose así un triple problema: de concurso de normas, especialidad y de *ne bis in idem*.

Ahora bien, ello no significa que la responsabilidad civil no pueda penetrar en el ámbito del Derecho de familia, dado que no existe inmunidad, de lo que se trata es que actúe en la órbita del daño de especial gravedad, como ha dicho la doctrina¹⁹², y sólo respecto de conductas que han sobrepasado el umbral de la culpa grave.

La explicación es simple. Un incumplimiento a un deber conyugal o parental, siempre implica una especie de acto con proyección dañosa, siempre hay un quebranto emocional tras una infidelidad. Pero ello no significa que deba repararse dicho quebranto, ya que dicha situación está dentro de las posibilidades de toda relación. No es algo particularmente anormal, al contrario, es bastante frecuente.

Lo anormal es que a las infidelidades le agreguemos malos tratos graves, vejaciones, etc. Son esas circunstancias particularmente ultrajantes, las que

¹⁹² Rodríguez Guitián, Alma María. "Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre los miembros de la pareja de hecho", en Revista de Derecho Patrimonial, N° 10, Editorial Aranzadi, Pamplona, Año 2003, p. 73., quien plantea que: "Por sí sola la comisión del incumplimiento de un deber conyugal no es indemnizable, pero no porque no se esté ante un verdadero deber jurídico (que indudablemente lo es), sino porque la admisión del resarcimiento en cualquier caso haría peligrar seriamente el principio de unidad familiar y daría lugar a una indeseable multiplicidad de pleitos. A mi juicio la procedencia de la reparación se halla condicionada a que se produzca un comportamiento conyugal que por su intrínseca gravedad o por su reiteración sea capaz, no sólo de romper el equilibrio de la relación conyugal, sino también de dañar derechos fundamentales o bienes del otro cónyuge que no sean considerados indignos de tutela por el ordenamiento". En igual sentido, pero en el contexto matrimonial, lo plantea el profesor argentino Santos Cifuentes quien señala: "...la índole dolorosa y acentuada del ataque sobrepase la mera relación matrimonial en sus implicancias, culpas y quiebres..."

tornan insuficiente todo remedio familiar, que no ha sido concebido para reparar el daño sino, para brindar una solución a una crisis.

Es este plus dañoso adicional, que va más allá de un mero incumplimiento, que se independiza de él, que lo desborda, y que a su respecto constituye un mero antecedente, el que torna correcto el ingreso de la responsabilidad civil al ámbito del Derecho de familia, difuminando los posibles problemas de especialidad, de concurso y de ne bis idem.

De este modo, la juridicidad de un deber familiar, o su coercibilidad indirecta, no es decisoria para la procedencia de una acción de daños. Su única relevancia radicará en que el estatuto de responsabilidad, aplicable por incumplimiento de una obligación legal, es el estatuto extracontractual, de acuerdo a lo que ha sostenido la doctrina mayoritaria¹⁹³.

2.5.- La piedad familiar y los vínculos de solidaridad y altruismo.

Este es otro de los argumentos que tradicionalmente se ha esgrimido para rechazar una pretensión resarcitoria. Si bien la doctrina trata este argumento conjuntamente, en realidad encierra dos ideas distintas, que aunque muy estrechamente vinculadas¹⁹⁴, poseen algunas diferencias y una cierta autonomía conceptual.

La piedad familiar o *pietas familiae*, es una cualidad inherente a las relaciones humanas habidas al interior de una familia, un principio antropológico inherente a la existencia humana, íntimamente ligada a los afectos, y cuyo

¹⁹³ Plantear el incumplimiento de deberes como hecho dañoso, conlleva, a mayor abundamiento, un error jurídico ya que son las conductas las que son susceptibles de ser calificadas de poco prudentes, no los incumplimientos. El incumplimiento es la consecuencia del actuar imprudente, no la causa. Por otro lado, algunas de las obligaciones familiares pueden ser calificadas como de resultado, y no de medios: el sujeto visita o no visita, obstruye o no obstruye, es fiel o no es fiel: no se puede ser muy diligente e infiel, el nivel de diligencia da lo mismo, lo relevante es el resultado final.

¹⁹⁴ Méndez Costa, María Josefa. *Los principios jurídicos en las relaciones de familia*, Editorial Rubinzal Culzoni, Primera Edición, Santa Fe, Año 2006, p. 308.

fundamento último es el amor filial¹⁹⁵. Si bien al amor filial, los afectos y el cariño son la base esencial de las relaciones intrafamiliares, de ninguna manera son jurídicamente exigibles, en el sentido que nadie está obligado a amar a otro, ni cabe reparación por no amar o amar menos.

Por otro lado la solidaridad familiar, que dice relación con ciertos deberes de asistencia que existen entre parientes y especialmente al interior de la familia, cuya causa puede estar fundada en los afectos, la reciprocidad, la ley, la costumbre, etc. Algunos de dichos deberes alcanzan consagración legal, en cuyo caso se transforman en obligaciones jurídicamente exigibles.

2.5.1.- La piedad familiar o pietas familiae.

Quienes niegan la reparación de daños al interior de la familia, han sostenido que pretensiones resarcitorias de esta índole son contrarias a la piedad familiar. Sostienen que al interior de la familia, por su naturaleza misma, existirían vínculos de solidaridad y altruismo contrarios a toda prestación resarcitoria, por lo que no son admisibles demandas de esta índole.¹⁹⁶

¹⁹⁵ Méndez Costa, María Josefa. “La pietas familiae en la responsabilidad civil”, en *La Responsabilidad*. Alterini, Atilio y López Cabana, Roberto, p. 529 y 530. Esta autora señala que: “...La familia...no es, por cierto, sólo un producto cultural, una forma de convivencia impuesta por la costumbre o la necesidad. La familia es un principio antropológico: no es reductible a una mera dimensión histórico cultural (no obstante viviendo, como es obvio, en la historia y en la cultura) sino que pertenece a la estructura constitutiva del ser humano...”.

¹⁹⁶ Es quizás éste, uno de los argumentos más importantes y cuyo desarrollo merece mayor atención, porque en definitiva al momento de decidir si dar lugar a una pretensión resarcitoria, los jueces tienden a colocar en la balanza dos temas; por una parte “la entidad del daño causado”, y por otra, la “paz familiar”. Sin embargo, como veremos más adelante, en la mayoría de los casos, dicha paz familiar no juega –como argumento- el rol argumental que se supone debería, esto es, aglutinar a los miembros pacíficamente, haciéndolos vivir juntos y en paz. Ello por cuanto en casi todas las hipótesis de daño que estudiaremos, ya hubo una ruptura familiar, ya no viven juntos, y no se divisa que vuelvan a juntarse; por el contrario, el reencuentro rompería la armonía y la paz familiar que la ruptura, como subproducto, generó. En este contexto la pretensión reparatoria aparece como una necesidad natural de recuperar posibles pérdidas económicas y restañar profundas heridas emocionales ocasionadas durante la convivencia. Con todo, reconocemos que este argumento gana fuerza en situaciones particularmente complejas donde la relación familiar, no obstante el daño, ha logrado mantenerse y existen indicadores que dan cuenta que una pretensión resarcitoria podría ser el elemento que provoque la reapertura de la herida, generando así un nuevo círculo de violencia.

A esta línea argumental suele agregarse la afirmación de que la armonía conyugal se vería perturbada si se admitiesen acciones de este tipo; que la necesidad de la determinación de la culpabilidad o de la extensión de un daño requiere de un proceso contradictorio que es perjudicial para el núcleo familiar porque puede generar o agravar los conflictos.¹⁹⁷ Suele plantearse además que el otorgamiento de una indemnización a favor de la víctima es un incentivo a la repotenciación de juicios contradictorios y frustra las posibles soluciones del conflicto matrimonial.¹⁹⁸

De este modo quienes sostienen esta tesis, desfavorable al resarcimiento de daños civiles en el ámbito de las relaciones de familia, se esfuerzan por demostrar que el ejercicio de la acción rompería la paz familiar y destruiría los vínculos de solidaridad y altruismo propios a toda relación de familia.

Sin embargo, esta línea argumental, en apariencia convincente, adolece de un error de base. En la gran mayoría de los casos la paz familiar ya se destruyó producto del hecho dañoso y por consiguiente el atentado a la piedad familiar ya se produjo. Por lo que la piedad familiar ha sido afectada, rota o quebrantada no por quien demanda una justa reparación, sino por quien ha ocasionado el daño.

2.5.1.1.- Concepto de piedad familiar.

La ilustre jurista argentina doña María Josefa Méndez Costa nos dice en relación a la familia que: “No es, por cierto, sólo un producto cultural, una forma de convivencia impuesta por la costumbre o la necesidad.”¹⁹⁹. FRANCESCO

¹⁹⁷ Medina Graciela y Kanefsch. “Daños entre cónyuges”, Ob. Cit., p. 146.

¹⁹⁸ *Ibidem*.

¹⁹⁹ Méndez Costa, María Josefa. “Pietas Familiae”, en *La Responsabilidad, homenaje al profesor doctor Isidoro H. Goldemberg*, Editorial Abeledo Perrot, 1995, p. 529.

D'AGOSTINO²⁰⁰ no dice que: “La familia es un principio antropológico: no es reductible a una mera dimensión histórico cultural (no obstante viviendo, como es obvio, en la historia y en la cultura) sino que pertenece a la estructura constitutiva del ser humano.

Esto significa que es en la familia y a través de la familia (en las relaciones conyugales, en las relaciones entre padres e hijos, en las relaciones entre hermanos y, en general, en las relaciones entre parientes) que el hombre adquiere, instaura y lleva a realización su propia identidad humana, que es identidad relacional.”. Por su parte GIOVANNA ROSSI²⁰¹ agrega que: “es la plataforma fundamental del desarrollo integral de la persona en su vida privada y pública”.

Esta imprescindible comunidad humana se constituye en base a un valor fundamental: el amor como una entrega gratuita. En esta línea MÁXIMO PACHECO LÓPEZ²⁰², dice que: “El hombre se asocia por amor en el matrimonio, fundando la familia, que es la sociedad básica de la vida humana.”. CIURO CALDANI²⁰³ agrega que: “El vínculo familiar es un vínculo de amor entendido como don sincero de sí...”. Y “los lazos que la fundan y la sostienen son esencialmente afectivos, psicológicos y espirituales”²⁰⁴.

Los autores transcritos identifican la piedad familiar con el vínculo familiar entendido como un vínculo de amor y don sincero de si, siendo los lazos que la fundan y sostienen esencialmente afectivos, psicológicos y espirituales.

²⁰⁰ D'Agostino, Francesco. “Problemi giuridici” (comunicación presentada al Congreso: “La famiglia alle soglie del III millennio, Lugano, septiembre de 1994), p. 1; artículo citado por Méndez Costa, María Josefa en “Pietas Familiae”, Ob. Cit., p. 529 y 530.

²⁰¹ Rossi, Giovanna. “Mutamenti socio-culturali della famiglia nei paesi occidentali” (comunicación presentada al Congreso: “La famiglia alle soglie del III millennio, Lugano, septiembre de 1994), p. 5; artículo citado por Méndez Costa, María Josefa en “Pietas Familiae”, Ob. Cit., p. 529 y 530.

²⁰² Pacheco López, Máximo. *Teoría del Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Edición 2004, p. 27.

²⁰³ Ciuro Caldani, Miguel. “Comprensión trialista del Derecho de familia”, Investigación y Docencia, N° 23, Rosario, Año 1994, N° 4, citado por Méndez Costa, María Josefa, “Pietas Familiae”, Ob. Cit. p. 531.

²⁰⁴ Sannuti, Angela, “Una mejor comprensión de lo humano”, Criterio, número citado, pp. 516 y ss., es especial pp. 518 y 524-525, artículo citado por Méndez Costa, María Josefa en “Pietas Familiae”, Ob. Cit., p. 530.

Otros autores han querido darle a la piedad familiar no sólo una connotación puramente afectiva, sino que además la han vinculado con la idea de armonía o paz familiar. En esta línea se encuentran quienes se plantean contrarios al resarcimiento de daños en las relaciones de familia.²⁰⁵

La disquisición no es puramente académica, en Argentina existe reiterada jurisprudencia que ha estimado que, en estos casos, el interés reclamado sería uno consistente en la paz o armonía familiar.

2.5.1.2.- La piedad familiar en la legislación.

A diferencia de la gran cantidad de normas fundadas en una idea de solidaridad familiar, son más bien escasas las normas inspiradas en la idea de piedad familiar. Y es que éstas últimas están inspiradas en “un soportar” en un “no judicializar” en aras de la preservación de la familia.

En este contexto podemos citar el art. 3° inc. 2° LMC, en cuanto dispone que: “Conociendo de estas materias, el juez procurará preservar y recomponer la vida en común en la unión matrimonial válidamente contraída, cuando ésta se vea amenazada, dificultada o quebrantada”.

En Derecho penal, en el ámbito de las excusas legales absolutorias podemos mencionar al art. 17 C.P., que consagra la impunidad en el encubrimiento de parientes. Norma ésta, que según ETCHEVERRY²⁰⁶, se funda en la inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta o por impulso irresistible. A ello debemos agregar el art. 146 C.P., que consagra la impunidad de los

²⁰⁵ Así Fleitas Ortiz de Rozas, Abel. “Responsabilidad por daños y perjuicios entre cónyuges”, Revista de Derecho de Daños, N° 2001-2, *Daños en las relaciones de familia*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, pp. 176 y 177. Por ello este autor sostiene que: “La admisión de la posibilidad de reclamos entre los cónyuges por supuestos daños recíprocos en sus personas o en sus bienes sólo serviría para multiplicar el conflicto, y en definitiva, agravar las penas propias de una crisis matrimonial.”.

²⁰⁶ Etcheverry, Alfredo. *Derecho Penal*, Tomo Segundo, Parte General, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 11.

padres que se imponen de la correspondencia de sus hijos y del cónyuge que hace lo mismo respecto al otro.

En este caso el legislador ha renunciado a la imposición de pena por razones de conveniencia social²⁰⁷, no así la responsabilidad civil que subsiste plenamente. Además dichas excusas legales son personalísimas no benefician sino a quienes tienen el grado de parentesco que la norma señala.

En el ámbito de la eliminación de la antijuridicidad, basada en el interés preponderante, encontramos la legítima defensa del cónyuge y parientes, art. 10 N° 5 C.P., hipótesis que tiene aplicación cuando se trata de defender la persona y derechos de los parientes que dicha norma señala.

2.5.1.3.- Piedad familiar y límites al Derecho de daños.

MÉNDEZ COSTA²⁰⁸ afirma que: "...la piedad familiar o *pietas familiae* es una expresión del espíritu y las relaciones afectivas constituyen realidades espirituales que escapan a la comprensión del Derecho positivo...". Ello por cuanto las relaciones de afección eludirían la coacción propia de las normas jurídicas.

Por ello la autora trasandina afirma que el amor no es exigible jurídicamente bajo amenaza de ningún tipo de sanción y no cabe la reparación por "no amar" o "amar menos" o "haber dejado de amar".²⁰⁹ Plantea esta autora que sólo en la medida que la falta de amor se exteriorice en comportamientos imputable a uno de los esposos en detrimento del otro, sería reparable, como lesión a derechos personalísimos.²¹⁰

En relación al daño sufrido por el hijo extramatrimonial cuyo progenitor no lo ha reconocido, BOSSERT²¹¹ afirma que no se trata: "...del resarcimiento por

²⁰⁷ *Ibidem*.

²⁰⁸ Méndez Costa, María Josefa. "Pietas Familiae", Ob. Cit., p. 532.

²⁰⁹ Méndez Costa, María Josefa. "Pietas Familiae", Ob. Cit., p. 533.

²¹⁰ *Ibidem*.

²¹¹ Citado por Méndez Costa, María Josefa. "Pietas Familiae", Ob. Cit., p. 533.

las carencias afectivas que no pudo hallar, en estos años, frente a su progenitor, ya que ello pertenece al aspecto espiritual de las relaciones de familia, sobre el cual el Derecho no actúa...”.

Afirma BOSSERT que: “...lo que aquí se debe resarcir específicamente, es el daño que deriva de la falta de emplazamiento en el estado de hijo por no haber mediado reconocimiento voluntario.”²¹².

Advierte BOSSERT²¹³ que: “...de no precisar así la cuestión, el hijo reconocido y que incluso convive con sus padres, podría demandar indemnización a éstos por ausencia de muestras de afecto y apoyo espiritual lo cual implicaría confundir, en el ámbito del Derecho de familia, el plano espiritual con el de las conductas...”.

2.5.2.- La solidaridad familiar.

Para quienes rechazan la reparación de daños civiles en el ámbito del Derecho de familia, al interior de la familia existirían una serie vínculos de solidaridad y altruismo de tal naturaleza, que no se condicen con una acción de daños, por lo que no son admisibles demandas de esta índole.

Se sostiene que la armonía conyugal se vería perturbada si se admitiese este tipo de acciones, y que la necesidad de la determinación de la culpabilidad o de la extensión de un daño requiere de un proceso contradictorio que es perjudicial para el núcleo familiar porque puede generar o agravar los conflictos.

Por consiguiente el problema consiste en determinar si la solidaridad familiar, si los vínculos de altruismo generados a partir de íntimos lazos afectivos y filiales, pueden verse de tal manera perturbados, a raíz de una demanda indemnizatoria, al punto de hacerla desaconsejable.

²¹² *Ibidem.*

²¹³ *Ibidem.*

En este caso hay un error de base en los postulados de quienes sostienen la negativa al resarcimiento, pues supeditan la mantención de la solidaridad y armonía familiar a la no interposición de la acción de daños, en circunstancias que la paz familiar y los vínculos de solidaridad y altruismo ya fueron agredidos, precisamente a causa del daño.

2.5.2.1.- La solidaridad en la legislación.

En la legislación existe una gran cantidad de normas que se inspiran en este principio. Así los artículos 1625 y 1626 del código civil conceden el pago con beneficio de competencia a quienes sean deudores de sus descendientes o ascendientes, cónyuge, hermanos, para no ser obligados a pagar más de lo que buenamente puedan, dejándoseles lo indispensable para una modesta subsistencia.

Trasuntan un sentimiento de previsión, afectuosidad y solidaridad las normas que regulan la partición hecha por el causante, prevista en el artículo 1318 del código civil. La misma concepción solidarista deja ver la institución de las legítimas, reguladas en los artículos 1181 y siguientes del código civil, en cuya virtud los legitimarios son proclamados herederos forzosos.

Diversas normas del Derecho de familia consagran una idea de solidaridad al interior de las relaciones de familia. Así el art. 134 Cc que regula la contribución a los gastos del hogar. Todo lo relativo al régimen de alimentos regulado por los artículos 321 y siguientes del código civil y en la Ley 14.908.

El caso del artículo 1740 N° 5 del código civil, en cuanto es de cargo de la sociedad el mantenimiento de los cónyuges y el mantenimiento y educación de los hijos.

La institución de los bienes familiares, regulados en los artículos 141 y siguientes del código civil, obedece a una idea solidarista de las relaciones de familia.

En el Derecho Internacional Humanitario podemos citar el artículo 1° de la Declaración Universal de Derechos Humanos que nos dice: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”²¹⁴.

El artículo 29 incisos 1 y 2 de la misma declaración señalan: “Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad.”(...) “En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley, con el único fin de *asegurar el reconocimiento y respeto de los derechos y libertades de los demás*, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.”²¹⁵.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su artículo XII inciso 1, señala que: “Toda persona tiene derecho a la educación, la que debe estar inspirada en los principios de libertad, moralidad y solidaridad.”²¹⁶.

En su artículo XXVIII señala: “*Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás*, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático.”²¹⁷. Por su parte en su artículo XXIX establece: “Toda persona tiene el deber de convivir con las demás, de manera que todas y cada una puedan formar y desenvolver integralmente su personalidad”.²¹⁸.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos señala en su artículo 32: “Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la

²¹⁴ Pacheco Gómez, Máximo. *Los Derecho Humanos. Documentos Básicos*, Editorial Jurídica de Chile, Tercera Edición Actualizada, tomo I, p. 98.

²¹⁵ Pacheco Gómez, Máximo. *Los Derecho Humanos. Documentos Básicos*, Ob. Cit. p. 103.

²¹⁶ Pacheco Gómez, Máximo. *Los Derecho Humanos. Documentos Básicos*, Ob. Cit. p. 93.

²¹⁷ Pacheco Gómez, Máximo. *Los Derecho Humanos. Documentos Básicos*, Ob. Cit. p. 95.

²¹⁸ *Ibidem*.

humanidad” (...) “Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.”²¹⁹.

La CDN señala en su preámbulo que el niño debe ser educado: “...en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad”²²⁰.

Finalmente el art 85 inc. 1° LMC, señala que: La tramitación de la separación judicial, de la nulidad de matrimonio y del divorcio se regirá por lo dispuesto en este Capítulo y en las demás leyes que resulten aplicables, del modo que parezca más conforme con la paz y la concordia entre los miembros de la familia afectada.

2.5.2.2.- Solidaridad familiar y límites al derecho de daños.

Creemos que es el que daña quien destruye atenta o amenaza a la solidaridad familiar, no quien reclama una justa reparación. Sin embargo, esta regla bastante simple debemos matizarla con otra, cual es que en sede familiar, las potenciales conductas dañosas de sus miembros gozan de privilegio, en cuya virtud, no cualquier daño será resarcible, sino aquellos que por su intencionalidad o negligencia rebasen los límites del privilegio.

Y no podría ser de otra manera porque en nuestra vida íntima nos mostramos y aceptamos tal cual somos, con virtudes y defectos. Los disgustos, roces y contrariedades, son consustanciales a la vida familiar. Siendo precisamente esa, la esfera natural en que se desenvuelve la solidaridad doméstica, que tolera un daño nimio.

Sin embargo, ante conductas intencionales o que denotan gran negligencia, la situación es otra. En dicho evento, el daño ocasionado puede caer

²¹⁹ Pacheco Gómez, Máximo. *Los Derecho Humanos. Documentos Básicos*, Ob. Cit. p. 241.

²²⁰ Pacheco Gómez, Máximo. *Los Derecho Humanos. Documentos Básicos*, Ob. Cit. p. 575.

en la esfera de lo resarcible, y por ende quien reclama lejos de atentar contra la solidaridad y la armonía familiar, lo que busca es su restablecimiento.

De este modo, como afirma MÉNDEZ COSTA²²¹, “la solidaridad, tan próxima a casi identificarse con la *pietas familiae* ofrece una pauta muy importante para rechazar demandas indemnizatorias entre miembros de una familia en aquellos casos en que la dinámica del Derecho de daños, puesta en juego sin discriminar suficientemente las circunstancias, puede acarrear riesgo a los intereses del grupo en cuestión y aún proyectarse en la persistencia y estabilidad familiar”.

ALTERINI Y LÓPEZ CABANA²²², refiriéndose al daño entre esposos, sostienen acertadamente que si bien la responsabilidad civil en las relaciones de familia debe encuadrarse en los conceptos genéricos de aquella, esta incidida por conceptos como el de la denominada *solidaridad familiar*, que de alguna manera funde los destinos de sus miembros, o de la designada como piedad filial.

2.6.- Una visión patriarcal y jerarquizada de la familia y la supremacía del interés familiar por sobre el individual.

Quienes son contrarios al resarcimiento de daños en el ámbito familiar, conciben la familia como una estructura jerarquizada gobernada por un patriarca. Postulan la existencia de un interés supraindividual que prevalece siempre por sobre el interés particular de sus integrantes. En razón a ello, y otras consideraciones tales como la mantención de la paz familiar, así como de mantener los vínculos de solidaridad generados al interior de la familia, debe

²²¹ Méndez Costa, María Josefa. *Los principios jurídicos en las relaciones de familia*, Ob. Cit. p. 308.

²²² Alterini Atilio A. y López Cabana, Roberto. “Cuestiones de responsabilidad civil en Derecho de Familia, en L.L. 1991-A-950 y ss, citados y referidos por Méndez Costa, María Josefa. *Los principios jurídicos en las relaciones de familia*, Ob. Cit. p. 308.

rechazarse toda pretensión resarcitoria, precisamente por ser contraria al interés familiar.

Este argumento partía de una muy antigua cosmovisión de la familia, cuyas raíces más pretéritas pueden encontrarse en Roma y otros pueblos Indoeuropeos, y en gran medida, aún arraigada en países conservadores como el nuestro. Se trataría de una estructura familiar vertical, jerárquica²²³ y cerrada, gobernada por el padre de familia, quien detentando la totalidad del poder ejerce funciones ejecutivas, legislativas y judiciales.²²⁴

Bajo el pretexto de dar a la familia una estructura jurídica unitaria no se tardó en concebirla como célula u órgano, con una funcionalidad propia e intereses propios, que deben imponerse por sobre el interés individual de sus integrantes.²²⁵ Diversas teorías organicistas y personalistas, hoy ya superadas, intentaron cohesionarla en torno a un supuesto interés familiar.

Sin embargo, quienes postulan estas teorías negativas, olvidan que la familia ha evolucionado de una estructura vertical y jerárquica a un horizontal y democrática, donde el interés de todos se concreta en la realización cabal y plena del interés de cada uno, siendo inaceptable la primacía de un interés estatal de naturaleza supra individual, ajeno por completo a los intereses de sus miembros.

²²³ Makianich de Basset, Lidia N. Ob. Cit., p. 224.

²²⁴ Makianich de Basset, Lidia N. Ob. Cit., p. 224.

²²⁵ El jurista italiano Antonio Cicu desarrolló la teoría de la familia como un organismo jurídico. Afirmó que siendo la familia un organismo jurídico con un fin superior que es, el interés familiar. Este interés superior es el que domina en el Derecho de familia, a tal punto que los intereses individuales de los sujetos no son ni siquiera un elemento constitutivo de la realidad jurídica familiar, sino el motivo u ocasión de atribución del Derecho. Por ello, según Cicu en el ámbito familiar las personas ni tienen libertad de establecer y perseguir sus propios fines, sino que lo que cuenta es la actividad del órgano que se orienta a satisfacer el interés familiar (Cicu, Antonio. *El derecho de familia*, Ob. Cit., p. 117 a 120, 143, 148, 149, 157, 158 y 168 a 171, 173, 259 299).

2.6.1. La familia patriarcal y la jerarquización familiar.

Si bien en una primera etapa fue éste un argumento recurrente, tanto en la doctrina como la jurisprudencia para rechazar demandas de daños, lo cierto es que este argumento claramente ha perdido vigencia en la actualidad, a raíz de las ondas transformaciones que han operado al interior de la familia, de las que daremos cuenta en el capítulo siguiente.

Según PATTI²²⁶: "...durante el período de la codificación europea, la concepción que se tenía de la familia era la de un cuerpo unitario, la de una unión de los cónyuges, que se encontraba sujeto al gobierno del cabeza de familia; este último ejercía la autoridad y el poder de disciplinar a los demás miembros, sobre quienes pesaba el deber de obediencia."

"En esta etapa la familia era considerada como una célula de la sociedad estatal, la cual, internamente, se encontraba jerárquicamente organizada, constituyendo el medio para que sus miembros pudieran participar en la vida social y gozar del estatus de pertenecer a un determinado grupo familiar."²²⁷

"Conforme a lo anterior, el interés que primaba durante dicho período en el interior de la familia era de carácter familiar, superior al fin individual de sus miembros, y en el cual el interés familiar supraindividual se justificaba en el orden necesario para el adecuado mantenimiento, educación y asistencia de sus miembros..."²²⁸.

En realidad esta concepción de la familia se remonta a la antigüedad, ya en Roma y otros pueblos Indoeuropeos la familia era un núcleo humano fuertemente jerarquizado donde los individuos no eran nada en relación al todo.²²⁹ Dicha realidad, con matices, se mantuvo hasta la época moderna,

²²⁶ Patti, Salvatore. *Famiglia e Responsabilità civile*, Editorial Giuffrè, Milán, Año 1984, citado y referido por Vargas Aravena, David. Ob. Cit. p. 116.

²²⁷ *Ibidem*.

²²⁸ *Ibidem*.

²²⁹ Fernando Fueyo Laneri señala que: "El sistema patriarcal primitivo se caracteriza por lo siguiente: a) Trascendencia política acentuada; b) Potestad paterna vigorosa, considerada como

momento en que comienzan los primeros cambios, hasta llegar a la familia posmoderna: igualitaria y democrática donde el bienestar de sus integrantes es lo prioritario.

2.6.2.- Interés familiar y naturaleza jurídica de la familia.

Quienes rechazan una pretensión resarcitoria en el ámbito familiar suelen afirmar que, la acción de daños atenta contra intereses supraindividuales de la familia tales como, la paz y la armonía familiar.

Dicha tesis descansa en dos fundamentos muy discutibles. En un apego a doctrinas **orgánico-publicitas** de la familia, en que la familia y sus intereses lo son todo, y, los individuos y sus propios intereses, nada. Y en un desconocimiento de intereses individuales jurídicamente protegidos por la ley.

De este modo existe una marcada correlación entre las tesis organicistas o institucionales de la familia, y la primacía, ex profeso, de intereses supraindividuales. Visión que, en última instancia, arranca desde la época Romana. Esto nos lleva a estudiar la naturaleza jurídica de la familia.

Tradicionalmente se asoció a doctrinas corporativistas la visión de la familia como un todo cerrado, donde sus miembros están subordinados a la realización del interés superior. Estas corrientes, íntimamente ligadas a una visión publicista de la ley familiar, y, a un carácter indisponible de sus normas, excluían cualquier pretensión resarcitoria. Como veremos, estas tesis han sido abandonadas, actualmente se concibe a la familia como un lugar de auto

una suma de derechos, sin contrapeso de deberes; c) Autoridad absoluta sobre la mujer, sobre quien se ejerce una verdadera dominación; ch) Desigualdad de sexos, tanto en lo social como en lo jurídico; y d) Reunión amplia de personas que componen la familia, todas las cuales dependen del padre de familia.”. Agrega este autor que: “Este tipo de familia fue precisamente la semítica y la romana. Esta última más amplia en los tiempos primitivos (gens), para luego reducirse a los términos de la familia propiamente dicha, en términos de Justiniano.”. (Fueyo Laneri, Fernando. *Derecho Civil. Tomo VI, Derecho de Familia*, Editorial Imprenta y Litografía Universo S.A., Santiago, Año 1959, p. 30.)

realización personal, un cauce de desarrollo personal. A continuación veremos las diversas tesis que al respecto se conocen.

2.6.2.1.- Tesis de la personalización de la familia.

Esta corriente considera a la familia como una persona jurídica-moral, independiente de sus miembros individualmente considerados, esto es, como un sujeto de derechos, con sus propios fines e intereses.²³⁰

En la doctrina francesa, RENÉ SAVATIER²³¹ en su obra *“Une personne morale né connue: La famille en tant que sujet de droit”*, de 1939 sostuvo que la familia goza de una personalidad moral (jurídica), debido a que existirían diversos derechos, tanto patrimoniales como extra patrimoniales cuya titularidad recae en la familia misma, considerada como ente colectivo y no a uno o más de los individuos que la componen. Los hermanos MAZEAUD²³², han postulado *de lege ferenda*, su deseo en que la familia sea una colectividad dotada de personalidad moral, cuyo representante sería, por cierto, el marido.

La teoría de Savatier fue duramente criticada por JEAN DABIN²³³. Para el catedrático de la Universidad de Lovaina, la teoría de la personalidad moral de la familia no se fundaría sino en un análisis superficial donde abundan imprecisión y el equívoco, dado que en ningún caso la familia constituiría sujeto de derechos.

²³⁰ Corral Talciani, Hernán. *Familia y Derecho. Estudios sobre la realidad jurídica de la familia*, Colección Jurídica, Universidad de los Andes, Año 1994, p. 15. Mizrahi, Mauricio Luis. Ob. Cit. p. 96 y 97.

²³¹ Savatier, René. “Une personne morale né connue: La famille en tant que sujet de droit”, citado por Mazeaud, H. J. Y L., Ob. Cit., t I, Vol. III, p. 17, 18 y 19.

²³² Mazeaud, H., J. y L., Ob. Cit., t I, Vol. III, pp. 9, 10 y 11.

²³³ Dabin, Jean. “Le probleme de la personnalité morale de la famille”, en *Revue du Bulletin de l'Académie Royale de Belgique*, 5° serie, t XXXV, 1949, p.329, referido y citado por Mazeaud, H., J. y L., Ob. Cit., t I, Vol. III, pp. 16 a 22.

En España CALIXTO VALVERDE²³⁴, parece inclinarse por la tesis de la personalidad al afirmar que: "...la familia tiene su origen en el matrimonio que crea una personalidad distinta de los miembros que la forman...".

Según refiere MIZRAHI²³⁵, tanto el código de familia del Estado de Hidalgo, en México, en su art. 335; como la Constitución de Irlanda de 1937 en su art. 41, consagran, sendas declaraciones sobre la tesis de la personalización de la familia, tendencia que no ha sido seguida por el resto del derecho constitucional comparado.

La doctrina de la personalidad de la familia ha tenido una unánime reprobación de parte de la doctrina²³⁶. En España FEDERICO PUIG BRUTAU sostiene que: "...lejos de ser el reconocimiento de tal personalidad un recurso infalible a la claridad, en muchos casos no es más que un medio de encubrir las dificultades reales con la unidad ideal de un concepto..."²³⁷.

En Argentina, EDUARDO ZANNONI²³⁸, si bien reconoce que esta posición encierra un fondo de verdad, por cuanto la familia no actúa en interés

²³⁴ Valverde y Valverde, Calixto, *Tratado de Derecho Civil Español*, Talleres Tipográficos Cuesta, Cuarta Edición, Año 1938, t IV, p. 13.

²³⁵ Mizrahi, Mauricio Luis. *Familia, matrimonio y divorcio*, Ob. Cit., p. 97. Según no relata este autor, esta teoría ha sido acogida por la Constitución de Irlanda de 1937 que en su artículo 41 dispone que: "El Estado reconoce a la familia como un grupo de unidad natural, primario y fundamental de la sociedad, y como institución moral que posee derechos inalienables o imprescriptibles, anteriores y superiores a todo derecho positivo. El Estado, por consiguiente, garantiza la protección de la familia en su constitución y autoridad, como base necesaria del orden social y como indispensable al bienestar de la Nación y del Estado. Por su parte, el código familiar del Estado de Hidalgo en México, dispone en su artículo 335 que: "El estado reconoce a la familia, la personalidad jurídica necesaria para ser persona moral, y en consecuencia, titular de derechos y obligaciones". Por su parte, el artículo 336 del mismo cuerpo legal establece: "La familia queda investida de personalidad jurídica para ejercitar en su nombre y representación cualquier derecho de sus miembros y cumplir las obligaciones individual y colectivamente consideradas

²³⁶ Corral Talciani, Hernán. Ob. Cit., p. 16. Mizrahi, Muricio Luis. Ob. Cit., p. 97. Lacruz Berdejo-Albaladejo: *Derecho de familia*, p. 10. c) Borda, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil. (Familia)*, 5° Ed., t I, p.21. Zannoni, Eduardo, *Derecho Civil. Derecho de Familia*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1981, t. I, p. 15.

²³⁷ Puig Brutau, Federico. *Fundamentos de Derecho Civil*, Editorial Bosch, Segunda Edición, Año 1985, t IV, p. 10.

²³⁸ Zannoni, Eduardo A. Ob. Cit., p. 15.

exclusivo de un interés individual, sino reconociendo la existencia de verdaderos intereses familiares, es tajante en rechazarla.

Afirma ZANNONI que la familia no es un sujeto titular de derechos, ni tiene capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones, y las limitaciones al ejercicio del interés individual no está impuesta por la existencia de un ente con voluntad e intereses distintos de los individuales de los miembros de la familia.

Agrega este autor que si los miembros de la familia tienen derecho a exigir la observancia de tales limitaciones o a atacar los actos que no las respeten, lo tienen individualmente y no como órganos o representantes de un ente jurídico familia, que no existe.

El profesor argentino AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO²³⁹ señala que: “...no cabe duda que en nuestro Derecho la familia no es persona jurídica, pues le falta evidentemente la capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones, que es la nota distintiva de la personalidad. Los pretendidos derechos extra patrimoniales de la familia -al nombre, a la patria potestad, a la defensa de la memoria de los muertos- no son sino derechos subjetivos de cada uno de los componentes de la familia en particular. Lo mismo ocurre con los derechos extra patrimoniales. La legítima y las asignaciones familiares son derechos individuales de sus beneficiarios. En ningún caso la familia es titular de derechos: el propietario del bien de familia es el único que tiene el dominio de tales bienes, sin perjuicio de que sus derechos estén sujetos a limitaciones derivadas de la calidad del bien; y si los miembros de la familia tienen derecho de exigir la observancia de tales limitaciones o de atacar los actos que no las respeten, lo tienen individualmente y no como órganos o representantes de un ente jurídico familia, que no existe.”.

²³⁹ Belluscio, Augusto César. *Manual de Derecho de Familia*, Editorial Depalma, Tercera Edición, Año 1985, t I, p. 8 y 9.

En Chile, ENRIQUE ROSSEL²⁴⁰ también es contrario a la tesis personalista de la familia. En efecto, este profesor sostiene que: "...la familia no es una persona jurídica ni tiene existencia propia como organismo; los efectos legales derivados de la relación familiar recaen sobre los individuos que la forman y no sobre ella como individualidad independiente."

En resumen esta tesis ha sido mayoritariamente rechazada por la doctrina, dado que la familia no es un sujeto de derecho, capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones, ya que los derechos subjetivos familiares pertenecen a los integrantes del grupo familiar y no a la familia misma, abstracción que desde la óptica personalista es jurídicamente inexistente. Por lo mismo, no es posible anteponer a los derechos o intereses individuales, los derechos o intereses familiares, porque simplemente estos no existen, al menos jurídicamente.

2.6.2.2.- Tesis de la familia como organismo jurídico.

El máximo exponente de esta teoría es el maestro italiano ANTONIO CICU²⁴¹, para quien la familia no es una persona jurídica, sino un organismo jurídico, carácter que le estaría dado por la circunstancia de que entre los miembros de la familia no habría derechos individuales sino vínculos recíprocos de interdependencia y subordinación hacia un fin superior que es el interés familiar.

Este vínculo conectaría a los individuos entre sí en una relación de interdependencia personal, lo que significa que falta en las relaciones de familia la independencia, la libertad y la autonomía; y entre individuos y familia, se establece una relación de dependencia hacia un fin superior, que es el interés familiar.

²⁴⁰ Rossel Saavedra, Enrique. *Manual de Derecho de Familia*, Editorial Jurídica de Chile, Quinta Edición Actualizada, Santiago, Año 1986, p. 8.

²⁴¹ Cicu, Antonio. *El Derecho de Familia*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1947, pp. 117 a 120.

Por ello, en el ámbito familiar las personas carecerían de libertad para perseguir sus propios fines, y su voluntad, en principio no produciría efectos jurídicos de ningún tipo. De este modo, los intereses individuales de los sujetos ni siquiera son un elemento de la relación jurídica familiar, sino el motivo u ocasión de atribución del Derecho.

Con algún matiz, es también partidario de la tesis organicista el profesor italiano ROBERTO DE RUGGIERO.²⁴² Para este profesor la familia es un organismo social fundada en necesidades naturales tales como: la unión sexual, la procreación, el amor, la asistencia y la cooperación; y ético, por cuanto de allí provienen sus preceptos más esenciales. Agrega este profesor que existiría una primacía de las relaciones estrictamente personales por sobre las patrimoniales, al tiempo que el interés individual es substituido por el interés de la familia.

Señala el profesor RUGGIERO²⁴³ que: "...mientras en las demás ramas del Derecho privado el ordenamiento lo que mira es el interés del particular a un fin individual de la persona, y el derecho subjetivo se atribuye en ellas y se reconoce en función de la necesidad particular que debe ser satisfecha, de modo que a toda obligación se opone un derecho del titular, y mientras para ejercer tales derechos se conceden acciones cuyo ejercicio se supedita a la libre voluntad del individuo, en las relaciones familiares, por el contrario, el interés individual es substituido por un interés superior, que es el de la familia, porque a las necesidades de ésta y no a las del individuo subviene la tutela jurídica. Y a través del interés familiar, exige y recibe protección un interés más alto: el del Estado, cuya fuerza de desenvolvimiento y vitalidad dependen de la solidez del núcleo familiar. Importa mucho al Estado que el organismo familiar sobre el que reposa el superior organismo estatal, se halle regulado de conformidad con el fin universal común que persigue. Puesto que el fin de la familia no puede ser éste

²⁴² De Ruggiero, Roberto. *Instituciones de Derecho Civil*, Traducción de la Cuarta Edición Italiana, Editorial Reus, Madrid, p. 7.

²⁴³ De Ruggiero, Roberto. Ob. Cit., p. 9

o aquel del individuo, ni un fin querido libremente por el particular, sino el fin superior de la comunidad social que ha de conseguirse necesariamente.”.

En España, LACRUZ y ALBALADEJO²⁴⁴ con matices afirman la naturaleza orgánica de la familia. En efecto, estos autores sostienen que: “...la familia es un organismo, un conjunto orgánico, en el cual se atribuye a cada miembro una situación distinta y especial, y en el cual todos se pertenecen recíprocamente, sin formación de un núcleo jurídico distinto.”

La teoría de CICU ha sido objeto de duras críticas. Así el profesor argentino ENRIQUE DÍAZ DE GUIJARRO²⁴⁵ ha señalado que: “...la idea de organismo familiar culmina en aceptar la existencia de un poder familiar al que se subordinan sus miembros en función de la familia misma, como si ésta pudiera ser algo distinto de los hombres que la integran. Y este poder familiar, que vislumbra el paralelismo entre el organismo familiar y el organismo estatal, conduce a una abstracción de la familia, en la cual los poderes se deshumanizan, se despersonalizan, en holocausto a una pretendida voluntad familiar ajena a la voluntad individual.”.

En resumen podemos concluir que la tesis organicista de la familia provoca una deshumanización del vínculo familiar en cuanto implica la pérdida de la voluntad individual de sus miembros, en aras del fin superior de la familia. Las personas ya no son libres para perseguir sus propios fines e intereses individuales, sino que son encapsulados en un órgano que contrae sus libertades individuales quedando sometidas a un fin superior.²⁴⁶

²⁴⁴ Lacruz Berdejo, José Luis y Albaladejo, Manuel. *Derecho de Familia. El matrimonio y su economía*, Editorial Bosch, Año 1982, p. 10.

²⁴⁵ Díaz de Guijarro, Enrique. *Tratado de Derecho de Familia*, Editorial Tea, Buenos Aires, Año 1953, t I, p. 33.

²⁴⁶ Así Mizrahi, Mauricio; “Interés Familiar” en *Enciclopedia de Derecho de Familia*, Editorial Universidad, Ob. Cit., p. 552., quien al respecto señala: “Si se concibe al grupo familiar como un sujeto de derecho sería factible comprobar con perfiles distintivos un interés propio de la familia, considerada como una persona jurídica, moral o de existencia ideal. Sin embargo, se le ha replicado a esta teoría que los derechos son de los miembros y no de la familia, ya que el orden legal se estructura sobre la base de las personas físicas. Es decir que cualquier situación jurídica familiar está referida a seres individualizados y todo intento por “personalizar” al núcleo importará

La doctrina organicista difícilmente podría tener cabida en nuestro ordenamiento jurídico. No existe texto positivo alguno que establezca a la familia como un órgano jurídico, social o ético con intereses superiores a los de los individuos que la componen; y es insostenible pensar que el individuo pierda su voluntad por el hecho de ingresar a un grupo familiar, en aras del interés familiar.

2.6.2.3.- Tesis de la familia como institución.

La mayoría de la doctrina afirma la naturaleza institucional de la familia. Sin embargo como han apuntado BELLUSCIO²⁴⁷ y CORRAL TALCIANI²⁴⁸, no queda claro que debe entenderse por institución. Diversas respuestas se han dado al respecto.

En España PUIG PEÑA sostiene que: “la familia es ante todo una institución. No es algo cualquiera que se volatiliza al más pequeño de los soplos; tiene unas raíces naturales de firme consistencia, como asentada en los lazos de la sangre forma una entidad que vive con autonomía, y cuyas líneas directrices fundamentales no pueden ser alteradas sensiblemente por el capricho de la voluntad privada.”²⁴⁹

También en España, CASTÁN TOBEÑAS parece adherir a esta tesis en cuanto afirma que: “...aunque la familia no constituye, hoy por hoy, según ya hemos visto, una persona jurídica, lo que no ofrece duda es que forma un conjunto orgánico y una entidad natural.”²⁵⁰

su deshumanización. Por estas razones la doctrina de la personalidad mereció una repulsa casi unánime de los autores.”

²⁴⁷ Corral Talciani, Hernán. Ob. Cit., p. 18.

²⁴⁸ Belluscio, Augusto César. Ob. Cit., p. 9.

²⁴⁹ Puig Peña, Federico. *Tratado de Derecho Civil Español. Derecho de Familia*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, Año 1953, t II, Vol. I, p. 4 y 5.

²⁵⁰ Castán Tobeñas, José. *Derecho Civil Español Común y Foral*, Editorial Reus, Madrid, Duodécima Edición, Año 1994, t V, Vol. I, p. 43.

En Chile FERNANDO FUEYO²⁵¹ sostiene que: "...la familia es una institución porque está enraizada en la organización de la sociedad y no es ni transitoria ni excepcional ni susceptible de desaparecer al efecto de una circunstancia."

En Argentina diversos autores han procurado dar mayor precisión al concepto institucional, alineándose en dos tendencias: aquellos que ven en ella una institución jurídica y, por la otra, aquellos que ven en ella una institución sociológica.

Entre los partidarios de la tesis de la familia institución-jurídica podemos mencionar a JUAN CARLOS RÉBORA, GUILLERMO BORDA²⁵², ALBERTO SPOTA y AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO²⁵³.

²⁵¹ Fueyo Laneri, Fernando. *Derecho Civil*, Editorial Imprenta Universo, Santiago, Año 1972, t IV, Vol I, pp. 17 y 18.

²⁵² El distinguido magistrado argentino parte preguntándose si es acaso la familia un persona jurídica, sostiene que en apoyo de esta idea se ha hecho observar que ella tiene intereses distintos de los de sus miembros, que posee bienes (el bien o propiedad del hogar, los sepulcros) y que los jefes de familia actúan como voceros y órganos de ella. Pero hay en esta tesis una evidente exageración. La familia carece de capacidad jurídica; no puede adquirir derechos ni contraer obligaciones. La llamada propiedad del hogar o bien de familia no le pertenece a ella, sino al titular del derecho; sólo que la ley, en protección del núcleo familiar, ha establecido ciertas limitaciones tendientes a evitar su enajenación o su gravamen. En suma, no existe tal personalidad ni es necesaria; el propósito tuitivo de los intereses comunes se cumple satisfactoriamente con otros recursos legales. Agrega Borda que después de los estudios de Hauriou en torno a la teoría de la institución, resulta ya muy clara la verdadera naturaleza jurídica de la familia. Hauriou llamó la atención sobre el hecho de que ciertas vinculaciones jurídicas no se explican satisfactoriamente por la idea del contrato o de la simple norma objetiva. Son elementos sociales cuya duración no depende de las voluntades individuales de sus integrantes y que la ley misma no puede desconocer; colocadas entre los individuos y el Estado, sirven a intereses de grupos; tienen una vida propia, una organización y una autoridad al servicio de sus fines, ejemplo típico las asociaciones. Para designarlas se ha elegido la palabra institución, de acepción indudablemente multívoca, pero que expresa bastante bien la idea de que esas entidades se encuentran por encima de la voluntad de sus miembros y aun de la propia ley, que no puede desconocerlas sin grave violación del derecho natural. Agrega el magistrado Borda que por institución debe entenderse "una colectividad humana organizada, en el seno de la cual las diversas actividades individuales compenetradas de una idea directora, se encuentran sometidas para la realización de ésta, a una autoridad y reglas sociales. Concluye el autor que la familia es, por tanto, una institución típica, y sin duda la más importante de todas. (Borda, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil. Familia I*, Editorial Perrot, Sexta Edición, Buenos Aires, Año 1977, pp. 23 a 25.)

²⁵³ Belluscio, Augusto César. Ob. Cit., p. 9

AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO²⁵⁴, partidario de la tesis de familia institución-jurídica, parte señalando que no obstante los esfuerzos desplegados por los autores de la “teoría de la institución”, desarrollada preferentemente para explicar la personalidad jurídica pero aplicada también a la familia, el concepto de institución sigue siendo bastante impreciso.

Agrega este autor que: “Aun cuando el vocablo «institución» había sido utilizado con anterioridad, la teoría fue iniciada en Francia por MAURICE HAURIUO y desarrollada luego por GEORGES RENARD y MARCEL PRELOT. En nuestro país fue seguida especialmente por LÓPEZ OLACIREGUI, LAPLAZA, AFTALIÓN Y GARCÍA OLANO, Y PÁEZ.”²⁵⁵.

No estamos de acuerdo con estos predicamentos, la teoría institucional de Hauriou, Prelot y Renard fue concebida para dar categoría jurídica a los grupos intermedios, asimilando entes tan disímiles como la familia, el Estado o el Derecho de propiedad, al tiempo que subyace en ella la idea de sujeción del interés individual al interés colectivo institucional.²⁵⁶.

²⁵⁴ Belluscio, Augusto César. Ob. Cit., p. 9

²⁵⁵ Belluscio, Augusto César. Ob. Cit., p. 10.

²⁵⁶ Dice Hauriou que institución es todo elemento de la sociedad cuya duración no depende de la voluntad subjetiva de individuos determinados; tales la familia, la propiedad, un Estado en particular, que no pueden ser destruidos ni siquiera por la legislación. La define como «una idea objetiva transformada en una en una obra social y que sujeta, así, a su servicio voluntades subjetivas indefinidamente renovadas», o bien como «una idea de obra o de empresa que se realiza y dura jurídicamente en un medio social», para cuya realización se organiza un poder que le procura órganos. A su vez Prélot sostiene que institución es «una colectividad humana organizada, en el sentido de la cual las diversas actividades individuales, compenetradas de una idea directora, se halla sometidas, para la realización de ésta, a una autoridad y a las reglas sociales». Según Hauriou son elementos de la institución: a) una idea objetiva descubierta, más que inventada, por una persona o grupo de personas, y que atrae la adhesión de otras; al ser compartida por otras personas y ser objetiva, constituye una idea fuerza; b) las adhesiones que recibe la idea objetiva del fundador, ya que el carácter de idea-fuerza le da un efecto expansivo en el medio social; c) la sujeción de voluntades, que tiene lugar en razón de que el funcionamiento de la institución requiere la existencia de poderes organizados que representen esa comunión de adhesiones, presten servicios a la institución y sometan sus voluntades subjetivas a la realización de la idea objetiva.”. “Se distingue entre la institución-cosa y la institución-persona. En ambos casos hay una idea compartida por un grupo de personas, pero en la institución-persona la adhesión de los individuos es una obra o empresa, de modo que para realizarla surge un cuerpo constituido con un poder organizado, convirtiéndose la idea en sujeto. En la institución-cosa, en cambio, lo que se comparte es una idea normativa, aparece una regla de derecho que

Por otro lado están quienes defienden la tesis de la familia como institución-social. Entre quienes defienden esta tesis están los argentinos DÍAZ DE GUIJARRO, GUASTAVINO Y ZANNONI.

Al respecto el profesor ZANNONI sostiene que la familia es una institución social. Señala que: "...la familia es ante todo una institución social. Aquí el concepto de institución es eminentemente sociológico: institución que trasciende como un conjunto de pautas de conducta internalizadas que se aplican a una determinada categoría de relaciones sociales, en este caso, las familiares. No cabe duda de que la familia es, por tanto, una institución social y participa del concepto de institución en éste ámbito, entendida como toda configuración o combinación de pautas de comportamiento compartidas por una colectividad y centradas en la satisfacción de alguna necesidad básica del grupo..."²⁵⁷.

Agrega este autor que: "...cuando desde el punto de vista jurídico, se reconoce el carácter institucional de la familia, débese acudir a éstos conceptos. La institución importa en este caso un subsistema funcional de la sociedad en la medida que, a través de ella, el sistema integral de la cultura satisface la tendencia a la conservación de la unidad estructural. El derecho, repetimos, reconoce ese carácter institucional, pero no lo crea; la institución se impone y trasciende en función de los procesos de socialización que institucionalizan normas de comportamiento social.

Compartimos, la observación de GUASTAVINO, en el sentido de que *ontológicamente* la familia es una institución en sentido sociológico aunque el Derecho, mediante principios propios, organice con carácter normativo y sistemáticamente la realidad ontológica, erigiendo en instituciones jurídicas el matrimonio, la filiación, la adopción, etcétera."²⁵⁸.

se impone en la conciencia de los individuos y obtiene su aprobación, sin engendrar un sujeto o corporación." (Belluscio, Augusto César. Ob. Cit. p. 10).

²⁵⁷ Zannoni, Eduardo. Ob. Cit., p. 16.

²⁵⁸ Zannoni, Eduardo. Ob. Cit., p. 17.

Precisa ZANNONI²⁵⁹ que: "...al emplear el término institución, no lo hacemos, por supuesto, dentro de la perspectiva de la teoría francesa de Maurice Hauriou y Georges Renard –conocida como la teoría de la institución- nacida para dar categoría jurídica y función en la creación del derecho a los grupos intermedios en contraposición al derecho individual.

La teoría de la institución, que parte de la aceptación de ideas-fuerza objetivadas, a las cuales –una vez descubiertas- se sujetan las voluntades para su realización bajo el control de poderes organizados que representan la adhesión a las ideas, nos evoca el organismo jurídico de Cicu. El mismo Renard define la institución como un organismo con fines y medios de acción superiores en potencia y en duración a los de los individuos que lo componen”.

Agrega ZANNONI²⁶⁰ que: “Dentro de esta perspectiva, la familia –junto a otros grupos sociales, como iglesia, corporaciones, sociedades, etc.- sería una institución basada en el poder para la realización de una idea objetiva organizada (idea encarnada). Es una clara aplicación de la «Idea» hegeliana, en cuanto «Idea» absoluta del bien común, que se realizaría en una estructura autoritaria de relaciones entre el todo y las partes.”.

Por nuestra parte, siguiendo al profesor argentino ZANNONI, estamos por la tesis de la familia como una institución social, ya que es, a nuestro juicio, la única que no corporativiza la familia, y por ende, los intereses del sujeto y su voluntad, no se ven reprimidas por la voluntad institucional del Estado.²⁶¹.

²⁵⁹ Zannoni, Eduardo. Ob. Cit., p. 17 y 18.

²⁶⁰ Zannoni, Eduardo. Ob. Cit., p. 18.

²⁶¹ Las diferencias entre la concepción sociológica y la jurídica de la familia son evidentes, a saber: Para la corriente sociológica, el derecho no crea la institución, sólo la reconoce y ampara mediante la norma jurídica; para la tesis jurídica, en cambio, el Derecho crea la institución, y las partes quedan sujetas a la realización de la voluntad estatal que se impone. Mientras que para la tesis social, los intereses del sujeto y su voluntad, no se ven reprimidas por la voluntad institucional; para la jurídica, la voluntad y los intereses del sujeto no cuentan, sólo cuenta la realización de la idea de la voluntad del Estado, no siempre coincidente con el querer individual del sujeto. Como podemos apreciar en último término no existe gran diferencia entre la tesis organicista de la familia y la tesis jurídico-institucional de la misma, pues ambas ven en la familia, una entequeia cuyos intereses se imponen a sus miembros a través de un dirigismo estatal. Por estas razones abrazamos la tesis de que la familia es ante todo una institución social.

2.6.3.- El interés familiar y el interés individual.

La tesis negativa se funda en la existencia de un interés familiar que es superior al interés individual de sus miembros. Por consiguiente, ante un reclamo indemnizatorio, debe ser rechazado, ya que existirían, intereses familiares superiores como la armonía, la paz y la piedad familiar. Lo anterior, unido al pretendido carácter público, especial e indisponible de la ley familiar, forma una valladar que obstruye cualquier pretensión resarcitoria en este ámbito.

Es innegable que la familia es una agrupación humana muy importante. Allí se forma el individuo, socializa, se hace humano, etc. Sin embargo, la pregunta es ¿puede negarse la reparación de un daño en sede familiar pretextando para ello la existencia de un interés familiar superior?

El asunto no es fácil. De partida, tanto la ley civil, como la familiar, ha incorporado normas que reconocen ambos intereses, prevaleciendo en muchos casos el individual, verbigracia: el interés superior del niño. Sin embargo, otras, reconocen o se fundamentan en el interés de la familia. De este modo, ante un conflicto familiar con proyección dañosa, surge el conflicto de dilucidar, cuál ha de privilegiarse.

2.6.3.1.- El interés familiar: ¿una idea preconcebida y abstracta?

Algún autor²⁶² afirma que existiría una idea preconcebida e indiscutida, de que existiría un *interés familiar* como idea abstracta desprendida de los propios

²⁶² Así don Manuel Somarriva Undurraga, en su obra *Derecho de Familia*; Tomo I, pp. 7., quien nos enseñaba que “En la organización familiar están en juego no únicamente los intereses individuales, sino también los intereses de la sociedad toda. Esta característica no concurre en el Derecho Patrimonial, en el cual domina sin contrapeso el interés egoísta del individuo.”. Por su parte don René Ramos Pazos, en su obra *Derecho de Familia*, Quinta Edición, Año 2005, p. 17., nos señalaba que “...en el Derecho de familia hay un claro predominio del interés social sobre el individual...”, y, que “...las normas reguladoras del Derecho de familia son de orden público siendo únicamente la ley y no la voluntad de las partes, la que regula el contenido, extensión y eficacia de las relaciones familiares.”. Por su parte Court Murasso, Eduardo; *Curso*

intereses de las personas concretas.²⁶³ En *cierto* aspecto no es incorrecto el planteamiento porque se suele olvidar que la familia está al servicio de la persona humana, y que ella es causa para el desarrollo y bienestar personal del individuo.²⁶⁴

No es casual que, en materia de daños en el ámbito del Derecho de familia, tanto la doctrina como la jurisprudencia extranjera **haya seguido esta idea** resaltando que, la familia, ya no es un bastión de derechos irrenunciables sino, un cauce para el desarrollo personal del individuo.

Sin embargo, ello no significa que no haya algún interés superior que deba privilegiarse, afirmar lo contrario sería ignorar la familia. El asunto consiste, ante

de Derecho de Familia, Ob. Cit., pp. 2 y 3., refiriéndose a las características especiales del derecho de familia señala: “a) El derecho de familia hace primar **el interés social** por sobre el interés particular. Esto trae consecuencias: a) Que la mayoría de sus normas son de orden público e imperativas (así, los arts. 254, 1749, 1754, 1755, 149, 393, 394 CC, etc); o bien prohibitivas (arts. 153, 150 inciso 2°, 1721 inciso final CC, etc.)” (Sic) “b) Por lo mismo sus normas son inderogables por la voluntad de las partes (por ejemplo, arts. 102, 153, 150 inciso 2°, 1721 inciso final, etc.)”.

²⁶³ Así Mizrahi, Mauricio Luis; “Interés Familiar”, *Enciclopedia de Derecho de Familia*, Ob. Cit., p. 555. Este autor en relación a estas ideas nos señala: “Es notoria la proliferación de la corriente de pensamiento que concibe al interés familiar como una idea abstracta; esto es, desprendido de los propios intereses de las personas concretas. Amén de la referida doctrina italiana, es inocultable el desarrollo de esta tesis en el marco del Derecho francés: sin perjuicio de la conocida postura de Savatier, otros de los más eminentes expositores de ese derecho pudieron decir que lo esencial no es preocuparse por los intereses de los miembros que forman el grupo familiar, sino contemplar el interés de la familia en sí misma, como institución; y Josserand calificó pomposamente a la familia como una agrupación de naturaleza sagrada.” (Sic) “Acaso esta concepción –que eleva a la familia a la categoría de ente lequía con pretendidos valores propios– es producto de una ficticia creación que responde a una determinada ideología. Pareciera haberse operado en la especie una deformación conceptual; fundamentalmente porque quedaron relegadas a un plano subalterno las personas físicas que dan vigencia al núcleo y, con ello, perdió importancia la valoración acerca de si existe o no entre los sujetos un vínculo de amor, de afecto recíproco, de comunidad y de solidaridad. Lo relevante pasó a ser la estructura externa de la familia, la “cáscara”, con total despreocupación de su contenido.”.

²⁶⁴ No es casualidad que el código civil chileno en su art. 222, según la modificación introducida por la Ley 19.585 de D.O., 26 de octubre de 1998, establezca en su inc. 2° que: “*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.*” Norma que está en total correspondencia con el art. 1° inc. 4° de la C. Pol., en cuanto ésta dispone que: “*El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de sus integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respecto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.*”.

el conflicto, **sopesar los intereses en juego**, de tal suerte de conciliar el necesario interés en preservarla, y, por otra, la legítima aspiración de ser resarcido²⁶⁵.

Así las cosas, y contrariamente a lo afirmado por MIZRAHI, la idea de un interés familiar no es tan abstracta como dicho autor sostiene y, menos aún, preconcebida. Dicha idea está allí, subyacente en la normatividad familiar.

Basta remitirse a aquellas normas que reflejan la idea de piedad familiar. En todas ellas, la idea fuerza es un **no judicializar el conflicto** sea de la naturaleza que fuere, ello, en aras de preservar la unidad familiar, y ello es así precisamente, porque hay un **interés superior** en preservarla. De allí que el art. 1° inc 3° C. Pol., hable de dar protección a la familia y propender a su fortalecimiento.

2.6.3.2.- El surgimiento de intereses familiares individuales con expreso reconocimiento legal.

En las últimas décadas el legislador familiar chileno progresivamente ha ido regulado de manera expresa diversos intereses familiares individuales tales como el **interés superior del niño y la protección del cónyuge débil**. Primero por la suscripción de diversos tratados internacionales²⁶⁶, luego mediante

²⁶⁵ Allí tendrá total validez aquella regla que hemos sentado y que dice relación con que: las disputas se arreglan en casa de acuerdo a las reglas de cada familia, rigiendo allí en total plenitud el principio de solidaridad familiar; los conflictos familiares que denotan ruptura o vulneración de derechos, se solucionan de acuerdo a las normas especiales del derecho de familia; y, el perjuicio, cuando éste reviste un singular poder dañador, de acuerdo a las normas de la responsabilidad civil, con la especificidades propias que impone la realidad familiar.

²⁶⁶ La Convención Sobre Derechos del Niño que consagró la protección del interés superior del niño en sus arts.: 3° N° 1 que dispone que: “*En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño.*”. Este mismo principio se reitera en el art 9° N° 1: “*Los Estados partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley o los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño...*”, y, en el art. 9 N° 3: “*Los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté*

reformas al código civil²⁶⁷, y, finalmente a través de diversas leyes especiales entre ellas la Ley 19.620, 19.947²⁶⁸ y 19.968.²⁶⁹

separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño". De igual modo en la parte final del N° 1 del art. 18: *"Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño."*. También el N° 1 del art. 20: *"Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exijan que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado"*. En el art 21 N° 1: *"Los Estados partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial"*.

²⁶⁷ El código civil chileno, según la modificación introducida el año 1998 por la Ley 19.585, D. O. 26 de octubre de 1998, modificó el código civil consagrando principios tales como el interés superior del niño. Así por ejemplo deben mencionarse el art 222 inc 3°; 242; 244 inc. 3°; 245 inc. final; 268 inc. 2° y 271 N° 3.

²⁶⁸ La N° 19.947, Ley de Matrimonio Civil, D.O. 17 de mayo del 2004, consagró dos principios el del interés superior del niño, y, el de la protección del cónyuge débil. Abre el catálogo de protección de intereses individuales, lo dispuesto en el art. 3 inc 1°: *"Las materias de familia reguladas por esta ley deberán ser resueltas cuidando proteger siempre el interés superior de los hijos y del cónyuge más débil"*. Más adelante en su art. 30 inc. 1° dispone que: *"Tratándose de cónyuges casados bajo el régimen de sociedad conyugal, cualquiera de ellos podrá solicitar al tribunal la adopción de las medidas provisionales que estime conducentes para la protección del patrimonio familiar y el bienestar de cada uno de los miembros que la integran."*

²⁶⁹ La Ley N° 19.968, Ley de Tribunales de Familia, D.O. 30 de agosto del 2004, ha consagrado el principio del "interés superior del niño" y "el derecho a ser oído" como principios del procedimiento. Así el art. 16 inc. 1° y 2° dispone: *Interés superior del niño, niña o adolescente y derecho a ser oído. Esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías. El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento.* Según plantea Barrientos Grandón, Javier, *Derecho de las Personas. El Derecho Matrimonial*, Ob. Cit., p. 111., este principio cumple un doble rol, el de *principio rector procesal* y el *principio rector de decisión*. Como *principio rector procesal*, ha de regir a todos los actos procesales que se realicen en los procesos sustanciados ante los tribunales de familia. Según Barrientos Grandón son corolarios de este principio el art. 21 inc. 1°, en virtud del cual *"podrá el juez de familia en cualquier etapa del procedimiento, o antes de su inicio, de oficio o a petición de parte, y habida cuenta de la verosimilitud del derecho invocado y del peligro en la demora que implica la tramitación, decretar las medidas cautelares innovativas que estime procedentes, pero sólo en situaciones urgentes y cuando lo exija el interés superior del niño, niña o adolescente, o cuando lo aconseje la inminencia del daño que se trata de evitar"*; el art 63 inc. final, que dispone: *"Podrá asimismo ordenar, en interés superior del niño, niña o adolescente, que éste u otro miembro del grupo familiar se ausente durante determinadas actuaciones"*; y el art. 106 inc 2° que dispone que: *el mediador velará siempre para que se tome en consideración el interés superior del niño, niña o adolescente, en su caso, como los intereses de los terceros que no hubieren sido citados a la audiencia, a quienes también podrá citar*". Y como *principio rector de decisión*, en virtud del cual, y tal como dispone la norma debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento. Siendo un ejemplo de aplicación, según plantea Barrientos, el art. 30 inc. 2° primera parte, que dispone que: *"El juez aprobará sólo aquellas convenciones probatorias que*

2.6.3.3.- ¿Alcance relativo de las normas que regulan expresamente el interés familiar?

En lo que a intereses de la familia se refiere, el código civil chileno en su redacción original nada dijo al respecto, siendo sólo la Ley 19.335 de D.O. 24 de septiembre de 1994, la que introdujo al art 144²⁷⁰ Cc, por primera vez la expresión “interés de la familia”. También lo ha hecho la Ley 19.947 en su art. 30²⁷¹, con la salvedad de que dicha norma habla de “la protección del patrimonio familiar y el bienestar de cada uno de los miembros que la integran”.

De este modo, podemos sentar el principio de que, cuando el legislador hace referencia al “interés familiar”, lo que intenta proteger inmediatamente, es el patrimonio familiar, esto es, el conjunto de bienes que lo integran, sean muebles o inmuebles, y, de este modo, permitirle al grupo familiar, esto es, a todos y a cada uno de sus miembros, una situación de bienestar material en su uso y goce.²⁷²

no sean contrarias a derecho, teniendo particularmente en vista los intereses de los niños, niñas o adolescentes involucrados en el conflicto”.

²⁷⁰ Art. 144 Cc.: “*En los casos del artículo 142, la voluntad del cónyuge no propietario de un bien familiar podrá ser suplida por el juez en caso de imposibilidad o negativa que no se funde en el interés de la familia. El juez resolverá previa audiencia a la que será citado el cónyuge, en caso de negativa de éste”.*

²⁷¹ Art. 30 inc. 1° Ley 19.947: “*Tratándose de cónyuges casados bajo el régimen de sociedad conyugal, cualquiera de ellos podrá solicitar al tribunal la adopción de las medidas provisionales que estime conducentes para la protección del patrimonio familiar y el bienestar de cada uno de los miembros que la integran”.*

²⁷² Y como una consecuencia más mediata o indirecta, el bienestar espiritual o psíquico de sus miembros. Es por ello que no estamos de acuerdo con una sentencia del Juzgado de Letras en lo Civil de Río Negro, Rol 1 N° 7712, de 31-Dic-2000, que, en su considerando 9° señala que: “*De las normas que rigen la figura de autos aparece que el propósito pretendido fue la protección o interés de la familia, en su calidad de tal y no en su aspecto patrimonial”.* No estamos de acuerdo con el fallo. Primero, porque es evidente que la norma lo que pretende es la protección de los bienes del grupo familiar, que ya han sido gravados como familiares, y no otra cosa. Segundo, porque la norma está ubicada dentro del párrafo 2° del Título VI del Libro I del código civil, denominado “De los bienes familiares.”, siendo por ende, el objeto de la protección judicial, los bienes que integran dicho patrimonio familiar, no la familia en cuanto tal, ya que ella, como hemos dicho hasta el cansancio, no es un sujeto de derechos, no es un órgano con existencia real, no es una persona moral, etc. Otra cosa es que, a consecuencia del obrar judicial, y en protección de los bienes que integran dicho patrimonio familiar, se dé protección a los miembros que la integran, pero en este caso el fallo sigue defectuoso, por cuanto lo que se protegería en

¿Significa ello que no exista reconocimiento expreso del interés familiar? Creemos que no, y para fundamentar la negativa nos basta remitirnos a aquellas normas que se fundan en la piedad o solidaridad familiar, así como en la propia norma constitucional que obliga a dar protección a la familia y propender a su fortalecimiento.

2.6.3.4.- Resarcimiento de daños en sede familiar y límites a la protección del interés individual.

Lo señalado no significa en modo alguno que no se deban cautelar ciertos intereses familiares. El problema consiste precisamente en determinar, cuáles son los criterios de frontera tras los cuales, ya no será aconsejable acoger una acción de reparación de daños, por existir bienes jurídicos superiores.

Debemos recordar que, en Argentina, el proyecto²⁷³ de código civil del año 1998 dispuso en su art. 1589 que no es reparable el daño justificado²⁷⁴ salvo: si la admisión de una acción reparatoria puede poner en peligro los intereses generales con respecto a la persistencia y estabilidad de la institución familiar, de la solidaridad entre sus miembros y de la piedad familiar.

A partir de ello el límite o criterio de frontera, creemos, debe buscarse: **1)** En la solidaridad y piedad familiar, y en los vínculos de altruismo que, indudablemente, deben imperar en la familia²⁷⁵; **2)** La regla fundamental: las

este caso, no es a la familia, que para estos u otros efectos, no existe, sino a sus miembros. A mayor abundamiento son los miembros de la familia los ejercen los derechos reales de uso y goce sobre los bienes familiares, no la familia que, para estos efectos no es, ni puede ser tampoco, titular de derechos reales.

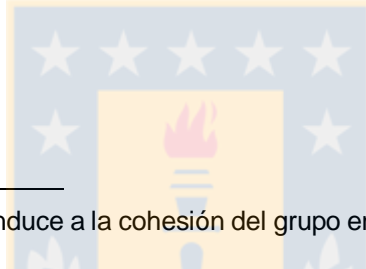
²⁷³ En su art. 1686, dicho proyecto disponía la aplicación expresa de los principios generales de la responsabilidad civil en la órbita de las relaciones de familia, siempre que se trate de un daño injusto y se haya obrado con culpa grave o dolo.

²⁷⁴ Que es aquel causado en el ejercicio regular de un derecho o una facultad, en defensa propia; para conjurar un mal actual o temido; si lo dispone la ley, o cuando, si bien se ven afectados intereses de incidencia colectiva, corresponde considerarlo socialmente tolerable en razón del interés general.

²⁷⁵ En nuestro ordenamiento hay numerosas normas que se fundamentan en ideas tales como la solidaridad, abnegación, paz familiar y piedad familiar. Dichas normas, no constituyen sino,

disputas de solucianan en casa, las crisis a través del Derecho de familia, y, el daño, cuando tiene caracteres de especial gravedad, a través del derecho de daños; **3)** Los incumplimientos de deberes no son, en sí mismos, generadores de responsabilidad sino el *hecho* que provoca un daño anormalmente grave²⁷⁶.

De lo anterior, podemos adelantar que, el principio de especialidad, en su genuino sentido, no es un valladar excluyente de la responsabilidad civil, sino más bien un principio de garantía, pues, garantiza la correcta aplicación de la responsabilidad civil en el ámbito familiar, circunscribiendo su órbita²⁷⁷ sólo a aquellos casos en que hay un daño anormalmente grave²⁷⁸ en relación a un curso normal de eventos dañosos²⁷⁹.



una fuerza centrípeta que induce a la cohesión del grupo en torno a un fin común: la preservación de la familia.

²⁷⁶ En efecto, los incumplimientos de deberes familiares no son, en sí mismos, hechos susceptibles de generar daño resarcible, si así fuese, el derecho de familia, podría ser sustituido por el Derecho de la responsabilidad civil, vale decir: 1) las crisis familiares, en vez de ser enfrentadas mediante el Derecho familiar, serían encaradas a través de la responsabilidad civil, lo cual no sólo generaría un *solapado* problema de competencia jurisdiccional, sino un explícito desorden o desquiciamiento legal; 2) La responsabilidad civil podría transformarse en una suerte de atadura o cadena legal, o en el precio de la venganza, en circunstancias que su lugar, en sede familiar, es la reparación del daño grave, real y objetivo. O bien, en un factor disgregante o centrífugo que atentaría contra la unidad familiar, en desmedro del mandato constitucional que obliga a dar protección a la familia y propender a su fortalecimiento.

²⁷⁷ La pregunta que cabe formular es: ¿es realmente al Derecho de familia quien tiñe –*por así decir*– a la responsabilidad civil, modificando sus reglas regenerales? ¿No será acaso que el Derecho civil, separando aguas respecto del Derecho de familia se repliega a sí mismo circunscribiendo a su órbita? ¿No será que el daño anormalmente grave y las conductas que están más allá del umbral de la culpa grave obedecen, más bien, a una separación de aguas, a un repliegue entendido como exacta circunscripción y quizá no tanto como una alteración de una regla general de responsabilidad civil? De este modo la pregunta más importante sigue siempre siendo la misma: ¿Por qué el daño resarcible es el daño anormalmente grave y la culpa que es imputable es aquella que se circunscribe a un umbral que está más allá de la culpa grave? ¿Por un fenómeno de modificación o separación de aguas y exacta circunstaripción?

²⁷⁸ Esta particular visión del fenómeno dañoso en sede familiar que hemos propuesto implica: a) una no injerencia del estado en la esfera más íntima del individuo con lo cual se des-publicita la familia, al tiempo que, se re-privatiza el derecho de familia; b) El respeto a la familia en cuanto se impide que se le ataque mediante pretensiones absurdas en las cuales, lo que se busca, más que reparar un daño, es resarcir incumplimientos, cuya fuerza dañadora, es la de toda crisis, ni más ni menos.

²⁷⁹ Vid *Infra* 3.2.4.-

CAPÍTULO 3. ARGUMENTOS A FAVOR DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DE FAMILIA

3.1.- Los cambios experimentados en la familia.

En una primera etapa, contraria al resarcimiento, su visión patriarcal y jerarquizada sirvió de base para rechazar pretensiones de esta naturaleza. Sin embargo, en un segundo momento, su visión igualitaria y democrática, producto de profundos cambios culturales y jurídicos, ha sido la base de su acogida, así lo ha puesto de manifiesto la doctrina.²⁸⁰

El modelo patriarcal y jerarquizado heredado desde la antigüedad, representado por la gran familia, fue sustituido a partir de la era postindustrial por un modelo más pequeño, la familia nuclear. La incorporación masiva de la mujer al mundo laboral, durante el siglo XX, propició un equilibrio de poderes, que fue recogido a través de reformas legales.

Sin embargo, a partir de la segunda mitad del siglo XX, se comienza a producir un cambio social estructural. La sociedad disciplinar, propia del siglo XIX, dio paso a la sociedad postmoderna propia de nuestros días. Manifestada por la revalorización de la persona, el nacimiento de la cultura de la autorrealización personal, etc.

Este cambio impactará en la familia, ésta no será más un órgano al servicio de fines superiores o estatales, sino un cauce del desarrollo personal. Ya no será más un bastión de derechos irrenunciables donde las personas sufren en silencio para salvaguardar la armonía familiar.

Desde la óptica del daño, la nueva cultura postmoderna podría explicar la inflación del fenómeno resarcitorio. Así desde la óptica del sujeto familiar éste

²⁸⁰ Así Medina, Graciela. *Daños en el Derecho de Familia*, Ob. Cit., p. 600.

dirá: ya no tengo porqué padecerlos. Desde la óptica del vínculo familiar se dirá: éste no es más un obstáculo para dejar de repararlos.

3.1.1.- La familia patriarcal: un esquema heredado desde la antigüedad romana.

Para RUDOLPH VON IHERING²⁸¹, en el período arcaico, la familia romana es una verdadera asociación religiosa más que una asociación natural fundada en el nacimiento, el parentesco y los recíprocos afectos. FOUSTEL DE COULANGES²⁸² afirmaba que el principio constitutivo de la antigua familia



²⁸¹ Así: Ihering, Rudolph Von. *Prehistoria de los indoeuropeos*. Editorial Librería de Victoriano Suárez, Año 1896, p 77.

²⁸² Fustel de Coulanges, Numa Dionisio. *La Ciudad Antigua*, Editorial Iberia S.A., Edición año 1987, p. 53; Mizrahi, Mauricio Luis. *Familia, matrimonio y divorcio*, Editorial Astrea, Edición año 1998, p. 34 y 35.

romana fue la religión²⁸³. Para otros como PIETRO BONFANTE²⁸⁴, la antigua familia romana es un organismo político, para fines de orden y defensa social.

La familia romana tenía un jefe que era el *pater*²⁸⁵. En él residía la autoridad máxima²⁸⁶. Dicho *pater* tenía una cuádruple función: era sacerdote,

²⁸³ No es posible explicar la familia romana sin entender su religión, dada la indisoluble vinculación existente entre ambas, Ihering (Ihering, Rudolph Von. Ob. Cit. p.77) nos dice que el culto de los antepasados nos da la clave del mundo romano. En la antigua Roma existía la creencia que al morir una persona y ser sepultada, ésta prolongaba su vida bajo la tierra. La humanidad entera estaba persuadida de que sin sepultura, el alma era miserable y por la sepultura adquiriría la eterna felicidad. A tal punto llegaba esta creencia que se le temía más a la falta de sepultura que a la propia muerte (Fustel de Coulanges, Numa Dionisio. Ob. Cit. pp.18 a 20). De este modo en la antigua Roma, los muertos eran considerados santos, sin importar la conducta que llevaran en vida, existiendo por ello el culto a sus muertos²⁸³. Sin embargo, esta bienaventuranza dependía de un requisito ineludible: que los vivos le tributasen regularmente las ofrendas, siendo la ofrenda por excelencia la comida fúnebre²⁸³. Si se descuidaba dicha ofrenda, estos dioses se convertían en demonios que subían a la superficie castigando a los vivos por su negligencia impía (Fustel de Coulanges, Numa Dionisio. Ob. Cit. p. 26 y 62). La religión en la antigua Roma fue doméstica, cada familia tenía sus propios ritos y sus propios dioses, que eran sus antepasados (Fustel de Coulanges, Numa Dionisio. Ob. Cit. p. 37, 39 y 54) Siendo tres los elementos distintivos de esta religión familiar: el fuego sagrado, la comida y el culto de sus antepasados. En efecto, la religión de la antigua Roma fue la religión del hogar, o fuego sagrado, dios bienhechor, que nunca debía extinguirse. Era obligación sagrada del jefe de la casa conservar el fuego día y noche, a tal punto que hogar extinto era sinónimo de familia extinta (Fustel de Coulanges, Numa Dionisio. Ob. Cit. p. 27, 28, 29). La comida fúnebre era un acto sagrado e ineludible, único banquete de que podían disfrutar los dioses domésticos en su segunda vida, que sólo podía ser ofrecida por el descendiente varón debidamente iniciado en el culto familiar. De este modo, vivos y muertos se necesitaban mutuamente, formándose así un lazo poderoso entre todas las generaciones de una misma familia (Fustel de Coulanges, Numa Dionisio. Ob. Cit. p. 37, 39).

²⁸⁴ Bonfante, Pietro. *Instituciones de Derecho Romano*. Editorial Reus Madrid, Año 1979, p. 143, 144. Iglesias, Juan. *Derecho Romano*, Editorial Ariel Barcelona, Año 1972, p. 531. Para tener una idea de cómo se inserta la familia en la sociedad romana, veamos un párrafo de Bonfante: "...En las sociedades primitivas no se ha constituido nunca un solo organismo o un solo poder supremo para mantener el orden y cuidar de la defensa, sino que existen varios organismos, en series subordinadas, una superior a la otra, de modo que la autoridad del supremo organismo político no se ejerce, como la de nuestro Estado, inmediatamente sobre los individuos, sino sobre los grupos subordinados, y no tiene por límite la libertad individual, sino la autoridad de los grupos o de sus jefes..." "...Para tener una idea de ellas, deberíamos imaginar Estados federales, en los que, a su vez, los Estados componentes fuesen nuevas federaciones. Tales organismo políticos en la primitiva sociedad romana eran los siguientes: las familiae, constituidas entonces (como se puede deducir de una serie de recuerdos históricos y de supervivencias jurídicas) sobre bases más amplias, es decir, de grupos agnaticos o gentilicios..." "...por encima de ella y de las gentes las tres originarias tribus y, finalmente, la civitas." (Bonfante, Pietro. Ob. Cit. p. 144, 145).

²⁸⁵ Mizrahi, Mauricio Luis. Ob. Cit. p. 39. Fustel de Coulanges. Ob. Cit. p. 102.

²⁸⁶ Mazeaud, Henri, Leon y Jean. *Lecciones de derecho civil*. Volumen III, Editorial Ejea, Año 1976, p. 28, 29 y 30; Bonfante, Pietro. Ob. Cit. p. 143.

legislador²⁸⁷, juez y propietario²⁸⁸. En efecto, el *pater* era jefe supremo de la religión doméstica, sobre él recaía la responsabilidad de perpetuar el culto familiar, y no existía ninguna autoridad superior a él²⁸⁹.

Ya en la edad media, y comienzos de la era moderna, diversas instituciones fueron traídas a América. Todas ellas propenden a conservar indefinidamente la integridad del patrimonio familiar²⁹⁰. Esta situación, con ojos actuales, una evidente desigualdad entre los hijos, puesto que es el hijo mayor quien se beneficia “in sólido” del patrimonio familiar con exclusión de todos los demás herederos²⁹¹.

El interés en la conservación perpetua del patrimonio familiar quedó representado por la **vinculación**, en cuya virtud el padre “vincula” ciertos bienes los cuales quedan aferrados perpetuamente al dominio de la familia. La cual encontró su complemento en el **mayorazgo**²⁹², en cuya virtud el primogénito más

²⁸⁷ Bonfante, Pietro. Ob. Cit. p. 146. Es ilustrativo citar a este respecto un párrafo de la obra de Foustel de Coulanges: “...El derecho antiguo no es obra de un legislador; al contrario, se ha impuesto al legislador. Es en la familia donde ha nacido. Surgió espontáneamente y ya formado de los antiguos principios que la constituían. Se derivó de las creencias religiosas que estaban universalmente admitidas en la primitiva edad de estos pueblos y que ejercían su imperio sobre las inteligencias y sobre las voluntades...” (Foustel de Coulanges. Ob. Cit. p. 101).

²⁸⁸ Mizrahi, Mauricio Luis. Ob. Cit. p. 39.

²⁸⁹ Fustel de Coulanges. Ob. Cit. p. 40, 41, 102, 106. Mizrahi, Mauricio Luis. Ob. Cit. p. 39.

²⁹⁰ Es que lo que inspira a la legislación española de esta época no es el bienestar e igualdad de los miembros del grupo familiar, sino la conservación del patrimonio familiar como núcleo de poder. De este modo, la familia prevalece ante el individuo, dotada de poderes exorbitantes y vocación de eternidad, en donde la mayoría de sus miembros son apenas una pálida sombra, sin patrimonio y a veces sin derechos, frente a un padre todopoderoso que dirige sus vidas a su antojo.

²⁹¹ Y es que “bajo el nuevo estado social –feudalismo- la fuerza recupera por mucho tiempo su imperio. El poder se reparte entre pequeños soberanos que se aíslan y emprenden guerras privadas, de las cuales algunos salen fortalecidos y se convierten en el puntal o en la amenaza de la insegura monarquía que asoma, y que para recompensarlos o aplacarlos les crea privilegios que se transmitirán indefinidamente a un hijo.”(Rebora, Juan Carlos. *La Familia*, Editorial Juan Roldán & CIA, Buenos Aires, 1926, p. 132.).

²⁹² El derecho de primogenitura (que ya regía en el antiguo derecho romano) ha sido el fundamento de la sociedad medieval, por lo menos, desde los finales de la Edad Media hasta el siglo XVII. A la luz del ejercicio de este derecho, mediante el cual se transmitían los bienes familiares a favor del hijo mayor, se evitó la arriesgada partición de un patrimonio. En particular, ello revistió importancia cuando se produjo una creciente movilidad de la riqueza y, en consecuencia, una regresión de la concentración unitaria de los bienes, al no estar más éstos protegidos por las indivisiones y las solidaridades del linaje. Precisamente, la persistencia en la práctica de esta costumbre hereditaria tiene su causa en el temor de los progenitores de que,

próximo sucede en los bienes vinculados²⁹³. Otras instituciones que apuntaron en igual sentido fueron el **retracto gentilicio**²⁹⁴ y la **encomienda**²⁹⁵.

De este modo, el grupo familiar durante la Colonia se organizó sobre la base de la indisolubilidad matrimonial, la autoridad del *pater familias* y la obediencia de la cónyuge e hijos. El poder del padre revistió idénticas características que en el Derecho castellano, contenido en el Código de las Siete Partidas inspirado en el Derecho romano justiniano.

A la época de la dictación del código civil de BELLO, la posición de supremacía del marido respecto a la mujer e hijos era evidente: a) se conserva el matrimonio religioso; b) se establece la indisolubilidad del matrimonio, sólo existe separación de cuerpos, subsistiendo el vínculo; c) mantiene al hombre como Jefe de la familia, quien administra sin limitación los bienes sociales; d) impone una serie de restricciones a la mujer casada quien permanece incapacitada legalmente; e) clasifica en forma diferenciada a los hijos según su origen; f) establece patria potestad a favor del padre, con facultades de castigo corporal, etc.

repartiendo sus bienes entre todos sus hijos, no se pudiese ya realzar el brillo y la gloria de su familia y lograr la eternización del apellido. En otras palabras, el derecho de primogenitura traducía un intento de mantener la concepción del linaje en todo su esplendor (Mizrahi, Mauricio Luis. Ob. Cit. pp. 113 y 114.

²⁹³ La propiedad familiar, así caracterizada, se transmite indefinidamente de padres a hijos, y cuando llega, por fin, a un titular que fenece sin descendencia –en algunos casos sin descendencia masculina- revierte en el pariente más próximo de todos los que lo sean por línea de donde hubo la propiedad del “de cujus”, y se cumple entonces la indicación del aforismo: paterna paternis; materna maternis. El mayorazgo o primogenitura así como el hogar común, imprimen al conjunto un sello de unidad actual; el nombre de la familia y la identidad, en el tiempo, del inmueble en que recae la propiedad familiar –inmueble que, por otra parte, en caso de enajenación podría ser recuperado por alguien de la familia y en virtud de la acción de retracto gentilicio que se concede a los parientes- trasuntan permanencia e indestructibilidad. (Rébora, Juan Carlos. *Instituciones de la Familia*, Ob. Cit. p. 134.).

²⁹⁴ Que consistía en el derecho de los parientes más próximos del vendedor de una cosa y dentro del cuarto grado civil –computación canónica- para redimir los bienes raíces que habían pertenecido al padre o abuelo común, reembolsando al comprador el precio pagado por éste.

²⁹⁵ Esta institución quedó regulada por la Real Cédula de 14 de agosto de 1509. Si bien dicha normativa impedía su otorgamiento por toda la vida sino uno o dos años, pudiendo prorrogarse, y, ya en 1514 comenzaron a repartirse por el término de dos vidas, tornándose de este modo transmisible.

3.1.2.- El cambio de paradigma de la postmodernidad: de la familia patriarcal a la familia igualitaria.

Uno de los legados de la era posmoderna, que actualmente vivimos, es la culminación de un paulatino proceso de cambio en la fisonomía y estructura de la familia. Como han apuntado diversos autores²⁹⁶, uno de los primeros y más notorios cambios fue la progresiva reducción de la familia, que pasó de la antigua familia linaje, gran familia o familia patriarcal, a actual familia nuclear, conformada por ambos progenitores y sus hijos.



²⁹⁶ Makianich de Basset, Lidia. *Derecho de visitas*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1997, p. 224., quien nos señala al respecto: “Evidentemente el modelo de familia linaje, la gran familia, o familia patriarcal, en donde las relaciones entre sus miembros eran jerarquizadas y estaban subordinadas a la autoridad del jefe de la familia, ha ido desapareciendo en un proceso paulatino, verificado en algunos países después que en otros, desde fines de la época preindustrial y los albores de la industrial hasta nuestros días. En esta estructuración familiar, los miembros estaban subordinados a la autoridad del jefe de la familia, o sea, sujetos a una patria potestad –en muchas épocas despóticamente concebida- que acentuaba notoriamente los derechos-poderes de su titular. Las cónyuges quedaban sometidas a la autoridad marital. El jefe de familia tenía funciones legislativas, pues de él emanaban normas que regulaban los aspectos internos de la vida familiar (horarios de regreso al hogar, por ejemplo) que debían ser respetadas, ya que como asumía asimismo funciones judiciales, la infracción era juzgada y castigada por él. Era también patrón, en tanto usufructuaba del trabajo gratuito de sus miembros” “Esta estructura, sucintamente expuesta, recibió el impacto de las dos revoluciones industriales que fueron abriendo paso a la familia núcleo, conformada por la pareja parental y los hijos que habitan en ella, cuando no segmentada (hijos que conviven en un hogar monoparental)”. En igual sentido Julie Massman Wyneken, “Responsabilidad por omisión de los deberes parentales: nuevo caso de derecho de daños” en *Responsabilidad Parental*, Editorial Punto Lex, Santiago, 2009, pp. 317 y 318., quien puntualiza que: “Hasta muy avanzado el siglo XX no se admitía ningún tipo de indemnización por daños entre los miembros de una familia, pues el Derecho de Familia se basaba en la autoridad del *pater*, y el Estado se involucraba poco en el núcleo familiar. Los niños eran considerados objetos del derecho y no sujetos, el hombre tenía todo el poder sobre ellos como también sobre su mujer y la sociedad conyugal” (Sic) “Pero el Derecho de Familia ha sufrido muchas transformaciones, derivadas principalmente de una concepción igualitaria entre hombres y mujeres, tanto dentro como fuera de la familia, como también de la valoración de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y de un nuevo enfoque que los transforma en sujetos de derecho. De la misma manera ha contribuido a ello la importancia que se le da hoy en día a la individualidad de cada sujeto, lo que implica respetar sus opiniones y diferencias. Un miembro de la familia es, para nuestra sociedad actual, en primer lugar un ser humano, al cual hay que tratar con la dignidad que le corresponde”.

De otra parte, con la incorporación de la mujer al mundo del trabajo²⁹⁷ comienza el decaimiento de la autoridad del *pater*²⁹⁸, con lo cual se desjerarquiza la rígida estructura heredada desde la antigüedad²⁹⁹. Esta caída de la autoridad paterna dentro del esquema familiar dio paso a una nueva dinámica de distribución del poder y los roles al interior de la familia³⁰⁰. Se produce así un profundo y paulatino proceso de cambio en el orden de jerarquías al interior de

²⁹⁷ Dutto, Ricardo J; Daños ocasionados en las relaciones de familia, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2007, pp. 22 y 23., quien nos señala al respecto que: “Las profundas modificaciones que se produjeron durante el siglo pasado en las dimensiones sociales y familiares posicionaron a las mujeres en nuevos lugares del imaginario social. Su irrupción en el campo laboral se transformó en un tema permanente. Otro tanto ocurrió con la revolución sexual de los años 60, que se apuntaló sobre la seguridad que ofrecía la píldora anticonceptiva. La ciencia conmueve los textos legales cuando se produce una separación entre la sexualidad y procreación, la posibilidad de regular y programar los nacimientos que trae como correlato la declinación paterna.

²⁹⁸ Makianich de Basset, Lidia. *Derecho de visitas*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1997, p. 224., quien señala: “La incorporación creciente de la mujer al mercado laboral extrahogareño y el trabajo de los hijos fuera de la empresa familiar, fue quitando al jefe de familia su autoridad. Este ya no era el único proveedor de recursos, y, por otro lado, esposas e hijos fueron adquiriendo, a través del tiempo, derechos e independencia acorde con sus funciones reales.” “Las relaciones familiares dejaron de ser jerarquizadas, para pasar a tener una naturaleza coordinada y asociativa.”

²⁹⁹ El profesor José Castán Tobeñas en su obra *Derecho Civil Español Común y Foral*, Ob. Cit. pp. 54 y 55., nos señala que: “Durante las últimas décadas se han podido observar cambios muy profundos en el modelo tradicional del matrimonio y de la familia del mundo occidental. Algunos fenómenos son: -Un cambio Radical en cuanto a la estructura de la familia: de la familia externa a la familia nuclear e incluso a una familia monoparental; una disminución drástica de la tasa de natalidad; un aumento del número de divorcios y separaciones; un crecimiento del fenómeno de las madres solteras y madres adolescentes; un aumento del uso de anticoncepción; un crecimiento del número de abortos oficialmente conocidos y una generalización de las leyes permisivas al respecto; la incorporación cada vez mayor de la mujer en el mundo profesional y laboral; existe también un pluriempleo en la familia, ambos cónyuges asumen roles y empleos distintos; la mujer muchas veces debe asumir una doble responsabilidad: en el hogar y en el trabajo fuera del hogar; mayor igualdad entre varón y mujer en el matrimonio; hay también cambios favorables en las legislaciones en cuanto a la posición de la mujer y de los niños en la familia; también se nota tanto a nivel internacional como nacional una preocupación cada vez mayor por la situación de la familia y por un acercamiento multidisciplinario e integral a dicha problemática; esta preocupación se ve reflejada en las legislaciones y las políticas sociales (todavía tímidamente).

³⁰⁰ Fosar Benlloch, Enrique. *Estudios de derecho de familia*, Editorial Bosch, Año 1981, t. I, p. 62, 63; citado y referido por Mizrahi, Mauricio Luis. Ob. Cit. p. 65., dice al respecto el profesor Fosar: Se verifica “...una progresiva democratización de la familia nuclear, en la que ya no juega la supremacía indiscutida del padre-marido, un rol puramente doméstico de la madre-mujer, ni tampoco una terminante posición subordinada de los hijos, tras la mayor participación de éstos en la toma de decisiones familiares. Se trata del reemplazo del modelo jerárquico –fundado en relaciones de subordinación- por el asociativo, de corte igualitario”.

la familia, dándose paso a la familia igualitaria, al tiempo que se pulverizan los roles y funciones estereotipadas³⁰¹.

El surgimiento de cultura del yo, de la búsqueda de la felicidad y la autorealización, propia de la actual era posmoderna, impactará en la familia. Esta ya no es más el lugar de silencio u ocultamiento de los daños injusto allí provocados, consagrando la inmunidad familiar heredada desde la antigüedad³⁰².

³⁰¹ Mizrahi, Mauricio Luis., Ob. Cit., p. 66. Este catedrático de la Universidad de Buenos Aires nos dice al respecto que: “Se pulveriza en la familia conyugal los roles y funciones estereotipadas. El orden preestablecido de la familia tradicional salta ante la supresión de jerarquías entre los cónyuges y la yuxtaposición de funciones. El trastocamiento no sólo afectó a la mujer; el hombre efectúa también un reacomodamiento, un mayor ingreso en la esfera privada y doméstica; de alguna manera, como reacción o compensación natural ante el desborde femenino en la arena pública”.

³⁰² Así Mosset Iturraspe, Jorge. “Los factores subjetivos y objetivos de atribución de la responsabilidad en las relaciones familiares” en *Revista de Derecho de Daños*, Año 2001-2, *Daños en las relaciones de Familia*, Ob. Cit., pp. 7 a 9., quien señala: “Uno de los efectos más ponderados del “corrimiento de fronteras” de la responsabilidad civil –fenómeno que se concreta en las décadas de los 70 y de los 80- consistente en la extensión o alcance universal de la sanción; en ampliar la nómina de los legitimados pasivos de manera que todo “dañador” deba dar cuenta de su conducta y cargar con las consecuencias. Se apunta a terminar con los “privilegios” personales que caracterizaron al “antiguo régimen” durante los siglos XVIII y XIX y alcanzaron las primeras décadas del XX. Nadie, por más encumbrado que sea su rol en la sociedad –o en el mercado-, debe escapar a la responsabilidad. Semejante postura armoniza con la concepción jurídica que debe prevalecer en una república democrática e igualitaria. Empero, la superación de “preferencias odiosas” o de justificaciones arbitrarias o caprichosas no guarda relación íntima con la pretensión de colocar a los miembros de una familia, en sus relaciones internas, sea como dañadores o dañados, fuera de la responsabilidad civil, sea total o parcialmente.” (Sic) “Se pensaba entonces que el Derecho de Daños era extraño al Derecho de Familia, en la medida que la relación íntima entre los miembros de la familia obstaba a calificar a sus integrantes como dañadores o dañados. Que debía primar en las relaciones en las familias una actitud de recato, silencio u ocultamiento acerca de los daños injustos allí causados. Que se debía atender, prioritariamente, “a los intereses superiores de la constitución de una familia y de su estabilidad”; que, por sobre todo, debía quedar a salvo la dimensión fundamental del amor, de la *pietas familiae*, o consideración debida entre sus miembros. Ello sin perjuicio de aplicar frente a las conductas antijurídicas las sanciones específicas de ese Derecho. Los partidarios de extender la responsabilidad a ese ámbito contestaron poniendo de resalto los cambios habidos en las relaciones familiares, que permiten aludir a una “nueva familia”, distinta a la tradicional o clásica; destacando la justa democratización de las relaciones familiares, recogida por normas jurídicas a nivel internacional e interno; la desacralización de los lazos familiares, unida a una fuerte relajación de los vínculos emergentes, y, por sobre todo, la iniquidad que importa dejar un daño injusto sin la condigna reparación. Ser miembro de la misma familia, se sostiene, lejos de ser un “atenuante” es una “agravación” que compromete aún más al agente dañador.”.

Al tiempo va consolidándose un modelo más intimista –privatista, si se quiere- del vivir familiar, donde se busca la plena realización del proyecto personal de vida de cada uno de sus miembros³⁰³. La familia (orgánica y pública) que otrora sirvió para cumplir los fines del Estado, ahora sólo se concibe como medio para llevar a cabo el proyecto personal de cada miembro y lograr su mayor realización posible.³⁰⁴.

3.1.3.- Crisis del modelo familiar tradicional, surgimiento de nuevas formas familiares y dificultades en su concepto.

Es frecuente escuchar que la familia está en crisis, se habla de crisis de la familia, su decadencia, etc. La verdad sea dicha, la familia no está en crisis, es más, me atrevo a decir que la familia nunca estará en crisis³⁰⁵. Lo que está en crisis es el modelo nuclear tradicional matrimonial.

³⁰³ Así Diez Picazo, Luis y Gullón, Antonio. *Sistema de derecho civil*, Editorial Tecnos, 1986, t. IV, p. 39, 42, 45. Señalan Diez Picazo y Gullón que: "...en la familia posmoderna se observa una clara tendencia hacia la privacidad de los asuntos familiares, marcada por una concepción privatista e intimista de la familia, adquiriendo ésta un sentido puramente funcional: que sirva de cauce para la realización de los fines individuales de sus miembros." (Sic) "...uno de las finalidades básicas del Estado es que los ciudadanos desarrollen libremente su personalidad y la familia sólo tiene sentido dentro de ese cuadro, esta situación conduciría a una reprivatización del fenómeno familiar y a una disminución de los sectores que pueden ser considerados como de orden público" (Sic) "...para las corrientes corporativistas y autoritarias de la familia, fue frecuente la consideración de los asuntos familiares como cuestiones básicas para la organización de la vida social y política; pero que en realidad más bien ocurre al revés. En efecto, señalan estos autores que la familia no es un organismo público o cuasipúblico, sino un cause de desarrollo de fines estrictamente personales."

³⁰⁴ Creemos que una vez hecho este análisis resulta más comprensible el porqué la familia no es un órgano, no es una entelequia, ni tampoco es una institución jurídica o una persona moral, como pomposamente se le ha descrito en la doctrina, sino simplemente, un grupo de personas que, en igualdad de estatus, buscan anhelan y quieren su felicidad, porque la desean, porque la necesitan, como la deseamos todos los seres humanos. Y es precisamente por ese motivo que es inaceptable propiciar su naturaleza publicista. La familia no es el cauce de intereses ni estatales ni públicos, justamente por el contrario, es el espacio más íntimo del ser humano. En un mundo donde las intromisiones y cámaras que todo lo ven abundan por doquier, es quizá el lugar donde la injerencia estatal es más lejana y apenas perceptible.

³⁰⁵ Tony Blair, *La tercera vía*, citado y referido por Roca Trías, Encarnación. *Familia y Cambio Social (De la casa a la persona)*, Cuadernos Civitas, Primera Edición, 1999, p. 8., quien señala que: "La familia sigue siendo el elemento más importante de la sociedad. La mayor parte de los niños nacen en el seno de una familia. La gran mayoría de la gante sigue deseando vivir en una

Desde hace décadas que el fenómeno se viene observando, las explicaciones son múltiples. La irrupción del divorcio con disolución de vínculo que, posibilita a los divorciados formar nuevos vínculos. Surge así la familia ensamblada, la cual, podrá dar origen a uniones de hecho, nuevos matrimonios o familias monoparentales. A eso debemos añadir la repulsa en ciertos estratos a formalizar sus vínculos afectivos.³⁰⁶

La propia forma de vida actual conlleva la toma de decisiones que influyen en el proyecto familiar. Así, la opción de favorecer el desarrollo profesional inducirá a postergar el matrimonio, o, derechamente, a no ver en él la meta de la vida, etc. Ello sin contar con las drásticas caídas de la natalidad³⁰⁷.

Con todo, no se trata de propiciar un relativismo moral, ya hemos dicho que la familia fundada en el matrimonio, es, y sigue siendo para el legislador nacional, el modelo de vida familiar. El tema es que cómo nos hacemos cargo de esas otras formas familiares a fin de darles una debida protección.

En las hipótesis en estudio, siempre hay una situación de ruptura, vale decir, el punto de partida es una familia rota. Entonces la pregunta es ¿quiénes han de considerarse integrantes, para los efectos de la legitimación activa y pasiva? ¿Quiénes han de detentar el privilegio familiar? ¿Respecto de quienes el factor de imputación se atenúa y el daño, eventualmente, se agrava o atenúa?

familia, y ésta proporciona un apoyo, una educación y una formación moral que ninguna otra institución puede ofrecer. Pero la familia ha cambiado. Hoy día la mayoría de las mujeres quiere trabajar, lo que implica nuevos retos para compaginar empleo y familia. Por otra parte, cada vez hay más familias monoparentales.

³⁰⁶ Barrientos Grandón, Javier y Novález Alquezar. *Nuevo derecho matrimonial chileno*, Ob. Cit., p. 4., señala al respecto que: “Según los datos de población y vivienda del año 1992 los hogares “nucleares” representaban el 57,9% del total y en el censo correspondiente al año 2002 este porcentaje se mantenía estable, pues era de un 57%. Los hogares “extensos” representaban en 1992 un 23,4% y en el año 2002 descendían a un 21,9%, esta tendencia decreciente también se advertía en los denominados “hogares compuestos”, pues del 4,3% que eran en 1992 bajaban a un 3,2% en el de 2002. Los hogares unipersonales, por su parte, constituían en 1992 el 8,3% y diez años después se elevaba a un 11,6%. Finalmente, los hogares “sin núcleo” aumentaban entre los mismos años desde un 6,1% a un 6,3%.

³⁰⁷ Barrientos Grandón, Javier y Novález Alquezar. *Nuevo derecho matrimonial chileno*, Ob. Cit., p. 5., quien señala al respecto:

Como ya se ha dicho el Cc no definió la familia, ya que el art. 815 Cc la extiende a personas que, naturalmente, nada tienen que ver con ella, tales como los sirvientes.³⁰⁸. Surge así la pregunta de qué debe entenderse por familia para los efectos de un reclamo por daños.

Creemos que debe rechazarse la idea de familia extensa, el ámbito propio del reclamo del reclamo resarcitorio es el de los cónyuges e hijos, son ellos quienes, por lo demás, gozan del privilegio familia.

Diversa es la situación entre convivientes de hecho, entre ellos no hay vínculo jurídico, por lo que tampoco hay privilegio. No así entre padres e hijos, en que, existiendo dichos vínculos, el privilegio subsiste.

Es por todas estas vicisitudes que es dificultoso moldear un concepto de familia para los efectos de un reclamo resarcitorio. No obstante, creemos que lo propio del ámbito del reclamo intrafamiliar, al menos en los casos en estudio, es el núcleo familiar directo, esto es, limitado a padres e hijos.

3.2.- Evolución de la responsabilidad civil.

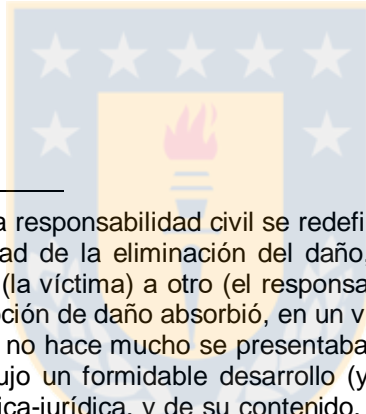
En los últimos años se ha producido una verdadera revolución o cambio de paradigma en la responsabilidad civil.³⁰⁹. Como bien señala KEMELMAJER

³⁰⁸ Barrientos Grandón, Javier. *Derecho de las personas. El derecho matrimonial*, Ob. Cit., pp. 6 y 7., señala que: “La familia extensa de carácter residencial fue la típica en el reino de Chile y su propia existencia se hallaba reconocida en el Derecho civil vigente con anterioridad al *Código Civil*, pues las *Siete Partidas* (7.33.6) ofrecían una noción de ella que compendia sus caracteres de convivencia y de sujeción a una sola autoridad familiar, con inclusión de los sirvientes. Durante el siglo XIX, en términos generales, se mantuvo esta misma estructura familiar, favorecida porque la sociedad chilena era básicamente agrícola y en algunos sectores ganadera, de allí que el *Código Civil*, en las escasas disposiciones en las que menciona a la familia, parece presuponer la existencia de tal especie de familia, pues en ellas se incluye no sólo al padre, la madre y sus hijos, sino a todos aquellos que conviven en un mismo hogar, incluidos los sirvientes (art. 815)...”.

³⁰⁹ Así De Lorenzo, Miguel Federico; *El daño injusto en la responsabilidad civil*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Primera Edición, pp. 14 a 21 quien señala: “Dentro de la moderna reelaboración del problema de la responsabilidad civil –producida por las profundas transformaciones sociales y culturales que se derivaron del desarrollo tecnológico, con un notable incremento de hechos dañosos- la óptica del fenómeno se trasladó de la estructura del *acto ilícito* (centrado sobre la figura del comportamiento del sujeto lesionado) a la estructura del *evento lesivo* (identificado

DE CARLUCCI³¹⁰: “La evolución de la responsabilidad civil ha sido tan copernicana como la de la familia” (...) “Es con esta visión que en nuestros días no estamos dispuestos a soportar ciertos daños que sólo hace algunas décadas considerábamos fruto de la fatalidad.”³¹¹.

El giro³¹² que ha tenido el derecho de daños en la actualidad es tal que, centrándose en la persona de la víctima³¹³, han prevalecido ideas tales como: la reparación integral del daño³¹⁴ y la extensión del daño resarcible³¹⁵. Incluso se plantea que existiría un deber genérico, de carácter jurídico y rango constitucional, que obliga a no dañar a otro.



con el sujeto lesionado). La responsabilidad civil se redefinió como una *reacción contra el daño injusto*. Ante la imposibilidad de la eliminación del daño, el problema se presenta como una transferencia de un sujeto (la víctima) a otro (el responsable). Agrega el autor: “En los últimos años particularmente, la noción de daño absorbió, en un verdadero proceso revolucionario, todo el protagonismo que hasta no hace mucho se presentaba en otros aspectos o elementos de la responsabilidad. Ello produjo un formidable desarrollo (y contemporáneamente un replanteo) tanto de su noción ontológica-jurídica, y de su contenido, como de su vinculación con la ilicitud (llegando a excluirla), la culpa y la relación de causalidad. En ese orden, *el daño sufrido* pasó a constituirse en el fundamento y el lógico *Prius* de la responsabilidad civil y consecuentemente, la reacción adecuada a él, se erigió, en la temática actual de la responsabilidad civil, en uno de los problemas más graves a resolver.”

³¹⁰ Kemelmajer de Carlucci, Aída; “Responsabilidad por falta de reconocimiento de la paternidad extramatrimonial (Su diferencia con la acción con finalidad de subsidio del derecho francés)” en *Derecho de Daños*, Ob. Cit. p. 667.

³¹¹ En igual sentido Ripert Georges, citado por Mazeaud, Henri León y Tunc, André, Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual, Ob. Cit., p.12.

³¹² Vásquez Ferreira, Roberto A., en su obra *Responsabilidad por daños (Elementos)*, Ob. Cit., pp. 13 a 22.

³¹³ Sobre el tradicional rol de la víctima De Lorenzo, Miguel Federico; *El daño injusto en la responsabilidad civil*, Ob. Cit., p. 13., ha señalado que: “La doctrina tradicional, en el ámbito de la responsabilidad civil, centró toda la elaboración dogmática de la materia sobre la base de una idea central: la sanción del ilícito culposo. Desde esta perspectiva, el fenómeno resarcitorio fue protagonizado por un esquema cuyo eje central estuvo constituido por el comportamiento del autor del hecho culposo. Dentro de esta visión del problema –no exento de mitos y preconceptos, que en parte demoraron el replanteo de este enfoque parcial- el otro término de la ecuación de todo perjuicio, es decir la víctima del daño, no fue llamado a cumplir ningún *rol* de importancia en la determinación del responder.”

³¹⁴ Medina, Graciela; *Daños en el Derecho de Familia*, Ob. Cit., p. 29.

³¹⁵ Medina, Graciela; *Daños en el Derecho de Familia*, Ob. Cit., p. 31.

3.2.1. Una nueva concepción de la responsabilidad civil.

Este cambio de paradigma implica una nueva mirada del fenómeno del responder. Si antes se fijaba el acento en el autor del daño, ahora, el Derecho de daños se interesará en la víctima del perjuicio. Como afirma VÁSQUEZ FERREYRA³¹⁶ "...el Derecho de la responsabilidad: no busca un responsable a quien hacer un juicio de reproche, busca un daño para indemnizar."

3.2.2.- La culpa ha sido desplazada como único fundamento de la responsabilidad civil.

Si antes se planteaba que el fundamento de la responsabilidad civil era la culpa (el responsable), ahora, desplazada de su lugar de privilegio, se afirma que es el daño (la víctima)³¹⁷. Es por ello que ahora se habla de Derecho de daños³¹⁸.

Como afirma MEDINA³¹⁹: El abandono de la idea de culpa ha modificado el centro del sistema de responsabilidad, que ya no es ya el reproche moral a la conducta del victimario sino la reparación del daño que ha sufrido la víctima. En por ello que VÁSQUEZ FERREIRA³²⁰, insiste en que todo daño debe ser

³¹⁶ Vásquez Ferreira, Roberto A., en su obra *Responsabilidad por daños (Elementos)*, Ob. Cit., pp. 13 a 22., señala que: "Una nueva concepción rige en materia de responsabilidad civil. El derecho ya no dirige como antes su mirada al autor del daño, sino que más bien se interesa por la víctima de ese perjuicio, a quien busca reparar el mal sufrido..." "Así, el derecho reacciona ante todo daño injustamente sufrido, mira a la víctima y desde su ángulo juzga la justicia o injusticia del perjuicio. No busca un responsable a quien hacer un juicio de reproche, busca un daño para indemnizar."

³¹⁷ Las sentencias en los casos "Teffaine" y "Jand heur", con treinta y cinco años de diferencia entre ellas, son hitos significativos en el desarrollo de la "nueva" responsabilidad civil, porque cambiaron la orientación de todos los tribunales franceses y tuvieron una influencia decisiva más allá de las propias fronteras de Francia.

³¹⁸ Un buen ejemplo de este cambio de paradigma lo constituye la Ley Badinter de 5 de julio de 1985.

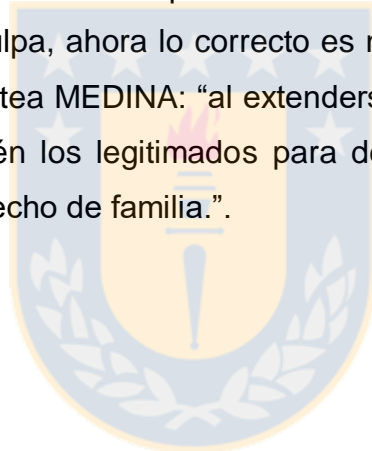
³¹⁹ Medina, Graciela; *Daños en el Derecho de Familia*, Ob. Cit., p. 23.

³²⁰ Vásquez Ferreira, Roberto A., en su obra *Responsabilidad por daños (Elementos)*, Ob. Cit., pp. 13 a 22. Dice al respecto el autor: "Hace un tiempo ya se decía que constituye una aspiración de la evolución del derecho moderno que el hombre responda de todo daño, incluso del no culpable..." (Sic) "...que responda aunque haya ejecutado un acto con la necesaria previsión y prudencia y sin posibilidad alguna de prever el resultado dañoso." Es que para Vásquez

reparado, incluso aquel causado inculpablemente, evitando así que la culpa se transforme en una coraza que impida la reparación del daño.

3.2.3.- El daño ha pasado a ser el epicentro de la responsabilidad civil.

El cambio en la responsabilidad civil se manifiesta también con respecto al daño, entendido como “el menoscabo que, a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado, sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad, ya en su patrimonio, que ha pasado a convertirse en el presupuesto esencial de la responsabilidad.” “Si antes se decía no hay responsabilidad sin culpa, ahora lo correcto es no hay responsabilidad civil sin daño.”³²¹. Según plantea MEDINA: “al extenderse la noción de daño resarcible se extendieron también los legitimados para demandar, y ello tuvo clarísima repercusión en el Derecho de familia.”



Ferreira: “La culpa se presentaba, de tal manera, como una coraza que tenía la singular virtud de proteger a quienes habían causado un daño inculpablemente, liberándolos de toda obligación de responder, en razón de considerarlos inocentes dejando a la víctima abandonada a su propia suerte.”

³²¹ Vásquez Ferreira, Roberto A., en su obra *Responsabilidad por daños (Elementos)*, Ob. Cit., pp. 13 a 22

3.2.4.- El problema del daño resarcible y la reparación integral del daño en el ámbito del Derecho de familia.

Parte de la doctrina nacional³²² y la jurisprudencia³²³ señalan que el art. 2329 cc, consagraría el principio de la reparación integral del daño. Sin embargo, en sede familiar, el principio de reparación integral plantea varios problemas.

Según hemos planteado, sólo el daño particularmente grave puede ser reparado, sin embargo, la pregunta no es si dicha tesis es compatible con tal principio, la pregunta correcta es: cuál es el daño en sede familiar.³²⁴

³²² Así: Domínguez Aguila, Ramón Horacio; “Consideraciones en torno al daño, una visión comparatista”, en RDUC N° 188, Año LVIII (jul-dic, 1990), p. 135., agrega el autor: “Es éste un principio que parece tan evidente que basta con su enunciación, sin que parezca necesario justificarle, ya que se presenta como una conclusión lógica de la idea de responsabilidad civil y reparatoria. Su admisión es unánime en los sistemas civilistas, como en el Common Law y ya sea bajo ese nombre o el de *restitutio in integrum*, la indemnización ha de comprender tal suma, que “coloque a la parte que ha sido dañada en la misma posición en que estaría si no hubiese sufrido el hecho dañoso por el cual ahora esta obteniendo compensación.”. Con algunas reservas, Barros Bourie, Enrique; *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Ob. Cit., p. 255., para quien, esta norma, más que consagrar el citado principio, tiene por finalidad establecer una presunción de culpa por hecho propio.

³²³ RDJ, t XXIV, secc 1°, p. 567; RDJ, t LXVIII, secc 4°, p. 274.

³²⁴ Una mirada simplista podría llevar a plantear que, dado que todo daño debe ser reparado, entonces cualquier intento en dejar algún daño afuera –por no ser daño propiamente tal– vulneraría el principio de reparación integral. Sin embargo, la pregunta que cabe formularse en sede familiar es: ¿cuál es daño y cuál no lo es? Para responder en parte esa pregunta lo podemos graficar así: del conjunto universo dañoso, que en otro contexto podría ser considerado daño en su totalidad, en sede familiar, sólo una parte de él será considerado daño propiamente tal, y por ende resarcible, o lo que es un equivalente a decir: del conjunto de consecuencias desagradables y penosas que puede acarrear una crisis familiar, sólo una porción de ellas será daño, ya que las demás, por más que sean desagradables, penosas y tristes, no son un daño ya que en un contexto de normalidad, la pena y el dolor no son ajenas a una crisis familiar, de la misma manera que las crisis no son ajenas a la experiencia humana, en palabras simples, es muy normal experimentar sufrimiento y dolor profundo tras una crisis, y es justamente dicha normalidad la que le excluye de ser considerado daño, ya que como hemos de saber, y aún cuando suene confuso, “no todo posible daño es daño”, sólo lo es aquél que constituye algo **anormalmente grave**. Justamente allí radica el grave error de quienes defienden las doctrinas amplias permisivas, de la doctrina argentina, para quienes “todo es daño”. Así, lo **anormal** es experimentar un daño que va mucho más allá a una experiencia normal de crisis como son: ultrajes, golpizas, denostaciones públicas, etc. Es por lo anterior que es tan dificultoso de hablar de daño por incumplimiento, ya que todo problema familiar implica una infracción de algún deber familiar pero no necesariamente conlleva un daño en sentido estricto, la sola infracción no supone daño. Si a ello le sumamos una interpretación extrema del principio de reparación integral ya sea por una cultura jurídica determinada o por una consagración constitucional de dicho principio, entonces podemos caer en el error de considerar daño resarcible, a resultados que si bien son

desagradables, penosos o traumáticos, constituyen bajo el criterio de la normalidad, valga la redundancia, algo totalmente normal para esta situación, y por ende, no es un daño resarcible. Y parece ser ese el error de dicha tesis, confundir el criterio de normalidad insertándolo no en un contexto de crisis, que es lo correcto, sino en un contexto de “no crisis”, como si ello no fuera algo propio de la experiencia humana, ya que claramente sí lo es, y es absurdo prevenirlas o evitarlas. Así las cosas, bien podríamos sostener que la tesis del daño grave tampoco es correcta, pero no porque dejemos afuera ciertos daños, quebrantando el principio de reparación integral, sino porque el daño, en este caso, es aquel que presenta circunstancias especiales que denotan una “anormal” “gravedad”. Nada nuevo bajo el sol, ya que dicho predicamento ha sido siempre postulado de ese modo por la doctrina –que habla de daño anormal- y no hemos agregado nada nuevo, lo único que hemos añadido es poner las cosas en su lugar y contexto correctos. De lo anterior podemos colegir que lo que hacen las doctrinas amplias permisivas no es sino resarcir un **no daño**, quebrantando el principio de la reparación integral en sentido negativo, vale decir, atribuyendo la calidad de daño a algo que no alcanza a serlo, algo a lo cual le falta un plus de anormalidad y gravedad para serlo en realidad. De lo anterior podemos concluir: a) Que el daño anormalmente grave es, además, un daño descontextualizado, es decir, fuera de un determinado contexto o curso normal de sucesos. Significa que para una situación determinada en que existen determinadas conductas que constituyen un “**curso normal de sucesos**”, y para cuya configuración no hay un estándar predeterminado y fijo, sino que se construye caso a caso, según la situación y contexto que se presente, en términos tales que lo que se aleje de dicho umbral de normalidad puesto en contexto, presentando además, rasgos de gravedad, caerá dentro de la órbita de lo resarcible. Entonces surge la interrogante: ¿Es el daño algo eminentemente subjetivo o tiende a objetivarse? ¿No es acaso la idea de normalidad el primer paso hacia una objetivación del daño? De este modo, las infidelidades no son resarcibles, no porque no causen dolor y pesar, lo que en otro contexto podría ser un daño moral o psicológico resarcible, sino porque en un contexto de crisis matrimonial, las infidelidades son algo normal para esa situación, no constituyen nada de anormal y tampoco es grave, podrá ser doloroso para el cónyuge engañado, pero es algo que normalmente ocurre en un contexto de crisis y por ende es razón suficiente para excluirlo. De la misma manera, si a dichas infidelidades le agregamos una denostación pública al cónyuge engañado, publicaciones en Internet, maltratos, etc. La situación cambia, ya que estos últimos son comportamientos que resultan ajenos a un curso racional de crisis, constituyendo un anormal resultan graves, pues menoscaban la honra del cónyuge engañado; b) La insuficiencia de la culpa grave como criterio para separar los hechos que deben ser reparados de aquellos que no. Ello porque en último término, y según hemos planteado en esta nota a pie, del universos de hechos con proyección dañosa, sólo aquellos que reúnan los requisitos a que hemos hecho alusión, serán resarcibles, los demás no lo serán, siendo insuficiente el filtro de la culpa grave o dolo. De ahí que el factor de imputación sólo será una primera aproximación a los posibles daños resarcibles. Así, del abanico de posibles daños, sólo lo será aquel que en definitiva reúna los requisitos de ser anormalmente grave para un determinado contexto de normalidad. Sin este último filtro, determinados resultados, con apariencia de daño, podrían caer en la órbita de lo resarcible, sin serlo, debido a un análisis incompleto que no considera la gravedad del daño, ni su anormalidad para un determinado contexto de normalidad, con lo cual volvemos al problema del *Ne bis in idem* y del *daño punitivo encubierto*; c) Insuficiencia del criterio de normalidad. Efectivamente, bien podríamos caer en la cuenta de estimar que, bajo el criterio de la normalidad se soluciona toda la problemática del daño intrafamiliar, y, tanto la coherencia de finalidades, como la convergencia de intereses, serían criterios innecesarios o inservibles. Sin embargo, este criterio de normalidad, sólo nos señala un criterio general de posible ausencia de daño, no nos da la solución en cuanto a cuándo hay responsabilidad civil en el ámbito de familia y cuándo no la hay; d) El problema de la centralidad del daño y la relación causal inversa. Resarcir el daño que es anormalmente grave, en desmedro de todo daño, que sería lo correcto según la doctrina

Si afirmamos que cualquier consecuencia desagradable –*todo es daño*– debe ser reparada íntegramente, tácitamente hemos creado una suerte de estado de indemnidad, y, por más que neguemos que la prevención sea una finalidad de la responsabilidad civil, indirectamente sí lo será, ya que si todo daño debe ser reparado íntegramente, tácitamente, todo daño debe ser evitado, colándose entre medio solapadamente, por más que lo neguemos, un fin preventivo.

Así, el principio de reparación integral del daño planteado en términos absolutos, parece ser la consagración no explícita de un larvado fin preventivo. Entonces ¿cómo se compatibiliza una reparación íntegra con la supervivencia de ciertos intereses familiares? ¿Cómo se compatibiliza con los vínculos de solidaridad? ¿Tiene sentido prevenir disputas y crisis que son de órbita del Derecho de familia o se resuelven al interior del grupo? Entonces ¿cuál es el daño y cuál no lo es? En último término la pregunta es siempre la misma: ¿tiene sentido prevenir disputas y crisis vía indemnización?

tradicional que desconoce el concepto de daño resarcible y plantea una “reparación integral” a ultranza, acarrearía una serie de problemas. El primero dice relación con la incompatibilidad conceptual entre dos planteamientos que son contrapuestos, por un lado no es posible hablar de reparación del daño anormalmente grave, sin necesariamente recortar el principio de reparación integral de daño. En nuestro ordenamiento ello no es algo imposible, ya que éste principio no tiene consagración legal expresa, y sólo es planteado a nivel doctrinal y jurisprudencial, a diferencia de lo que ocurre en países como Argentina donde tiene consagración constitucional y, un fallo no puede a priori, recortar el daño, sin con ello vulnerar la Constitución. El segundo dice relación con la incompatibilidad que existe entre el resarcir el daño anormalmente grave y la relación causal entre un hecho con culpa grave o dolo y la reparación del daño causado por ese hecho. Ello porque si se circunscribe la reparación al daño anormalmente grave, necesariamente el punto de partida no ha de ser el hecho imputable, sino el daño, y la pregunta se invierte, vale decir, se pregunta si con respecto a ese daño que reviste caracteres de anormal gravedad es consecuencia de una conducta imputable. No obstante, tal tesis plantea el problema de una posible relación causal inversa, esto es, que identificado el daño resarcible, se le busca conectarlo a una conducta imputable, y no a la inversa. Sin embargo, al final de cuentas las preguntas claves siguen siendo las mismas: ¿Es posible dejar librado a la culpa grave o al dolo el determinar en definitiva, qué consecuencias causalmente dañosas serán resarcibles, si la obligación familiar incumplida es de resultados y no de medios? ¿No será que tras un espejismo jurídico la gravedad de la culpa se aprecia en realidad por la gravedad del daño atendida la identidad que existe el hecho y el daño al punto de identificarse en algunos casos?

Y la respuesta es muy simple: las disputas se solucionan en casa, las crisis, según el derecho de familia, y el daño, sólo cuando es particularmente grave, de acuerdo a la responsabilidad civil³²⁵.

Y ello es así porque de la totalidad de consecuencias desagradables, penosas y traumáticas que pueden producirse en una crisis o disputa familiar, sólo aquellas que denotan una singular o anormal gravedad, serán resarcibles y serán un daño, las demás podrán ser cualquier cosa, menos un daño, serán un no daño.

De esta manera, queda claro que no hay vulneración del principio de reparación integral, ya que no se está indemnizando nada que no sea daño: ni más que el daño, ni menos que el daño. Ello con la salvedad que, en sede familiar, el daño es sólo aquél de anormal gravedad, ya que el criterio de normalidad debe ser entendido en un contexto de crisis, no en un contexto de felicidad o de no crisis. Allí radica el insuperable error de quienes detentan las doctrinas amplias permisivas, para quienes todo es daño, descontextualizando el problema³²⁶.

³²⁵ Que es nuestra segunda tesis.

³²⁶ Si afirmamos que el principio de reparación integral consiste en que la totalidad del daño – *todo es daño*– debe ser íntegramente (reparación integral = todo daño + toda indemnización) reparado, en términos tales que si queda un daño sin resarcir se infringe el principio, naturalmente nuestra tesis del daño grave se cae, dada la infracción de este principio, el cual tiene consagración legal, según algunos, en el art. 2329 cc y, por ende, la sentencia que se dicte tendría vicio de ley, sin perjuicio que sería irrelevante siquiera plantearse la noción de daño resarcible, ya que todo daño es resarcible. Sin embargo, como ya hemos planteado, dicha posición le otorga un carácter preventivo al régimen de responsabilidad, y ello es así, aún cuando estemos de acuerdo con aquella posición que niega fines preventivos o punitivos a la responsabilidad civil, otorgándole fines meramente resarcitorios. Dicha posición tiene la desventaja, además, de ignorar por completo ciertos intereses familiares que deben ser admitidos o tenidos en cuenta, atendido el fundamento constitucional de la familia y su importancia social, tales como la solidaridad y piedad familiar, los que deben ser capaces de absorber cierta gama del espectro dañoso bajo la pena judicializar todo incumplimiento no importando la gravedad del daño. A mayor abundamiento, dicha posición tiene la desventaja de provocar una incoherencia entre los fines del Derecho de familia y los de la Responsabilidad, ya que, para un mismo hecho, supuestamente dañoso, el Derecho de familia puede reaccionar no con un castigo, sino con una medida no sancionatoria o conciliativa, y, la responsabilidad civil, con una punitiva, dado que éste es uno de los fines de una responsabilidad civil, deslegitimando el interés de quien reclama el resarcimiento, por ser contrario a un interés superior que es el de la familia, forjándose así, lo que hemos llamado, una falta de convergencia de intereses en torno a quien acciona por daños. Sin embargo, si afirmamos que la totalidad del **daño anormalmente**

Sólo una reparación del daño anormalmente grave garantiza un correcto ingreso de la responsabilidad civil al ámbito del Derecho de familia³²⁷, logrando una coherencia entre los fines del Derecho de familia de permitir la subsistencia del grupo familiar y la del Derecho de la responsabilidad de indemnizar el daño, y una razonable convergencia de intereses en torno que quien acciona que no desconoce, a priori, el interés familiar en la subsistencia del grupo y sus relaciones, más allá de las disputas y crisis.

Es bajo este contexto que el principio de especialidad en su genuino sentido actúa como principio de garantía³²⁸, pues garantiza el correcto ingreso de la responsabilidad civil al ámbito familiar, excluyendo la reparación de todo daño que no revista el carácter de anormal gravedad.

Sólo de esta manera se garantiza la operatividad real de la *obligación de prevención del daño* así como de la *función de demarcación* del Derecho de daños. De otro modo, tal obligación se tornaría a tal punto gravosa que sería imposible de cumplir, y sabemos, claro está, que a lo imposible nadie está obligado. Del mismo modo la función de demarcación del Derecho de daños quedaría desenfocada ya que buscaría enmarcar en su órbita, conductas que no son evitables, como son las disputas y crisis.

Es precisamente esta faceta de garantía del principio de especialidad, que excluye ciertos daños, mal llamados daños *–que en otro contexto lo serían pero en sede familiar no lo son–*, la consecuencia inmediata y la evidencia de la existencia de ciertas factores que condicionan el acceso de la responsabilidad

grave es el resarcible (y subrayo la expresión “daño resarcible”, no cualquier daño, sino sólo aquel que es resarcible) y debe ser reparado íntegramente (reparación integral = daño resarcible + indemnización completa, donde: daño resarcible = daño anormalmente grave), no existe colisión con tal principio. Así, la determinación del daño a resarcir se erige en una noción autónoma, que no colisiona con el principio de reparación integral, y ello aún cuando se postule que no todo daño debe ser indemnizado, por tratarse de un problema de daño resarcible, no de reparación integral. De este modo, invertir el orden de las cosas sería un equivalente a reparar un no daño, algo que claramente no es admisible.

³²⁷ Tesis n° 2

³²⁸ Vid *Infra* 4.3.-, 4.3.1.- y 4.3.2.-

civil al ámbito familiar³²⁹, y que no obedecen sino, a la necesidad de compatibilizar estatutos jurídicos que poseen fines diversos y, en la necesidad de equilibrar y lograr la convergencia de intereses contrapuestos.³³⁰.

3.3.- Constitucionalización del Derecho de familia.³³¹.

Según PERRINO³³², entre las grandes guerras se produjo el fenómeno denominado constitucionalismo social, en cuya virtud se incorporan a las constituciones, la consagración de derechos más amplios del hombre y un Estado más participativo, abandonando la doctrina del Estado gendarme.³³³.

³²⁹ Tesis 3.-

³³⁰ Vid *Infra* 4.3.-, 4.3.1.- y 4.3.2.- Vid *Supra* 2.6.3.4.- Vid nota al pie n° 294.

³³¹ Al respecto puede consultarse: *Derecho constitucional de familia*, Andrea Gil Domínguez, María Victoria Fama y Marisa Herrera, Tomo I, Capítulo I, pp. 2 a 53.

³³² Perrino, Jorge Oscar; *Derecho de Familia*, Editorial LexisNexis, Tomo I, Primera Edición, Buenos Aires, 2006, p. 55. Este autor agrega que: “La doctrina europea del derecho civil constitucional, originada en las reformas constitucionales realizadas en Alemania, Italia, España y Francia ha irrumpido en el ámbito del Derecho de familia.” (Sic) “Las antiguas constituciones europeas solamente regulaban la organización de los poderes del Estado y contenían un programa político.” “La constitución pertenecía más al mundo de la política que al mundo del derecho.” “El sistema en muchos Estados estaba basado en la ley, que era auténticamente soberana y no norma primera.” “En cambio las nuevas constituciones han variado sustancialmente su contenido, pasando a constituirse como ley fundamental de la nación.” “Se advierte que se han incorporado a las constituciones normas que en muchos países eran exclusivas del derecho civil.” “En efecto, se ha producido un cambio sustancial consistente en otorgarle un lugar privilegiado a la persona humana y a la tutela de sus derechos.” “No debe olvidarse que todo el período decimonónico tuvo como centro de sus prioridades la inviolabilidad de la propiedad, teniendo un carácter secundario la persona humana.” “Es decir, que la gran transformación de nuestro tiempo es que las constituciones además de contener normas de derecho público, acogieron y regularon normas de derecho privado, o más bien que habían quedado sometidas a su regulación por el derecho privado.” “Esta incorporación o asunción de las normas del derecho privado, en particular las vinculadas con el Derecho de familia, generó asimismo una profunda revisión de esta división del derecho en público y privado, arribando, como ya dijimos, a la conclusión de que entre ambos hay una íntima y profunda simbiosis.” “Se observan así dos fenómenos muy interesantes: en primer término, lo que se ha dado en llamar la privatización del derecho constitucional, al poner un especial énfasis en todo lo concerniente a la persona humana, y al mismo tiempo, una tendencia a “despatrimonializar” al Derecho civil.” “Por lo tanto, los derechos de la persona ocupan en las nuevas constituciones un lugar central, adquiriendo rango constitucional, sin que ello importe ni mucho menos la desaparición del derecho civil, pues tiene como función la instrumentación y regulación de los derechos de las personas.”.

³³³ Las primeras constituciones que recogieron estos principios fueron la de México de 1917 y la de Weimar en 1919. En ellas, además de consagrar el estado social tuvieron una marcada

Nuestra constitución, si bien está lejos de consagrar un constitucionalismo social, ha dado algunas normas en relación a la familia generando así, un plexo normativo fundamental en relación al orden público familiar, a lo que aludiremos más adelante.

A lo anterior se debe sumar un creciente proceso de internacionalización y supranacionalización de la norma jurídico-familiar a través de la suscripción de tratados con incidencia en materias de familia, cuya jerarquía podría estimarse constitucional, atendido lo dispuesto en el art. 5° de la C. Pol.

Así, este plexo normativo fundamental, siguiendo la doctrina horizontal indirecta, genera al ciudadano un derecho subjetivo oponible tanto a los poderes públicos como a los privados, que exige que el obrar, este sujeto a un examen de consistencia con la norma fundamental.³³⁴

3.3.1.- Las fuentes del Derecho constitucional de familia.

En primer término dentro del Capítulo I denominado Bases de la Institucionalidad encontramos el art 1° inc 2° de la C. Pol., como norma fundante y fundadora, que consagra a la familia como *núcleo fundamental de la sociedad*. A continuación en su inc. 5° encontramos aquella norma que consagra que es deber del Estado “dar protección a la familia” y “propender al fortalecimiento de ésta”.

Estas normas deben ser interpretadas a la luz de lo dispuesto en el inc. 1° del art 1° de la C. Pol., que consagra la norma primaria del Capítulo I, y que señala: “los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

Estas normas, en nuestro concepto, y, siguiendo la tradición jurídica de nuestros intérpretes, se constituyen en pilares o fundamentos de los demás

inclinación a darle un profundo contenido social a los derechos fundamentales. Gran cantidad de países siguen hasta el día de hoy esta tendencia.

³³⁴ Alexy, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 36.

derechos fundamentales, fuente primaria del Derecho de familia, y principio rector en la aplicación e interpretación de toda norma que incida en materias o asuntos de familia.

En segundo lugar, y dentro del Capítulo III de la Constitución denominado: “De los Derechos y Deberes Constitucionales”, podemos encontrar un segundo bloque normativo en materias de Derecho de familia. En primer término encontramos el art. 19 N° 1, inc. 1° y 2°. El primero de ellos consagra el “derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona”, y, el inc. 2°, establece que: “La ley protege la vida del que está por nacer”.

Si la constitución manda proteger la vida de quien aún no nace, según reza el inc. 2° de la norma citada, con mayor razón aún, protegerá la vida y la integridad física y psíquica de quien ya ha nacido, tanto en su vida familiar como fuera de ella, y así, a lo largo de su vida. Así se desprende de lo dispuesto en el art. 19 N° 1, incs. 1° y 2°, en relación a los incs. 2° y 5° del art. 1° de la C. Pol., y todo ello, a la luz de lo dispuesto, por una parte en el inc. 1° del art 1° de la C. Pol., como norma fundante y fundamentadora, y por otra, de lo dispuesto en el art. 19 N° 2, inc. 1°, que no es sino, una manifestación de la primera.

También dentro del Capítulo III de la Constitución encontramos el art. 19 N° 4, que consagra: “El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia”. Y, dentro del mismo Capítulo III de la Constitución esta art. 19 N° 10, inc. 2°, primera parte, que prescribe que: “Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos”.

3.3.2.- No existencia de un concepto constitucional de familia.

Si bien nuestra Constitución señala en su art. 1° inc. 2° que: “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad”, no la define. Como apunta BARRIENTOS

GRANDÓN³³⁵, la explica por lo que es, describiendo su mayor atributo, que es, ser la base fundamental de la sociedad, más, no señala en definitiva qué es, ni en cuanto a su origen, ni en cuanto a extensión, ni en cuanto a sus formas. Igual ausencia se observa en la legislación civil, salvo el art. 815 del cc, para fines muy limitados.³³⁶

Dicha ausencia en la carta fundamental, lejos de ser una falencia como han criticado algunos³³⁷, parece una acertada decisión, ya que por una parte, no impone al legislador preconceptos, que, condicionen la posterior actividad legislativa. Y por otra, permite al intérprete delinear su sentido y alcance de acuerdo a los parámetros que la legislación y la realidad social impone.

Sabemos que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, que es “...el principio y cimiento en que estriba y sobre el que descansa...”³³⁸, más, no sabemos cuál de todas las diversas formas de familia, es aquella a la cual ha querido referirse el constituyente, y por ende, debe propender el Estado a su fortalecimiento.

3.3.3.- Concepto constitucional de familia.

Como lo han apuntado BARRIENTOS GRANDÓN y NOVALES ALQUEZAR³³⁹, diversas son las fuentes en que puede encontrar su origen un grupo humano con caracteres de familiaridad: el contrato, como es el matrimonio; una sentencia judicial, como es la adopción; o en un hecho, como es la

³³⁵ Barrientos Grandón, Javier; Novales Alquezar, Aranzazu. *Nuevo Derecho Matrimonial Chileno*; LexisNexis, Santiago, 2004, Segunda Edición, p. 13.

³³⁶ Barrientos Grandón, Javier; Novales Alquezar, Aranzazu. *Nuevo Derecho Matrimonial Chileno*; Ob. Cit. p. 14; Ramos Pazos, René. *Derecho de Familia*; Editorial Jurídica de Chile, Quinta Edición, Santiago, 2005, p. 12.

³³⁷ Así Carvacho Contreras, Paula. *Reconocimiento y concepto de la familia en la constitución de 1980*; Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, 2006, p. 88.

³³⁸ Barrientos Grandón, Javier; Novales Alquezar, Aranzazu; Ob. Cit. p. 13.

³³⁹ En similar sentido Barrientos Grandón, Javier; Novales Alquezar, Aranzazu; Ob. Cit. p. 15.

procreación o la convivencia estable³⁴⁰. Otra cosa es determinar si dicho grupo humano resultante puede ser considerado o no familia.

Existe consenso³⁴¹ en estimar que el constituyente no precisó qué ha de entenderse por familia. Surge así la interrogante de determinar, por vía interpretativa, si se refiere exclusivamente a aquella que se funda en el matrimonio, o a otras, cuya causa u origen no se funda en él.

En el seno de la CEDNC, si bien la concepción de la familia fue objeto de intenso debate³⁴², no se precisó con exactitud el concepto de ésta, y, aun cuando se aceptó que el núcleo fundamental al cual el Estado debe fortalecer es la familia matrimonial, no hay constancia del expreso propósito del constituyente de excluir otras formas de familia.

En la doctrina nacional, el tema ha sido discutido, por un lado autores como SOTO KLOSS³⁴³, ERRÁZURIZ³⁴⁴ y CORRAL³⁴⁵, que defienden la idea de

³⁴⁰ En contra Mazeaud Mazeaud, Henri León y Tunc, André, Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual, Ob. Cit. pp.48 y 49., quienes señalaban en esa época que: "...la familia natural, la fundada en la unión libre, no puede constituir jurídicamente una familia..." (Sic) "La familia adoptiva no es tampoco una verdadera familia; porque la adopción, como la unión libre, no produce efectos jurídicos más que sobre el terreno de la filiación; y solamente, en principio, entre el adoptante y el adoptado."

³⁴¹ Así Corral Talciani, Hernán. *Familia y Derecho*; Universidad de los Andes, Colección Jurídica, Santiago, 1994, p. 30.

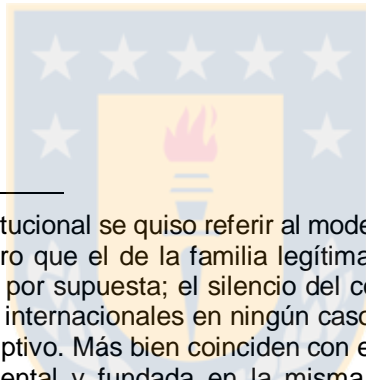
³⁴² La Comisión de Estudios trató el tema de la familia especialmente en las sesiones número 3, 12, 18, 26, 37, 40, 45, 85, 92, 190, 191, 192 y 402.

³⁴³ Soto Kloss, Eduardo. "La familia en la constitución política", *AAVV Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol 21 N° 2, Año 1994, pp. 224 y 225., quien al respecto señala en la conclusión 5° de su artículo que: "...la familia es una comunidad de padres e hijos fundamentada en el matrimonio; es decir, comunidad de padre y madre/hombre y mujer, e hijos, basada en el matrimonio."

³⁴⁴ Errázuriz T., Cristina, "Sobre la protección internacional de la familia", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. N° 21, N° 2, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1994, pp. 365 a 370., quien al efecto escribe: "La familia tiene su origen en la institución del matrimonio, de tal manera estaría incompleto un listado de derechos de la familia que no incluyera la protección al matrimonio..." (Sic) "El querer elevar relaciones de hecho, por su propia naturaleza inestables, a la calidad de matrimonio, otorgándoles sus mismos derechos, atenta directamente contra la institución familiar."

³⁴⁵ Corral Talciani, Hernán. *Familia y Derecho*; Ob. Cit., pp. 29 a 30., quien al respecto señala: "El concepto constitucional de familia debe tener un contenido determinado, éste no pudo ser otro –a falta de declaración expresa en el texto o en las actas- que la familia fundada en el matrimonio. Otras formas de convivencia podrían ser más o menos admisibles jurídicamente, pero lo que la Constitución declara como núcleo fundamental de la sociedad, es la familia edificada sobre la base de la unión personal de los cónyuges.". Sus argumentos son los

la plena correspondencia entre familia y matrimonio. Para este último, según QUINTANA, no es que se ignore la existencia de familias no matrimoniales, simplemente postula que la constitución le brinda privilegios especiales a aquella que tiene su origen en el matrimonio³⁴⁶.



siguientes: i) El texto constitucional se quiso referir al modelo paradigmático, tradicional y clásico de la familia, que no es otro que el de la familia legítima o matrimonial; ii) Se trataba de una realidad obvia y que se da por supuesta; el silencio del constituyente consideró innecesaria su explicitación; iii) Los textos internacionales en ningún caso hablan de familia como una realidad abierta y de carácter descriptivo. Más bien coinciden con el texto constitucional en que la familia es una institución fundamental y fundada en la misma naturaleza humana e íntimamente relacionada con el derecho a contraer matrimonio; iv) es absurdo que es deber del Estado proteger, sino propender al fortalecimiento de las parejas de hecho o de las parejas de homosexuales.

Creemos que el asunto merece una distinción. El constituyente, al utilizar la expresión “*propender a su fortalecimiento*”, indudablemente se ha querido referir a la familia fundada en el matrimonio, no veo cómo el mandato constitucional podría querer significar propender al fortalecimiento de la familia de hecho o fortalecer la familia de hecho. Sin embargo, distinto es el caso de la expresión “*dar protección*”, en relación a ésta última, que es quizá la expresión más significativa e importante, el Estado no puede desentenderse de la familia de hecho, que quizá no es la principal, atendido lo dispuesto en el art. 1º, inc. 1º Ley 19.947, pero no por ello podría dejar de ser amparada legalmente. Este último imperativo constitucional, se hace plausible teniendo presente lo dispuesto en el art. 1º inc 1º de la C. Pol., y lo dispuesto en el art. 19 N° 2, inc. 1º.

³⁴⁶ Creemos que el asunto merece una distinción. El constituyente, al utilizar la expresión “*propender a su fortalecimiento*”, indudablemente se ha querido referir a la familia fundada en el matrimonio, no veo cómo el mandato constitucional podría querer significar propender al fortalecimiento de la familia de hecho o fortalecer la familia de hecho. Sin embargo, distinto es el caso del mandato constitucional “*dar protección*”, que es quizá la expresión más significativa e importante. En efecto, el Estado, no puede desentenderse de la familia de hecho, que si bien no es la base principal, atendido lo dispuesto en el art. 1º, inc. 1º Ley 19.947, no por ello puede dejar de ser amparada legalmente. Este último imperativo constitucional, se hace plausible teniendo presente lo dispuesto en el art. 1º inc 1º de la C. Pol., y lo dispuesto en el art. 19 N° 2, inc. 1º y 2º.

En la vereda opuesta, autores tales como RAMOS PAZOS³⁴⁷, FIGUEROA YÁÑEZ³⁴⁸, PEÑA GONZÁLEZ³⁴⁹ y LÓPEZ DÍAZ³⁵⁰ sostienen que el concepto de familia sería comprensivo de otras formas de familiaridad como las uniones de hecho.

Sin embargo, es a partir de la Ley 19.947, que el asunto se aclara. En efecto, el art. 1° inc 1° de la Ley 19.947 dispone que: “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El matrimonio es la base principal de la familia”, no la única. Si se atiende a la historia fidedigna³⁵¹ del establecimiento de dicha

³⁴⁷ Ramos Pazos, René. *Derecho de Familia*; Ob. Cit. p. 14., quien al respecto señala: “...cualquier duda que pudiera haber existido sobre el tema ha quedado definitivamente disipada con la dictación de la Ley N° 19.947, que estableció el divorcio vincular en Chile. El art. 1° de esta ley expresa que “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El matrimonio es la base principal de la familia”. El hecho de que la disposición diga que “el matrimonio es la base principal de la familia” demuestra que puede existir una familia que no se funda en el matrimonio, la que también debe gozar de la protección constitucional.”

³⁴⁸ Figueroa Yáñez, Gonzalo. *Persona, Pareja y Familia*, Editorial Jurídica de Chile, 1995, pp. 70 a 72., quien explica que: “...la Constitución comprende a ambas familias, las matrimoniales y las no matrimoniales, siendo deber del Estado dar protección y propender al fortalecimiento de una y otra.”

³⁴⁹ Peña González, Carlos; “¿Hay razones constitucionales fuertes a favor de un estatuto igualitario” en *Instituciones Modernas de Derecho Civil, Homenaje al profesor Fernando Fueyo*, Editorial Conosur, Santiago, 1996, pp. 140 a 150.

³⁵⁰ López Díaz, Carlos; *Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia*, Editorial Librotecnia, Santiago, 2005, p. 29., quien al respecto señala que: “...la familia no deriva sólo del matrimonio, sino que tiene su origen también en la convivencia afectiva permanente, en la filiación no matrimonial, en la figura de la adopción, etc.”

³⁵¹ El inc. 1° del art 1° de la Ley 19.947 no existía en el proyecto original enviado al Congreso Nacional vía moción parlamentaria. Es más tarde, en la discusión en particular de este proyecto integrada por los Senadores Aburto, Chadwick, Espina, Moreno y Viera Gallo, en el Segundo Trámite Constitucional del Senado, y Primer Informe de la Comisión de Constitución, de fecha 09 de julio del 2003, correspondiente a la sesión 11, legislatura 349, que los senadores Chadwick, Romero y Diez, propusieron la siguiente redacción al art. 1° de la ley: “El matrimonio es la base de la familia”. A lo cual el senador Viera Gallo, si bien se mostró de acuerdo en acoger la frase de la indicación de los Senadores que repite la Constitución Política, en el sentido de que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad; hizo presente que: “morigeraría aquella que afirma que el matrimonio es la base de la familia, porque tanto la legislación más moderna como la jurisprudencia, desde hace tiempo, se han hecho cargo de que hay familias que no surgen del matrimonio”. Por su parte el Senador señor Chadwick advirtió que “la intención no es excluir otras formas de familia, sino recalcar que el matrimonio es la base de ella, la manera general del constituir una familia”. El Senador Boeninger discrepó de ese alcance, porque al referirse a “la base” se excluye la posibilidad de que existan otras bases, lo que se contrapone con la realidad. Le preocupa que se pueda interpretar en un sentido desvinculado de la realidad. Finalmente el Senador Moreno “coincidió con que hay muchas situaciones de familia que no están basadas en el matrimonio, pero recordó que la finalidad de esta ley es regular el matrimonio civil. Por lo mismo, manifestó su acuerdo con afirmar que el matrimonio es la base de la familia, abriendo un

norma, queda muy clara la intención del legislador de establecer la norma en el sentido de no excluir otras formas de familia. Fue unánime el acuerdo que en tal sentido se acordó al interior de la Comisión de Constitución.

Del mismo modo que nuestra jurisprudencia³⁵², desde mucho antes de la Ley 19.947, reconoce la calidad de familia a agrupaciones humanas fundadas en la sola convivencia estable de sus miembros, principalmente, para los efectos de conceder indemnizaciones en materia de daños por repercusión.

Debemos tener presente, como argumento de autoridad, que en *Elsholz con Alemania*, el TEDH³⁵³ por sentencia de 13-07-2000, dijo que: *el concepto de familia no se limita únicamente a las relaciones basadas en el matrimonio, y puede abarcar otros lazos de familia de facto cuando las personas viven juntas sin estar casadas.*

Sin embargo, todo ello no significa que exista exacta igualdad entre ambas. Estimamos que si bien la familia de hecho goza de protección constitucional, la familia fundada en el matrimonio se encuentra en una posición de superioridad frente a aquella.

espacio para comprender las familias que tengan otro origen". Finalmente la Comisión, recogiendo las opiniones vertidas, señalando que el matrimonio es la base "principal" de la familia, de modo de no excluir a las familias que tengan otro origen. El acuerdo se adoptó por la unanimidad de los Honorables Senadores señores Chadwick, Espina, Moreno y Viera-Gallo. (Historia de la Ley 19.947, p. 442 y 443).

³⁵² Así por ejemplo la Corte de Apelaciones de Concepción, en sentencia de 04 de diciembre de 2000, confirmada por la Corte Suprema por vía de casación, señalaba en su considerando 9° que: "...la relación de convivencia por largos años del actor (más de diez años se señaló en el fallo de primera instancia), fruto del cual nacieron dos hijos, todos los cuales conformaban una familia y un hogar normal..." (Revista Fallos del Mes, N° 496, p. 14.).

³⁵³ 43. El Tribunal recuerda que la noción de familia con arreglo a esa disposición [artículo 8 del Convenio] no se limita a las relaciones basadas en el matrimonio y puede abarcar otros lazos de "familia" de facto cuando las partes viven juntas sin estar casadas. Un niño nacido de tal relación forma parte ipso jure de esa unidad "familiar" desde el momento de su nacimiento y por el mismo hecho de ese nacimiento. Así, entre el niño y sus padres existe un vínculo equivalente a la vida familiar (véase la sentencia del caso Keegan contra Irlanda, de 26 de mayo de 1994, serie A, n° 290, páginas 18 y 19, párrafo 44). Además, el Tribunal recuerda que el disfrute mutuo de la compañía recíproca de cada uno de los padres y del hijo constituye un elemento fundamental de la vida familiar, aún cuando la relación entre los padres se haya roto, y que las medidas internas que obstaculicen ese disfrute constituyen una violación del derecho protegido por el artículo 8 del Convenio. En definitiva el TEDH condenó al Estado Alemán al pago de 17.895,22 euros al padre no matrimonial a quien los tribunales alemanes habían denegado el derecho de visita con base en el rechazo que hacia él experimentaba su hijo de cinco años a causa de S.A.P.

3.4.- La privatización del Derecho constitucional³⁵⁴.

Como dijimos en el Capítulo I, el deber de no dañar a otro, plasmada en la célebre fórmula de Ulpiano: “*alterum non laedere*”, constituye, el primer precepto jurídico que debe respetarse en una sociedad civilizada.

Sin embargo, la pregunta que cabe formularse es ¿si los derechos fundamentales otorgan al ciudadano un derecho un derecho contra el Estado para obtener de él protección contra ataques de otros ciudadanos? Creemos que sí, y así se ha venido evidenciando desde hace un tiempo a esta parte³⁵⁵.

Se ha dicho en la doctrina nacional³⁵⁶ que, los arts. 19 N° 1, N° 4, N° 9 y N° 17 letra i), constituirían los fundamentos constitucionales del daño moral. Así,

³⁵⁴ Al respecto puede consultarse: de Domínguez Aguila, Ramón Horacio; “Aspectos de la constitucionalización del derecho civil chileno”, RDJ, t XCIII, N° 3, 1° Parte, Sección Derecho, pp. 107 a 137; de Guzmán Brito, Alejandro; *Derecho Constitucional Privado*,

³⁵⁵ Alexy, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 36.

³⁵⁶ Así Domínguez Aguila, Ramón Horacio; “Aspectos de la constitucionalización del derecho civil chileno”, RDJ, t XCIII, N° 3, 1° Parte, Sección Derecho, pp. 132 y 133., quien señala al respecto: “Siguiendo aquellos principios, nos parece indudable que un principio constitucional a destacar es el de la reparación del daño moral, al menos en sus especies más comunes. En efecto, tal reparación tiene asidero constitucional en el artículo 19 N° 1 que asegura el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona, artículo 19 N° 4 que asegura el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia, artículo 19 N° 19, que asegura el derecho a la protección de la salud, entre otros. Para sostenerlos pensamos que hay que recordar algunas nociones elementales sobre el daño moral, porque no siempre son entendidas por nuestros tribunales. El daño moral no es sólo el *pretium doloris*, como a veces se cree, aunque ya ese aspecto queda comprendido por la integridad psíquica de la persona. Más generalmente, es todo atentado a un interés no económico y que afecta a la persona. Por tanto, a veces repercute en la psiquis de la persona natural, otras en su integridad corpórea; pero también en su esfera de intimidad, en su imagen, en su honra o prestigio. De allí que todo hecho que afecte de tal modo a la persona natural o jurídica, en cuanto le sean aplicable, requiere y exige reparación como modo de restituir el interés afectado, aunque no se le reponga. Así, toda lesión que implique una disminución a la integridad física de la víctima, sea daño corporal, sea daño estético, es un acto ilícito, porque esa integridad está asegurada por la constitución, con la cual ésta no hace sino recoger los principios tan antiguos como los que San Pablo, para referirse al Cuerpo de la Iglesia, recordaba lo que sucedía con el cuerpo humano: “del mismo modo que el cuerpo es uno solo, aunque tiene muchos miembros, y todos los miembros del cuerpo” (1, Corintios, 12). Pero también, y por idéntica razón, han de ser reparados el daño biológico y la salud, ya que también se trata de aspectos de la persona asegurados y protegidos por la norma constitucional. Una contaminación de sida o de hepatitis, por transfusión sanguínea en un hospital, es por lo mismo un daño reparable bajo el amparo constitucional, sin perjuicio de fundamento que pueda tener, si se trata de un hospital estatal, en la responsabilidad de derecho público que emana del art. 6° de la Constitución y de las normas que emanan de esa regla, es

quien causa un daño quebranta una norma, ya no de rango simplemente legal – léase art. 2314 Cc- sino fundamental.

Siguiendo a DOMÍNGUEZ AGUILA³⁵⁷, la superioridad de la constitución, como norma, determina la sumisión del resto del ordenamiento a sus prescripciones, ya que, de acuerdo a los arts. 6 y 7 de la C. Pol., sus normas obligan a toda persona, institución o grupo. Es lo que ALEXY³⁵⁸ denomina: la ubicuidad de la norma fundamental, y, según PRIETO SANCHÍS³⁵⁹, el desbordamiento del derecho constitucional.

decir, la responsabilidad por falta de servicio.”. En igual sentido Diez Schwerter, José Luis; *El Daño Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición, Santiago, 2006, pp. 101 a 108., quien nos dice al respecto: “A nuestro entender, la resarcibilidad del daño moral debe ser un principio informante de todo nuestro sistema jurídico. Por ello no es exagerado pretender que se plasme en normas de rango constitucional que permitan tutelar, con mayor eficacia y estabilidad, ciertos aspectos extrapatrimoniales de la personalidad, que no pueden quedar entregados al solo amparo del legislador o de los jueces como intérpretes. Lo dicho es perfectamente posible de realizar si se tiene en cuenta que hoy las Cartas Fundamentales consagran principios esenciales de derecho civil, dentro del llamado proceso de la “constitucionalización del derecho civil”. Más adelante Diez Schwerter, refiriéndose a la situación en la Constitución Política de 1980 nos señala que: “...el mayor aporte que la Carta Fundamental de 1980 hizo al daño moral lo efectuó al consagrar, entre las garantías constitucionales, el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona (art. 19 N° 1°) y el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia (art. 19 N° 4°). La vulneración de las cuales origina ciertas especies de daño moral, que no pueden quedar sin reparación (sea o no de manera pecuniaria), en cualquier ámbito de la responsabilidad civil, por cuanto el art. 6° de la Constitución impide que el legislador, los jueces, las autoridades administrativas o los particulares, desconozcan la eficacia de las garantías constitucionales (que, por lo demás, son reflejo de principios y valores generales de nuestro derecho)”.

³⁵⁷ Domínguez Aguila, Ramón Horacio; “Aspectos de la constitucionalización del derecho civil chileno”, RDJ, t XCIII, N° 3, 1° Parte, Sección Derecho, p. 111.

³⁵⁸ Alexy, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 45, quien nos dice a este respecto: “Si los derechos fundamentales vinculan a los tres poderes públicos y son principios, entonces también vinculan a los tres poderes como principios. No obstante, al convertirse en principios o valores, los derechos fundamentales pueden aparecer por todas partes, pueden ser relevantes en cualquier asunto jurídico. Esta circunstancia implica la ubicuidad de los derechos fundamentales, idea que en su esencia logra describirse mediante el concepto de expansión en todas las áreas del derecho...”.

³⁵⁹ Así Prieto Sanchís, L. “Constitucionalismo y garantismo”, AAVV, *Garantismo, Estudios en homenaje a Ferrajoli*, Editorial Trotta, Madrid, 2003, p. 40. quien señala que: “Se trata de la Constitución y su poderoso efecto de irradiación. Explicado como el desbordamiento de un derecho constitucional que ahora inunda el conjunto del ordenamiento...”. En similar sentido: Ugarte Cataldo, José Luis. *Tutela de los derechos fundamentales del trabajador*, Editorial Legal Publishing, Tercera Edición, Santiago, 2010, p. 9., quien señala que: “En este nuevo paradigma, la clave será considerar que las normas constitucionales tienen todas –sin distinción- plena eficacia vinculante, incluidas, especialmente, las que estipulan los derechos fundamentales de

A fin de asegurar la plena eficacia de estas normas fundamentales, el art. 19 N° 26 de la C. Pol., estableció “la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia.

Más allá de la tesis directa o indirecta que, a este respecto se siga, variadas son las consecuencias que podemos colegir:

a) Siguiendo a DIEZ SCHWERTER³⁶⁰, la reparación de las categorías de perjuicios extrapatrimoniales contempladas en la constitución debe aceptarse en cualquier ámbito de la responsabilidad civil –es decir precontractual, contractual o extracontractual-, porque estos preceptos gozan de una indiscutible eficacia jurídica de orden normativo, derogatorio, invalidatorio, interpretativo e informativo, que no permite sostener lo contrario.

A ello podemos agregar que no importa el origen del mal, ya sea a consecuencia de un atropello en la vía pública, o por obstrucción al régimen de visitas, siempre habrá derecho a la reparación, por estar en juego, bienes fundamentales.

b) Siguiendo a DOMÍNGUEZ AGUILA³⁶¹, la interpretación de las normas legales que se haga según los arts. 19 y ss del Cc., debe hacerse conforme a la constitución.

Efectivamente, como dice DOMÍNGUEZ AGUILA³⁶² “...cuando se trata de interpretar una regla, antes de examinarla a la luz de los elementos gramaticales, históricos, lógicos o sistemáticos, habrá que confrontarla con el texto

las personas (eficacia directa de la Constitución), y que, por tanto, son susceptibles de producir efectos jurídicos inmediatos, sin necesidad de mediación legal de ningún tipo.”

³⁶⁰ Diez Schwertter, José Luis, *El daño extracontractual*, Ob. Cit., p. 104.

³⁶¹ Domínguez Aguila, Ramón Horacio; “Aspectos de la constitucionalización del derecho civil chileno”, RDJ, t XCIII, N° 3, 1° Parte, Sección Derecho, p. 111.

³⁶² Domínguez Aguila, Ramón Horacio; “Aspectos de la constitucionalización del derecho civil chileno”, Ob. Cit., p. 112.

constitucional, de modo de apartar de los posibles sentidos de la regla, aquél que pudiera infringir el texto constitucional.”.

Este punto reviste interés ya que, al producirse un daño familiar con especiales caracteres de gravedad, el entramado legal y los elementos interpretativos en particular, no podrían tornarse contra quien los reclama, ya que ello supone una doble violación de derechos fundamentales, de aquel que ha ejecutado la conducta y del que llamado a juzgarla, la interpreta contra la constitución.

En efecto, tanto la norma fundamental, léase art. 19 N° 1, como la simplemente legal, léase art. 2314, no pueden quedar convertidas en meras normas programáticas, como señala el profesor DOMÍNGUEZ AGUILA³⁶³ “toda norma se dicta para recibir efectiva aplicación y para que produzca efectos regulatorios. De aquí que, al interpretarla, habrá siempre que preferir el sentido en que ella haya de producir algún efecto a aquel que no la haga producir efecto alguno.” Así las cosas, la norma legal, no puede transformarse en un interruptor que corte el circuito que apaga la norma principal, entenderlo así sería una vulneración a los arts. 6 y 7 de la carta fundamental.

El asunto es complejo, ya que los intereses en juego pueden generar situaciones difusas. Tanto la familia como quien demanda reparación gozan de protección constitucional. De ahí debemos tener presente siempre una regla fundamental: las disputas se solucionan en casa; las crisis familiares a través del Derecho de familia, y, el perjuicio que reviste gran poder dañador a través de la responsabilidad civil.

³⁶³ Domínguez Aguila, Ramón Horacio; “Aspectos de la constitucionalización del derecho civil chileno”, Ob. Cit., p. 112., agrega el distinguido profesor de la Universidad de Concepción: “Si este principio de conservación aparece explícito para la interpretación contractual (artículo 1562, Código Civil), no se observa el por qué no deba regir para la interpretación de la norma general, desde que se trata de una consecuencia fundada en la lógica más elemental, de la que aquella regla no es sino una aplicación; pero no la exclusiva. En el derecho comparado, la interpretación conforme a la Constitución es cuestión que ha sido reconocida y estudiada. De allí que algunos señalen, con certeza, que existe no sólo la interpretación de la Constitución, sino también la interpretación *desde la Constitución*.”.

3.5.- La expresa aplicación en sede familiar de normas de responsabilidad civil.

Nuestro ordenamiento jurídico consagra una serie de normas que expresamente tipifican ciertas conductas estableciendo la obligación de indemnizar³⁶⁴. De lo cual podemos extraer, a priori, dos conclusiones: 1) no es efectivo que el derecho de la responsabilidad sea ajeno al derecho de familia, y, 2) dichas normas no reprimen conductas de gran envergadura, las que, en principio, quedan fuera de la órbita de la responsabilidad civil.

3.5.1.- Hechos tipificados en el código civil.

El art. 197 inc. 2° Cc, concede *acción indemnizatoria* a quien ejerce una acción de filiación de mala fe. El art. 328 CC, que en caso de dolo para obtener alimentos, son obligados solidariamente a la restitución y a indemnizar los perjuicios todos los que han participado en el dolo.

Por su parte el art. 1766 CC, inc. 2°, se establece que si entre los partícipes de los gananciales hubiere menores, dementes u otras personas inhábiles para la administración de sus bienes, es necesario inventario y tasación

³⁶⁴ Hasta antes de la dictación de la Ley 19.585, existía una serie de normas ubicadas en el título VII del Libro I del Código Civil que contemplaban hipótesis de indemnización de perjuicios entre cónyuges. Sin embargo, con al advenimiento de la citada ley, varias de dichas normas fueron derogadas, entre ellas podemos mencionar, los artículos 189 y 192 del código civil. A continuación transcribimos dichos artículos, hoy por cierto, derogados: a) Artículo 189 del Código Civil: “Durante el juicio, se presumirá la legitimidad del hijo, y será mantenido y tratado como legítimo; pero declarada judicialmente la ilegitimidad, tendrá derecho el marido, y cualquiera otro reclamante, a que la madre les indemnice de todo perjuicio que la pretendida legitimidad les haya irrogado”. La referencia a la indemnización entre marido y mujer es expresa, por lo que no cabe duda alguna en cuanto su procedencia. b) Artículo 192 inciso segundo del Código Civil: “La guarda y la inspección serán de costa del marido; pero si se probare que la mujer ha procedido de mala fe, pretendiéndose embarazada sin estarlo, o que el hijo es adulterino, será indemnizado el marido”. Al igual que el caso anterior, la referencia a la indemnización entre cónyuges es expresa, luego no cabe descartarla como modo de hacer efectiva la responsabilidad de los mismos.

solemne, y, si se omitiere hacerlos, aquel a quien fuere imputable esta omisión, *responderá de los perjuicios*.

Y el art. 1771 Cc, que dispone que las pérdidas o deterioros ocurridos en dichas especies o cuerpos ciertos deberá sufrirlos el dueño, salvo que se deban a dolo o culpa grave del otro cónyuge, en cuyo caso *deberá este resarcirlos*.

El art. 1784 CC que dispone que la mujer que renuncia sus gananciales conserva sus derechos y obligaciones a las recompensas e *indemnizaciones*. Y el art. 1748 Cc dispone que cada cónyuge deberá asimismo recompensa a la sociedad por los *perjuicios* que le hubiere causado con dolo o culpa grave.

A partir de estas normas citadas, y tal como lo hiciera ELORRIAGA³⁶⁵ en su memoria de prueba, nos preguntamos si es procedente la indemnización de perjuicios entre cónyuges y eventualmente, entre padres e hijos, por asuntos puramente económicos, por qué no habría de serlo por daños personales.

3.5.2.- Ley sobre violencia intrafamiliar.

El art. 11³⁶⁶ de la LVIF consagra el derecho de la víctima de ser indemnizada de los perjuicios materiales que dichos actos le causaren. De este modo en el caso de VIF no constitutiva de delito, de existir perjuicios de orden patrimonial, el juez debe fijar en la sentencia el monto de los mismos, quedando excluido la reparación del daño moral.

³⁶⁵ Elorriaga De Bonis, Fabián. *Régimen de Indemnización de Perjuicios entre Cónyuges*. Memoria para optar al grado de Licenciado. Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 1990, p. 70.

³⁶⁶ “La sentencia establecerá la obligación del condenado de pagar a la víctima los desembolsos y **perjuicios de carácter patrimonial** que se hubieren ocasionado con la ejecución del o los actos constitutivos de violencia intrafamiliar objeto del juicio, incluida la reposición en dinero o en especie de bienes dañados, destruidos o perdidos. Estos **perjuicios** serán determinados prudencialmente por el juez.”

Sin embargo, como señala OYANEDER³⁶⁷, esta exclusión de la reparación del daño moral aparece como un contrasentido, ya que el daño es precisamente psíquico o moral. Para este autor esta situación encuentra su explicación en la discusión que tuvo lugar en la Comisión de Familia de la Cámara de Diputados³⁶⁸.

Esta situación, en ningún caso quiere decir que no se indemnice el daño psicológico o moral causado en el contexto de violencia familiar. Y nada obsta que se reclame del daño psicológico en un juicio de lato conocimiento.

3.5.3.- Hechos tipificados en el código penal.

En nuestro ordenamiento jurídico algunos tipos penales suponen un incumplimiento grave de deberes intrafamiliares, como por ejemplo el delito de abandono, maltrato habitual, lesiones, injurias y calumnias, etc. En este caso los hechos que los constituyen, no quedan exentos de reproche civil, y la víctima puede reclamar la correspondiente *indemnización de perjuicios*, reclamo que es plenamente procedente, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 59 inc. 2° del CPP y 489 N° 5³⁶⁹ del código penal.

³⁶⁷ Oyaneder Davies, Patricio. “Daños por violencia intrafamiliar”, Revista Actualidad Jurídica, N° 14, julio 2006, Ediciones Universidad del Desarrollo, Santiago, p. 216.

³⁶⁸ En efecto, dicho informe da cuenta que la Comisión de Familia de la Cámara, debatió la opción de incluir en la sentencia, la obligación de resarcir además del daño patrimonial ocasionado por los actos de violencia intrafamiliar, incluida la reposición de los bienes dañados, destruidos o perdidos y los gastos médicos, el daño psicológico. Sin embargo, los representantes del ejecutivo, no obstante compartir la idea de un resarcimiento completo, advirtieron que el procedimiento breve y concentrado no daría tiempo al juez para avaluar todos los perjuicios causados, entre ellos, el daño psicológico, que es materia de un juicio de lato conocimiento, quedando la norma finalmente como está. (Informe de la Comisión de Familia de la Cámara de Diputados acerca del proyecto de ley que introduce modificaciones en la Ley 19.325, que establece normas sobre procedimientos y sanciones relativas a los actos de violencia intrafamiliar, Boletín N° 2318-18; Informe 5787).

³⁶⁹ Según la doctrina penal, reunidos los elementos substanciales y formales del delito, su consecuencia natural es la responsabilidad penal. Sin embargo en ciertos casos, el interés social exige no imponer la pena en tales circunstancias, porque las desventajas que de ello podrían derivar resultan mayores que las ventajas. Las excusas legales absolutorias no van más allá de la exención de la pena, y deja subsistente la responsabilidad civil emanada del delito. Un primer caso lo constituye el artículo 489 N° 5 del Código Penal, que dispone: “Están exentos de

En nuestro país el párrafo 2° del título VII del Libro II del código penal, sanciona hipótesis de abandono de niños y personas desvalidas. Así los arts. 347, 348, 350 y 351 del CP se refieren al abandono por parte de alguno de los progenitores al niño –hijo-, y el art. 352 hace referencia al abandono del cónyuge y otros parientes que indica.

Estos delitos presuponen incumplimiento grave de determinados deberes familiares como son el deber de socorro entre cónyuges (art. 131 Cc), el deber de cuidado de los padres (art. 223 Cc), o el cuidado personal del hijo (art. 224 Cc), etc. Por ello, y en virtud de lo dispuesto en el art. 1208 Cc, tanto los descendientes como ascendientes y el cónyuge, pueden ser sancionados, además, con el desheredamiento.

Así las cosas podría parecer excesivo perseguir la responsabilidad civil del sujeto activo del delito de abandono que ya ha sido objeto de otra sanción civil. Sin embargo, si nos atenemos a lo dispuesto en el artículo 489 N° 5 del CP, la conclusión es exactamente la contraria, la doctrina penal es clara en tal sentido³⁷⁰.

responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil, por los hurtos, defraudaciones o daños que recíprocamente se causaren: 1. Los parientes consanguíneos en toda la línea recta. 2. Los parientes consanguíneos hasta el segundo grado inclusive de la línea colateral. 3. Los parientes afines en toda la línea recta. 4. Derogado 5. Los cónyuges. La excepción de este artículo no es aplicable a los extraños que participaron del delito. Además, esta excepción no será aplicable cuando la víctima sea una persona mayor de sesenta años". El delito existe, se trata de una conducta culpable y antijurídica, sin embargo, por razones de convivencia social y mantención de la armonía familiar, se exime al culpable de responder criminalmente, quedando subsistente la acción civil entre parientes. Esta excusa legal absolutoria, sólo beneficia a las personas expresamente mencionadas en los cinco números del artículo 489 del Código Penal, pero como el propio precepto señala, no se extiende a terceros extraños que participan del delito y que no tengan el carácter de cónyuge o de pariente exigido por la ley para eximirse de la responsabilidad penal, por lo que éstos terceros responderán civil y criminalmente. Estos artículos, tomados del ordenamiento penal, nos llevan a concluir que la responsabilidad civil entre los cónyuges existe y que la manera de hacerla efectiva es a través de una demanda indemnizatoria de perjuicios.

³⁷⁰ Etcheberry plantea que en estos casos subsiste la responsabilidad civil, y se establece sólo por razones de conveniencia social en mantener la armonía familiar, ya que no alcanza a los extraños y se aplica sólo a los delitos contra la propiedad que no suponen empleo de violencia, caso este último en el cual el interés social se sobrepone al familiar y reclama sanción penal. (Etcheberry, Alfredo. *Derecho Penal*. Editorial Jurídica de Chile, tomo II, parte general, 1997, p. 12).

De este modo, difícilmente alguien podría sostener razonablemente la improcedencia de una eventual acción indemnizatoria pretextando que el hecho ya ha sido sancionado por el legislador a través del desheredamiento, o que existe un interés familiar que preservar o la armonía familiar que mantener. A mayor abundamiento, hay que tener presente que varias de estas figuras son delitos de peligro abstracto, esto es, se castiga la mera posibilidad de peligro concreto, y no el peligro concreto en sí mismo, que aún no ocurre, y aun así hay delito, desheredamiento, y, eventualmente, indemnización de perjuicios³⁷¹

3.6.- Derecho de familia como rama del Derecho privado.

Uno de los argumentos dados por la tesis negativa fue considerar que el Derecho de familia no pertenecía al derecho privado, atendido el marcado carácter tutelar e indisponible de algunas de sus normas. De este modo el Derecho de familia se constituye en una rama autónoma que, por una parte no formaría parte del derecho civil y, por otra, no sería posible de conciliar con el derecho de la responsabilidad³⁷².

Esto último nos lleva a examinar cuál es naturaleza jurídica del Derecho de familia: si pública, mixta o privada. Y si de ello, puede resultar una posible incompatibilidad que obste a la aplicación de las normas sobre responsabilidad civil en sede familiar, que impidan el resarcimiento.

³⁷¹ Situación análoga puede ocurrir a propósito del delito de maltrato habitual, previsto y sancionado en el artículo 14 de la Ley 20.066. Al igual que en el caso anterior, este delito constituye una grave transgresión a deberes intrafamiliares como ser el de respeto y protección recíprocos entre cónyuges (art. 131 CC), el de crianza y educación de los hijos (art. 224 CC), y el interés superior del niño (art. 222 CC) entre padres e hijos.

³⁷² Esta línea argumental siempre ha estado indisolublemente ligada al principio de la especialidad, en virtud del cual el Derecho de familia ofrecería soluciones propias (régimen autónomo y cerrado), que impediría la aplicación de normas sobre responsabilidad (argumento de la especialidad). En fin, se señala que sus normas son de orden público y con un marcado acento tutelar (naturaleza pública del Derecho de familia), todo lo cual repugnaría todo intento de aplicar normas de responsabilidad civil para sancionar conductas que causan daño.

3.6.1.- Derecho de familia forma parte del Derecho público.

Según nos relata PERRINO³⁷³ “...PUFFENDORF enfatizaba que el matrimonio debía estar regulado por la ley política, dando pie a la intervención del Estado, alcanzando esta concepción su máxima expresión con HOBBS, para quien el matrimonio era una institución que estaba ubicada en el ámbito del derecho público cuya regulación era de exclusiva del Estado. Otros atribuyen a JELLINEK la tesis en virtud de la cual el Derecho de familia sería parte del derecho público.

En argentina, JUAN CARLOS RÉBORA, ha dicho que la organización de la familia ha tenido un incesante movimiento, del orden doméstico al derecho privado, y de éste al público, y, SPOTA sostiene que forma parte del Derecho civil pero que se acentúa de manera innegable su aspecto de derecho público, el cual estaría dado por el interés estatal en el cumplimiento por los particulares de sus poderes-funciones en las relaciones jurídicas del derecho de familia.

En nuestro país, LÓPEZ DÍAZ³⁷⁴, junto con reafirmar el argumento de la autonomía del Derecho de familia, al señalar que éste tiene instituciones propias, con soluciones que también le son propias erigiéndose así como una rama autónoma del Derecho, afirma que: “Repugna al sentido común y a un elemental criterio sujetar las relaciones familiares a las propias de carácter eminentemente patrimonial del Derecho civil”.

3.6.2.- Derecho de familia es una tercera rama del Derecho.

Esta teoría fue elaborada por el jurista italiano ANTONIO CICU³⁷⁵, para este autor, el Derecho se clasifica en tres ramas, dentro de las cuales estaría el

³⁷³ Perrino, Jorge Oscar; *Derecho de Familia*, Editorial LexisNexis, tomo I, Primera Edición, Buenos Aires, 2006, p. 50.

³⁷⁴ López Días, Carlos; *Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia*, Editorial Librotecnia, Santiago, 2005, pp. 23 a 25.

³⁷⁵ Cicu, Antonio. *El Derecho de Familia*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1947, pp. 117 a 120.

Derecho de familia, junto al Derecho privado y el público. CICU parte por distinguir entre Derecho público y Derecho privado; en el público el sujeto está en una situación de subordinación respecto al Derecho y sus fines, y, en el privado se halla en una posición de libertad.

En las relaciones jurídicas de derecho privado los intereses tutelados son distintos y opuestos, en cambio, en el Derecho público, es inadmisibles un interés diferente al estatal. Así, el Derecho de familia no regularía intereses individuales, independientes y opuestos, ya que estos están subordinados a un interés superior, que es, el interés de la familia. Por ello es que, bajo la óptica de CICU, se habla de un interés superior, que es, el interés de la familia.

Con algún matiz, es también partidario de la tesis organicista el profesor italiano ROBERTO DE RUGGIERO³⁷⁶. Para este profesor la familia es un organismo social fundada en necesidades naturales tales como: la unión sexual, la procreación, el amor, la asistencia y la cooperación; y ético, por cuanto de allí provienen sus preceptos más esenciales.

3.6.3.- Derecho de familia forma parte del Derecho privado en general y del Derecho civil en particular.

Una tercera tesis, a nuestro juicio la correcta, es aquella en virtud de la cual, el Derecho de familia, no obstante tener instituciones propias, y un marcado interés social, forma parte integrante del Derecho Privado, y, en particular, del Derecho civil.

En la doctrina nacional esa ha sido la postura de parte importante de los autores. Así para SOMARRIVA³⁷⁷: “El Derecho civil admite una gran clasificación en Derecho de familia y Derecho patrimonial...”. Agregando que “...matrimonio

³⁷⁶ De Ruggiero, Roberto. *Instituciones de Derecho Civil*, Traducción de la Cuarta Edición Italiana, Editorial Reus, Madrid, p. 7.

³⁷⁷ Somarriva Undurraga, Manuel; *Derecho de Familia*, Tomo I, Ediar Editores Ltda, Santiago, 1983, p. 7.

y propiedad son los dos pilares sobre que descansa el Derecho Civil moderno. Más actualmente el profesor COURT MURASSO³⁷⁸ en su obra *Curso de Derecho de Familia*, sin dar más fundamentos, afirma que forma parte del Derecho privado. Por su parte, QUINTANA³⁷⁹, basándose en que este derecho regula la esfera más íntima, afirma su pertenencia al Derecho privado.

En la doctrina argentina se han pronunciado por esta tesis autores de la talla de MAZZINGHI³⁸⁰, para quien el Derecho de familia forma parte del Derecho civil. También en la doctrina argentina BORDA³⁸¹ estima que el Derecho de familia forma parte del Derecho privado y más concretamente del Derecho Civil. El maestro BORDA nos señala agudamente que: "...la pretensión de desglosar la familia del derecho privado importa un desconcertante contrasentido. Pues ¿puede concebirse algo más privado, más hondamente humano que la familia,

³⁷⁸ Court Murasso, Eduardo; *Curso de Derecho de Familia*, Editorial Legal Publishing, Primera Edición, 2009, p. 1.

³⁷⁹ Quintana Villar, María Soledad. *Derecho de Familia*, Ediciones Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2013, p. 22. Efectivamente señala esta autora: "Se puede afirmar que el Derecho de familia pertenece al Derecho privado, debido a que norma situaciones propias de la esfera íntima de cada persona, aunque la mayoría de sus preceptos son de orden público – característica del Derecho público- y no supletorias de la voluntad de las partes, como ocurre en la generalidad de las normas del derecho privado." Agrega más adelante la autora: "En la normativa nacional no existe duda en relación con la inserción del Derecho de familia en el Derecho privado, en particular, en el Derecho civil, dado que la mayoría de sus disposiciones las encontramos en el Código Civil y en su apéndice."

³⁸⁰ Mazzinghi, Jorge Adolfo; *Derecho de Familia*, Tomo I, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Tercera Edición, 1995, pp. 38 y 39. Este autor señala al respecto: "No negamos la existencia de un interés comunitario de la familia, tal como lo determinaremos al enunciar el concepto de la institución. Pero la gravitación de ese interés no tiene significación suficiente como para segregar el derecho de familia del campo del derecho civil. También en otras figuras típicas del derecho privado se advierte, en mayor o menor grado, un interés comunitario –de toda la comunidad en el dominio, de todos los miembros en una asociación- y, como bien dice Borda, no por ello habría que reconocer que la regulación de esos institutos debiera constituir una rama independiente del derecho. Nos inclinamos, pues, decididamente por considerar que la vinculación, tradicionalmente establecida entre el derecho de familia y el derecho civil, responde al contenido sustancial de ambas disciplinas y estamos persuadidos de que la pretendida autonomía del primero no reportaría ninguna ventaja práctica que, por encima de toda la apreciación científica, la hiciera apetecible".

³⁸¹ Borda, Guillermo; *Tratado de Derecho Civil. Familia*, tomo I, Sexta Edición Actualizada, Editorial Perrot, Buenos Aires, p. 7.

en cuyo seno el hombre nace, vive, ama, sufre y muere? ¿Dónde, sino en ella, refugiarse la privacidad?”³⁸².

En la doctrina española, CASTÁN TOBEÑAS³⁸³ se manifiesta partidario de la inclusión del Derecho de familia dentro del Derecho privado. Puntualiza CASTÁN que si bien el Derecho de familia posee un contenido más bien preceptivo, que meramente supletivo, con lo cual mantiene rasgos coincidentes con el Derecho público, no es menos cierto que ello también se manifiesta en otras instituciones del Derecho privado. Agrega que, no obstante la relativa autonomía que pueda darse al Derecho de familia, no es conveniente separarlo del Derecho privado³⁸⁴.

Otro argumento es la expansión de la autonomía de la voluntad³⁸⁵, privilegiándose los acuerdos directos entre cónyuge como modo de resolver

³⁸² Borda, Guillermo; *Tratado de Derecho Civil*, Ob. Cit. p. 9., agregaba en esos años el maestro Borda: “Los que propugnan la segregación del derecho de familia del privado, consciente o inconscientemente preparan el camino hacia un intolerable intervencionismo estatal en la vida íntima de la familia. Es sintomático que los únicos países en que el Código de la familia se ha segregado del civil sean Rusia, Yugoslavia, Bulgaria y Checoslovaquia, y que en la Alemania nacional-socialista, la ley del 6 de junio de 1938 reformara el Código Civil en materia de matrimonio “por razones públicas” y porque el matrimonio “tiene una importancia más nacional que individual”.

³⁸³ Castán Tobeñas, José; *Derecho Civil Español Común y Foral*, Tomo Quinto, Derecho de Familia, Duodécima Edición, Editorial Reus, Madrid, 1994, pp. 61 y 62.

³⁸⁴ Dice el profesor Castán: “Que, no obstante la relativa autonomía que pueda y deba concederse al Derecho de familia dentro del Derecho privado, no es conveniente separarlo de las demás ramas de éste último que integran el Derecho privado patrimonial, rompiendo la actual unidad científica del Derecho civil, pues las relaciones familiares, por muy salientes que sean sus rasgos distintivos, van íntimamente enlazadas con las relaciones individuales de carácter patrimonial. La capacidad, la tutela, la sucesión mortis causa, el régimen económico del matrimonio, son zonas en las que el Derecho de familia y el Derecho patrimonial aparecen unidos en indisoluble consorcio.”.

³⁸⁵ Manifestaciones de ello serían entre otros: el acuerdo completo y suficiente del art. 22 de la LMC, en la cual se les reconoce a los cónyuges el derecho a regular diversas materias tales como alimentos, cuidado personal, régimen de relación regular y directa. El art. 27 LMC que reconoce el derecho de ambos cónyuges de solicitar conjuntamente la separación judicial. El art. 63 LMC que consagra el derecho de ambos cónyuges de regular el monto y forma de pago de la compensación económica. El derecho de ambos cónyuges de solicitar de común acuerdo el divorcio (art. 55 inc. 1º LMC). Otras manifestaciones de la autonomía de la voluntad están en los arts. 225 Cc, 244 Cc, 187 Nº 2 Cc, art. 1723 Cc, art. 1715 Cc y art. 1720 Cc, etc. Con todo, este auge del principio de la autonomía de la voluntad sufre importantes limitaciones. Por un lado el art. 31 inc. 2º LMC, en que el juez puede subsanar las deficiencias del acuerdo completo y suficiente, y, por otra, el principio del interés superior del niño y el cónyuge débil (art. 3 LMC).

determinados conflictos. Ello se enmarca en una concepción más intimista y privatista de la familia, perdiendo así terreno la esfera de lo indisponible, y la tutela estatal en la resolución de sus conflictos. Esta situación ha provocado, como contrapartida, un decaimiento de la solidaridad familiar para privilegiar los proyectos personales de vida en familia y pareja³⁸⁶.

Estimamos que el Derecho de familia, sin duda alguna, pertenece al Derecho civil y, con ello, al Derecho privado, Existiendo un sinnúmero de argumentos que apoyarían dicha tesis.

El fenómeno familiar forma parte de la esfera más íntima del ser humano, es inconcebible una visión publicista de la familia, tal como lo dijera BORDA: ¿puede concebirse algo más privado, más hondamente humano que la familia, en cuyo seno el hombre nace, vive, ama, sufre y muere? ¿Dónde, sino en ella, refugiarse la privacidad?³⁸⁷

Siguiendo a CASTÁN TOBEÑAS³⁸⁸, podemos afirmar que, entre derecho de familia y derecho civil existe una clara unicidad científica. Así como es evidente que asuntos tales como el derecho sucesorio, los actos jurídicos, la capacidad etc., producen zonas de contacto directo entre derecho civil y derecho

³⁸⁶ Así Barrientos Grandón, Javier; *Derecho de las Personas. El Derecho Matrimonial*, Thomson Reuters, 2011, Santiago, p. 59., quien refiriéndose a este asunto nos señala que ello: "...ha significado, curiosamente, una mayor intervención del Estado en las dinámicas de poder al interior de la familia al anteponer, en muchas situaciones, los intereses de sus miembros individualmente considerados, frente a los intereses de la familia y, con ello, se ha tendido a debilitar la solidaridad familiar, para privilegiar los proyectos personales de vida en familia y pareja."

³⁸⁷ En este orden de ideas podemos afirmar en forma categórica que la reciente expansión legal del principio de la autonomía de la voluntad en sede familiar como modo de resolver determinados asuntos, antes entregados a la jurisdicción del juez, no es sino, un regreso muy tardío al derecho romano antiguo, con la salvedad que, las antiguas imposiciones unilaterales del *pater familia*, son ahora reemplazadas por acuerdos bilaterales cuyo contenido y forma son visados por la autoridad estatal de modo tal de no perjudicar el balance, o bien, los intereses de terceros, como el interés superior del niño. Este *infraderecho*, o, derecho consuetudinario familiar, siempre ha existido, y siempre existirá, acercándonos así a las antiguas prácticas romanas, lo nuevo es la democratización de las mismas, el alejamiento a la idea de imposiciones unilaterales, de autoridad total que, son reemplazadas por la bilateralidad, los acuerdos que privilegian los intereses de los hijos, etc.

³⁸⁸ Castán Tobeñas, José; *Derecho Civil Español Común y Foral*, Tomo Quinto, Derecho de Familia, Duodécima Edición, Editorial Reus, Madrid, 1994, pp. 61 y 62.

de familia, es absurdo pretender que éstas se susciten, por ejemplo, entre el derecho de familia y el derecho constitucional, rama pública por excelencia.

Siguiendo a BORDA³⁸⁹, porque aquellos ordenamientos que le han dado carácter público al derecho de familia, lo han hecho en épocas de regímenes totalitarios que nada tienen que ver con el marcado carácter personalista que rige nuestro ordenamiento jurídico (art. 1° inc. 4° C. Pol.), en oposición al carácter transpersonalista de los regímenes totalitarios.

Finalmente, y sin desconocer el carácter en buena medida tutelar que tiene el derecho de familia, la creciente injerencia del principio de la autonomía de la voluntad, la acercaría al privado más que al público, rama ésta última en que no son concebibles los acuerdos, en desmedro de la ley (art. 6° y 7° C. Pol.).

Por todas y cada una de las razones antes anotadas, no es posible sostener que el Derecho de familia pertenezca al Derecho público. Tampoco podría considerarse de un carácter mixto, debemos recordar que CICU, en sus últimos años, abdicó de su tesis bicéfala del derecho de familia. Por ello, no es posible rechazar un reclamo indemnizatorio por daños en sede familiar pretextando la incompatibilidad de ambas ramas. Por el contrario, existe una clara unidad normativa, científica y lógica. Ello no obstante las múltiples diferencias que existen entre cada una de ellas.

³⁸⁹ Borda, Guillermo; *Tratado de Derecho Civil*, Ob. Cit. p. 9., agregaba en esos años el maestro Borda: “Los que propugnan la segregación del derecho de familia del privado, consciente o inconscientemente preparan el camino hacia un intolerable intervencionismo estatal en la vida íntima de la familia. Es sintomático que los únicos países en que el Código de la familia se ha segregado del civil sean Rusia, Yugoslavia, Bulgaria y Checoslovaquia, y que en la Alemania nacional-socialista, la ley del 6 de junio de 1938 reformara el Código Civil en materia de matrimonio “por razones públicas” y porque el matrimonio “tiene una importancia más nacional que individual”.

CAPÍTULO 4. RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL COMO RÉGIMEN APLICABLE AL RESARCIMIENTO DE DAÑOS EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DE FAMILIA.

4.1.- Planteamiento general del tema.

Hasta aquí hemos demostrado que no existen dificultades dogmáticas que impidan la aplicación de la responsabilidad civil en el ámbito del Derecho de familia. De este modo en el presente capítulo nos abocaremos a determinar, cuál es el estatuto a aplicar, si el contractual o el extracontractual.

La doctrina y jurisprudencia extranjera, así como alguna incipiente doctrina en nuestro país, mayoritariamente se ha pronunciado por la aplicación del estatuto extracontractual, en igual sentido lo hemos planteado desde un principio en este trabajo. Tesis que defendemos en el presente capítulo.

Abordaremos el posible problema de concurrencia o cúmulo de responsabilidades que, de haberlo, debe dirimirse a favor del estatuto extracontractual, por ser el más apropiado, no el más ventajoso, para la reparación del daño en el ámbito del Derecho de familia.

Desde la óptica de los fines de la responsabilidad, particularmente, su finalidad sancionatoria, nos referiremos muy brevemente a las consecuencias de aplicar agravantes de responsabilidad civil, ya que, como ha dicho alguna doctrina, ellas podrían constituir verdaderos daños punitivos.

4.2.- Concepto de responsabilidad civil.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ³⁹⁰, afirma que “la responsabilidad civil, es la que proviene de un hecho o de una omisión que causa daño a otro. Puede ser contractual, delictual, cuasidelictual o legal, según provenga de la inejecución total o parcial de un contrato, de un delito o cuasidelito civil o simplemente de la ley...”

Agrega el citado autor que el problema esencial de la responsabilidad civil “consiste en procurar que todo daño inferido a la persona o propiedad de otro sea reparado, es decir, en determinar quién debe soportar ese daño, si la víctima o su autor...”³⁹¹.

No estamos de acuerdo con lo último, ya que deja claro que ciertos daños, deben ser soportados por la propia víctima. Como vimos, en el Common Law, durante mucho tiempo fue la víctima quien debió soportar el daño causado por el cónyuge, en procura de la armonía familiar o los intereses superiores de ésta. Con semejante concepto, se está muy cerca de una posición abstencionista frente al daño civil intrafamiliar.

PEIRANO FACIO³⁹², dice que la responsabilidad se presenta de la siguiente manera: “una persona ha sufrido un daño que otra le ha causado; la responsabilidad tiene por consecuencia imponer al ofensor, dentro de ciertas circunstancias, la obligación de repararlo. Se trata, pues, en último instancia, de la idea de transferir el perjuicio de la víctima al ofensor”.

³⁹⁰ Alessandri Rodríguez, Arturo. *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*. Ob. Cit. pp. 24 y 25.

³⁹¹ Peirano Facio, refiriéndose a esta tesis, que ha sido aceptada también por Josserand, afirma que “no puede ser admitida sin desnaturalizar la noción de responsabilidad, ya que –según se ha demostrado– no se puede afirmar que estemos frente a un problema de responsabilidad cuando el que sufre el daño es el propio autor del mismo; la responsabilidad, y por supuesto la responsabilidad civil, supone siempre la idea de alteridad: esto es, se responde siempre ante alguien.

³⁹² Peirano Facio, Jorge. *Responsabilidad Extracontractual*. Editorial Temis, Colombia, 1981, p. 24.

Por su parte VÁSQUEZ FERREIRA³⁹³ dice que responsabilidad civil “es aquel sector del derecho que a partir de la comprobación de un daño, verifica si él es injusto y, en su caso, si están reunidos los demás requisitos o presupuestos como para que sea reparado, estableciendo quien o quienes tienen a su cargo la obligación de indemnizar”.

4.2.1.- Responsabilidad moral y jurídica.

ARTURO ALESSANDRI³⁹⁴ en su obra *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, señala que “la responsabilidad moral es la que proviene de infringir mandatos de la moral o de la religión.” Por consiguiente para el distinguido profesor es “moralmente responsable el que ejecuta un hecho o incurre en una omisión contrarios a la moral, o a su religión si es creyente, es decir, todo aquel a quien su Dios o su conciencia pueden reprocharle algo...”.

Para el decano ALESSANDRI³⁹⁵, la responsabilidad moral suscita un mero problema de conciencia, planteado exclusivamente en el fuero interno del individuo, ello por cuanto las acciones u omisiones que la generan, no se exteriorizan, razón por la cual, no causan daño a otro.³⁹⁶

Esta precisión es relevante en cuanto a la naturaleza jurídica de las obligaciones entre cónyuges y entre padres e hijos contempladas en los arts. 131 y ss., del código civil, las primeras, y en los arts. 222 y ss., las segundas. Ya que existe cierta doctrina y jurisprudencia que, apoyándose en una supuesta “no

³⁹³ Vásquez Ferreira, Roberto. *Responsabilidad por daños. (Elementos)*. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 50. Debemos hacer presente que este autor dice que llamar a la materia “responsabilidad civil resulta inadecuado, por cuanto dicha denominación no responde al la nueva concepción. Más propiamente habría que denominarle “teoría general de la reparación”.

³⁹⁴ Alessandri Rodríguez, Arturo. *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*. Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 23.

³⁹⁵ *Ibidem*.

³⁹⁶ Pacheco Gómez sostiene que, una de las características de las normas morales es su unilateralidad, vale decir, que establecen deberes del hombre para consigo mismo. (Pacheco Gómez, Máximo. *Teoría del Derecho*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 48.).

juridicidad” de esta clase de normas, unido a que no proveen medios de coerción directa, léase cumplimiento en naturaleza, asumen sin más que su infracción, no genera responsabilidad civil.

No estamos de acuerdo con dichos predicamentos, puesto que, dichos deberes no son meros dictados de conciencia, su sola presencia en el código civil bajo los epígrafes “Derechos y obligación entre cónyuges” y “Derechos y obligaciones entre padres e hijos respectivamente”, es un indicio claro de su plena juridicidad.

4.2.2.- Responsabilidad civil y penal.

Que una conducta sea sancionada en el ámbito penal o civil, obedece exclusivamente a razones de política criminal. Es el legislador quien decide aplicar a algunas conductas una pena, a otra la sola reparación, o ambas.

Por otro lado, mientras la función de la responsabilidad por daños consiste en prevenir o reparar el perjuicio, la responsabilidad penal tiene por objeto la prevención y represión de un delito³⁹⁷. De este modo, mientras en la responsabilidad civil, la víctima es el centro, cuyo perjuicio se busca resarcir o evitar; en la responsabilidad penal, la óptica se centra en el delinciente, cuya conducta se pretende punir³⁹⁸.

Estas precisiones no son irrelevantes por cuanto como hemos visto, hay una doctrina muy autorizada que señala que, en materia de daños entre cónyuges, son resarcibles sólo en la medida que los hechos sean constitutivos

³⁹⁷ Zabala de González, Matilde. *La responsabilidad por daños*. Ob. Cit. p. 68; Alessandri Rodríguez, Arturo. *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*. Ob. Cit., p. 24.

³⁹⁸ De Cupis, Adriano. *El Daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Ob. Cit. p. 591; Etcheverry, Alfredo. *Derecho Penal. Tomo I*. Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 23.

de delito³⁹⁹. No compartimos este criterio, por cuanto como hemos señalado, ambas ramas persiguen fines que no se pueden confundir.

4.3.- Fines de la responsabilidad civil: planteamiento del problema de fondo.

Como hemos señalado, los remedios específicos que el derecho familiar establece en una situación de crisis familiar, no tienen por virtud reparar el daño, sancionarlo o disuadirlo. De ahí que, ante su clara insuficiencia, planteáramos la aplicación de la responsabilidad civil. Sin embargo, es menester aclarar los términos⁴⁰⁰.

Es inaceptable plantear la responsabilidad civil en el ámbito del Derecho de familia a objeto de prevenir crisis familiares, puesto que es de la naturaleza humana que éstas ocurran⁴⁰¹. De lo que se trata de sancionar el daño cuando éste es anormalmente grave^{402 403}.

Esta ausencia de compatibilidad y coherencia en los fines, no debe pasar inadvertida. Porque resarcir un daño asociado a una mera crisis familiar, significa otorgar a la responsabilidad civil un carácter preventivo y punitivo en relación a

³⁹⁹ Así Ferrer Riba, Joseph. "Relaciones familiares y límites del derecho de daños", Ob. Cit. p. 16.

⁴⁰⁰ Zabala de González, Matilde. *La responsabilidad por daños*. Ob. Cit. p. 69; Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela. "Función actual de la responsabilidad civil". *Derecho de Daños. Primera Parte*. Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1991, pp. 45 y 46; Makianich de Basset, Lidia N. "La separación personal y el divorcio y la reparación de los daños morales", en *Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*. Editorial Abeledo Perrot, N° 9, p. 19.

⁴⁰¹ Deliberadamente empleo en este párrafo la expresión "crisis familiar" en contraposición a la expresión "grave crisis familiar" empleada en el párrafo anterior. Ello porque la posibilidad de que haya un daño grave es más cercana en graves crisis familiares.

⁴⁰² De allí que planteáramos como requisito de acceso de la responsabilidad civil al ámbito familiar, la necesidad de compatibilizar ambos estatutos que poseen fines muy diversos, no obstante su pertenencia al Derecho civil, y, la necesidad de equilibrar y hacer converger intereses que son esencialmente contrapuestos. De allí que planteáramos la necesidad de resarcir sólo aquel daño que es anormalmente grave en relación a un curso normal de eventos dañosos, ya que de otro modo habría una total ausencia de compatibilidad y coherencia de fines, y, no habría un necesario equilibrio de intereses. Dándole a la responsabilidad civil una aplicación desconectada e irregular.

⁴⁰³ Vid *Supra* 2.6.3.4.- Vid nota al pie n° 294.-

crisis familiares, en circunstancias que la responsabilidad civil no persigue, ni evitar crisis familiares, ni castigar a sus responsables, sino reparar el daño.

Ni siquiera el Derecho de familia plantea como finalidad el evitar los conflictos familiares, sino todo lo contrario, esto es, el darle continuidad a las relaciones entre padres e hijos, a pesar de las crisis, ya que éstas son inevitables⁴⁰⁴.

Olvidar este aspecto podría significaría, además, una ausencia de convergencia o equilibrio de intereses contrapuestos, ya que hay un interés familiar en preservar las relaciones entre padres e hijos, que puede colisionar con el interés individual de quien acciona por responsabilidad. El **carácter punitivo** del resarcimiento del daño se contrapone al remedio familiar que no es esencialmente punitivo⁴⁰⁵.

Es allí donde radica, en último término, el fundamento de porque no es posible aplicar la responsabilidad a cualquier daño *-mal llamado daño-* en el ámbito familiar⁴⁰⁶. Es por ello que el principio de especialidad en su genuino sentido lejos de ser un valladar, es un **principio de garantía**, pues garantiza la correcta aplicación del derecho de daños en el ámbito del Derecho de familia⁴⁰⁷.

A ello debemos sumar el hecho de que los fines de la responsabilidad civil presentan **matices**, ya sea que se trate de la reparación del daño moral o del daño patrimonial.

⁴⁰⁴ Sobre el tema de los fines en el Derecho puede consultarse: Von Iherin, Rudolf, *El fin en el derecho*, Editorial Comares, Granada, 1999. p. 48. Vid *Supra* 2.6.3.4.-, Vid *Supra* 2.3.4.-, Vid nota al pie n° 294.-

⁴⁰⁵ Así Barrientos Zamorano, Marcelo. *El resarcimiento por Daño Moral en España y Europa*, Editorial Ratio Legis, Salamanca, 2007, p. 51. En igual sentido Chironi, G. P. *La culpa en el derecho civil moderno*, Traducción de A. Posada, Editorial Reus, Madrid, 1907, pp. 328 y 329. Así Fueyo Laneri, Fernando. *Instituciones de derecho civil moderno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990, p. 111. En igual sentido: De Angel Yaguez, Ricardo. *Tratado de responsabilidad civil*, Editorial Civitas, Madrid, 1993, p. 62.

⁴⁰⁶ Es por ello que, en materia de divorcio, rechazamos la tesis amplia permisiva que apunta a resarcir todo daño sin atender a su gravedad (Vid. *Infra* 5.3.4.-).

⁴⁰⁷ Vid. *Supra*.: 2.3.5.-

4.3.1.- Finalidad preventiva.

Como señala la doctrina⁴⁰⁸, el derecho de daño cumple una función disuasiva, tanto en sentido particular, como en sentido general. Ahora bien, tratándose del daño en el ámbito familiar, en principio, creemos que no hay inconveniente alguno en admitir su finalidad preventiva, a objeto de disuadir situaciones que puedan causar grave daño⁴⁰⁹. Sin embargo, esta afirmación merece algunos alcances.

⁴⁰⁸ Así Corral Talciani, Hernán. *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Ob. Cit. pp. 61 y 62. Este autor señala: “El derecho de daños cumple también una función disuasiva, tanto en el sentido particular del que ya ha sufrido la condena civil por un actuar injusto, como del resto de los integrantes de la sociedad. Parece lógico que, desde el punto de vista psicológico, la persona que ha obrado dañinamente y en virtud de esta acción se ve conminada a soportar en su patrimonio el costo del daño causado, tratará de evitar en el futuro la conducta descuidada o dolosa que le produjo tal pérdida. En similar sentido: Barros Bourie, Enrique. *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pp. 43 y 46., quien señala que: “Desde un punto de vista instrumental, el derecho de la responsabilidad civil puede ser visto como un conjunto de incentivos (y desincentivos) que permiten orientar el comportamiento hacia fines socialmente deseables por medio de la amenaza de sanciones coactivas” “El derecho dispone de dos técnicas diferentes de prevención, que son conocidas como prevención especial y prevención general. La primera pertenece típicamente al derecho administrativo, mientras que respecto de la segunda cumple una función relevante el régimen de la responsabilidad civil.”. En similares términos: Díez Picazo, Luis y Ponce de León, *Derecho de Daños*, Editorial Civitas, Madrid, 1999, pp. 47 y 48, quienes señalan: “Si se habla de prevención como un impulso psicológico que puede experimentar el ciudadano, que, reconocedor de la norma, trata de evitar las consecuencias para él desfavorables que resultarían de su aplicación, lo que es algo parecido a lo que los penalistas mencionan bajo la rúbrica de prevención general, la tesis puede ser admitida, aunque restaría por establecer una mensuración adecuada del influjo preventivo que dichas normas pueden ejercer. Lo mismo, paso por paso, puede decirse de la llamada prevención especial. Y si no fue precavido, comodice P. Salvador Coderch, y por eso fue condenado a indemnizar, la prevención (especial) existe porque se influye en las acciones futuras de la misma persona. Una idea como ésta, y en gran parte como la anterior de prevención general, guarda, sin embargo, una relación muy directa con los problemas de los costos que las indemnizaciones supongan y de los costos de evitación del daño.”. En igual sentido: Viney, Genevieve. “Les obligations. La responsabilité”, en Ghestin, Jacques, dir., *Traité de droit civil*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1982, pp. 75 y ss., quien: “reconoce en la responsabilidad civil un medio de persuasión de comportamientos antisociales nocivos a la sociedad, y le asigna a ese rol un sentido general...”. En contra del carácter preventivo de la responsabilidad civil: De Angel Yagüez, Ricardo. *Tratado de responsabilidad civil*, Tratado de Responsabilidad Civil, Editorial Civitas, Madrid, 1993, p. 60. Este autor señala que: “Tampoco tienen una finalidad preventiva aunque consigan generalmente ese resultado”.

⁴⁰⁹ En Argentina el doctor Kiper nos recuerda que: “también que la prevención del daño representa un valor de entidad superior a la reparación. Pero la prevención que opera para el futuro no resulta incompatible ni mucho menos excluye la reparación de los daños morales ya producidos, caso en el cual la prevención no se intentó, o bien fracasó. Ante un específico daño

Al interior de la familia siempre hay tensiones y roces siendo ellas, intrascendentes al Derecho, cobrando allí su total señorío la ***piEDAD familiar***. De igual modo puede haber crisis, que generan situaciones, sin duda dolorosas, pero que no pasan de ser eso, una crisis dolorosa, como muchos otros sucesos dolorosos hay en la vida.

Finalmente hay situaciones dañosas que trascienden una simple crisis, y que van más allá de ella. Se trata de ***hechos particularmente graves***, arrastrados a veces por años en un manto de silencio, con una fuerza dañadora muy punzante. Pensamos que es éste el ámbito de la responsabilidad civil en sede familiar: el daño particularmente grave.

En este sentido, ***la responsabilidad civil no debe buscar como finalidad el evitar conflictos familiares***, objetivo que por lo demás sería absurdo, ya que las crisis son inevitables. Es ése, un elemento de vital importancia según creemos, que debe ser sopesado hondamente por el juez. Ya que único fin de la responsabilidad civil será ***prevenir un daño con especiales caracteres de anormal gravedad***.

Intentar ***prevenir*** daños no graves, es un equivalente a evitar una crisis, lo que es ajeno al Derecho de daños, ya que es de la órbita del Derecho de familia. Hay que recordar que los fines del derecho de familia son sustancialmente diversos a los fines de la responsabilidad civil. Mientras el primero intenta mantener las relaciones entre padres e hijos, pese a las crisis; el segundo intenta punir mediante el resarcimiento, conductas indeseadas.

moral efectivamente sufrido la prevención perdió definitivamente su oportunidad. El Derecho: ¿no tiene respuesta para este caso?" Agrega Kiper: "Si no se atiende la situación de la víctima se ampara al victimario y lejos de resultar disuasoria esta conducta, puede tener efectos estimulantes de la reiteración. Las posibles consecuencias de la ley ante una conducta desviada (por ej., las sanciones que se apliquen), tienen un poder de convicción relevante y este medio compulsivo o persuasivo no puede desdeñarse. Ello no implica descartar otro que tengan por fin prevenir conductas marginales. En la función educativa del Derecho estriba también un elemento preventivo de singular valor." (citado y referido por Makianich de Basset, Lidia N. "La separación personal y el divorcio y la reparación de los daños morales", en *Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*. Editorial Abeledo Perrot, N° 9, p. 19.).

Es esta falta de coherencia en los fines y ausencia de convergencia de intereses la que impide que daños normalmente asociados a una crisis familiar y, que no revisten una especial gravedad, no deban ser indemnizados. En todo caso, es ésta una regla general, que como toda, admite excepciones. Será quien juzga, quien deberá sopesar hasta qué punto existe daño grave, coherencia en los fines y convergencia en torno a la idea de reparación.

4.3.2.- Finalidad reparatoria o satisfactiva.

Según plantea la doctrina⁴¹⁰ la principal finalidad de la responsabilidad civil es su finalidad reparatoria respecto al daño patrimonial y compensatoria respecto al daño moral.

En relación al resarcimiento del daño moral, BARRIENTOS puntualiza el llamado *efecto sicológico*, "...esa tranquilidad espiritual que se manifiesta en la víctima y que en el caso de una imputación injuriosa o calumniosa reviste a veces la forma de una indemnización meramente simbólica".

⁴¹⁰ Así Corral Talciani, Hernán. *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Ob. Cit., p. 60. Este autor refiriéndose al daño en general dice: "La responsabilidad civil extracontractual apunta ciertamente a un gran y fundamental fin: reparar el daño causado, dejar a la víctima indemne. Es claro que no se pretende que el daño como tal desaparezca, puesto que éste ya se ha producido y la reparación que se obtenga mediante el ejercicio de la correspondiente acción de responsabilidad sólo conseguirá que otra persona asuma el costo que significa compensar, hasta donde sea posible la pérdida sufrida por el perjudicado." En similares términos: Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela. "Función actual de la responsabilidad civil". *Derecho de Daños. Primera Parte*. Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1991, pp. 45 y 46., quien señala: "la reparación de la víctima es la finalidad indiscutible y fundamental de la responsabilidad civil." "...históricamente no ha sido la primera función, ya que en las sociedades primitivas la falta aparecería como una ruptura del orden social y hasta del orden cósmico. Pero a medida que el ilícito civil se separó del crimen y del pecado, fue ganando su identidad propia y la indemnización de la víctima devino uno de sus objetivos fundamentales." (Sic) "La mira del derecho de daños ha pasado del responsable a la víctima, y no sólo podemos hablar de reparación sino que las legislaciones de hoy tienden de diversos modos a la protección de su debilidad". En igual orientación: Zavala de González, Matilde. *Resarcimiento de Daños. 4. Presupuestos y funciones del Derecho de Daños*. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 69., quien señala: la responsabilidad civil tendría una finalidad resarcitoria en cuanto "nace por el daño causado o por el daño no evitado e implica una obligación de repararlo".

Siguiendo nuestra idea de la coherencia de fines y de la convergencia de intereses, tratándose del **daño no grave**, esa posible paz interior de haber sido resarcido, no guardaría relación con la otra paz interior que necesitan los hijos menores por mantener relaciones libres de perturbación con sus padres. Dicho en otras palabras, la posible satisfacción que produce el resarcimiento, se contrapone frontalmente con la insatisfacción de los hijos.

4.3.3.- ¿Finalidad sancionatoria? ¿Daños punitivos?

Tratándose del resarcimiento del daño moral, nos ha BARRIENTOS⁴¹¹ que la condena por daño moral cumpliría una doble función, a saber: punitiva para el autor del daño y resarcitoria o satisfactoria para la víctima. En igual sentido se han pronunciado buena parte de la doctrina⁴¹².

⁴¹¹ Barrientos Zamorano, Marcelo. *El resarcimiento por Daño Moral en España y Europa*, Editorial Ratio Legis, Salamanca, 2007, p. 51. Este autor afirma “la doble función condena por daño moral posee una: punitiva para el autor del daño y resarcitoria o satisfactoria para la víctima”. Agrega el autor: “Starck y otros autores opinan que las condenas por daño moral tienen una concepción punitiva para el autor del daño y resarcitoria satisfactoria para la víctima del mismo. El antecedente de estas ideas es Savigny, que en su tiempo señaló que la pena privada tiene la doble función de reparación e intimidación del culpable”. Agrega el autor: “No se divisa en principio inconveniente para esta doble función de la indemnización de daño moral, porque se protegen de acuerdo a sus defensores los bienes de la persona contra los ataques y lesiones de los mismos”. En igual sentido Chironi, G. P. *La culpa en el derecho civil moderno*, Traducción de A. Posada, Editorial Reus, Madrid, 1907, pp. 328 y 329. Este autor señala al respecto: “...cuando la disposición de la ley implique contra quien haya cometido el acto fraudulento, una sanción que tenga el carácter casi de penalidad, lo que no ocurre cuando se ordena una prestación en que se contenga el resarcimiento...”. Así Fueyo Laneri, Fernando. *Instituciones de derecho civil moderno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990, p. 111. Señala en profesor Fueyo: “Además de ser una indemnización meramente satisfactoria, a mi juicio es también una pena y este carácter, a mayor abundamiento, volvería a confirmarnos que resulta innecesario e imposible medir aritméticamente el daño moral que se ha causado.”. En igual sentido: De Angel Yaguez, Ricardo. *Tratado de responsabilidad civil*, Editorial Civitas, Madrid, 1993, p. 62., quien señala: “En rigor no se trata de una genuina indemnización (en el sentido amplio de reparación o compensación por el daño sufrido por la víctima), sino de una condena (al causante del perjuicio) que va más allá de la finalidad reparadora que es propia de la sanción del ilícito civil.”.

⁴¹² Así Chironi, G. P. *La culpa en el derecho civil moderno*, Traducción de A. Posada, Editorial Reus, Madrid, 1907, pp. 328 y 329. Este autor señala al respecto: “...cuando la disposición de la ley implique contra quien haya cometido el acto fraudulento, una sanción que tenga el carácter casi de penalidad, lo que no ocurre cuando se ordena una prestación en que se contenga el resarcimiento...”. En igual sentido: Fueyo Laneri, Fernando. *Instituciones de derecho civil moderno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990, p. 111., quien señala: “Además de ser una

Como hemos venido advirtiendo, sólo tratándose del daño particularmente grave, existe plena coherencia de fines entre la responsabilidad civil y el Derecho de familia, en términos de no terminar evitando crisis y, por ende, castigando sus responsables, porque como hemos dicho, las crisis familiares son evitables. Lo que no es aceptable es el daño cuando tiene ribetes de singular gravedad.

Un segundo matiz dice relación con las agravantes de responsabilidad civil. Se ha dicho en la jurisprudencia que, ante hipótesis de daños particularmente afrentosos, como en la negativa a reconocer al hijo extramatrimonial, el quantum indemnizatorio debe ser aumentado, por constituir dicha conducta, una agravante de responsabilidad civil.

En España, DE ANGEL YAGUEZ⁴¹³, califica situaciones como éstas como **daños punitivos encubiertos**. Y, en Argentina KEMELMAJER⁴¹⁴, es contraria a este tipo de daños.

La pregunta que cabe formularse entonces es: ¿es esto un daño punitivo? ¿Están admitidos los daños punitivos en nuestro ordenamiento jurídico? ¿O bien se trata de un daño que deviene en otro más intenso o que se agrava?

La respuesta que se dé es importante. En el primer caso, hay argumentos constitucionales para rechazar el daño punitivo. En cambio, en el segundo, nada

indemnización meramente satisfactiva, a mi juicio es también una pena y este carácter, a mayor abundamiento, volvería a confirmarnos que resulta innecesario e imposible medir aritméticamente el daño moral que se ha causado.”. En igual sentido: De Angel Yaguez, Ricardo. *Tratado de responsabilidad civil*, Editorial Civitas, Madrid, 1993, p. 62., quien señala: “En rigor no se trata de una genuina indemnización (en el sentido amplio de reparación o compensación por el daño sufrido por la víctima), sino de una condena (al causante del perjuicio) que va más allá de la finalidad reparadora que es propia de la sanción del ilícito civil.”.

⁴¹³ De Angel Yaguez, Ricardo. *Daños punitivos*, Editorial Civitas, Primera edición, Navarra, 2012, pp. 71 a 150.

⁴¹⁴ Kemelmajer de Carlucci, Aída. “Daños y perjuicios causados al progenitor por la obstaculización del derecho a tener una adecuada comunicación con un hijo. Una interesante sentencia italiana”, en *Revista de Derecho de Daños*, Año 2001-2, *Daños en las relaciones de familia*, Ob. Cit., p. 310. Señala la jurista argentina que “la alternativa válida para el Derecho continental al que pertenecemos es fijar montos razonables por daño moral, y no introducir figuras cuya fuerza expansiva puede producir consecuencias no imaginadas”.

obsta un aumento del quantum resarcitorio por considerársele un nuevo daño⁴¹⁵. Sobre este punto volveremos en el capítulo siete.

4.4.- El estatuto de la responsabilidad extracontractual como régimen aplicable.

Con anterioridad hemos advertido que uno de los principales obstáculos que ha enfrentado el incorporar el régimen de responsabilidad al interior de las relaciones de familia ha sido una supuesta incompatibilidad existente entre estas dos ramas del Derecho aparentemente autónomas.

Sin embargo hemos puesto en evidencia la debilidad de aquel argumento, existiendo numerosos casos en que el Derecho familiar, expresamente recepta la responsabilidad civil a objeto de reclamar indemnización, por infracciones específicas que la ley en cada caso se encarga de describir. Surge así la interrogante de determinar cuál de los dos estatutos de responsabilidad, es aplicable a los daños ocasionados en el ámbito familia.

A favor del estatuto extracontractual esta por una parte el hecho de que en el Derecho comparado, ha sido precisamente éste, el estatuto mayoritariamente empleado, por estar en conexión directa con la idea de infracción al *neminem non laedere*⁴¹⁶.

Sin embargo, no podemos soslayar que, en varias de las hipótesis en estudio, el fundamento inmediato de la acción deducida en juicio la constituye el incumplimiento de deberes, ya sea entre cónyuges, ya sea entre padres e hijos. En estos casos, atendida la *causa petendi*, no sería del todo clara la aplicación del estatuto extracontractual, existiendo argumentos en contrario que podrían tornar dudosa su aplicación.

⁴¹⁵ Este tema lo analizaremos en el capítulo VII de esta investigación.

⁴¹⁶ Bíscaro, Beatriz. "Daños derivados de la falta de reconocimiento del hijo". *Derecho de daños. Economía-Mercado-Derechos Personalísimos*. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 437.

4.4.1.- Responsabilidad civil contractual y extracontractual.

En cuanto al origen de esta bipartición, según BARROS BOURIE⁴¹⁷, ya en las Instituciones de Gayo, la distinción entre las obligaciones que nacen del contrato y del delito constituye la *summa divisio* del Derecho de obligaciones. Frente a esta dualidad, en Francia se dice que el derecho de la responsabilidad es “bicéfalo”, y en Italia, que el sistema es “binario”.⁴¹⁸. Viéndose tradicionalmente en la culpa el fundamento de la distinción.⁴¹⁹.

En este sentido, se llegó a sostener que ambos regímenes ostentaban tales diferencias entre sí, que eran inconciliables. Sin embargo, actualmente esta visión bipartita se bate en retirada, exaltándose cada vez con más fuerza, los elementos comunes a ambos regímenes de responsabilidad.

Esta idea unificante no es ajena al tema que nos ocupa, puesto que si bien postulamos que es el estatuto extracontractual el régimen aplicable al daño ocasionado en sede familiar, es el dolo o culpa grave el factor de imputación, terminología que es propia del régimen contractual. De este modo, y como veremos más adelante, el sello propio de la responsabilidad civil en sede familiar, lo constituye una serie de reglas especiales impuestas por la realidad familiar, y que modifican las reglas generales del estatuto extracontractual, creando una suerte de estatuto particular, que está por encima de las diferencias tradicionalmente exaltadas por la doctrina.

⁴¹⁷ Barros Bourie, Enrique. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 975.

⁴¹⁸ Kemelmajer de Carlucci, Aída. “El sistema dualista de responsabilidad contractual y extracontractual en Argentina. Reflexiones sobre la inconveniencia de su supervivencia”. Ob. Cit., pp. 29 y 30.

⁴¹⁹ Así Bustamante Alsina nos dice que “la doctrina clásica ha distinguido la culpa contractual de la culpa extracontractual, delictual o aquiliana. La culpa contractual supone una obligación concreta, preexistente, formada por la convención de las partes y que resulta violada por alguna de ellas; la culpa extracontractual es independiente de una obligación preexistente y consiste en la violación no de una obligación concreta sino de un deber genérico de no dañar.”. Bustamante Alsina, Jorge. *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 85.

4.4.1.1.- Tesis dualista.

Según afirma ABELIUCK⁴²⁰, “tradicionalmente se hace una distinción tajante entre la responsabilidad contractual y la extracontractual; casi todas las obras señalan la gran importancia que tiene distinguir una de otra por el distinto tratamiento jurídico que les da la ley...”.

PEIRANO FACIO⁴²¹, nos refiere que “el planteo consiente del problema de las relaciones entre responsabilidad contractual y extracontractual, nace recién en 1884. Corresponde a SAINCTELETTE el mérito de haber sido el primero en señalar claras diferencias entre uno y otro tipo de responsabilidad...”.

Estimaba SAINCTELETTE que “...los problemas de la responsabilidad civil se planteaban en campos distintos. Así, la responsabilidad contractual se refiere al efecto de las obligaciones, mientras que la responsabilidad extracontractual opera como fuente de las obligaciones. En el distingo operaba un papel fundamental la idea de culpa, la cual, recordemos, en esa época era el eje central de la responsabilidad civil.”⁴²². La tesis del autor belga fue aceptada por numerosos juristas entre ellos JOSERRAND, POLACCO, SAVATIER y CHIRONI.

Dice PEIRANO FACIO⁴²³, “el eje central sobre el que gira toda esta tendencia se resume en la noción de culpa. La doctrina francesa, arrancando precisamente de tal noción y de este *pivot* de la responsabilidad civil se creían ver surgir las diferencias entre responsabilidad contractual y extracontractual; se consideraba que existían, perfectamente diferenciadas, una culpa contractual y otra extracontractual, cada una con notas típicas”.

⁴²⁰ Abeliuck Manasevich, René. *Las Obligaciones*. Editorial Jurídica de Chile, 4° Edición, t II, Santiago, 2005, p. 818.

⁴²¹ Peirano Facio, Jorge. *Responsabilidad Extracontractual*. Editorial Temis, 1981, p. 57.

⁴²² Vásquez Ferreira, Roberto. *Responsabilidad por daños (Elementos)*. Editorial Depalma, 1993, p. 55.

⁴²³ Peirano Facio, Jorge. *Responsabilidad Extracontractual*. Editorial Temis, 1981, p. 57.

Así GIORGI⁴²⁴, sostuvo que “la culpa contractual y la extracontractual difieren en cuanto a su objeto: la obligación violada con la primera nace de un contrato, y presupone por tanto un “pacto preexistente” que determina la naturaleza particular y la extensión de la obligación, y tal vez gradúa la culpa; de ahí la necesidad de reglas relativas a la gradación de la culpa contractual. No ocurre esto, en cambio, cuando falta el contrato y la culpa proviene *ex nunc*, de la violación de la obligación social de no ofender. Faltando el pacto, se aleja la posibilidad de toda gradación acordada por las partes, o al menos de deducida de la naturaleza particular de ciertos contratos”.

Los autores clásicos afirman que la culpa, siendo fuente de responsabilidad extracontractual, no tiene ninguna importancia en la responsabilidad contractual, hasta el punto que el legislador llega a presumirla⁴²⁵.

En este sentido, POLACCO⁴²⁶ señala que la culpa hace nacer la responsabilidad extracontractual, y de ahí la necesidad de su prueba fehaciente. En cambio, en la responsabilidad contractual el surgimiento de la obligación no depende de la culpa sino de la violación del vínculo preexistente, y por eso se concibe que se puede demandar su cumplimiento sin probar la presencia de culpa.

4.4.1.2.- Tesis monista

Como una reacción a las ideas de SAINCTELLETTE, surgió el trabajo de LEFEVRE, quien publica sólo dos años después que el anterior, una monografía

⁴²⁴ Citado y referido por Peirano Facio, Jorge. *Responsabilidad Extracontractual*. Editorial Temis, 1981, p. 59. Dice este autor: “

⁴²⁵ Vásquez Ferreira, Roberto. *Responsabilidad por daños (Elementos)*. Editorial Depalma, 1993, p. 56.

⁴²⁶ Polacco, V. *La obligación nel diritto civile italiano*. Roma, 1915, pp. 393 y 400., citado y referido por Vásquez Ferreira, Roberto. *Responsabilidad por daños (Elementos)*. Editorial Depalma, 1993, p. 56.

titulada *De la responsabilité délictuelle et contractuelle*, en la cual expresaba que ni legislativamente ni ontológicamente hay diferencias entre ambos tipos de responsabilidad.⁴²⁷.

Para LEFEVRE⁴²⁸, “un análisis de las normas positivas y de la doctrina jurídica muestra que la responsabilidad contractual no puede ser considerada distinta de la responsabilidad extracontractual: la responsabilidad que la tesis de la dualidad llama contractual es, por su propia naturaleza, responsabilidad de carácter delictual.”.

Para LEFEVRE, “no existen dos culpas, sino una sola de carácter delictual. De allí que la expresión responsabilidad contractual es sólo una forma viciosa del lenguaje, ya que la responsabilidad es siempre necesariamente de carácter delictual.”.

Otro defensor de la tesis monista fue GRANDMOULIN⁴²⁹, quien parte señalando que entre ley y contrato no hay gran diferencia. En ambos casos la esencia es la misma, porque así como el contrato es la ley para las partes, también la ley es manifestación de un acuerdo de voluntades de individuos cuyo conjunto forma el Estado. Por otro lado, al presentarse la responsabilidad como derivado de la ilicitud, la obligación primitiva, nacida de la ley o del contrato, se extingue automáticamente por imposibilidad de su objeto, y de ahí que la obligación de reparar no se confunde con la obligación primitiva.

Hay consenso en la doctrina en admitir que si bien esta tesis no prosperó, abrió el camino a la tesis ecléctica, en la cual se habla nuevamente de la unidad pero con otra argumentación.

⁴²⁷ Vázquez Ferreira, Roberto. *Responsabilidad por daños (Elementos)*. Editorial Depalma, 1993, p. 55.

⁴²⁸ Lefebvre A. F. “De la responsabilité délictuelle et contractuelle”, publicado en *Revue Critique de Législation et Jurisprudence*. Bruxelles, 1886, citado y referido por Vázquez Ferreira, Roberto. *Responsabilidad por daños (Elementos)*. Editorial Depalma, 1993, p. 57.

⁴²⁹ Grandmoulin. J. *De l'unité de la responsabilité ou nature délictuelle de la responsabilité pour violation des obligations contractuelles*. Rennes, 1892, cap. I, sección 1°, p. 6., citado y referido por Vázquez Ferreira, Roberto. *Responsabilidad por daños (Elementos)*. Editorial Depalma, 1993, p. 57.

4.4.1.3.- Tesis ecléctica.

Para las tesis eclécticas, existe una radical identidad entre las dos facetas de la responsabilidad aceptando, no obstante, la existencia de un conjunto de diferencias entre ambos regímenes.

Dentro de la corriente ecléctica, están quienes postulan una identidad ontológica entre ambos regímenes y diferencias de mera reglamentación. Allí encontramos a MAZEAUD y TUNC⁴³⁰, para quienes la argumentación decisiva para demostrar la absoluta identidad ontológica entre los dos órdenes de responsabilidad, arranca de la consideración de que la culpa es la fuente de la obligación de reparar no sólo en materia extracontractual, sino también en materia contractual⁴³¹. En nuestro país, CLARO SOLAR⁴³², en su obra *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, sigue la tesis de los MAZEAUD.

La otra corriente de la doctrina ecléctica está representada por la tesis de AMÉZAGA⁴³³, quien habla de unidad de genérica con fundamento en la unidad en una identidad de la culpa y diferencias específicas. Sin embargo, este principio genérico identificado en ambas responsabilidades en la idea de culpa no nos parece decisivo, ya que como hemos postulado en este trabajo, es el daño aquel elemento común que permanece invariable en ambos regímenes.

⁴³⁰ Peirano Facio, Jorge. *Responsabilidad Extracontractual*. Editorial Temis, 1981, p. 57.

⁴³¹ Dicen los hermanos Mazeaud: “tendremos en varias ocasiones que poner de relieve las diferencias entre los dos órdenes de responsabilidad civil. Pero esas diferencias no son fundamentales: no atañen a los principios rectores. Luego agregan “no existe diferencia fundamental entre los dos órdenes de responsabilidades. Existen algunas diferencias accesorias.”.Mezeaud, Henri y Leon; Tunc, André. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Tomo I, Vol. I. Ediciones Jurídicas Europa América, 1961, pp. 114 y 115.

⁴³² Claro Solar, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Tomo XI, p. 520.

⁴³³ Amézaga, J. J. *La responsabilidad por culpa. Unidad genérica y diferencias específicas*. R.D.J.A., t 36, p. 37, citado y referido por Peirano Facio, Jorge. *Responsabilidad Extracontractual*. Editorial Temis, 1981, pp. 76 y 77.

4.4.2.- Importancia práctica del problema⁴³⁴.

Según hemos postulado, al aplicar el estatuto de responsabilidad extracontractual en sede familiar, se evidencia la imposibilidad de establecer una separación tajante entre ambos sistemas, ya que algunos de los conceptos de dicho estatuto (el extracontractual), se ven necesariamente modificados por imposición de la realidad familiar.⁴³⁵ Se forjan así una serie de reglas especialísimas, algunas de ellas propias del régimen contractual, en una suerte de comunicación o cruce de regímenes, que si bien no refuta la tesis del rechazo a que el demandante pueda tomar de uno u otro estatuto aquello que más le conviene, tiene la virtud de poner en evidencia algunas inconsistencias del dualismo, y la necesidad de avanzar por el camino de una moderada unificación de la responsabilidad.⁴³⁶

⁴³⁴ Según Peirano Facio la importancia de este tema es vital jugándose en torno a su resolución la unidad del concepto de responsabilidad. Agrega el autor que es, además, fundamental desde un punto de vista práctico porque el código civil ha previsto entre sus artículos, dos sectores de normas destinados a considerar « sendos tipos de responsabilidad » resultando así decisivo para el intérprete determinar si dicha dualidad de normas refleja sólo una separación aparente, o si, dicha dualidad es real y responde a realidades sustanciales diversas. Agregando el citado autor que, las consecuencias prácticas que se derivan de una u otra solución son diversas, y dicen relación con: el mecanismo de ejercicio de la acción de responsabilidad en cada caso concreto, así como el régimen a que dicha responsabilidad esta sometida, derivan de la solución que se atribuya a este problema. (Peirano Facio, Jorge. *Responsabilidad Extracontractual*. Ob. Cit., p. 54.

⁴³⁵ Según Rodríguez Guitián “las normas y principios generales de la responsabilidad civil pueden sufrir modificaciones cuando el dañante y dañado pertenecen a la misma familia. (...) Ahora bien, precisamente debido a esta especialidad del Derecho de Familia la aplicación del Derecho de Daños a éste ámbito se teñirá de características propias, no hay duda por ejemplo, de que el principio de unidad de la familia presente en aquella rama del ordenamiento ha de influir en la interpretación y aplicación de las normas sobre responsabilidad civil” (Rodríguez Guitián, Alma María. “Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre los miembros de la pareja de hecho”, Ob. Cit., p. 74.).

⁴³⁶ Según plantea Domínguez Hidalgo, “La concepción dualista plantea un problema práctico cuando se trata de casos de concurrencia de responsabilidades o del mal denominado cúmulo de responsabilidades, esto es, cada vez que nos encontramos ante una hipótesis en la que concurren los requisitos de una y otra acción de responsabilidad. En ellos se plantea la cuestión relativa a si la víctima o el acreedor puede prevalerse de ambas o, si por el contrario, debe optar entre una y otra. Y ella encuentra su origen en la concepción dual porque precisamente por ella es que a la víctima puede serle más conveniente situarse en uno u otro ámbito de la responsabilidad, atendida las diferencias de régimen resarcitorio que para ella entraña. La legislación chilena no contiene regla que la resuelva y, por lo mismo, la respuesta a quedado

4.5.- El sistema chileno de responsabilidad contractual y extracontractual: diferencias entre ambos regímenes.

En nuestro ordenamiento, el estatuto contractual se encuentra reglamentado en el Título XII del Libro IV del CC., al tratar de los efectos de las obligaciones; en cambio, la responsabilidad delictual, esta tratada en el Título XXXV del mismo libro IV del CC.

Ambos regímenes, si bien en lo esencial tienen aspectos que son comunes, léase, daño, hecho imputable, relación de causalidad, establecen diferencias en algunos aspectos, que podrían determinar el interés de la víctima en situarse en uno u otro régimen.

Como refiere ABELIUCK⁴³⁷, tradicionalmente se hace una distinción tajante entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual. La diferente naturaleza entre ambas responsabilidades explicaría, a juicio de ALESSANDRI⁴³⁸, que el legislador las haya reglamentado separada y distintamente, en términos tales que, las reglas establecidas para una, son inaplicables para la otra.

Sin embargo, como veremos, en sede familiar este y otros postulados de ALESSANDRI no resultan tan certeros, sino bastante más difusos, al tiempo que

entregada a la jurisprudencia la que, desde antiguo, ha descartado la concurrencia o la acumulación (...) De este modo, la jurisprudencia chilena, apoyada por la doctrina, ha acogido la denominada teoría de la absorción o incompatibilidad (aunque sin denominarla así) entendiendo que el hecho de que existan dos regímenes resarcitorios en la ley, determina que la acción ejercitada en amparo de uno de ellos contiene una pretensión distinta a la que resulta de la otra. Así, la doctrina ha adherido a la opinión de Alessandri, cuya palabra ha sido considerada siempre ley en materia de responsabilidad, que sostenía que la infracción de una obligación contractual, cuasicontractual o legal da origen a la responsabilidad contractual únicamente...” (Domínguez Hidalgo, Carmen. “La concepción dualista de la responsabilidad civil en Chile: panorama general”. Ob. Cit., p. 78.)

⁴³⁷ Abeliuck Manasevich, René. *Las Obligaciones*. Editorial Jurídica de Chile, 4° Edición, t II, Santiago, 2005, p. 818.

⁴³⁸ Alessandri Rodríguez, Arturo. *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*. Ob. Cit. pp. 24 y 25.

plantean una serie de interrogantes que colocan en duda algunos de sus planteamientos⁴³⁹.

a) En cuanto a su génesis. Como refiere YZQUIERDO TOLSADA⁴⁴⁰, la responsabilidad contractual se “trata de supuestos en los que, encontrándose varias personas vinculadas por una relación obligatoria, una de las partes incumple aquello a lo que se encontraba comprometida. Es el daño que el inquilino causa al casero cuando no paga el alquiler, o el que el vendedor ocasiona al comprador al no proporcionarle el goce pacífico de la cosa vendida; es el daño producido al prestamista cuando no se le devuelve a tiempo la cantidad prestada con sus intereses, o al depositante cuando el depositario negligente produjo menoscabos en la cosa objeto del contrato”.

En cambio, la responsabilidad extracontractual, no supone un vínculo previo, y como refiere ABELIUCK⁴⁴¹, da nacimiento a una obligación que antes de él no existía. Dicho de una manera deliberadamente poco técnica, las partes se conocen a través del hecho dañoso: es el accidente de tráfico, la cosecha que se pierde por efecto de la contaminación producida en el río por los residuos tóxicos vertidos por una fábrica, el avión que cae sobre una vivienda o la intoxicación de cientos de consumidores por la defectuosa fabricación de un determinado producto.⁴⁴²

⁴³⁹ Carlos Pizarro Wilson ha señalado en relación a este punto que: “pareciera ser, siguiendo una doctrina comparada española y francesa, que las diferencias entre ambos estatutos de responsabilidad no son tan nítidas como les suelen presentar. (...) Quizá como sugerían los hermanos Mazeaud las diferencias sean más bien accesorias, siendo necesario tender a una cierta unificación de ambos estatutos de responsabilidad civil. Esto, creo, daría una mayor seguridad jurídica, evitando demandas subsidiarias y hacer pender los juicios de la interrogante sobre qué estatuto corresponde aplicar para cada caso, sobre todo en los casos de frontera” (Pizarro Wilson, Carlos. “Breves notas sobre el daño frente a la concurrencia de responsabilidades”. *Revista Anales de Derecho UC. Temas de Responsabilidad Civil*. Editorial Legis, N° 3, 2008. p. 100.

⁴⁴⁰ Yzquierdo Tolsada, Mariano. “La zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y la aquiliana. Razones para una moderada unificación”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 603, marzo-abril, 1991, p. 444.

⁴⁴¹ Abeliuck Manasevich, René. *Las Obligaciones*. Editorial Jurídica de Chile, 4° Edición, t II, Santiago, 2005, p. 818.

⁴⁴² Yzquierdo Tolsada, Mariano. “La zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y la aquiliana. Razones para una moderada unificación”. *Ob. Cit.*, p. 444.

En sede familiar, la delimitación entre lo contractual y lo extracontractual podría tornarse un tanto difusa, tratándose del daño civil entre cónyuges por incumplimiento de deberes matrimoniales y el daño entre padres e hijo, por incumplimiento de deberes alimenticios. En ambos casos, la *causa petendi* suele encuadrarse en el incumplimiento grave o reiterado de dichos deberes que, por ser legales, cabría aplicarles el régimen contractual, atendido lo señalado por la doctrina más tradicional chilena seguida por una jurisprudencia mayoritaria en tal sentido.⁴⁴³

Sin embargo, tratase de deberes que si bien son jurídicos, sólo admiten coerción indirecta, lo cual torna insuperable todo intento de aplicarles el régimen contractual.⁴⁴⁴ No obstante, la aplicación del estatuto extracontractual tampoco está exenta de dificultades.⁴⁴⁵

b) En cuanto a la extensión del daño resarcible. En materia delictual rige en plenitud el principio de reparación integral del daño, por ende, la reparación comprende todo el daño sufrido por la víctima, incluyendo el daño moral⁴⁴⁶(arts.

⁴⁴³ Alessandri Rodríguez, Arturo. *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*. Ob. Cit., N° 46, pp. 63 a 65.

⁴⁴⁴ En el contexto de la responsabilidad por incumplimiento de deberes conyugales, Don Ramón de Verda y Beamonte postula que: "Parece innecesario justificar que la indemnización del daño deba discurrir por la vía del artículo 1902 del Código Civil, y no por la del artículo 1101 de dicho Código, ya que las obligaciones conyugales no tienen carácter contractual por la sencilla razón de que el matrimonio no es un contrato, sino un negocio jurídico de derecho de familia, constitutivo de "status", del que surge para los cónyuges una plena comunidad de vida (material y espiritual), con los derechos-deberes de convivencia, fidelidad, respeto y socorro mutuo" (de Verda y Beamonte, Ramón. "Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales", Ob. Cit. p. 104.).

⁴⁴⁵ El verdadero dilema que significa encuadrar la causa de pedir de la acción de daños en el incumplimiento de deberes legales es que por una parte, dichos deberes no admiten coerción directa rechazando de modo espontáneo todo intento de aplicación del estatuto contractual, y por otra, una jurisprudencia de mayoría que no admite la aplicación del estatuto de responsabilidad extracontractual a la infracción de obligaciones legales y cuasicontractuales. Así las cosas surge la interrogante de determinar con precisión cuál es el régimen aplicable en estos casos, ya que de hacer una elección errada –juicio de Dios-, la demanda será rechazada.

⁴⁴⁶ Domínguez Aguilera, Ramón, "Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista" en RDUC, N° 188, 1990, pp. 154 y ss.; Díez Schwerter, José Luis. *El Daño Extracontractual. Jurisprudencia y Doctrina*. Ob. Cit. pp. 117 y ss.; Alessandri Rodríguez, Arturo. *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*. Ob. Cit. p. 39.; Abeliuck, René. *Las Obligaciones*. Tomo I, Ob. Cit., p. 819.

2314 y 2329 inc. 1°). En materia contractual, en cambio, el deudor responde en principio, sólo del perjuicio material previsto o que pudo preverse al tiempo del contrato (art. 1558 CC), salvo que se pruebe dolo, prueba de suyo difícil, en cuyo caso deberá responder de los perjuicios imprevistos, situación en la que vuelve a conectarse con la idea de reparación integral del daño.

Ante este escenario, el demandante, en la búsqueda de una reparación integral, podría tener interés en asilarse en el estatuto extracontractual, que en principio, le brinda una protección más completa.⁴⁴⁷. Sin embargo, no podemos dejar de mencionar que hoy en día, la Corte Suprema ha aceptado que el daño moral también debe ser reparado en sede contractual, situación que en cierto modo equilibra en este aspecto, a ambos regímenes de responsabilidad⁴⁴⁸.

c) En cuanto a la culpa. En materia contractual, admite graduaciones (art. 44 CC). En cambio, en materia delictual, la culpa no admite graduaciones y cualquier culpa es sancionada por mínima que sea, ello según se desprende de los arts. 2314 y 2329 CC. Idea que ha sido rechazada por la doctrina más moderna que entiende que en materia extracontractual, se responde culpa leve.⁴⁴⁹.

⁴⁴⁷ Yzquierdo Tolsada, Mariano. “La zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y la aquiliana. Razones para una moderada unificación”. Ob. Cit., p. 450. Explica muy bien este fenómeno diciendo que: “es tradicional el que los tribunales dispensen un trato de favor muy claro a la víctima del daño extracontractual. Si entre el autor de un daño y la víctima del mismo no existía contrato, el alcance del resarcimiento viene a ser casi inexorablemente integral. Pero el montante de la indemnización será normalmente menor si ese mismo daño se ocasiona como consecuencia de un incumplimiento contractual. Parece como si el hecho de existir un convenio entre las partes sugiriera al juez que los contratantes han conversado sobre sus conveniencias, han aclarado sus propósitos, han tenido ocasión de agravar, limitar o excluir determinados aspectos de la responsabilidad, de escoger incluso a otra persona de más confianza; “se han visto las caras”, en una palabra, pudiendo prever los riesgos y las consecuencias del hipotético incumplimiento...todo lo cual, obviamente, no sucede en los supuestos de daños extracontractuales”.

⁴⁴⁸ Desde la sentencia de 20 de octubre de 1994. Puede consultarse a este respecto de don Ramón Domínguez Aguila y don Ramón Domínguez Benavente, “Comentario a la sentencia de Corte Suprema de 20 de octubre de 1994”, en RDUC, N° 196, Concepción, 1993, p. 155 y ss.

⁴⁴⁹ Según Barros Burie, en materia extracontractual, el estándar de comportamiento, es el del hombre medio, el buen padre de familia razón por la cual sostiene que en sede extracontractual, se responde de culpa leve. (Barros Bourie, Enrique. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Ob. Cit., pp. 80 a 82.).

Esta situación, llevada al plano familiar resulta impracticable, pues como hemos mencionado, la familia es un lugar de constantes roces, desencuentros y disgustos, situación que torna inconcebible la idea de que por cualquier culpa se deba responder.

Es por esta razón que en la doctrina y jurisprudencia extranjera se ha elaborado la tesis de privilegio familiar, consistente en una atenuación del juicio de imputación en virtud del cual, sólo se responde de aquellas conductas ejecutadas con dolo o culpa grave.

Dicha regla de atenuación, significa un serio revés a las concepciones dualistas, poniendo en evidencia la imposibilidad de establecer una división tajante entre ambos regímenes y, menos aún, que sea la culpa, el fundamento de la bipartición. Y por otra parte da cuenta de un rasgo propio del daño en sede familiar, cual es, que la realidad familiar se impone modificando las reglas generales de la responsabilidad civil, so pena de tornarlas impracticables, generando un estatuto particular que toma reglas de ambos en función del objetivo de reparar.

d) En cuanto a la prescripción, la acción de indemnización por incumplimiento de una obligación contractual, por regla general, es de 5 años desde que la obligación se hizo exigible (art. 2515 CC). En cambio, las obligaciones delictuales y cuasidelictuales prescriben en 4 años, contados desde la ocurrencia del delito o cuasidelito.

En nuestro país, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo en España, donde los plazos de prescripción son de 15 años en materia contractual (art. 1964 CC español) y 1 año en materia extracontractual (art. 1968 CC español), no existe un gran incentivo para preferir el estatuto contractual, dado la escasa diferencia entre ambos plazos.

Quizá la única ventaja, se produce en lo relativo a suspensión, que se produce entre cónyuges casados en sociedad conyugal (art. 2509 N° 2 CC) y

respecto de incapaces (art. 2509 N° 1 CC), no ocurriendo lo mismo en sede extracontractual, en que no se suspende.

De este modo y considerando que en nuestro país la sociedad conyugal constituye el régimen de derecho común (art. 1718 CC), podría el cónyuge dañado tener interés en asilarse en el régimen contractual que le brinda una mayor ventaja en este aspecto.

e) En lo relativo a solidaridad. Si un delito o cuasidelito civil ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas responderá solidariamente del perjuicio causado (art. 2317 CC).

En sede contractual, en cambio, existiendo pluralidad de deudores, la deuda es conjunta. Sin embargo, si el incumplimiento es con dolo o culpa grave, el punto es discutido, para ALESSANDRI⁴⁵⁰ no hay solidaridad (art. 1511 CC), en cambio para ABELIUK⁴⁵¹, hay solidaridad dado el carácter solidario e indivisible de la acción de perjuicios.

Tratándose de daños por incumplimiento de deberes conyugales, en la doctrina y jurisprudencia extranjera, se ha puesto en tela de juicio, la validez de la regla de la solidaridad. Así, en Alemania el Tribunal Supremo ha resuelto que, el tercero cómplice en el incumplimiento del deber conyugal, no es *solidariamente responsable* del perjuicio moral causado al cónyuge víctima.

Se fundamenta en que, al no admitirse con carácter general que el cónyuge que ha incumplido el deber tenga que indemnizar, no se entendería tampoco que el tercero que se entromete en la vida marital responda más que el propio cónyuge. Se agrega que el tercero no debería responder frente al cónyuge que sufre el incumplimiento del deber conyugal ya que éstos por su propia naturaleza son deberes que conciernen exclusivamente a los cónyuges.⁴⁵²

⁴⁵⁰ Alessandri Rodríguez, Arturo. *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*. Ob. Cit., p. 40.

⁴⁵¹ Abeliuck, René. *Las Obligaciones*. Tomo I, Ob. Cit., pp. 736, 737, 786 y 787.

⁴⁵² Así Enneccerus, L., Kipp, T. y Wolff, M. *Tratado de Derecho Civil. Derecho de Familia*. t. IV, vol. I, traducción de la 20 edición alemana por Pérez González y Alguer, Bosch, 1979, p. 196. En igual sentido: Rodríguez Guitián, Alma María. "Función de la responsabilidad civil en

En Italia el Tribunal de Roma en una sentencia de 17 de septiembre de 1988, resolvió lo contrario extendiendo al tercero copartícipe de la infidelidad la obligación de reparar.⁴⁵³

Sin embargo, RODRÍGUEZ GUITIÁN⁴⁵⁴ ha precisado que, el tercero sería responsable si obra con dolo, entendido éste no como ánimo de dañar exclusivamente sino, como conocimiento de la existencia del matrimonio. Precisa la autora que, en cualquier caso, el incumplimiento del deber conyugal es indemnizable en la medida que lesiones un derecho fundamental o un bien del cónyuge demandante. De este modo, dice la autora que, el cónyuge ofendido, puede demandar directamente al tercero, no por el incumplimiento del deber conyugal (en el que desde luego participa), sino por la lesión del derecho fundamental o bien del que se trate.⁴⁵⁵

Disentimos de esta opinión, no es razonable trasladar las consecuencias pecuniarias de conductas de esta naturaleza a un tercero. A mi juicio, da lo mismo que haya sabido o no de la existencia del matrimonio, de ordinario es un hecho sabido. Lo contrario, significaría tarificar las conductas inmorales, asunto que es ajeno a la responsabilidad civil.

Se trata de un *daño familiar*, y, siendo un cónyuge, el responsable directo, no tiene porqué terminar siendo un tercero quien responda. La obligación de reparar, tratándose de infracción a deberes tan personalísimos como la fidelidad, la mantención de una relación regular, etc. Se agotan, en la frontera de lo familiar fuera de la cual, en principio, no nace⁴⁵⁶.

determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre los miembros de la pareja de hecho”, Ob. Cit., pp. 75 y 76.

⁴⁵³ Rodríguez Guitián, Alma María, Ob. Cit. p. 76

⁴⁵⁴ *Ibidem*.

⁴⁵⁵ Rodríguez Guitián, Alma María. “Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre los miembros de la pareja de hecho”, Ob. Cit., p. 76.

⁴⁵⁶ Lo contrario podría conducir a situaciones francamente absurdas, piénsese por ejemplo, en los cónyuges que se divorcian, que podrían planificar una situación buscando un tercero de buena situación que, terminará siendo condenado a resarcir un perjuicio que nunca existió.

Así como el cónyuge no es forzado a ser infiel, tampoco lo es aquella madre que impide al padre visitar al hijo, o el propio padre a reconocerlo. La acción del tercero, salvo el caso de complicidad en la obstrucción será, de ordinario, irrelevante, **horadando** el nexo causal. De ahí que el problema no sea, a mi juicio, de imputabilidad, sino de causalidad.⁴⁵⁷.

4.6.- Derecho común de la responsabilidad civil.

El problema consiste en determinar cuál es el régimen supletorio de responsabilidad civil, si el de responsabilidad contractual o el de responsabilidad extracontractual. Creemos que la solución a este problema puede tener incidencia directa en el tema que nos ocupa. En efecto, la doctrina comparada nos refiere como, en múltiples casos, el fundamento de la pretensión resarcitoria en sede familiar se basa en el incumplimiento de deberes, sea entre cónyuges, sea entre padres e hijos, que al ser legales (art. 578 CC) cabría aplicarles, según la doctrina más tradicional, el estatuto de responsabilidad contractual.

En la doctrina chilena, ALESSANDRI RODRÍGUEZ⁴⁵⁸, en su Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual, sostiene que, las reglas de la responsabilidad contractual constituyen el Derecho común en materia de responsabilidad. En lo medular sostiene este autor que a diferencia de lo que señala el código civil francés⁴⁵⁹, nuestro código civil empleó en el Título XII del Libro IV la expresión “*Del efecto de las obligaciones*”, expresión que no

⁴⁵⁷ Vid. *Infra.*: 5.4.4.-

⁴⁵⁸ Alessandri Rodríguez, Arturo. *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*. Ob. Cit. p. 43.

⁴⁵⁹ El código civil francés trata específicamente “de los daños y perjuicios resultantes del incumplimiento de la obligación, para más adelante, en el Título 4° del Libro 3°, reglamentar “las obligaciones que se forman sin convención”. Situación inversa es la ocurre en nuestro Derecho en donde el Título XII del Libro 4° trata de la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones bajo el epígrafe: “del efecto de las obligaciones”, expresión que no hace distinciones y las incluye a todas, exceptuándose los hechos ilícitos por el tratamiento separado que les otorga más adelante en el Título XXXV del mismo libro IV. En todo caso la situación del código civil francés poco aporta al análisis, toda vez que el propio código deja claro que se aplican a las obligaciones legales y cuasicontractuales, el régimen extracontractual.

distingue y por ende, las involucra a todas. Reservando el título XXXV del mismo Libro IV, exclusivamente a las delictuales y cuasidelictuales. Agrega que, al emplear el legislador en diversos casos de obligaciones legales, (arts. 256, 391, 2288 y 2308) una terminología que es propia del régimen contractual, queda claro que es éste régimen, la regla general.⁴⁶⁰

ABELIUCK⁴⁶¹, sostiene igual posición haciendo presente, eso sí, lo relativo del punto ello “porque el Título 12, como se aprecia en todos sus preceptos, discurre sobre la idea de una estipulación previa de las partes, y por la razón ya apuntada de que estructuralmente las obligaciones extracontractuales se asemejan más entre sí, y resisten la asimilación a las normas dadas para las convenciones”. Con algunos matices, se pronuncian en igual sentido en nuestra doctrina CLARO SOLAR y TOMASELLO HART.

⁴⁶⁰ Dice Alessandri Rodríguez: “El código chileno, a diferencia del francés –que regla la responsabilidad contractual en la sección IV del Capítulo III del Título III del Libro III, o sea, a propósito de los contratos o de las obligaciones convencionales en general- se ocupa de ella en el Título 12 del Libro IV, bajo el epígrafe genérico *Del efecto de las obligaciones*, sin referirla a una especie determinada. A esto se agrega que los arts. 2314 y siguientes, a diferencia también de lo que hace el Código francés, que sólo habla del daño causado por un hecho o culpa del hombre o de las personas de quienes se es responsable o de las cosas que se tienen bajo su guarda, mencionan concretamente el delito y el cuasidelito, y, al reglar la responsabilidad delictual y cuasidelictual, entienden referirla únicamente a la que emana de esas fuentes, como quiera que la hacen derivar sólo de ellas (art. 2314). Y tales fuentes han sido definidas con toda precisión en el art. 2284 y diferenciadas en términos inequívocos de las demás que pudieren asimilársele por no constituir, como ellas, una convención. Por consiguiente, las reglas de la responsabilidad contractual se aplican no sólo a las obligaciones derivadas de un contrato, sino también a las *cuasicontractuales* y a las *simplemente legales*, sin perjuicio de que en los casos en que el legislador haya dictado reglas especiales para la responsabilidad derivada de tales obligaciones, dichas reglas se apliquen de preferencia (art. 13). Así parece haberlo entendido el propio legislador al establecer al establecer que el padre de familia y el guardador son responsables hasta de la *culpa leve* en la administración de los bienes del hijo y del pupilo respectivamente (arts. 250 y 391), responsabilidad que en el caso del art. 427 puede llegar hasta la *culpa levísima*, cuando se haya ofrecido para le gestión, impidiendo que otros lo hiciesen (art. 2288). Esta terminología cuadra bien con la responsabilidad contractual únicamente; sólo en ella cabe distinguir entre culpa grave, leve o levísima.” (Alessandri Rodríguez, Arturo. *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*. Ob. Cit. p. 44.).

⁴⁶¹ Abeliuck Manasevich, René. *Las Obligaciones*. Editorial Jurídica de Chile, 4º Edición, t II, Santiago, 2005, p. 821.

En contra, la tesis extracontractual ha sido defendida primero por DUCCI CLARO⁴⁶² y MEZA BARROS⁴⁶³, más tarde por ELORRIAGA⁴⁶⁴, DOMÍNGUEZ

⁴⁶² Dice Ducci Claro: Cuando se ha causado un daño a consecuencias del incumplimiento de una obligación legal, la víctima tiene una acción emanada de ese daño para exigir su indemnización y contra el que ha cometido el hecho ilícito que implica la infracción de la obligación legal, acción que es totalmente distinta de la que corresponde al acreedor de dicha obligación para exigir su cumplimiento” “La indemnización de perjuicios, como derecho secundario del efecto de las obligaciones, corresponde al acreedor de la obligación no cumplida como una ejecución indirecta, en forma de equivalente, cuando no ha podido obtener la ejecución forzada. El que la indemnización de perjuicios pueda ser compensatoria o moratoria sólo implica, por otra parte, el que está siendo la ejecución en equivalente de una inejecución definitiva o temporal de la obligación. La indemnización de perjuicios es, pues, sólo una ejecución indirecta de la obligación que corresponde pedir en ciertos casos al acreedor. La responsabilidad delictual, basada en el hecho ilícito de infracción de una obligación legal y para reparar el daño que esta infracción haya causado, es por el contrario, una acción de indemnización, que no se funda en la infracción de la obligación sino en el daño, y que corresponde a cualquiera que haya sido víctima de este daño. La mayoría de los autores sostiene la opinión que hemos defendido de que el daño causado por la infracción de una obligación legal se indemniza de acuerdo con los principios de la responsabilidad delictual, siendo además necesario considerar que los artículos 2314 y ss., son ellos mismos la sanción de una obligación legal general, cual es la de no causar daño a otra persona por un hecho ilícito.” (Ducci Claro, Carlos. *Responsabilidad civil. Ex-contractual*. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Empresa Periodística el Imparcial, Santiago, 1936, pp. 8 y 9.).

⁴⁶³ Señala Meza Barros: “Que aunque el Título XII del Libro IV trata genéricamente del efecto de las obligaciones, si se revisan sus normas se observa que se refieren a las obligaciones que derivan del contrato. Por eso concluye este autor que las “obligaciones legales *lato sensu*, como las obligaciones legales propiamente tales o *stricto sensu*, se les aplican las reglas de la responsabilidad delictual y cuasidelictual y que estas últimas normas constituyen la regla general en materia la responsabilidad civil.” (Meza Barros, Ramón. *Responsabilidad civil*. Editorial Edeval, Valparaíso, 1980, pp. 53 a 56.).

⁴⁶⁴ Dice Elorriaga que: “aplicar las normas de responsabilidad contractual a las obligaciones legales y cuasicontractuales implicaría otorgarles a éstas un carácter contractual que evidentemente no tienen. Más aún, la violación de estas obligaciones se acerca mucho más a la responsabilidad delictual o extracontractual, pues ella surge precisamente de la violación del deber de comportarse prudentemente, que es la violación que se da en las obligaciones legales y cuasicontractuales.” (Elorriaga De Bonis, Fabián. *Régimen de indemnización de perjuicios entre cónyuges*. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Católica de Valparaíso, 1990, pp. 80 a 84.).

AGUILA⁴⁶⁵, DOMÍNGUEZ HIDALGO⁴⁶⁶, RODRÍGUEZ GREZ⁴⁶⁷, CORRAL TALCIANI⁴⁶⁸ y BARROS BOURIE.⁴⁶⁹

Para BARROS BOURIE⁴⁷⁰ los argumentos de la tesis amplia deben ser rechazados por su excesivo formalismo, ya que, no hacen sino inferir inductivamente el régimen de derecho común, a partir de disposiciones aisladas del código civil. Agrega el autor que la responsabilidad contractual es especial porque tiene por antecedente el contrato, de modo que, a falta de convención, rige como estatuto común el régimen de responsabilidad extracontractual; a mayor abundamiento, lo usual es que las personas no se encuentren vinculadas por contrato alguno.

Resulta particularmente interesante el análisis que BARROS BOURIE⁴⁷¹ hace del incumplimiento de obligaciones legales. Dice el distinguido profesor: “Las obligaciones legales presentan una doble estructura, que es típica de las obligaciones contractuales, porque la responsabilidad tiene por antecedente el incumplimiento de una obligación preexistente. Por eso, la obligación legal puede ser hecha valer en naturaleza mediante la ejecución forzada, de conformidad con el juicio ejecutivo que corresponda. (...)En consecuencia, desde el punto de vista de las acciones de que dispone el titular del derecho, la analogía estructural más fuerte es con las obligaciones contractuales.”⁴⁷².

⁴⁶⁵ Domínguez Aguila, Ramón. “Responsabilidad civil del empresario por daño moral causado a sus trabajadores, en responsabilidad civil del empresario” *Cuadernos de Extensión N°1*. Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Santiago, 1996, p. 30.

⁴⁶⁶ Domínguez Hidalgo, Carmen. “La concepción dualista de la responsabilidad civil en Chile: panorama general”. *Revista Anales de Derecho UC. Temas de Responsabilidad Civil*. Editorial Legis, N° 3, marzo, 2008, pp. 81 y 82.

⁴⁶⁷ Rodríguez Grez, Pablo. *Responsabilidad Extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, p. 56.

⁴⁶⁸ Corral Talciani, Hernán. *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, p. 41.

⁴⁶⁹ Barros Bourie, Enrique. *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 1068 y 1069.

⁴⁷⁰ Barros Bourie, Enrique. *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Ob. Cit., p. 1068.

⁴⁷¹ Barros Bourie, Enrique. *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Ob. Cit., pp. 1069 y 1070.

⁴⁷² Agrega Barros Bourie: “Por lo mismo, puede estimarse que en materia de constitución en mora y de prescripción domina la circunstancia de que la responsabilidad tiene por antecedente

“Con todo, la obligación legal no tiene su fuente en la convención, ni su contenido puede estar determinado por las partes, de modo que no le resultan aplicables las reglas de los contratos, que tienen por preciso supuesto que la obligación emana de un acuerdo de voluntario. Ese es particularmente el caso respecto de la limitación de la responsabilidad a los perjuicios previsibles.”⁴⁷³.

De allí concluye el autor que, la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones legales debe ser construida con criterios típicos de la responsabilidad extracontractual. Agrega el autor que “la analogía con el contrato se agota en la fase de la obligación principal de primer grado (a diferencia del ámbito extracontractual, en que estamos sujetos a deberes generales de conducta que carecen de naturaleza obligatoria); por el contrario, en materias propiamente de responsabilidad por daños que se siguen del incumplimiento de la obligación, son más fuertes las analogías con la responsabilidad impuesta por el derecho y no por el contrato.”⁴⁷⁴.

4.7.- Posible concurrencia de responsabilidades.

No obstante que compartimos la tesis que estima que el derecho común en materia de responsabilidad civil la constituye el régimen extracontractual. No podemos ignorar que esta tesis no es mayoritaria en nuestra jurisprudencia, la cual, fiel a las ideas de ALESSANDRI⁴⁷⁵ cuya palabra según DOMÍNGUEZ HIDALGO se ha considerado siempre ley en materia de responsabilidad, es

una obligación preexistente, de modo que resultan aplicables las reglas generales de la prescripción extintiva. Ello es consecuencia de la analogía estructural con la obligación contractual, lo que lleva a que la obligación legal sólo se tenga por incumplida si el deudor esta constituido en mora y a que la obligación (de primer grado) se extinga en el plazo general de cinco años de prescripción extintiva de las obligaciones contractuales (artículos 2514 y 2515).

⁴⁷³ Barros Bourie, Enrique. *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Ob. Cit., p. 1070.

⁴⁷⁴ *Ibíd.*

⁴⁷⁵ Alessandri Rodríguez, Arturo. *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*. Ob. Cit., pp. 63 y 64.).

contraria a esta posición, razón por la cual podría presentarse un posible conflicto por concurrencia.⁴⁷⁶.

El conflicto puede plantearse en la medida que el fundamento de la acción o causa petendi, se funde en el incumplimiento de obligaciones legales, situación que puede producirse tratándose de daños entre cónyuges⁴⁷⁷, cuando estos se fundan en el incumplimiento de deberes matrimoniales y entre padres e hijos, por incumplimiento de deberes de asistencia. Ello por cuanto para nuestra jurisprudencia mayoritaria, la infracción de una obligación legal debe ser resuelta conforma al estatuto contractual.

Nuestro ordenamiento jurídico no brinda solución a un eventual problema de concurrencia. No obstante, la doctrina ha elaborado diversas teorías que intentan resolver el asunto. Así para la teoría de **absorción, incompatibilidad o no acumulación**, la víctima o acreedor ve excluida la acción contractual si existía una previa relación obligatoria que le vinculaba con el demandado⁴⁷⁸. De este modo, sólo es posible recurrir a la responsabilidad extracontractual cuando entre el autor del daño y la víctima no existe un vínculo contractual o cuando existiendo, dichos perjuicios no provienen de su incumplimiento.⁴⁷⁹.

⁴⁷⁶ Este problema se plantea de la siguiente manera: si estimamos que de acuerdo a la tesis más tradicional en Chile el derecho supletorio es el estatuto contractual que, absorbe para sí a las obligaciones legales y cuasicontractuales, quienes deseen asilarse en el régimen extracontractual en principio, no podrían hacerlo, por cuanto para esta tesis tradicional, la opción o cúmulo esta vedada, debiendo resolverse la infracción de obligaciones legales de acuerdo al estatuto contractual. Por el contrario, para quienes sostienen que el régimen supletorio es el estatuto extracontractual, que absorbe para sí tanto las obligaciones legales como las cuasicontractuales, no habría un problema de opción alguno, tan sólo la aplicación del régimen que constituye el Derecho común dentro de su órbita natural de aplicación.

⁴⁷⁷ Más complejo sería el daño entre cónyuges por incumplimiento de deberes matrimoniales, por cuanto en este caso, no sólo existen obligaciones legales recíprocas, sino además, un contrato matrimonial, siendo la culpa grave y el dolo el factor de imputación atendida la tesis del privilegio familiar, todos conceptos que inducen a pensar que estamos dentro de la órbita de la responsabilidad contractual, todo ello independientemente, de la posición que se tenga en relación a cual es el derecho común en materia de responsabilidad.

⁴⁷⁸ Yzquierdo Tolsada, Mariano. "La zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y aquiliana". Ob. Cit., p. 485.

⁴⁷⁹ Dice este respecto Yzquierdo Tolsada: "si se trata de pretensiones distintas y con regímenes jurídicos separados, no cabe la opción, sino colocar a cada régimen en el lugar que le corresponde." "El demandante ve excluida la acción contractual si existía una previa relación obligatoria que le vinculaba con el demandado: la norma genérica de la responsabilidad aquiliana

Si bien esta tesis⁴⁸⁰ ostenta escasa flexibilidad en el plano sustantivo, ello se ve compensado por una notable versatilidad en el plano procesal, evitando que elección de la acción a ejercitar se convierta en una especie de ordalía o juicio de Dios⁴⁸¹. En nuestro país, la doctrina más tradicional y la jurisprudencia mayoritaria ha estado siempre por rechazar toda posibilidad de opción ante un conflicto por concurrencia.⁴⁸²

Para otra de las tesis propuestas, la **teoría de la opción o concurso de pretensiones**, la víctima o acreedor, tiene la facultad de escoger entre una u otra vía, puesto que se trata de dos pretensiones jurídicamente distintas y autónomas (*Anspruchkonkurrenz*).⁴⁸³. Una vez escogida la vía, la demanda se resolverá en conformidad a las normas y principios que la regulan, sin que el perjudicado pueda pretender variar su calificación durante el curso del

deja de desempeñar su función frente a la norma específica que, tutelando el mismo interés, ha sido deseada por las partes. Como dice Chironi, las partes han sometido ese interés a una particular tutela, y por ello lo han sustraído de cualquier otra tutela genérica preexistente” (Yzquierdo Tolsada, Mariano. “La zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y aquiliana”. Ob. Cit., p. 485.).

⁴⁸⁰ En España son partidarios de la tesis de la absorción: Pantaleón Prieto en numerosos comentarios doctrinales publicados en CCJC y especialmente contenidos en los números 4 (pp. 1257 y ss.), 5 (pp. 1645 y ss.); Sánchez Vásquez, Juan. “La denominada acumulación de responsabilidades contractual y aquiliana”, *Revista de Derecho Privado*, pp. 965 a 986.; De Cossío. *El dolo en el Derecho civil*, Madrid, 1955, p. 105. En Francia son partidarios de la tesis de la absorción: Viney, Genevieve. “Les obligations. La responsabilité: conditions”. En *Traité de droit civil de Ghestin*, vol. V, París, 1988, pp. 262 y ss.; Mazeaud y Tunc. *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, t. I, vol. I, Ob. Cit. pp. 279 a 292.; Jossierand, Louis. *Recueil Dalloz*, 1927, 1, p. 105.; Rodiere. *Définition et domaine de la responsabilité contractuelle, sous la direction de Rodiere*, París, 1981, pp. 861 y ss. En Italia son partidarios de esta tesis: Morello. “Profili comparatistici” en *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale* (estudios dirigidos por Visintini), Milano, 1984, p. 176.; Chironi. *La culpa en el derecho civil moderno*. t. I, (culpa extracontractual), trad. de Adolfo Posada, Madrid, 1978, pp. 63 y ss.; Russo. “Concorso dell’azione aquiliana con la contrattuale nel contratto di trasporto”, en *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1950, pp. 962 y ss.; Cardonna. “Concorso di colpa contrattuale ed extracontrattuale”, en *Riv. Dir. Comm.*, 1922, I, pp. 270 y ss.; Peretti Griva. “Inammissibilità del concorso dell’azione aquiliana e contrattuale”, en *Riv. RCP*, 1933, pp. 215 y ss.; Barassi. *Teoria generale delle obbligazioni*. Madrid, 1955, p. 105.; En Chile es partidario de esta tesis Alessandri, Arturo. *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*. Ob. Cit., pp. 67 y 68.

⁴⁸¹ Cavanillas Mugica, Santiago y Tapia Fernández, Isabel. *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 1995, p. 65.

⁴⁸² Domínguez Hidalgo, Carmen. *El daño moral*. t II, Ob. Cit., p. 605.

⁴⁸³ Yzquierdo Tolsada, Mariano. “La zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y aquiliana”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, marzo-abril 1991, N° 603, p. 483.

proceso⁴⁸⁴, pues ello supondría venir contra sus propios actos y modificar la *causa petendi*. (...) La opción vincula igualmente al juez, que no podrá aplicar las normas contractuales si la víctima situó su pretensión en el terreno aquiliano, pues ello supondría dictar una sentencia con vicio de incongruencia⁴⁸⁵. Pero si la demanda es rechazada, la víctima podrá en un nuevo proceso utilizar la vía que excluyó primitivamente, pues se trata de pretensiones distintas, y por ende, no hay cosa juzgada.⁴⁸⁶

Finalmente, para la **teoría del concurso de normas** (Gesetzeskonkurrenz) se parte de la base que no existen dos pretensiones independientes. El demandante no ha de *etiquetar* la demanda, sino limitarse a exponer los hechos en que basa la pretensión resarcitoria. Él no es quien ha de calificar los hechos, y aunque lo haga, su elección no vincula al juez, que puede actuar con absoluta libertad en virtud del principio *iuria novit curia*, de modo que si la reclamación no encaja en el campo pretendido por el actor, podrá intercambiar los argumentos y darle acomodo en la otra esfera, sin que ello suponga vicio de incongruencia.⁴⁸⁷

El problema de la opción no se reduce al ámbito sustancial, sino que también genera dificultades en el ámbito procesal. La dificultad nace cuando el actor invoca (por ej. la extracontractual) pero, en la demanda o en el curso del

⁴⁸⁴ Domínguez Hidalgo, Carmen. *El daño moral*. Ob. Cit., p. 598.

⁴⁸⁵ Yzquierdo Tolsada, Mariano. "La zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y aquiliana". Ob. Cit., p. 483.

⁴⁸⁶ Ibídem. Son partidarios de la teoría de la opción García Valdecasas: "El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en el Derecho español", *Revista de Derecho Privado*, 1962, pp. 831 y ss.; Santos Briz, Jaime. *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y procesal*, Madrid, 1981, p. 715.; Puig Brutau, Federico. *Fundamentos de Derecho Civil*, II-3, Barcelona, 1983, p. 133.; Romeo Casabona. *El médico ante el Derecho. La responsabilidad penal y civil del médico*, Madrid, 1985, p. 101.; Fernández Hierro. *La responsabilidad civil por vicios de construcción*, Bilbao, 1977, pp. 63 y ss.; Hernández Costales. *Responsabilidad civil médica y hospitalaria*, Madrid, 1987, p. 94.; Pachioni. "Colpa contrattuale e colpa aquiliana", *Riv. Dir. Com.*, 1905, II, p. 258.; Planiol, Ripert y Esmein. *Traité pratique de Droit civil français*, t VI, París, 1930, pp. 683 y ss. ; Van Ryn. *Responsabilité aquilienne et contrats en Droit positif*, París, 1933, pp. 245 y ss.

⁴⁸⁷ Yzquierdo Tolsada, Mariano. "La zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y aquiliana". Ob. Cit., pp. 486 y 487.

procedimiento, afloran caracteres propios de la culpa contractual, derivados de las obligaciones negocialmente asumidas por las partes.⁴⁸⁸.

Según KEMELMAJER DE CARLUCCI⁴⁸⁹, en España, el Tribunal Supremo en algunas ocasiones ha seguido la **teoría de la individualización**, conforme la cual la *causa petendi*, abarca la calificación jurídica de la acción y, por lo tanto, una reclamación por culpa extracontractual no puede ser canalizada por el juzgador a través de la responsabilidad contractual ni viceversa.

Sin embargo, en la mayoría de los casos, ha acogido la **teoría de la sustanciación**, según la cual la congruencia es sólo respecto del hecho y del objeto que se pide, excluyéndose de ésta la naturaleza de la acción ejercitada.⁴⁹⁰ Consecuencia de lo cual no puede rechazarse la demanda con fundamento en una equivocada o errónea elección de la norma, pues tal materia corresponde al campo del *iuria novit curia*, y no cabe eludir por errónea o incompleta elección de la norma, el conocimiento de fondo.

De este modo ante el problema planteado y una pretensión de daño fundada en el estatuto extracontractual, dos respuestas son posibles. Una es admitir que el derecho común de la responsabilidad es el extracontractual, en cuyo caso no habrá ningún conflicto. Otra es admitir que se debe reconocer al demandante un derecho de opción y resolver el asunto conforme al extracontractual elegido por el actor.

⁴⁸⁸ El problema en sede familiar podría surgir, como hemos ya señalado, porque el actor de daños, podría calificar su pretensión de extracontractual, y el tribunal, acogiendo la doctrina más tradicional en Chile, que entiende que el derecho común en materia de responsabilidad es la contractual, estatuto que absorbe para sí, además de las infracciones al contrato propiamente tal, las infracciones a las obligaciones legales y cuasicontractuales, al tiempo que rechaza la opción o cúmulo; ante ese escenario, podría entender que la infracción de deberes legales, sea entre cónyuges, sea entre padres e hijos, pertenece en consecuencia a la órbita de lo contractual, desestimando la calificación jurídica hecha por el actor y rechazando consecuentemente la demanda.

⁴⁸⁹ Kemelmajer de Carlucci, Aida. "El sistema dualista de responsabilidad contractual y extracontractual en Argentina. Reflexiones sobre la inconveniencia de su supervivencia". *Revista Anales de Derecho UC. Temas de Responsabilidad Civil*. Editorial Legis, N° 3, 2008, p. 61.

⁴⁹⁰ *Ibidem*.

Una tercera vía es, rechazando la tesis de la opción y manteniendo la doctrina tradicional en cuya virtud debe aplicarse el estatuto contractual, el juez puede estimar que existe un concurso de normas y siguiendo la teoría de la sustanciación fallar conforme al estatuto contractual aplicando el principio *iuria novit curia*, evitando así que la elección del actor se transforme en una ordalía. Con todo, nada obsta a que se invoquen ambos estatutos en demandas subsidiarias, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 17 inc. 2° del CPC.

4.8.- Fundamentos para una calificación extracontractual del daño civil en el ámbito de las relaciones de familia.

A estas alturas ya hemos rebatido los argumentos contrarios al resarcimiento del daño en sede familiar, hemos dado razones que justifican la reparación de dichos daños, hemos propuesto a la responsabilidad civil como instrumento para sancionarlo y prevenirlo restando sólo fundamentar porque es el estatuto extracontractual el más idóneo para ello. A continuación exponemos los fundamentos jurídicos de dicha tesis.

4.8.1.- Los daños en sede familiar constituyen infracción al deber genérico de no dañar a otro.

Como hemos señalado antes, incurre en responsabilidad contractual quien causa un daño al contravenir un deber específico que lo une a otro sujeto. En cambio, incurre en responsabilidad extracontractual quien causa un daño contrariando un deber genérico de no dañar a otro. Y es que estas nociones reposan sobre ideas distintas. La teoría de la voluntad, en el ámbito contractual, y la idea de solidaridad, que impone el recíproco respeto entre las esferas jurídicas a las que se pertenecen, en el área extracontractual. En el Common

Law suele decirse que el autor del ilícito es responsable por hacer más las cosas; el contratante, por no hacerlas mejor.⁴⁹¹.

En ninguna de las hipótesis de daños en estudio, se aprecia que haya infracción a un contrato suscrito por las partes, razón por la cual debe descartarse de plano, cualquier intento de aplicar el estatuto contractual. Quizá el único caso que puede merecer algunas dudas, es aquel en que el hecho dañoso, consiste en el incumplimiento de deberes legales, situación a la cual nos referiremos a continuación.

4.8.2.- El derecho común de la responsabilidad es el estatuto extracontractual.

De acuerdo a lo expuesto por la doctrina nacional más moderna⁴⁹², es el estatuto extracontractual el derecho común en materia de responsabilidad, por ello, ante un delito o cuasidelito civil o ante el incumplimiento de una obligación legal o cuasicontractual, deben aplicarse las normas contenidas en el título XXXV del libro IV del código civil. De tal manera, aún en aquellos señalados casos en

⁴⁹¹ Kemelmajer de Carlucci, Aída. "El sistema dualista de responsabilidad contractual y extracontractual en Argentina. Reflexiones sobre la inconveniencia de su supervivencia". *Revista Anales de Derecho UC. Temas de Responsabilidad Civil*. Editorial Legis, N° 3, 2008, p. 30.

⁴⁹² Domínguez Aguila, Ramón. "Responsabilidad civil del empresario por daño moral causado a sus trabajadores, en responsabilidad civil del empresario" *Cuadernos de Extensión N°1*. Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Santiago, 1996, p. 30.; Domínguez Hidalgo, Carmen. "La concepción dualista de la responsabilidad civil en Chile: panorama general". *Revista Anales de Derecho UC. Temas de Responsabilidad Civil*. Editorial Legis, N° 3, marzo, 2008, pp. 81 y 82.; Elorriaga De Bonis, Fabián. *Régimen de indemnización de perjuicios entre cónyuges*. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Católica de Valparaíso, 1990, pp. 80 a 84.);; Rodríguez Grez, Pablo. *Responsabilidad Extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, p. 56.; Corral Talciani, Hernán. *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, p. 41.; Barros Bourie, Enrique. *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 1068 y 1069.; Meza Barros, Ramón. *Responsabilidad civil*. Editorial Edeval, Valparaíso, 1980, pp. 53 a 56.; Ducci Claro, Carlos. *Responsabilidad civil. Ex-contractual*. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Empresa Periodística el Imparcial, Santiago, 1936, pp. 8 y 9.

que el hecho dañoso reclamado es el incumplimiento de una obligación legal, el régimen aplicable es el extracontractual.

4.8.3.- Los deberes familiares sólo admiten coerción indirecta y no se pueden encuadrar en el régimen contractual.

Como ya señalamos, los deberes entre cónyuges o entre padres e hijos, sólo admiten coerción indirecta. La razón de tal característica no es sino, el hecho de que existen sanciones especiales que establece el derecho familiar, ante el incumplimiento de dicho deberes que en ningún caso apunta a su cumplimiento forzado.

Ahora bien, situando el problema en su real dimensión, tampoco es correcto afirmar que todos los casos de daños en sede familiar, se fundamenten en el incumplimiento de un deber legal. Como veremos, la hipótesis de incumplimiento de deberes legales como hecho dañoso, se circunscribe sólo a algunos señalados casos de daños entre cónyuges, y al daño por incumplimiento de obligación alimenticia. Fuera de estas situaciones acotadas, el hecho dañoso se desconecta totalmente de la idea de incumplimiento alguna obligación legal, y, se sitúa más bien en el terreno de la infracción al *neminem non laedere*.

No obstante, aún en dichas situaciones, estimamos inaplicable el estatuto contractual. Por una parte porque, como señala acertadamente ZANNONI⁴⁹³, las

⁴⁹³ Para Zannoni “las relaciones conyugales están dominadas por la exigencia de una satisfacción espontánea de las necesidades que son inherentes a esas relaciones (amor, encuentros físicos, comprensión recíproca, entrega, fidelidad y ayuda mutuas, apoyo afectivo) que tienen la impronta de su incoercibilidad. Tal impronta traduce como su perfil más trascendente el que no son, cabalmente, contenido de deberes jurídicos: la sola representación del deber supondría, aun frente a un aparente cumplimiento, un disvalor” (Zannoni, Eduardo A. “El abuso del derecho y las relaciones conyugales”. Ob. Cit., pp. 134). Agrega Zannoni: “Las relaciones conyugales sintetizan al cabo un *proyecto de vida* común incoercible. Los tradicionalmente denominados deberes jurídicos sientan conductas aptas para favorecer la consecución de un proyecto (prefigurado a priori por el legislador) pero estrictamente no imponen conductas positivas –aunque parezca lo contrario- porque, reiteramos, si así fuera nada podría reprocharse jurídicamente al cónyuge que confesara o admitiese que mantiene relaciones sexuales con el otro por deber, o que vive con él porque así se lo impone la ley, etcétera” “tampoco cabe hablar del derecho subjetivo de un cónyuge a obtener del otro el cumplimiento de

relaciones conyugales están dominadas por la idea de una satisfacción espontánea de las necesidades que le son inherentes, las que tienen impronta de incoercibilidad, razón por la cual no es concebible la existencia de un derecho subjetivo del cónyuge a obtener del otro el cumplimiento compulsivo de los deberes jurídicos.

De este modo, y siguiendo la idea de la analogía estructural de que habla BARROS BOURIE⁴⁹⁴, la infracción de estos deberes entre cónyuges se enmarcan de mejor, con la idea de infracción al deber jurídico de no dañar a otro, que con la de cumplimiento compulsivo propia del régimen contractual. Es

deberes jurídicos, tales como el de mantener relaciones sexuales con él, de serle fiel, de vivir juntos en una misma casa. Si de algún derecho hablamos es el de poder, ambos esposos, realizar en el ámbito de su intimidad, libremente compartida, el proyecto de vida común nacido del amor. Siendo así, el modo en que cada matrimonio asuma ese proyecto y lo realice es también incoercible y ajeno a las categorías que utilizamos los juristas” “La cuestión es trascendente porque descarta toda moral o ética autoritaria, impuesta desde fuera del proyecto de vida común, salvo por cierto que se afectaran derechos de terceros: ambos protagonistas de la relación son los exclusivos responsables de su realización. Son ellos quienes gozarán o sufrirán de las consecuencias a que los conduzcan las elecciones que han hecho”. (Zannoni, Eduardo A. “El abuso del derecho y las relaciones conyugales” (Zannoni, Eduardo A. “El abuso del derecho y las relaciones conyugales”. Ob. Cit., pp. 134 y 135.). Agrega Zannoni: Dice Zannoni: “Correlativamente, el reclamo que uno de los cónyuges pueda hacerle al otro no consistirá en imputarle no haber satisfecho un comportamiento exigible por deber, sino en haber frustrado, conscientemente, un proyecto inicialmente compartido. Una vez más, el deber jurídico queda reducido al *neminem laedere*, que en este caso pueden imputarse de haber quedado insatisfecho” (...) “que en la legislación familiar de nuestros días aflora una profunda contradicción. Como venimos diciendo ni la fidelidad, ni la vida en común, ni la asistencia recíproca entre los cónyuges *pueden pretenderse por deber*. Pero cuando un cónyuge es infiel, hace abandono de la convivencia o desampara de cualquier modo al otro, se le imputa precisamente el incumplimiento de los deberes de fidelidad, cohabitación o asistencia. ¿No hay, en esto, una dualidad irreductible?”. Y es que “la fidelidad, la convivencia o la asistencia no toleran ser satisfechas por deber. Si así se lo pretende ya ha quedado sembrada la semilla del desquicio matrimonial, del conflicto, del fracaso. *Pero esto no significa que la fidelidad, la convivencia y la asistencia recíproca no sean inherentes a la relación entre los cónyuges*. Es precisamente por esa inherencia que son incoercibles. La relación matrimonial no tolera –no debiera, al menos, tolerar- la infidelidad, el abandono o la inasistencia, pero no porque deba amarse por sumisión a un deber jurídico, o porque exista un derecho subjetivo a exigir amor” (Zannoni, Eduardo A. “El abuso del derecho y las relaciones conyugales”. Ob. Cit., p. 135.).

⁴⁹³ Barros Bourie, Enrique. *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Ob. Cit., p. 1070.

⁴⁹³ No podemos desconocer lo persuasivo del recurso al régimen contractual por incumplimiento de deberes conyugales: hay obligaciones preexistentes, hay un contrato de por medio –*más allá que su naturaleza jurídica sea discutida*-, el deber de diligencia exigido –doctrina del privilegio familiar- es el dolo o culpa grave, todos ellos, elementos que dicen clara relación con el régimen contractual.

⁴⁹⁴ Barros Bourie, Enrique. *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Ob. Cit., p. 1070.

precisamente por ello que la doctrina, a nuestro juicio acertadamente, ha estimado que se trata de deberes jurídicos que sólo admiten coerción indirecta, lo cual reafirma nuestra tesis de la no aplicación del régimen contractual⁴⁹⁵.

Por las razones señaladas estimamos fundadamente que, aún en los casos en que el hecho dañoso consista en el incumplimiento de un deber legal, no es aplicable el estatuto contractual por cuanto estos deberes no admiten ejecución forzada, excluyendo así todo intento en aplicar dicho régimen de responsabilidad.

4.8.4.- Si el hecho dañoso consiste en incumplimiento de un deber legal, de seguirse la tesis tradicional debe concederse, no obstante, un derecho de opción.

Al igual que ha ocurrido en otras áreas del derecho como el laboral en el caso de accidentes, en que se ha concedido un derecho de opción ante un caso de concurrencia de regímenes, en el caso que nos ocupa, y aun cuando se estime que el derecho común de la responsabilidad es el estatuto contractual, debe no obstante, reconocerse al actor un derecho de opción para reclamar los daños conforme a las reglas del estatuto extracontractual.

⁴⁹⁵ Por otro lado, el hecho que en esta área del Derecho de daños la doctrina haya elaborado la tesis del privilegio familiar atenuando el factor de imputación al dolo y culpa grave, terminología propia del régimen contractual, no es razón suficiente para estimar aplicable dicho estatuto, ya que en el Derecho comparado, es precisamente ese, el factor de imputación aplicable, no obstante lo cual, el régimen mayoritariamente aceptado sigue siendo el extracontractual. Menos aún puede sostenerse que el hecho que entre los cónyuges exista un contrato de matrimonio sea base para sostener la tesis contractual, por cuanto de acuerdo a la doctrina dominante, la naturaleza jurídica del matrimonio no es contractual, lo que descarta de plano la idea de contrato. Podría insistirse bajo la idea de negocio jurídico de derecho de familia, pero dicha tesis no es sino disfrazar la idea de contrato, con el ropaje nuevo del acto jurídico familiar, olvidando que el problema sigue siendo el mismo, que el matrimonio no es “convención” cuyas obligaciones puedan exigirse compulsivamente.

4.8.5.- En el derecho comparado, la doctrina y jurisprudencia apoya la tesis extracontractual.

En el Derecho comparado si bien hay discusión en torno al tema, mayoritariamente se ha estimado que debe aplicarse el estatuto extracontractual a la resolución de reclamos indemnizatorios ocasionados en el ámbito del Derecho de familia.

Así en Argentina MOSSET ITURRASPE⁴⁹⁶ señala que “la violación de los deberes familiares o conyugales, nacidos en el caso del matrimonio, no constituye el incumplimiento de una obligación que ponga en marcha la denominada responsabilidad contractual o por el incumplimiento obligacional puesto que el contrato no es la fuente única. Se trata, sin lugar a dudas, de dos deberes jurídicos distintos: extrapatrimonial, uno, patrimonial, el otro. Y si bien ambos nacen de negocios jurídicos preexistentes, no puede basarse en ello la ubicación del caso en el ámbito o zona demarcada por los arts. 505 y sgts., 519 y sgts. del código civil”.

⁴⁹⁶ Mosset Iturraspe, Jorge. “Los daños emergentes del divorcio” en *Responsabilidad civil. Doctrinas esenciales. Parte Especial*. Editorial La Ley, 2007, t IV, p. 668.

SEGUNDA PARTE: DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN SEDE FAMILIAR EN PARTICULAR.

CAPÍTULO 5.- RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS EN EL DIVORCIO.

5.1.- Planteamiento general del tema.

En nuestro ordenamiento jurídico el divorcio, trae como efecto, además de poner término al matrimonio, la pérdida de la vocación hereditaria y del derecho a percibir alimentos. Esta situación agudiza la situación patrimonial del cónyuge inocente cuando ha mediado divorcio sanción, ya que en este caso, el cónyuge culpable pese a su conducta, mantiene una relativa integridad patrimonial, manifestada en la pérdida de la vocación sucesoria y del derecho de alimentos por parte del cónyuge inocente. Situación que puede ser más crítica, en aquellos casos en que el cónyuge inocente trabajó o ejerció labores de casa y por ello, no recibe compensación económica, o la que recibe es irrisoria.

Desde la óptica del daño, piénsese por ejemplo si ha habido de por medio maltrato físico y emocional reiterado, abandono de la cónyuge e hijos sin asistencia de ninguna especie, infidelidades unidas a otras conductas ultrajantes, etc. Entonces, el cónyuge inocente debe acaso resignarse como el otro cónyuge que causó graves daños, que provocó el término de la relación se va sin responder de nada.

El cónyuge inocente, lejos de haber ganado algo, sólo ha reportado pérdidas. Quedó con una vida destruida tanto él como sus hijos, ha soportado quizá años de maltrato con secuelas tanto físicas como emocionales para ella y sus hijos, perdió injustamente la vocación sucesoria, perdió el derecho de alimentos, no obtuvo compensación económica, o la que obtuvo es irrisoria.

Debe el ordenamiento jurídico permanecer indiferente ante esta situación contraria al más mínimo sentimiento de justicia. ¿Puede en este caso el cónyuge inocente demandar una justa reparación por los daños que ha sufrido con ocasión del divorcio conforme a las normas de responsabilidad civil?

En nuestro país, la jurisprudencia ha tenido la ocasión de pronunciarse. Así la Corte de Apelaciones de Concepción resolvió que el Tribunal de familia tenía competencia para conocer de este tipo de demandas. Sin embargo, la Corte de Apelaciones de Santiago, las ha rechazado expresamente, negando lugar a pretensiones de esta naturaleza. Por su parte el Tribunal Constitucional ha dado argumentos a favor de reclamos resarcitorios de esta naturaleza.

Sólo recién en el año 2014, ha quedado firme el primer fallo que ha acogido formalmente la procedencia de la reparación del daño en el ámbito de un divorcio culpable.

5.2.- Situación en el derecho comparado.

En el derecho comparado desde hace muchísimo años que se otorgan indemnizaciones por daños en el divorcio, ello aún sin norma expresa que lo contemple, es el caso de Francia y Argentina. En el primero de ellos, desde los primeros tiempos de vigencia del Code, en el segundo, desde hace tres décadas.

5.2.1.- Francia.

En Francia, a partir de un fallo de la Corte de Montpellier de 1897, la jurisprudencia, fundada en el art. 1382 del Code, admitió en general la reparación de los daños y perjuicios –daños e intereses en la terminología francesa-

materiales y morales causados por los **hechos** generadores del divorcio, al estimar que éstos, al tiempo que causales de divorcio, eran cuasidelitos⁴⁹⁷.

El resarcimiento se extendió a casos en los que mediaban injurias, vinculadas de alguna manera al divorcio, aunque no fueran la causa de éste⁴⁹⁸.

Más tarde, la Corte de Casación sentó el criterio que, independientemente de la pensión alimentaria concedida por el art. 301 del código civil al cónyuge inocente, que reparaba los perjuicios derivados del divorcio en sí, el cónyuge inocente podía, además, demandar indemnización por aplicación del art. 1382, si resultaba de los **hechos**, que habían motivado el divorcio un perjuicio material y moral.⁴⁹⁹

⁴⁹⁷ Desde los primeros tiempos del Código de Napoleón, la jurisprudencia francesa admitió la condena al pago de daños materiales y morales contra el cónyuge culpable de adulterio y contra su cómplice, sobre la base de la responsabilidad derivada del delito de derecho criminal cometido, y por aplicación del art. 1382 del Código Civil –según el cual todo hecho humano que ocasiona un daño obliga al culpable a repararlo- y de los arts. 1 a 3 del Cód. de Instrucción Criminal, que abren a la parte lesionada la acción de reparación del daño causado por el delito: Corte de Casación, Sala Criminal, 22/9/1837, “Sirey”, 1838-1-331. Pronto la responsabilidad derivada del adulterio fue ampliada a casos análogos, como hechos escandalosos que afectaban el honor del marido o delitos de ultraje público al pudor: Corte de Besancon, 14/3/1850, “Daloz”, 1852-2-150 y “Sirey”, 1851-2-171; Corte de Casación, Sala Criminal, 26/8/57, “Sirey”, 1858-1-101. Finalmente, a partir de un fallo de la Corte de Montpellier en 1897, la jurisprudencia admitió en general la reparación de los daños y perjuicios materiales y morales causados por los hechos generadores del divorcio, al estimar que éstos, al mismo tiempo que causaban el divorcio, eran cuasidelitos: Corte de Montpellier, 10/11/1897, “Daloz”, 1899-2-15 y “Sirey”, 1901-2-137: divorcio por negativa del marido a consumar el matrimonio; Corte de Tolosa, 12/5/1903, “Daloz”, 1904-2-64: mujer que después de salir de la alcaldía donde se había celebrado el matrimonio, expresó públicamente su pesar por haberse casado, rehusó cumplir el débito conyugal y promovió demanda de divorcio sin motivo alguno.

⁴⁹⁸ Corte de Casación, Sala Civil, 20/2/1912, “Sirey”, 1912-1-569: cartas injuriosas remitidas a la mujer; Corte de Rennes, 13/11/1923, “Daloz Hebdomadaire”, 1924-18: imputación de aborto, que dio lugar a un proceso criminal, sobre la base de la declaración de un testigo falso; Corte de Casación, Sala de Admisión, 27/7/1931, “Daloz Hebdomadaire”, 1931-507: retardo malicioso del proceso de divorcio; Corte de Casación, Sala de Admisión, 5/2/1940, “Daloz Hebdomadaire”, 1940-99 y “Sirey”, 1940-1-29: hecho de haber convencido al marido a la mujer de permitir que se dictara contra ella sentencia de divorcio por su culpa, mediante maniobras dolosas y fraudulentas.

⁴⁹⁹ Corte de Casación, Sala de Admisión, 13/5/1924, “Daloz Hebdomadaire”, 1924-389. Puede observarse claramente como en este caso, como los tribunales franceses, a pesar de existir una norma especial que limitaba a los perjuicios derivados del divorcio en sí, siguieron otorgando indemnizaciones conforma a la regla general del art 1382 del Code, no siendo obstáculo para ello el principio de especialidad.

Más tarde, mediante una ley de 1941, se agregó al art. 301 del Code un segundo párrafo⁵⁰⁰ en virtud del cual, el cónyuge, además de lo que podía obtener conforme al párrafo 1 del art. 301, podía reclamar el perjuicio material o moral que le ha causado la disolución del matrimonio.⁵⁰¹

Más tarde, por ley de 29 de mayo de 1948, se agregó al art. 311 un cuarto párrafo⁵⁰² en virtud del cual, se concede indemnización por daños materiales y morales cuando ha habido separación de cuerpos.

En 1975 se llevó a cabo una completa reforma al régimen de divorcio que sustituyó toda la normativa anterior por el art. 266, que dispone: cuando el divorcio ha sido decretado por culpa exclusiva de uno de los esposos, éste puede ser condenado a daños y perjuicios como reparación del perjuicio material o moral que la disolución del matrimonio hace sufrir a su cónyuge.

5.2.2.- España.

En este ordenamiento, la ley no contempla expresamente el otorgamiento de daños y perjuicios por divorcio. Se ha planteado que la única sanción posible la contempla el art. 97 del código civil español, que se limita a otorgar al cónyuge a quien la separación o el divorcio le produzcan un desequilibrio económico, una pensión compensatoria.

⁵⁰⁰ “Independientemente de todas las otras reparaciones debidas por el esposo contra el cual el divorcio se ha decretado, los jueces pueden conceder al cónyuge que ha obtenido el divorcio, daños e intereses por el perjuicio material o moral que le ha causado la disolución del matrimonio”.

⁵⁰¹ En otros términos, el cónyuge puede, además de la pensión alimentaria que le otorga el párrafo primero del art. 301, pedir el resarcimiento de los daños materiales y morales que le ha provocado el divorcio en sí.

⁵⁰² “Independientemente de todas las otras reparaciones debidas por el esposo contra el cual se ha decretado separación de cuerpos, los jueces pueden conceder al cónyuge que ha obtenido el divorcio, daños e intereses por el perjuicio material o moral que le ha causado la separación”.

5.2.3.- Portugal.

El art. 1792 del código civil portugués dispone que el cónyuge culpable, o el declarado principal culpable, ya sea del divorcio o de la separación, debe reparar los daños morales sufridos por el otro esposo con motivo de la sentencia, debiendo la acción de indemnización ser deducida junto con la de divorcio o separación.

5.2.4.- Bélgica.

Según dispone el art. 301 del código civil belga, el juez puede fijar a favor del esposo inocente una pensión alimentaria a cargo del culpable, de modo de asegurar a aquél una existencia en condiciones análogas a las que gozaba durante la vida en común.

5.2.5.- Suiza.

El art. 151 del código suizo de 1907 señala que: el esposo inocente cuyos intereses pecuniarios, aún eventuales, son comprometidos por el divorcio, tiene derecho a una equitativa indemnización por parte del cónyuge culpable. Agrega la norma que: si los hechos que determinaron el divorcio han causado un grave ataque a los intereses personales del esposo inocente, el juez puede concederle, además, una suma de dinero a título de reparación moral.

5.2.6.- Grecia.

Según el art. 16 de la Ley de divorcio del año 1920, dispone que: si el hecho que ha constituido la causa del divorcio ha sido ejecutado en condiciones

que comportan una grave ofensa a la persona del esposo no responsable del divorcio, el tribunal puede, al pronunciarse éste, obligar al cónyuge que ha sido único culpable del divorcio a pagar al otro una suma de dinero a título de reparación moral.

5.3.- Procedencia de la acción de daños.

En la doctrina y jurisprudencia se pueden identificar fundamentalmente tres posiciones. Una primera posición negativa, lo rechaza bajo cualquier circunstancia. Para una segunda opción, denominada en la doctrina amplia permisiva, postula la reparación de todo daño, tanto el provocado por los hechos que constituyen la causal, como el derivado del divorcio en sí, sin distinguir de acuerdo a su gravedad. Y finalmente una restrictiva, que sólo admite reparar aquellos daños causados por los hechos constitutivos de la causal y que sean graves. De la posición que se adopte resultan varias consecuencias, tales como: la procedencia del resarcimiento, la extensión del daño resarcible, la oportunidad para deducir la acción civil, etc.

5.3.1.- Doctrinas que niegan la procedencia de la reparación.

En Francia⁵⁰³, desde los primeros tiempo de vigencia del Código se acogieron demandas de este tipo. En Argentina⁵⁰⁴, si bien en un primer momento

⁵⁰³ En Francia, es a partir de un fallo de la Corte de Montpellier en 1897, la jurisprudencia admitió en general la reparación de los daños y perjuicios –daños e intereses en la terminología francesa- materiales y morales causados por los hechos generadores del divorcio, al estimar que éstos, al tiempo que causales de divorcio, eran cuasidelitos. El resarcimiento se extendió también a casos en los cuales mediaban injurias de alguna manera vinculadas con la tramitación del divorcio aun cuando no fueran las causas que fundaban éste. (Belluscio, Augusto César; Zannoni, Eduardo A., Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Responsabilidad civil en el derecho de familia*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1983, pp. 3 a 6.).

⁵⁰⁴ Dutto, Ricardo, *Daños ocasionados en las relaciones de familia*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2001, p. 88, quien señala que “Este tópico es uno de los más controvertidos y profusos doctrinaria y jurisprudencialmente, pues la ley guarda silencio sobre las reparaciones por daños en la separación personal o el divorcio vincular con atribución subjetiva de culpabilidad, y ese mutismo puede significar la voluntad del legislador de no admitirlos o, por el contrario, con

la doctrina encabezada por BIBILONI, BORDA, DÍAZ DE GUIJARRO Y LLAMBÍAS, fue absolutamente contraria al resarcimiento.

a) Especialidad de las normas del Derecho de Familia. De acuerdo a esta tesis ante la ocurrencia de un daño en el divorcio, los reclamos indemnizatorios deben ser rechazados por cuanto sólo pueden ser aplicadas las sanciones especialmente previstas por el ordenamiento jurídico familiar, entre las cuales no se encuentra el resarcimiento.

En nuestro caso, dichas normas especialmente previstas por el ordenamiento jurídico familiar estarían contempladas en los Capítulos III, VI y en el párrafo 1° del Capítulo VII de la LMC, normas que consagran la separación judicial, el divorcio y la compensación económica respectivamente, únicas sanciones posibles de aplicar para estos casos⁵⁰⁵.

En Chile CLARO SOLAR⁵⁰⁶ y ABELIUCK⁵⁰⁷ se manifestaron contrarios al resarcimiento del daño en sede familia. Sin embargo, en la doctrina más moderna, autores como CORRAL⁵⁰⁸, DOMÍNGUEZ HIDALGO⁵⁰⁹, VIDAL⁵¹⁰ y

el fundamento del deber genérico de no causar perjuicios a otro por una acción u omisión, aprobarlos (art. 1109, Cód. Civil)".

⁵⁰⁵ Dutto, Ricardo *Daños ocasionados en las relaciones de familia*, Ob. Cit., p. 88., quien al respecto nos señala que: "los autores que participan de esta posición, sostienen que la especialidad del Derecho de familia obsta la aplicación en su ámbito de las normas generales sobre responsabilidad por daños. Entienden que en materia de sanciones sólo son procedentes las específicamente admitidas por la ley, sin que puedan extenderse analógicamente las previstas para otras situaciones contractuales o extracontractuales, porque ni el matrimonio ni el estado de familia tiene ese estatus jurídico".

⁵⁰⁶ Claro Solar, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. De las personas*, Santiago, Imprenta Cervantes, 1904, vol ii, pp. 30 y 31., quien afirma que: "no es posible aplicar al deber que tiene la mujer de vivir con su marido los artículos del Código Civil referentes a la indemnización de perjuicios por la pérdida que ha sufrido y el lucro cesante que ha sido privado al acreedor".

⁵⁰⁷ Abeliuck Manasevich, René. *Las Obligaciones*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, Tomo I, p. 32.

⁵⁰⁸ Corral Talciani, Hernán. "Una ley de paradojas: Comentario a la Nueva Ley de Matrimonio Civil", en *Revista Chilena de Derecho Privado*, Santiago, N° 2, 2004, p. 267.

⁵⁰⁹ Domínguez Hidalgo, Carmen. "El convenio regulador y la compensación económica: una visión de conjunto. *Cuadernos de extensión jurídica. Universidad de los Andes*, Santiago, N° 11, 2005, pp. 120 y 121.

⁵¹⁰ Vidal Olivares, Alvaro. "La compensación por menoscabo económico en la Ley de Matrimonio Civil", en *El nuevo derecho chileno del matrimonio*, Vidal Olivares, Alvaro (Coordinador), Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006. p. 254.

LLULE⁵¹¹ han esbozado una posición favorable a la aplicación de las normas generales sobre responsabilidad civil. A similar conclusión han arribado en sus respectivas tesis ELORRIAGA⁵¹² y SEVERÍN⁵¹³.

b) Falta de previsión legislativa de los daños en el divorcio. Según se plantea, cuando el legislador ha querido sancionar el daño en las relaciones de familia lo ha hecho expresamente, de tal modo que su silencio debe ser interpretado como un expreso rechazo. En Argentina, han adherido a esta tesis VIDAL TAQUINI⁵¹⁴, RINESSI⁵¹⁵ y DÍAZ DE GUIJARRO⁵¹⁶.

Entre nosotros, podría sostenerse similar argumento, ya que cuando el legislador ha querido sancionar el daño en el derecho de familia, lo ha hecho expresamente, como en los casos del art. 328 y 197 inc. 2° del código civil, no así en materia de separación personal y divorcio, de tal suerte que dicho silencio podría interpretarse como un rechazo al resarcimiento. Sin embargo, como ha señalado DOMÍNGUEZ HIDALGO⁵¹⁷, dicho silencio no puede significar sino una reconducción a las reglas generales de responsabilidad civil.

⁵¹¹ Así Lulle Navarrete, Philippe. *Divorcio, Compensación Económica y Responsabilidad Civil*, Editorial Thomson Reuters, Santiago, 2013, p. 272.

⁵¹² Elorriaga de Bonis, Fabián. *Régimen de indemnización de perjuicios entre cónyuges*. Memoria de Prueba, Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 1990, pp. 71 a 84.

⁵¹³ Severín Fuster, Gonzalo. *Indemnización entre cónyuges por daños y perjuicios derivados del divorcio*. Memoria de Prueba, Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2006, p. 101.

⁵¹⁴ Vidal Taquini, Carlos H. *Matrimonio Civil. Ley 23.515*, Buenos Aires, Astrea, 1991, vol. i, pp. 517 y 518, quien señala que: “tanto en el Código de Vélez y en la posterior ley 2393, como también en la actual redacción del Código, se determinan en forma expresa en materia de matrimonio los supuestos en los que procede la indemnización de daños causados (...) De lo cual resultaría que cuando nada se dice –como ocurre con relación a los daños derivados del divorcio o de la separación personal-, no procedería indemnización alguna, debiendo tan silencio ser interpretado en el sentido de la voluntad del legislador de no acordar resarcimiento en esa materia”.

⁵¹⁵ Rinessi, Antonio. “Responsabilidad derivada del divorcio”, en *La Responsabilidad. Libro en Homenaje al Dr. Isidoro H. Goldemberg*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1995, pp. 563 a 574.

⁵¹⁶ Díaz de Guíjarro, Enrique. “Improcedencia del resarcimiento del daño moral en el juicio de divorcio y su admisibilidad en la nulidad de matrimonio” en *Jurisprudencia Argentina*, 1983-III-625.

⁵¹⁷ Domínguez Hidalgo, Carmen. “El convenio regulador y la compensación económica: una visión de conjunto”, en *Cuadernos de Extensión Jurídica Universidad de los Andes*, Santiago, N° 11, 2005, p. 120. En igual sentido Méndez Costa, María Josefa, “Separación personal, divorcio y responsabilidad civil. Sus fundamentos”, en *Derecho de Daños. Primera Parte*, Buenos Aires,

c) El error de elección. Para esta tesis, las consecuencias de un error en la elección del cónyuge, han de ser soportadas ante un eventual fracaso. De tal suerte que, acordar por vía jurisprudencial una indemnización significaría asegurar a quien se equivoca, una reparación paliativa de su error. Esta posición fue desarrollada en Argentina por la jueza ESTÉVEZ BRASA⁵¹⁸, y en la doctrina española esta tesis ha sido defendida por SALVADOR CODERCH y RUIZ GARCÍA⁵¹⁹. En contrario se argumenta que lo que se indemniza no es un error de elección, sino el daño injustamente inferido al cónyuge⁵²⁰.

d) Disminución de los matrimonios. De admitirse la reparación de daños en el divorcio, ello podría provocar una disminución de los matrimonios. En contrario se señala que se trataría de una simple suposición, porque los casos de daños en materia de divorcio son pocos, reservados a aquellos casos más graves, y en fin, porque un posible encarecimiento de la disolución del vínculo es inadmisibles, ya que de acuerdo al art. 2314 CC, todo daño debe ser reparado, con o sin matrimonio.

Editorial La Rocca, 1991, p. 649.; y Ferrer, Francisco, A. M, *Daños resarcibles en el divorcio*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1997, p. 37.

⁵¹⁸ Dijo la magistrado Estévez Brasa: “Se entiende que quien contrae matrimonio lo hace prestando un consentimiento válido con todo lo que ello implica. Si por distintas razones la elección del cónyuge se revela equivocada, se sufren disgustos, humillaciones o inevitables rupturas, ha de admitirse que tales circunstancias han de ser cuidadosamente sopesadas antes de dar un paso trascendental en la vida. Acordar por vía jurisprudencial una reparación indemnizatoria significaría tanto como asegurarle a quien se equivoca en su elección una reparación pretendidamente paliativa de los agravios sufridos” (Fallo pronunciado por la Sala B de la Cámara Nacional en lo Civil, fallo N° 32.184, del 29 de abril de 1988, Jurisprudencia Argentina-1988-IV- págs. 244.), citada y referida por Medina, Graciela. *Daños en el Derecho de Familia*, Santa Fe, Editorial Rúbinzal Culzoni, 2008, pp. 55 y 56.

⁵¹⁹ Salvador Coderch, Pablo y Ruiz García, J. A. “Comentari a l’art 1 del Codi de família” en *Comentaris al Codi de família, a la Llei d’unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d’ajuda mutua*, Ejea Fernandez, J. y Ferrer Riba, J. (Coordinadores), Madrid, Editorial Tecnos, 2000, pp. 43 a 66., quienes señalan que: “la configuración del matrimonio como comunidad de vida asumida y mantenida voluntariamente determina la incoercibilidad de los deberes conyugales en los que se sustenta...”.

⁵²⁰ Así Marín García de Leonardo, Teresa. “Remedios indemnizatorios en el ámbito de las relaciones conyugales”, en *Revista de Derecho Patrimonial. Daños en el Derecho de Familia*, Navarra, N° 17, p. 167., quien señala que “Esta argumentación parte de una premisa equivocada porque lo que se indemniza no es el error de elección sino el perjuicio causado”.

e) Los perjuicios ya han sido reparados a través de la compensación económica. Este argumento ha sido expuesto, con matices, en diversos países cuyos ordenamientos contemplan figuras análogas a nuestra compensación económica. Así en España, cierto sector contrario al resarcimiento ha dicho que, situaciones de esta índole, quedarían cubiertas por la pensión compensatoria del art. 97⁵²¹ CC español, sin perjuicio de las demás sanciones especiales previstas en los arts. 82, 152 y 855 del mismo código.

En el ordenamiento jurídico argentino cierta doctrina⁵²² ha sostenido que, la circunstancia que el cónyuge culpable del divorcio deba pagar al inocente alimentos, conforme al art. 207⁵²³ del código civil argentino, excluiría el resarcimiento del daño. Sin embargo, la mayoría de la doctrina ha estimado lo contrario⁵²⁴.

⁵²¹ Art. 97 CC Esp.: “El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por un tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia. A falta de acuerdo de los cónyuges, el juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias: 1° Los acuerdos a que hubieren llegado los cónyuges. 2° La edad y el estado de salud. 3° La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo. 4° La dedicación pasada y futura a la familia. 5° La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge. 6° La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal. 7° La pérdida eventual de un derecho de pensión. 8° El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge. 9° Cualquier otra circunstancia relevante. En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad.

⁵²² Así Borda, Guillermo. “Reflexiones sobre la indemnización de los daños y perjuicios en la separación personal y en el divorcio”. *ED.*, 147-813. En igual sentido Di Lella, Pedro. “Derecho de daños versus derecho de familia”. *L.L.*, 1992-D-862. En el mismo sentido el voto del magistrado Escuti Pizarro, en el fallo plenario de la Cámara Nacional Civil del 20-IX-1994, *E.D.*, 160-162, todos ellos citados y referidos por Ferrer (n. 14), p. 29.

⁵²³ Art. 207 CC: “El cónyuge que hubiere dado causa a la separación personal en los casos del artículo 202, deberá contribuir a que el otro, si no dio también causa a la separación, mantenga el nivel económico del que gozaron durante su convivencia, teniendo en cuenta los recursos de ambos. Para la fijación de alimentos se tendrá en cuenta: 1° La edad y estado de salud de los cónyuges; 2° La dedicación al cuidado y educación de los hijos del progenitor a quien se otorgue la guardia de ellos; 3° La capacitación laboral y probabilidad de acceso a un empleo del alimentado; 4° La eventual pérdida de un derecho de pensión; 5° El patrimonio y las necesidades de cada uno de los cónyuges después de disuelta la sociedad conyugal. En la sentencia el juez fijará las bases para actualizar el monto alimentario”.

⁵²⁴ Así Mosset Iturraspe, Jorge. “Los daños emergentes del divorcio”. (Publicado en *L.L.* 1983-C, 348). *Responsabilidad Civil. Doctrinas Esenciales. Parte Especial.* t IV, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 669.

Igual discusión puede plantearse en nuestro país a partir de la idea que la compensación económica sancionada en los arts. 65 y ss., LMC tenga una naturaleza indemnizatoria que excluya la reparación del daño⁵²⁵. Sin embargo, entre nosotros puede contestarse este argumento de la siguiente manera.

1°) Las prestaciones a título de compensación, no tienen naturaleza indemnizatoria, puesto que dicha institución no guarda relación alguna con el estatuto de la responsabilidad civil.

2°) Otros ordenamientos que admiten una figura análoga a nuestra compensatoria económica, como el caso de Francia (art. 270 del Código Civil), admiten también la reparación del daño ocasionado por el divorcio (art. 266 Código Civil). Incluso mucho antes, eran plenamente compatibles el antiguo art. 301 con el 1382, ambos del Code.

El fondo del problema es otro, y consiste en distinguir el daño ocasionado por los hechos invocados en la causal del divorcio, que de ninguna manera puede estimarse cubierto por la compensación económica, del daño ocasionado por el divorcio en sí. En este último caso, e independientemente de la naturaleza jurídica que se le asigne a la compensación, es posible estimar, como ha advertido DOMÍNGUEZ HIDALGO⁵²⁶, que la indemnización del lucro cesante dejado de obtener por el hecho de haberse dedicado al cuidado del hogar o de los hijos no sería acumulable a una nueva pretensión resarcitoria. Lo que no obsta a que existan otros lucros cesantes y el daño moral, sin reparar.

f) Imposibilidad de distinguir los deberes del matrimonio de las obligaciones jurídicas estrictu sensu. Se postula que los deberes familiares no serían obligaciones *stricto sensu*, sino simples deberes morales. Recordemos que ABELIUCK⁵²⁷ sostuvo que la mayor parte de los deberes de familia que rigen

⁵²⁵ Así Hernández Paulsen, Gabriel. "Responsabilidad civil por daños ocasionados en las relaciones de familia" en *Revista del Abogado. Colegio de Abogados de Chile*, Santiago, junio, 2009, p. 29.

⁵²⁶ Domínguez Hidalgo, Carmen. "El convenio regulador y la compensación económica: una visión de conjunto", *Ob. Cit.*, p. 120

⁵²⁷ Abeliuck Manasevich, René. *Las Obligaciones*, Tomo I, *Ob. Cit.* p. 32.

las relaciones no pecuniarias entre padres e hijos, o entre los cónyuges, no serían obligaciones propiamente tales, y por el contenido moral y afectivo que suponen, no son susceptibles ni de ejecución forzada, ni de indemnización de perjuicios en caso de infracción⁵²⁸.

En la doctrina argentina LLAMBÍAS⁵²⁹, llegó a sostener que dado que se trata de infracción de “deberes jurídicos extrapatrimoniales (...) no cabe aplicarles el sistema resarcitorio del Derecho Privado patrimonial, puesto que tal indiscriminación repugna a la naturaleza de las cosas”. Sin embargo, dicha línea argumental es insostenible ya que según se lee de la doctrina más moderna representada en Italia entre otros, por MARCO BONA⁵³⁰, seguida por parte de la doctrina española, representada por RODRÍGUEZ GUITIÁN⁵³¹, y en Argentina por ZANNONI⁵³², procede precisamente el resarcimiento en sede familiar, en la medida que los bienes lesionados son derechos fundamentales, derechos que por cierto, están fuera del comercio humano, no son susceptibles de apreciación pecuniaria, y no obstante, su lesión es susceptible de una indemnización, de acuerdo a las reglas del *neminem laedere*.

⁵²⁸ Alessandri Rodríguez, Arturo, *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, pp. 23 y 24., decía que: “La responsabilidad moral es la que proviene de infringir los mandatos de la moral o de la religión”. De esta manera se suscitaría “...un mero problema de conciencia que se plantea en el fuero interno del individuo, y como las acciones u omisiones que las generan no causan daño a la persona o propiedad de otro, ni perturban el orden social, queda fuera del ámbito del Derecho...”

⁵²⁹ Así Llambías, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1973, Tomo I, N° 21, 24 y 25.

⁵³⁰ Bona, Marco. *Manuale del nuovo Diritto di famiglia, a cura di Cassano*, Roma, Editorial La Tribuna, 2003, pp. 417 a 418., quien explica como “a partir de los años 70 se ha ido desarrollando una teoría en Italia, según la cual, la lesión de una posición o derecho constitucionalmente garantizado implica de por sí la injusticia del daño. Desde este punto de vista, se sostiene que: “art. 2043 Codice Civile (responsabilidad extracontractual)” (más) “art. 32 CI (derecho a la salud)” = resarcimiento del daño biológico. “Art. 2043 Codice Civile” (más) “Art. 2 CI (derechos inviolables de la persona) = resarcimiento del daño existencial. “Art. 2043 Codice Civile” (más) “Art. 29 CI (protección de la familia)” = resarcimiento del daño a la serenidad familiar”.

⁵³¹ Rodríguez Guitián, Alma María. “Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre los miembros de la pareja de hecho”, en *Revista de Derecho Patrimonial*, Pamplona, N° 10, 2003, p. 75.

⁵³² Zannoni, Eduardo. “Repensando el tema de los daños y perjuicios derivados del divorcio”, J.A., 1994-II-822., citado y referido por Sambrizzi, Eduardo, *Daños en el Derecho de Familia*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2001, p. 139.

g) La expresa recepción legislativa en los países donde se lo admite. Otro de los argumentos que se suele esgrimir para fundar la negativa al resarcimiento de daños en el divorcio, sostiene que en aquellos países donde se admite tal posibilidad, es porque la ley expresamente así lo dispone. Sin embargo, este argumento es históricamente insostenible, ya que en países como Italia o Argentina, aún a falta de norma expresa se conceden indemnizaciones en este caso, y en el caso de Francia⁵³³, donde el primer precedente data de 1897.

h) El aumento de la litigiosidad. Para quienes rechazan la resarcibilidad de los daños en el ámbito del divorcio, la necesidad de la determinación de la culpabilidad requiere de un proceso contradictorio que es perjudicial para el núcleo familiar pues, agrava los conflictos e incentiva el aumento de la litigiosidad en el seno de la familia.

No estamos de acuerdo, la experiencia comparada muestra que la admisión de daños en sede familiar no ha significado un aumento de pleitos de esta naturaleza⁵³⁴. Por otra parte, el hecho de reclamar un daño no significa agravar un conflicto, sino de resolverlo, insistir en lo contrario no es sino un retroceso al viejo argumento de la armonía familiar, propio de la sociedad del

⁵³³ Según plantean Belluscio, Augusto César; Zannoni, Eduardo A. y Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Responsabilidad civil en el derecho de familia*, Ob. Cit., p. 4., en Francia, a partir de un fallo de la Corte de Montpellier en 1897, a propósito de un divorcio por negativa del marido a consumar el matrimonio, es cuando la jurisprudencia admitió en general la reparación de los daños y perjuicios –daños e intereses en la terminología francesa- materiales y morales causados por los hechos generadores del divorcio, al estimar que éstos, al mismo tiempo que causales de divorcio, eran además cuasidelitos. Tan sólo recién en 1941 el Code contempló expresamente en su articulado el resarcimiento de daños en materia de divorcio. En efecto Ley del 12 de abril de 1941, reforma el artículo 301 del “code” agregando un segundo párrafo, que rezaba: *“Independientemente de todas las otras reparaciones debidas por el esposo contra el cual el divorcio se ha decretado, los jueces pueden conceder al cónyuge que ha obtenido el divorcio, daños e intereses por el perjuicio material o moral que le ha causado la disolución del matrimonio”*.

⁵³⁴ Tobías, Carl. “Interpousal Tort Immunity in América”, *Georgia Law Review*, Georgia, vol. 23, 1989, pp. 461 a 462.

siglo XIX, en donde el paterfamilias dirimía los conflictos al interior del hogar⁵³⁵ o a la inmunidad del antiguo Common Law.

i) Fuga del divorcio remedio al divorcio sanción. En el país trasandino, con posterioridad al voto del juez DURAÑONA Y VEDIA, quienes sostuvieron la tesis amplia de reparación de daños en el divorcio, vino la réplica en la doctrina. Así, autores tales como GROSMAN⁵³⁶ y DI LELLA⁵³⁷, y en la jurisprudencia magistrados como LUACES y MOLTENI⁵³⁸, sostuvieron que la admisión de pleitos de esta índole, alentaría una eventual fuga del divorcio remedio al divorcio sanción, frustrándose la eventual solución del conflicto matrimonial a través de métodos alternativos.

Por nuestra parte, creemos que no necesariamente ha de ser así ya que el resarcimiento del daño, conforme lo hemos sostenido, ha de estar reservado para aquellas situaciones que revisten una singular gravedad, sin perjuicio que, sólo habrá lugar a él, en la medida que haya una sentencia de divorcio sanción.

j) Dificultad en determinar la culpa en el divorcio. Quienes son contrarios al resarcimiento de daño en el divorcio postulan que es muy difícil determinar quién es el verdadero culpable de la disolución del vínculo. Agregan que lo usual es que los dos cónyuges contribuyan al fracaso matrimonial, por ello que ellos postulan que no se puede condenar a resarcimiento alguno cuando la culpa es compartida⁵³⁹.

⁵³⁵ Rodríguez Guitián, Alma María. "Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre los miembros de la pareja de hecho", Ob. Cit. p. 68.

⁵³⁶ Grosman, Cecilia. "La responsabilidad de los cónyuges entre sí y respecto de los hijos", en *Los nuevos daños*, Ghersi, Carlos (Coordinador), Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2000, pp. 425 y ss.

⁵³⁷ Di Lella, Pedro. "Derecho de daños vs. derecho de familia, LL, 1992-D-862., citado y referido por Dutto, Ricardo. *Daños en el derecho de familia*, Ob. Cit., p. 90.

⁵³⁸ Luaces, Ana y Molteni, Hugo., fundamentos de su fallo en CNCiv., en pleno, 20-9-94, LL, 1994-E-538, citados y referido por Dutto, Ricardo. *Daños en el derecho de familia*, Ob. Cit., p. 89.

⁵³⁹ Borda, Guillermo. "Reflexiones sobre la indemnización de los daños y perjuicios y perjuicios en la separación personal y en el divorcio". *E.D.*, 147-813, texto citado y referido por Ferrer, Francisco A. M. *Daños resarcibles en el divorcio*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1997, pp. 29 y 30., dice Borda: "En la realidad de la vida es muy difícil determinar quien es el culpable

Si bien de algún modo ambos cónyuges han podido en cierta manera colaborar al quiebre de la relación, ello no obsta al resarcimiento del daño, ya que en el caso del divorcio sanción, siempre es posible identificar un responsable⁵⁴⁰. A nuestro juicio el verdadero problema consiste en diferenciar aquellos casos en que, más allá de los mutuos roces de una en crisis conyugal, ambos cónyuges hayan sido los responsables de la ruptura, configurando un caso de culpa concurrente que excluya el resarcimiento.

k) El retorno a la indisolubilidad del vínculo matrimonial. Se plantea que en la actualidad las personas tienen un verdadero derecho fundamental a no permanecer unidos a una persona a quien ya no se ama. Es indiscutible que este derecho constituye la esencia de la libertad individual y que su reconocimiento legislativo constituye una conquista reciente ya que durante siglos rigió el principio de la indisolubilidad del vínculo. Creemos que ello no es así porque el aceptar que los daños producidos por el divorcio deban indemnizarse no violenta la libertad de poner fin al vínculo matrimonial sino que, por el contrario, acepta que toda unión conyugal pueda finalizarse pero sanciona a quien lo hace abusivamente, de mala fe o causando un daño al otro.

o el inocente, porque el comportamiento de cada cónyuge es una reacción a la conducta del otro, de modo tal que se torna imposible determinar quien ha sido el responsable del fracaso matrimonial. No hay una causalidad adecuada entre el hecho del autor y el daño, pues intervienen distintos factores. Si resulta dudoso atribuir concretamente la culpa a uno de los cónyuges por la ruptura matrimonial, mucho más dudoso es la bondad del sistema que obliga al denominado culpable a indemnizar económicamente al inocente, para quien, paradójicamente, el divorcio es una situación menos gravosa que la convivencia matrimonial. El divorcio es una alternativa ante el fracaso matrimonial, y constituye más un remedio, aunque sea doloroso, que una situación dañosa”.

⁵⁴⁰ Ferrer, Francisco A. M. *Daños resarcibles en el divorcio*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1997, pp. 30 y 31., quien señala que “La dificultad para identificar un culpable del fracaso matrimonial, por la razón de que frecuentemente los dos cónyuges han contribuido a la ruptura, no significa que en muchos casos se pueda identificar perfectamente al culpable, y una vez identificado no se aprecian motivos para que no surja la obligación de reparar los perjuicios que hubiere causado el otro cónyuge”. Otros autores han respondido diciendo que “determinar el culpable es una labor probatoria, y acreditado el daño, el vínculo causal y el responsable, se debe responder, más allá de que el quiebre haya sido una situación alimentada por ambos cónyuges”.

l) El resarcimiento de daños en el divorcio es contrario a la ética. Decía BIBILONI⁵⁴¹ que la conciencia moral se subleva ante los reclamos del marido que pretende cobrar el precio de su honor lastimado. Por su parte, BORDA⁵⁴², como juez de primera instancia de la Capital Federal de la República Argentina, en una sentencia de 3 de julio de 1957 rechazó la acción indemnizatoria por considerar que una acción por la cual se pretende lucrar con la deshonra es contraria a la moral y las buenas costumbres⁵⁴³.

No estamos de acuerdo, ya que creemos que es más repugnante el dejar un daño sin reparar. Por otro lado, no todo reclamo ha de estar vinculado a infidelidades (que aquél a que se refiere el fallo del juez Borda), existen un sin número de otras situaciones aún más graves, que exigen una respuesta adecuada del Derecho de daños.

5.3.2.- Doctrinas que permiten ampliamente el resarcimiento del daño en el divorcio.

Bajo la denominación de doctrina amplia permisiva se agrupan un conjunto de doctrinas que postulan la más amplia reparación del daño en el divorcio, y que pueden resumirse en dos grandes ideas. La primera dice relación con que la reparación ha de extenderse tanto a los hechos constitutivos de la causal, como aquel daño derivado del divorcio en sí. En virtud de la segunda no es admisible discriminar entre daños graves o no graves, ya que en principio, todo daño ha de ser reparado.

⁵⁴¹ Bibiloni, Juan Antonio, *Anteproyecto de Reformas al Código Civil Argentino*, Buenos Aires, Editorial Abeledo, 1929, vol. ii, pp. 511 y 512.

⁵⁴² Estimó, además, inaplicable al caso el art. 1109 CC, entendiendo que la conciencia moral se subleva contra las reclamaciones del marido que pretende cobrar el precio de su honor lastimado, intolerable a la sensibilidad nacional. (LL, tomo 89, p. 708., citado y referido por BARBERO, Omar. *Daños y perjuicios derivados del divorcio*. Ob. Cit., p. 193.).

⁵⁴³ Así Borda, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil. Familia*. Ob. Cit., n° 548 ter., en que si bien admite que el adulterio es un hecho ilícito y que el marido engañado pudo haber sufrido daños por el adulterio, la acción por la cual pretende lucrar con la deshonra, es contraria a la moral y a las buenas costumbres y no puede ser acogida por los tribunales.

En Argentina, el punto de partida de la doctrina amplia permisiva –*nombre con el que se le conoce a esta tesis*- fue a partir de un fallo de segunda instancia de 1988, que admitió de manera amplia el resarcimiento de daños derivados del divorcio. El fallo no sólo fue importante por la doctrina amplia que emanó del voto de mayoría, sustentado por ALTERINI⁵⁴⁴ y DURAÑONA y VEDIA⁵⁴⁵, sino

⁵⁴⁴ Mizrahi, Mauricio Luis, *Familia, matrimonio y divorcio*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1998, pp. 492 y 493., quien resume los principales aspectos del voto del juez Alterini: 1) Afirmar el carácter general de las normas del responder civil contenidas en los arts. 1077 y 1109 del Cód. Civil, y en relación al daño moral en el art. 1078, por representar las causales de divorcio verdaderos actos ilícitos; 2) Adherir a las ya clásicas palabras de Mosset Iturraspe quien señala que “No hay razón fundada para hacer del matrimonio un coto impenetrable para el derecho de daños... No es justo otorgar a uno de los esposos un derecho a dañar sin responsabilidad; 3) Considerar que como en la especie no se trataba de un efecto resarcitorio del divorcio, sino de una indemnización por los actos ilícitos que lo determinaron (en el caso se reclamaba por los padecimientos psíquicos emergentes del abandono ejecutado por el cónyuge y su conducta matrimonial), la ausencia de normas particulares en materia de divorcio no puede ser aducida para inhibir la indemnización. No puede acudir al silencio en la regulación legislativa de los efectos del divorcio para obstar a un resarcimiento que si bien tiene conexión circunstancial con ese divorcio, en realidad se correlaciona con el acto ilícito que condujera a su declaración. Que la regulación debe captarse en los principios generales de la responsabilidad civil y el daño moral es incluido en el responder civil a través del art. 1078; 4) Sostener que la satisfacción del daño moral no se alcanza con la sanción de culpabilidad para el ofensor, lo que explica que si se atiende a las finalidades indemnizatorias deba imponerse en forma paralela el correspondiente resarcimiento; 5) Estimar que no se advierten tintes inmorales ni conlleva el estigma de la indignidad el reconocimiento del reclamo indemnizatorio; muy por el contrario, la ética quedaría reñida con el derecho si en materia de daños morales conectados con las causales de divorcio se concluyera que la reparación se limita a la simple declaración de culpa del ofensor.

⁵⁴⁵ Mizrahi, Mauricio Luis, *Familia, matrimonio y divorcio*, Ob. Cit., pp. 493 y 494., quien resume los principales aspectos del voto del juez Durañona: 1) Admite como válida la preocupación, ya expuesta por algún magistrado, con relación a que la admisión de demandas indemnizatorias en este terreno, podría propiciar una “fuga” de los justiciables del divorcio-remedio al divorcio-sanción. Reconoce que “una respuesta jurisdiccional positiva... será un aliciente para que se repitan pretensiones similares... Ello entraña una marcada responsabilidad en lo que hace a la *prudencia iuris*...”. No obstante, lejos de remitir la cuestión a una decisión del legislador - como se hizo en el mencionado antecedente-, considera que la pretensión indemnizatoria sobre el punto “representa, además de un derecho, un arma consolidante de la unidad matrimonial por ser disuasiva de inconductas matrimoniales capaces de producir divorcios”. Es decir que importa “un factor ejemplar llamado a incidir positivamente en la moderación de las costumbres”; 2) Que no es argumento válido invocar la especialidad del derecho de familia. Éste a pesar de sus caracteres peculiares, integra el derecho civil. Por otro lado, “una invocación tan general... que es principalmente didáctica, no sería suficiente para ceñir las sanciones a ese ámbito exclusivo”; 3) Que tampoco implica un obstáculo la circunstancia invocada en el sentido de que el fracaso de un matrimonio puede deberse a causas de difícil identificación en su origen. Replica el juez: “se trata de un problema de la casuística, del análisis de las pruebas”; 4) Que es objetable la distinción propuesta por el doctor Cifuentes, respecto a que la indemnización sólo debe concederse cuando estamos ante ilicitudes graves. “Si el hecho se aprehende como causal

también por el voto disidente del juez SANTOS CIFUENTES, que daría paso más tarde, a una tercera tendencia conocida como tesis restringida.

En Francia, con anterioridad a 1941 la Corte de Casación⁵⁴⁶ había establecido que el cónyuge inocente podía obtener indemnización de daños y perjuicios por aplicación del art. 1382, si resultaba de los hechos que habían motivado el divorcio, un perjuicio material y moral distinto del derivado de la ruptura del vínculo conyugal. En la doctrina, CARPENTIER y PLANIOL y RIPERT⁵⁴⁷ aprobaron la orientación de la Corte, pero censuraron la exclusión de los daños derivados del divorcio en sí. Por ello, la ley de 2 de abril de 1941, convalidada por la ordenanza de 12 de abril de 1945, agregó un segundo párrafo al art. 301⁵⁴⁸ CC Fr., a fin de salvar la omisión⁵⁴⁹.

de divorcio es porque causó agravio al inocente”. En todo caso, si “fuere entuerto de muy poca entidad, la indemnización del daño moral que cause será reducida”. Y agrega citando a Ripert: “El perjuicio moral existe siempre en caso de divorcio. Por lo tanto, siempre será permitido al tribunal conceder la indemnización al cónyuge inocente”.

⁵⁴⁶ Corte de Casación, Sala de Admisión, 13-05-1924, *Dalloz Hebdomadaire*, 1924-389.

⁵⁴⁷ Planiol, Marcel y Ripert, Georges. *Traité pratique de droit civil français*, París, vol. ii, n° 643 y 684., estos autores “critican a la jurisprudencia en cuanto limita el derecho a la indemnización a los daños derivados de la causa de divorcio, negándolos por los emergentes de éste, cuando generalmente los primeros son económicamente insignificantes frente a los segundos. Estiman deseable la generalización de la obligación de reparar los daños y perjuicios derivados del divorcio, porque resulta demasiado cómodo para el culpable obtener su libertad mediante el pago de la pensión alimentaria del art. 301”.

⁵⁴⁸ El segundo párrafo del art. 301 CC Fr., quedó de la siguiente manera: “Independientemente de todas las otras reparaciones debidas por el esposo contra el cual el divorcio se ha decretado, los jueces pueden conceder al cónyuge que ha obtenido el divorcio, daños e intereses por el perjuicio material o moral que le ha causado la disolución del matrimonio”.

⁵⁴⁹ Una nutrida jurisprudencia hizo aplicación de esas normas. Así, se consideró reparable: el perjuicio material derivado de la disolución anticipada de la comunidad de bienes entre los esposos (Corte de Casación, Sala Civil, 27/11/52, *Dalloz*, 1953, *Sommaires*, 22; Corte de París, 26/6/63, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1964-289); el sufrido por la mujer como consecuencia de la disminución de la situación patrimonial de que gozaba durante el matrimonio en tanto fuese distinto de la desaparición del deber de asistencia material (Corte de Casación, Sala Civil, 6/12/48, “*Dalloz*”, 1949-135; Corte de París, 26/6/63, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1964-289); el sufrido por la pérdida de su parte en los recursos y rentas comunes y en los beneficios del comercio al cual el matrimonio se dedicaba (Corte de Casación, Sala Civil, 27/11/52, *Dalloz*, 1953, *Sommaires*, 22); el sufrido por la reducción del tren de vida llevado durante el matrimonio y la necesidad de la mujer de solucionar dificultades que generalmente corren por cuenta del marido, jefe de la familia (Corte de Casación, Sala Civil 23/5/49, *Dalloz*, 1949-443); la desaparición del derecho hereditario; el estado de necesidad de la mujer como consecuencia de haber dejado su profesión para ayudar al marido en la suya o para consagrarse al hogar (Corte de Casación, Sala Civil, 16/7 y 19/7/76, *Encyclopédie juridique Dalloz*, Répertoire de droit civil,

a) Todos los supuestos de hecho que constituyen las causales de separación y divorcio son hechos ilícitos. Quienes sustentan esta tesis sostienen que todos los hechos enumerados como causales de separación y divorcio son procederes ilícitos en tanto constituyen violaciones al estatuto matrimonial o importan una transgresión del ordenamiento jurídico en general, susceptibles de irrogar daños, no sólo aquellas hipótesis de divorcio sanción.

En Francia parecen inclinarse por esta tesis RIPERT y BOULANGER, en cuanto afirman que “El perjuicio moral existe siempre en caso de divorcio. Por lo tanto, siempre será permitido al tribunal conceder la indemnización al cónyuge inocente”. En Argentina ésta posición es mayoritaria en la doctrina y la sustentan entre otros: RÉBORA⁵⁵⁰, BARBERO⁵⁵¹, BUSTAMANTE ALSINA, KEMELMAJER DE CARLUCCI, MAZZINGHI⁵⁵², MÉNDEZ COSTA⁵⁵³,

voz “Divorce”, n° 1527); la situación de la mujer de cierta edad que además de su trabajo profesional tiene la carga de sostener y educar a los hijos (Corte de Casación, Sala Civil, 17/7/65, *Encyclopédie juridique Dalloz*, Répertoire de droit civil, voz “Divorce”, n° 1527); el daño moral producido por la desconsideración que en ciertos círculos sociales puede acarrear al cónyuge la situación de divorciado (Corte de Douai, 15/5/62, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1963-702); por situaciones particularmente agraviantes vinculadas con el divorcio o con hechos concomitantes con éste, tales como costumbres depravadas del marido que afectan la dignidad de la mujer (Corte de París, 26/6/63, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1964-289); no consumación del matrimonio tras cinco años de vida en común (Corte de Casación, Sala Civil, 16/12/63, *Dalloz*, 1964-227), etc.

⁵⁵⁰ Rébora, Juan Carlos. “El daño moral”. *J.A.* tomo XIV, secc. Doct., p. 100.

⁵⁵¹ Barbero, Omar, *Daños y perjuicios derivados del divorcio*, Buenos Aires, Astrea, 1977, pp. 215, 217, 225 y 226.

⁵⁵² Mazzinghi, Jorge A. *Derecho de Familia*. Buenos Aires, 1999, t. III, pp. 364 y ss., afirma la procedencia de la reparación de daños y perjuicios producidos por los hechos que dan lugar a la separación o al divorcio por culpa de uno de los cónyuges, debiendo repararse tanto el daño material como el daño moral”. Agrega dicho autor que “no corresponde, en cambio, la reparación del daño moral derivado de la sentencia de divorcio, pero sí los daños materiales derivados de una sentencia de esa naturaleza, en cuanto sean daños ciertos que constituyan una consecuencia directa de ese pronunciamiento, y estén apoyados en pruebas que demuestren sin lugar a dudas su existencia y entidad; tales serían, por ejemplo y entre otros, los daños derivados de la disolución de la sociedad conyugal, que se produce en forma ineludible por la sentencia”.

⁵⁵³ Méndez Costa, María Josefa, “Separación personal, divorcio y responsabilidad civil. Sus fundamentos”, en *Derecho de Daños. Primera Parte*, Ob. Cit., p. 653.

FERRER⁵⁵⁴, etc. Otros, como MOSSET ITURRASPE⁵⁵⁵ o SAMBRIZZI⁵⁵⁶, estiman que sólo es procedente en el caso del divorcio sanción, opinión que compartimos.

b) Cabe la aplicación inmediata de las normas sobre responsabilidad civil. En la doctrina trasandina quienes sostienen la tesis amplia permisiva señalan que, dado que los hechos que configuran las causales de separación y divorcio son conductas que violan deberes legales, si ocasionan un daño, para su reparación cobra inmediata aplicación las normas generales sobre responsabilidad civil⁵⁵⁷.

c) No es necesaria una norma que expresamente faculte el reclamo de los perjuicios. Para quienes sostienen esta tesis, no es necesario contar con una norma que explícitamente faculte al perjudicado a promover la acción indemnizatoria, ello atendido el carácter general y supletorio de las normas generales de responsabilidad civil previstas en nuestro caso, en los arts. 2314 y ss., del código civil. Este argumento favorable al resarcimiento puede ser apoyado en los siguientes fundamentos:

1º) La especialidad en materia de Familia, no ha impedido la aplicación de normas generales de responsabilidad civil, así ha sido entendido en otros ordenamientos jurídicos. Así en España, donde existen una serie de remedios para situaciones de crisis matrimonial entre ellos el art. 98 CC, que establece una indemnización para los casos de nulidad, o el art. 97 CC que regula la pensión compensatoria en caso de separación y divorcio, no ha impedido a la doctrina formular propuestas favorables a la aplicación del Derecho de daños. Así MARÍN GARCÍA DE LEONARDO⁵⁵⁸, sostiene que "...el

⁵⁵⁴ Ferrer, Francisco A. M., *Daños resarcibles en el divorcio*, Ob. Cit., p. 43.

⁵⁵⁵ Mosset Iturraspe, Jorge, "Los daños emergentes del divorcio" en *Responsabilidad civil. Doctrinas esenciales. Parte Especial*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2007, vol. iv, p. 669.

⁵⁵⁶ Sambrizzi, Eduardo, *Daños en el Derecho de Familia*, Ob. Cit., p. 146 y 147.

⁵⁵⁷ Ferrer, Francisco A. M., *Daños resarcibles en el divorcio*, Ob. Cit., pp. 39 y 40.

⁵⁵⁸ Marín García de Leonardo, Teresa. "Remedios indemnizatorios en el ámbito de las relaciones conyugales", en *Revista de Derecho Patrimonial. Daños en el Derecho de Familia*, Navarra, N° 17, p. 148.

principio alterum non laedere contemplado en el art. 1902 CC español no debe estar excluido de aplicarse a las relaciones familiares y concretamente a las situaciones de crisis familiares. En igual sentido se pronuncia RODRÍGUEZ GUTIÁN⁵⁵⁹, quien sostiene que “la especialidad del Derecho de familia no impide la aplicación de las normas sobre responsabilidad civil, ya que ambas forman parte del mismo cuerpo legal y se interrelacionan y aplican en forma armónica”.

En Argentina el art. 225⁵⁶⁰ CC, sanciona en forma específica la responsabilidad civil para el caso de nulidad matrimonial, guardando silencio para el caso de divorcio. Pese a ello, la mayoría de la doctrina no excluye la aplicación de las normas generales de responsabilidad civil. Así, ZANNONI⁵⁶¹ extiende al divorcio las normas sobre responsabilidad previstas para la nulidad mediante la analogía. En cambio, MÉNDEZ COSTA⁵⁶² y FERRER⁵⁶³, ven en este silencio legislativo, una expresa remisión a las normas generales de

⁵⁵⁹ Rodríguez Gutián (n. 28), p. 74., quien señala que: “El Derecho de Familia, por tanto, ha de respetar el principio jurídico de no dañar a otro, sin que la especialidad de su contenido justifique la vulneración de este principio. Ahora bien, precisamente debido a esta especialidad del Derecho de Familia la aplicación del Derecho de Daños a este ámbito se teñirá de características propias, no hay duda, por ejemplo, de que el principio de unidad de la familia presente en aquella rama del ordenamiento jurídico ha de influir en la interpretación y aplicación de las normas sobre responsabilidad civil.

⁵⁶⁰ El art. 225 del código civil argentino estatuye que: 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.

⁵⁶¹ Zannoni, Eduardo A, *Derecho de Familia*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1989, vol ii, p. 215., quien sostiene que: “el hecho de que la ley prevea la responsabilidad de los daños en determinadas situaciones, no excluye la reparación de los que ocurran en situaciones que, aunque distintas y no contempladas en forma expresa, son similares, lo cual permite una eventual aplicación analógica”.

⁵⁶² Méndez Costa, María Josefa, “Separación personal, divorcio y responsabilidad civil. Sus fundamentos”, en *Derecho de Daños. Primera Parte*, Ob. Cit., p. 649., quien señala que: “de esta omisión aparentemente deliberada se intenta derivar la inexistencia de la acción resarcitoria. Sin embargo, de este aparente silencio no es posible sino derivar, afirma la autora, una remisión a los principios generales de responsabilidad civil”.

⁵⁶³ Ferrer, Francisco A. M., *Daños resarcibles en el divorcio*, Ob. Cit., p. 37., sostiene que: “el recurso al silencio como técnica legislativa en todos estos casos demuestra que el legislador ha querido que en la cuestión de daños gobiernen la materia los principios generales, a los cuales tácitamente se remiten”.

responsabilidad civil. Para otros, como MOSSET ITURRASPE⁵⁶⁴, la familia no es una comunidad con su propio plexo normativo autónomo y cerrado. Y para BUSTAMANTE ALSINA⁵⁶⁵ y COLOMBO⁵⁶⁶ este silencio no impide al juez condenar al culpable al resarcimiento del daño causado.

2º) Sostener la necesidad de norma expresa para resarcir un daño es contrario a nuestro ordenamiento jurídico. De lo contrario sólo podría repararse un daño cuando haya una norma que expresamente así lo disponga, lo que contraría los artículos 2314 y 2329 inc. 1º CC, en virtud de los cuales, todo daño debe ser reparado.

En Francia, PLANIOL Y RIPERT⁵⁶⁷ nos relatan como CHAVEAU, HELIE y VATISMEL dijeron que no importaba que la ley no sancionara en particular la responsabilidad de una mujer culpable de adulterio y de su cómplice, pues existía un fundamento de Derecho común, el art. 1382 del Código de Napoleón, en virtud del cual, todo hecho cualquiera del hombre que cause un daño al otro, obliga a aquel por culpa del cual se ha producido, a repararlo.

⁵⁶⁴ Mosset Iturraspe, Jorge. “Los daños emergentes del divorcio” en *Responsabilidad civil. Doctrinas esenciales. Parte Especial*. Buenos Aires, Editorial La Ley, 2007, t iv, p. 672., afirma que “La vida en comunidad, donde tiene vigencia plena la *naeminem laedere* o deber de no dañar y, como contrapartida, la responsabilidad por los perjuicios ocasionados, en relación adecuada de causalidad con el hecho antijurídico, no puede fraccionarse; no es posible sostener que el matrimonio es una comunidad con su propio plexo normativo autónomo y cerrado”.

⁵⁶⁵ Bustamante Alsina, Jorge. “Daños y perjuicios. Responsabilidad civil derivada del divorcio” en *Enciclopedia de Derecho de Familia*. Ob. Cit., p. 764., quien señala que: “la omisión legislativa sobre los eventuales efectos resarcitorios de un divorcio decretado por culpa de uno de los cónyuges, no impide que el juez que lo decreta pueda condenarlo, a pedido del inocente, a la reparación del perjuicio que la conducta antijurídica de aquel le hubiese causado” (...) “el amplio espectro de la responsabilidad civil que abre el art. 1109 del código civil, suple la inexistencia de una norma legal que específicamente imponga el deber resarcitorio como sanción, además de los efectos propios del divorcio”.

⁵⁶⁶ Colombo, Leonardo A. “Indemnización del daño producido por el adulterio de la esposa”, *LL*, t. 89, p. 708., citado y referido por Barbero, Omar. *Daños y perjuicios derivados del divorcio*, Ob. Cit., pp. 200 y 201., quien señala que: “...si la norma general es la indemnización, y ella está prevista expresamente aún en los casos de nulidad de matrimonio, no hay razón para consagrar una excepción donde nada aconseja hacerlo. La negativa, dice Colombo, “implicaría hacer resarcible una pequeña herida que constriñe a no trabajar durante dos o tres días y no la destrucción íntegra de un hogar...”.

⁵⁶⁷ Planiol, Marcel y Ripert, Georges. *Traité élémentaire du droit civil*. Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, París, 1927, t II, N° 863.

Esta ha sido la solución que ha acogido la jurisprudencia francesa ante la falta de una norma específica en la legislación de ese país en relación a los efectos resarcitorios del divorcio. En efecto, la Corte de Casación⁵⁶⁸ francesa declaró en un fallo de 1965 que conforme al artículo 1382 del código civil, independientemente del divorcio o de la separación de cuerpos y de sus sanciones propias, el esposo que invoca un perjuicio ajeno al resultante de la ruptura del vínculo conyugal puede demandar a su cónyuge por reparación de acuerdo al derecho común.

d) La especialidad del Derecho de familia no obsta a un reclamo indemnizatorio. Quienes afirman la doctrina amplia permisiva, sostienen que el principio de especialidad del derecho de familia no impide el resarcimiento del daño⁵⁶⁹ ni puede excluir la vigencia del principio de no dañar a otro.⁵⁷⁰

1°) En la doctrina argentina se ha señalado que el Derecho de Familia debe adecuar sus normas al Derecho civil constitucional y respetar el rango superior del principio jurídico de no dañar a otro, de jerarquía constitucional. De este modo, la especialidad del Derecho de familia no puede justificar una transgresión al principio jurídico de no dañar a otro, atendida su base constitucional.⁵⁷¹

⁵⁶⁸ Fallo del 9 de noviembre de 1965, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, París, 1966, p. 514.

⁵⁶⁹ Así López del Carril, Julio. *Régimen del matrimonio. Separación judicial y divorcio. Ley 23.515*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1989, p. 310., quien sostiene que: “la especialidad del Derecho de familia no constituye óbice para la aplicación de las normas del Código que establecen la reparación del daño material y del daño moral que configuran actos ilícitos, no debiendo existir ilicitud sin que haya una reparación del daño sufrido”.

⁵⁷⁰ Mosset Iturraspe, Jorge. “Los daños emergentes del divorcio” en *Responsabilidad civil. Doctrinas esenciales. Parte Especial*. Buenos Aires, Editorial La Ley, 2007, vol. iv, p. 672.

⁵⁷¹ Méndez Costa, María Josefa. “La indemnización del daño moral causado por las inconductas conyugales en el contexto de los derechos humanos” E.D. 181-746., citada y referida por Medina, Graciela, *Daños en el derecho de familia*, Ob. Cit., pp. 50 y 51., señala que: “El Derecho de Familia tiene lógicamente que respetar las normas de Derecho Civil de rango constitucional y no puede, en aras a la especialidad de sus relaciones, violentar el principio básico de no dañar a otro. Por otra parte, cabe recordar que el derecho a la integridad de la persona humana “no es otorgado a la persona humana” sino que pertenece a la persona “per se”, y sólo puede ser reconocido por el Derecho supranacional o nacional. No advertimos cómo una rama especial del Derecho (en este caso el Derecho de Familia) puede obviar ese principio”.

2º) La especialidad en materia de familia no crea una tercera rama del Derecho ni impide la aplicación de los principios generales sobre responsabilidad civil, y, si bien el Derecho de familia está inspirado en principios que le son propios, -como muchas otras ramas del Derecho Privado como el Derecho Societario, los Derechos Reales o el Derecho de la Empresa también lo están- no por ello ha de quedar excluida de la aplicación de las normas generales sobre responsabilidad civil.⁵⁷².

3º) La especialidad en materia de Derecho de familia no ha impedido indemnizar los daños causados en materia de filiación ni en otras órbitas. Así, en materia de filiación extramatrimonial o régimen de visitas, si bien no existe norma que obligue a indemnizar el daño derivado de la falta de reconocimiento, o la interrupción abusiva del régimen, ello no ha sido obstáculo para que la jurisprudencia haya condenado a pagar los daños derivados, ya sea del no reconocimiento del hijo extramatrimonial o de la interrupción del régimen⁵⁷³, aplicando las normas generales de la responsabilidad civil, así también lo ha sostenido la doctrina.⁵⁷⁴.

⁵⁷² Así por ejemplo en la jurisprudencia argentina se ha resuelto que “si los propios hechos imputables a uno de los cónyuges que merecen las sanciones propias del Derecho de Familia (divorcio por su culpa, separación de bienes, pérdida de vocación hereditaria, obligación alimentaria, etc.), también reúnen los elementos de los hechos ilícitos, de acuerdo con los artículos 1066, 1067, 1072, 1077, 1078, 1109 y concordantes del Código Civil, no han de ser excluidos como fuente de la obligación de reparar los daños materiales y morales que tengan relación de causalidad adecuada. Una invocación tan general, como la especialidad de las normas del Derecho de familia, no sería suficiente para ceñir las sanciones a ese ámbito exclusivo”.

⁵⁷³ Medina, Graciela. *Daños en el derecho de familia*, Ob. Cit., p. 52., quien, refiriéndose a la jurisprudencia, señala que: “lo decisivo para sostener la procedencia de la indemnización del daño moral en materia de divorcio es que todo hecho que encuadre en una causal de divorcio es contrario a la ley por causar daño, de donde se presentan los recaudos de los artículos 1066, 1067 del Código Civil, por dolo (art. 1077, Cód. Civ.) o por culpa (art. 1109, Cód. Civ.). Así como no está vedado al cónyuge víctima denunciar a querellar penalmente al culpable de delitos de lesiones, injurias, adulterio, tentativa de homicidio, etcétera, y no se vedaría la indemnización correspondiente en sede civil o en la jurisdicción criminal (art. 29, Cód. Pen.), tampoco puede concebirse un obstáculo legal para la indemnización de los daños provenientes de hechos que sean solamente delitos o cuasidelitos del Derecho Civil, ante los tribunales correspondientes”.

⁵⁷⁴ Pizarro Wilson, Carlos, “Responsabilidad civil por no reconocimiento voluntario del hijo de filiación extramatrimonial”, en *Revista de Derecho Patrimonial Daños en el Derecho de Familia*, Pamplona, 2006, N° 17, p. 103 quien señala que “Un paso más en la evolución del derecho de

e) No es labor del juez ponderar una potencial fuga del divorcio remedio al divorcio sanción. En la jurisprudencia trasandina fue el voto del juez DURAÑONA Y VEDIA quien por primera vez sostuvo este argumento, al decir que: “no es misión de los jueces evaluar las consecuencias que se puedan producir en el caso de operarse una fuga de los justiciables del divorcio-remedio al divorcio-sanción”. Y si de valoraciones de trata, ha dicho en otra ocasión la jurisprudencia⁵⁷⁵ trasandina, “la posibilidad de aplicar condenas reparatorias contra el culpable del divorcio sería disuasiva de inconductas matrimoniales y un factor que incidiría en la moderación de las costumbres”. De este modo, la posible fuga de los justiciables, no puede transformarse por sí sola, en un obstáculo al resarcimiento del daño en el divorcio.

f) Los daños emergentes del divorcio no quedan indemnizados con la compensación económica. En la doctrina argentina⁵⁷⁶, quienes postulan la tesis amplia permisiva señalan que, si bien es cierto que el derecho de familia establece sanciones específicas⁵⁷⁷ para el caso de divorcio, tales sanciones no

familia y relaciones paterno-filiales esta dado por la admisibilidad de la indemnización de los perjuicios por negativa injustificada al reconocimiento del hijo. El sufrimiento silencioso de los hijos no reconocidos ha transitado hacia una legislación que permite no sólo el reconocimiento amparado en el derecho a la identidad, sino también la indemnización del daño causado”.

⁵⁷⁵ CNCiv, Sala C, 17/5/88, JA, 1988-III-376; ED, 130-290, y LL, 1988-D-378, voto del doctor Durañona y Vedia, citado y referido por Mizrahi, Mauricio Luis. *Familia matrimonio y divorcio*, Ob. Cit., p. 497.

⁵⁷⁶ Ferrer, Francisco A. M., *Daños resarcibles en el divorcio*, Ob. Cit., pp. 39 y 40., postula que los alimentos regulados en el art. 207 no tienen carácter indemnizatorio, agrega que: “Si bien es exacto que el derecho de familia regula los efectos sancionatorios del divorcio, lo cierto es que tales efectos no son suficientes para cubrir todos los perjuicios materiales y espirituales que eventualmente pueda sufrir el inocente como consecuencia de la separación o divorcio”. Agrega este autor que mientras “Los efectos sancionatorios están dirigidos fundamentalmente a sancionar al culpable; la indemnización, a resarcir al inocente los perjuicios sufridos, se trata de dos consecuencias distintas del obrar antijurídico”.

⁵⁷⁷ Entre las sanciones específicas previstas por el ordenamiento jurídico argentino se encuentra: a) Los alimentos regulados por el arts. 207 y 217 del código civil argentino; b) limitación del derecho alimentario del culpable para el supuesto de que carezca de recursos propios y de posibilidad razonable de procurárselos, art. 209 CC argentino; c) continuación de la ocupación del hogar conyugal por el inocente y paralización de su liquidación si ello le causa grave perjuicio, art. 211; d) revocación de las donaciones hechas a la mujer en la convención matrimonial. Si ésta fuere declarada culpable, art. 212; e) extinción de la vocación sucesoria que en el divorcio afecta también al inocente, art. 3574.

son suficientes para cubrir todos los perjuicios que eventualmente pueda sufrir el inocente como consecuencia de la separación o el divorcio. Agregan⁵⁷⁸ que en el caso de los alimentos del art. 207 CC –*equivalente a nuestra compensación económica*-se estaría ante una sanción alimentaria, y no indemnizatoria, por lo que nada obsta a la interposición de la correspondiente acción indemnizatoria, así lo ha señalado la jurisprudencia.⁵⁷⁹.

Tratándose del daño emergente del divorcio en sí, señala BELLUSCIO⁵⁸⁰, éste tampoco quedaría indemnizado con la prestación alimentaria del art. 207 CC. Y si bien se trata de un daño mediato, puesto que en tal caso el hecho dañoso es causa indirecta del perjuicio –*el hecho da lugar al divorcio y éste a su vez al perjuicio*- ello no excluye la obligación de reparar.

En España puede hablarse de un antes y un después de la Ley 15/2005. En efecto, antes de dicha ley la doctrina estaba dividida en torno al alcance del artículo 97 CC que regula la pensión compensatoria –*muy similar a nuestra compensación económica*- existiendo no pocos autores que postulaban su naturaleza indemnizatoria. Sin embargo, como señala acertadamente

⁵⁷⁸ Así Barbero, Omar, *Daños y perjuicios derivados del divorcio*, Ob. Cit., p. 30., quien sostiene que: “No puede sostenerse que el daño o los daños derivados del divorcio en sí queden indemnizados con la prestación alimentaria. Esta tiene un fin asistencial, pero de ningún modo indemnizatorio”.

⁵⁷⁹ En Argentina la jurisprudencia ha resuelto que “los efectos que la culpabilidad en la separación personal y el divorcio vincular comportan, carecen de carácter reparatorio por los daños que la afrenta susceptible de provocar el divorcio pueda ocasionar al otro cónyuge, ni de los que el divorcio por sí mismo le infrinja al inocente. Las sanciones al culpable encuentran su fundamento en el Derecho de Familia, mientras que la reparación del daño causado encuentra su fundamento en el terreno de la responsabilidad civil. No se castiga dos veces el mismo comportamiento sino que cada sanción apunta a un aspecto distinto del obrar antijurídico: el divorcio al aspecto familiar y la indemnización al aspecto patrimonial. “Son materias distintas la indemnización por daños derivados del divorcio y los alimentos del Código Civil, artículo 207”.

⁵⁸⁰ Así Belluscio, Augusto César. *Daños y perjuicios derivados del divorcio y de la anulación del matrimonio*. Ob. Cit., p. 30., quien agrega que: “Porque si bien ha mediado el hecho concomitante del inocente de promover y llevar a su término el juicio de divorcio, se trata del ejercicio de un derecho irrenunciable, al cual le asistía pleno derecho por cuanto era el único medio de que gozaba para salvaguardar su honor.”. Añade Belluscio que: “...los daños derivados del divorcio en sí son consecuencias mediatas del hecho del cónyuge culpable (art. 901 Cód. Civil), pero de ellas debe responder también porque en su conducta debió necesariamente prever que estaba dando derecho al otro esposo de solicitar el divorcio”.

VARGAS⁵⁸¹, a partir de dicha reforma es clarísimo la naturaleza no indemnizatoria del artículo 97 del CC español.

Sin embargo, como señalamos anteriormente⁵⁸², el caso es más difuso tratándose de la indemnización del lucro cesante derivado de haberse dedicado al cuidado del hogar o de los hijos en que, aun cuando se afirme la naturaleza no indemnizatoria de la compensación económica, dicho daño en principio, ya estaría reparado, no pudiendo demandarse nuevamente, puesto que ello implicaría un doble pago y con ello un enriquecimiento sin causa. Con todo, ello no obsta a que se demande el pago de otros lucros cesantes, diversos del ya referido, y aún del señalado, en la medida que el fundamento de la pretensión se funde en una compensación económica insuficiente, que no alcanza a cubrir el real perjuicio causado por este concepto, ello atendido el principio de reparación integral del daño.

⁵⁸¹ Vargas Aravena, David, *Daños civiles en el matrimonio*, Madrid, Editorial La Ley, 2009. pp. 167 a 169, quien sostiene que si bien la redacción del art. 97 N° 9, es amplia “y podría permitir la posibilidad de que el juez, para la determinación de la cuantía compensatoria, pudiera ponderar la causa de separación o divorcio y la participación que le cabría a cada uno en la misma, valorando los daños que los cónyuges se hayan causado entre sí por el incumplimiento de los deberes conyugales, en habida consideración a las discusiones parlamentarias y modificaciones introducidas al proyecto de la norma enviado por el Gobierno de turno, como por la casi unanimidad de la doctrina comentada, debemos descartar esta posibilidad (...) En efecto, si consideramos que el art. 97 incluido en el proyecto inicial, enviado a las Cortes para su incorporación en el año 1981, contenía en su núm. 1 como factor de valoración para la cuantía compensatoria «los hechos que hubieren determinado la separación o el divorcio y la participación de cada cónyuge en los mismo», su expresa discusión y, en particular, su manifiesta derogación el texto definitivo por parte del Senado, nos obliga a concluir que, pese al amplio criterio de las circunstancias expuestas en la norma comentada, no es posible comprender consideraciones expresamente derogadas por el legislador...”. Agrega el citado autor que: “...esta conclusión ha quedado refrendada a propósito de la modificación del art. 97 mediante la Ley 15/2005, oportunidad en el que el Grupo Parlamentario Mixto propuso añadir al último párrafo del art. 97 CC, el incumplimiento de las obligaciones y deberes conyugales, como factor a tener en cuenta a la hora de fijar la pensión compensatoria, lo cual fue nuevamente rechazado, descartándose así cualquier intento de introducir dentro de la noción de pensión compensatoria, la indemnización o resarcimiento de daños patrimoniales o extrapatrimoniales causados por incumplimiento de deberes conyugales.”.

⁵⁸² Ver supra.: 2.1.5.- letra c)

g) El resarcimiento de daños en el divorcio no significa imponer una doble sanción. En la doctrina argentina, MOSSET ITURRASPE⁵⁸³, ha dicho que “no se viola el **non bis in idem**, no se castiga dos veces, con dos sanciones, al mismo comportamiento: cada sanción aprecia un aspecto distinto del obrar antijurídico, el divorcio el aspecto familiar y la indemnización, el aspecto patrimonial, que significa quitarle a uno de los esposos la plenitud moral o económica, haciéndolo víctima de un detrimento o menoscabo”.

Por su parte BUSTAMANTE ALSINA⁵⁸⁴ apunta que “la cuestión no tiene que ver con el hecho de proyectar la sanción más allá de su órbita natural, sino de hacerla funcionar dentro del derecho de daños donde tiene cabida como efecto resarcitorio necesario de la lesión a un interés jurídicamente protegido, sea éste material o moral”.

No obstante, creemos que tratándose del daño ocasionado por el divorcio en sí, podría generarse un real peligro de doble sanción, en la medida que se busque reparar el perjuicio económico derivado de haberse dedicado al cuidado del hogar o de los hijos.

h) La reparación del daño en el divorcio no afecta la moral, las buenas costumbres o el orden público. Sería la ética la que quedaría reñida con el derecho si, producido el daño, la reparación se limitara a la simple declaración de culpa del ofensor⁵⁸⁵. Compartimos este criterio por cuanto sostener lo contrario no significaría sino un regreso al régimen de inmunidad entre cónyuges propio de otra época y de una concepción de la familia que ya no se sustenta en los tiempos actuales.

⁵⁸³ Mosset Iturraspe, Jorge. “Los daños emergentes del divorcio” en *Responsabilidad civil. Doctrinas esenciales. Parte Especial*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2007, vol. iv, p. 669.

⁵⁸⁴ Bustamante Alsina, Jorge. “Daños y perjuicios. Responsabilidad civil derivada del divorcio”, en *Enciclopedia de Derecho de Familia*, Lagomarsino, Carlos A. y Salerno, Marcelo U., Directores, Uriarte, Jorge A., Coordinador General, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1991, Volumen I, p. 765.

⁵⁸⁵ Así Alterini, Aitilo en su voto en fallo CNCiv, Sala C, 17/5/88, JA, 1988-III-376; ED, 130-290, y LL, 1988-D-378., citado y referido por Mizrahi, Mauricio Luis. *Familia, matrimonio y divorcio*, Ob. Cit., p. 497.

i) No cabe distinguir entre daños muy graves y menos graves. Se plantea que no cabe distinguir entre daños muy graves y otros menos graves, distinción que el legislador no realiza. Si el hecho se configura como causal de divorcio, es porque provocó un agravio al inocente, de manera que es en el quantum resarcitorio donde habrá de medirse dicha gravedad.

Este argumento, plenamente aceptable en el ámbito patrimonial, es inaceptable en el ámbito familiar. En efecto, de aceptarse la tesis amplia, cualquier daño podría dar pie a una demanda, hecho que podría significar un atentado contra el principio de unidad familiar, llenando así los tribunales de pleitos de bagatela. Desde otra perspectiva, es precisamente esta consideración la que justifica el estudio del daño en la familia, con sus especiales caracteres, connotaciones y consecuencias.

j) Es inadmisibles plantear que el fracaso matrimonial se deba a causas de difícil identificación. En cuanto al argumento de que el fracaso matrimonial se debe a causas de difícil identificación, ya que la mayoría de las veces se debe a culpa compartida de ambos cónyuges. Se sostiene por esta corriente que ello no así, y que en definitiva, el asunto se limita simplemente a un problema de análisis de las pruebas⁵⁸⁶. De este modo, mediante las pruebas que se rindan, el juez siempre estará en condiciones de atribuir responsabilidad por la ruptura a uno de los cónyuges, y con ello, dilucidar la eventual procedencia de una indemnización a favor del inocente.

5.3.3.- Doctrina que admite con restricciones el resarcimiento del daño en el divorcio.

Para la tesis restringida, la regla general es la improcedencia en principio de reclamos indemnizatorios, ya que sólo son indemnizables, aquellos que

⁵⁸⁶ Así Ribera, Julio. "Daño moral derivado de los hechos que causaron el divorcio", *JA*, 1994-IV-576., citado y referido por Mizrahi, Mauricio Luis. *Familia, matrimonio y divorcio*, Ob. Cit., p. 498.

denoten una especial gravedad y sólo en la medida que digan relación con los hechos constitutivos de la causal de divorcio, no así aquellos derivados del divorcio en sí. A continuación reseñamos los principales postulados de esta tesis.

a) Se afirma la especialidad del Derecho de familia. Sostiene el magistrado SANTOS CIFUENTES⁵⁸⁷ que: “el matrimonio no tiene ni por asomo semejanza con lo que ocurre en otros ámbitos negociables, ni con lo que ocurre frente a la responsabilidad por hechos ilícitos o por incumplimientos contractuales”. La posibilidad de reclamar indemnizaciones en materia de nulidad y su omisión en lo que hace al divorcio “dan cuenta de una clara voluntad” del legislador. De ahí que debe interpretarse que “es autónomo el régimen de sanciones que reglamenta el divorcio”.

b) Aquellos hechos que denoten carencias afectivas no son indemnizables. Señala SANTOS CIFUENTES⁵⁸⁸ que, “el sólo desamor... puede ser una causa de injurias y de divorcio”, y como contrapartida la “inocencia declarada en un fallo judicial”, pero agrega que “no podría sostenerse que da motivo al daño moral reparable. Es que frente a esos comportamientos... existe la reparación propia de la institución de que se trata”.

En el afán de discernir aquellos hechos que denotan verdadero agravio al cónyuge afectado y no una simple pérdida del vínculo afectivo, MIZRAHI⁵⁸⁹ ha señalado como ejemplo del primero, el simple abandono del hogar por parte del marido, e incluido en el segundo grupo, el caso en que el cónyuge mantuviere un prolongado y estable concubinato.

⁵⁸⁷ CNCiv, Sala C, 17/5/88, JA, 1988-III-376; ED, 130-290, y LL, 1988-D-378., fallo citado y referido por Mizrahi, Mauricio Luis, *Familia, matrimonio y divorcio*, Ob. Cit., p. 503.

⁵⁸⁸ Mizrahi, Mauricio Luis, *Familia, matrimonio y divorcio*, Ob. Cit., p. 503.

⁵⁸⁹ Mizrahi, Mauricio Luis, *Familia, matrimonio y divorcio*, Ob. Cit., p. 500.

c) Sólo son reparables aquellos daños que revistan mayor gravedad. ZANNONI⁵⁹⁰ quien en principio abrazara la tesis amplia, atemperó más tarde su posición lo que lo ha llevado a aceptar, la procedencia de la indemnización con motivo de los hechos ilícitos que han constituido la causa del divorcio, sólo en supuestos de excepción en los cuales se han visto menoscabados derechos personalísimos del cónyuge; y en lo relativo a los daños derivados del divorcio en sí mismo, únicamente cuando se hubiera producido un daño patrimonial cierto, estimando injustificado el resarcimiento con fundamento en el daño moral.

d) Sólo son reparables aquellos daños que emanan de los hechos que constituyen la causal. En primer término para la tesis restringida, sólo corresponde indemnizar los daños provenientes de los hechos constitutivos de las causales de divorcio, denegándola a los daños ocasionados por el divorcio en sí.

5.3.4.- Nuestra posición.

No es admisible una tesis amplia como la que propone la doctrina trasandina o el propio RIPERT, semejante posición tornaría al Derecho de daños en un elemento desquiciante de las relaciones intrafamiliares, en donde la más leve falta podría dar paso a un reclamo resarcitorio, no ese el espíritu que anima al Derecho de daños en el ámbito de las relaciones de familia. Por lo demás una interpretación semejante vulneraría el art. 1° inc. 2° y 5° de nuestra constitución.

Pensamos que sólo son resarcibles aquellos daños graves. No obstante, y a diferencia de la tesis restringida que en este punto no seguimos, creemos que tanto el daño ocasionado por los hechos que han podido constituir la causal, como aquellos derivados del divorcio en sí mismo son resarcibles, atendido el

⁵⁹⁰ Zannoni, Eduardo. "Repensando el tema de los daños y perjuicios derivados del divorcio", J.A., 1994-II-822., texto citado y referido por Sambrizzi, Eduardo. *Daños en el derecho de familia*, Ob. Cit., p. 139.

principio de reparación íntegro del daño, consagrado en los arts. 2329 inc 1° y 2314 CC y en varias garantías constitucionales entre ellas los art. 19 n° 1 y 4.

De esta manera, asumimos una posición que si bien no coincide exactamente con ninguna de las doctrinas que se han sustentado en esta materia, claramente es restrictiva. Restricciones que se extienden además del daño, que ha de ser grave, al factor de imputación, que será la culpa grave y al dolo, sólo éstas conductas podrán ser reprochadas por el Derecho.

5.4.- Régimen de responsabilidad aplicable.

En el Derecho comparado, la mayoría de la doctrina y jurisprudencia ha entendido que el estatuto aplicable en este caso es el régimen de responsabilidad extracontractual. No obstante, existen quienes postulan el régimen contractual.

Así en la doctrina trasandina HIGHTON⁵⁹¹ ha postulado la naturaleza contractual de la responsabilidad para este caso. Sostiene la magistrado que,

⁵⁹¹ En doctrina argentina la doctora Elena Highton sostiene que la responsabilidad de los hechos derivados del divorcio es contractual, en virtud de los siguientes argumentos: “En este caso considero que son aplicables las normas de responsabilidad contractual, pues ellas corresponden no sólo cuando ha habido contrato entre las partes sino también, en principio, en todos los casos en que hay obligación preexistente nacida de un acto lícito. No necesariamente debe ser ésta contractual, pudiendo haber una obligación legal, como en el caso” (...) “No puede compararse ni debe confundirse la genérica obligación de no dañar a otros o ruptura del deber genérico de no dañar a los semejantes, en la que no existe obligación previa -en cuyo caso es indiferente que la víctima sea el cónyuge pues tampoco se lo puede hacer víctima de aquello que no es dable hacerle a los demás- y cuya violación da lugar a la apertura de la responsabilidad aquiliana (naciendo recién allí una obligación de reparar), constitutiva de la responsabilidad por hechos ilícitos, con el incumplimiento de la obligación específica de no dañar al cónyuge que es acreedor de diversas prestaciones apropiadas a las circunstancias, o sea de una obligación preexistente, cualquiera sea su fuente, cuyo incumplimiento da lugar a la apertura de la responsabilidad llamada contractual. Hay un vínculo obligacional previo en el matrimonio, y cualquiera que sea la fuente de éste, no será un delito ni un cuasidelito, únicos casos en que se aplica la responsabilidad aquiliana. Aclaro: 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. (...) “Entiendo así que en el supuesto de responsabilidad conyugal, son aplicables las normas de responsabilidad ordinaria, llamada contractual, cuando hay una obligación preexistente que el cónyuge incumple. No puede identificarse el genérico deber de no dañar a

dado que existe un vínculo legal preexistente y el evento dañoso es un incumplimiento de una obligación legal (deber de fidelidad, cohabitación, etc), y siendo la responsabilidad de derecho común la contractual, lo que cabe es aplicar éste régimen; igual posición ha seguido en el contexto español respecto, eso sí, de los daños entre cónyuges, VARGAS ARAVENA⁵⁹².

Sin embargo la gran mayoría de la doctrina comparada es conteste en señalar que el estatuto aplicable a los daños en las relaciones de familia es el extracontractual. En particular cabe mencionar las palabras de ZANNONI⁵⁹³ quien dice: “las relaciones conyugales están dominadas por la exigencia de una satisfacción espontánea de las necesidades que son inherentes a esas relaciones (amor, encuentros físicos, comprensión recíproca, entrega, fidelidad y ayuda mutuas, apoyo afectivo) que tienen la impronta de su incoercibilidad.” “...tampoco cabe hablar del derecho subjetivo de un cónyuge a obtener del otro el cumplimiento de deberes jurídicos, tales como el de mantener relaciones sexuales con él, de serle fiel, de vivir juntos en una misma casa. Si de algún derecho hablamos es el de poder, ambos esposos, realizar en el ámbito de su intimidad, libremente compartida, el proyecto de vida común nacido del amor. Siendo así, el modo en que cada matrimonio asuma ese proyecto y lo realice es también incoercible y ajeno a las categorías que utilizamos los juristas”.

En Chile toda la doctrina estima que el estatuto a aplicar es el extracontractual. Así, autores como CORRAL⁵⁹⁴, DOMÍNGUEZ HIDALGO⁵⁹⁵,

otros con la obligación específica de no dañar al cónyuge que está integrado en una relación y es acreedor de prestaciones consistentes en conductas apropiadas a las circunstancias”.

⁵⁹² Vargas Aravena, David. *Daños civiles entre cónyuges*, Ob. Cit., pp. 234 a 236.

⁵⁹³ Zannoni, Eduardo, “El abuso del derecho y las relaciones conyugales” en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, N° 16, pp. 134 y 135.

⁵⁹⁴ Corral Talciani, Hernán. “Una ley de paradojas: Comentario a la Nueva Ley de Matrimonio Civil”, Ob. Cit., p. 267.

⁵⁹⁵ Domínguez Hidalgo, Carmen. “El convenio regulador y la compensación económica: una visión de conjunto”, Ob. Cit., p. 120.

VIDAL⁵⁹⁶, HERANE⁵⁹⁷, ELORRIAGA⁵⁹⁸, SEVERÍN⁵⁹⁹ y LLULE⁶⁰⁰ estiman que éste ha de ser el estatuto legal aplicable.

5.5.- Presupuestos de la responsabilidad civil.

Como señaláramos en el punto anterior y conforme lo estima la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, el estatuto aplicable a los daños en el ámbito del divorcio es el estatuto extracontractual. A continuación haremos un breve análisis de cada uno de estos elementos.

5.5.1. El hecho dañoso.

Antes de iniciar el tema es necesario distinguir entre los daños causados por el **hecho** constitutivo de la causal de divorcio, en que el perjudicado, posterga el ejercicio de la acción, ejerciéndola posteriormente. De los daños causados por el divorcio en sí, cuya manifestación se evidencia con posterioridad a la sentencia, ya que no es sino la ruptura del vínculo la que gatilla el perjuicio.

En el ordenamiento argentino, un **hecho** dañoso inicial es posible conectarlo causalmente a ambos perjuicios⁶⁰¹, en virtud de lo dispuesto en los

⁵⁹⁶ Vidal Olivares, Alvaro. "La compensación por menoscabo económico en la Ley de Matrimonio Civil", en *El nuevo derecho chileno del matrimonio*, Vidal Olivares, Alvaro (Coordinador), Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006., p. 254.

⁵⁹⁷ Herane Vives, Francisco M., "Reparación por incumplimiento de los deberes matrimoniales" en *Estudios de Derecho Civil II. Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Olmué, Santiago, Editorial Lexis Nexis, 2006, pp. 181 a 193.

⁵⁹⁸ Elorriaga de Bonis, Fabián. *Régimen de indemnización de perjuicios entre cónyuges*, Ob. Cit., pp. 71 a 84.

⁵⁹⁹ Severín Fuster, Gonzalo. *Indemnización entre cónyuges por daños y perjuicios derivados del divorcio*, Ob. Cit., p. 101.

⁶⁰⁰ Llulle Navarrete, Philippe. *Divorcio, Compensación Económica y Responsabilidad Civil*, Editorial Thomson Reuters, Santiago, 2013, p. 305.

⁶⁰¹ En el Derecho argentino se entiende que a partir de un mismo hecho dañoso, que para este efecto denominamos hecho o hechos constitutivos de la causal, se generan dos perjuicios: (1) aquél derivado de los hechos constitutivos de la causal, y (2) el derivado del divorcio en sí. Entre el hecho constitutivo de la causal y el daño provocado por éste existe una relación causal directa, siendo éste último consecuencia inmediata de aquel y por ende imputable a su autor (art. 904

arts. 901⁶⁰², 904⁶⁰³ Cc Arg., a eso debemos añadir que la prescripción de la acción delictual se suspende entre cónyuges según dispone el art. 3969⁶⁰⁴ Cc Arg.

Sin embargo, nada así ocurre en nuestro sistema, en que, por una parte es discutible que se suspenda la prescripción de la acción delictual entre cónyuges, y, no se entienden imputables las consecuencias mediatas o indirectas de nuestras acciones, por no existir relación causal directa.

Así cabe preguntarse si en nuestro Derecho, es posible reparar el daño ocasionado por los **hechos** constitutivos de la causal o sólo puede ser reparado el daño causado por el **divorcio en sí**. Ello debido a problemas de prescripción, de relación de causalidad, de configuración del hecho que provoca el daño, y, de manifestación del daño. Los que veremos a continuación.

5.5.1.1.- ¿Unidad o pluralidad de hechos dañosos?

Según apuntamos, en Argentina tanto las consecuencias inmediatas como las mediatas son imputables a su autor, de allí que ambos perjuicios sean resarcibles. Sin embargo, en nuestro país sólo habría relación causal directa en el caso del daño ocasionado por los hechos constitutivos de la causal, no así en

CC Arg.). Tratándose del daño causado por el divorcio en sí, si bien entre éste y el hecho constitutivo de la causal existe relación indirecta o mediata, aún así el daño es resarcible, por ser imputable para el autor del hecho, las consecuencias mediatas de sus actos (art. 904 CC Arg.). Toda esta situación se ve favorecida, además, por el hecho que en el ordenamiento trasandino, la prescripción no corre entre cónyuges, aunque estén casados en separación de bienes, e incluso aunque estén divorciados (art. 3969 CC Arg.).

⁶⁰² Art. 901 CC Arg.: Las consecuencias de un hecho que acostumbra suceder, según el curso natural y ordinario de las cosas, se llaman en este Código “consecuencias inmediatas”. Las consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, se llaman “consecuencias mediatas”. Las consecuencias mediatas que no pueden preverse se llaman “consecuencias casuales”.

⁶⁰³ Art. 904 CC Arg.: Las consecuencias mediatas son también imputables al autor del hecho, cuando las hubiere previsto, y cuando empleando la debida atención y conocimiento de la cosa, haya podido preverlas.

⁶⁰⁴ Art. 3969 CC Arg.: La prescripción no corre entre marido y mujer, aunque estén separados de bienes, y aunque estén divorciados por autoridad competente.

el daño causados por el divorcio en sí, en que sería indirecta y, en principio, no resarcible. Así cabe preguntarse si entre nosotros: ¿Es posible sostener que a partir de un mismo hecho se generan dos perjuicios resarcibles? ¿En ese caso desde cuando corre el plazo de prescripción para cada uno de esos daños? ¿Desde una misma época o desde épocas distintas? ¿Y en este último caso no se tratará en realidad de hechos dañosos diferentes?⁶⁰⁵ Sobre este punto volveremos al tratar la relación de causalidad.

⁶⁰⁵ En el fondo del asunto subyace el problema que consiste en que se trata de dos daños que, aunque vinculados entre sí, son diferentes, y que se evidencian en momentos también diferentes. En efecto, a la época en que ocurren los hechos constitutivos de la causal, de ordinario, emergerá de inmediato el daño que éste produce, no así el daño ocasionado por el divorcio en sí que tan sólo aparece con posterioridad a la sentencia de divorcio, puesto que es la ruptura del vínculo la que gatilla el perjuicio, siendo éste daño a la época de la demanda de divorcio un daño futuro. Sin embargo, y ahora viene lo importante, entre uno y otro normalmente pueden transcurrir varios años, tantos como demore el cónyuge inocente en demandar el divorcio sanción y obtener sentencia firme, en términos tales que, al momento de demandar el daño ocasionado por el divorcio en sí, que necesariamente tendrá que ser con posterioridad a la sentencia de divorcio culpa, bien podría estimarse que la acción está prescrita, máxime si se piensa que, a diferencia del ordenamiento argentino, entre nosotros, ni la prescripción de la acción delictual se interrumpe entre cónyuges, ni las consecuencias indirectas son en principio imputables, razón por la cual todo intento de construir una solución a partir de un nexo causal mediato entre el hecho de la causal y el daño derivado del divorcio en sí, no es jurídicamente sustentable. Otra opción es entender que tratándose del daño del divorcio en sí, si bien el hecho dañoso es el antecedente mediato del perjuicio, su antecedente directo es la sentencia atributiva de culpa, sin la cual, y al margen de lo oprobioso que hayan sido los hechos padecidos por el cónyuge inocente, no hay perjuicio posible, ya que es el desvinculo quien lo produce. Así las cosas, si bien la sentencia que declara el divorcio sanción no es un hecho dañoso en sí mismo, es el instrumento que declara indubitadamente que uno de los cónyuges por un hecho que constituye una grave violación de los deberes y obligaciones entre los cónyuges es culpable de la ruptura del vínculo, y para nuestros efectos, de los perjuicios que éste hecho irrogare al cónyuge inocente. Con esta solución que hemos propuesto, se salva el problema generado por la prescripción, verdadero problema en el caso del daño ocasionado por el divorcio en sí, que en este caso, comienza a correr a partir del momento en que la sentencia se encuentre ejecutoriada, y asimismo se obvia el problema de la relación causal mediata o indirecta, ya que en este caso, si bien ambos daños están vinculados a un mismo hecho inicial, digamos, en cascada; lo cierto es que sin sentencia no hay perjuicio posible en el divorcio en sí, de manera que la relación causal en este caso es directa, no respecto al hecho dañoso inicial, con el cual hay una relación mediata, sino con la sentencia que declara la culpa de uno de los cónyuges en la ruptura de la relación matrimonial.

5.5.1.2.- Los hechos descritos en el art. 54 de la LMC.

El problema consiste en determinar si es que todas las causales permiten un reclamo por daños, o, sólo algunas de ellas. El problema reviste importancia tratándose del daño ocasionado por el hecho constitutivo de la causal, ya que de lo que se trata es de determinar si toda condena por divorcio sanción, da derecho a accionar de daños o sólo en algunos casos.

Una opción es entender que, dado que existe una condena por divorcio sanción, por incumplimiento grave de los deberes que impone el matrimonio, todas ellas son capaces de producir un daño resarcible. En Argentina, esta tesis es seguida por la mayor parte de la doctrina⁶⁰⁶, a propósito de las causales de los arts. 203⁶⁰⁷, 204⁶⁰⁸ y 205⁶⁰⁹ CC argentino, que ha generado análoga discusión, sin embargo otros⁶¹⁰, excluyen los arts. 203 y 204 CC argentino, posición que nos parece más acertada, según veremos.

Otra opción es distinguir entre las causales del art. 54 LMC, aquellas que describen acciones dañosas, de aquellas que constituyen simples *formas de ser*, que no significan en sí mismas una conducta dirigida por su autor a causar daño a otro, estimamos que es esta la opción correcta. Así, serán de ordinario resarcibles aquellas conductas señaladas en los numerales 1 y 6 del art. 54 LMC. En cambio, no lo serán, en principio, aquellas descritas en los numerales 3, 4 y

⁶⁰⁶ En definitiva quienes sustentan esta posición se enmarcan en lo que hemos denominado tesis amplia.

⁶⁰⁷ Art. 203: Uno de los cónyuges puede pedir la separación personal en razón de alteraciones mentales graves de carácter permanente, alcoholismo o adicción a la droga del otro cónyuge, si tales afecciones provocan trastornos de conducta que impiden la vida en común o la del cónyuge enfermo con los hijos.

⁶⁰⁸ Art. 204: Podrá decretarse la separación personal, a petición de cualquiera de los cónyuges, cuando éstos hubieran interrumpido su cohabitación sin voluntad de unirse por un término mayor de los años. Si alguno de ellos alega y prueba no haber dado causa a la separación, la sentencia dejará a salvo los derechos acordados al cónyuge inocente.

⁶⁰⁹ Art. 205 CC: Transcurridos dos años del matrimonio, los cónyuges, en presentación conjunta podrán manifestar al juez competente que existen causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común y pedir su separación personal conforme a lo dispuesto en el artículo 236.

⁶¹⁰ Sambrizzi, Eduardo, *Daños en el Derecho de Familia*, Ob. Cit., pp. 146 y 147.

5 de dicho artículo, ya que en estos casos el sujeto, fuera de tener un comportamiento que puede ser reprochable, al punto de tornar intolerable la vida en común, no describe la ejecución de un hecho en sí dañoso, dirigido con la intención de causar un perjuicio a otro⁶¹¹.

Mención aparte merece, a nuestro juicio, el N° 2 del art. 54 LMC. Creemos que el sólo incumplimiento de deberes tales como el de fidelidad o cohabitación, no dan derecho al resarcimiento, sino en la medida que vayan acompañadas de conductas dotadas de gran fuerza dañadora o que lesionen derechos fundamentales o personalísimos, en cuyo caso, el hecho dañoso ya no es el incumplimiento de dichos deberes, sino, esa otra conducta que causa dichas lesiones⁶¹².

⁶¹¹ En el caso del número 3, fuera de tener una condena por el señalado delito, cometido contra terceros, que bien puede incidir en la armonía familiar, no se divisa cómo, la sola ruptura de esa armonía puede considerarse un daño resarcible. Parece más sensato, en este caso, excluir cualquier pretensión indemnizatoria, lo contrario no sería sino sancionar un daño que en verdad no existe. Igual premisa debe seguirse en el caso del N° 4 del art. 54 LMC; en efecto, la conducta homosexual, no es en sí misma un hecho dañoso o antijurídico; por otra parte es inaceptable suponer que tal conducta signifique por sí sola una infidelidad, y si así fuera, ya no correspondería aplicar el N° 4 del art. 54, sino en N° 2; en este caso, parece cobrar sentido la tesis del error de elección en la medida que el cónyuge haya sabido o podido saber de la orientación sexual de su consorte, bastando el remedio familiar y excluyendo cualquier pretensión resarcitoria. En el caso del N° 5 del art. 54 LMC, pensamos que si bien dichas conductas pueden afectar severamente la vida familiar, su sola presencia no da derecho a un daño resarcible; será sólo en la medida que tales conductas vayan acompañadas de otras acciones, verdaderamente dañosas (por ejemplo: violencia verbal o físicas), que habrá lugar a los daños, pero en tal caso, no se esta sancionando al alcoholismo en sí mismo sino, las agresiones, que bien podrían constituir VIF, con lo cual volvemos al N° 1 del art. 54 LMC, pudiendo demandarse en este último caso el resarcimiento del daño psíquico o moral ocasionado a los integrantes del grupo familiar.

⁶¹² En efecto, no debemos nunca olvidar que una de las máximas en materia de daños en el ámbito de las relaciones de familia la constituye el hecho de que **“el desamor no se indemniza”**, o **“el amar menos”**, es por ello que los incumplimientos de deberes conyugales, en nuestra opinión, en principio, no se indemnizan. De este modo el simple abandono del hogar, no constituye en sí mismo un hecho dañoso capaz de causar un daño resarcible, puesto que de lo contrario, el Derecho de daños estaría al servicio de aquel cónyuge que mediante la acción civil pretende cobrarse el precio de la venganza por el abandono o perseguir el retorno al lecho conyugal de quien lo abandonó, creemos que no es ese el camino correcto. Será algo más que el simple abandono, lo que constituirá un hecho dañoso que cause un daño resarcible. Así por ejemplo el daño experimentado por el cónyuge abandonado al ser objeto de toda suerte de comentarios, o incluso sanciones sociales, debido a un concubinato de pública notoriedad iniciado por el cónyuge que la abandonó, o por el hecho de dejar en la más completa precariedad al grupo familiar abandonado generando toda clase de padecimientos morales y económicos. Por el contrario no será de ordinario resarcible si el cónyuge abandona a su cónyuge para irse a vivir solo, o en concubinato discreto. Lo mismo puede decirse de las infidelidades conyugales.

Con todo, creemos que si bien estos razonamientos son plenamente válidos tratándose del daño ocasionado por el hecho constitutivo de la causal, no se aplican tratándose del daño derivado del divorcio en sí. Pues en este caso, creemos que, en principio, cualquier causal del art. 54 LMC podría dar lugar a una acción de daños, ya que el reproche no es a la conducta que motivó el divorcio sino al divorcio mismo, que irroga un perjuicio, al cónyuge inocente.

5.5.2.- La relación de causalidad.

Según señala ROCA TRÍAS⁶¹³, para que exista obligación de reparar un daño es necesario que éste haya sido producido, causado, por la acción u omisión que puede atribuirse a determinado sujeto. Nuestra Corte Suprema⁶¹⁴ ha dicho que existe una relación de causalidad cuando el hecho doloso es la causa directa y necesaria del daño causado. En materia de daños en divorcio,

La sola infidelidad, por más que sea reiterativa, no genera a nuestro juicio un daño resarcible, de lo contrario no se trataría sino de un afán de indemnizar el desamor, que como dijimos, en sede familiar es inaceptable. Será algo más que el simple incumplimiento ocasional o reiterado el que genere un daño resarcible, como por ejemplo un concubinato público, el grave desamparo económico, o el deliberado ocultamiento de falsa paternidad en el caso de la infidelidad femenina. Pero en estos casos, ya no es el incumplimiento el hecho dañoso, sino los padecimientos o el fraude filial respectivamente. En todos estos casos, el sujeto no daña por incumplir una obligación legal de ser fiel o cohabitar, sin perjuicio que las incumple, sino que daña porque ejecutó conductas adicionales y diferentes al simple incumplimiento de la obligación: el sujeto ocultó a sabiendas la falsa paternidad, dejó en grave desamparo moral y económico al grupo familiar abandonado, o públicamente llevó a cabo la relación concubina, exponiendo a su consorte a toda suerte de sanciones sociales, tanto para ella como para sus hijos, etc. Es por esta razón que sostenemos que no constituye un hecho dañoso en sí mismo el incumplimiento de deberes conyugales, ya que como hemos puesto en evidencia, la gravedad y con ello, la resarcibilidad, esta dada por la concurrencia de otras circunstancias, adicionales, distintas del simple incumplimiento, en estos casos nos parece más razonable sostener que ha habido la violación a un derecho fundamental o personalísimo. La tesitura que proponemos tiene la ventaja de evitar toda discusión doctrinaria en torno a un posible problema de concurrencia de responsabilidades, ya que hay que recordar que en nuestro país, la doctrina más tradicional ha sostenido siempre – recogiendo la teoría de la absorción o incompatibilidad- que el incumplimiento de una obligación legal, se rige por el estatuto contractual.

⁶¹³ Roca Trías, Encarna, *Derecho de daños. Textos y Materiales*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2003, p. 152.

⁶¹⁴ C.S., 2 de septiembre de 1999, RDJ, t. XVCI, s. 1º, pp. 88.

la doctrina⁶¹⁵ especializada y la jurisprudencia señalan que, ha de existir una relación de causalidad adecuada.

a) Relación de causalidad y daño ocasionado por el divorcio en sí. Como ya hemos esbozado, en Argentina, tratándose del daño causado por el divorcio, se entiende que este es consecuencia mediata del hecho, y por consiguiente imputable a su autor (art. 904 CC Arg.). Sin embargo, en nuestro país no existe una norma como esta, y nuestra jurisprudencia, a diferencia de lo que dicha norma dice, exige causalidad directa. Así las cosas, cabe preguntarse en nuestro ordenamiento jurídico: ¿Cuáles son los extremos que ha de unir el nexo causal para resarcir el daño derivado del divorcio en sí?⁶¹⁶.

⁶¹⁵ Ferrer, Francisco A. M., *Daños resarcibles en el divorcio*, Ob. Cit., p. 65 señala que: "...el daño cuya reparación se pretende debe estar en relación causal adecuada con el hecho de la persona a la cual se atribuye su reparación". En el mismo sentido Sambrizzi, Eduardo, *Daños en el Derecho de Familia*, Ob.Cit., p. 145, quien señala que: "Nosotros también participamos de la opinión favorable al resarcimiento de los daños resultantes de los hechos ilícitos que llevaron a la separación o al divorcio (...) pues creemos que cuando la conducta dolosa o culposa de uno de los cónyuges, en violación de una disposición legal, tiene una relación adecuada de causalidad con el daño causado al otro cónyuge, debe resarcirse el perjuicio ocasionado.

⁶¹⁶ El problema, a simple vista fácil, se complica debido a varios factores: por un lado hay que tener presente que normalmente es el cónyuge que ha sido víctima del hecho dañoso quien demanda el divorcio sanción, concurriendo con su actuar –como sostiene Corral Talciani- a la producción del daño: de este modo bien puede sostenerse que es el cónyuge demandante quien "genera o provoca su propio daño". Por otra parte –Como lo ha hecho presente Severín Fuster- el cónyuge perjudicado por el hecho dañoso, bien puede optar por ejercer la acción de separación judicial (arts. 26 a 41 LMC) y no la acción de divorcio, con lo cual puede evitar algunos perjuicios, fundamentalmente patrimoniales, que los efectos del divorcio produce entre cónyuges, entre ellos, la pérdida de los derechos hereditarios y la pérdida del derecho a pedir alimentos; de este modo, no necesariamente quien daña a otro producirá a la larga un perjuicio derivado del divorcio, porque el perjudicado, bien puede optar por la acción de separación evitando el perjuicio. Sin embargo, en mi opinión ambas objeciones deben ser rechazadas, la primera porque si bien es el cónyuge inocente quien acciona de divorcio sanción, es el cónyuge culpable quien ha provocado toda la situación dañosa, es él quien ha podido razonablemente advertir que tras una serie de graves transgresiones a las obligaciones conyugales se expone a que su consorte de por terminada la relación a fin de poner a buen resguardo tanto su propia integridad como la de sus hijos, pues no es sino ese, el comportamiento normal y básico de autoconservación de cualquier víctima de abuso y maltrato. De ahí que suponer que la cónyuge que acciona de divorcio sanción genera con ello su propio daño no es sino un absurdo; por el contrario, es ella quien se ve forzada a accionar a objeto de poner término a una relación familiar desquiciada que expone a un mal mayor a todo el grupo familiar. En cuanto a la segunda objeción, creemos que tampoco es válida por cuanto constatada una grave transgresión de los deberes conyugales que hace intolerable la vida en común, es el cónyuge inocente quien puede elegir a su entero arbitrio cuál acción le conviene más, sin que su elección le pueda ser reprochada para los efectos de impedirle una justa indemnización por un mal que no causó, y de cuya elección el cónyuge

Una opción es entender que el nexo causal ha de buscarse entre la sentencia firme de divorcio culpa y el daño que con posterioridad, ésta genere⁶¹⁷. No porque la sentencia sea un hecho dañoso en sí mismo, que indudablemente no lo es, sino porque si bien el hecho dañoso abre un curso causal de sucesos encadenados unos a otros, generando una serie de perjuicios en serie o cascada, no provocados ni queridos por el perjudicado, no así por el dañador.

Es la sentencia la que declara indubitadamente que ha habido una violación grave de los derechos y deberes entre los cónyuges, sin cuya existencia no podríamos jamás enrostrar al dañador su responsabilidad, ni por los hechos, ni por el divorcio, y, porque en definitiva, será a partir de allí que la víctima comenzará a evidenciar los padecimientos materiales y morales que el divorcio le provoque, que antes del fallo, si bien pueden suponerse, jurídicamente no han podido provocarse⁶¹⁸.

A la solución anterior puede enrostrarse su falta de rigor jurídico ya que una sentencia judicial, jamás será un acto ilícito, siendo así, difícilmente podríamos hacer descansar en ella la imputabilidad ya que es un acto lícito. Es por ello que otra solución, más razonable, es conectar causalmente el hecho de la causal y el perjuicio derivado del divorcio en sí, con la salvedad que, se

culpable pretende sacar provecho en un intento de sacar provecho de su propio dolo. De ahí que pensemos que la opción por la acción de divorcio, no puede significarle al cónyuge inocente ningún reproche, ya que no ha sido él quien ha provocado la situación debiendo el cónyuge culpable hacerse cargo de los perjuicios que esta situación le ha generado a su consorte inocente e hijos.

⁶¹⁷ Así Levy, Lea; Wagmaister, Adriana M., e Iñigo de Quidiello, Delia B., “La situación del divorcio como generadora de responsabilidad civil entre cónyuges”. *L.L.*, 1990-C-901 y 902, II.

⁶¹⁸ En contra Hernández Paulsen, Gabriel. “Responsabilidad civil por daños ocasionados en las relaciones de familia” en *Revista del Abogado. Colegio de Abogados de Chile*, Ob. Cit.,, p. 29., quien señala que: “...como el divorcio emana directamente de una demanda y la deducción de una acción judicial no puede entenderse como culpable (por lo menos en este caso) y contraria a Derecho a antijurídica (“nadie esta obligado a permanecer casado”); y atendido que las causas inmediatas del divorcio en sí mismo son la demanda y la sentencia no habría ni imputabilidad ni antijuridicidad ni relación de causalidad y, por tanto, responsabilidad civil. Para decirlo en otros términos, la deducción de una demanda de divorcio jamás será abusiva y, por tanto, generadora de responsabilidad civil, porque el legislador la acepta expresamente. Y, por tanto, tampoco lo será un fallo favorable.”.

considere al daño provocado por el divorcio en sí, un daño manifestado con posterioridad al hecho que lo origina⁶¹⁹

b) La interrupción del nexo causal. Por regla general interrumpen la relación causal el caso fortuito, la culpa de la víctima o el hecho de un tercero por el que no se debe responder. Sin embargo, en materia de familia pueden surgir factores interruptivos teñidos del elemento familiaridad.

Así, la jurisprudencia trasandina ha resuelto que si los hechos desdorosos cometidos por el marido fueron posteriores a la separación de hecho, no procede una indemnización por daño moral⁶²⁰. En otra ocasión ha dicho que, si la cónyuge reconoce su responsabilidad en el fracaso matrimonial, la petición por daño moral es improcedente.⁶²¹

5.5.3.- El factor de imputación.

En materia de daños en el divorcio, siguiendo a la doctrina mayoritaria, creemos que sólo se puede accionar por daños en los casos en que exista divorcio sanción, no así en los casos de divorcio remedio o por común acuerdo. Ello porque carece de sentido atribuir responsabilidad civil en una hipótesis de

⁶¹⁹ Vid. *Infra* 5.4.2.- letra "a".

⁶²⁰ Así, la Sala A de la Cámara Nacional Civil de la Capital ha dicho que "aún cuando la conducta del marido haya sido injuriosa, si los actos desdorosos por él cometidos se llevaron a cabo después de la separación de hecho, de modo que no afrentaron públicamente a la esposa, hiriendo injustamente sus valores físicos o espirituales, no corresponde establecer una reparación por daño moral". Sentencia definitiva CNCiv., sala A, N° de recurso A224667, 25-9-97, vocal preopinante: Escuti Pizarro. Fallos citados y referidos por Medina, Graciela. *Daños en el derecho de familia*, Ob. Cit., p. 79.

⁶²¹ La Sala E de la Cámara Nacional Civil de la Capital ha sostenido que: "Para que exista daño moral que genere una reparación, no basta con que exista disgusto, desagrado, contrariedad o aflicción, sino que se requiere que posea determinada envergadura, que tenga prolongación en el tiempo y que lesione sentimientos espirituales. De ahí que no procede la reparación si el accionar no ha sido abiertamente ostentoso o agravante, mostrándose en actitudes francamente indecorosas. Y si la propia cónyuge reconoce su responsabilidad en el fracaso matrimonial, lo que bien pudo contribuir -aun cuando no justificar- a las actitudes que se estimaron injuriosas de parte del marido, el pedido es improcedente". Sentencia definitiva CNCiv., Sala E, N° de recurso: E173615, 15-9-95, vocal preopinante Calatayud. Fallos citados y referidos por Medina, Graciela. *Daños en el derecho de familia*, Ob. Cit., p. 79.

divorcio sin atribución de culpa. Es por ello que descartamos alguna opinión que, basada en la tesis amplia, sostiene que aún en caso de divorcio remedio pueda haber responsabilidad.⁶²²

a) Culpa grave y dolo como factores de atribución. De acuerdo a lo postulado en esta investigación, y en virtud del privilegio familiar, sólo son imputables aquellas conductas realizadas con dolo o culpa grave. Como adelantáramos en el punto 3.1.- anterior, el fundamento de esta posición no es sino el posibilitar el libre desenvolvimiento de las relaciones familiares, con los altibajos que le son propios, reservando la injerencia del Derecho sólo para aquellas conductas que revelan una especial intencionalidad dañosa o una inexcusable falta de diligencia incompatible con las mínimas exigencias de una vida familiar sana.⁶²³

⁶²² En este caso cabe preguntarse qué efecto trae para el cónyuge que debiendo haber demandado el divorcio sanción, ha accionado de divorcio remedio o por presentación conjunta: la pregunta es importante por las consecuencias jurídicas que de ese hecho pueden derivarse. Creemos que hay que distinguir, tratándose del daño derivado del divorcio en sí, de no deducirse la acción de divorcio sanción, es imposible reclamar daños por este concepto, ya que existiendo un divorcio sin responsables, mal podríamos enrostrar a alguno de ellos las consecuencias que éste genere; creemos que no se trata de una renuncia tácita a la acción de daños, ya que se trataría de una renuncia anticipada que no es posible, ya que ésta sólo sería renunciante una vez que el cónyuge está en situación de hacerlo, y ello ocurre cuando hay sentencia firme de divorcio sanción y no antes. Tampoco es que no hayan daños, o un hecho dañoso imputable –que de hecho pueden haberlos, y graves-; lo que ocurre es que desde el momento en que el cónyuge inocente decidió no deducir acción de divorcio sanción, irrevocablemente desconectó causalmente el daño con el hecho que lo genera, debiendo buscarse el responsable en otra persona, o circunstancias, no en su consorte. Tratándose del daño derivado de los hechos constitutivos de la causal, estimo que es necesario hacer una nueva distinción, entre un delito o cuasidelito civil genérico (daño por lesiones graves, cuasidelito de homicidio, etc) y delitos o cuasidelitos civiles específicamente familiares (daño derivado del adulterio, del abandono, etc). En el primer caso, la acción de daños indudablemente que puede interponerse separadamente, y en cualquier tiempo, sin que ello signifique una renuncia o un aminoramiento del daño. Distinto es el caso de los delitos civiles específicamente familiares, caso en el cual, el hecho de no accionar de divorcio sanción, puede estimarse como una renuncia tácita a la acción de daños, o que los supuestos daños nunca fueron graves, y por ende, no resarcibles. Por eso es que pensamos que tratándose de delitos o cuasidelitos específicamente familiares, existen una conexidad muy próxima entre la acción de divorcio sanción y la acción de daños, en términos que aquella es prejudicial en relación a ésta.

⁶²³ En la doctrina **Cifuentes** fue el primero puso el acento en la gravedad de la culpa para ser factor de atribución. Señala este autor que sólo correspondería hacer lugar a la demanda “cuando los hechos que llevaron al divorcio tienen una fuerza dañadora muy punzante en el prestigio, en las esencias comunes espirituales, en lo físico u orgánico, provocan una lesión al bien extrapatrimonial que debe ser compensada con carácter autónomo. Este autor brinda

En la doctrina se discute cual es el factor de imputación. Para una posición minoritaria encabezada por MOSSET ITURRASPE⁶²⁴, sólo son imputables aquellas conductas realizadas con dolo. Para la mayoría, entre ellos FERRER⁶²⁵ y MEDINA⁶²⁶, son imputables las realizadas con dolo o culpa grave.

La discusión es importante por sus consecuencias, si admitimos cualquier culpa, todo proceso de divorcio contradictorio daría lugar a una acción de daños. De admitirse sólo la culpa grave o el dolo como factor de atribución, sólo serán relevantes para el Derecho aquellas conductas más graves, desentendiéndose de otras que, aun siendo dañinas, no son sino manifestación del curso de la vida matrimonial con sus quiebres que le son propios.

Esta atenuación no hace sino permitir el libre desenvolvimiento de las relaciones internas de la familia, con sus roces y quiebres que les son propios de modo que, sólo serán relevantes para el Derecho los hechos que revistan mayor gravedad y que reflejen una especial intención dañosa o una inexcusable negligencia en el obrar. Así, quedarán fuera de la órbita de lo resarcible, las simples omisiones, inadvertencias o incumplimiento de deberes.

algunos ejemplos: el insulto en público con un verdadero escándalo, endilgando conductas muy bajas; el adulterio desembozado, que produzca un rebajamiento ante otros, un ataque a la dignidad del cónyuge; los golpes que dejan marcas y entrañan sufrimientos muy graves; la gravedad de los hechos penetra en el régimen matrimonial, por un lado con el divorcio como punto final. Entiende Cifuentes que para hacer lugar a la reparación el juzgador tiene que tener en cuenta la índole dolorosa y acentuada del ataque, que sobrepasa la mera relación matrimonial en sus implicancias, culpas y quiebres.

⁶²⁴ Mosset Iturraspe, Jorge. "Los daños emergentes del divorcio". *LL.*, 1983-C-348, n° VI., citado y referido por Ferrer, Francisco A. M. *Daños resarcibles en el divorcio*, Ob. Cit., p. p. 60., quien señala que: "son comportamientos queridos por su autor, son estrictamente hechos dolosos y no culposos, son acciones u omisiones que persiguen un resultado, a sabiendas y con intención. Quien viola los deberes conyugales lo hace queriendo, quiere el hecho injurioso".

⁶²⁵ Ferrer, Francisco A. M., *Daños resarcibles en el divorcio*, Ob. Cit., p. 60., señala que: "...nos parece más acertada la tesis amplia que admite el dolo o la culpa como factores subjetivos de atribución de responsabilidad. Si bien por lo general los hechos que motivan la separación o el divorcio constituyen un daño intencionado contra el otro cónyuge, puede ocurrir que no sea así. Tal el caso de injurias graves cometidas sin ánimo de ofender, es decir, los hechos no cometidos con el propósito de injuriar al cónyuge, pero que implican falencias de conducta de las que se tiene o debería tener el convencimiento de su incompatibilidad con los deberes matrimoniales y que se traducen en motivos de humillación o agravio para el otro cónyuge.

⁶²⁶ Medina, Graciela. *Daños en el derecho de familia*, Ob. Cit., p. 83.

b) La culpa grave no es ajena al Derecho de familia. La gradación tripartita de la culpa que establece el art. 44 CC, no es ajena al Derecho de familia, y es así como el art. 256 CC establece que el padre o madre, responde, en la administración de los bienes del hijo, hasta de culpa leve. No obstante, es del inc. 1° del art. 54 de la LMC, de donde se puede deducir que en materia de divorcio el factor de atribución es la culpa grave. En efecto, este párrafo dice que 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. Corrobora este aserto el hecho de que los numerales 1°, 2°, 3°, 5° y 6° del art. 54 de la LMC, dicen relación con conductas que denotan una especial gravedad del agente.

Entonces si para exigir resarcimiento es necesario que la sentencia declare la culpa por alguna de estas *graves violaciones* de los deberes y obligaciones que impone el matrimonio, carece de sentido exigir un estándar menor en la conducta del cónyuge, a la hora de evaluar el daño. Si ya se fue exigente en materia de divorcio, no tiene sentido bajar el estándar en materia de daños, donde existe la misma razón ha de aplicarse la misma disposición. En la doctrina, la mayoría comparte esta postura, así ALTERINI y LÓPEZ CABANA⁶²⁷, MEDINA⁶²⁸ y FERRER⁶²⁹ sostienen que es éste el factor de atribución.

⁶²⁷ Alterini, Atilio y López Cabana, Roberto. "Cuestiones de responsabilidad civil en el derecho de familia, LL, ejemplar del 15/2/91., quienes señalan que: "La responsabilidad civil en las relaciones de familia esta sometida a las reglas generales, pero los criterios de aplicación deben tomar en cuenta las características del sistema familiar vinculándolos con los intereses superiores en la constitución de la familia y su estabilidad y con el sentimiento de justicia de la comunidad. El principio según el cual quien causa un daño injusto debe repararlo no es absoluto. Hay casos en los cuales debe negarse la acción resarcitoria si no existe el dolo o culpa grave".

⁶²⁸ Medina, Graciela. *Daños en el derecho de familia*, Ob. Cit., p. 83., sostiene que: "consideramos que para ser causa de divorcio debe existir culpa grave en el actuar del ofensor, y para dar lugar a la responsabilidad por daños y perjuicios derivados del divorcio también debe existir culpa grave".

⁶²⁹ Ferrer, Francisco A. M., *Daños resarcibles en el divorcio*, Ob. Cit., p. 60., quien señala: "nos parece más acertada la tesis amplia que admite el dolo o la culpa como factores subjetivos de atribución de responsabilidad".

c) Concurrencia de culpas. Este problema se refiere al caso de que ambos cónyuges han sido declarados culpables, o, siendo sólo uno de ellos culpable, el otro, no obstante, admite responsabilidad. En ambos casos se presenta la interrogante de si es procedente la reparación de los perjuicios sufridos por ellos. Esta situación podría presentarse en nuestro país, y al respecto hay que distinguir varias situaciones.

Un caso es que ambos cónyuges sean culpables del divorcio por hechos distintos; por ejemplo, el adulterio de la mujer y los malos tratamientos del marido que le ocasionaron lesiones. Para BELLUSCIO⁶³⁰, cada cónyuge responderá de los daños y perjuicios ocasionados por el hecho dañoso cometido. Para SAMBRIZZI⁶³¹ es necesario distinguir entre los daños morales y los patrimoniales, no siendo procedente los primeros, no así en los segundos. MAZZINGHI⁶³², quien comparte en principio la opinión anterior, agrega que, por excepción, cuando las culpas son enteramente desproporcionadas, podría acogerse, no obstante, un reclamo por el daño moral. Finalmente para BORDA⁶³³

⁶³⁰ Belluscio, Augusto César. “Daños y perjuicios derivados del divorcio”. *Responsabilidad civil en el derecho de familia*. Ob. Cit., p. 37.

⁶³¹ Sambrizzi, Eduardo, *Daños en el Derecho de Familia*, Ob. Cit., p. 158., quien afirma: “Ello, en razón de que al haber cada uno de los esposos incurrido en una o más de las causales que contempla la ley, no puede ninguno de ellos moralmente pretender que el daño que recibió tuvo su causa en la conducta del otro, cuando él mismo ha incurrido en una conducta similar”. Agrega Sambrizzi que: “...cuando se trata de reparar los daños patrimoniales efectivamente sufridos por uno o por ambos esposos, derivados de los hechos constitutivos de causales de separación o de divorcio, cada uno de ellos debe responder –aún habiendo sido ambos declarados culpables–, por los perjuicios que se le causaron al otro esposo. Pero la reparación se limita, a nuestro juicio, a los daños que cada uno de los esposos causó al otro con motivo de esos hechos, no siendo reparables, en cambio, los daños que derivan del divorcio en sí mismo, al cual –por hipótesis–, han contribuido ambos esposos, por lo que no se pueden recíprocamente demandar una reparación”.

⁶³² Mazzinghi, Jorge, *Derecho de Familia*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1999, t. III, (N° 599), p. 371., quien da como ejemplo el caso en que uno de los esposos hubiera atentado contra la vida del otro, y éste únicamente lo hubiera injuriado en juicio.

⁶³³ Borda, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil. Familia*. t. I, Ob. Cit., N° 604-I, pp. 517 y 518., quien sostiene que “Es inadmisibles en la hipótesis que se analiza cada uno de los cónyuges deba indemnizar los daños ya sea materiales o morales causados al otro. Suponiendo que ambos cónyuges hubieran sido adúlteros, repugnaría al sentido común y a la moral otorgarle acción a uno de ellos para reclamar los daños morales que le ha causado el adulterio del otro. Y añade que en cuanto a los daños materiales, uno de los cónyuges no se puede agraviar contra la

y FERRER⁶³⁴, son inadmisibles reclamos de esta índole, así también lo ha entendido una parte de la jurisprudencia trasandina⁶³⁵, no obstante que en ocasiones también se ha resuelto lo contrario⁶³⁶. En Francia, con anterioridad a la ley de 11 de julio de 1975, se discutía si la indemnización podía proceder en el supuesto de divorcio por culpa de ambos cónyuges⁶³⁷. Tras la reforma, el artículo 266 señaló que cuando el divorcio se pronuncia por *culpa exclusiva* de uno de los esposos, éste puede ser condenado al pago de los daños y perjuicios

conducta del otro, cuando el mismo ha incurrido en una causal suficiente para que se decrete el divorcio o la separación personal”.

⁶³⁴ Ferrer, Francisco A. M., *Daños resarcibles en el divorcio*, Ob. Cit., p. 67 y 68., este autor, que al igual que Borda, rechaza reclamos indemnizatorios en caso de concurrencia de culpas sostiene que en este caso “...ambas culpas se neutralizan, se anulan recíprocamente”. Agrega el citado autor: “Es necesario adecuar las reglas generales de la responsabilidad a las especiales características de las relaciones conyugales, y dada su índole, no entrar a distinguir y comparar los perjuicios de cada uno derivados de sus respectivas conductas antijurídicas, porque en definitiva se llega efectivamente a una indirecta e ineludible compensación de culpas que nuestro derecho no tolera”.

⁶³⁵ Así se ha resuelto que “La legitimación para solicitar la reparación del daño moral ocasionado como consecuencia de los hechos constitutivos de las causales de divorcio, la posee solamente el cónyuge que no dio causa al divorcio, es decir el inocente. De allí que, al tratarse de un supuesto de culpa de ambas partes, tal reparación no puede tener cabida”. En igual sentido la sala J de la Cámara Nacional Civil, con voto de la doctora Wilde, ha resuelto: “Decretado el divorcio por culpa de ambos esposos, se trata de una consecuencia de los hechos que surgieron de la interpelación de ambos. Luego, al no ser el peticionante del resarcimiento por daño moral un cónyuge inocente sino, por el contrario, un copartícipe responsable de los hechos constitutivos de las causales del divorcio, la indemnización debe rechazarse”. La Cámara Civil y Comercial de San Isidro, sala I, ha sostenido, en posición que no compartimos, que “La inocencia es condición sine qua non para reclamar el resarcimiento por los daños y perjuicios sufridos por la violación de los deberes matrimoniales. Siendo ambos cónyuges culpables del desquiciamiento matrimonial, la indemnización pretendida por la cónyuge, también culpable, no es procedente, y no existiendo compensación de injurias en el divorcio, no es posible graduar la indemnización según el grado de culpabilidad sino que debe rechazarse la pretensión indemnizatoria”. Todos los fallos citados y referidos por Medina, Graciela. *Daños en el derecho de familia*, Ob. Cit., p. 85.

⁶³⁶ Otros tribunales han fallado que corresponde indemnizar el daño aun en el supuesto del divorcio por culpa de ambos cónyuges. Así se juzgó en un caso donde el divorcio había sido declarado por culpa de ambos, la esposa por injurias y el marido por haber contraído matrimonio religioso con otra mujer vigente el vínculo con su cónyuge legal. En el supuesto se condenó a pagar los daños al esposo no obstante la culpabilidad de la mujer por las injurias. En igual sentido se ha resuelto que “Corresponde indemnizar el daño moral sufrido por una persona debido al adulterio en que incurrió su cónyuge luego de producida la separación de hecho y aun cuando aquélla haya a su vez incurrido en otra causal de divorcio, pues el agravio que provoca el adulterio a todas luces conocido -en el caso, la esposa encontró en un comercio a su esposo y a la mujer que convivía con éste- debe haber representado una angustia más profunda que la sufrida por el adúltero”.

⁶³⁷ Sambrizzi, Eduardo. *Daños en el Derecho de Familia*, Ob. Cit., p. 170.

materiales y morales que la disolución del matrimonio haya hecho sufrir a su cónyuge⁶³⁸. Idéntica solución ha fijado el art. 151 del código civil suizo; el art. 144 del código de la familia de Bolivia de 1972 y el art. 301 del código civil belga (reformado por ley de 1975).

Un segundo caso es aquel en que ambos cónyuges son culpables pero por un mismo hecho; por ejemplo, por culpa de ambos se produce una fuerte discusión que deviene en riña resultando uno de ellos lesionado. Para BELLUSCIO⁶³⁹, deben aplicarse los principios relativos a concurrencia de culpas, pues se trata de un hecho ilícito común. Y para FERRER⁶⁴⁰, en ningún caso corresponde indemnización.

En nuestra opinión en ambos casos debe rechazarse todo reclamo resarcitorio. Si bien en el primer caso podría haber duda, dada la relativa independencia recíproca entre ambos eventos dañosos, sin embargo, como apunta FERRER⁶⁴¹, la ética que rige las relaciones de familia impediría aplicar en este caso el principio de compensación, no de culpas como dice el autor, sino de responsabilidades; cualquier razonamiento en contrario no sería sino alimentar las mutuas agresiones entre cónyuges. En el segundo caso, el asunto es más simple puesto que es indiscutible que debe negarse toda pretensión resarcitoria, ya que ambos cónyuges han provocado con su actuar, un mismo resultado dañoso⁶⁴².

⁶³⁸ Dicho artículo fue posteriormente reformado por la Ley 439-2004, de 26 de mayo de 2004 (art. 17). Actualmente el art 266 CC Fr., dice: "Sin perjuicio de la aplicación del artículo 270, puede acordarse una indemnización de daños y perjuicios a favor de uno de los cónyuges, en reparación de las consecuencias particularmente graves sufridas por el hecho de la disolución del matrimonio, ya cuando hubiera sufrido una demanda de divorcio por alteración definitiva del vínculo conyugal sin haber formulado, a su vez, ninguna demanda de divorcio, o cuando el divorcio se hubiera declarado por **culpa exclusiva** de su cónyuge." "Esta petición sólo podrá formularse con ocasión de la acción de divorcio" (Código Civil Francés, traducción de Alvaro Núñez Iglesias, Editorial Marcial Pons, Barcelona, 2005. pp. 155 y 156.).

⁶³⁹ Belluscio, Augusto César. "Daños y perjuicios derivados del divorcio". *Responsabilidad civil en el derecho de familia*. Ob. Cit., p. 37.

⁶⁴⁰ Ferrer, Francisco A. M., *Daños resarcibles en el divorcio*, Ob. Cit., p. 67.

⁶⁴¹ Ferrer, Francisco A. M., *Daños resarcibles en el divorcio*, Ob. Cit., p. 67 y 68.

⁶⁴² Desde la órbita del daño, creemos que sólo en el segundo caso hay un verdadero problema de concurrencia de culpas, no así en el primero en que existe más bien, un problema de

5.5.4.- El daño.

Cierto es que para que un daño sea resarcible debe reunir determinados requisitos, a saber: que sea originado por una persona distinta al ofendido, que consista en una turbación o molestia anormal, que el interés lesionado sea lícito, que el daño sea cierto y que no esté reparado.

a) El daño debe ser originado por una persona distinta al ofendido. En relación a este requisito CORRAL TALCIANI⁶⁴³ ha planteado que en el caso del daño provocado por el divorcio en sí, éste sólo sería resarcible en la medida que el cónyuge que lo reclama, no haya sido quien dedujo la acción de divorcio sanción, puesto que de lo contrario, sería él quien ha preferido tal situación, en similares términos, aunque rechazando a todo evento el resarcimiento, parece pronunciarse HERNÁNDEZ PAULSEN⁶⁴⁴.

Rechazamos tales opiniones ya que el cónyuge que acciona de divorcio sanción lo hace precisamente, para remediar una situación de desquiciamiento familiar provocada por el otro cónyuge. La tesis de CORRAL conduce al absurdo de estimar que el cónyuge inocente debe abstenerse de accionar de divorcio

concurrencia de responsabilidades que, en principio, podrían compensarse. No así desde la óptica del divorcio que, en ambos casos, hay concurrencia de culpas, de ahí que percibamos una cierta confusión en las opiniones de algunos autores.

⁶⁴³ Corral Talciani, Hernán. “Una ley de paradojas: Comentario a la Nueva Ley de Matrimonio Civil”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, Santiago, N° 2, 2004, p. 267. Dice don Hernán Corral: “Puede reclamar indemnización por los daños morales y materiales causados por el incumplimiento marital y también por la situación económica desmedrada en que quedará como resultado de un divorcio cuando ha sido declarado culpable” (...) “la indemnización de los resultados del divorcio no será razonable otorgarla al cónyuge que demanda por propia iniciativa el divorcio por culpa, ya que es él quien prefiere esa situación. Pero sí deberá serle concedida al cónyuge que, ante la demanda de divorcio unilateral de su consorte, se defiende reconventionalmente pidiendo que se declare el divorcio por falta imputable y se le indemnicen los perjuicios provocados por el hecho culpable y por los resultantes del divorcio, que no alcancen a ser cubiertos por la compensación económica prevista por las normas de los Art. 61 y siguientes de la Nueva Ley”.

⁶⁴⁴ Hernández Paulsen, Gabriel. “Responsabilidad civil por daños ocasionados en las relaciones de familia” en *Revista del Abogado. Colegio de Abogados de Chile*, Ob. Cit., p. 29., quien señala que: “En el caso del divorcio-sanción la solicitud de divorcio la presenta el inocente, de manera que la sentencia de divorcio es motivada por la petición formulada por él y no por la conducta inmediata del culpable, sin perjuicio que ésta sea la causa mediata de la demanda y de la sentencia de divorcio...”.

sanción, a fin de lograr el resarcimiento, espera que podría ser eterna, porque aun cuando espere los tres años que exige el divorcio remedio, el sólo ejercicio de esta última acción le impediría de reclamar los daños⁶⁴⁵, sin perjuicio que la acción civil podría estar prescrita. Por otra parte, el ejercicio de la acción de divorcio sanción es un derecho irrenunciable, cuyo ejercicio en ningún caso puede estar teñido de alguna connotación de antijuridicidad, ya que es el cónyuge culpable quien ha provocado la crisis conyugal.⁶⁴⁶

b) Sólo son reparables aquellos daños particularmente graves. En relación al segundo requisito, y según hemos postulado, no cualquier daño da lugar a una indemnización, y éste ha de ser más que una molestia o turbación anormal. De este modo, *sólo los daños graves se indemnizan*, quedando fuera de la órbita de lo resarcible, las simples omisiones o el incumplimiento de deberes que no reflejen una especial intencionalidad dañadora o una negligencia intolerable para la vida familiar. En todo caso debemos conceder en que es éste un factor enormemente subjetivo, y que en último término queda entregado al criterio del juzgador, el determinar si el daño tiene la entidad suficiente, como para ser reparado.

c) El daño no debe estar reparado. El último requisito exige que el daño sea subsistente, esto es, que el daño no debe estar reparado al tiempo en que se reclama. Entonces cabe preguntarse si circunstancias posteriores a su ocurrencia pueden darlo por reparado o atenuar el monto de la eventual

⁶⁴⁵ Podría deducirse del ejercicio de la acción de divorcio remedio que no hay una conducta grave que haga intolerable la vida en común, haciendo inviable una pretensión de daños que, atendida la conducta procesal del actor, han de estimarse de poca envergadura, de otro modo habría ejercitado la acción de divorcio sanción. De igual modo, el dejar pasar el tiempo sin ejercitar la acción de daños puede ser razonablemente interpretado como que los daños nunca fueron graves, de otro modo los habría demandado antes, o incluso que ya sanaron, atendido el lapso de tiempo transcurrido. Según algunos, el no ejercicio de la acción de divorcio sanción requisito ineludible para reclamar daños derivados del divorcio en sí, puede ser interpretado como una renuncia tácita a la acción de daños. En fin, aún cuando se pretendiera reclamar en juicio aparte el resarcimiento del hecho constitutivo de la causal, en virtud de la doctrina de los actos propios, habría una notable falta de coherencia entre la acción de divorcio remedio y un reclamo paralelo o posterior por daños, que podría ser usada por la contraparte.

⁶⁴⁶ Así Sambrizzi, Eduardo, *Daños en el Derecho de Familia*, Ob. Cit., p. 161.

indemnización. Ya que ello podría implicar, según FERRER⁶⁴⁷, un *enriquecimiento injusto* para el supuesto perjudicado.

Una situación podría serla el hecho de que el cónyuge que demanda daño moral por la soledad y el abandono a que lo sume el divorcio, comienza a vivir en concubinato o contrae matrimonio, obtenido el divorcio o incluso antes. Estima BARBERO⁶⁴⁸, que en tal caso hay que entender que la lesión o el daño no tienen ni el alcance, ni la dimensión, necesarios para sustentar la acción de reparación o que existe una renuncia tácita, en igual sentido se pronuncia FERRER⁶⁴⁹.

Si bien compartimos éstas opiniones, disentimos en cuanto al concubinato. En este caso, por tratarse de una relación que no goza de estabilidad, sólo puede estimársele un paliativo. No obstante, si han pasado algunos años, es un indicador que el daño civil nunca fue grave, de otro modo habría accionado antes y difícilmente habría podido enfrentar una nueva relación.

5.5.5.- Los daños resarcibles en el divorcio.

Como hemos señalado, en materia de daños en el divorcio cabe distinguir entre los daños ocasionados por los hechos constitutivos de la causal y aquellos derivados del divorcio en sí. A continuación veremos las distintas especies de daños a partir de esta distinción.

a) Daño patrimonial derivado del hecho constitutivo de la causal de divorcio. Normalmente el daño económico derivado de los hechos constitutivos de la causal de divorcio son bastante menores en relación a aquellos de la misma naturaleza provocados por el divorcio en sí mismo. Serían ejemplos de daños de este tipo: el daño emergente y el lucro cesante a consecuencia de lesiones físicas o psicológicas, entre ellas los gastos médicos, los tratamientos

⁶⁴⁷ Ferrer, Francisco A. M., *Daños resarcibles en el divorcio*, Ob. Cit., p. 86.

⁶⁴⁸ Barbero, Omar. *Daños y perjuicios derivados del divorcio*, Ob. Cit., p. 232.

⁶⁴⁹ Ferrer, Francisco A. M., *Daños resarcibles en el divorcio*, Ob. Cit., pp. 86 y 87.

psicológicos, la incapacidad para trabajar, o incluso la pérdida de un empleo, etc. BARBERO⁶⁵⁰ y FERRER⁶⁵¹, mencionan otros ejemplos tales como: gastos para el servicio doméstico, gastos de alojamiento de los hijos más pequeños en guarderías y de internación de los mayores en colegios; de traslados y mudanzas, el alquiler de una vivienda, etc.

b) Daño patrimonial derivado del divorcio en sí. Entre este género de daños, es normalmente éste el que mayor impacto económico causa al grupo familiar, entre los que podemos mencionar: la disolución anticipada de la sociedad conyugal, la pérdida de la vocación hereditaria y la modificación de la situación económica.

1º) Disolución anticipada de la sociedad conyugal. En relación a la disolución anticipada de la sociedad conyugal⁶⁵², en Francia antes de la reforma al Code de 1975, la jurisprudencia⁶⁵³ consideró reparable el perjuicio material derivado de la disolución anticipada de la comunidad de bienes entre los esposos. En Argentina, antes de la Ley 17.711, el cónyuge que obtenía el divorcio podía abstenerse de solicitar la partición de bienes. Sin embargo, a partir de esta ley, la nueva redacción del art. 1306 del CC Arg., establece el principio de disolución *ipso jure*, de la sociedad conyugal.

En Chile, de acuerdo al art. 54 LMC, el divorcio pone término al matrimonio; y conforme lo señala el art. 1764 N° 1 CC, en dicho caso, se disuelve la sociedad conyugal. No obstante, la disolución no se produce *ipso*

⁶⁵⁰ Barbero, Omar. *Daños y perjuicios derivados del divorcio*, Ob. Cit., p. 234.

⁶⁵¹ Ferrer, Francisco A. M., *Daños resarcibles en el divorcio*, Ob. Cit., p. 84.

⁶⁵² Borda, Guillermo. La reforma de 1968 al código civil. Perrot, Buenos Aires, 1971, p. 451., texto citado y referido por Barbero, Omar. *Daños y perjuicios derivados del divorcio*, Ob. Cit., p. 238.: da Borda el siguiente ejemplo: "Supongamos el caso de que el marido haya formado con su trabajo un importante fondo de comercio, una sociedad. En un momento dado, la mujer se enamora de otro hombre, lo abandona; se plantea el divorcio, que se decreta por culpa de la esposa y por la causal de adulterio. No obstante ello, ésta tendrá derecho a la mitad de los bienes. El fondo de comercio, la sociedad, se verán privados de la mitad de su capital. Es probablemente la ruina del negocio. Y así, el marido, que ha visto destruido su hogar por el adulterio de su esposa, se encuentra también arruinado. Es una disolución que dista de ser satisfactoria...".

⁶⁵³ Corte de París, 26-06-63, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, París, 1964, p. 289.

jure, y sólo se materializa en la medida que se lleve a cabo la partición de bienes, conforme al art. 1776 CC. Así las cosas, parece ser que en nuestro país, en principio, el divorcio no generará un daño material, en la medida que no se solicite la partición del haber social⁶⁵⁴.

2º) La pérdida de la vocación hereditaria. En nuestro país de acuerdo al art. 60 LMC, el divorcio pone fin a los derechos sucesorios recíprocos entre cónyuges⁶⁵⁵. De tal suerte, cabe preguntarse si la pérdida del derecho hereditario sufrida por el cónyuge inocente, es un daño indemnizable. En Francia la jurisprudencia sostuvo en alguna oportunidad que éste constituía un daño resarcible; a igual conclusión han arribado en el país trasandino algunos plenarios de la Cámara Civil⁶⁵⁶.

En nuestra opinión creemos que no constituye en sí misma un daño resarcible para el cónyuge inocente, ya que la concreción del daño depende de que dicho cónyuge sobreviva al culpable, lo cual puede no ocurrir –es *hecho futuro e incierto*–, de tal suerte que sería un daño meramente eventual, y por consiguiente, no indemnizable⁶⁵⁷. Con todo, ello no quita que pueda reclamarse a título pérdida de una chance, cuyo margen de probabilidad deberá ser ponderado caso a caso, quedando en definitiva a la prudencia del juzgador, el acogerlo o rechazarlo.

3º) Modificación de la situación económica. Otro posible daño lo constituye la modificación de la situación económica del cónyuge y del grupo familiar con posterioridad al divorcio.

⁶⁵⁴ En todo caso si el perjuicio no se evidencia en el plazo de cuatro años contados desde que la sentencia de divorcio se encuentre firme y ejecutoriada, o bien el descalabro económico se haya debido a otros factores o haya podido ser evitado con mediana diligencia, creemos que no procedería la acción de daños. En el primer caso porque la acción estaría prescrita; en el segundo, porque no habría nexo causal por interferencia de una causa extraña o en el mejor de los casos, por haber concurrencia de culpas, con la consiguiente rebaja de la indemnización; y, en el tercero, porque en realidad el perjuicio fue causado por quien pretende el resarcimiento.

⁶⁵⁵ Igual solución plantea el art. 3574 del CC argentino.

⁶⁵⁶ El plenario de la Cámara Civil de la Capital que había dicho que “...el divorcio vincular, no hace cesar el derecho hereditario del cónyuge no culpable a menos que con anterioridad a la sentencia haya incurrido en algún acto que cause la caducidad de su vocación sucesoria”.

⁶⁵⁷ Barbero, Omar. *Daños y perjuicios derivados del divorcio*, Ob. Cit., p. 240.

En Francia, en 1970⁶⁵⁸ y 1971⁶⁵⁹ la Corte de Casación ha estimado resarcible, con arreglo, eso sí, al art. 311 del CC Fr., el daño patrimonial experimentado por la mujer a consecuencia de la disminución de la situación patrimonial de que gozaba durante el matrimonio en tanto fuese distinto de la desaparición del deber de asistencia material, por ejemplo, por la pérdida de su parte en los recursos y rentas comunes y en los beneficios del comercio al cual el marido se dedicaba⁶⁶⁰; por la reducción del tren de vida llevado durante el matrimonio y la necesidad de la mujer de afrontar gastos que generalmente corren por cuenta del marido⁶⁶¹; o de trabajar o dedicarse al ejercicio de una profesión, además de la carga moral de cuidar y educar a los hijos⁶⁶²; el estado de necesidad de la mujer como consecuencia de haber dejado su profesión para ayudar al marido en la suya o consagrarse al hogar⁶⁶³; la necesidad del marido vuelto del cautiverio de colocarse como obrero agrícola, cuando antes era cultivador independiente, como consecuencia del mal estado financiero del matrimonio⁶⁶⁴; o la situación de la mujer de cierta edad que además de su trabajo profesional debe sostener y educar a sus hijos⁶⁶⁵; y en otra ocasión se tuvo en cuenta el mantenimiento de un menor cuya proyectada adopción se frustró por el abandono del marido⁶⁶⁶.

En Argentina la doctrina entiende que la modificación de la situación económica no es un daño indemnizable como tal, ya que encuadra dentro del deber alimentario establecido en el art. 207 Cc Arg. Por lo que el cónyuge que no ha dado

⁶⁵⁸ Corte de Casación Sala Civil, 4-06-1970. *Recueil Dalloz Sirey*, Somaires, 1970, p. 206.

⁶⁵⁹ Corte de Casación, Sala Civil, 24-03-1971. *Recueil Dalloz Sirey*, 1971, p. 539.

⁶⁶⁰ Corte de Casación, Sala Civil, 16-05-1974. *Recueil Dalloz Sirey*. Informations rapides, 1974, p. 183.

⁶⁶¹ Corte de Casación, Sala Civil, 23-05-1949. *Recueil Dalloz Sirey*, 1949, p. 443.

⁶⁶² Corte de Casación, Sala Civil, 24-03-1971. *Recueil Dalloz Sirey*, 1971, p. 539.

⁶⁶³ Corte de Casación, Sala Civil, 16-07 y 19-07-1976. *Encyclopédie juridique Dalloz*. Répertoire de droit civil, voz "Divorce", n° 1527.

⁶⁶⁴ Corte de Amiens, fallo de 04-12-1946, *JA*, 1947-IV-16, Doctrina, n° 2.

⁶⁶⁵ Corte de Casación, Sala Civil, 16-07-1965. *Encyclopédie juridique Dalloz*. Répertoire de droit civil, voz "Divorce", n° 1527.

⁶⁶⁶ Corte de Casación, Sala Civil, 12-11-1959. *Recueil Dalloz Sirey*. Informations rapides, 1978, p. 262.

causa a la separación personal va a tener derecho a ser mantenido en el mismo nivel económico que gozaba durante el matrimonio, sin recurrir a los presupuestos de la responsabilidad civil.

Pensamos que en nuestro Derecho el asunto merece una distinción, tratándose del daño económico emergente, en principio no hay problema que obste su resarcibilidad, más aún si existen de por medio conductas dolosas del otro cónyuge. Sin embargo, tratándose del lucro cesante, sólo será resarcible aquél distinto del derivado de no haber ejercido una actividad económica o remunerada, pues éste, ya ha sido cubierto por la compensación económica, pero sólo en la medida que haya habido condena.

c) Daño extrapatrimonial derivado de los hechos de la causal. Según hemos sostenido reiteradamente, que la falta de amor, las carencias afectivas o la pérdida del vínculo afectivo no se indemnizan, debiendo quedar reservada sólo a las conductas que constituyan auténticos agravios al otro cónyuge⁶⁶⁷.

1º) Daño psicológico por violencia física o moral. Uno de los más comunes lo constituye el daño psicológico a consecuencia de violencia física o moral, descalificaciones, malos tratos, etc. Daño que sin duda alguna es resarcible, pudiendo demandarlo en juicio aparte desligado de un proceso de divorcio, si se cuenta con una sentencia firme por VIF.

2º) Daño moral provocado por el adulterio. Otra situación la constituye el daño moral provocado por el adulterio que, de acuerdo a lo que hemos expuesto, la sola infracción del deber de fidelidad, en sí misma no es indemnizable, lo contrario no sería sino cobrar el precio del desamor. No obstante, si al adulterio concurren otras circunstancias que lo hacen particularmente oprobioso, como ser un concubinato de pública notoriedad y escándalo, rechazo social, o injurias y descalificaciones por parte del cónyuge infractor, sería resarcible, pero en este caso, nótese que en realidad el daño

⁶⁶⁷ El dejar de amar no es en sí mismo un acto agravante aunque con ello se cause un profundo dolor a quien se dejó de amar.

proviene de esas otras conductas, no de la infracción del deber de fidelidad, conductas sin las cuales, dicha infracción no habría sido considerada.

3°) Daño moral provocado por el abandono. Igual razonamiento puede seguirse en el caso del abandono, en que igualmente creemos que el simple hecho de abandonar al cónyuge, en principio, no es indemnizable, ya que de lo contrario de estaría cobrando el precio del abandono. No obstante lo cual, si al abandono se suman otras situaciones similares a las descritas en el caso del adulterio o se ha dejado en el desamparo económico y/o afectivo al cónyuge e hijos abandonados, sería procedente la reparación. Pero al igual que en el caso anterior, el daño proviene de esas otras circunstancias adicionales, no del abandono en sí mismo.

d) Daño no patrimonial derivado del divorcio en sí mismo. Si bien las causales del divorcio pueden ser fuente de daños morales, también puede serlo el divorcio. Entre los daños no patrimoniales derivados del divorcio en sí están: la pérdida de la chance matrimonial, el rechazo social por el divorcio, los sufrimientos experimentados por la soledad y el abandono, etc. A continuación nos referiremos a esta clase de daños.

1°) Pérdida de chance matrimonial. Ha dicho la doctrina que con ello se puede causar un daño moral de suma gravedad, pues se lesiona el derecho que tiene la persona de vivir regularmente en ese estado civil. Cabe señalar que nuestra actual LMC consagra un divorcio vincular, que en modo alguno impide contraer nuevas nupcias, por lo cual, en principio, creemos que no sería un daño resarcible, ya que en cualquier momento el cónyuge afectado puede mudar su estado, difuminándose todo posible daño. Con todo, en ciertos casos, debido a la edad del cónyuge o a sus condiciones de salud, puede disminuir notablemente la probabilidad de contraer nuevas nupcias, en cuyo caso podría ser procedente su reparación.

2°) Daño causado por el rechazo social. Otro daño puede constituirlo la desconsideración o estigma social que puede sufrir el cónyuge a

consecuencia de su nuevo estado de divorciado. En Francia la Corte de Casación en un fallo de 1975⁶⁶⁸ estimó que constituía un daño moral resarcible derivado del divorcio en sí mismo, la desconsideración que en ciertos medios sociales puede acarrear al cónyuge la situación de divorciado, a igual conclusión había llegado antes, la Corte de Douai⁶⁶⁹, que en un caso parecido estableció el mismo precedente. En la doctrina, VELAZCO⁶⁷⁰ considera como daño resarcible, la desconsideración que en el medio social en que se desenvuelve el cónyuge inocente éste puede sufrir ante las injurias.

Debemos señalar que actualmente es cada vez más aceptado el divorcio; es más, en muchos casos el desvinculo conyugal, lejos de ser rechazado por el medio, es visto como un alivio. Por ello, pensamos que situaciones como las descritas son más bien excepcionales, por lo que se debe tener especial cuidado a la hora de ponderarlos, sobre todo cuando hay injurias de terceros, ya que en dicho caso, más bien cabría una acción directa contra éstos.

3°) Daño moral por la soledad y abandono en que se vive. En Francia la jurisprudencia⁶⁷¹ en numerosas ocasiones ha acogido reclamos de esta naturaleza. En la doctrina trasandina VELAZCO⁶⁷², afirma que el daño moral se configura por la soledad a que es constreñido el esposo inocente por el abandono, o por la ausencia de apoyo espiritual en la labor de educación de los hijos.

Pensamos que si el cónyuge inocente tiene una red familiar que lo apoya, a él y a sus hijos, es asistido económicamente por el cónyuge culpable o desarrolla una profesión u oficio que lo hace autovalente, y los hijos son visitados

⁶⁶⁸ Corte de Casación, Sala Civil, 28-10-1975. *Recueil Dalloz Sirey*, 1976, Informations rapides, p. 15.

⁶⁶⁹ Corte de Douai, 15-05-1962. *Revue Trimestrielle de droit civil*, 1963, p. 702.

⁶⁷⁰ Velazco, José Raúl, "La reparación de los daños y perjuicios derivados del divorcio" en *Responsabilidad Civil. Doctrinas Esenciales. Parte Especial*, Trigo Represas, Félix A., Director, Buenos Aires, 2007, t. iv, p. 687.

⁶⁷¹ Corte de Casación, Sala Civil, 22-10-1975. *Recueil Dalloz Sirey*, 1976, Informations rapides, p. 7. ; Corte de París, 26-06-1963. *Revue Trimestrielle de droit civil*, 1964, p. 289. ; Corte de París, 16-02-1979, *Recueil Dalloz Sirey*, 1979, p. 590.

⁶⁷² Velazco, José Raúl, "La reparación de los daños y perjuicios derivados del divorcio", p. 687.

regularmente por el otro padre o madre, no parece creíble el supuesto daño, más aún si con el divorcio han cesado los episodios que hacían intolerable la vida en común.

Distinto sería el caso de quien tras un largo matrimonio queda en la soledad, ya sea por no tener hijos, por su edad o porque no hay familiares que lo apoyen y asistan, y no puede desarrollar actividades lucrativas, en cuyo caso parece ser que hay un daño por este concepto.⁶⁷³ En fin, y aun cuando el tema es discutido y discutible, pensamos que el hecho de que el cónyuge reclamante haya contraído nuevas nupcias o haya iniciado un concubinato, excluiría o al menos atenuaría, una pretensión resarcitoria.⁶⁷⁴

5.6.- La acción indemnizatoria.

Corresponde analizar en este punto entre otros: el tribunal competente para conocer demandas de daños y los legitimados activos y pasivos, así como la oportunidad para deducir la acción.

5.6.1.- Tribunal competente para conocer de la acción civil.

La determinación del tribunal competente para conocer de una eventual acción de daños en materia de divorcio es un asunto que ha sido planteado en nuestros tribunales pero que, no obstante, no está resuelto; problema que está

⁶⁷³ Por estos motivos creemos que no es posible dar reglas rígidas que permitan discernir lo resarcible de lo no resarcible, sino más parámetros que permiten sopesar las circunstancias que rodean la situación y aquilatar la existencia del daño. Así por ejemplo, la duración de la vida matrimonial puede ser un parámetro relevante para identificar el daño, ya que un matrimonio que ha durado pocos años, donde desde un principio hubieron serias desavenencias, no parece ser el escenario más lógico para reclamos de esta índole. Por el contrario, un matrimonio de larga data donde, a pesar del quiebre, ambos cónyuges llevaron una relación estable, parece ser el escenario propicio para reclamos de esta naturaleza.

⁶⁷⁴ Así Ferrer, Francisco A. M., *Daños resarcibles en el divorcio*, Ob. Cit., pp. 84 y ss., quien sostiene que éste debe subsistir al momento en que se indemniza, por lo que si el cónyuge se ha vuelto a casar o vive en concubinato ha cesado de sufrir el daño.

estrechamente ligado al de la oportunidad para deducir la acción de daños. Recordemos que la Corte de Apelaciones de Concepción⁶⁷⁵ el año 2008 rechazó la incompetencia planteada por el magistrado de familia y resolvió que dicho tribunal tenía competencia para conocer del caso, con lo cual pareció resolverse el asunto.

Sin embargo, debemos recordar que el art. 8 de la LTF, fue modificado por la Ley 20.286 de fecha 15-09-2008, misma fecha que el fallo antes citado, eliminándose el numeral 19 de dicho artículo, que establecía su competencia para “*Toda otra cuestión personal derivada de las relaciones de familia*”. En su reemplazo, quedó el numeral 17 del mismo art. 8, que dispone: “*Toda otra materia que la Ley les encomiende*”. De lo cual parece desprenderse que el art. 8 de la LTF, ha dejado de ser una norma meramente enunciativa, pasando a ser taxativa, problema no menor a la hora de ventilar pleitos sobre daños en sede familiar, pues no hay ninguna norma “especial” que establezca expresamente que esta clase de pleitos es de competencia de los tribunales de familia. Este cambio legislativo plantea un problema, determinar cuál sería entonces el

⁶⁷⁵ Dijo la Corte de Concepción en sus considerandos 3 al 5: Que de acuerdo con el artículo 1º de la Ley Nº 19.968 los juzgados de familia tienen por misión conocer de todos los asuntos de que trata esta ley y los que les encomienden otras leyes generales y especiales, de juzgarlos y de hacer ejecutar lo juzgado; las materias de su competencia están establecidas en el artículo 8º en 19 números, el último de los cuales prescribe que debe conocer de “Toda otra cuestión personal derivada de las relaciones de familia”. 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 o asistencia, de respeto y protección recíprocos, derecho y deber de vivir en el hogar común, de cohabitación, de auxilio y de expensas para la litis. Que, por consiguiente, si tales son las relaciones de familia de orden personal que el matrimonio genera entre los cónyuges, forzoso es concluir que una demanda, aunque sea de indemnización de perjuicios, que se funde en la infracción de alguno de los deberes antes señalados, es de competencia del Juzgado de Familia. Otra cosa es lo que el tribunal pueda resolver sobre los aspectos de forma, fondo y procedencia de la acción. Por estas consideraciones y disposiciones legales citadas, se revoca en lo apelado la resolución de 19 de mayo pasado, registrada debidamente, en la parte que niega tramitar la demanda reconvenzional de indemnización de perjuicios por daño moral, y en su lugar se resuelve que ella también queda acogida a tramitación, debiendo el juez substanciarla en la forma que corresponda y conjuntamente con la acción de divorcio y reconvencción de compensación económica, suspendiendo, si fuere necesario, la tramitación que esté más avanzada hasta que todas lleguen al mismo estado.

tribunal con competencia para conocer este asunto, y cuál sería la oportunidad para deducir la acción.

En el Derecho comparado se discute si una demanda por daños en el divorcio puede entablarse en forma autónoma o debe estar unida a la demanda de divorcio.⁶⁷⁶ Tratándose del daño derivado del divorcio en sí mismo, no hay problema, y se entiende que la acción de daños es siempre posterior a la sentencia de divorcio, sólo allí se evidencian los daños. Sin embargo, tratándose del daño provocado por la causal, la solución es más compleja.

En efecto, una acción de daños anterior a la acción de divorcio podría significar su rechazo ya que según se ha dicho⁶⁷⁷, no parece razonable invocar el resarcimiento de un daño moral de supuesta envergadura mezclado con un matrimonio que subsiste, quizá las únicas excepciones serían el daño derivado de VIF, por contagio del SIDA, o por la comisión de delito penal, no así el derivado de infidelidades y abandonos⁶⁷⁸, en que la actitud procesal frente al divorcio de quien reclama los daños, condiciona en gran medida la verosimilitud de su reclamo.⁶⁷⁹

⁶⁷⁶ Ya que una demanda por los daños derivados del divorcio en cuanto tal, siempre es posterior a la sentencia de divorcio, ya que antes el daño no ha podido producirse, por lo que la acción de daños derivados del divorcio esta desligado del juicio de divorcio.

⁶⁷⁷ Así Fleitas Ortiz de Rozas, Abel. "Responsabilidad por daños y perjuicios entre cónyuges". *Revista de Derecho de Daños. Daños en las Relaciones de Familia*. Ob. Cit., pp. 183 y 184., quien acertadamente señala: "La lógica de la aplicación de las normas de responsabilidad civil llevaría a que el derecho al resarcimiento por el cónyuge que ha sufrido el daño imputable al otro, no necesite del juicio de separación personal o divorcio para su reclamo judicial. ¿Por qué asociar la reparación al juicio de divorcio? Si seguimos esta lógica, el derecho a reparación del daño material o moral, en su persona o en sus bienes, sufrido por un cónyuge e imputables al otro, va a subsistir aunque la separación personal o divorcio sean declarados por una causal objetiva (arts. 205 y 215 C. Civ.)" "No participamos de esa interpretación, que implicaría agregar a la batería de eventuales reclamos contenciosos de los cónyuges en conflicto, la posibilidad de una demanda autónoma de daños y perjuicios, anticipada al juicio de divorcio".

⁶⁷⁸ En Argentina así se señaló en las *Conclusiones de las Jornadas de Responsabilidad por Daños en homenaje a Jorge Bustamante Alsina*, Buenos Aires, 1990, en que dijo que ha de diferenciarse según se trate de "hechos ilícitos genéricos", en los cuales la acción sería autónoma e independiente, o "específicos del matrimonio, en que estaría condicionada al ejercicio de la acción de divorcio.

⁶⁷⁹ Quien dice sufrir un enorme daño moral por un adulterio pero no deduce acción de divorcio, no hace sino confesar con su actitud, o que el daño no es grave y por ende no indemnizable, ya que de otro modo habría deducido acción de divorcio. Incluso yendo más lejos bien podríamos pensar que detrás de ello hay un fraude para trasladar fondos, vía juicio simulado, de un cónyuge

Descartada tal solución –salvo los casos mencionados- puede plantearse una acción simultánea a la de divorcio pero ante un juez civil. Sin embargo, debe descartarse ya que ello supondría una coordinación entre ambas jurisdicciones que no es posible obtener; pudiendo darse situaciones absurdas como que en sede familiar es absuelto el cónyuge presuntamente culpable, desechándose el divorcio sanción y en sede civil es condenado.

Otra solución podría ser una demanda en sede civil, con posterioridad a la sentencia de divorcio. Sin embargo, ahí encontramos el problema de la prescripción, que sigue corriendo desde la perpetración del hecho, y bien podría estimarse prescrita la acción a la época de la demanda, ello, si estimamos que la acción de divorcio no interrumpe la prescripción civil por los daños producidos por los hechos de la causal.

El asunto es complejo y merece hacer una serie de distinciones. La primera dice relación con el tribunal competente para conocer de una eventual acción de daños. Al respecto hay dos soluciones posibles, cada una de ellas, indisolublemente ligadas al problema de la prescripción.

5.6.1.1.- Tribunal de Familia como competente para conocer de una acción de daños en el divorcio.

A favor de la competencia del Tribunal de familia pueden darse una serie de argumentos: por razones de economía procesal, conexidad, así como por la especialización en materias de familia que tienen sus magistrados y consejeros técnicos, corresponde que el juicio de daños se tramite ante un Tribunal de

a otro, en perjuicio de los terceros que así verían burlados sus créditos contra el cónyuge que se desprende de ellos. Incluso podrían avenir llegando a una especie de solución “expres” a su problema de daños y posteriormente, no se divorcian o lo hacen por común acuerdo, trastocando la buena fe del sistema judicial familiar. Así las cosas, y salvo los casos más graves que hemos enunciados, existen fundadas razones para rechazar una pretensión resarcitoria en el caso de que se pretenda accionar primero de daños y posteriormente de divorcio; este razonamiento puede replicarse respecto del abandono.

familia; abona a esta conclusión lo dispuesto en el art. 1, 5, 6, 7 y 8 N° 17 de la Ley 19.968.

Esta tesis, si bien no soluciona, por lo menos atenúa el problema de la prescripción de la acción de daños, por los hechos de la causal, ya que, la acción civil se interpone conjuntamente con la demanda civil.

Sin embargo, dicha solución choca frontalmente con el art. 8 N° 17 LTF, que es de carácter taxativo, y no permite a un tribunal de familia conocer de otros asuntos que los enumerados en dicho artículo o en otra norma especial, que al efecto, no existe. Por ende, no parece ser ésta la solución para resolver la competencia.

5.6.1.2.- Tribunal civil como competente para conocer de una acción de daños en el divorcio.

Descartada la solución anterior, cabe plantearse dos asuntos, a saber: la competencia de un tribunal civil para conocer de una demanda por los daños provocados por los hechos de la causal, y, el de la oportunidad procesal para deducir dicha acción de daños.

Pensamos que conforme a la modificación introducida por la Ley 20.286 al art. 8° LTF (N°17), el tribunal competente, de acuerdo a las reglas generales de competencia, es un tribunal civil, así ya se ha sostenido en nuestra doctrina⁶⁸⁰. Esta conclusión, puede extraerse tácitamente, del aludido fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción, en que no se puso en duda la resarcibilidad y procedencia de la acción civil, sino el señalamiento del correcto tribunal para conocer de la acción.

⁶⁸⁰ Así Lulle Navarrete, Philippe. *Divorcio, Compensación Económica y Responsabilidad Civil*, Editorial Thomson Reuters, Santiago, 2013, p. 336.

5.6.2.- Oportunidad para deducir la acción civil.

El problema de la oportunidad para deducir la acción civil, exige distinguir entre el daño provocado por el divorcio en sí mismo, y, el daño provocado por los hechos constitutivos de la causal.

a) Tratándose del daño ocasionado por el divorcio en sí. Siguiendo la doctrina y jurisprudencia extranjera, sería posible demandar en el plazo de cuatro años, contados desde que la sentencia de divorcio esta ejecutoriada. Ello puesto que será la sentencia, y sólo la sentencia, la que evidenciará dichos perjuicios, de tal suerte que, sin ella, y, mediante un mecanismo de supresión mental hipotética, dichos daños no existirían.⁶⁸¹

Sin embargo, a esta tesis se le puede objetar que la sentencia de divorcio culpa, no es un acto que tenga en sí connotación alguna de ilicitud, es un acto lícito, más aún, la acción de divorcio culpa será incoada por quien demanda luego daños civiles. Por lo anterior es dudosa seguir esta línea argumental.

Otra opción es vincular el hecho de la causal y el daño provocado por el divorcio en sí, en cuyo, si bien parece haber un problema de causalidad acumulativa o causa concurrente, más bien lo que hay, es un problema de daño manifestado con posterioridad al hecho que lo origina. Esta solución plantea un problema de cómputo de prescripción.

En efecto, en este caso, la norma a aplicar es el art. 2332 Cc., el problema que dicha norma plantea es determinar: ¿desde cuándo ha de contarse el plazo? ¿Desde la perpetración del acto o desde que se evidencia el daño?

En la doctrina nacional, ALESSANDRI⁶⁸² sostenía el tenor literal de la norma, por consiguiente, el plazo debe contarse desde la perpetración del acto. Esta solución conduce al absurdo de que cuando se evidencia el daño, la acción

⁶⁸¹ Vid. *Supra* 5.3.2.- letra "a".

⁶⁸² Alessandri Rodríguez, Arturo. *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil Chileno*, (Santiago, 1943), Ob. Cit., pp. 522 y 523.

podría estar prescrita, obligando a accionar a la víctima, sin reunir todos los requisitos de la responsabilidad civil.

Es la tesis contraria la que ha seguido nuestra doctrina mayoritariamente. En efecto, autores como DOMÍNGUEZ AGUILA⁶⁸³, ABELIUCK⁶⁸⁴, BARROS⁶⁸⁵, CORRAL⁶⁸⁶, RODRÍGUEZ⁶⁸⁷ y ELORRIAGA⁶⁸⁸ han sostenido que el plazo debe contarse desde que el daño se ha hecho patente. Así lo han venido resolviendo nuestros tribunales superiores de justicia.⁶⁸⁹

⁶⁸³ Domínguez Aguila, Ramón Horacio. *La prescripción extintiva. Doctrina y Jurisprudencia*, Ob. Cit., pp. 377 a 379., quien señala a este respecto: “Por nuestra parte entendemos que esas mismas soluciones han de acogerse entre nosotros. No es posible calificar un acto como delito o cuasidelito, es decir, como acto “perpetrado”, sino desde que el daño se ha producido y éste requiere ser exteriorizado para tenerse como tal. El acto ilícito, como hemos dicho, no comprende la sola acción u omisión, sino la actividad o la abstención dañosa, siendo el daño esencial para que haya “acto ilícito”. Y es por ello que ha podido resolverse acertadamente que si se trata de un conjunto de actos complejos que causan daño, el plazo se cuenta desde que cesa el ilícito.” “La cuestión precedente tiene especial relevancia cuando se trata de daños diferidos, es decir, de aquellos que vienen a manifestarse tiempo después de acaecido el evento que los produce, porque es entonces que se da claramente la distinción entre la acción y su efecto dañoso” “La tesis contraria que separa el hecho causal del daño, para contar la prescripción desde el primero, resultaría además en un absurdo, porque exigiría deducir la acción sin que se tenga constancia del daño cierto”.

⁶⁸⁴ Abeliuk Manasevich, René. *Las obligaciones*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Cuarta Edición, 2005, pp. 291 y 292., quien señala al respecto: “Esta interpretación nos parece inaceptable, pues conduce al absurdo de que la acción resulte prescrita antes de nacer. Los hechos ilícitos se definen precisamente como las acciones u omisiones culpables o dolosas que causan daño; al hablar de perpetración del acto, el Código se está refiriendo a este concepto que incluye el daño. Evidentemente, la víctima no podrá cobrar pasado el cuadrienio otros perjuicios sobrevenidos posteriormente, porque desde el momento que hubo daño se completó el hecho ilícito y comenzó a correr la prescripción”.

⁶⁸⁵ Barros Bourie, Enrique. *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 925., señala el autor: “Son daños diferidos aquellos que se manifiestan con posterioridad a la comisión del hecho culpable o doloso. De acuerdo a la interpretación sostenida, el plazo de prescripción se debe contar en este tipo de casos desde que el daño se hace conocido o se manifiesta a la víctima, con un límite de diez años desde que concluye la ejecución del hecho que lo genera”.

⁶⁸⁶ Corral Talciani, Hernán. *Lecciones de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 350.

⁶⁸⁷ Rodríguez Grez, Pablo. *Responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, pp. 483 y 484.

⁶⁸⁸ Elorriaga De Bonis, Fabián. “El día de inicio del plazo de prescripción de una acción indemnizatoria cuando el perjuicio se ha manifestado con posterioridad al hecho que lo origina”, *Estudios de Derecho Civil III, Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Valparaíso, 2007, Editorial Legal Publishing, Alejandro Guzmán Brito (Editor Científico), pp. 771 a 789.

⁶⁸⁹ RDJ, Tomo 64, Secc. 1°, p. 265.

b) Tratándose del daño causado por los hechos de la causal. En este caso, si bien la sentencia firme de divorcio culpa, será el antecedente en el cual se fundará la acción indemnizatoria, el plazo de prescripción debe computarse desde que los hechos de la causal han ocurrido.

En este caso y, a diferencia del caso de los daños provocados por el divorcio en sí mismo, son los hechos los que constituyen la causa directa y necesaria, sobre la cual se fundamenta la obligación de reparar.

No obstante, cabe hacer una serie de distinciones. La primera dice relación con el estatuto de responsabilidad aplicable a la reparación de daños de esta índole, y, la segunda, con el régimen matrimonial en que se encontraban los cónyuges divorciados.

De sostenerse que el régimen es el contractual, la prescripción se **suspende** siempre entre cónyuges casados en régimen de sociedad conyugal, no así en separación de bienes o participación en gananciales. Sin perjuicio que el plazo es 5 años contados desde el incumplimiento de la obligación.

De sostenerse que el régimen de responsabilidad es el extracontractual, respecto a cónyuges casados en separación de bienes o participación en gananciales, no hay suspensión de la prescripción. Sin embargo, tratándose de cónyuges que estaban casados en sociedad conyugal, el asunto se discute.

Según doctrina mayoritaria, encabezada por ALESSANDRI⁶⁹⁰, la prescripción de la acción delictual queda comprendida entre las acciones de corto tiempo del art. 2524 Cc, y, como ha apuntado DOMÍNGUEZ AGUILA⁶⁹¹, el art. 2520 Cc es una norma de carácter especial que sólo es aplicable a la prescripción ordinaria de cinco años y a la ejecutiva de tres. De acuerdo a ello, no cabría aplicar la **suspensión** entre cónyuges.

⁶⁹⁰ Alessandri Rodríguez, Arturo. *De la responsabilidad extra-contractual en el derecho civil chileno*, Santiago, Imprenta Universitaria, 1943, p. 528.

⁶⁹¹ Domínguez Aguila, Ramón. *La Prescripción Extintiva*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 369.

Sin embargo, BARROS ERRÁZURIZ⁶⁹² y nuestra Corte Suprema⁶⁹³, en algunos de sus fallos, han sostenido la tesis contraria. Para dicho autor, la prescripción de cuatro años no estaría comprendida en el art. 2524 Cc, debido a que dicha norma sólo se aplica a las acciones que nacen de ciertos actos o contratos, en tanto que, la acción de responsabilidad extracontractual provendría de hechos jurídicos.

Siguiendo esta última tesis, subsistente el matrimonio, la prescripción entre cónyuges casados en régimen de sociedad conyugal se encuentra suspendida, reanudándose su cómputo una vez que la sentencia de divorcio esta ejecutoriada, pudiendo así demandarse el daño que emana del hecho de la causal, conjuntamente con el que provoca el divorcio en sí.⁶⁹⁴

5.6.3.- Legitimados activo y pasivo.

El legitimado activo es el cónyuge inocente, el legitimado pasivo es el cónyuge culpable. En cuanto al posible daño experimentado por los hijos menores, sólo puede reclamarlos el progenitor inocente, en la medida que tenga el cuidado personal y, en representación de aquellos.

⁶⁹² Barros Errázuriz, Alfredo. *Curso de Derecho Civil. Primer Año*; Editorial Nascimento, Santiago, 1930, Cuarta Edición, p. 927.

⁶⁹³ Así: RDJ, Tomo 85, Sección Segunda, p. 1; F del Mes, N° 365, N° 120. En sentido contrario: RDJ, Tomo 98, Sección Primera, p. 245; RDJ, Tomo 94, Sección Primera, p. 11; F del Mes, N° 362, p. 893.

⁶⁹⁴ De este modo, tratándose de cónyuges casados en sociedad conyugal, no existe ninguna enorme ventaja en optar por el régimen de responsabilidad contractual como estatuto jurídico aplicable, la única que merece resaltarse sería en materia de prescripción, donde se gana un año más, y, por el hecho de la suspensión entre cónyuges casados en sociedad conyugal. Sin embargo, esto se ve morigerado por el hecho de que dicha suspensión no se aplica, bajo ningún respecto, a cónyuges casados en separación total de bienes o en participación en gananciales, y, porque tratándose de cónyuges casados en sociedad conyugal, siguiendo la tesis del profesor Barros Errázuriz y de la jurisprudencia de la Corte Suprema, se logra de igual manera, la suspensión.

5.6.4.- ¿Puede ser un tercero solidariamente responsable?

Sabemos que, si un delito o cuasidelito civil ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas responderá solidariamente del perjuicio causado (art. 2317 Cc).

Sin embargo, tratándose de daños por incumplimiento de deberes conyugales la regla es inaplicable. El asunto es que, la obligación de reparar, tratándose de deberes tan personalísimos como la fidelidad, se agota en la frontera de lo familiar. El tercero no tiene deber de fidelidad, es más, tiene completa libertad para no serlo.⁶⁹⁵

Sin embargo, el fondo del asunto es otro: es que hay que partir de la base que, el cónyuge incumplidor no es forzado ni inducido a ser infiel, es un acto libre. Por lo mismo, la acción del tercero, salvo el caso de complicidad en la obstrucción será, de ordinario irrelevante, **horadando así el nexa causal**. Es por este motivo que un tercero no tiene obligación de indemnizar.^{696 697}

⁶⁹⁵ Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, traducido por Moisés Nilve, 26° ed. De la edición en francés de 1953, Buenos Aires, 1989, p. 93. Muy relacionado con este punto este autor señala: "Existe la obligación de conducirse de una manera determinada cuando la conducta opuesta es la condición de una sanción. Hay, pues, identidad entre el sujeto de una obligación y el sujeto de la conducta que forma el contenido de esta obligación. Por el contrario, un individuo es responsable de una conducta determinada (la suya o la de otro) cuando en caso de conducta contraria se dirige contra él una sanción. La responsabilidad puede, pues, relacionarse con la conducta de otro, en tanto que la obligación siempre tiene por objeto la conducta de la persona obligada. Además, el individuo responsable es el objeto de la conducta del órgano estatal encargado de aplicarle una sanción, en tanto que el individuo obligado es el sujeto de la conducta que forma el contenido de su obligación. La noción de obligación está ligada a la de hecho ilícito, en tanto que la responsabilidad se relaciona con la sanción."

⁶⁹⁶ Y es precisamente éste uno de los tantos defectos de construir una teoría del daño a partir del incumplimiento de deberes conyugales como "hecho" dañoso. Respecto del tercero, no hay nunca nexa causal ya que el tercero, es libre de no cumplirlos, por más que su conducta sea antijurídica y repugnante.

⁶⁹⁷ Vid *Supra* 4.6.- letra d)

CAPÍTULO 6.- RESPONSABILIDAD CIVIL POR LA OBSTRUCCIÓN A LA RELACIÓN REGULAR Y DIRECTA.

6.1.- Planteamiento general del tema.

El artículo 229 Cc inc. 1^o⁶⁹⁸ regula el derecho-deber del padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo de mantener con él una relación directa y regular. En similares términos se plantea el art. 9 N° 3⁶⁹⁹ de la CDN.

El menor debe tener contacto con ambos progenitores, por ser imprescindible para el desarrollo de la personalidad e identidad del menor. Sin embargo, en ocasiones, este derecho puede ser vulnerado gravemente por el otro progenitor, que obstruye el contacto con el hijo.⁷⁰⁰

⁶⁹⁸ Art. 229 Cc.: “El padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo no será privado del derecho ni quedará exento del deber, que consiste en mantener con él una relación directa y regular, la que ejercerá con la frecuencia y libertad acordada con quien lo tiene a su cargo, o, en su defecto, con las que el juez estimare conveniente para el hijo.” “Se suspenderá o restringirá el ejercicio de este derecho cuando manifiestamente perjudique el bienestar del hijo, lo que declarará el tribunal fundadamente.”

⁶⁹⁹ Art 9 N° 3 CDN.: “Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que este separado de uno o ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”

⁷⁰⁰ También podría deberse a una errada decisión judicial. En este sentido la Corte Europea de Derechos Humanos (CDEH) en reiteradas ocasiones ha condenado a diversos Estados de la Unión Europea a cancelar indemnizaciones por este motivo. En uno de los casos el Tribunal Europeo de Derechos Humanos condenó a Holanda a indemnizar a un ciudadano turco por los daños morales que le había causado al expulsarlo antes de que se fijara el régimen de visitas de su hijo en un proceso de divorcio. El caso se trataba de un ciudadano turco que en 1988 se había casado en Holanda y había obtenido el permiso de residencia indefinido a raíz de su matrimonio. En el año 1989 había tenido un hijo llamado Kursad. En el año 1991 se separa de su mujer y a raíz del divorcio pierde el derecho de vivir indefinidamente en Holanda. Tras el divorcio comienza un proceso para obtener un régimen de visitas, en el curso del cual es expulsado de Holanda, con posterioridad se le niega la visa temporaria que le habría permitido concurrir al juicio de tenencia y por su ausencia procesal se le niega el derecho de visitas. La Corte europea condenó a Holanda a pagar los daños que le había causado al padre de Kursad al impedirle el derecho de visitar a su hijo con su actitud arbitraria. (Ver: Heilbron, Verónica. “Daños y perjuicios derivados de la obstaculización injustificada del derecho de visitas por parte del progenitor guardador y el Estado”, en *Daños en el derecho de familia*, Medina Graciela, Ob. Cit., pp. 608 y 609.).

En Chile las conductas obstructivas sólo son sancionadas mediante una medida de apremio conforme lo dispone al art. 66 inc. 3° LM⁷⁰¹. Complementariamente, el art. 48 inc. 3 LM, establece una norma compensatoria, en virtud de la cual, el padre o madre, puede recuperar el tiempo perdido, quedando a la prudencia del juez, determinar su quantum.

Puede ocurrir que el progenitor obstruyente, induzca al menor mediante toda suerte de manipulaciones, para que sea en definitiva éste quien no quiera ver al otro padre o madre, situación que puede llegar configurar síndrome de alienación parental (SAP).⁷⁰².

Tal conducta puede arrastrarse durante años, con el consiguiente deterioro o anulación de la relación filial. Así las cosas, podría tornarse inaplicable la sanción del art. 66 inc. 3° LM, al ser el propio hijo quien rechaza al padre⁷⁰³, y, es discutible que la chance otorgada por el art. 48 inc. 3° LM, restablezca verdaderamente al padre. Ello porque el desvinculo moral y afectivo

⁷⁰¹ Art. 66 inc. 3°, Ley 16.618.: “El que fuere condenado en procedimiento de tuición, por resolución judicial que causare ejecutoria, a hacer entrega de un menor y no lo hiciere o se negare a hacerlo en el plazo señalado por el tribunal, o bien, infringiere las resoluciones que determinan el régimen de visitas, será apremiado en la forma establecida por el artículo 543 del Código de Procedimiento Civil. En igual apremio incurrirá el que retuviere especies del menor o se negare a hacer entrega de ellas a requerimiento del tribunal.”

⁷⁰² Tanto el descubrimiento de la patología como su expresión se deben al psiquiatra norteamericano Richard A. Gardner; puede consultarse del mismo autor Gardner: “Legal and Psychotherapeutic approaches to the three types of parental alienation syndrome families”, Court Review, vol. 28, n° 1, 1991, pp. 14 a 21. Este síndrome ha sido definido por PODEVYN como: “un proceso que consiste en programar un hijo para que odie a uno de sus padres sin que tenga justificación”. El niño se obsesiona por desaprobando y criticando a uno de sus progenitores, con más frecuencia al padre en caso de que conviva con la madre, cree que aquél no hace nada bien. Esta conducta suele incluir lo que se conoce como “lavado de cerebro”, y en términos prácticos se traduce en la imposibilidad del padre “alienado” de tener una relación con su hijo.

⁷⁰³ En efecto, la lógica de quienes evidencian padecer SAP es continuar con el régimen obstructivo, a pesar de los apremios que se hagan en su contra. Estas personas suelen creer que el juez es cómplice de un complot dirigido en su contra por el otro progenitor, distorsionando así totalmente la realidad. De ahí que resulte bastante ingenuo creer que un simple apremio pueda revertir la situación de manera definitiva. Quienes padecen SAP suelen desplegar sobre el menor un extenso proceso de programación mental sobre el niño para que odie a uno de sus padres sin que tenga justificación. El niño se obsesiona por desaprobando y criticando a uno de sus progenitores, con más frecuencia al padre en caso de que conviva con la madre. Ante este escenario crítico, algunos jueces –engañados– optan incluso por rechazar el contacto, aduciendo el interés superior del niño.

ya se produjo y los costos económicos asumidos por el padre para ver al hijo no lo va a recuperar.⁷⁰⁴.

En este contexto cabe preguntarse si, atendidos los fines de la responsabilidad civil⁷⁰⁵, puede ejercitar el padre o madre que ha sido privado del contacto con el hijo, una acción indemnizatoria a fin de ser reparado de los perjuicios que ha padecido.⁷⁰⁶.

En Italia, el 13 de junio del año 2000, ante un Tribunal de Roma se planteó el tema de la indemnización de perjuicios a favor del padre no custodio, a consecuencia del incumplimiento del régimen de visitas, por interferencia de la madre quien tenía la custodia –*cuidado personal*- del menor.⁷⁰⁷.

⁷⁰⁴ Desde una perspectiva económica, puede que el progenitor no custodio haya hecho enormes esfuerzos para ver al hijo: costosos viajes, cambia o renuncia a un empleo, adapta sus condiciones de vida trasladándose a vivir a otra ciudad o país, etc. Sin embargo, y pese a los esfuerzos desplegados, el otro progenitor, le obstruye el ejercicio de este derecho sin aducir verdaderas razones que lo justifiquen.

⁷⁰⁵ “En uno de los primeros encuentros científicos donde se trató la cuestión se recomendó que la misma representa una conducta antijurídica, por ser acto ilícito que hace nacer responsabilidad civil al autor y, por lo tanto, se debe indemnizar al otro progenitor con basamento único en la imputación subjetiva. Este fundamento radica en que al ser un hecho positivo la obstrucción, traba o entorpecimiento, la procedencia de la demanda requerirá dolo o, al menos, culpa grave. La indemnización tiene una finalidad preventiva, resarcitoria y sancionadora” III Congreso Internacional de Derecho de Daños, Buenos Aires, 1993, JA, 1993-III-940, citado y referido por Dutto, Ricardo. *Daños Ocasionados en las Relaciones de Familia*; Ob. Cit., p. 238.

⁷⁰⁶ Claro está que el perjudicado no es únicamente el padre, sino además lo es también el hijo, víctima inocente que, por su minoría de edad, no es consciente de la verdadera magnitud del daño provocado, o bien, lo padece en silencio, víctima de las manipulaciones de su progenitor. Y sin embargo, no puede reclamar del daño, primero porque no tiene capacidad para parecer en juicio por sí –no al menos en sede civil-, y, porque quien puede representarlo judicialmente, curiosamente, es precisamente quien tiene su cuidado personal, y, prevaliéndose de esta prerrogativa hace un ejercicio abusivo del mismo derecho, al punto de alienar al otro cónyuge y al hijo.

⁷⁰⁷ En el caso en comento, pese a que el padre había cumplido con todos sus deberes, proporcionaba una pensión alimenticia para el hijo y le había cedido a la madre el uso de la vivienda familiar en el marco de un proceso de separación previo. Sin embargo, la madre obstruía el contacto con el hijo. Por ello el padre inició una acción indemnizatoria, por sí y en representación de su hijo en que demandó la reparación del daño biológico y del daño moral sufrido por ambos. El Tribunal estimó que el comportamiento de la madre hacia el padre era injustificado e ilícito y, reconociendo sólo la legitimidad activa del padre, condenó a la madre por daños morales y biológicos. (Kemelmajer de Carlucci, Aída; “Daños y perjuicios causados al progenitor por la obstaculización del derecho a tener una adecuada comunicación con un hijo. Una interesante sentencia italiana”, en *Revista de Derecho de Daños*, Edición 2001-2, Editorial Rubinzal-Culzoni, pp. 290 a 296. Puede consultarse por esta misma sentencia y sus comentarios efectuados Marín García de Leonardo, Teresa; Ob. Cit., pp. 180 a 190).

6.2.- Delimitación del tema: ¿obstrucción o incumplimiento?

El incumplimiento del régimen puede encontrar su origen en la negativa del progenitor no custodio de cumplir el régimen, en cuyo caso no hay una hipótesis de obstrucción propiamente, sino, el incumplimiento u omisión de un deber de un deber parental.

Es que el asunto, particularmente complejo y debatible, guarda una estrecha vinculación con la aplicación de remedios familiares tipificados (principio de especialidad) versus la real la aptitud del hecho de generar un daño resarcible reconducible a la responsabilidad civil.

Hay que tener presente que este derecho-deber ha sido establecido, antes que en el interés de los padres, en beneficio del niño, atendido el principio rector del *interés superior del niño*. De ahí que el incumplimiento por parte del progenitor no custodio deba ser enfocado desde la perspectiva del niño. Y ante la concurrencia de remedios jurídicos tan diversos, y aun cuando el tema, reitero, es debatible, ha de prevalecer aquel que salvaguarda mejor el interés del niño.

Desde la posición del niño, la omisión del contacto paterno le genera un daño continuado, ya que éste persiste en tanto persistan los incumplimientos, y mientras el menor no alcance la mayor edad, o, se reanude el contacto. Además se vulnerarían derechos fundamentales tales como el derecho a la propia identidad; a la educación, –de rango constitucional- ya que, son los padres quienes tienen el derecho preferente y la obligación de educar a sus hijos; en fin, porque en cierto modo, habría una especie de frustración al proyecto de vida familiar del menor que ve privado su legítimo derecho a vincularse con su padre, conculcado así su, y subrayo la palabra “su”, interés superior. Es claro que toda esta situación le genera un daño continuo y acumulativo.

Ya en el plano de los remedios al incumplimiento del régimen aparecen las opciones. En lo que atañe a un posible cumplimiento forzado del régimen, se ha puesto en evidencia en la doctrina lo desaconsejable que puede ser el aplicar

alguna medida de apremio, no parece lógico arrestar al padre conforme al art 66 inc. 3° LM. Por el contrario, se ha propuesto en la doctrina como solución, la modificación de las visitas, no necesariamente su disminución, de tal suerte que el progenitor omiso, las cumpla, el apercibimiento de suspensión o restricción⁷⁰⁸, o bien, la modificación del régimen de alimentos, aumentándolos.

Otra opción es el recurso a la responsabilidad civil. En todo caso hay que dejar claro que, este caso, el objeto del reclamo indemnizatorio, respecto al daño material, consiste en el mayor gasto en que ha de incurrir el progenitor custodio producto de la frustración del régimen (gastos de canguro), o bien, en la pérdida económica que pudo haberle generado al custodio seguir a cargo del menor: por ejemplo la pérdida de un viaje cancelado con antelación.

Por la afirmativa se ha dicho que el progenitor omiso debe compensar al otro por el incremento de gastos o por provocar una pérdida⁷⁰⁹. Por la negativa⁷¹⁰ se ha hecho valer el carácter personalísimo e indelegable del derecho de visitas, que repugnaría a la idea de reparación, ya que el derecho quebrantado mira al interés superior del niño, no al interés económico del progenitor custodio. En este

⁷⁰⁸ Rodríguez Pinto, María Sara. *El cuidado personal de niños y adolescentes en el nuevo derecho chileno de la familia*, Editorial Abeledo Perrot, Primera Edición, 2010, p. 92.

⁷⁰⁹ Así Utrera Gutiérrez, José Luis, “Cuando el progenitor no custodio incumple el régimen de visitas”, citado y referido por Romero Coloma, Alma María. *Reclamaciones e indemnizaciones entre familiares en el marco de la responsabilidad civil*, Ob. Cit., p. 140., este autor señala: “...la posibilidad de fijar una compensación económica para el progenitor custodio, que ha sufrido también el incumplimiento, puede tener su fundamentación jurídica tanto en la propia Sentencia que lo prevea, ex artículo 709.4 de la Ley Procesal Civil, como en el artículo 709 en relación con el artículo 76.2.° del citado corpus procesal civil. De una interpretación armónica de estos preceptos se deduce que la aplicación de multas coercitivas no debe impedir definitivamente la posible *indemnización pecuniaria* al ejecutante o...cualesquiera otras medidas que resulten idóneas para la satisfacción del ejecutante.”

⁷¹⁰ Así Andrés Joven, Joaquín, “Cuando el progenitor no custodio incumple el régimen de visitas”, citado y referido por Romero Coloma, Alma María. *Reclamaciones e indemnizaciones entre familiares en el marco de la responsabilidad civil*, Ob. Cit., p. 142. Para este autor “...el incumplimiento del régimen de visitas por parte del progenitor no custodio no irroga al otro progenitor el derecho a percibir una pensión económica por haber atendido al hijo menor un concreto fin de semana o durante las vacaciones; sin perjuicio de que, para el caso de que se incumpliera reiteradamente por aquél el régimen de visitas establecido, pueda imponérsele una multa coercitiva...” “...este autor entendía que no era posible sustituir el incumplimiento del régimen de visitas por una indemnización de daños y perjuicios, o por una compensación económica...”.

sentido, y como se ha dicho, parece más aconsejable, modificar el régimen de alimentos, aumentándolos⁷¹¹, o bien, reacomodando el régimen, de visitas, de manera que lo pueda cumplir. Estamos por esta última solución, creemos que ante simples incumplimientos la responsabilidad civil poco o nada tiene aportar⁷¹².

Lo anterior no significa que no hayan daños, ya que en mi concepto si lo hay, en efecto, es ésta una clara hipótesis de daño por incumplimiento u omisión de deberes parentales, cuyo único perjudicado es el menor, sin embargo la pregunta es si debe ingresar por ésta vía el Derecho de daños. El principio de especialidad parece reclamar en este caso su total señorío.

Descartado el daño material, cuya solución más razonable parece ser un aumento de pensión alimenticia, son los daños no patrimoniales los que laceran el espíritu del niño. Entonces ¿Cómo podría demandarlos la madre? ¿A título de qué? Y no se trata que la madre no pueda demandarlos, como representante legal del niño. De lo que se trata en último término es que, situaciones como

⁷¹¹ En nuestra opinión si el progenitor posee recursos, es más razonable un aumento de pensión alimenticia, ya que, aparte de ser un procedimiento más rápido, posee más herramientas de cumplimiento forzado como los arrestos nocturnos. Sin embargo, esta solución depende del poder adquisitivo del progenitor ya que si no posee los recursos difícilmente podrá pagar la pensión y menos aún una indemnización. En ese caso, y pensando en el interés superior del niño, no queda más remedio que optar por un reacomodo del régimen de manera que el padre pueda cumplirlo. Por esa razón nos llama la atención la ligereza con que diversos autores, sin analizar el juego de soluciones y la viabilidad y pertinencia de cada una ellas, pregonen sin más: que ante un incumplimiento u obstrucción procede aplicar la responsabilidad civil.

⁷¹² Entre los argumentos para fundar la no aplicación del régimen de responsabilidad para el recupero de gastos canguro pueden mencionarse: a) las devoluciones de dinero, que es lo que, en último término se persigue por el progenitor custodio, es algo totalmente ajeno al interés del niño; b) en este caso el interés superior del niño mira a posibilitar la continuidad de la visita, situación que podría verse afectada gravemente por reclamos resarcitorios: el remedio resulta ser peor que la enfermedad; c) una solución podría ser un aumento de la pensión alimenticia, en donde el padre, acicateado por el reclamo podría estimularse a reanudar el contacto; d) porque el conflicto patrimonial de fondo está más cerca de la figura del enriquecimiento sin causa, que de la responsabilidad civil; e) porque el fin retributivo de la responsabilidad civil no se cumple, ya que el verdadero perjudicado no es reparado, redireccionándose el coste al patrimonio de un tercero quien se enriquece a costa del hijo; f) porque el hijo de entablar una futura acción resarcitoria contra el padre, por omisión en el cumplimiento de sus deberes parentales, podría ver impedida su pretensión, ya sea por existir cosa juzgada, ya sea por haber un doble pago; g) porque el principio procesal de soluciones colaborativas consagrado en la LTF, es contrario a una pretensión resarcitoria que, sólo mira al interés individual del cónyuge custodio, etc.

éstas, pueden constituir daños punitivos encubiertos. Porque el problema de fondo es otro: si cabe el castigo económico por no visitar al niño.

Una respuesta positiva significaría que un derecho personalísimo, no apreciable en dinero, como es el derecho a mantener una relación directa y regular deviene en apreciable en dinero, ya que la convención del cual emana, gratuita por esencia, en los hechos, deviene en onerosa, ya que su simple incumplimiento, al igual que ocurre en una compraventa, genera la obligación de indemnizar⁷¹³.

Ya dijimos que una de las máximas es que no cabe la imposición coactiva del amor, ni se puede sancionar por haber dejado de amar o por amar menos. Los lazos familiares no se pueden imponer coactivamente.

Por ende la pregunta, que debe hacerse es: ¿cuál es el exacto lugar que cabe a la responsabilidad civil en el ámbito del derecho de familia en este caso? Personalmente creo que es algo más que el simple incumplimiento, lo podría llevar a tener que reparar, verbigracia: la omisión unida a alguna conducta ultrajante.

De este modo, el principio de especialidad deja de ser un valladar. Actuando más bien como un **principio de garantía**, esto es, que garantiza el correcto ingreso del Derecho de daños al lugar que exactamente le corresponde. Esto es: la reparación de *un daño grave, real y objetivo*, para cuya solución las herramientas del derecho de familia se ven sobrepasadas.

Muy diferente es el caso de obstrucción al régimen, mal llamado incumplimiento, que proviene del progenitor custodio, caso en el cual estamos

⁷¹³ Recordemos que de acuerdo al art. 228 inc. 4° Cc y art. 21 LMC, los padres pueden suscribir entre ellos la convención por la cual acuerdan el régimen de relación directa y regular, que para estos efectos es un acto jurídico bilateral que genera obligaciones recíprocas, personalísimas, indelegables e intransferibles, ya que no son apreciables en dinero. Y sin embargo, paradójicamente, su incumplimiento conlleva una sanción económica, no es necesario hacer algo más, ya que el mismo incumplimiento encierra un daño, que obliga a resarcir. Planteadas así las cosas podríamos entrar a discutir el estatuto de responsabilidad aplicable, y, ya no sería tan claro que es el extracontractual, existiendo argumentos suficientes para concebir una posible responsabilidad contractual, al menos en los casos que el derecho-deber de mantener una relación directa provenga de un acuerdo directo de los padres.

frente a una situación en que, no obstante la aplicación de remedios familiares tipificados, el Derecho de daños puede actuar con un mayor margen.

Así ocurrió en Italia, el 13 de junio del año 2000, en que ante un Tribunal de Roma se planteó el tema de la indemnización de perjuicios a favor del padre no custodio, a consecuencia del incumplimiento del régimen de visitas, por interferencia de la madre quien tenía la custodia –*cuidado personal*- del menor al cual referiremos más adelante.⁷¹⁴.

6.3.- Fundamento y fines del Derecho a mantener una relación regular y directa.

En cuanto al fundamento (por qué se concede a ciertas personas el derecho a relacionarse con el hijo) se ha dicho que éste reside en elementales principios del derecho natural⁷¹⁵, en la necesidad de una adecuada

⁷¹⁴ En el caso en comento, pese a que el padre había cumplido con todos sus deberes, proporcionaba una pensión alimenticia para el hijo y le había cedido a la madre el uso de la vivienda familiar en el marco de un proceso de separación previo. Sin embargo, la madre obstruía el contacto con el hijo. Por ello el padre inició una acción indemnizatoria, por sí y en representación de su hijo en que demandó la reparación del daño biológico y del daño moral sufrido por ambos. El Tribunal estimó que el comportamiento de la madre hacia el padre era injustificado e ilícito y, reconociendo sólo la legitimidad activa del padre, condenó a la madre por daños morales y biológicos. (Kemelmajer de Carlucci, Aída; “Daños y perjuicios causados al progenitor por la obstaculización del derecho a tener una adecuada comunicación con un hijo. Una interesante sentencia italiana”, en *Revista de Derecho de Daños*, Edición 2001-2, Editorial Rubinzal-Culzoni, pp. 290 a 296. Puede consultarse por esta misma sentencia y sus comentarios efectuados Marín García de Leonardo, Teresa; Ob. Cit., pp. 180 a 190).

⁷¹⁵ La STS del 30 de abril de 1991 (RJ 1991, 3108) señala que las recíprocas vinculaciones que constituyen la vida familiar pertenecen a la esfera del Derecho Natural, del que es evidentemente consecuencia ineludible la comunicabilidad que debe existir entre padres e hijos, una de cuyas manifestaciones es el derecho de los padres a ver a sus hijos menores, y ello aunque no ejerza la patria potestad, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 160 CC. Extracto citado por Marín García de Leonardo, Teresa en “Aplicación del Derecho de Daños al Incumplimiento de Visitas. Ob. Cit., p. 180. Una STS de 24 de junio de 1929 señaló que “es un derecho natural como nacido de amor materno el que la madre vea a su hija” pues “es indiscutible el natural derecho del cónyuge, aún declarado culpable, con el que no conviven los hijos menores, a visitarlos y tenerlos incluso en su compañía durante períodos prudenciales de tiempo, siempre que ello no redunde en perjuicio de los hijos” En igual sentido se ha recurrido al Derecho natural por la jurisprudencia argentina, así la CN Civ., Sala E, 3/5/84, ED, 110-365, citado por Makianich De Basset, Lidia. Ob. Cit., p. 64.

comunicación entre padres e hijos⁷¹⁶, que constituye un derecho inalienable⁷¹⁷ de los progenitores cuando ha quedado fracturada la convivencia, en fin, en muchos casos se le ha fundamentado en el principio rector del interés superior del niño⁷¹⁸, etc.

En nuestra opinión, y como lo han dicho los autores⁷¹⁹, el fundamento se halla en la natural necesidad de que hijos y padres se relacionen y se involucren mutuamente, desde la más temprana edad, por ser esencial para el desarrollo emocional del niño.

⁷¹⁶ En este sentido puede verse la STS de 9 julio 2002 (RJ 2002, 5905) cuando señala que “El derecho de visitas no debe ser objeto de interpretación restrictiva por su propia fundamentación filosófica y tratarse de un derecho que actúa válidamente para la reanudación de las relaciones entre los padres y los hijos, evitando rupturas definitivas o muy prolongadas por el tiempo, que resultan difíciles de recuperar”. Extracto citado por Marín García de Leonardo, Teresa en “Aplicación del Derecho de Daños al Incumplimiento de Visitas. Ob. Cit., p. 180. En igual sentido se ha resuelto en la Argentina por la CN Civ., Sala E, 3/5/84, ED, 110-635.

⁷¹⁷ CN Civ., Sala C, 13/5/82, “S., G. T. c. I., E.S.” RED, 19-960, sum. 92, fallo citado por Makianich De Basset, Lidia. Ob. Cit., p. 64.

⁷¹⁸ Así parece sostenerlo Barcia Lehmann al afirmar que “...este deber-facultad es una manifestación del interés superior del niño, entendido tanto como desarrollo del niño como persona, y como protección en su esfera más íntima.” Barcia Lehman, Rodrigo. *Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia*. Editorial Legal Publishing, Santiago, 2011, p. 494.

⁷¹⁹ Makianich de Basset, Lidia. *Derecho de visitas. Régimen jurídico del derecho y deber de adecuada comunicación entre padres e hijos*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1997, p. 34., no señala que: “el amor materno es una condición necesaria pero no suficiente para la adecuada organización psíquica de los hijos, siendo indispensable la presencia de la figura paterna como soporte en la formación de la personalidad del niño, posibilitando y estimulando el desarrollo de su identidad. De esto se sigue, entonces, que pese al cese de la convivencia parental, es necesario lograr el mayor contacto posible entre el hijo y sus progenitores para preservar su normal maduración. Muchos estudios han demostrado que la falta de una efectiva comunicación con ambos padres ha producido efectos adversos en el bienestar emocional de los menores”. Por su parte Pietra, María Luciana y Lopes, Cecilia. “Responsabilidad civil derivada del impedimento u obstrucción de contacto de niños con padres no convivientes”, *Revista Colegio de Abogados de la Plata*, Año XLIII, N° 64, p. 101., nos señalan que: “el objetivo del derecho de visitas consiste en que los niños conserven sus relaciones con ambos progenitores, a fin de lograr una maduración emocional, psíquica y social, ya que en muchas ocasiones ello no puede lograrse por decisión armónica de éstos”. Finalmente en nuestro país Massmann Wyneken, Julie. “Responsabilidad por omisión de los deberes parentales: nuevo caso de derecho de daños”, en *Responsabilidad Parental. Personal, patrimonial, por omisión, subsidiaria del Estado*, Editorial Puntotex, Primera Edición, Santiago, 2009, p. 351., no señala que: “La principal razón por la cual es imprescindible proteger el cumplimiento de las responsabilidades parentales y velar por un buen trato a los niños, es que tenemos certeza que la familia constituye la primera y principal de las escuelas. Es un lugar de acogida y aprendizaje, el más importante desde los primeros años de vida”.

En cuanto la finalidad (para qué se concede), esta consiste en el mantenimiento de una adecuada comunicación del hijo con el padre o madre no conviviente, de manera tal de fomentar y consolidar el vínculo filial padre e hijo, procurando que el contacto sea de la manera más cercana a aquel que existiría si la familia siguiera unida.⁷²⁰

6.4.- Naturaleza jurídica y contenido.

Según los autores⁷²¹ la expresión derecho de visitas, originariamente usada, tiene su origen en una sentencia de la Corte de Casación francesa⁷²² del 8 de julio de 1857, la cual implicaba en términos prácticos una auténtica visita en el domicilio del visitado.⁷²³

En nuestro país fue ésta la expresión utilizada hasta la dictación de la Ley 19.585, momento a partir del cual es reemplazada por: el derecho-deber de

⁷²⁰ De lo que se trata es que, no obstante la separación de los padres se mantenga una relación familiar, en lo posible, manteniendo las complejas redes de relaciones humanas que se tejen al interior de ésta, con sus pobreza y sus riquezas, sus altos y sus bajos, y, en lo posible, tal y como se venían desarrollando hasta antes de la separación, de tal forma de no alterar el estatus quo familiar y permitirle al menor su desarrollo y crecimiento junto a quienes, en definitiva, constituyen su espiritual y afectivo.

⁷²¹ Makianich De Basset, Lidia. *Derecho de visitas. Régimen jurídico del derecho y deber de adecuada comunicación entre padres e hijos*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1997, p. 56.

⁷²² En la sentencia del 8 de julio de 1957, en que la *Cour de Casation* francesa cambió de orientación admitiendo el derecho de visitas a los abuelos (al casar una sentencia del tribunal de Montpellier del 17 de febrero de 1855), puede considerarse como la inauguración de esta figura. El decisorio afirmaba el derecho del padre a prohibir las visitas a sus hijos, de aquellas personas que, aun siendo de la familia, podrían ejercer influencias negativas. Pero a su vez sostenía que ese derecho no era arbitrario, pues el padre no puede ser el juez único y soberano que impida sin motivos justificados la relación del nieto con sus abuelos. A partir de allí la jurisprudencia fue admitiendo cada vez con mayor amplitud, aunque no sin vacilaciones coyunturales, la preservación de algunos vínculos familiares ante la ausencia de convivencia, aun en relación a los hijos extramatrimoniales. Más tarde se extendió, llegando a abarcar incluso, a los padrinos (Makianich de Basset, Lidia. Ob. Cit., p. 59.).

⁷²³ En efecto, como nos relata Ribero Hernández, esta figura denominada originariamente como "Derecho de visitas, es de creación jurisprudencial, adquiriendo notable desarrollo en Francia. Es con bastante posterioridad que es recogido el concepto por el derecho positivo occidental que la regula en forma muy general y precaria.

mantener una relación regular y directa, expresión bastante más significativa de lo que este derecho en realidad es.⁷²⁴.

En cuanto su naturaleza, si bien es un tema discutido, hay consenso en señalar que sería un derecho-función que implica, el derecho del padre no custodio de ejercerlo, y por otra, su obligación de cumplir el régimen, al mismo tiempo que es deber del progenitor custodio dar todas las facilidades para que el otro padre o madre lo lleve a cabo.

En la doctrina⁷²⁵ se ha dicho que su contenido incluiría, además de la simple visita, la comunicación y la convivencia y exige la colaboración de ambos progenitores presidida por el principio de la buena fe y subordinado exclusivamente al interés y beneficio del hijo.

6.5.- Breve referencia al (SAP)⁷²⁶.

Finalizada la convivencia entre los padres, uno de ellos detendrá el cuidado personal quedando el otro como titular del derecho a mantener una relación regular y directa. Sin embargo, uno de ellos –generalmente la madre- puede comenzar a desplegar conductas obstructivas al progenitor –generalmente el padre- no guardador, al tiempo que realiza una especie de

⁷²⁴ En el derecho comparado las expresiones que han sustituido al derecho de visitas son: derecho de comunicación, derecho de relación, derecho a relacionarse, derecho a comunicación y convivencia transitoria o estancia, derecho de retiro, derecho de adecuada comunicación y supervisión de la educación, derecho al trato, *visitation, right of acces, right of acces and visit, staying acces, personal contact, droit de visite et hébergement, die Befugnis, mit ihm, den Kind, persönlich zu verkehren behalten*.

⁷²⁵ Marín García de Leonardo, Teresa. “Aplicación del derecho de daños al incumplimiento del régimen de visitas” en

⁷²⁶ Tanto el descubrimiento de la patología como su expresión se deben al psiquiatra norteamericano Richard A. Gardner; puede consultarse del mismo autor Gardner: “Legal and Psychotherapeutic approaches to the three types of parental alienation syndrome familias”, *Court Review*, vol. 28, n° 1, 1991, pp. 14 a 21. Este síndrome ha sido definido por Podevyn como: “un proceso que consiste en programar un hijo para que odie a uno de sus padres sin que tenga justificación”. El niño se obsesiona por desaprobar y criticar a uno de sus progenitores, con más frecuencia al padre en caso de que conviva con la madre, cree que aquél no hace nada bien. Esta conducta suele incluir lo que se conoce como “lavado de cerebro”, y en términos prácticos se traduce en la imposibilidad del padre “alienado” de tener una relación con su hijo.

“lavado de cerebro” respecto al hijo a objeto de impedir la visita. En casos extremos, puede esta conducta llegar a constituir (SAP) Síndrome de Alineación Parental⁷²⁷.

EL (SAP) ha sido definido por PODEVYN como: “un proceso que consiste en programar un hijo para que odie a uno de sus padres sin que tenga justificación”. El niño se obsesiona por desaprobar y criticar a uno de sus progenitores, con más frecuencia al padre en caso de que conviva con la madre, cree que aquél no hace nada bien. Esta conducta suele incluir lo que se conoce como “lavado de cerebro”, y en términos prácticos se traduce en la imposibilidad del padre “alienado” de tener una relación con su hijo.

LATHROP⁷²⁸ identifica al (SAP) como “un trastorno caracterizado por el conjunto de síntomas que resultan del proceso por el cual un progenitor (alienador) transforma la conciencia de sus hijos mediante distintas estrategias, con el objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro padre o madre, hasta hacerla contradictoria con lo que debería esperarse de su condición”. En su versión más negativa –señala Lathrop- el (SAP) se traduce en el denominado “Síndrome de la madre maliciosa asociado al divorcio”.⁷²⁹

⁷²⁷ El primero en desarrollar este concepto fue el psiquiatra norteamericano **Richard A. Gardner** quien en su artículo denominado “Legal and Psychotherapeutic approaches to the three types of parental alienation syndrome families”, publicado en la revista *Court Review*, vol. 28, n° 1 de 1991, desarrolló y describió la patología. Si bien, como se ha señalado en doctrina, esta patología no ha sido reconocida por la Organización Mundial de la Salud, ni por la Asociación Norteamericana de Psiquiatría, ha sido empleada por la jurisprudencia de tribunales europeos como latinoamericanos en numerosísimos casos. No obstante, otros autores, entre ellos Laura Alascio Carrasco, señalan que el que el (SAP) no esté reconocido por la OMS o la Asociación Americana de Psiquiatría no implica de manera automática que éste no exista, aunque sí dificulta su estudio sistemático y recopilación de datos estadísticos.

⁷²⁸ Lathrop Gómez, Fabiola. *Custodia compartida de los hijos*; La Ley, España, 2008, p. 385.

⁷²⁹ Existe en doctrina variados otros conceptos, que, en términos generales apuntan en una misma dirección. Así por ejemplo para Aguilar, J.M., “EL SAP es un trastorno caracterizado por el conjunto de síntomas que resultan del proceso por el cual un progenitor transforma la conciencia de sus hijos, mediante diversas estrategias, con objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor, hasta hacerla contradictoria –se refiere a la conciencia de los hijos- con lo que debería esperarse de su condición.” (Aguilar, J.M., *Síndrome de alienación parental. Hijos manipulados por un cónyuge para odiar al otro*, Editorial Almuzara, Córdoba, 2004; citado por Romero Coloma, Aurelia María; *Reclamaciones e indemnizaciones entre familiares en el marco de la responsabilidad civil*, Editorial Bosh, Barcelona, 2009, p. 136.). Para Pietra y Lopes “consiste en el proceso por el cual uno de los padres, en forma abierta o

Nuestros tribunales han tenido la ocasión de referirse al (SAP) en algunas oportunidades. Así por ejemplo en una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 22 de mayo de 2009, en causa Rol N° 565-2009 se señaló que: “(...) la palabra síndrome significa un conjunto de síntomas característicos de una enfermedad o de un conjunto de fenómenos que caracterizan una situación determinada. El llamado síndrome de alienación parental, del que no se tienen noticias aparte de los dichos del psicólogo (...) no incluido en el listado de peritos de la Corte de Apelaciones de Santiago (...) consistiría en un conjunto de síntomas derivados de la influencia de un padre o madre en su hijo con miras a que éste desprecie al otro progenitor, impidiendo así el necesario vínculo entre el menor y su padre o madre”.⁷³⁰.

DÍAZ USANDIVARAS⁷³¹ nos describe las formas que puede adquirir el (SAP): “lograr que al padre visitante le resulte desagradable o incómodo cumplir con el régimen -verbigracia, una mudanza a un lugar distante-, o invocar pretextos para alterar las visitas -enfermedad del hijo, deberes escolares, etcétera-.”.

Sin embargo, el mayor problema, a nuestro juicio, ocurre en aquellos casos más graves de (SAP), que son aquellos en que es el propio hijo quien rechaza ver a su padre.⁷³² La complejidad de esta situación, creemos, radica en

encubierta, conciente o inconcientemente, habla o actúa de una manera descalificante o destructiva acerca del otro, durante o subsecuentemente a un proceso de divorcio, en un intento de alejar (alienar) o indisponer al hijo contra ese progenitor.” (Así Pietra, María Luciana y Lopes, Cecilia. “Responsabilidad civil derivada del incumplimiento u obstrucción de contacto de niños con padres no convivientes”. *Revista Colegio de Abogados de la Plata*, Año XLIII, N° 64, p. 105.).

⁷³⁰ Fallo citado por Lathrop Gómez, Fabiola; *Cuidado personal y relación directa y regular*, Editorial Legal Publishing, Santiago, 2013, p. 151. En otras oportunidades han señalado nuestros tribunales: “En efecto, la primera (alienación parental) es la influencia que el adulto ejerce sobre los hijos a fin de generar un rechazo hacia la figura del otro padre, y la segunda (parentalización) cuando el niño debe asumir conductas no ajustadas a su edad, y convertirse en el adulto del padre, ejerciendo él protección y cuidados respecto del padre (Primer Juzgado de Familia de Santiago, en su sentencia de 17 de septiembre de 2008, causa RIT C-2928-2007).

⁷³¹ Díaz Usandivaras, Carlos María. “Es síndrome de alienación parental (SAP) una forma sutil de violencia después de la separación o divorcio, en RDF 2003-24-127, citado por Medina, Graciela; *Daños en el Derecho de Familia*, Ob. Cit., p. 598.

⁷³² Esta conducta que puede obedecer a un deseo del menor de proteger a quien considera víctima del divorcio -esto es, al padre guardador-, o bien ser el resultado de un “lavado de

poder descubrir el (SAP), no confundirlo con una real situación de maltrato. En estos casos, hay entender que hay un menor alienado –léase: maltratado- que necesita ver a su padre, no obstante su propia negativa⁷³³, de modo tal de poder llevar a cabo en él, su genuino interés superior que, paradójicamente, consiste en revincularlo con su padre.⁷³⁴.

No debemos perder de vista que, el (SAP), según coinciden unánimemente los autores, constituye una forma de maltrato, no se trata tan sólo de una patología o un trastorno mental, sin perjuicio que ello también es discutido, se trata lisa y llanamente de una singular forma de maltrato infantil.⁷³⁵.

cerebro” provocado por el conviviente, que puede lograrse a través de relatos íntimos, exigencias de lealtad, amenazas de abandono, etcétera.

⁷³³ Resulta interesante mencionar una sentencia de Casación de Italia de 15/01/1998 que ha señalado que: “cuando el hijo adolescente siente aversión o repulsa hacia uno de sus padres, y da a su propio desarraigo afectivo y psicológico una motivación seria, el juez puede suspender total o parcialmente el derecho de visita del rechazado, basado en el interés superior del hijo y con el fin de evitarle perjuicios serios e irreparables, ya que la imposición coactiva de esos lazos podría tener efectos contraproducentes, dañosos tanto para el hijo como para el padre” (Ver: Pietra, María Luciana; Lopes, Cecilia; “Responsabilidad civil derivada del impedimento u obstrucción de contacto de niños con padres no convivientes”, *Revista del Colegio de Abogados de la Plata*, Año XLIII, N° 64, p. 105, nota a pie n° 18.).

⁷³⁴ Bastante elocuentes son las palabras de Ragel Sánchez quien afirma que: “ni de lejos se ha abordado legislativa o judicialmente el auténtico drama que viven muchos padres separados o divorciados, que pagan religiosamente las pensiones alimenticias pero no pueden relacionarse con sus hijos porque se ha descubierto hace poco que no es la madre la que les impide relacionarse con sus hijos, sino que son los menores, tan pequeños e inimputables para otras cosas, los que han decidido suprimir las relaciones. Claro, si lo dicen ellos el interés del menor esta por encima de todo. Habrá que hacerles caso, que ya el padre sabrá buscarse la vida por otro lado, pensarán los insensibles” (Ragel Sánchez, Luis; “Comentario a la Sentencia del tribunal Supremo de 30 de julio de 1999, citado por Marín García de Leonardo, Teresa; “Aplicación del derecho de daños al incumplimiento del régimen de visitas”, *Ob. Cit.*, p. 184.).

⁷³⁵ Díaz Usandivaras sostiene a este respecto que: “...desde el punto de vista psicológico no cabe duda de que el daño o la descalificación de la imagen paterna o materna, real o injustamente atribuidos, resulta un severo daño a la identidad del menor. Para el niño, ver a su padre como “malo” tiene un costo demasiado alto, pues su autovaloración depende de la valoración que para él tenga su padre. La pérdida de la relación con uno de los progenitores resulta deteriorante: de la identidad, de la autoestima y de la confianza en el mundo, y causa cuadros sintomáticos, perturbaciones de desarrollo, desajustes con el padrastro o madrastra y fracaso en el proceso de socialización. Que a un niño le ataquen a su padre o a su madre, o le destruyan su imagen, es como si le atacaran o le destruyeran la mitad de su identidad, de su linaje, sobre todo cuando el daño viene de quien originó la otra mitad. Por ello, la obstaculización injustificada de la comunicación con el otro progenitor denota (Sic) un funcionamiento perturbado que desconoce los deseos y necesidades del hijo y le ocasiona un costo emocional severo.” (Díaz Usandivaras, Carlos María. “Es síndrome de alienación parental (SAP) una forma sutil de violencia después

Sin perjuicio del enorme daño moral generado al padre que, pese a todos sus esfuerzos, no consigue relacionarse con su hijo.⁷³⁶.

A estas alturas cobra interés citar una sentencia española⁷³⁷ de 14 de junio de 2007 en donde una jueza de Manresa -España- dictó *controvertida* sentencia que atribuía la guarda y la custodia de la hija menor de un matrimonio al padre, modificando de este modo el régimen de custodia que había sido otorgada a la madre. En este caso la jueza resolvió no sólo conceder al padre el cuidado personal de la hija, que primitivamente había tenido la madre, sino que además, le prohibió toda comunicación con la madre y la familia materna, en

de la separación o divorcio, en RDF 2003-24-127, citado por Medina, Graciela; *Daños en el Derecho de Familia*, Ob. Cit., p. 598.).

⁷³⁶ Resulta particularmente útil, por lo extremo a lo que puede llegar una situación de SAP, el siguiente caso: una mujer danesa contrajo matrimonio con un italiano, fruto del cual tuvieron una hija. Como consecuencia de las desavenencias conyugales la madre regresa a Dinamarca y los Tribunales daneses fijan un régimen de visitas para el padre. El padre con la finalidad de tener contacto con la hija abandona el trabajo y se traslada a Dinamarca; pese a lo cual no puede ver a la hija porque, debido a la influencia materna, la hija rechaza al padre. El padre vuelve a Italia, sufriendo una depresión severa. Posteriormente denuncia a Dinamarca ante la Comisión Europea de Derechos Humanos alegando violación de su derecho a una vida familiar y a una justicia efectiva, pero con fecha 20 de octubre de 1998 se le rechaza la denuncia alegando que no existe violación de la Convención Europea de Derechos Humanos por parte de las autoridades danesas que habían suspendido el derecho de visitas atendiendo al interés del menor con los siguientes argumentos: el derecho-deber de visitas puede ser suspendido aún por tiempo indeterminado, cuando la prole, prescindiendo de los méritos o deméritos del progenitor no guardador, manifieste contra él, aún en razón de la influencia ejercitada por las personas que le circundan, sentimientos radicales de rechazo y repulsa, debiendo reconocerse prioridad absoluta al derecho del menor a la serenidad personal y familiar y a su bienestar psicológico integral (Commissione Europea dei Diritti dell' Uomo di Strasburgo, 21-10-98. Il Diritto di Famiglia e delle persone, 1999, p. 1003, con nota de). A este respecto, Kemelmajer de Carlucci se pregunta, acertadamente si, más allá de ser acertada la respuesta "es justo que ese hombre quede sin reparación alguna si, efectivamente, a esa situación llegó por la conducta abusiva de la madre".

⁷³⁷ El actor y la demandada, padre de una niña de cuatro años, decidieron separarse en 2004 y pactar un régimen de visitas que les conviniera a ambos. En el auto de 20 de enero de 2004 dictado en la pieza de medidas cautelares coetáneas al proceso de separación se homologaron unos acuerdos suscritos por los cónyuges en los que se fijaba de forma minuciosa el régimen de visitas del padre con su hija. En la sentencia de separación matrimonial dictada por el mismo juzgado el 17 de junio de 2005 ya se puso de manifiesto la falta de contacto entre el padre y la hija a pesar de los acuerdos existentes. Quedó acreditado, asimismo, el incumplimiento por parte de la madre del régimen de visitas establecido en dicha sentencia. Por ello, en la posterior demanda de divorcio, el padre solicita la custodia de la menor, en vista de la dificultad de tener contacto con ella, que la jueza concede, en el auto de medidas provisionales de 5 de diciembre de 2006. En vista de la resolución judicial, la madre se oculta con la menor, de forma que imposibilita el cumplimiento de la misma así como la comunicación con el padre.

razón de haber obstaculizado reiteradamente, el derecho del padre a ver a su hija.⁷³⁸

Es interesante destacar que si bien las pruebas periciales estaban divididas, tres peritos atribuían la repulsa de la hija a ver a su padre a supuesto maltrato, los otros tres la atribuían a animadversión de la madre y el entorno materno. Investigando las causas de los posibles maltratos, la jueza descubrió que ninguna de las denuncias de maltrato había sido probada, y, acogió la posición del perito que entendía que la niña sufría de (SAP).

Según ALASCIO CARRASCO⁷³⁹, “los síntomas del (SAP) son los siguientes:

- Campaña de denigración en al cual el niño está obsesionado con el odio hacia uno de los progenitores: se combinan aquí el lavado de cerebro que lleva a cabo el progenitor alienante con la propia contribución del hijo a la denigración del progenitor alienado. No estamos ante el (SAP) si el hijo no colabora en esta campaña.

- Racionalización de la conducta de manera débil o frívola: el (SAP) sólo puede predicarse de hijos que no han sufrido ningún tipo de abuso, físico, sexual o emocional, ya que de lo contrario podría justificarse la conducta denigrante del menor hacia el progenitor. Al contrario, el (SAP) se caracteriza por que el menor justifica con argumentos absurdos su odio hacia el progenitor alienado.

- Falta de ambivalencia: en las relaciones personales siempre existen aspectos positivos y negativos. Los niños que presentan (SAP) son incapaces de reconocer los aspectos positivos de su relación con el progenitor alienado y

⁷³⁸ Finalmente en la sentencia de 14 de junio de 2007, atribuye de forma definitiva la custodia de la hija al padre, y prohíbe las comunicaciones con la madre y la familia materna. Además, para que la transición no sea traumática, establece que durante el primer mes, la niña residirá en el domicilio de los abuelos paternos, de manera que se vaya acostumbrando a la presencia de su padre, que podrá visitarla allí. Transcurrido el mes, y después de evaluar la situación, se decidirá la conveniencia de que la niña pasase a residir en el domicilio paterno. (Alascio Carrasco, Laura; “El síndrome de alineación parental” In Dret. Revista para el Análisis del derecho, Facultad de Derecho, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, enero 2008, p. 3.).

⁷³⁹ Alascio Carrasco, Laura; “El síndrome de alineación parental” In Dret. Revista para el Análisis del derecho, Facultad de Derecho, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, enero 2008, pp. 5 y 6.

sólo se centran en los negativos, y, de manera inversa con el progenitor alienante.

- El fenómeno del pensador independiente: este fenómeno ocurre cuando el niño hace suyos los sentimientos de odio hacia el progenitor alienado cuando en realidad, está imitando los del progenitor alienante.

- Apoyo automático al progenitor alienante: el niño que presenta (SAP) apoya de forma automática y sin reflexionar al progenitor alienante en casos de conflicto entre los padres.

- Falta de remordimientos por crueldad hacia el progenitor alienado: los niños con (SAP) no tienen ningún tipo de remordimiento en sus manifestaciones de odio hacia el progenitor alienado, quien tiene la opción de, o tolerar el comportamiento del niño, o suspender el contacto.

- Presencia de situaciones prestadas: el hijo describe situaciones que, por su naturaleza, son impropias de su edad y se intuye que son obra del progenitor alienante.

- Extensión de la animosidad hacia la familia del progenitor alienado: el odio del niño puede extenderse a familiares del progenitor alienado y negarse a visitarlos.”.

Según plantea ALASCIO CARRASCO⁷⁴⁰, no es necesario que el niño tenga todos estos síntomas para entender que padece de (SAP), al mismo tiempo que, según dice la autora, este síndrome puede presentar diferentes grados. En un sentido inverso hay que tener presente que el menor puede tener fundados motivos para rechazar al otro padre y, por ende, una justificada repulsa a estar con él, verbigracia: maltratos, abuso sexual, etc. En dichos casos creemos que el padre custodio debe justificar su oposición a la visita, no bastando la mera oposición.⁷⁴¹

⁷⁴⁰ Alascio Carrasco, Laura; “El síndrome de alineación parental”, Ob. Cit., p. 6.

⁷⁴¹ Según señala: Dutto, Ricardo J.; *Daños ocasionados en las relaciones de familia*; Ob. Cit., p. 238.: “Frente a una demanda de estas características, la parte demandada puede invocar la existencia de hechos susceptibles de producir un grave perjuicio en la educación y los intereses del menor, o bien, hechos sobrevinientes obstativos para que el progenitor que no ejerce la

6.6.- El Estado frente al derecho a mantener una relación directa y regular.

Según el principio de mínima intervención del Estado⁷⁴² en asuntos de familia, éste debe garantizar que todos los progenitores puedan ser partícipes efectivos del derecho a mantener una relación regular y directa con sus hijos, aún contra la voluntad del otro progenitor.

El TEDH ha condenado en diversas ocasiones a Estados europeos por impedir a progenitores, generalmente padres, gozar de este derecho que el ordenamiento jurídico les reconoce. Así en el caso *Ciliz con Holanda*⁷⁴³, el TEDH condenó al Estado holandés a indemnizar a un ciudadano turco por los daños morales causados a éste tras expulsarlo antes de que se fijara el régimen de visitas.

En otra oportunidad, el TEDH condenó al Estado alemán a pagar la suma de 35.000 marcos alemanes en concepto de daño moral por el rechazo de la demanda relativa al derecho de visitas planteada por un padre extramatrimonial

tenencia pudiese ver y tener periódicamente a su hijo, siempre, claro está, que se demuestre judicialmente y no unilateralmente sin anotar al tribunal.”.

⁷⁴² Este principio, según plantea Barcia Lehmann, consiste en que el Estado no puede intervenir a través de sus órganos en la familia contra la voluntad de la propia familia, sino en casos graves o extremos. Relata el autor que en “Estados Unidos de América, este principio se reconoció por primera vez en el caso *Wisconsin v. Poder*. Mediante este fallo se revirtió una jurisprudencia que tendía a imponer la educación estatal sobre la educación religiosa que los padres querían para sus hijos. La sentencia acogió una solicitud de un grupo de padres de la comunidad *Amish* para oponerse a que sus hijos continuaran sujetos a la educación pública obligatoria más allá de octavo grado. Los padres entendían que ello llevaría a que en definitiva los jóvenes no continuaran formándose en la cultura amish, la cual se perdería irremediablemente. La Corte en definitiva valoró el derecho de los padres a determinar qué era lo mejor para sus hijos sobre las pretensiones del Estado de imponerles un tipo homogéneo de educación.” (Barcia Lehmann, Rodrigo; *Fundamentos del derecho de familia y de la infancia*, Ob. Cit., p. 26.).

⁷⁴³ En el caso se trataba de un ciudadano turco que en 1988 se había casado en Holanda y había obtenido el permiso de residencia indefinido a raíz de su matrimonio. En el año 1989 había tenido un hijo llamado Kursad. En el año 1991 se separa de su mujer y a raíz del divorcio pierde el derecho de vivir indefinidamente en Holanda. Tras el divorcio comienza un proceso para obtener un régimen de visitas, en el curso del cual es expulsado de Holanda, con posterioridad se le niega una visa temporaria que le habría permitido concurrir al juicio de tenencia y por su ausencia procesal se le niega el derecho de visitas.

La Corte europea condenó a Holanda a pagar los daños que le había causado al padre de Kursad al impedirle el derecho de visitar a su hijo con su actitud arbitraria.

fundada en la negativa del menor a ver a su padre, cuando tal negativa estaba determinada por síndrome de alienación parental⁷⁴⁴.

Finalmente en Lafargue con Rumania⁷⁴⁵ el TEDH condenó al Estado rumano a pagar a un ciudadano francés la suma de 15.000 euros por concepto de daño moral por no haber ejecutado una sentencia de régimen de visitas durante seis años.

⁷⁴⁴ En el caso, un ciudadano alemán reclamaba el derecho de visitas de su hijo extramatrimonial, nacido en 1986. Durante el juicio, a los seis años, el niño manifestó en el tribunal que no quería ver a su padre, a quien calificó de “mentiroso”, “idiota”, y afirmó que “mamá dice siempre que no eres mi padre”, “mamá tiene miedo de verte”. En todas las instancias la justicia alemana entendió que si acordaba el derecho de visitas al padre en contra de la voluntad de la madre exponía al menor a un conflicto de lealtades contrario a su interés y que poco importaba quién de los dos padres había originado esa situación, ya que para determinar si el progenitor tenía derecho a visitarlo se debía apreciar si la petición era acorde con el interés del menor, y como en el supuesto el niño se negaba a verlo, se juzgó que el derecho de visitas era contrario a sus intereses. La Corte de Derechos Humanos de Europa consideró que la decisión del Estado alemán era arbitraria y contraria al artículo 8º de la Convención, ya que en ella no se tuvo en cuenta que la actitud del menor respondía a las prevenciones que la madre había transmitido al niño, y entendió que, en el caso, se debió haber dado intervención a una psicóloga para establecer los verdaderos deseos del niño.

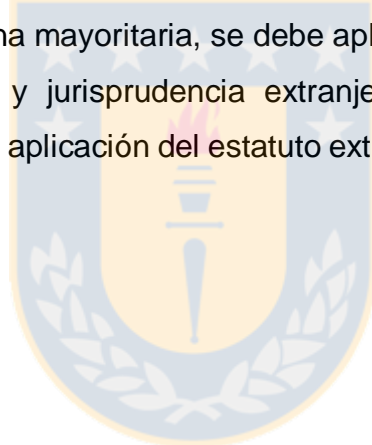
⁷⁴⁵ En el caso, la Corte decidió que el Estado rumano había obrado con negligencia en el procedimiento de ejecución de una decisión definitiva que acordaba el derecho de visitas a un ciudadano francés, padre matrimonial de un niño rumano. Por sentencia del 21 de noviembre de 1997, un tribunal de primera instancia de Bucarest declaró el divorcio del requirente y de su esposa y le otorgó a esta última la tenencia del hijo matrimonial, fijando el domicilio del menor en la casa de su madre. El padre mantenía el derecho de supervisar la educación y la formación del menor. La sentencia de divorcio fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Bucarest. En 1998, el requirente inició un procedimiento para obtener el derecho de visitas, éste le fue concedido por sentencia del 16 de noviembre de 1999, confirmada por la Corte de Apelaciones de Bucarest el 3 de mayo del 2000. La Corte de Apelaciones ordenó la ejecución de la sentencia de visitas; sin embargo, ésta no tuvo principio de ejecución hasta el año 2005, porque la madre se oponía y el Estado rumano no ponía al alcance del requirente los medios idóneos para hacerla efectiva. Es recién en el año 2005 cuando el requirente logra reencontrarse con su hijo en presencia de psicólogos. Esta posibilidad de reencuentro demuestra que el Estado rumano tenía los medios necesarios para hacer cumplir el régimen de visitas y que durante seis años había sido negligente en su ejecución. De allí que se le imputó ausencia de ejecución de la decisión que le confería al padre el derecho de visitas. La Corte consideró que las autoridades rumanas habían omitido los esfuerzos adecuados y suficientes para hacer respetar el derecho del padre de visitar a su hijo por un período de seis años y que por tal motivo debía indemnizar al peticionante. El reclamante había pretendido 64.020 euros a título de perjuicio material por lo que había dejado de ganar a causa de la retrogradación del cargo de responsable de venta a agente comercial dentro de una sociedad comercial francesa. La Corte estimó que el nexo de causalidad entre el hecho atribuido al Estado rumano y el daño alegado era muy débil y que no resultaba suficiente para hacer lugar a la pretensión. Con relación al daño moral, el requirente reclamó 100.000 euros a título de indemnización por la angustia y la tristeza que había sufrido al no poder ver a su hijo por seis años. Teniendo en cuenta las condenas realizadas en precedentes similares la Corte juzgó equitativo condenar a indemnizar 15.000 euros.

Situación análoga podría producirse en nuestro país, en caso de una errada decisión judicial. Ello por aplicación de tratados internacionales suscritos por Chile que otorgan competencia a organismos internacionales tales la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁷⁴⁶.

6.7.- Estatuto jurídico de responsabilidad aplicable.

Según hemos propuesto, el estatuto jurídico aplicable es el extracontractual. Se trataría del incumplimiento de una obligación legal, impuesta por el artículo 229 inc. 5^o⁷⁴⁷ del código civil, ante cuyo incumplimiento, según plantea nuestra doctrina mayoritaria, se debe aplicar dicho régimen.

En la doctrina y jurisprudencia extranjera, la posición prácticamente unánime ha sido por la aplicación del estatuto extracontractual. Así en la doctrina



⁷⁴⁶ Corral Talciani, Hernán. *Lecciones de responsabilidad civil*, Ob. Cit., p. 327. Señala el autor: “Con el desarrollo del derecho internacional humanitario se ha dado mayor protagonismo internacional a la persona y a sus derechos fundamentales. De esta manera se permite, a través de tratados y compromisos internacionales, que tribunales de jurisdicción internacional puedan resolver el conflicto entre un Estado y sus propios nacionales cuando éstos denuncian que el Estado con su conducta ha transgredido los derechos humanos. La jurisdicción no sólo se limita a verificar la denuncia y a ordenar al Estado el cese de la actividad ilícita, sino que puede llegar a determinar la reparación que el Estado debe pagar a las víctimas de dichas violaciones.”

⁷⁴⁷ Nuestro código civil en su art. 229 inc. 5^o, según modificación introducida por la ley 20.680 D.O. 21-06-2013, estableció la obligación del padre o madre que ejerza el cuidado personal, de no obstaculizar el régimen de relación directa y regular establecida a favor del otro padre. Sin embargo, inadvertidamente, omitió prohibir los obstáculos respecto a sus abuelos con quienes el menor tiene ahora el derecho a mantener igual relación.

argentina, DUTTO⁷⁴⁸, se pronuncia por la aplicación del art. 1109 del Cc Arg. En igual sentido se pronuncian MAKIANICH DE BASSET⁷⁴⁹ y MIZRAHI⁷⁵⁰.

En España, una reciente STS⁷⁵¹ -referida a la obstrucción de la guarda- sentó definitivamente el precedente de que esta especie de daño es reparable, conforme a las reglas generales de responsabilidad extracontractual. En la doctrina española MARÍN GARCÍA DE LEONARDO⁷⁵² se pronuncia por la aplicación del art. 1902 del Cc Esp. En igual sentido, comentando una STS, se pronuncia RODRIGUEZ GUITIÁN⁷⁵³.

⁷⁴⁸ Dutto, Ricardo J; Daños ocasionados en las relaciones de familia, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 239., quien señala al respecto: “El progenitor perjudicado por la traba para estar con hijo o el pariente que no puede tomar contacto con su ascendiente, descendiente o hermano, puede optar dentro del cumplimiento del régimen impuesto, por petitionar los daños pertinentes, o bien, iniciar una acción autónoma conforme al art. 1109 del Código Civil”.

⁷⁴⁹ Makianich de Basset, Lidia. *Derecho de visitas*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1997, pp. 222 y 226. Refiriéndose a la responsabilidad extracontractual dice Makianich de Basset: “Ni se requiere una *lex specialis* que la torne procedente, en razón de que resultaría redundante a tenor de lo preceptuado en el régimen general, ni existe, por otro lado, norma alguna dentro de aquel que repela la aplicación del estatuto general” (Sic) “Por lo tanto, para que el daño pueda ser resarcido es necesario que, además, se encuentren en la especie todos los demás presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual...”.

⁷⁵⁰ Mizrahi, Mauricio Luis. *Familia, matrimonio y divorcio*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 443.

⁷⁵¹ Rodríguez Guitián, Alma María. “Indemnización del daño moral al progenitor por la privación de la relación personal con el hijo (A propósito de la STS de 30 de junio de 2009)”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXII, fascículo IV, p. 1836., en cuanto afirma la profesora de la Universidad Autónoma de Madrid: “El demandante ejercita la acción de responsabilidad civil extracontractual por incurrir los demandados en la infracción del artículo 1902 del Código Civil. La acción, a mi juicio, esté perfectamente interpuesta...”.

⁷⁵² Marín García de Leonardo, Teresa. “Aplicación del derecho de daños al incumplimiento del régimen de visitas”, en *Daños en el derecho de familia*, edición monográfica de la Revista de Derecho Patrimonial, Editorial Thomson Aranzadi, n° 17, año 2006, p. 198., señala la autora a este respecto: “El panorama expuesto permite afirmar la conveniencia de abrir una vía que posibilite el resarcimiento de daños y perjuicios con base en el art. 1902 del CC en los casos en que el incumplimiento del régimen de visitas genere un daño al progenitor no conviviente – normalmente se tratará de un daño corporal con consecuencias pecuniarias y/o no pecuniarias- que entre dentro de los presupuestos del citado precepto”.

⁷⁵³ Rodríguez Guitián, Alma María. “Indemnización del daño moral al progenitor por la privación de la relación personal con el hijo (A propósito de la STS de 30 de junio de 2009)” en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXII, 2009, fasc. IV, p. 1834.

6.8.- Presupuestos de la responsabilidad civil.

Como señaláramos, el estatuto aplicable en este caso es el extracontractual. A continuación haremos un examen de las particularidades que presenta cada elemento.

6.8.1.- El hecho dañoso: la obstrucción al régimen.

La obstrucción al régimen puede encontrar su origen en diversas causas. En la negativa del propio progenitor no custodio, en cuyo caso no hay obstrucción propiamente tal, sino, el incumplimiento de un deber parental.

En la actitud obstruccionista del progenitor custodio, quien, dificulta o impide la visita, caso en el cual estamos frente a un caso de obstrucción propiamente tal, que tiene mayor aptitud de generar un daño resarcible.

En la negativa del propio hijo quien, inducido por el progenitor guardador, termina no queriendo ver al progenitor no custodio caso en el cual, en cuyo caso, podríamos estar en presencia de síndrome de alienación parental (SAP).

En una errada resolución judicial que, aun cuando no forma parte del estudio de la responsabilidad civil, nos hemos referido a ella, brevemente. Si observamos la sentencia italiana⁷⁵⁴ que resolvió un caso de este tipo, la conducta

⁷⁵⁴ El caso es así: el año 1995 “B.A.”, interpuso una demanda por sí y en representación de su hijo menor nacido en 1987 para ser reparados del daño biológico y del daño moral sufrido por ambos, por la negativa injustificada de la madre a permitirle ver a su hijo. El Tribunal de Roma por sentencia del 4 de febrero de 1992 había dispuesto la separación de los cónyuges, confiando a la madre, la custodia del hijo menor que a esa fecha tenía 5 años con el derecho del padre de verlo los fines de semana y durante vacaciones y otras festividades, fijando además, la pensión alimenticia. Señaló el padre que, mientras él cumplía sagradamente sus deberes para con su hijo, la madre sin justificación alguna negaba el contacto con el menor. Agregó el padre en su demanda que este comportamiento ilícito de la madre, carente de cualquier justificación, les ha producido a ambos (padre e hijo) irreversibles y graves daños, integrantes de la especie llamada daño biológico, además del daño moral, en cuanto inciden en su proyección de vida, su ubicación social, la tutela y conservación de la familia, sus relaciones afectivas, sus relaciones socioculturales, sus condiciones psicofísicas, que, en definitiva –señaló- constituían la violación de derechos inviolables previstos en el art. 2 y 32 de la Constitución Italiana. Contestando la demanda la madre expuso –en lo medular- que “el actor, después de un mes del nacimiento del

que se le imputó culpablemente a la madre y por la cual terminó siendo condenada a resarcir los perjuicios fue precisamente esa, una obstrucción. De igual manera –aunque por obstrucción a la guarda- lo fue la STS de 30 de junio de 2009. No conocemos, ni queremos conocer, precedentes por incumplimiento.

hijo, se desinteresó por el niño, dejando el hogar conyugal, salvo alguna fugaz aparición en la vivienda, por lo que, en realidad, el hijo no conoce al padre, no lo ha visto”. Agregó que: “el niño no conoce al padre no por culpa de la madre, sino por el hecho de que ella ha debido reconstituir su existencia con otro hombre quien, además, quiere muchísimo al niño y, consecuentemente, el niño tiene la figura del padre en el amigo de la madre; por eso, muy preocupada por el afecto emotivo que puede causar en el niño confiarlo, aunque sea por un solo día, a una persona totalmente desconocida, intentó evitarle cualquier contacto con el padre.” El tribunal resolvió acoger la demanda parcialmente, acogiendo los daños morales y biológicos reclamados por el padre por sí, más no, aquellos reclamados en representación del niño, por falta de legitimidad activa. Dijo el Tribunal: “Como cuestión previa, debe establecerse que el actor no podía y no puede “representar” al hijo menor para hacer valer derechos resarcitorios de este último, en forma conjunta a los suyos, contra la madre. El padre en cuanto no tiene el ejercicio de la patria potestad de su hijo, aún cuando tiene la titularidad, a los fines de los artículos 320 y 155 del Código Civil italiano, no tiene la representación y, en general, no puede constituirse en juicio por él, dado que la guarda ha sido otorgada a la madre, por lo que es ella quien ejercita en forma exclusiva la patria potestad sobre el hijo. Por otro lado, existiendo en el caso un evidente conflicto de intereses patrimoniales entre el hijo y la madre, única que ejerce la patria potestad en el sentido del art. 320, último apartado del código civil y del artículo 78 del Código Procesal Civil italiano, el padre interesado, antes de interponer la demanda resarcitoria por la parte que atañe al hijo menor, debió haber propuesto, a instancia del presidente del tribunal, que se designara un curador especial y que, autorizado, éste represente al menor procesalmente incapaz; en consecuencia, se declara la falta de legitimación *ad processum* en la parte concerniente a los derechos resarcitorios hechos valer por el hijo menor en contra de la madre demandada.” Para el tribunal los incumplimientos resultan acreditados: a) Por la gran cantidad de telegramas postales enviados a la madre requiriéndole ver al hijo; b) Por la sentencia de separación personal que daba cuenta de dichos incumplimientos; c) por la sentencia de divorcio que el contacto siempre está siendo obstaculizado por la madre; y, d) Que el daño está acreditado con el informe de la médica psicóloga María Di Nico, quien puntualizó que el niño: “parece vivir una lacerante situación de incerteza y conflicto dentro de sí, como entre el miedo de perder la madre y la necesidad de conocer al padre...” que “...la madre contrapone un intransigente e inamovible rechazo, y amenaza con llevarse al niño y no volver más...”. Agrega el Tribunal que las alegaciones de la madre son manifiestamente infundadas en cuanto afirma que la falta de contacto padre e hijo se debe a la propia conducta del padre. En cambio el padre, ha probado haber cumplido siempre su obligación de mantener al hijo. Agrega el Tribunal: “De todo lo expuesto resulta que los referidos comportamientos injustificados e ilícitos de la guardadora hacia el no guardador han podido derivar objetivamente daños a la salud psicofísica (bien tutelado por el art. 32 de la Const. Italiana) y daños morales, pues él no puede cumplir estos importantes deberes hacia el hijo, ni satisfacer su derecho a conocerlo, a frecuentarlo y educarlo, en razón y en proporción de su propio sentido de la responsabilidad, y del prolongado pero en vano empeño puesto en ser satisfecho en dicho derecho dadas las circunstancias mencionadas, todas verificadas en el caso.” (Kemelmajer de Carlucci, Aída. “Daños y perjuicios causados al progenitor por la obstaculización del derecho a tener una adecuada comunicación con un hijo. Una interesante sentencia italiana”. (*Revista de Derecho de Daños. Daños en las Relaciones de Familia*, Ob. Cit., pp. 294 y 295).

La doctrina no parece hacer tal distinción, y así por ejemplo RODRÍGUEZ GUITIÁN⁷⁵⁵ afirma la procedencia de la responsabilidad, tanto en la hipótesis de obstrucción como de incumplimiento. Y es que el fondo del problema parece ser un asunto de **convergencia de intereses**.

En el caso del reclamo patrimonial del cónyuge custodio por incumplimiento del otro, claramente no hay convergencia de intereses en torno al niño, sus disputas económicas le son ajenas, más aún, nocivas a su interés superior, y a la unidad familiar.

Si podría haberlo por el daño moral experimentado por el menor. Sin embargo, la pregunta en este caso es: ¿pueden imponerse coactivamente los lazos padre e hijo? Parece necesario algo más que un simple incumplimiento para generar un daño resarcible. Tanto éste como el caso anterior, parece ser de la órbita de la piedad familiar.

Muy distinto es el caso de obstrucción, como el resuelto por la jurisprudencia italiana el año 2000, en que hay una clara convergencia entre el interés del niño (que tiene derecho al contacto) y el del padre (que desea el contacto), ante el cual se interpone la madre.

6.8.2.- Factor de atribución.

Como señaláramos en el Capítulo 2, en materia de familia la responsabilidad es subjetiva, siendo la culpa grave y el dolo los factores de imputación, así lo ha entendido la doctrina⁷⁵⁶ y la jurisprudencia extranjera.

⁷⁵⁵ Rodríguez Guitián, Alma María. “Indemnización del daño moral al progenitor por la privación de la relación personal con el hijo (A propósito de la STS de 30 de junio de 2009)”, Ob. Cit. p. 1834., quien dice: “Por eso creo que el resarcimiento de los daños por parte del progenitor que incumple o impide el derecho de visitas es, en este supuesto, una buena medida a aplicar.”

⁷⁵⁶ Así Pietra, María Luciana y Lopes, Cecilia. “Responsabilidad civil derivada del incumplimiento u obstrucción de contacto de niños con padres no convivientes”. *Revista Colegio de Abogados de la Plata*, Año XLIII, N° 64, p. 105. Kemelmajer de Carlucci, Aída. “Daños y perjuicios causados al progenitor por la obstaculización del derecho a tener una adecuada comunicación con un hijo. Una interesante sentencia italiana”. *Revista de Derecho de Daños. Daños en las Relaciones de*

Como señala DUTTO⁷⁵⁷, siendo “...un hecho positivo la obstrucción, traba o entorpecimiento, la procedencia de la demanda requerirá dolo o, al menos, culpa grave”. Pietra y Lopes⁷⁵⁸, agregan que debe “probarse que existió una conducta obstruccionista de uno de los progenitores para que prospere la acción”. Y KEMELMAJER DE CARLUCCI⁷⁵⁹ acota que el progenitor guardador no puede liberarse de responsabilidad invocando, simplemente, que las visitas no se cumplen porque es el menor quien se opone.

En efecto, como señala MEDINA⁷⁶⁰, muchas veces esta negativa del hijo a mantener contacto con el progenitor no guardador es el resultado de un verdadero lavado de cerebro, gracias al cual se logra que sea el propio hijo quien resista el contacto con el otro progenitor, circunstancia que evidencia la necesidad de probar que la incomunicación es justificada, siendo insuficiente la sola invocación del deseo del hijo.

En este orden es importante tener presente lo señalado por KEMELMAJER DE CARLUCCI⁷⁶¹ en cuanto a que “como los menores pasan la mayor parte de su tiempo con el progenitor que detenta la guarda, es muy simple el procedimiento de demolición de la imagen de quien no la ejerce, con lo que se

Familia, Editorial Rúbinzal Culzoni, Santa Fe, 2001-2, p. 285. En igual sentido Dutto, Ricardo J.; *Daños ocasionados en las relaciones de familia*; Ob. Cit., p. 238.

⁷⁵⁷ Dutto, Ricardo J.; *Daños ocasionados en las relaciones de familia*; Ob. Cit., p. 238.

⁷⁵⁸ Pietra, María Luciana; Lopes, Cecilia; “Responsabilidad civil derivada del impedimento u obstrucción de contacto de niños con padres no convivientes”, *Revista del Colegio de Abogados de la Plata*, Año XLIII, N° 64, p. 97.

⁷⁵⁹ Kemelmajer de Carlucci, Aída. “Daños y perjuicios causados al progenitor por la obstaculización del derecho a tener una adecuada comunicación con un hijo. Una interesante sentencia italiana”. *Revista de Derecho de Daños. Daños en las Relaciones de Familia*, Editorial Rúbinzal Culzoni, Santa Fe, 2001-2, p. 285. Bien se ha dicho, sostiene Kemelmajer de Carlucci que “Los intrincados funcionamientos emocionales que los procesos de divorcio desencadenan, originan en sus protagonistas la imposibilidad de distinguir entre las aptitudes maritales y las parentales. Esto genera conductas destructivas por las cuales es difícil mantener la objetividad con respecto a la visión del progenitor que se convierte en la contraparte de la contienda”.

⁷⁶⁰ Medina, Graciela; “La obstaculización injustificada del derecho de visita” en *Daños en el Derecho de Familia*; Ob. Cit., p. 602.

⁷⁶¹ Kemelmajer de Carlucci, Aída. “Daños y perjuicios causados al progenitor por la obstaculización del derecho a tener una adecuada comunicación con un hijo. Una interesante sentencia italiana”. *Revista de Derecho de Daños. Daños en las Relaciones de Familia*, Editorial Rúbinzal Culzoni, Santa Fe, 2001-2, p. 302.

convierte al niño o al adolescente, en el principal obstáculo de la comunicación paterno-filial que se pretende.”.

6.8.3.- La relación de causalidad.

Sabemos que para que exista responsabilidad civil, y nazca la obligación correlativa, debe existir relación de causalidad entre el hecho dañoso y el perjuicio.⁷⁶² Según plantean mayoritariamente los autores⁷⁶³, tratándose de la obstaculización al régimen de visita el nexo debe buscarse en una causa adecuada. De este modo, el juez, deberá hacer un juicio de probabilidad en abstracto, mediante un pronóstico objetivo, analizando si el daño era previsible de acuerdo al curso natural de los acontecimientos.

6.8.4.- El daño.

Según lo han planteado los autores existen claramente dos perjudicados: el hijo, para quien fundamentalmente hay un daño moral o psíquico, y, el padre, para quien además de haber un daño moral, puede existir un daño material⁷⁶⁴. Sin embargo, otros parientes podrían haber sufrido perjuicios que quisieran reclamar.

⁷⁶² Abeliuk Manasevich, René; *Las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, 4° Edición, Santiago, 2001, t I, p. 235. Peirano Facio, Jorge; *Responsabilidad Extracontractual*, Temis, 1981, p.401. Goldemberg, Isidoro; *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, Ob. Cit., p. 10. Vásquez Ferreira, Roberto; *Responsabilidad por daños (Elementos)*; Depalma, 1993, p. 219.

⁷⁶³ Así Medina, Graciela; “La obstaculización injustificada del derecho de visitas”, en *Daños en el Derecho de Familia*, Ob. Cit., p. 603. En igual sentido Pietra, María Luciana y Lopes, Cecilia. “Responsabilidad civil derivada del incumplimiento u obstrucción de contacto de niños con padres no convivientes”, Ob. Cit., p. 105. Así: Bísaro, Beatriz; “Daños derivados de la falta de reconocimiento del hijo”, en *Derecho de Daños. Economía-Mercado-Derechos Personalísimos*, Carlos A. Ghersi Coordinador, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 437.

⁷⁶⁴ Así Medina, Graciela; “La obstaculización injustificada del derecho de visitas”, Oc. Cit., p. 602. En igual sentido Así Pietra, María Luciana y Lopes, Cecilia. “Responsabilidad civil derivada del incumplimiento u obstrucción de contacto de niños con padres no convivientes”, Ob. Cit., p. 105. En igual sentido Dutto, Ricardo J.; *Daños ocasionados en las relaciones de familia*; Ob. Cit., p. 245.

En relación al hijo, esta falta de contacto puede acarrearle daños presentes y futuros. En lo inmediato el evidente sufrimiento de no estar con su padre y otros posibles trastornos psicológicos⁷⁶⁵, y, dentro de la órbita de lo material, una pérdida de los beneficios económicos que significa no relacionarse con su padre⁷⁶⁶. A futuro, como señala DUTTO⁷⁶⁷ una mayor propensión a cometer suicidio, irse de su casa, tener desórdenes de conducta, abandonar el bachillerato, abusar de sustancias químicas, o acabar en una institución o prisión.

En cuanto al padre, además del daño moral puede sufrir daños patrimoniales, tales como perturbaciones laborales, problemas de asistencia al trabajo, gastos realizados para concretar la visita frustrada –verbigracia: viáticos-

En cuanto a la prueba del daño, tratándose del daño material, serían admisibles todos los medios de prueba. Tratándose del daño moral, según algunos autores⁷⁶⁸, la existencia de este último surge *res ipsa loquitur*.

Hay que tener presente, como apunta MEDINA, que la familiaridad en ocasiones puede constituirse en una agravante del impacto dañoso. Y a la

⁷⁶⁵ Resulta interesante reproducir un párrafo completo del artículo de las juristas uruguayas Pietra y Lopes, al respecto señalan: “En un trabajo acerca de las consecuencias producidas a los niños por divorcio de sus padres, se ha hecho referencia a que los mismos idealizan la imagen de sus padres, y frente a esta situación se produce un derrumbe de ella, surgiendo depresión, pérdida de confianza en los demás y en ellos mismos. Además, experimentan carencias afectivas, déficit en la estima propia (porque la madre, por ejemplo, ve en ellos elementos negativos del padre), no pueden distinguir la realidad de las mentiras prodigadas por sus padres. Generalmente son utilizados como mensajeros o árbitros de aquellos, por lo que comienzan a desconfiar y desafiar las normas educativas impartidas por ellos. En otros casos, son utilizados como “pañito de lágrimas” y se produce una inversión de roles que tiende a elaborar corazas caracterológicas que encubren una inmadurez no elaborada

⁷⁶⁶ Pietra y Lopes señalan como ejemplo que el padre en los momentos compartidos le compra al menor: ropa, alimentos, ropa nueva, paseos, juguetes, etc. Todos estos beneficios con interrumpidos por la obstrucción. (Pietra, María Luciana; Lopes, Cecilia; “Responsabilidad civil derivada del impedimento u obstrucción de contacto de niños con padres no convivientes”, *Revista del Colegio de Abogados de la Plata*, Ob. Cit., p. 103.).

⁷⁶⁷ Dutto, Ricardo J.; *Daños ocasionados en las relaciones de familia*; Ob. Cit., p. 245.

⁷⁶⁸ Así Makianich de Basset; *Derecho de Visitas*, p. 228, citada por Medina, Graciela; “La obstaculización injustificada del derecho de visitas”, *Daños en el Derecho de Familia*, Ob. Cit. p. 602.

inversa, también en determinadas situaciones tengan aptitud para morigerar el impacto dañoso en la víctima, lo que incidirá en el *quantum* indemnizatorio.

6.9.- La acción indemnizatoria.

Corresponde analizar en este punto entre otros: el tribunal competente para conocer demandas de daños, los legitimados activos y pasivos, así como la oportunidad para deducir la acción.

6.9.1.- Legitimación activa y pasiva.

Será legitimado pasivo el progenitor guardador que lleva adelante la conducta obstruccionista. La legitimación activa estará en cabeza del otro progenitor por el daño personalmente sufrido a causa de dicho comportamiento. También es titular de la acción resarcitoria el propio menor, para lo cual será necesaria la designación de un curador *ad litem*.

6.9.2.- Tribunal competente y oportunidad para deducir la acción.

Estimamos que, de acuerdo a las reglas generales, el tribunal competente es un juez civil, en ningún caso, un juez de familia, atendidas las limitaciones del art. 8 N° 17 LTF.

En cuanto a la oportunidad para deducir la acción, lo más lógico parece ser dentro del plazo de cuatro años contados desde que pudo ejercerse la acción. Ello atendida la naturaleza continuada tanto del perjuicio como del hecho que lo genera. Situación que es aún más plausible en aquellos casos en que el padre se ve impedido por razones geográficas de acceder al menor o al juez competente.

CAPÍTULO 7: “RESPONSABILIDAD CIVIL POR NEGATIVA A RECONOCER AL HIJO EXTRAMATRIMONIAL”

7.1.- Planteamiento general del tema.

Según los arts. 7⁷⁶⁹ y 8 CDN, todo menor tiene derecho a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos, así como a preservar su identidad. Esta norma podría tener rango constitucional atendido lo dispuesto en el art. 5° C. Pol. En nuestro país, la única norma que trae apareja alguna forma de sanción para el padre que se niega a reconocer al hijo, está en el art. 203 Cc⁷⁷⁰.

Sin embargo, dicha norma no soluciona el problema patrimonial y económico que implica para un padre o madre, ejercer en forma exclusiva y no compartida, su rol de padre o madre, ni menos aún, el daño extrapatrimonial que significa para el hijo haber sido negado por su progenitor.

Dicha sanción es insuficiente, porque ser privado de la patria potestad es jurídicamente irrelevante, ya que en la práctica, nunca la ejerció, y, difícilmente la ejercerá en el futuro, si deduce oposición.

Además es discutible que pueda ser considerada realmente una **sanción**, ya que la patria potestad lejos de ser un derecho-beneficio, es un conjunto de deberes y obligaciones, cuya pérdida, más que una sanción, produce a quien la

⁷⁶⁹ Art. 7° CDN señala que: “...el niño...tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por éstos...” “...los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida”.

⁷⁷⁰ Art. 203.: Cuando la filiación haya sido determinada judicialmente contra la oposición del padre o madre, aquél o ésta quedará privado de la patria potestad y en general, de todos los derechos que por el ministerio de la ley se le confieren respecto de la persona y bienes del hijo o de sus descendientes. El juez así lo declarará en la sentencia y de ello se dejará constancia en la subinscripción correspondiente.

pierde una liberación o beneficio, le evita un gasto y le permite absorber una ganancia.

Es además irrelevante, porque la pérdida del derecho a suceder al hijo por parte del padre o madre opositor, como eventual sanción del artículo 994 inciso 2º, sólo beneficiará a la masa hereditaria quedada a la muerte del hijo, y no al hijo mismo. Además, lo usual es que los padres premueran a los hijos, lo cual torna ilusoria toda idea de sanción, y, menos aún de reparación.

Así las cosas: ¿debe el hijo cargar con el estigma de ser considerado hijo bastardo? ¿Puede el hijo o la madre accionar contra el progenitor que no ha reconocido al hijo, por los daños materiales y morales?

7.2.- Situación en el derecho comparado.

Si bien en nuestro país esta hipótesis de daño no tiene recepción ni legal ni jurisprudencial, en otros países, se encuentra expresamente regulada.

En Francia, el artículo 340-5, ordena reparar los daños resultantes del desconocimiento de la paternidad y al efecto establece que: “además del reembolso de la totalidad o parte de los gastos de la maternidad y de mantenimiento del hijo durante los tres meses anteriores y los tres posteriores al parto, se puede condenar al padre a pagar los daños e intereses causados por aplicación de los artículos 1382 y 1383 del código”.

El código civil de Suiza establece la posibilidad de condenar al padre a abonar además de los gastos del embarazo y del parto, los del mantenimiento del menor en los cuatro meses anteriores y posteriores al parto, y cualquier otro gasto derivado de la relación, reconociendo además a la madre la indemnización por daño moral cuando el padre no hubiera cumplido la promesa de matrimonio, cuando el embarazo derivó de acto criminal o abuso de autoridad, y cuando la madre hubiera sido menor de edad al tiempo de la concepción.

El artículo 96 del código civil de Costa Rica establece que el tribunal que acoja la acción de declaración de paternidad podrá en la sentencia condenar al padre a reembolsar a la madre según principios de equidad, los gastos de maternidad y los alimentos del hijo durante los tres meses posteriores al nacimiento.

También regula esta figura el art. 414 del código civil peruano, los arts. 210 y 211 del código de familia boliviano, y, el art. 76 del código civil colombiano.

7.3.- Fundamento del reclamo resarcitorio: el derecho a la propia identidad.

Como ya señaláramos son derechos del menor: el conocer a sus padres, ser cuidados por éstos, preservar su identidad, entre ellos la nacionalidad, el nombre y las relaciones de familia. En nuestro país, a diferencia de lo ocurre en Francia, donde el artículo 340-5⁷⁷¹ del *Code*, sanciona esta hipótesis de daño, no existe norma especial que la recoja, tampoco lo ha hecho la jurisprudencia acudiendo a las normas generales de responsabilidad civil.

De lo expuesto en los arts. 7 y 8 de la CDN podemos extraer que el niño tiene derecho conocer sus orígenes, vale decir de dónde viene, cuál es su origen biológico, quienes son sus padres, etc. Sólo partir de allí puede configurar su propia identidad y construirla a lo largo de la vida, sin el conocimiento del origen queda incompleto su linaje, y por ende, incompleta también su propia identidad⁷⁷².

⁷⁷¹ Dice el art. 340-5 Cc francés: “Cuando se admita la acción, el Tribunal podrá condenar al padre, a petición de la madre, a reembolsar todo o parte de los gastos de maternidad y de manutención durante los tres meses anteriores y los tres posteriores al nacimiento, sin perjuicio de la indemnización de daños y perjuicios que ella pueda reclamar en aplicación de los artículos 1382 y 372.”

⁷⁷² Si se observa se puede ver en el fondo una analogía entre lo que ocurre en la hipótesis de daño por impedimento de la relación regular y directa, y, la que ahora estudiamos, en ambos casos, el menor pierde o no tiene contacto con uno de sus progenitores, se desvincula de él, al punto de ignorar quien es su padre o madre, con la agravante, en el caso que nos ocupa, de haber sido rechazado por su propio progenitor.

Este derecho a la propia identidad, en palabras de FERNÁNDEZ SESSAREGO⁷⁷³, es el que tiene todo ser humano a ser uno mismo, en su compleja y múltiple diversidad de aspectos.

Según FERNÁNDEZ SESSAREGO⁷⁷⁴, el concepto de identidad personal es más amplio que el normalmente aceptado, restringido al ámbito burocrático de la identificación, y, constreñido a la fecha de nacimiento, nombre, apellido y aun estado civil.

De este modo, en palabras de MOLINA y VIGGIOLA⁷⁷⁵: "...cada día es más firme la convicción sobre el derecho de todo ser humano a conocer su propia génesis, su procedencia. Se considera que es una aspiración connatural al ser humano buscar e investigar sus raíces, ya que éstas se explican o dan razón del presente, a la luz del pasado.

"La personalidad de todo ser humano, si bien se consolida y estructura en las diferentes etapas de la vida, reconoce un eje conductor que es la identidad, la verdad que corresponde a ese ser único e irrepetible."⁷⁷⁶

"En consecuencia, conocer cuál es su específica verdad personal es, sin duda, un requisito para la dignidad de la persona."⁷⁷⁷

"La personalidad de todo ser humano, si bien se consolida y estructura en las diferentes etapas de la vida reconoce un eje conductor que es la identidad."⁷⁷⁸

El propio FERNÁNDEZ SESSAREGO⁷⁷⁹ se manifiesta partidario del resarcimiento del daño al señalar: "...Así como se reconoce que toda agresión a

⁷⁷³ Fernández Sessarego, Carlos; *El derecho de la identidad personal*, Ob. Cit. p. 21.

⁷⁷⁴ Fernández Sessarego, Carlos; *El derecho de la identidad personal*, Ob. Cit. p. 21.

⁷⁷⁵ Molina Quiroga, Eduardo y Viggliola, Lidia E.; "Derecho a la identidad y no reconocimiento del hijo extramatrimonial (La convención de los derechos del niño, el artículo 255 del código civil y la responsabilidad de la madre), en *Derecho de Daños. Economía-Mercado-Derechos Personalísimos*; Ob. Cit., p. 459.

⁷⁷⁶ Fernández Sessarego, Carlos; *El derecho de la identidad personal*, Ob. Cit. p. 21.

⁷⁷⁷ Fernández Sessarego, Carlos; *El derecho de la identidad personal*, Ob. Cit. p. 22.

⁷⁷⁸ Molina Quiroga, Eduardo y Viggliola, Lidia E.; "Derecho a la identidad y no reconocimiento del hijo extramatrimonial (La convención de los derechos del niño, el artículo 255 del código civil y la responsabilidad de la madre), Ob. Cit., p. 459.

⁷⁷⁹ Fernández Sessarego, Carlos; *El derecho de la identidad personal*, Ob. Cit. p. 269.

los derechos personalísimos, aunque éstos sean de contenido extrapatrimonial, genera derecho al resarcimiento, y consecuentemente, merecen tutela preventiva, no es imaginable dejar indefensa a la persona frente a una agresión de la magnitud que adquiere aquella que niega o desnaturaliza *su verdad histórica*.”.

“En consecuencia, la protección jurídica del derecho a la identidad personal, en su calidad de derecho humano esencial debería ser integral, para comprender los múltiples y complejos aspectos de la personalidad de un ser humano.”⁷⁸⁰.

7.4.- El reconocimiento del hijo, el interés superior del niño, el derecho a la propia identidad y el derecho a la intimidad.

Variadas son las preguntas que caben plantearse al respecto: ¿es el acto de reconocimiento un acto voluntario? ¿Depende el derecho del menor a su propia identidad del reconocimiento **voluntario**, o, del ejercicio **voluntario** de la acción de reclamación de filiación por parte de la madre? ¿Qué rol juega el interés superior del niño? Ante un conflicto de intereses entre el derecho a la intimidad de la madre y el derecho a la propia identidad del hijo: ¿cuál de ellos ha de prevalecer?

No pretendemos aquí desarrollar todos y cada uno de estos planteamientos, sino, plantear algo que, creemos, es fundamental. Se ha dicho, en algunos fallos argentinos, que no es posible considerar la inacción de la madre, como factor atenuante del daño, ya que ella haría uso de su derecho a la intimidad⁷⁸¹.

⁷⁸⁰ Fernández Sessarego, Carlos; *El derecho de la identidad personal*, Ob. Cit. p. 270.

⁷⁸¹ Así Sambrizzi, Eduardo. *Daños en el derecho de familia*, Ob. Cit., p. 187., quien señala: “...nosotros creemos que la omisión de la madre de iniciar la acción de filiación, o la negativa de prestar la conformidad a que se refiere la última parte de la norma –se refiere al art. 225 Cc Arg-, no le acarrea consecuencia alguna, por cuanto de tal manera ella no hace más que ejercer su derecho a la intimidad, que constituye un derecho personalísimo, el cual, como tal, es merecedor

No estamos de acuerdo con este planteamiento, creemos que existirá siempre, un interés superior del niño en conocer sus orígenes y formar su propia identidad. Este derecho, por su intrínseca superioridad, no puede ser postergado por otro derecho: léase, el derecho a la intimidad. De ahí que no sea posible sostener, salvo situaciones muy excepcionales, que la madre puede dilatar su ejercicio, asilándose en su derecho a la intimidad.

El asunto es muy importante pues, ya no se tratará de un acto tan voluntario⁷⁸² y gracioso, como podría apreciarse en principio, dada su configuración de acto jurídico unilateral, sin obligación correlativa. Se trataría de un acto exigible, cuya exigibilidad arranca del interés superior del niño en formar su propia identidad.⁷⁸³

De ahí que, el derecho de los padres, siempre quedará a merced de este principio rector. Y, por ende, el derecho violado, si es que ha de buscarse alguno, es el derecho a la propia identidad y el interés superior del niño en poseerla.⁷⁸⁴

de protección. En contra: Bísvaro, Beatriz. “Daños derivados de la falta de reconocimiento del hijo”, AAVV *Derecho de Daños*, Editorial Abeledo Perrot, Carlos Ghersi Coordinador, Buenos Aires, 1999, p. 441, quien señala: “...que frente al conflicto de intereses que plantea el derecho a la intimidad de la madre y el derecho del niño a conocer su identidad, debe prevalecer, sin lugar a dudas éste último. El niño tiene derecho a tener un emplazamiento filial y los consiguientes derechos que emergen del mismo. Estos derechos le son reconocidos por la Convención de los Derechos del Niño aprobada por nuestro país mediante la sanción de la Ley 23.849.”

⁷⁸² Los autores argentinos suelen plantear el acto de reconocimiento como un acto esencialmente voluntario. Así: Bísvaro, Beatriz. “Daños derivados de la falta de reconocimiento del hijo”, AAVV *Derecho de Daños*, Editorial Abeledo Perrot, Carlos Ghersi Coordinador, Buenos Aires, 1999, p. 438, quien señala: “...sin perjuicio del carácter voluntario del reconocimiento esto no significa que sea un acto librado a la autonomía de la voluntad, en el sentido de que la ley lo faculta a realizarlo o no”. Agrega más adelante la misma autora: “La individualidad del reconocimiento constituye una consecuencia de su carácter voluntario, de suerte que no cabría que una persona atribuyese a otra, en ocasión de reconocer a quien dice ser su hijo, la maternidad o paternidad que tal persona no ha reconocido, a su vez, voluntariamente.”

⁷⁸³ Así Pizarro Wilson, Carlos. “Responsabilidad civil por no reconocimiento voluntario del hijo de filiación extramatrimonial”, AAVV, *Revista de Derecho Patrimonial*, Ob. Cit., p. 105. Dice este autor: “En este sentido debe estimarse que el reconocimiento de un hijo no constituye un derecho potestativo del padre, sino una obligación jurídica, siendo su omisión constitutiva de un actuar ilícito. En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia argentina...”

⁷⁸⁴ En este punto nos parece sumamente ilustrativa la sentencia del Tribunal Supremo del Reino de los Países Bajos que, ante la demanda presentada por una hija extramatrimonial contra la Fundación Valkenhorst para que proporcionara los datos de su filiación resuelve –contra la decisión de Primera Instancia y de la Cámara de Apelaciones de Hertogenbosch que habían admitido a la accionante individualizar a su madre biológica- que entre el derecho de un hijo

7.5.- Una cuestión previa: ¿responsabilidad extracontractual o enriquecimiento sin causa?

Según hemos postulado, el estatuto a aplicar, en materia de daños en el ámbito del derecho de familia, sería el extracontractual. Sin embargo, en este caso se presentan algunos problemas que exigen hacer algunas distinciones.

En relación al daño, sea material o moral que reclame el hijo, pensamos, es de la órbita de la responsabilidad civil. En este caso lo que hay, es una conducta imputable al padre o madre que, causalmente provoca un daño al hijo.

Muy distinta es la situación respecto a los daños que pudiere reclamar la madre. Difícilmente podrá reclamar daño moral, ella no ha sido negada, su filiación está determinada, por tanto, difícilmente podrá reclamar este tipo de daños.

En cuanto al daño material hay dos problemas. El primero dice relación con la discutible **calificación** de lucro cesante que puede tener el mayor gasto que hace la madre por el hecho de mantener al hijo en forma exclusiva.

Primero, porque los gastos de crianza y educación de un hijo, objetivamente, no son una ganancia dejada de percibir. Sostener lo contrario, no sería sino tácitamente afirmar que, la madre lucra. Situación que no es posible sostener.

Lo que hay, más bien, es un enriquecimiento del padre, a costa del patrimonio de la madre, logrado con su propia actitud de no reconocerlo, situación que podría configurar, más bien, una hipótesis de absorción de ganancias.

menor o mayor de edad a saber quiénes son sus padres y el derecho a la intimidad de la madre, para mantener oculta esa información debe prevalecer el derecho del hijo, en especial el derecho a la identidad, que deviene en un derecho esencial de la persona, unánimemente reconocido por la comunidad internacional. Fallo citado y referido por: Bísvaro, Beatriz. "Daños derivados de la falta de reconocimiento del hijo", AAVV *Derecho de Daños*, Carlos Ghersi, Coordinador, Ob. Cit. p. 442.

Así, el daño material que reclame la madre, difícilmente podrá ser calificado de lucro cesante, tampoco podrá ser un daño emergente porque, curiosamente, ese mayor gasto que cada día ella tiene, es provocado por su propia culpa, es decir, por no ejercer prontamente la acción de filiación.

El enriquecimiento sin causa, parece ser provocado por la propia actitud de la madre que no acciona con prontitud. Sin embargo, no es menos cierto que la madre, actuando de buena fe, tiene la legítima expectativa de creer que el padre reconocerá. Por ello es discutible que, en etapas muy tempranas, ella pueda causar o concurrir a causar: ya sea el desequilibrio o el daño al hijo.

7.6.- Estatuto de responsabilidad aplicable.

En este caso, la justificación de aplicar el estatuto extracontractual estaría dada en el hecho que, la negativa del padre, impide el contacto padre-hijo, violando el derecho a la propia identidad del menor y su interés superior en conocer sus propios orígenes.

En uno u otro caso, la conducta omisiva se trasunta en la violación de una obligación legal, que, de acuerdo a lo que hemos postulado en el capítulo IV, traería la aplicación del estatuto extracontractual.⁷⁸⁵ Así, por lo demás, lo ha planteado ampliamente la doctrina extranjera.⁷⁸⁶

⁷⁸⁵ Vid *Supra.*: 4.6.-, 4.7.- y 4.8.-

⁷⁸⁶ Así Biscaro, Beatriz; "Daños derivados de la falta de reconocimiento del hijo" en *Derecho de Daños. Economía-Mercado-Derechos Personalísimos*, Carlos A. Gherzi Coordinador, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 437. En igual sentido Alberto Ariana, Carlos y Levy, Lea; "Daño moral y patrimonial derivado de la falta de reconocimiento" en "Daños derivados de la falta de reconocimiento del hijo", en *Derecho de Daños. Economía-Mercado-Derechos Personalísimos*; Ob. Cit., p. 444. En igual sentido Molina Quiroga, Eduardo y Viggiola, Lidia; "Derecho a la identidad y no reconocimiento del hijo extramatrimonial" en *Derecho de Daños. Economía-Mercado-Derechos Personalísimos*, Carlos A. Gherzi Coordinador, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 468. Así Sambrizzi, Eduardo A.; "Daños por la negativa a reconocer al hijo extramatrimonial" en *Daños en el derecho de familia*; Ob. Cit., p. 190. En igual sentido Dutto, Ricardo; *Daños ocasionados en las relaciones de familia*; Ob. Cit., p. 196. En el mismo sentido Kemelmajer de Carlucci, Aída; "Responsabilidad civil por falta de reconocimiento de la paternidad extramatrimonial (Su diferencia con la acción con finalidad de subsidio del derecho francés)", en *Derecho de Daños*; Ob. Cit. p. 671.

7.7.- Presupuestos de la responsabilidad extracontractual.

Como hemos postulado, y, de acuerdo a lo señalado por la doctrina mayoritaria, el estatuto jurídico aplicable sería el extracontractual. Veremos a continuación sus requisitos.

7.7.1.- El hecho dañoso: ¿no reconocimiento espontáneo o falta de reconocimiento?

Se ha dicho⁷⁸⁷ que, en este caso, el hecho dañoso consiste en el *no reconocimiento espontáneo* de la paternidad, hecho que importaría, en principio, la violación del derecho a la propia identidad.

En este orden de ideas se ha señalado que “la filiación extramatrimonial *no reconocida espontáneamente* es reprochable jurídicamente, porque el deber de reconocer al hijo es un deber jurídico, no obstante que, el reconocimiento como acto jurídico familiar sea voluntario”.⁷⁸⁸

No obstante, hacemos presente que, configurar así el hecho dañoso podría significar un error de planteo. En efecto, el reproche es por la falta de espontaneidad en el reconocimiento, dado el carácter voluntario del acto. Sin embargo, a este planteamiento se le pueden formular reparos.

Si bien, en etapas muy cercanas al nacimiento del niño, es exigible la *espontaneidad* del padre. En definitiva, con el transcurso del tiempo, dicha espontaneidad, como conducta objeto de reproche, pierde significancia. ¿Cómo

⁷⁸⁷ Así Bísvaro, Beatriz. “Daños derivados de la falta de reconocimiento del hijo”, AAVV *Derecho de Daños*, Editorial Abeledo Perrot, Carlos Ghersi Coordinador, Buenos Aires, 1999, p. 436.

⁷⁸⁸ Molina Quiroga, Eduardo y Viggiola, Lidia E.; “Derecho a la identidad y no reconocimiento del hijo extramatrimonial (La convención de los derechos del niño, el artículo 255 del código civil y la responsabilidad de la madre), Ob. Cit., p. 464.

puede ser posible reprochar al padre la falta de espontaneidad, si la madre tampoco acciona de filiación? Algo no anda bien.⁷⁸⁹.

En efecto, transcurrido un razonable lapso de tiempo, la madre tiene la *obligación* de accionar de filiación, so pena de ser coparticipe del daño que se pueda inferir al hijo. Ello, atendido el principio del *interés superior del niño* que, exige de la madre otra conducta. Es por este motivo que estimamos que el hecho dañoso es *la falta de reconocimiento* de parte del padre, sin el elemento espontaneidad.

Es esencial que el padre haya sabido de la existencia del hijo, y, con algún razonable grado de certidumbre de que se trata de un hijo propio. De lo contrario, se podría configurar una *causal de justificación* que excluye la culpa: al sujeto no le era exigible otra conducta.

Si el padre reconoce al hijo en etapas tempranas de su niñez no existe reproche jurídico alguno.⁷⁹⁰. Por el contrario, si lo reconoce a una edad un poco

⁷⁸⁹ Así, el hijo y la madre podrían estar toda la vida esperando el reconocimiento espontáneo, agravándose cada día el daño al hijo a consecuencia de dicha falta de espontaneidad. Evidentemente que ello no es así. Transcurrido un razonable lapso de tiempo a la madre le es exigible otra conducta, esto es, que accione de filiación contra el padre que no lo hizo.

⁷⁹⁰ Ello es concordante con aquella jurisprudencia que ha resuelto rechazar reclamos resarcitorios respecto de menores de escasa edad. Así por ejemplo en un fallo de 28 de abril de 1994, la Sala I de la Cámara de Apelaciones de San Isidro, rechazó el reclamo de daño moral efectuado por la madre en nombre de la menor que no había sido reconocida por su padre, con fundamento en el hecho de que ningún daño se había probado, y que a la fecha de la iniciación del juicio, aquella tenía tan sólo 6 meses de edad, teniendo al momento de la sentencia de primera instancia poco más de dos años de edad, por lo cual –se sostuvo– en tan corto lapso de vida la falta de reconocimiento paterno no pudo haber repercutido en forma desfavorable en la menor, máxime si luego del juicio la misma contará con el apellido paterno y quedará insertada en el medio social como hija del demandado (CCiv. y Com. San Isidro, Sala I, 28-IV-1994, *ED.*, 159-181; fallo citado y referido por Sambrizzi, Eduardo. *Daños en el derecho de familia*, Ob. Cit., p. 180.). En otra ocasión, la Cámara de Junín resolvió lo contrario, en este caso el demandado en una acción de filiación se negó a la realización de las pruebas genéticas tendientes a la demostración de su paternidad sin aducir motivo valedero alguno, por tal motivo fue condenado en primera instancia en la acción de filiación contra él intentada, pero el fallo del primer tribunal no hizo lugar al reclamo de la menor en orden a los daños y perjuicios, por entender que no se había demostrado el perjuicio moral sufrido por el menor de muy corta edad (aproximadamente tres años). La Cámara de Junín, con voto del doctor Venini, revocó la sentencia, acogiendo la demanda de reclamo de indemnización del daño moral y condenó a pagar una indemnización de \$15.000 porque el desconocimiento del padre y la negativa a someterse a pruebas biológicas generan un agravio moral futuro en el niño, ya que la historiografía de su vida va a llevar siempre

más avanzada el daño es mayor, ya que el niño ha crecido sin la figura paterna, y, probablemente, sin colaboración económica del padre, etc.

Sin embargo, en la etapa escolar, no parece razonable, salvo una situación muy excepcional que lo justifique, que la falta de reconocimiento sea reprochada al padre en su falta de espontaneidad.

A partir de allí, se produce, creemos, un **decaimiento** de la relación causal que, se desconecta de la conducta omisiva del padre, reconectándose, en adelante, a la conducta omisiva de la madre, configurando un nuevo nexo causal, que puede ser exclusiva o concurrente. Naturalmente, ello impactará en una posible coautoría, y, por ende, en la solidaridad pasiva.

Ahora, no toda negativa a reconocer constituirá un hecho con aptitud de generar un daño resarcible, sin duda, y de acuerdo a como hemos postulado en esta investigación, **ha de tratarse de una conducta particularmente grave**. De ahí que deba exigirse una clara voluntad en rechazar la paternidad: el sujeto se niega a reconocer sabiendo de su paternidad.⁷⁹¹

Por ejemplo aquel padre que, viviendo en concubinato con la madre, más tarde los abandona, sin proporcionarles asistencia económica, y, negándose a reconocer al hijo. Dicha conducta quedará aún más clara en la conducta del padre en el proceso de filiación, verbigracia: rebeldía, negativa a hacer el examen de ADN, etc.

el sello de la actitud paterna renuente (CCCom. De Junín, 22-9-95, L. L. B. A. 1996-374., fallo citado y referido por Medina, Graciela; *Daños en el Derecho de Familia*, Ob. Cit., p. 181.).

⁷⁹¹ Así Pizarro Wilson, Carlos. “Responsabilidad civil por no reconocimiento voluntario del hijo de filiación extramatrimonial”, AAVV, *Revista de Derecho Patrimonial*, Ob. Cit., p. 104. Dice este autor: “Debe exigirse una clara voluntad a rechazar la paternidad. Esta situación exigirá un proceso de reclamación de paternidad iniciado en la mayor parte de los casos por la madre en representación de su hijo. La culpa puede reflejarse en una pluralidad de actos. Por ejemplo en la rebeldía en el proceso. O en la negativa a practicarse el examen de ADN. Aún puede ocurrir que el demandado obstaculice la normal prosecución del proceso. Todas estas conductas conducen a una omisión pertinaz de no reconocer al hijo como propio. También pueden existir antecedentes preliminares que ilustren la culpa. La posesión de estado, el pago de alimentos voluntarios, el concubinato, etc. Todos estos hechos servirán para acreditar el conocimiento del demandado de si posible paternidad, conducta que reviste de ilícita la omisión de reconocimiento de su hijo una vez que ha sido reclamada”.

7.7.2.- Imputabilidad: dolo y culpa grave.

Siguiendo la tesis propuesta en esta investigación, y según plantea la doctrina mayoritaria, se trataría de una responsabilidad civil subjetiva.⁷⁹² Sin embargo, en este caso, y siguiendo la doctrina de mayoría⁷⁹³, estimamos que el factor de imputación es la culpa grave y el dolo.

Según habíamos dicho⁷⁹⁴, en materia de daños en sede familiar se justifica la culpa grave y el dolo como factores de imputación porque al interior de la familia, las relaciones entre sus miembros admiten conductas que exigen mayor margen de tolerancia. La piedad familiar⁷⁹⁵ y los vínculos de solidaridad⁷⁹⁶ y altruismo así lo exigen⁷⁹⁷.

Sin embargo, en este caso, el problema es otro, no pasa por el privilegio familiar o, el libre desenvolvimiento de la personalidad. De lo que se trata es que, el progenitor, sabiendo que lo es (por ejemplo: porque se hizo un examen de ADN), o, habiéndose comportado como tal (le dio nombre trato y fama), o,

⁷⁹² En el Derecho argentino así: Alberto Ariana, Carlos y Levy, Lea; “Daño moral y patrimonial derivado de la falta de reconocimiento” en “Daños derivados de la falta de reconocimiento del hijo”, en *Derecho de Daños. Economía-Mercado-Derechos Personalísimos*, Carlos A. Ghersi Coordinador, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 443. Varni de Iñiguez, María Alicia e Iñiguez, Marcelo Daniel; “La familiaridad como eximente de responsabilidad civil” en *Enciclopedia de Derecho de Familia*, Editorial Universidad, Carlos Lagomarsino y Marcelo U. Salerno Directores. Coordinador General: Jorge A. Uriarte., Buenos Aires, 1991, p. 223. En el Derecho español así: Marín García de Leonardo, Teresa; “Aplicación del Derecho de Daños al Incumplimiento del Régimen de Visitas”, Ob. Cit., p. 199.

⁷⁹³ Biscaro, Beatriz; “Daños derivados de la falta de reconocimiento del hijo” en *Derecho de Daños. Economía-Mercado-Derechos Personalísimos*, Carlos A. Ghersi Coordinador, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 437. En idéntico sentido Sambrizzi A., Eduardo; “Daños y perjuicios por la falta de reconocimiento de la hija” en *Revista Jurídica Argentina la Ley. Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales*; tomo IV, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 806.

⁷⁹⁴ Vid. *Supra* 2.2.3.-

⁷⁹⁵ Méndez Costa, María Josefa. *Los principios jurídicos en las relaciones de familia*, Ob. Cit. p. 308.

⁷⁹⁶ Alterini Atilio A. y López Cabana, Roberto. “Cuestiones de responsabilidad civil en Derecho de Familia, en L.L. 1991-A-950 y ss, citados y referidos por Méndez Costa, María Josefa. *Los principios jurídicos en las relaciones de familia*, Ob. Cit. p. 308.

⁷⁹⁷ Vid. *Supra* 2.5.-, 2.5.1.- y 2.5.2.-

existiendo una razonable evidencia (vivió en concubinato notorio), se niega posteriormente a reconocerlo.

En el caso del dolo, éste se acercará a la figura del dolo eventual. El sujeto, si bien de ordinario no tendrá la finalidad de causar injuria al patrimonio o persona del supuesto hijo, conoce de su paternidad, sí se representa en su mente las posibles consecuencias de su obrar, pero le da lo mismo, no reconoce⁷⁹⁸.

En el caso de la culpa grave, el sujeto si bien no tiene la certeza de su paternidad, es de suponer que lo es, ya sea porque vivió en concubinato o porque al hijo le dio nombre, trato y fama, y, pese a ello, no adopta la mínima conducta esperable: hacerse exámenes médicos, asistir económicamente al hijo y reconocerlo como tal, etc.

7.7.2.1.- ¿Culpa exclusiva del padre o concurrencia de culpa de la madre?

Quienes configuran el hecho dañoso incluyendo en él, el elemento **espontaneidad**, no hacen sino suponer, larvadamente, que madre e hijo deben esperar, indefinidamente, que el padre reconozca. Construyen así, un sistema que asume la pasividad de la madre, no dándole, en principio, mayores efectos en su contra, pero sí, en contra del padre, agravando ficticiamente el daño, y, aumentando el quantum resarcitorio en su contra.

Olvidan estos autores que la madre es titular de la acción de filiación. La madre no puede asumir una actitud pasiva frente al interés superior del niño que le exige conocer sus orígenes, evitándole así, hacerse partícipe en la violación al derecho a la identidad del niño.

Con todo el asunto es complejo. En una etapa temprana (ej.: los dos primeros años) es muy difícil, en principio, hablar de coautoría. La madre tiene

⁷⁹⁸ Por ejemplo si el sujeto se hizo un examen de ADN mediante un dispositivo que compra en el mercado, porque va a una clínica, y, pese a los resultados positivos, no reconoce.

la legítima expectativa de esperar del padre un reconocimiento espontáneo. Al tiempo que tiene el legítimo derecho de privilegiar otros intereses, asilándose en su **derecho a la intimidad**.

Sin embargo, transcurrido algunos años (por ej.: al iniciar la etapa escolar) cobra relevancia la pasividad de la madre, en ese instante le es exigible otra conducta. A partir de ese momento no le es aceptable ampararse en su derecho a la intimidad, esperando un espontáneo reconocimiento que, a todas luces, no sucederá. Por el contrario, ante el conflicto de intereses, prevalece el **interés superior del niño**, que le exige otra conducta y accionar de filiación.

7.7.2.2.- ¿Existe responsabilidad solidaria de la madre?

Sabemos que, de acuerdo al art. 2317 cc, existiendo dos o más responsables de un delito o cuasidelito civil, son todos ellos solidariamente responsables.

Según postulamos, en una etapa temprana, será el padre el único responsable de los perjuicios que se deriven de su negativa a reconocer. Sin embargo, transcurridos los años, la omisión de la madre, parece caer fuera de la órbita de su derecho a la intimidad, exigiéndosele una conducta activa en orden a la determinación de la filiación.

De este modo, salvo una circunstancia muy calificada, su omisión le será a ella, en adelante, imputable, conectándola causalmente al daño y, generando la responsabilidad solidaria de la madre (art. 2317cc), o bien, como atenuante de responsabilidad civil, respecto al padre.

7.7.3.- El daño resarcible.

De acuerdo con el principio de la reparación integral, en principio, son resarcibles todos los daños, sean éstos materiales o morales. No debemos perder de vista que, el derecho lesionado, es el derecho a la identidad del hijo.

7.7.3.1.- El daño moral.

Tratándose del daño moral se nos plantean dos problemas a resolver: los criterios para cuantificar la indemnización, y, la prueba del daño moral.

Se ha estimado que es resarcible el daño moral padecido por el hijo no reconocido voluntariamente. Este daño estaría constituido por el sufrimiento padecido por el hijo al ser conocido en su entorno social como bastardo, lo que le provoca una minusvalía social. Además se plantea que habría una privación de su derecho a la identidad, al nombre, etc.

Quedará fuera de la órbita de lo resarcible la falta de afecto que el menor padeció, las carencias afectivas que no recibió de su padre, ya que, de acuerdo a lo que hemos planteado a propósito de la piedad familiar, los lazos afectivos no se pueden imponer coactivamente.⁷⁹⁹

El primer problema que se plantea consiste en determinar cuál es el **criterio para fijar la cuantía** del daño moral. PIZARRO⁸⁰⁰, MEDINA⁸⁰¹ y la

⁷⁹⁹ Vid. *Supra* 2.5.1.3.-

⁸⁰⁰ Así: Pizarro Wilson, Carlos. "Responsabilidad civil por no reconocimiento voluntario del hijo de filiación extramatrimonial", AAVV, *Revista de Derecho Patrimonial*, Ob. Cit., p. 106 y 107. Dice este autor: "Por una parte debe tenerse presente el período de la negativa injustificada en el reconocimiento. Esto está en directa relación con la edad del hijo demandante de la indemnización. Es razonable pensar que a menor edad o tardanza en el reconocimiento corresponderá disminuir la cuantía de la indemnización. El periodo es fundamental pues refleja la continuidad del daño en que la víctima se ve afectada por no portar un apellido paterno, el desconocimiento de su origen biológico, y la estigma social de carecer de padre. Este perjuicio se evalúa en consideración al período de tiempo en que el hijo no contó con un apellido paterno sin ser considerado en las relaciones sociales como hijo de su progenitor".

⁸⁰¹ Medina, Graciela. *Daños en el derecho de familia*, Ob. Cit., p. 123. Señala la autora: "...lo que se debe resarcir, específicamente es el daño que deriva de la falta de emplazamiento en el estado de hijo por no haber mediado reconocimiento voluntario..." "...el daño moral deviene de

jurisprudencia trasandina⁸⁰² plantean que el criterio es el lapso de tiempo, es decir, a mayor tiempo transcurrido, mayor será el quantum indemnizatorio.

No estamos de acuerdo dado que, es insostenible, que la madre espere pasivamente, un espontáneo reconocimiento del padre largo tiempo. Ello porque hay bienes jurídicos de mayor entidad en juego que exigen otra conducta de la madre. Más allá del cual, el padre, no verá incrementarse el crédito en favor del posible perjudicado.

Con todo, el asunto es complejo, el menor, actualmente no reconocido por su padre, experimentará posiblemente en su vida adulta, las repercusiones, fundamentalmente psicológicas de dicha falta de reconocimiento. Lo que nos reconduce al problema del perjuicio que sobreviene tiempo después, el cual, en principio, es indemnizable, con el tope de diez años de plazo de prescripción.

Otro asunto es si la **conducta** del padre puede estimarse, por sí misma, como factor de agravamiento del daño, y, por ende, de aumento del quantum resarcitorio. Creemos que ello podría significar un **daño punitivo encubierto**, existiendo, según veremos, argumentos constitucionales para su rechazo.

En cuanto a la prueba del daño moral la pregunta es si el daño debe probarse, o, surge **in re ipsa loquitur**. En Argentina, la jurisprudencia⁸⁰³ ha

la falta de emplazamiento familiar, de la negativa o falta del derecho a la identidad, específicamente configurado por la falta de derecho de uso del nombre y por la falta de ubicación en una familia determinada”

⁸⁰² CNCiv., sala I, 19-8-97, “U.,A.M. c/M., J. O. s/ Filiación. Este fallo señala: “Para fijar el quantum por daño moral por falta de reconocimiento espontáneo del hijo corresponde evaluar el daño que durante sus años de vida pudo haber sufrido el menor por no contar con el apellido paterno y no haber sido considerado en el ámbito de las relaciones humanas hijo de su progenitor, en razón de la omisión en que éste incurrió al no reconocerlo” (fallo citado por: Bibiana Barbado, Patricia. “Daños en las relaciones de familia. Justicia Nacional” AAVV *Revista de derecho de daños. Daños en las relaciones de familia*. Ob. Cit. P. 385.

⁸⁰³ Una pareja vivió en concubinato desde antes de la concepción; nacido el hijo, el progenitor acompañó a la madre durante el parto y se comportó frente a los médicos como el padre; no obstante ello, se negó a su reconocimiento. Por lo cual, la madre en representación de la menor accionó reclamando el reconocimiento, el daño moral y el material. El demandado se negó a someterse a las pruebas genéticas; éstas fueron practicadas a sus hermanos e indicaron una probabilidad del 95,8 por ciento de que el requerido fuera el padre del menor. En primera instancia se hizo lugar a la demanda de filiación pero se rechazó la de indemnización de los daños morales y materiales. La sala F de la Cámara Nacional Civil hizo lugar al reclamo del daño moral y rechazó el material por falta de prueba. Es importante señalar que en la sentencia de

estimado que, en este caso, el daño moral surge *in re ipsa loquitur* y, por tanto, no requeriría ser probado.

Sin embargo, a dicho planteamiento es posible objetarle que, de la sola infracción del deber de reconocer al hijo, no se sigue necesariamente un perjuicio. Se **supone** que sí, pero todos sabemos una sentencia no se puede fundar en meras suposiciones, por más que sean ellas obvias o plausibles, sino en pruebas producidas en juicio⁸⁰⁴.

Se ha planteado que cobra relevancia en estos casos, la prueba por presunciones judiciales. Sin embargo, hasta qué punto, de un hecho conocido, como la falta de reconocimiento, se puede presumir un hecho desconocido: el *pretium doloris*. ¿Es realmente un silogismo? ¿O es una simple suposición?

7.7.3.2.- El daño patrimonial.

En el caso de este daño debemos partir por distinguir el daño material del hijo, del daño material de la madre. Ya que según creemos, podría tratarse de figuras disímiles.

En relación al posible **daño patrimonial experimentado por el hijo**, éste puede estar constituido por el menoscabo económico producido por no haber proporcionado el padre asistencia alimentaria al hijo.

segunda instancia se dijo que la falta de reconocimiento voluntario **la reparación del daño moral se impone sin exigir prueba directa de su existencia**. El voto del doctor Bossert precisó que el daño moral provenía de no contar con el apellido paterno y no haber sido considerado en las relaciones familiares (Medina, Graciela. *Daños en las relaciones de familia*, Ob. Cit. pp. 178 y 179).

⁸⁰⁴ Así: Díez Shwerter, José Luis. *El daño extracontractual*, Ob. Cit. p. 146. Este autor dice al respecto: “No existen daños morales evidentes, ni aún respecto de víctimas directas, por cuanto todo daño es excepcional y de aplicación restrictiva, no escapando a estas características el de índole moral. Su existencia, por ende, deberá ser acreditada no obstante las dificultades que ello pueda generar”.

Sin embargo, como apunta PIZARRO WILSON⁸⁰⁵, éstos no son exigibles sino desde la fecha que se interponga la demanda (art. 148 cc), y, como hemos dicho nosotros, transcurrido cierto lapso razonable de tiempo, parece ser más bien la madre quien, con su conducta, concurre a la producción del perjuicio que, ya no le es imputable en exclusiva al padre.

De este modo, y siguiendo a PIZARRO WILSON⁸⁰⁶, “el hijo rechazado no puede pretender a través de la indemnización de perjuicios obtener el equivalente a los alimentos que le habrían correspondido si hubiere sido reconocido en cumplimiento al deber legal infringido.

En definitiva, como apunta PIZARRO WILSON⁸⁰⁷, este daño, consistente en no tener una vida más holgada parece ser una **pérdida de chance**, cuyo monto, en definitiva, obedece a la probabilidad de que el padre haya podido dar cierto bienestar económico al hijo⁸⁰⁸.

En relación al **daño material experimentado por la madre**, a consecuencia de falta de reconocimiento de parte del padre, variadas objeciones le debemos formular.

En primer lugar, y contrariamente a lo sostenido por la doctrina argentina que, **no seguimos en este punto**. Debemos recordar que el bien jurídico protegido, en este caso, es el derecho a la propia identidad del niño. Luego, no vemos cómo la madre puede experimentar un daño material, léase daño emergente o lucro cesante, a consecuencia de un daño que es propio del hijo.

En otros términos, se trata de un daño del hijo, no de la madre. A la madre, parangonándolo al daño por repercusión o rebote, le repercute económicamente,

⁸⁰⁵ Pizarro Wilson, Carlos. “Responsabilidad civil por no reconocimiento voluntario del hijo de filiación extramatrimonial”, AAVV, *Revista de Derecho Patrimonial*, Ob. Cit., p. 110.

⁸⁰⁶ *Ibíd.*

⁸⁰⁷ *Ibíd.*

⁸⁰⁸ Así Ariana, Carlos Alberto y Levy, Lea; “Daño moral y patrimonial derivado de la falta de reconocimiento” en “Daños derivados de la falta de reconocimiento del hijo”, en *Derecho de Daños. Economía-Mercado-Derechos Personalsimos*; Ob. Cit., p. 448. Dicen los citados autores: “...lo resarcible es la falta de una posibilidad razonable de obtener una ganancia o evitar una pérdida, quedando al prudente arbitrio judicial la fijación de la suma, de acuerdo con las particularidades del caso”.

qué duda cabe. Pero, el bien jurídico protegido, no es la integridad patrimonial de la madre, es el derecho a la propia identidad del niño.

Podemos advertir que la repercusión patrimonial⁸⁰⁹ sufrida por la madre, vale decir, ese mayor gasto que ella hace, y por el cual ahora reclama, no hace sino, mitigar, el reclamo económico que hace el hijo a título de pérdida de chance, de tal suerte que no podría el padre correr con ambos.

Además, la pérdida económica experimentada por la madre, se acerca más a la figura del enriquecimiento sin causa que, a la indemnización de perjuicios. En efecto, lo que ocurre es que el padre ha dejado de efectuar un gasto, enriqueciéndose, al tiempo que, la madre, ha dejado de percibir un ingreso, empobreciéndose.

Cabe destacar que, en la doctrina española, esta figura se conoce como absorción de ganancias.

7.7.4.- La relación de causalidad.

Para que exista responsabilidad civil, y nazca la obligación de indemnizar, debe existir relación de causalidad entre el hecho dañoso y el perjuicio reclamado⁸¹⁰. Es decir, el daño material y/o moral reclamado debe tener su origen causal en la negativa al reconocimiento del hijo por parte del padre biológico.

Según se ha planteado en la doctrina⁸¹¹, tratándose de la negativa a reconocer al hijo extramatrimonial, el nexo causal debe buscarse en una causa

⁸⁰⁹ Prefiero emplear la expresión “repercusión patrimonial” en vez de daño patrimonial, para evitar validar una visión del tema que no compartimos.

⁸¹⁰ Alessandri Rodríguez, Arturo; *De la responsabilidad extracontractual en el derecho chileno*, Ob. Cit., p. 176; Abeliuk Manasevich, René; *Las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, 4º Edición, Santiago, 2001, t I, p. 235. Peirano Facio, Jorge; *Responsabilidad Extracontractual*, Temis, 1981, p.401. Así Goldemberg, Isidoro; *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, Ob. Cit., p. 10. Vásquez Ferreira, Roberto; *Responsabilidad por daños (Elementos)*; Depalma, 1993, p. 219.

⁸¹¹ Así: Bíscaro, Beatriz; “Daños derivados de la falta de reconocimiento del hijo”, en *Derecho de Daños. Economía-Mercado-Derechos Personalísimos*, Carlos A. Gherzi Coordinador, Editorial

adecuada. Sin embargo en Chile, PIZARRO⁸¹², señala que el vínculo causal puede acreditarse recurriendo a cualquiera de las teorías causales.

7.7.4.1.- Causalidad concurrente y concurrencia de culpas.

Según hemos dicho, no nos parece sostenible que la madre espere durante largo tiempo un reconocimiento espontáneo del padre, ya que, transcurrido cierto lapso razonable de tiempo, y, a la luz del interés superior del niño, le es exigible otra conducta: ella debe accionar de filiación. Pues tiene la obligación de mitigar el daño.⁸¹³

Por ende, y como hemos dicho, transcurrido cierto lapso de tiempo, el nexo causal entre la conducta omisiva del padre y el posible daño a la identidad del hijo, decae. El nexo causal, en cuyo extremo antes estaba el padre, ahora, es reemplazado, o, al menos compartido, por la madre quien, por no accionar de filiación, concurre a la producción del daño.

Por ello, la pregunta en este caso es: ¿qué efecto produce la tardanza de la madre en accionar de filiación? En relación al daño experimentado por el hijo:

Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 437. En igual sentido Alberto Ariana, Carlos y Levy, Lea; "Daño moral y patrimonial derivado de la falta de reconocimiento" en "Daños derivados de la falta de reconocimiento del hijo", en *Derecho de Daños. Economía-Mercado-Derechos Personalísimos*; Ob. Cit., p. 444.

⁸¹² Pizarro Wilson, Carlos; "Responsabilidad civil por no reconocimiento voluntario del hijo extramatrimonial", en *Revista de Derecho Patrimonial*, Ob. Cit., p. 113.

⁸¹³ Corral Talciani, Hernán. *Lecciones de Responsabilidad extracontractual*, Ob. Cit., p. 383. Plantea el citado autor que: "La doctrina comparada ha puesto de relieve que el perjudicado no está exento también de deberes una vez ocasionado el daño y en el tiempo en que se despliega su desarrollo. Una conducta suya de mero espectador, en previsión de cuantiosas indemnizaciones, sería contraria al principio de buena fe. Por eso, se señala que la víctima debiera actuar, en la medida en que no le represente una exigencia desproporcionada o lo exponga a nuevos peligros, para moderar, paliar o extinguir las consecuencias dañosas de la conducta nociva. Los daños que resulten de la falta de este deber no se comprenderán en la indemnización". Por nuestra parte, reconocemos que, en contrario, podría sostenerse que a la madre le es exigible la obligación de mitigación de daño sólo en la medida que lo reclame, situación que, como hemos postulado, no sería posible. Sin embargo, puede responderse a esta objeción en el sentido de que, la víctima es menor de edad, sin el discernimiento necesario para comprender estos deberes, y por el contrario, es la madre quien tiene la capacidad de mensurar dichas circunstancias, tan evidentes por lo demás, y actuar en consecuencia.

¿Podemos hablar de coautoría? ¿Se trata de un caso de concurrencia de causas?

PIZARRO WILSON⁸¹⁴, habla de contribución de la madre al daño material padecido por el hijo, y, de causalidad parcial atribuible a la madre por haber tardado en iniciar la reclamación de paternidad.

Creemos, y así lo postulamos, que a partir de una cierta cantidad de años, que podemos situar en los cinco años, la conducta de la madre, le es imputable, a ella le es exigible otra conducta y debe accionar de filiación. De persistir en su negativa a accionar, ella queda responsable, junto con el padre, de todos los eventuales daños que se generen.

Incluso podría quedar como única responsable, situación que podría tener cabida si el padre no sabía de la existencia del hijo, o tenía más que razonables dudas de su paternidad. En dicho caso la madre quedará como única responsable de todos los perjuicios que se generen, tanto en relación al hijo, como en relación a ella misma.

7.7.4.2.- Relación de causalidad y nuevos daños.

Dos situaciones podrían plantearse a este respecto. Si a la conducta omisiva inicial se añaden nuevas circunstancias que, causalmente concurren a la producción de un mayor daño, en términos de una sumatoria de daños.

Se produce así un daño final agravado, no por la malignidad intrínseca de la conducta, o por lo oprobioso del resultado. Sino porque existe un daño que ha aumentado, se ha agravado, siendo pertinente, el aumento de la indemnización. Debiéndose excluir de plano, en este caso, un daño punitivo encubierto.⁸¹⁵

⁸¹⁴ Pizarro Wilson, Carlos; "Responsabilidad civil por no reconocimiento voluntario del hijo extramatrimonial", en *Revista de Derecho Patrimonial*, Ob. Cit., p. 111.

⁸¹⁵ Vid. *Infra.*: 7.8.3.- y 7.8.4.- y *Vid. Supra.*: 4.3.3.-

7.8.- Reglas especiales de responsabilidad civil: eximentes, atenuantes y agravantes de responsabilidad civil.

Si bien hemos afirmado que los daños ocasionados en las relaciones de familia son indemnizables, siendo su estatuto, el de la responsabilidad extracontractual. Hemos dicho que en sede familiar, éste sufre algunas modificaciones, impuestas por la familiaridad, ejemplo: el factor de atribución que es la culpa grave y el dolo, que el daño debe ser grave, etc.

A ello podemos agregar ciertas causales de exoneración, y, según se ha señalado en la doctrina, otras de agravación o atenuación del daño, todas impuestas por la familiaridad.⁸¹⁶. Así, puede que el sujeto termine siendo exonerado, o bien, respondiendo por menos o por más.

7.8.1.- Las eximentes de responsabilidad.

JORGE MAYO⁸¹⁷, jurista argentino, define a las eximentes como: "...todas las vicisitudes o circunstancias que desde la perspectiva del Derecho de fondo, en cuanto inciden sobre los presupuestos de la responsabilidad civil –negación o destrucción-, llevan a determinar el rechazo total o parcial de una pretensión de indemnización de daños y perjuicios".

⁸¹⁶ Varni de Iñiguez, María Alicia e Iñiguez, Marcelo Daniel; "La familiaridad como eximente de responsabilidad civil" en *Enciclopedia de Derecho de Familia*, Editorial Universidad, Carlos Lagomarsino y Marcelo U. Salerno Directores. Coordinador General: Jorge A. Uriarte., Buenos Aires, 1991, p. 223., a este respecto señalan: "Las formas actuales de la familia demuestran que no es una institución cerradamente idealizada y definida. Por el contrario, en su existencia aparecen nuevos paradigmas, que generan la necesidad de examinar desde el Derecho de Daños si la familiaridad puede ser una eximente de responsabilidad, y específicamente en los llamados daños intrafamiliares".

⁸¹⁷ Mayo, Jorge A., "Las eximentes en relación con los presupuestos: eximente y autoría, eximente y antijuricidad, eximente y relación de causalidad. La "no culpa" como eximente" en *Revista de Derecho de Daños, N° 2006-1, Eximentes de Responsabilidad-I*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 111 y 112.

Como dijimos, la doctrina⁸¹⁸ entiende que tratándose del daño por falta de reconocimiento del hijo extramatrimonial, se exime el padre de responsabilidad, si acredita que no tuvo conocimiento de la existencia del niño.

No obstante, se plantea en este caso un problema de *onus probandi*: ¿quién prueba qué? Creemos que es el actor quien deberá acreditar que el demandado sabía de la existencia del niño y, no obstante, no lo reconoció.

Sin embargo, desde la perspectiva del padre se plantea la interrogante de determinar: ¿cómo acredita el padre que no tuvo conocimiento de la existencia del hijo, si se trata de un hecho negativo?

Este problema se soluciona, pensamos, trasladando el peso de la prueba íntegramente al actor quien, deberá acreditar que el padre sabía claramente de la existencia del menor, y, no obstante, no lo reconoció.

De no acreditar el actor dicha circunstancia, vale decir, de no formar plena prueba en relación a dicho punto de prueba, se configurará por defecto, respecto al padre, una causal de exoneración de responsabilidad civil. De tal suerte que, de no acreditarse por el actor el hecho positivo, se entiende acreditado el hecho negativo contrario.

7.8.2.- Las agravantes de responsabilidad.

Se ha planteado en la jurisprudencia que la conducta del padre puede servir tanto como para agravar como para atenuar su responsabilidad. De ello se seguirá que, según opere una u otra, el quantum indemnizatorio aumentara o disminuirá.

⁸¹⁸ Varni de Iñiguez, María Alicia e Iñiguez, Marcelo Daniel; “La familiaridad como eximente de responsabilidad civil”, Ob. Cit., p. 223.

7.8.3.- Agravantes: ¿daños punitivos o nuevos daños?

Se ha planteado que el lapso de tiempo transcurrido sin que haya mediado reconocimiento de parte del padre, debe ser tomado como parámetro para medir el quantum indemnizatorio. En otras palabras, a mayor tiempo transcurrido sin haber habido un reconocimiento espontáneo del padre, mayor será el monto de la indemnización.

La pregunta es: ¿qué rol juega el transcurso del lapso de tiempo? Es evidente que no se trata de una agravante de responsabilidad civil, de lo que se trata es simplemente, de un **daño continuado**, una especie de daño que se renueva día a día. Una sumatoria de muchos daños que, traen como natural consecuencia, la acumulación de muchas indemnizaciones, o sea: una indemnización que aumenta aritméticamente.

En otra situación podría plantearse que, la especial conducta reticente y despreciativa del padre hacia el hijo, fuere considerada como una **circunstancia especial** para fundar un agravamiento de su responsabilidad civil, y, por ende, para aumentar el monto de la indemnización.

Aquí debemos distinguir, al menos, dos situaciones. Si cada una de esas circunstancias es considerada como un hecho independiente que, casualmente, concurren a la producción del daño, nada obsta a que haya un aumento de la indemnización, en la medida que todo ello haya sido acreditado.

Sin embargo, si dichas circunstancias, no necesariamente causan un mayor daño, y no obstante, **sólo por su repugnancia** es que son consideradas por el juez como un elemento para agravar la responsabilidad civil y con el ello

el monto de la indemnización es otra la situación⁸¹⁹. En este caso, creemos, se trataría de un *daño punitivo encubierto*⁸²⁰.

7.8.4.- Problemas de constitucionalidad en torno a los daños punitivos.

A nuestro entender y, tal como por lo demás lo ha dicho alguna doctrina española, un daño punitivo encierra siempre un problema de inconstitucionalidad. En nuestro país el art. 19 N° 3 inc. final de la C. Pol., señala que: “Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”.

Así, una sentencia judicial que establezca una abultada indemnización, cuyo incremento no se funde en la existencia de un nuevo daño sino sólo, en la especial repugnancia o desquiciamiento de la conducta sancionada, podría ser considerada inconstitucional (*nulla poena sine lege*) ya que, en los hechos, sería una verdadera pena privada, sin que una ley, previamente, haya sancionado tal conducta, agravándola.

Sin perjuicio, dicha sentencia, además, podría encerrar una flagrante infracción al *ne bis in idem*, ya que estaría sancionando dos veces al sujeto: la

⁸¹⁹ El siguiente fallo argentino nos puede ilustrar una situación que podría significar un daño punitivo encubierto: El demandado en una acción de filiación se negó a la realización de las pruebas genéticas tendientes a la demostración de su paternidad sin aducir motivo valedero alguno, por tal motivo fue condenado en primera instancia en la acción de filiación contra él intentada, pero el fallo del primer tribunal no hizo lugar al reclamo de la menor en orden a los daños y perjuicios, por entender que no se había demostrado el perjuicio moral sufrido por el menor de muy corta edad (aproximadamente tres años). La Cámara de Junín, con voto del doctor Venini, revocó la sentencia, acogiendo la demanda de reclamo de indemnización del daño moral y condenó a pagar una indemnización de \$15.000 porque el desconocimiento del padre y la negativa a someterse a pruebas biológicas generan un agravio moral futuro en el niño, ya que la historiografía de su vida va a llevar siempre el sello de la actitud paterna renuente (CCom. de Junín, 22-9-95, L.L.B.A. 1996-374, fallo citado y referido por Medina, Graciela, *Daños en las relaciones de familia*, Ob. Cit. p. 182.).

⁸²⁰ Así: De Angel Yaguez, Ricardo. *Daños punitivos*, Editorial Thomson Reuters, Primera Edición, Madrid, 2012, pp. 82 y 83. En igual sentido: Segura Riveiro, Francisco. “Algunas consideraciones sobre la pena privada”, AAVV, Estudios de Derecho Civil. Responsabilidad Extracontractual. Coordinadores: Hernán Corral Talciani; Guzmán Brito, Alejandro; Pizarro Wilson, Carlos; Rodríguez Pinto, María Sara; Turner Saelzer, Susan; Varas Braun, Juan Andrés, Editorial Thomson Reuters, Santiago, 2011, p. 103.

primera a título de daño, la segunda, a título de pena, infringiendo así el art. 19 N° 3 inc., penúltimo de nuestra Constitución.

7.8.5.- Las atenuantes de responsabilidad civil.

En este acápite cabe preguntarse si la conducta de las partes puede ser estimada como atenuante de responsabilidad civil y, con ello, como factor para disminuir el monto de la correspondiente indemnización.

Un primer asunto es el de la conducta de la madre que acciona tardíamente de filiación. En este caso, la demora de la madre en accionar debe ser considerada como un factor para disminuir el monto de la indemnización que



deba el padre, así lo ha resuelto la jurisprudencia⁸²¹, aunque en ocasiones, ha resuelto lo contrario.⁸²².

⁸²¹ Juzgado n° 9 de San Isidro, Provincia de Buenos Aires. Se trataba de una pareja que se había conocido por razones laborales, luego había iniciado una relación sentimental para finalmente tener una hija y vivir varios años en concubinato, concretamente desde el año 1975 hasta el año 1981. Como la niña no fue reconocida por su progenitor, quien a su vez estaba casado y tenía hijos y nietos, la madre en representación de su hija inició una acción de filiación y reclamó daños y perjuicios. El padre negó el concubinato, y se negó a realizarse las pruebas biológicas respectivas. Múltiples testigos demostraron la convivencia entre las partes, siendo de importancia significativa los dichos de la niñera de la menor, que se desempeñó entre los años 1975 a 1981 y quien manifestó que el demandado daba trato de padre a la pequeña. El demandado fue condenado en la acción de filiación porque la convivencia con la madre al tiempo de la concepción, el trato de hija que le dio a la niña y la negativa absolutamente injustificada a realizarse los estudios genéticos permitieron al magistrado presumir la paternidad del imputado. Pero además de le condenó a pagar daño moral por falta de reconocimiento de la menor, fundado en razones constitucionales. El tribunal consideró que existe un derecho constitucional implícito a tener filiación, y que la falta de reconocimiento voluntario de la menor constituye un comportamiento antijurídico que produce un daño moral. Concretamente se puso de relevancia que en el caso se trataba de una menor de 13 años que durante una década y tres años había sido negada por el padre y llevaba el “sello de la ilegitimidad” al ser conocida como “hija de madre soltera”, estigma que en la clase media conlleva una minusvalía social. El demandado resistió la pretensión resarcitoria señalando que no existía un deber jurídico que lo obligara, que él hubiera dejado de cumplir; tal defensa no tuvo acogida porque la jueza entendió que se había violentado el deber jurídico de no dañar a otro al no reconocerla voluntariamente. En la especie, se condenó a pagar la suma de \$ 50.000, cifra inferior a la reclamada ya que el tribunal estimó que no era el padre el único responsable del daño sufrido por la menor; consideró que “*si la madre hubiera efectuado el reclamo pertinente al poco tiempo del nacimiento o luego de una prudente espera del prometido reconocimiento, le hubiera ahorrado a la hija gran parte del daño moral*”. La sentencia fue confirmada por la I Cámara Civil y Comercial de San Isidro, con voto del doctor Arazi. En dicho pronunciamiento se aclaró que la madre bien pudo haber ahorrado parte de su sufrimiento a la menor mediante una demanda deducida más tempranamente. Pero también se puntualizó que la madre si reconoció a la hija en su momento, cumpliendo con su deber de progenitora, agregando que en todo caso, la conducta de la madre no había sido objeto del litigio (Medina, Graciela. *Daños en las relaciones de familia*, Ob. Cit. pp. 176 y 177.).

⁸²² En este caso la madre reclama en representación de la hija la filiación paterna y la indemnización por daño moral. El padre se allanó a la pretensión filiatoria condicionado a que la prueba biológica diera positiva y rechazó el pedido de indemnización por entender que no había causado ningún daño moral; hizo hincapié en el tiempo que demoró la madre en reclamar en nombre de su hija (casi 16 años). El tribunal consideró que el demandado no podía ser eximido del pago del daño moral por el hecho de haberse allanado a la demanda condicionado al resultado de la prueba biológica, ya que él había reconocido los encuentros íntimos mantenidos con la madre de la actora y el conocimiento del estado de gravidez en que se encontraba aquella, y no habiendo alegado que la mujer tuviera otros compañeros sexuales, fácilmente podía advertir que la actora era su hija, y debió haber reconocido espontáneamente a la criatura. Por otra parte, se consideró que si bien es cierto que la madre pudo haber ahorrado a la hija parte de sus sufrimientos con una denuncia deducida más tempranamente, no lo es menos que la madre sí reconoció a la hija en su momento, cumpliendo con su deber de progenitora, y que la conducta de ella no ha sido objeto de este litigio. En cuanto al daño moral, éste se tuvo por acreditado por la sola comisión del hecho antijurídico que surge de los hechos mismos. Si así no fuera, no habría mayor esfuerzo probatorio para acreditar lo que es obvio y notorio; el transitar por la vida sin más

Recordemos que, según dijimos, es absurdo sostener por parte de la madre que, tras una cierta cantidad razonable de años, aún se espere un espontáneo reconocimiento del padre que, a todas luces no ocurrirá.

Según hemos planteado, el umbral en el cual a la madre le es exigible otra conducta es el comienzo de la etapa escolar. Es allí donde el niño sale de casa, se relaciona y, eventualmente, sufre posibles actos discriminatorios de sus pares debido a su carencia de padre.

Es en ese momento en que el niño, comienza a tomar conciencia de sí mismo y, sin duda, preguntará a su madre por su papá, dónde está, por qué no viene. Sin duda que a partir de allí, la conducta omisiva de la madre le es absolutamente imputable. Más aún, a partir de dicho momento, le es casi exclusivamente imputable.

7.9.- La acción indemnizatoria.

Corresponde analizar en este punto entre otros asuntos: el tribunal competente para conocer de la demanda, los legitimados activos y pasivos, así como la oportunidad para deducir la acción.

apellido que el materno, sin poder alegar la paternidad, causa en cualquier persona un daño psíquico marcado. Tanto más debe pensarse, en un caso como el que nos ocupa, en que la menor accionante tiene ya 19 años, vale decir que se encuentra en una etapa, como la adolescencia, que se caracteriza por la extremada susceptibilidad, sensibilidad enmarcada en el plano de los pensamientos, necesidad de reconocimiento y afecto, cuestionamiento de la propia personalidad e inseguridad en todos los campos, a punto de sentir desprotección, desvalimiento aun cuando no es real, y tanto más cuando sí hay razón para sentirlo de tal modo (CNCiv., sala L, 23-12-94, fallo 43.397, E.D. 62-247, fallo citado y referido por Medina, Graciela. *Daños en las relaciones de familia*, Ob. Cit., p. 181.). En España ante un ocultamiento doloso de la paternidad, la Audiencia Provincial de Valencia en un fallo de 05 de septiembre de 2007, hizo aplicación de estos conceptos y, atendiendo a la corta duración de la convivencia entre padre y el menor que resultó no ser su hijo, redujo la indemnización fijada inicialmente en 100.000 euros por el Tribunal a quo (Romero Coloma, Aurelia María. *Reclamaciones e indemnizaciones entre familiares en el marco de la responsabilidad civil*, Ob. Cit., p. 57).

7.9.1.- Tribunal competente para conocer de la acción civil.

Por similares razones a las expuestas a propósito de la acción civil indemnizatoria por daños en el divorcio culposo, a las cuales nos remitimos, el tribunal competente para conocer de esta clase de juicios sería un tribunal civil, ello, de acuerdo a las reglas generales de competencia.

7.9.2.- Oportunidad para deducir la acción civil.

Sólo una vez que haya quedado establecida la filiación del hijo mediante sentencia firme y ejecutoriada se podrá perseguir en juicio posterior el resarcimiento de daños por falta de reconocimiento⁸²³.

De este modo, la sentencia de filiación, es un elemento indispensable para poder reprochar a un sujeto determinado, su obrar ilícito. Y nos dará las primeras luces, según la época en que se haya incoado, para apreciar cuán responsable es la madre en la causación del daño.

7.9.3.- Legitimación activa y pasiva.

En relación al **daño moral** experimentado por el hijo. Tratándose de una lesión a un derecho personalísimo, como es el derecho a la propia identidad, sólo el menor tiene derecho a ser indemnizado del daño moral. Este daño, por su propia naturaleza, estimamos que no alcanza a la madre quien, no está

⁸²³ Así: Pizarro Wilson, Carlos; "Responsabilidad civil por no reconocimiento voluntario del hijo de filiación extramatrimonial" *Revista de Derecho Patrimonial*, Ob. Cit., p. 115. En igual sentido: Medina, Graciela. *Daños en las relaciones de familia*, Ob. Cit., p. 183.

legitimada para reclamar del daño moral, ni a título propio, ni a título de repercusión o rebote⁸²⁴, así lo ha resuelto la jurisprudencia⁸²⁵.

Tratándose del daño patrimonial experimentado por el hijo, se requiere de una prueba que verifique las privaciones experimentadas y los beneficios de que se vio privado el infante durante su crecimiento.⁸²⁶ Con la salvedad que, en este caso, el reclamo sería por la pérdida de una chance.

En cuanto a la posible legitimación activa de la madre para reclamar del daño patrimonial, creemos que, carece de legitimación activa para accionar por este tipo de daño. Para sostener dicha afirmación recurrimos a dos argumentos.

El primero dice relación con que el derecho violado, esto es, el derecho a la propia identidad, es del hijo no de la madre. Y el segundo dice relación con que, es discutible que el posible mayor gasto que a ella le significa criar sola al hijo, sea encasillable dentro de la responsabilidad civil, más bien, parece ser un caso de enriquecimiento a costa de otro.⁸²⁷

⁸²⁴ Varni de Iñiguez, María Alicia e Iñiguez, Marcelo Daniel; “La familiaridad como eximente de responsabilidad civil”, Ob. Cit., pp. 229 y 230.

⁸²⁵ Dos personas católicas mantienen una relación extramatrimonial en la que se concibe un hijo; a partir de la concepción el padre abandona a su pareja, intenta desalojarla del departamento donde convivían, no brinda ningún tipo de ayuda moral ni económica durante el embarazo y parto, permanentemente injuria a la madre y, por supuesto, se niega a reconocer al hijo y a título personal le reclama el reembolso de los gastos del embarazo y del parto y el daño moral. La Sala en voto dividido confirma la acción de filiación, hace lugar al reintegro del 50% de los gastos derivados del parto y rechaza la pretensión indemnizatoria de la madre del daño moral, señalando que el hecho antijurídico es la falta de reconocimiento, que el legitimado directo para reclamar el daño moral por el no reconocimiento espontáneo es el hijo y que la madre carece de legitimación para ejercer la pretensión reparatoria de su daño moral por la falta de reconocimiento. La minoría del tribunal entiende que independientemente del daño moral infringido al hijo, existe daño moral a la madre que deviene de otra conducta antijurídica cual es la de no haber asumido los deberes de la paternidad, lo que no sólo produce un daño material de tener que afrontar sola los gastos, sino que también necesariamente ha de haber producido angustias, sinsabores y dolores al tener que haber asumido todas y cada una de las etapas del parto, embarazo y crianza sola y no en forma compartida (Medina, Graciela. *Daños en las relaciones de familia*, Ob. Cit. p. 180.).

⁸²⁶ Así: Varni de Iñiguez, María Alicia e Iñiguez, Marcelo Daniel; “La familiaridad como eximente de responsabilidad civil”, Ob. Cit., p. 230.

⁸²⁷ Ello por cuanto si bien la madre ha podido cargar sola con la manutención del hogar, el bien jurídico protegido en esta reclamación de daños es siempre la vulneración del derecho a la propia identidad, a conocer su origen. Este daño –*haciendo una analogía al Derecho penal*– es de sujeto pasivo determinado, sólo el hijo lo puede padecer este daño. La madre no es partícipe de la vulneración del derecho a la identidad del hijo.

En cuanto al legitimado pasivo, tanto por el daño patrimonial como por el moral, éste es en principio el padre, quién, mediando su dolo o culpa grave, rehusó reconocer al hijo. Sin embargo, como hemos planteado, podría sumarse al padre, la madre, quien, con su tardío ejercicio de la acción de filiación, concurre causalmente a la producción del daño.

Incluso, excepcionalmente, podría ser ella la única legitimada pasiva de toda clase de daños. Sería en el caso en que, conjuntamente con un injustificado ejercicio tardío de la acción de filiación, se configura respecto al padre, una causal de justificación, por ejemplo: total ignorancia de su paternidad.



CAPÍTULO 8.- RESPONSABILIDAD CIVIL POR RUPTURA DE UNA UNIÓN DE HECHO.

8.1.- Planteamiento general del tema.

En este caso el problema consiste en determinar si el concubino abandonado por decisión unilateral del otro, puede reclamar indemnización de perjuicios, cuando ésta ruptura le ha provocado un daño grave.

Es de la naturaleza que en las uniones de hecho, por más que dicha unión sea estable y duradera, ella descansa sobre la base misma de la libertad individual de sus miembros. Con la misma libertad que se han unido se pueden así también libremente separar.⁸²⁸

Por lo mismo, la disolución unilateral que uno de los concubinos imponga al otro en cualquier tiempo y por cualquier causa, no es por sí misma un hecho

⁸²⁸ Roberto E. Greco afirmó en su voto en el fallo plenario de la Cámara Nacional en lo Civil de 04 de abril de 1995 que: “interrumpir una convivencia de hecho entra en la esfera de libertad del sujeto que lo hace; es la misma libertad que constituyó la unión la que permite ponerle fin, de manera que quien así lo hace no comete acto ilícito: esa conducta no transgrede el ordenamiento entendido como totalidad, por más que pueda causar un menoscabo patrimonial a la abandonada”, citado y referido por Sambrizzi, Eduardo. *Daños en el derecho de familia*, Ob. Cit., p. 277. En igual sentido se pronuncia Bossert, Gustavo A. *Régimen jurídico del concubinato*, Editorial Astrea, Cuarta Edición, 1997, p. 137., quien citando a Ameglio Arzeno, señala a este respecto: “En una interesante construcción que no ha encontrado nuevos sostenedores en nuestra doctrina, pero en cuyo apoyo invoca la llamada “tercera etapa de la jurisprudencia francesa que viene afianzándose”, Ameglio Arzeno sostiene que el concubino está *obligado a indemnizar*, pues ha cometido un abuso de derecho, ya que el concubino fue creado por ambos; nació de una conjunción de voluntades; luego, mediante un acto unilateral (el abandono), el concubino produce un daño material o moral. Material, ya que a la mujer se le presentarán dificultades para rehacer su vida; moral, pues ha sufrido una decepción, dadas sus “justificadas esperanzas de ver definitivamente unida su vida a la del hombre”. Hacemos notar que a la “tercera etapa jurisprudencial” invocada por dicho autor ha de haber sucedido una “cuarta”, ya que en Francia los fallos posteriores sostienen que en tal supuesto no hay culpa generadora de obligación civil”.

imputable que genere la obligación de indemnizar, será necesario algo más, para que nazca la obligación de resarcir.⁸²⁹.

No obstante, existen múltiples situaciones en que dicha ruptura puede estar asociada a la producción de un daño. Así por ejemplo puede que uno de los convivientes mediante engaño induzca al otro a una convivencia mediante una falsa promesa de matrimonio que no tiene realmente el ánimo de cumplir.

En otros casos, la convivencia se consuma mintiendo sobre el estado civil de casado del conviviente inductor. En fin, aprovechándose de una posición de superioridad para inducir así la convivencia.⁸³⁰.

En otros casos la disolución unilateral, intempestiva, abrupta y abusiva de uno de los convivientes, a objeto de dejar al conviviente abandonado en el desamparo económico, puede dejarlo a éste sumido en un estado de necesidad tan grave, que un sentido mínimo de justicia obliga a plantearse la opción de una justa reparación.⁸³¹.

Así las cosas cabe preguntarse si ante un abandono intempestivo, abusivo de un conviviente, dejando en el total desamparo material y moral al otro, es procedente una acción de daños y perjuicios.

8.2.- Derecho comparado.

En el Derecho latinoamericano se pueden encontrar diversas legislaciones que contemplan la posibilidad de demandar indemnizaciones en caso de ruptura.

⁸²⁹ Entenderlo de otro modo no sería sino ponerle precio a la ruptura o tornar indisoluble una institución que descansa precisamente sobre las bases de la libre disolución. Se trata simplemente de asumir el riesgo de vivir en concubinato.

⁸³⁰ Vargas Aravena, David. Ob. Cit., pp. 384 a 393.

⁸³¹ Vargas Aravena, David. *Daños civiles entre cónyuges*, Ob. Cit. pp. 394 y 395.

8.2.1.- Derecho paraguayo.

El código civil de Paraguay del año 1987, contempla en sus artículos 217 a 224 una serie de efectos aplicables a la unión de hecho estable y duradera, entre personas con capacidad de contraer matrimonio entre ellas.

Contemplan estas normas que, para el caso que el concubino haya empleado **seducción** o **abuso de autoridad**, ser compelido a indemnizar a la concubina en forma adecuada, cualquiera sea el tiempo que haya durado la unión extramatrimonial.

8.2.2.- Derecho boliviano.

El código de familia boliviano de 1973, que regulan las uniones de hecho en sus artículos 158 a 172, que son de dos tipos, tantanacu y sirvanacu.

8.2.3.- Derecho peruano.

El art. 326 del código civil peruano de 1984 establece que la unión de hecho voluntariamente realizada y mantenida durante un período de al menos dos años continuos por un varón y una mujer libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, da origen a una sociedad de bienes que queda sujeta al régimen de sociedad de gananciales. En caso que no se reúnan esas condiciones el interesado puede recurrir a la acción de enriquecimiento indebido.

8.3.- Principios que rigen las uniones de hecho.

En ocasiones la ruptura intempestiva o abusiva de un concubino puede generarle al otro una situación de desamparo económico que puede resultar muy

grave. Sin embargo, sabemos que un principio básico lo constituye la libertad de ruptura, vale decir, con la misma libertad con que deciden emprender la convivencia, pueden decidir su término.

No obstante, la jurisprudencia en diversas ocasiones ha recurrido a la responsabilidad civil a objeto de resarcir los perjuicios que situaciones como éstas puedan generar a uno de los concubinos.

Sin embargo, ante una eventual aplicación de dicho estatuto cabe formularse diversas preguntas tales como: ¿si existe igualdad entre la familia matrimonial y la unión de hecho? Pregunta que es pertinente por sus repercusiones en la aplicación del privilegio familiar, el agravamiento del daño, etc.

Otra interrogante es la posible aplicación analógica de normas que rigen el matrimonio. Pregunta que es relevante ya que podría plantearse el otorgamiento de una indemnización a título de compensación por aplicación analógica de las normas que rigen la compensación económica.

A continuación veremos los principios que, a nuestro juicio, rigen la procedencia de la responsabilidad civil a las uniones de hecho.

8.3.1.- Libertad de ruptura.

Como dijimos al principio es de la naturaleza que en las uniones de hecho, por más que dicha unión sea estable y duradera, ella descansa sobre la base de la libertad de sus miembros. Por ello, con la misma libertad que se han unido se pueden así también libremente separar, y dicha ruptura, en sí misma, no constituye un hecho ilícito que sea indemnizable. Es lo que se conoce como el riesgo del concubinato.

Sentar esta idea es fundamental a la hora de estudiar la procedencia de la responsabilidad civil por ruptura de una unión de hecho ya que, la disolución

en sí misma, es un acto libre y lícito, y por ende, no indemnizable. Por ende será algo más que la sola ruptura lo que genere la obligación de indemnizar perjuicios.

8.3.2.- Amparo constitucional de la familia de hecho.

Como señalamos en el capítulo 3⁸³², la familia goza de protección constitucional, siendo extensiva dicha protección o amparo tanto a la familia matrimonial como a la familia de hecho, ya que la ley no distingue a este respecto⁸³³. En virtud de ello no cabría el rechazo de una acción indemnizatoria fundada en que familia de hecho no goza de protección constitucional ya que, como hemos dicho, si tiene. Así lo ha sostenido parte importante de la doctrina.

8.3.3.- No equiparación de las uniones de hecho a la familia matrimonial.

Si bien, como hemos sostenido, la familia de hecho goza de protección constitucional, ello no significa que exista igualdad entre la familia matrimonial y la familia de hecho, ya que, según hemos sostenido, no la hay⁸³⁴.

Fundamos nuestra posición en que nuestra Constitución, si bien habla de dar protección a la familia y propender a su fortalecimiento (art. 1° inc. 5° C. Pol.). Como dice CORRAL⁸³⁵, lo que ha de fortalecerse es la familia matrimonial, por ser la base principal de la familia (art. 1° inc. 1° LMC), no las uniones de hecho, ni menos aún, las uniones homosexuales.

Sin embargo, aquí debemos hacer una distinción entre la expresión **dar protección** y la expresión **propender a su fortalecimiento**. Así como es indudable que la protección constitucional alcanza a ambas, es indudable que la familia que debe fortalecerse, es la familia matrimonial, por ser la base principal

⁸³² Vid. *Supra* 3.3.1.-

⁸³³ Vid. *Supra* 3.3.3.-

⁸³⁴ Vid. *Supra* 3.3.3.-

⁸³⁵ Corral Talciani, Hernán. *Familia y Derecho*; Ob. Cit., pp. 29 a 30.

de la familia. Es en virtud de dichos argumentos que no es posible sostener una completa igualdad entre ambas formas de familia.

Por ello si bien es procedente una acción indemnizatoria por ruptura intempestiva o abusiva entre concubinos, dicho estatuto no sufre alteraciones, ni en el factor de imputación porque no existe privilegio entre concubinos⁸³⁶, ni en el daño, que a su respecto se aplica según las reglas generales de la responsabilidad civil.

8.3.4.- No aplicación analógica a las uniones de hecho de las normas que rigen para el matrimonio.

Por la misma razón que no existe plena igualdad jurídica entre la familia matrimonial y la familia de hecho, no es posible aplicarle a esta última, las normas que rigen la primera, ni aún, por analogía.

Sin embargo, en la jurisprudencia española se planteó tiempo atrás, otorgar al concubino abandonado una suma de dinero a título compensatorio, por aplicación analógica del art. 97 Cc español⁸³⁷. DE VERDA y BEAMONTE⁸³⁸

⁸³⁶ Así Vargas Aravena, David. *Daños civiles en el matrimonio*, Ob. Cit., pp. 378 y 379.

⁸³⁷ Esta norma regula la cuantía que uno de los cónyuges ha de entregar al otro, normalmente, bajo la forma de una renta periódica, y que tiene su origen en el desequilibrio que éste último ha sufrido en relación con el que conserva el primero, como consecuencia directa de la separación o divorcio que ha implicado el cese de su vida en común.

⁸³⁸ De Verda y Beamonte, Ramón. "Efectos económicos derivados de la ruptura de uniones de hecho", AAVV, *Revista de Derecho Patrimonial*, N° 17, Ob. Cit., p. 251 y 252. Una STS de 5 de julio de 2001 (RJ 2001, 4993) condenó al varón, responsable de la ruptura de una convivencia more uxorio que había durado quince años, al pago a la mujer abandonada de una indemnización compensatoria de dos millones novecientos sesenta y cinco mil pesetas. En esta sentencia el Tribunal Supremo excluyó la aplicación del principio general de prohibición del enriquecimiento injusto, considerando solución más adecuada la aplicación analógica del art. 97 Cc, entendiendo que existe semejanza de la situación matrimonial rota por divorcio o separación que permite al cónyuge al que se le ocasione un desequilibrio económico con la posición del otro, con la situación de convivencia more uxorio de larga duración, rota unilateralmente cuando se origina tal desequilibrio. En la segunda STS de 16 de julio del 2002 (RJ 2002, 6246) reconoció a la mujer abandonada el derecho a percibir una pensión compensatoria de quince mil pesetas mensuales por ruptura de una convivencia more uxorio, que había durado seis años, y de la que había nacido un hijo. Nuevamente, el Tribunal Supremo volvió a descartar la aplicación del principio de prohibición del enriquecimiento injusto, estimando que la aplicación analógica del art. 79 Cc era una solución más adecuada en orden a fundamentar el fallo.

cita dos sentencias pronunciadas por el Tribunal Supremo Español en que se dio aplicación analógica a la pensión compensatoria.

Idéntica situación podría plantearse en nuestro país, aplicando por analogía, a una ruptura de una unión de hecho, las normas relativas a compensación económica. Evidentemente no estamos de acuerdo, la unión de hecho no tiene nada que ver con el matrimonio.

Los convivientes, al proyectar de ese modo su vida, precisamente han querido sustraerse del ordenamiento jurídico matrimonial, luego, no se divisa cómo podría aplicarse a una unión de hecho, una institución propia del matrimonio, de la cual precisamente han querido apartarse.

Como señala lúcidamente DE VERDA y BEAMONTE⁸³⁹, en ambos casos debió recurrirse al enriquecimiento sin causa, máxime si concurrían sus requisitos. No es lógico cuantificar la pensión compensatoria entre convivientes sobre la base de una vida matrimonial que no existe. Por ello, posteriormente el pleno del Tribunal Supremo Español, excluyó la aplicación analógica del art. 97 CC, como dice DE VERDA y BEAMONTE⁸⁴⁰: a objeto de unificar su contradictoria jurisprudencia.

⁸³⁹ De Verda y Beamonte, Ramón. “Efectos económicos derivados de la ruptura de uniones de hecho”, AAVV, *Revista de Derecho Patrimonial*, N° 17, Ob. Cit., p. 252. Este autor esboza sendas críticas a la aplicación analógica del art. 97 CC, a saber: “A mi juicio, la aplicación analógica del art. 97 Cc a las uniones de hecho es improcedente, ya que entre éstas y el matrimonio no existe identidad de razón, al no tratarse de situaciones equivalentes. El matrimonio es una institución social, consecuencia del ejercicio de un derecho constitucional, mientras que la unión de hecho es un mero ejercicio de la libertad que tiene toda persona de casarse o permanecer o permanecer soltero. Además, creo que en los supuestos enjuiciados por las sentencias referidas concurrían los requisitos para aplicar el principio de prohibición de enriquecimiento injusto, por lo que era innecesario el recurso a la aplicación analógica del art. 97 CC en orden a compensar económicamente al conviviente abandonado. Hay que tener en cuenta que estas sentencias abren la vía para la concesión de una indemnización o pensión compensatoria al conviviente al que la ruptura de la vida en común produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, prescindiendo de la circunstancia de si el obligado a pagar dicha indemnización se ha enriquecido, o no, injustificadamente a costa de la dedicación desinteresada al trabajo doméstico de su compañera.”

⁸⁴⁰ De Verda y Beamonte, Ramón. “Efectos económicos derivados de la ruptura de uniones de hecho”, AAVV, *Revista de Derecho Patrimonial*, N° 17, Ob. Cit., p. 253. Comentando el aludido fallo dice este autor: “En efecto, la STS 12 septiembre 2005 (RJ 2005, 7148), con buen criterio, ha venido a excluir la aplicación analógica del art. 97 CC en este ámbito, sobre la base de que el matrimonio y las uniones de hecho no son realidades equivalentes. Invocando jurisprudencia

8.4.- Posiciones favorables a la indemnización por ruptura de un concubinato.

En derecho comparado se ha recurrido a diversas figuras para lograr alguna forma de resarcimiento al concubino que ha sido abandonado.

8.4.1.- La convivencia como una locación de servicios.

Según nos relata DUTTO⁸⁴¹, en Italia, desde hace varios años se asimiló la unión de hecho a un contrato de locación de servicios por tiempo indeterminado y presumiblemente, no gratuito, roto abusivamente por una de las partes. De este modo se condenó a un hombre que tras una larga convivencia echa intempestivamente a la mujer de su casa.

constitucional, dice, así, que “es preciso proclamar que la unión de hecho es una institución que nada tiene que ver con el matrimonio (...) aunque las dos estén dentro del derecho de familia”. Y añade: “Es más, hoy por hoy, con la existencia jurídica del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias”. La consecuencia a la que se llega es lógica: “Por ello –afirma el Pleno del Supremo- debe huirse de la aplicación por analogía iuris de normas propias del matrimonio, como son los arts. 97, 96 y 98 CC, ya que tal aplicación analógica comporta inevitablemente una penalización de la libre ruptura de la pareja, y más aún especialmente una penalización al miembro de la unión que no desea su continuidad. Apenas cabe imaginar nada más paradójico que imponer una compensación económica por la ruptura a quien precisamente nunca quiso acogerse al régimen jurídico que prevé dicha compensación para el caso de ruptura del matrimonio por separación o divorcio”. Excluida la aplicación analógica del art. 97 CC y constatada la inexistencia de algún pacto, expreso o tácito, de los convivientes, el Pleno del Supremo se decanta por sujetar la liquidación de las uniones de hecho al principio general del Derecho de prohibición del enriquecimiento injusto, de acuerdo, así, con una orientación jurisprudencial, que podemos calificar de tradicional, y que, en mi opinión, nunca debía haber sido abandonada. Dice así: “Todo ello lleva ineludiblemente a la aplicación, para resolver tal problema fundamental en la disolución de una unión de hecho, al principio general del derecho (...) y a la figura del enriquecimiento injusto (...) que siempre servirá como “cláusula de cierre”. No obstante, en el supuesto litigioso enjuiciado, el Tribunal Supremo no aplicó dicho principio, por entender que en él no se daban sus presupuestos. Concretamente, consideró que la mujer demandante no había experimentado un empobrecimiento, como consecuencia de la convivencia more uxorio, la cual había durado 19 años, ya que no ha perdido un puesto de trabajo, ni ha visto disminuidas sus retribuciones, porque era funcionaria y percibía una pensión de un Estado extranjero; e, incluso, aportó a la comunidad la carga del cuidado y educación de dos hijos, provenientes de su matrimonio (anterior a la unión de hecho).

⁸⁴¹ Dutto, Ricardo. *Daños ocasionados en las relaciones de familia*, Ob. Cit., p. 144.

En Francia, antiguamente se admitía la posibilidad de un contrato de trabajo entre concubinos, mediante el cual se permite que la mujer reciba una remuneración por la labor cumplida⁸⁴².

En Argentina, la doctrina y la jurisprudencia se han pronunciado en contra, porque la unión concubinaria no supone una relación de dependencia, ni una prestación de servicios⁸⁴³.

En Chile, según plantea COURT⁸⁴⁴, cuando no se ha logrado probar la existencia de una sociedad o de una comunidad, también se ha aceptado por nuestra jurisprudencia el derecho a pedir el pago por servicios prestados, ya sea en virtud de un contrato de arrendamiento de servicios o de un contrato de trabajo.

8.4.2.- La convivencia como sociedad de hecho.

Se ha dicho que la convivencia estable entre concubinos generaría una especie de sociedad de hecho. Sin embargo, como ha resuelto nuestra jurisprudencia, dicha sociedad, debe ser debidamente acreditada. En el concubinato, a diferencia del matrimonio, la ausencia de sociedad o comunidad constituye el derecho común.

⁸⁴² Anastasi. "Indemnización por ruptura unilateral del concubinato", *LL*, 7-30, citado y referido por Dutto, Ricardo, *Daños ocasionado en las relaciones de familia*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 144.

⁸⁴³ Dutto, Ricardo, *Daños ocasionado en las relaciones de familia*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 144.

⁸⁴⁴ Court Murasso, Eduardo. *Curso de derecho de familia*, Editorial Legal Publishing, Santiago, Año 2009, p. 236.

8.4.3.- La convivencia como comunidad de bienes.

Esta posición encuentra fundamento en que la convivencia genera una actividad productiva común, que se concreta en la adquisición común de bienes, siempre que esto haya tenido lugar durante la convivencia y haya sido fruto de un esfuerzo común⁸⁴⁵.

8.4.4.- La existencia de una obligación natural.

En Argentina, BOSSERT estima que, en caso de ruptura, existiría una obligación natural del concubino de indemnizar a la concubina. Para ello BOSSERT recurre a los siguientes argumentos: a) el desamparo material en que queda tras el abandono; b) la dificultad de reinsertarse en el medio social, o, de reanudar su vida sentimental; c) el dolor que sufre la mujer abandonada por el hombre con quien ha convivido en tales condiciones.

8.4.5.- La invocación al enriquecimiento sin causa.

Tanto en la doctrina⁸⁴⁶ como en la jurisprudencia se ha recurrido al enriquecimiento sin causa para fundamentar la restitución de bienes al patrimonio del empobrecido.

⁸⁴⁵ RDJ, 2° Parte, Sección 2°, 1989.

⁸⁴⁶ Así Bossert, Gustavo. *Régimen jurídico del concubinato*, Ob. Cit., pp. 100 a 103., quien señala a este respecto: “Los ejemplos que en el ámbito concubinario pueden presentarse son variados y numerosos, ya que en la realidad, como ocurre en el matrimonio, suele ser el varón quien se encarga de la casi totalidad de las cuestiones económicas, y la concubina, que deposita en él su confianza mientras dura la relación, le entrega bienes o lo ayuda con su esfuerzo en la adquisición de otros nuevos bienes que después aparecen incorporados al patrimonio del concubino; la concubina le ayuda con aportes materiales o monetarios, o con determinados servicios que le presta (que no llegan a constituir una relación laboral), y así aumenta el haber económico del varón o determina el engrandecimiento de su negocio o el aumento de los beneficios que el concubino obtiene de su actividad habitual.”.

La acción in rem verso tiene carácter subsidiario, en el sentido que el actor no debe contar con otra acción, ya sea derivada de un vínculo contractual o cuasicontractual, o, indemnizatoria derivada de un hecho ilícito.⁸⁴⁷

Como apunta DE VERDA y BEAMONTE⁸⁴⁸, en los casos resueltos por la jurisprudencia, se ha tratado de supuestos en que ha existido una ***larga convivencia*** *more uxorio*, con ***dedicación exclusiva*** de la mujer a las tareas domésticas; y ello, con independencia de que la ruptura de la convivencia haya tenido lugar por voluntad unilateral del varón o por el hecho de su muerte.

En la jurisprudencia española variadas sentencias han hecho aplicación de este principio. Así la STS de 27 de marzo de 2001, reconoció a la mujer abandonada la cantidad de quince millones de pesetas por ruptura de la convivencia *more uxorio*, que había durado veinte años, entendiendo que ésta última había sufrido un empobrecimiento, derivado de su dedicación exclusiva a la atención del demandado e hijos, descuidando su formación laboral y sus propias expectativas personales.

DE VERDA y BEAMONTE⁸⁴⁹, comentando esta sentencia pone de relieve dos asuntos. El primero de ellos dice relación con, la aplicación *analogía juris*, de un pretendido principio general de derecho de *protección al conviviente perjudicado*, por el cese de la vida en común, del cual extrae la necesidad de compensar al conviviente en peor situación económica. Y, el segundo, dice relación con la aplicación analógica del art. 97 del Cc español.

⁸⁴⁷ De Verda y Beamonte, Ramón. “Efectos económicos derivados de la ruptura de uniones de hecho” AAVV, *Revista de Derecho Patrimonial*, N° 17, *Daños en el derecho de familia*, Ob. Cit., pp. 244 y 245., refiriéndose a la exclusión de una comunidad de bienes o una sociedad regular nos señala: “Es más frecuente en la jurisprudencia el recurso al principio general de prohibición del enriquecimiento injusto, a fin de proteger al perjudicado por la ruptura de la unión de hecho cuando los *facta concludentia* de los convivientes no puede deducirse una voluntad tácita de constituir una comunidad de bienes o una sociedad irregular.

⁸⁴⁸ De Verda y Beamonte, Ramón. “Efectos económicos derivados de la ruptura de uniones de hecho” AAVV, *Revista de Derecho Patrimonial*, N° 17, *Daños en el derecho de familia*, Ob. Cit., p. 245.

⁸⁴⁹ De Verda y Beamonte, Ramón. “Efectos económicos derivados de la ruptura de uniones de hecho” AAVV, *Revista de Derecho Patrimonial*, N° 17, *Daños en el derecho de familia*, Ob. Cit., p. 246.

Numerosas fueron las sentencias posteriores darían aplicación analógica al art. 97 Cc a las uniones de hecho. Así por ejemplo pueden mencionarse la STS de 5 de julio 2001 (RJ 2001, 4993) y la STS de 16 de julio de 2002 (RJ 2002, 6246). Sin embargo, esta jurisprudencia fue abandonada mediante STS de 12 de septiembre de 2005.

8.4.6.- El recurso a la responsabilidad civil.

La unión de hecho descansa sobre la base del principio de libertad de ruptura por lo que, como señala RODRIGUEZ GUITIÁN⁸⁵⁰, no es en principio un acto reprochable.

Es por ello que DE VERDA Y BEAMONTE ha dicho que “La ruptura de la convivencia *more uxorio* es un acto de libertad de quienes la forman...”⁸⁵¹. Y VARGAS ARAVENA⁸⁵² precisa que “La libertad que envuelve el inicio, como el término de la convivencia *more uxorio*, es lo que permite a los convivientes disolverla a su libre arbitrio, sin expresión de causa, ni de formas”.

Es por este motivo que el hecho de la ruptura en sí mismo, no es antijurídico y no tiene por sí sólo, aptitud de generar un daño resarcible. De ahí

⁸⁵⁰ Rodríguez Guitián, Alma María. “Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre los miembros de la pareja de hecho”, Ob. Cit., p. 81. Agrega la citada autora que: “Hay una característica fundamental de las uniones de hecho que las separa, que las hace radicalmente distintas del matrimonio: la posibilidad de finalizar libremente; mientras que en el matrimonio, a pesar de la existencia del divorcio, la disolución *inter vivos* requiere un procedimiento, la convivencia *more uxorio* puede acabar informalmente, por mutuo disenso o por decisión unilateral de uno de los convivientes. En aquellos casos en los que el conviviente abandonado reclama daños y perjuicios en virtud del art. 1902 del Código civil cabe alegar el derecho del otro a poner fin a la relación. La decisión personal de romper la unión de hecho puede ser más o menos acertada, incluso más o menos moral, pero nunca culpable: ningún conviviente tiene la culpa de abandonar una convivencia que ya no considera adecuada, por la razón que sea, para su programa de vida.”

⁸⁵¹ De Verda y Beamonte, Ramón. “Efectos económicos derivados de la ruptura de uniones de hecho” AAVV, *Revista de Derecho Patrimonial*, N° 17, *Daños en el derecho de familia*, Ob. Cit., p. 244.

⁸⁵² Vargas Aravena, David. *Daños civiles en el matrimonio*, Ob. Cit., p. 379.

que la regla general en materia de ruptura del concubinato sea la improcedencia de la acción indemnizatoria, siendo su procedencia, la excepción.

En este caso la aplicación de la responsabilidad civil no sufre ningún tipo de alteraciones, por no existir vínculo jurídico alguno entre los convivientes. A su respecto, piedad familia y vínculos de solidaridad y altruismo tienen un valor meramente moral, no integran el juicio de imputación, ya que no hay privilegio⁸⁵³
854.

Con todo, tratándose de una familia de hecho, respecto de los hijos comunes, el estatuto de responsabilidad civil, sufre todas y cada una de las modificaciones impuestas por la familiaridad atendida la existencia de vínculo jurídico entre padres e hijos.

Hechos estos alcances previos podemos analizar algunos casos de aplicación del régimen de responsabilidad civil a la ruptura de una unión de hecho.

8.4.6.1.- Si hubo pacto previo entre los convivientes.

Según plantea RODRÍGUEZ GUITIÁN⁸⁵⁵ si bien hay unanimidad en todos los ordenamientos sobre la licitud de los pactos que versan sobre aspectos puramente patrimoniales, no lo hay respecto a aspectos personales, ya que los

⁸⁵³ Vargas Aravena, David. *Daños civiles en el matrimonio*, Ob. Cit., pp. 378 y 379. Este autor refiere al respecto: "...antes de entrar al estudio de la aplicación del art. 1902 CC a la disolución unilateral de la unión de hecho, recordemos que, según hemos expuesto al inicio de este capítulo, el privilegio conyugal sostenido a lo largo de este trabajo, aplicable a los daños que se causen los cónyuges entre sí, no es defendible en el caso de las uniones de hecho, ya que no concurren los fundamentos que lo justifican, especialmente los deberes de fidelidad, cohabitación, respeto, ayuda y socorro mutuo, obligaciones legales y personales sobre las cuales se construye el privilegio doméstico. Por estas mismas consideraciones, toda reclamación de daños y perjuicios planteada entre convivientes, debe estar desvinculada, directa o indirectamente, de cualquier deber personal conyugal ya que éstos no tienen existencia jurídica ni mucho menos amparo legal en la convivencia *more uxorio*".

⁸⁵⁴ Vid *Supra* 2.2.3.-

⁸⁵⁵ Rodríguez Guitián, Alma María. "Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre los miembros de la pareja de hecho", Ob. Cit., p. 83.

deberes personales en una pareja de hecho sólo pueden surgir espontáneamente.

Según la autora española, dicho pacto podría establecer una indemnización por los perjuicios que la ruptura de la convivencia pueda ocasionar a uno de los convivientes. Dicho pacto tiene evidente utilidad ya que evitaría toda discusión sobre la procedencia de la responsabilidad extracontractual en caso de ruptura de la unión de hecho⁸⁵⁶.

Admitiendo la procedencia de dichos pactos, al menos en cuestiones patrimoniales, tales como cláusulas penales, etc. Es evidente que, en este caso, el estatuto de responsabilidad aplicable sería el contractual, con todas y cada una de las consecuencias que ello implica.

8.4.6.2.- Inducción a la convivencia mediante falsa promesa de matrimonio.

En el ordenamiento español se han planteado pleitos indemnizatorios por rupturas de esta índole. Si ha habido promesa de matrimonio hay norma especial que regula este caso, el art. 43 Cc español⁸⁵⁷, que limita el reembolso a los gastos hechos y obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido.

La jurisprudencia italiana admite la indemnización al concubino inocente, cuando el estado de concubinato se generó mediante una falsa promesa de matrimonio, pues la seducción (con promesa de matrimonio) es un atentado

⁸⁵⁶ *Ibidem*.

⁸⁵⁷ Art. 43 Cc español.: "El incumplimiento sin causa de la promesa cierta de matrimonio hecha por persona mayor de edad o por menor emancipado sólo producirá la obligación de resarcir a la otra parte de los gastos hechos y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido. Esta acción caducará al año contado desde la negativa a la celebración del matrimonio.

contra la libertad sexual de la mujer, lo que constituye un ilícito por el que se debe responder.⁸⁵⁸.

En nuestro ordenamiento, en virtud de lo dispuesto en el art. 98 CC, el incumplimiento de la promesa matrimonial no genera obligación alguna ante la ley civil, siendo por ende improcedente cualquier demanda indemnizatoria cuya causa de pedir se encuentre fundada en dicho incumplimiento.

Sin embargo, así como en el ordenamiento español la doctrina⁸⁵⁹ se ha manifestado por la procedencia genérica del art. 1902, a título de engaño en la promesa y no, por el incumplimiento de la misma. Bien cabría plantear dicha tesis en nuestro país en que, si bien no se puede alegar la promesa para demandar indemnización de perjuicios (art. 98 inc. 2º CC), a contrario sensu, si se podría demandar civilmente a título de engaño.

En nuestro país ELORRIAGA⁸⁶⁰, si bien se manifiesta de acuerdo en resarcir los perjuicios que una ruptura de promesa unilateral e injustificada. Reconoce, mediante argumentos de texto e históricos que, atendido el principio de especialidad no procedería la indemnización de perjuicios.

⁸⁵⁸ Corte de Casación, de fecha 27 de noviembre de 1986, que confirma sentencia del Tribunal de Messina, fallo citado y referido por Medina, Graciela, *Daños en el derecho de familia*, Ob. Cit., p. 215 y ss.

⁸⁵⁹ Rodríguez Guitián, Alma María. "Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre los miembros de la pareja de hecho", Ob. Cit., p. 86.

⁸⁶⁰ Elorriaga de Bonis, Fabián. *Régimen de indemnización de perjuicios entre cónyuges*, Ob. Cit. p. 104. A 109. Dice el autor: "El principal argumento que se esgrime para restarle a la promesa de matrimonio mayores efectos, es la libertad que debe tener todo individuo al momento de celebrar su matrimonio. Así se estima que no es posible ni obligar a un individuo a celebrar el matrimonio, ni a exigirle una indemnización de perjuicios por los daños ocasionados con su arrepentimiento." "Al respecto podemos decir que estos criterios están ampliamente superados por la doctrina, la legislación y la jurisprudencia, en lo que se refiere a la indemnización de perjuicios que debe pagarse, supuesto que, en forma unilateral e injustificada, se proceda a romper la promesa de matrimonio." "Tenemos que pensar, que con ocasión del matrimonio prometido, se puede haber incurrido en grandes gastos para la celebración del mismo, pueden haberse adquirido bienes o contraído obligaciones destinados a preparar una ceremonia nupcial o la vida futura de la pareja. Puede en ciertos casos, haberse sacrificado proyecciones de carácter profesional como lo sería el abandono de un trabajo o empleo, o la renuncia a una beca de perfeccionamiento en el extranjero; puede, finalmente, haberse ocasionado graves perjuicios de carácter moral debido al sufrimiento producido por la ruptura del futuro matrimonio, o peor aún, si mediante la promesa de matrimonio se ha logrado el acceso físico a la mujer."

8.4.6.3.- Inducción a la convivencia mediante engaño sobre su condición de casado.

Según plantea RODRIGUEZ GUITIÁN⁸⁶¹, esta hipótesis incluye tanto una mentira directa sobre su condición de casado, así como la mera ocultación de su verdadero estado civil. En este caso, y al igual que en el caso anterior, el comportamiento reprochable tiene su origen en el inicio de la relación, y su causa, al igual que en caso anterior, radica en el engaño. En este caso, **el fundamento del reclamo indemnizatorio no radica** en la ruptura, que como dijimos es lícita, sino **en el engaño**. Sin embargo, a esta tesis es posible formularle algunos reparos.

Creemos que en la actualidad no parece serio invocar esta clase de ignorancia, ya que con la actual tecnología, cualquiera tiene acceso fácil a dicha información. Y nadie, mínimamente diligente, accedería a una relación sin tomar los mínimos resguardos. De ello cabe entender que la víctima asumió el riesgo, o bien, actuó imprudentemente exponiéndose.

Con todo este juicio crítico depende evidentemente de la edad, condición social, escolaridad y nivel cultural de la víctima, ya que no es lo mismo una mujer mayor, avezada en amoríos, que una muchacha joven. En todo caso, actualmente, tampoco es muy válido dicha plétora, por la muy temprana iniciación sexual de los jóvenes en general.

Otra situación dice relación con el conocimiento que el concubino, inicialmente engañado, tenga posteriormente. En ese caso, si decide romper la convivencia, no tiene derecho a indemnización alguna, ya que según dijimos, su disolución es un acto libre y, por ende, no indemnizable. Por lo demás ha sido él quien ha decidido romper la convivencia.

⁸⁶¹ Rodríguez Guitián, Alma María. "Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre los miembros de la pareja de hecho", Ob. Cit., p. 88.

En el caso en que habiendo tomado conocimiento acerca del verdadero estado civil de su pareja conviviente, decide no obstante continuar la relación, con ello purga el engaño, sin poder efectuar después reclamo alguno.

Precisamente una STS de 9 de abril de 1979 hace uso de este razonamiento para negar una pretensión indemnizatoria de parte de quien, después de conocer que el otro conviviente estaba casado, continuó la convivencia.

RODRÍGUEZ GUITIÁN⁸⁶², califica la sentencia de “curiosa” ya que en ella el conviviente, tras la ruptura, solicita a su compañero una indemnización por los daños morales en virtud del artículo 1902 del Código Civil. Ello porque normalmente suele reclamarse la reparación de los daños económicos tras la ruptura de la convivencia.⁸⁶³

8.4.6.4.- Inducción a la convivencia mediante abuso de su posición de superioridad.

Se trata de situaciones en que la conviviente ostenta una evidente situación de inferioridad económica, social y profesional frente a su compañero

⁸⁶² Rodríguez Guitián, Alma María. “Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre los miembros de la pareja de hecho”, Ob. Cit., p. 88.

⁸⁶³ Según Rodríguez Guitián, entiende el Tribunal Supremo que aquí no hay engaño (necesario para la existencia de un comportamiento reprochable en el conviviente, con lo que señala de manera implícita que la ruptura por sí sola no genera responsabilidad); así, el conocimiento por la recurrente de que el varón estaba casado con otra mujer no impide la continuidad de las relaciones: “lo único que resulta es el hecho de unas relaciones sexuales mantenidas voluntariamente por dos personas mayores de edad... interrumpidas bastante tiempo después de que la demandante (recurrente) supiese que él estaba casado...”. Agrega la citada autora que esta sentencia ha recibido varias críticas doctrinales en el sentido de que el ordenamiento no puede quedarse inmune ante las situaciones injustas y lesivas que puede originar a uno de los convivientes el abandono de su compañero, por mucho que el otro conviviente esté casado y también en el sentido de que tal resolución obliga a la mujer que convive a dejar de forma inmediata la relación cuando se entera de la condición de casado de su conviviente, para no perder los beneficios que podría tener a causa de la seducción.

conviviente varón. En la jurisprudencia española pueden citarse dos sentencias, una STS de 9 de mayo de 1914 y otra de 17 de octubre de 1932.

En ambos casos, según nos relata RODRÍGUEZ GUITIÁN⁸⁶⁴, el tribunal fundamentó la concesión de una compensación en el art. 1902 del Código Civil, sino en la existencia de un deber moral de conciencia, en una obligación natural que se eleva a la categoría de obligación civil mediante la suscripción de un documento.

8.4.6.5.- Actitud culpable durante el desarrollo de la convivencia.

El problema radica en determinar la procedencia de la responsabilidad civil en caso de ocurrir algún comportamiento reprochable durante la convivencia. En este caso habría que distinguir varias situaciones.

Si dicho comportamiento dice relación con situaciones tales como infidelidades, ayuda mutua, etc. Su incumplimiento no acarrea, según pensamos, ninguna consecuencia jurídica para el conviviente culpable, ya que al no existir vínculo jurídico alguno entre ellos, mal podrían reclamarlos.

Creemos que en nada varía la situación por el hecho de pactar dichos deberes contractualmente, ya que siendo dichos deberes de coerción indirecta, y estando sus consecuencias en el ámbito del Derecho de familia, sólo provocan las sanciones previstas por dicho ordenamiento que, a su respecto, no se aplica⁸⁶⁵.

⁸⁶⁴ En la STS de 9 mayo 1914 se firma un contrato privado en el que el padre y la hija del conviviente fallecido se obligan a constituir una pensión a favor de la novia y conviviente *more uxorio* y en la STS de 17 octubre 1932 es el propio conviviente que rompe la relación el que se compromete a pagar una pensión a la compañera abandonada a través de los textos de las cartas que se enviaban (Rodríguez Guitián, Alma María. “Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre los miembros de la pareja de hecho”, Ob. Cit., p. 89.).

⁸⁶⁵ Así Rodríguez Guitián, Alma María. “Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre los miembros de la pareja de hecho”, Ob. Cit., p. 91.

Con todo, pensamos que si dichas infidelidades, ausencia de socorro o ayuda mutua afecta a los hijos comunes, al punto de generarle un daño material o moral, la madre que detente el cuidado personal del niño, podría demandar el menoscabo moral del niño, en su calidad de representante legal.

En este caso, según hemos postulado, se aplican todas las reglas especiales que modifican la responsabilidad civil (privilegio, daño grave, agravantes de responsabilidad, etc.), por existir vínculo jurídico entre padres e hijos.⁸⁶⁶

Finalmente tratándose de hechos que no dicen relación con deberes personales, bien podría ser procedente una acción indemnizatoria. Ejemplo: violencia intrafamiliar, contagio de enfermedades venéreas, lesiones en general, etc.⁸⁶⁷.

8.4.6.6.- Actitud culpable al término de la convivencia.

Se ha planteado por algunos autores cabría lugar a una indemnización de perjuicios en el caso de ruptura brusca e intempestiva de una unión de hecho⁸⁶⁸. Sin embargo, otra parte de la doctrina española y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, han resuelto que, aún en presencia de una ruptura intempestiva, no sería procedente la aplicación de la responsabilidad civil.⁸⁶⁹

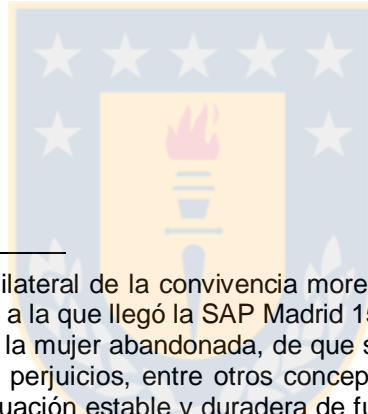
⁸⁶⁶ Vid *Supra* 8.3.2.- y 2.2.3.-

⁸⁶⁷ Así Vargas Aravena, David. *Daños civiles en el matrimonio*, Ob. Cit., p. 393. En igual sentido Rodríguez Guitián, Alma María. "Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre los miembros de la pareja de hecho", Ob. Cit., p. 91.

⁸⁶⁸ Así Rivero Hernández, Francisco. *Elementos de derecho civil*, citado y referido por Rodríguez Guitián, Alma María. "Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre los miembros de la pareja de hecho", Ob. Cit., p. 91. Señala el magistrado español: "...dejar al conviviente de manera repentina sin recursos y sin posibilidad de hacer frente a la nueva situación implica un daño cierto para aquél, causado directamente por el que abandona".

⁸⁶⁹ Así De Verda y Beamonte, Ramón. "Efectos económicos derivados de la ruptura de uniones de hecho" AAVV, *Revista de Derecho Patrimonial*, N° 17, *Daños en el derecho de familia*, Ob. Cit., p. 244., quien al respecto señala: "En particular, hay que excluir totalmente la posibilidad de que el conviviente abandonado pueda pedir la indemnización de un hipotético daño moral

Así lo entendió la SAP Madrid 15 de enero 2002 (JUR 2002, 12529), que desestimó la reclamación de daños morales pretendidos por la demandante, causados por el abandono brusco de la situación estable y duradera de futuro en el ámbito emocional y patrimonial de ella y de su hijo.



resultante de la ruptura unilateral de la convivencia more uxorio a través del art. 1902 CC. Es pues, de alabar la solución a la que llegó la SAP Madrid 15 enero 2002 (JUR 2002, 12529), que no estimó la pretensión de la mujer abandonada, de que se condenara al varón al pago de una indemnización de daños y perjuicios, entre otros conceptos, por el daño moral resultante del abandono brusco de la situación estable y duradera de futuro en el ámbito emocional de ella y del hijo de ambos". En igual sentido Rodríguez Guitián, Alma María. "Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre los miembros de la pareja de hecho", Ob. Cit., p. 91., quien señala a este respecto: "A mi juicio la ruptura por uno de los convivientes, por muy brusca que sea, no es nunca una actitud culpable, por las razones más arriba indicadas. Para que estas situaciones de ruptura brusca sean indemnizables por el art. 1902 del Código Civil es preciso que se pruebe por el compañero abandonado que ha existido, por las circunstancias que rodean la ruptura, un comportamiento reprochable del otro conviviente, pero tal actitud reprochable ha de ser distinta de la simple ruptura por capricho. Así por ejemplo, es posible demandar al compañero que rompe la relación si en el momento de la ruptura ha lesionado el derecho al honor o a la intimidad del otro conviviente difamándole delante de otras personas o divulgando hechos íntimos (por ejemplo que ha contraído una enfermedad de transmisión sexual). En este caso el hecho ilícito no es la ruptura de la relación sino que tal ruptura es la ocasión, la circunstancia en la que se produce el comportamiento culpable. En igual sentido Vargas Aravena, David. *Daños civiles en el matrimonio*, Ob. Cit., p. 395., señala este autor que: "nos adherimos a esta última posición, agregando que los fundamentos expuestos por Lacruz intentan dar respuesta a un problema económico patrimonial, que en nada tienen relación con el art. 1902 CC, aunque la ruptura haya sido dolosa o intencionada, buscando dejar a la otra parte en una situación de desamparo económico; las normas de responsabilidad civil tienen por fin resarcir los daños causados entre los convivientes imputables a culpa o dolo, pero no solucionan un problema de desequilibrio económico patrimonial derivado de la ruptura de la unión de hecho".

CONCLUSIONES

De acuerdo a lo que hemos planteado, la familia ha dejado de ser un lugar de inmunidad en donde es posible dañar a otro sin recibir sanción resarcitoria. La evolución de la doctrina y jurisprudencia extranjera así lo ha puesto en evidencia de modo bastante claro a través de innumerables fallos, tanto en el derecho continental como en el Common Law.⁸⁷⁰

Todo lo anterior no sería comprensible si no se partiera de la base que la fisonomía de la familia ha experimentado grandes cambios. De la familia patriarcal, donde el *pater familia* era jefe, legislador y juez, y gozaba de inmunidad absoluta, y el interés familiar se sobreponía al interés de sus miembros individualmente considerados, se ha transitado a la familia comunidad.

En ésta última, ya no existe un patriarca que goce de poderes omnímodos, por el contrario, existe un relativo equilibrio en el reparto de responsabilidades y roles, lo que conduce a que ambos cónyuges sean partícipes de la vida familiar en un plano de mayor igualdad.⁸⁷¹ Lo que no significa subvertir la autoridad de los padres sobre los hijos, ni propiciar la falta de autoridad.

En este contexto podemos afirmar que no es posible rechazar, a priori, una pretensión indemnizatoria por daños intrafamiliares fundada en la circunstancia de un supuesto interés superior familiar.⁸⁷² Dicha afirmación supone admitir un ámbito de inmunidad que, como hemos puesto en evidencia,

⁸⁷⁰ Resulta particularmente gráfico el fallo de la Corte de Casación italiana en una sentencia de 26 de mayo de 1995, donde se hace mención que “la familia ya no es un lugar de comprensión y mortificación de derechos irrenunciables, sino como sede de autorrealización y desarrollo personal, marcada por el recíproco respeto e inmune a cualquier distinción de roles, en cuyo ámbito sus componentes conservan sus connotaciones esenciales y reciben reconocimiento y tutela, antes como cónyuges, como personas”.

⁸⁷¹ Vid *Supra* 3.1.2.- y 3.1.3.-

⁸⁷² Vid *Supra* 2.6.3.-, 2.6.3.1.-, 2.6.3.2.-, 2.6.3.3.- y 2.6.3.4.-

no es posible concebir en nuestra legislación⁸⁷³, en donde no hay ni personas ni grupos privilegiados (art. 19 N° 2 C. Pol.)⁸⁷⁴.

Como planteáramos en la introducción el problema del acceso de la responsabilidad civil al ámbito del Derecho de familia supone dar solución a tres grandes problemas: (a) el problema de acceso de la responsabilidad civil al ámbito del Derecho de familia; (b) el problema del estatuto de responsabilidad civil aplicable; y (c) el problema del posible efecto modificatorio en la responsabilidad civil al ingresar al ámbito del Derecho de familia.

Si bien el Derecho de familia y la responsabilidad civil, tienen fines distintos y protegen o cautelan intereses diversos, ello no significa que sean dos estatutos jurídicos excluyentes. De ahí que una primera idea fuerza fuera que la responsabilidad civil puede ingresar en el ámbito familiar. Sin embargo, la pregunta clave que cabía formularse era si estas reglas generales de responsabilidad civil podían experimentar alguna alteración en su aplicación en el ámbito familiar⁸⁷⁵.

A partir de ahí, una segunda idea fuerza radicaba en la configuración de la relación entre Derecho de familia y responsabilidad civil. La pregunta que cabía formularse desde un principio era si: ¿las reglas generales de la responsabilidad civil se alteran porque el Derecho de familia se lo impone con eficacia derogatoria? En el fondo la gran pregunta es: ¿Entre Derecho de familia y responsabilidad civil existe una relación de jerarquía que impone una modificación? ¿O se trata de una relación de compatibilización de estatutos disímiles? ¿Se alteran las reglas de la responsabilidad civil en el ámbito familiar o se compatibilizan con él?

Un punto neurálgico fue entender que, en la médula de este asunto estaba una idea muy simple, cual era que: se transgreden dos obligaciones distintas, con formas de imputación distinta, y, con sanciones también muy distintas,

⁸⁷³ Vid *Supra* 2.2.1.- y 2.2.2.-

⁸⁷⁴ Vid *Supra* 3.3.-, 3.3.1.- y 3.3.2.-

⁸⁷⁵ Vid *Supra* 4.3.-, 4.3.1.-, 4.3.2.- y 4.3.3.-

pertenecientes a estatutos jurídicos que, aunque pertenecientes el ámbito de lo civil, poseen fines muy diferentes.

Así, mientras para el Derecho de familia la imputación es simple o directa y no esta sujeta a deberes de diligencia. La responsabilidad civil, en general, trabaja sobre la base de que la imputación no es directa, ya que está sometida a reglas especiales que establecen deberes de diligencia: culpa grave, leve o levísima.

Lo mismo en relación a la sanción, así en el caso del Derecho de familia éste dirá en cada caso, cual es la sanción específica para un determinado incumplimiento, y, por otro lado, la responsabilidad civil, lo hará mediante la indemnización correspondiente.

Esta idea de compatibilización de fines constituye un límite y al mismo tiempo un condicionamiento de acceso⁸⁷⁶. Es por ello que planteamos que la necesidad de compatibilizar estatutos con fines diversos, puede imponer una posible alteración de las reglas generales de responsabilidad civil, al ingresar al ámbito familiar. De allí que afirmáramos que la especialidad no es un valladar, pero tampoco un pasadizo⁸⁷⁷.

Dicho en palabras gráficas: el acceso se da, pero circunscríbase, ya que de otro modo no podrá ingresar. No le niego el acceso, simplemente le digo que se circunscriba, porque de otra forma, usted estaría indemnizando, previniendo y castigando crisis familiares –*evitándolas*-, y, sabemos que las crisis son, por su naturaleza misma, inevitables⁸⁷⁸.

Y es que lo que en realidad hay, por un lado, es un juego de intereses contrapuestos, en donde lo que se debe buscar es un justo equilibrio: entre el interés del matrimonio y la familia y sus relaciones en autoconservarse, y, por otro, el de quien reclama indemnización. Y, por otro lado, una compatibilización

⁸⁷⁶ Tesis 3.-

⁸⁷⁷ Vid *Supra* 2.3.3.- y 2.3.5.-

⁸⁷⁸ Vid *Supra* 3.2.4.-

de estatutos con fines disímiles entre sí: los del Derecho de familia y los de la responsabilidad civil⁸⁷⁹.

Mientras que para el Derecho de familia la sanción se aplica por el mero quebrantamiento puesto que, se trata de obligaciones fundamentalmente de resultado, y no de medios. Para la responsabilidad civil se establece la culpa, que establece deberes de diligencia, precisamente porque se asume que la obligación incumplida en cada caso, sería o debería ser una obligación de medios que permita establecer, de antemano, deberes de diligencia que se deben cumplir⁸⁸⁰.

Desde la perspectiva de la imputabilidad, en sede de responsabilidad civil, se plantea la siguiente interrogante: ¿cómo compatibilizamos la necesidad de imputar una conducta para resarcir “x” daño, con la necesidad de garantizar la vida familiar? ¿Cómo logramos un justo equilibrio entre el interés familiar en autoconservarse como tal, para poder vivir en paz y el interés individual en ser indemnizado? ¿Cómo compatibilizar Derecho de familia y responsabilidad civil de manera de emplear la responsabilidad civil como una herramienta para indemnizar, prevenir y sancionar un daño resarcible y no un mero conflicto familiar?⁸⁸¹

Desde la perspectiva del daño, un punto neurálgico lo constituye la verificación de aquella sencilla regla que enunciáramos al principio a título de tesis⁸⁸², y que dice relación con que: las disputas se solucionan en casa; las crisis, de acuerdo al derecho de familia, y, el daño, cuando es anormalmente grave, en relación a un curso normal de eventos dañoso, según las normas de la responsabilidad civil.

En efecto, ante simples disputas, estas quedarán fuera de la órbita del Derecho de familia y del Derecho de la responsabilidad civil, la piedad y

⁸⁷⁹ Tesis 2 y 3

⁸⁸⁰ Vid Supra 2.2.4.- y 2.4.2.-

⁸⁸¹ Tesis 3

⁸⁸² Tesis 2

solidaridad familiar, entendidos en sentido lato (valórico o ético), impondrán su total señorío⁸⁸³. Existiendo así un necesario ámbito de inmunidad, sin el cual sería inconcebible la vida familiar⁸⁸⁴.

Ante las crisis familiares, provocadas por el incumplimiento de deberes u obligaciones específicamente familiares, obligaciones que son de origen legal, coercibles en forma indirecta, y, comúnmente de resultados, se impondrá el Derecho de familia, con sus remedios familiares, también específicos.

Es allí donde el principio de especialidad en sentido propio reclamará para sí su total imperio⁸⁸⁵, resultando, como hemos postulado, un infranqueable valladar al régimen de la responsabilidad civil⁸⁸⁶. Constituye ésta, la zona de demarcación propia del Derecho de familia, y no aún, la de la responsabilidad civil, por carecer en este caso el elemento de daño, de la entidad suficiente como para ser resarcible: aún no es daño.

Si pudieramos graficarlo de alguna manera podríamos decir que: en este caso, lo que hay, es un daño *normal* para un contexto de crisis familiar, y, anormal en relación a un contexto de felicidad, y por ello, mal llamado daño. Ello porque la crisis se confunde con el daño, y no hay un plus adicional que haga la diferencia, de manera de estar realmente frente a un daño resarcible.

De este modo, en esta zona no es posible encontrar operando en paralelo la responsabilidad civil y el Derecho de familia, la ausencia de daño, impide el acceso del Derecho de la responsabilidad civil.

Recordemos la regla que enunciaremos a título de tesis: las disputas se solucionan en casa, las crisis de acuerdo al derecho de familia y, el daño, cuando es anormalmente grave, según las reglas de la responsabilidad civil.

⁸⁸³ Vid *Supra* 2.5.-

⁸⁸⁴ Vid *Supra* 2.5.1.3.-, 2.6.3.1.-, 2.6.3.2.1.-, 2.6.3.3.- y 2.6.3.4.-

⁸⁸⁵ Vid *Supra* 2.3.5.-

⁸⁸⁶ Vid *Supra* 2.6.3.4.-

Esta regla anterior no es más que la necesaria consecuencia de darles a ambos estatutos una aplicación coherente, cada cual en su ámbito u órbita de manera de compatibilizar sus distintos fines, objetivos y sanciones⁸⁸⁷.

Si no respetamos esta regla, estaríamos en presencia de una infracción al *ne bis idem*, pues, para un mismo hecho –*crisis familiar, por incumplimiento de un deber familiar*- se estarían aplicando dos sanciones, la propia del Derecho de familia, plenamente aplicable, y, la de la responsabilidad civil, inaplicable, por no estar frente a un daño propiamente tal.

Es frente a un daño *anormalmente grave y descontextualizado*, en relación a un curso normal de eventos dañosos, donde comienza la zona de demarcación propia del Derecho de la responsabilidad civil, no existiendo en ésta inmunidad para causar daños.

Es en esta zona donde opera el principio de especialidad en su faceta de garantía, pues, garantiza el correcto ingreso de la responsabilidad civil al ámbito del Derecho de familia, pero circunscribiendo su órbita, desmarcándose del Derecho de familia, diferenciándose de aquél, y atacando sólo el daño anormalmente grave⁸⁸⁸, bien llamado daño o daño propiamente tal.

En esta zona, a diferencia de la zona anterior, sí es posible encontrar operando en paralelo, ambas ramas del Derecho, sin que ello sea, a nuestro entender algo anómalo o una infracción del *ne bis in idem*.

La explicación es simple: el o los hechos pueden ser de tal magnitud de gravedad que, por una parte se haga necesario el remedio específico familiar, y, en paralelo, la sanción civil indemnizatoria. Pero: ¿constituye ello una suerte de concurso o infracción del *ne bis in idem*?

Creemos que lo que ocurre es que desde la óptica de la sanción familiar tal vez haya habido una reacción tardía o sobrevalorada –*se debió actuar antes o el remedio familiar se quedó chico*-, pero ello no impide aplicar el Derecho de

⁸⁸⁷ Tesis 3.-

⁸⁸⁸ Vid *Supra* 3.2.4.-

familia. Ello ya que no existe inaplicación del Derecho de familia por ultra gravedad y porque el daño es indivisible. Por lo que la hipótesis de concurso es un mero espejismo.

Y, desde la óptica civil, se está en presencia de un hecho anormalmente grave que constituye una infracción al deber genérico de no dañar a otro. Lo que hace necesario recurrir, además, al Derecho de la responsabilidad civil.

No se debe perder nunca de vista que se trata de obligaciones distintas, con sanciones también distintas, con formas de imputación diversas, ya que unas son de resultados y las otras son de medios.

Es así como el principio de especialidad *pareciera* presentar una doble faceta. Una faceta negativa o de especialidad propiamente tal, fuera de la zona de demarcación, que impide el ingreso del Derecho de la responsabilidad civil, por ser el asunto de la órbita exclusiva del remedio familiar. Se entiende que hay ausencia de un daño anormalmente grave o daño propiamente tal, ya que se está frente a un contexto de mera crisis, pero no de daño estrictu sensu.

Y, una faceta de garantía, o de especialidad impropia, dentro de la zona de demarcación, que admite el acceso de la responsabilidad civil al ámbito familiar. Se entiende que se está en presencia de un daño anormalmente grave en relación a un curso normal de eventos dañoso: ése es el daño resarcible.

Podemos así concluir que el principio de especialidad, en sede familiar, *pareciera* no ser un concepto unívoco, sino una moneda de dos caras, generando en su faz negativa o como principio de especialidad propiamente tal, un efecto excluyente de la responsabilidad civil, por estar fuera de la zona de demarcación⁸⁸⁹. Y, en su faz positiva o de garantía o de especialidad impropia, genera un ámbito, no de exclusión sino de compatibilización de fines diversos y equilibrio de intereses contrapuestos, ello, por estar dentro de la zona de demarcación⁸⁹⁰.

⁸⁸⁹ Vid *Supra* 3.2.4.-

⁸⁹⁰ Vid *Supra* 3.2.4.-

De este modo, ni se impide de antemano el acceso del régimen de responsabilidad al ámbito familiar, ni se permite el acceso a cualquier daño, mal llamado daño.

De este modo el principio de especialidad actúa como un verdadero *principio de garantía*, pues garantiza el correcto ingreso del régimen de la responsabilidad civil al ámbito familiar, sólo respecto de aquellos daños que revisten un carácter anormalmente grave, en relación a curso normal de eventos dañosos⁸⁹¹.

Actuar en contrario y suponer que todo incumplimiento implica daño, al punto de parangonarlos, puede llevar a serios cuestionamientos jurídicos y severos problemas de jurisdicción⁸⁹². Ello porque el juez civil llamado a conocer de una acción indemnizatoria, respecto a un daño no grave o por mero incumplimiento de deberes familiares específicos, en el fondo no hace sino resolver una crisis familiar que, por cuestión de competencia, le es ajena.

De este modo mediante una sanción civil, el juez invade larvadamente el principio del juez natural, y, lo más probable también, el principio del *ne bis in idem*, transformando así la sanción resarcitoria en una suerte de *punitives damages*, algo que es ajeno a nuestra tradición jurídica⁸⁹³.

Por ello, jamás debemos perder de vista dos reglas claves para entender el ingreso de la responsabilidad al ámbito familiar. Lo primero es no perder nunca de vista que: el ingreso de la responsabilidad civil al ámbito del Derecho de familia exige equilibrar intereses contrapuestos⁸⁹⁴ y compatibilizar de estatutos con fines diversos⁸⁹⁵. Y, lo segundo: que las disputas se solucionan en casa; las crisis según el Derecho de familia, y, el daño, cuando es anormalmente grave, según las reglas de la responsabilidad civil.

⁸⁹¹ Vid *Supra* 2.3.5.-

⁸⁹² Vid *Supra* 2.3.5.-

⁸⁹³ Vid *Supra* 2.3.4.3.-

⁸⁹⁴ Vid *Supra* 2.6.3.1.-

⁸⁹⁵ Vid *Supra* 2.3.5.-

Nada de lo anterior se cumple cuando se intenta indemnizar un daño que no es anormalmente grave o lo que es equivalente a decir: el mero incumplimiento de un deber familiar, que no implica un daño anormalmente grave, mal llamado daño. Ya que en este caso sólo estamos en presencia de un mero conflicto familiar, por incumplimiento de deberes específicamente familiares, no necesariamente ante un daño en sentido estricto.

En este caso el remedio familiar específico, que apunta a lograr la continuidad de las relaciones entre padres e hijos, a pesar de las crisis que puedan existir, se contrapone al carácter preventivo, resarcitorio y punitivo de la responsabilidad civil que podría *-erradamente-* intentarse, por estar fuera de la zona de demarcación de la responsabilidad civil.

En este sentido la ausencia de daño anormalmente grave en relación a un curso normal de eventos dañosos, es indicio de una mera crisis familiar y de la suficiencia del remedio familiar específico.

Resarcir dicho incumplimiento implicaría asimilar los fines del Derecho de familia y los fines de la responsabilidad civil al punto de identificarlos, transformando la responsabilidad civil en una herramienta que resarce, previene y sanciona crisis familiares. Todo lo cual resulta absurdo, porque las crisis son inevitables, forman parte de la vida y no tiene sentido prevenirlas o sancionarlas vía indemnización⁸⁹⁶.

Así, la configuración del principio de especialidad, no pasa por un análisis puramente formal, en que se contrastan dos estatutos jurídicos aparentemente incompatibles, uno de las cuales es estimada como general y el otro como especial, generando la consecuente exclusión entre una y otra.

Este análisis es siempre insuficiente porque, jamás convence acerca de por qué el régimen de responsabilidad debe ser rechazado o admitido en el ámbito del Derecho de familia, al punto que, los mismos argumentos que sirven

⁸⁹⁶ Vid *Supra* 2.3.5.-, 4.3.-, 4.3.1.-, 4.3.2.- y 4.3.3.-

para rechazarlo sirven para admitirlo. Menos aún, explicaría las posibles alteraciones que éste experimenta en el ámbito familiar.

De este modo, en el ámbito familiar, el elemento daño parece no verse alterado o modificado sino más bien ***circunscrito***, y ello por exigencias de compatibilidad mutua, entre Derecho de familia y responsabilidad civil. No es que sólo el daño anormalmente grave haya de ser indemnizado, con lo cual da la idea que algo ha quedado afuera –*se recortó el daño*–, es que ése es el daño.

Así, contrariamente a lo que, *prima facie* plantea el art. 2329 cc, no todo daño es resarcible en el ámbito familiar, sino solamente el daño que es anormalmente grave, recortándose así, el campo de acción que la norma, en principio, pretende abarcar⁸⁹⁷.

Lo anterior, podría constituir a primera vista una contradicción respecto al principio de la *reparación integral del daño*, sin embargo no es así. Lo anterior queda claro si se analiza a la luz del criterio de la normalidad.

Graficando lo anterior podemos afirmar que es muy normal experimentar sufrimiento, dolor o gastos tras una crisis familiar, y es justamente dicha *normalidad* la que le excluye de ser ello considerado daño. Ya que como hemos dicho, y aun cuando resulte complejo: “*no todo posible daño en definitiva lo es*”, sólo lo es aquél que es *anormalmente grave, en relación a un curso normal de eventos dañosos*.

Justamente allí radica el error de quienes defienden las doctrinas amplias permisivas, para quienes “*todo es daño*”, sin hacer distingo alguno. De este modo, lo *anormal* es experimentar un daño que va mucho más allá a una experiencia normal de crisis como son: los ultrajes, los tratos muy degradantes, las golpizas, las denostaciones públicas, etc.

Es por lo anterior que es tan dificultoso hablar de daño por incumplimiento, ya que todo problema familiar implica una infracción de algún deber familiar pero

⁸⁹⁷ Vid *Supra* 2.3.5.-

no necesariamente conlleva un daño en sentido estricto, la sola infracción no supone necesariamente un daño.

Si a ello le sumamos una interpretación extrema del principio de reparación integral, entonces podemos caer en el error de considerar daño resarcible, a resultados que si bien son desagradables, penosos o traumáticos, constituyen bajo un criterio de normalidad, algo no normal para esta situación de crisis, y por ende no es un daño resarcible.

Y parece ser ese el error de dicha tesis, el confundir el criterio de normalidad insertándolo, no en un contexto de crisis, que es lo correcto, sino en un contexto de “no crisis”, como si no fueran algo propio de la existencia humana, que claramente sí lo son, y es absurdo prevenirlas, castigarlas y resarcirlas vía indemnización.

Así las cosas, bien podríamos sostener que la tesis del daño anormalmente grave *tampoco es correcta*, pero no porque dejemos afuera ciertos daños, quebrantando el principio de reparación integral, sino porque el daño, en este caso, es aquel que presenta circunstancias especiales que denotan una “anormal” “gravedad”, en relación a un curso “normal” de eventos dañosos, mal llamados daños.

Nada nuevo bajo el sol, ya que dicho predicamento ha sido siempre postulado de ese modo por la doctrina, *que habla de daño anormal*, y por ende no hemos agregado nada nuevo, lo único que hemos añadido es poner las cosas, en su lugar y contexto correctos.

De lo anterior podemos colegir que lo que hacen las doctrinas amplias permisivas no es sino resarcir un no daño, quebrantando el principio de la reparación integral en sentido negativo, es decir, atribuyendo la calidad de daño a algo que no alcanza a serlo, algo a lo cual le falta un plus de anormalidad y gravedad para llegar a serlo.

De lo anterior podemos concluir que, en el ámbito del Derecho de Familia, el daño que es resarcible es solamente el daño anormalmente grave y

descontextualizado, en relación a un determinado contexto de normalidad o curso normal de eventos dañosos.

En ese orden, resulta aún impropio o relativo, hablar de *daño resarcible*, y no porque haya un daño que, siéndolo en sentido estricto, no haya que resarcirlo en definitiva, sino porque el daño que teníamos por tal, en realidad no lo es. De este modo el problema se relativiza, por falta de un punto de referencia absoluto fijo o cierto que nos permita separar con claridad, que es daño resarcible y que no lo es.

De este modo las infidelidades no son resarcibles, no porque no causen dolor y pesar -*que en otro contexto podría ser un daño moral o psicológico resarcible*- sino porque en un contexto de crisis matrimonial, las infidelidades son algo *normal* para ese contexto crítico y, por ende, no constituyen nada anormal ni grave, por el contrario, es el hecho más común en una crisis matrimonial, es su síntoma.

Podrá ser doloroso para el cónyuge engañado, pero es algo que *normalmente* ocurre en un contexto *normal* de crisis. Allí esta la clave para entender el problema.

Pero si a las infidelidades le agregamos denostaciones públicas al cónyuge engañado, maltratos graves, agresiones físicas, la situación cambia radicalmente. Estos son comportamientos que resultan ajenos a un contexto normal de crisis y revisten una evidente gravedad que la aleja de un curso normal de eventos dañoso.

Es por estas razones que rechazamos las doctrinas amplias permisivas en materia de daños en el divorcio y sostenemos, por ejemplo, que las infidelidades no son resarcibles⁸⁹⁸. En tal caso, el principio de especialidad en su faz excluyente se impone, bastando el remedio familiar con exclusión de toda idea indemnizatoria.

⁸⁹⁸ Vid *Supra* 5.3.3.- y 5.5.4.-

Entonces: ¿si el daño es un suceso que excede a un curso normal de eventos dañosos, qué caso tiene hablar de daño grave? ¿Por qué no hablar simplemente de daño? Creemos que la justificación radica en que, en otro contexto, estas situaciones podrían constituir un daño psicológico o moral.

Sin embargo, en el contexto familiar se exige un plus adicional, ya que es necesario compatibilizar los distintos fines de la responsabilidad civil y del Derecho de familia, por un lado, y, por otra, un equilibrio entre la necesidad de preservar las relaciones familiares, pese a sus quiebres, y, los intereses individuales que buscan un justo resarcimiento.

Y entonces: ¿qué se alteró o modificó? De antemano podemos afirmar y concluir que el daño no se altera ni se modifica ya que **el daño es indivisible**. De lo que se trata es de una reorientación en sentido correcto del criterio de normalidad. Y este criterio se ha reorientado por exigencias de compatibilidad entre el Derecho de familia y el Derecho de la responsabilidad civil.

Entonces: ¿existe alteración o modificación de las reglas generales de la responsabilidad civil? ¿La familiaridad tiñe acaso a la responsabilidad civil? ¿Realmente se ha recortado el daño? ¿O simplemente se trata solo de separar aguas y compatibilizar dos estatutos con fines distintos no obstante la pertenencia de ambos al Derecho civil de manera de darles una aplicación coherente?

De ahí que concluyamos que no es del todo correcto afirmar que la familiaridad tiña a la responsabilidad civil de manera de alterar sus reglas. Lo que hay es una reorientación en sentido exacto del criterio de normalidad, y ello ocurre por razones de compatibilidad y coherencia de fines. Y no porque un estatuto modifique a otro con eficacia derogatoria.

Es por ello que, en lo que al daño respecta, y aun cuando puede ser un tema debatible -y *depende del ángulo desde el cual se desee apreciar el asunto*- parece haber una aplicación directa del estatuto de la responsabilidad civil en el ámbito familiar.

Y no es posible entender a la responsabilidad civil y sus reglas, como modificadas, por el hecho de circunscribirse el daño resarcible a aquel que es anormalmente grave, ya que ése es el daño, no otro.

De lo que se trata es de una labor de “*separar aguas*” y resarcir el daño propiamente tal, bien llamado daño, que se separa e independiza de la idea de incumplimiento de un deber familiar, y, que se conecta con la idea de daño anormalmente grave y descontextualizado, en relación a un curso normal de eventos dañosos.

A partir del daño anormalmente grave y descontextualizado en relación a un curso normal de eventos dañosos y aguas arriba, *–por así llamarle–* estaremos en la zona demarcada por la responsabilidad civil, y, aguas abajo, estaremos en presencia de la zona demarcada por el Derecho de familia y sus remedios específicamente familiares.

Es por ello que tampoco resulta del todo propio hablar de especialidad en sentido positivo o negativo. Resulta más apropiado, y así lo concluimos, que lo que hay es una labor de separar aguas, circunscribiendo el daño resarcible a aquel anormalmente grave, por exigencias de compatibilidad y coherencia. Sólo así se logrará garantizar el correcto ingreso de la responsabilidad civil al ámbito familiar.

De este modo compatibilidad y coherencia son expresiones que apuntan a separar aguas y delinear cada sanción dentro de su propia órbita: el derecho de familia en relación a las crisis, asociadas a daños normales, mal llamados daños, y, la responsabilidad civil en relación al daño anormalmente grave, bien llamado daño, ubicado aguas arriba en relación a un contexto de crisis.

De allí la plena validez de la sencilla regla que enunciáramos a título de tesis: las disputas se solucionan en casa; las crisis de acuerdo a las reglas del Derecho de familia, y el daño, cuando es anormalmente grave, respecto a un curso normal de eventos dañosos, según las normas de la responsabilidad civil.

Así las cosas, no están cierto que el Derecho de familia teñirá toda la responsabilidad civil como decía PATTI hace casi 40 años, así como tampoco es cierto que dicho estatuto se aplique tan directamente y sin ningún análisis previo. Es la necesidad de separar aguas y compatibilizar ambos estatutos, los que moldean el rostro de la responsabilidad civil, transformándolo en estatuto con características singulares.

Hablamos de coherencia de fines contrapuestos ya que, de lo que se trata en último término, es de hacer plenamente compatible dos estatutos con fines diversos, evitando una errada aplicación, ya sea: por una interpretación extrema del principio de reparación integral omnicomprensiva de todo, por una falsa idea de daño resarcible, por confundir el deber familiar de resultados con una obligación civil de medios, por pensar que a una obligación de resultados le podemos insertar deberes de diligencia: todo lo cual altera la frontera de la responsabilidad civil aguas abajo de su zona de demarcación.

Con todo, creemos que este modelo puede presentar dificultades en el caso del daño por no reconocimiento de hijo extramatrimonial. En este caso resulta dificultoso hablar de curso normal de eventos dañosos y, más dificultoso aún puede resultar, hablar de daño anormalmente grave. Ya que el sujeto simplemente no reconoce. Tal vez ese plus adicional esté en las circunstancias con potencial dañoso que puedan rodear al caso particular.

Lo mismo puede sostenerse en el caso de obstrucción al régimen de relación regular y directa. Quizá la sola obstrucción no es sinónimo de daño estrictu sensu, tal vez en este caso, y al igual que el caso anterior, sean las circunstancias especiales del caso las que permitan configurar ese plus adicional que hace emerger el auténtico daño.

Un punto aún más complejo puede resultar el relativo al principio *in re ipsa loquitur* en relación al daño grave, ya que este principio da por sentado o presupone la idea de daño moral en ciertas circunstancias, lo cual excluye el análisis daño grave en relación a un curso normal de eventos dañosos.

En relación a la tesis planteada de atenuación de la culpa advertíamos que, mientras en materia extracontractual, el estándar de diligencia es *el buen padre de familia* en el ámbito del Derecho de familia era *la culpa grave*, ya que de lo contrario no era posible desenvolver la vida familiar.

En relación a este asunto, que no es para nada fácil, las preguntas que cabía formular eran: ¿por qué se atenúa el estándar de diligencia exigible y cuál sería el fundamento de dicha atenuación?

En relación a este asunto la doctrina elaboró la *teoría del privilegio familiar* y afirmó que, en virtud de dicho privilegio, ya no se responde de culpa leve, como sería lo propio del régimen extracontractual, sino de culpa grave, y, que dicho privilegio es la contrapartida de la existencia de un vínculo legal.

Sin embargo, hemos de insistir en las falencias de la teoría del privilegio. Ya que, la sola existencia de un vínculo legal, no fuerza necesariamente a concluir, una atenuación del factor de imputación culpa.⁸⁹⁹ Existe, claro esta, una aparente correlación, pero una necesaria consecuencia.

Quizá el error más evidente de esta doctrina del privilegio sea postular que el daño se produce por el incumplimiento de una obligación familiar, y no, del deber civil genérico de no dañar. Recordemos que según planteamos, los deberes familiares son obligaciones civiles, coercibles indirectamente, y, generalmente de resultado, siendo irrelevante la diligencia empleada ya que no se incumplen con culpa, sino que sólo se incumplen.

Se trata de obligaciones que son diferentes en todos los aspectos posibles: en cuanto a su fuente, en cuanto a la naturaleza jurídica, en cuanto a la materia regulada, en cuanto al fin perseguido, en cuanto a la sanción prevista, a si es de medios o resultados, etc⁹⁰⁰.

No se divisa cómo, de la existencia de un deber familiar, regulado por el Derecho de familia, se derive como contrapartida, la modificación del factor de

⁸⁹⁹ Vid *Supra* 2.2.4.-

⁹⁰⁰ Vid *Supra* 2.2.4.-

imputación culpa, respecto a un deber civil de no dañar a otro, cuya fuente es un hecho ilícito de carácter civil, por infracción del deber genérico de no dañar a otro^{901 902}.

Tampoco esta teoría se hace cargo del insoluble problema de conmixción o cúmulo, que genera como subproducto ya que, en definitiva, la noción de culpa grave es ajena al ámbito extracontractual, donde lo propio es hablar de buen padre de familia o culpa leve.⁹⁰³

Desde la perspectiva del fundamento de la atenuación, suele decirse que el fundamento es la necesidad que las personas se *comporten tal y como son sin sujeción a especiales deberes de precaución*, apelando, además, a la solidaridad, la piedad y el altruismo⁹⁰⁴. Sin embargo, queda la duda si el ámbito de privilegio dice relación a un deber familiar o a una obligación civil.

Ello porque la idea de privilegio puede ser cierta en relación con el trato que los familiares se dan, podrá decir relación con ciertos deberes de corrección, los cuales, obviamente, se pueden relajar, pero es difícil darle consistencia respecto de deberes tan sensibles como alimentar a un hijo, visitarlo, reconocerlo, etc.

Entonces: ¿cómo fundamentar la laxitud de la culpa respecto de obligaciones familiares tan sensibles como las mencionadas? ¿Cómo se puede establecer grados de culpa en relación a obligaciones familiares que no lo admiten atendida su naturaleza jurídica de resultado? ¿En relación a qué obligación se atenúa la culpa entonces? ¿Cuál es el real fundamento de la laxitud de la culpa si es que en realidad lo hay? ¿La culpa se aligera o se torna irrelevante?

Si asumimos, conforme la doctrina dominante, que la responsabilidad civil es por incumplimiento de deberes familiares, y que, el privilegio es la

⁹⁰¹ Vid *Supra* 2.2.4.-

⁹⁰² Vid *Supra* 2.2.4.-

⁹⁰³ Vid *Supra* 2.2.4.-

⁹⁰⁴ Vid *Supra* 2.2.4.-, 2.5.- y 4.3.-

contrapartida de la existencia de vínculo legal, tácitamente afirmamos que los deberes específicamente familiares regulados por el Derecho de familia, admiten en sede civil, un cumplimiento poco diligente.

Pero entonces: ¿cómo podemos imputar incumplimientos si dichas obligaciones no admiten grados de culpa o especiales deberes de diligencia? ¿Existe la culpa en sede familiar? ¿Cómo se exonera el deudor?

¿Cómo se justifica trasladar de este modo, larvadamente al Derecho de familia, ciertos fines que son propios de la responsabilidad civil extracontractual como la prevención y sanción?

¿Qué caso tiene prevenir y castigar incumplimientos de deberes familiares que tienen otro tipo de sanciones configurándose a este respecto una evidente incompatibilidad y ausencia de coherencia entre los fines del Derecho de familia y los de la responsabilidad civil?⁹⁰⁵

Creemos que en Derecho de familia, en cierto modo, las obligaciones son de resultados y no de medios: o se paga la pensión alimenticia o no se paga, o se cumple con el derecho de visita o no se cumple, o se guarda socorro o ayuda mutua o no se guarda, o se reconoce o no se reconoce al hijo, etc.

Esta situación torna dificultoso hablar de culpa grave en relación a obligaciones familiares. De algún modo el incumplimiento se objetiviza: da lo mismo cuan diligente o poco diligente fue el sujeto si al final no cumplió. El sujeto no se libera probando diligencia, sino probando que cumplió. Del mismo modo que si no cumplió, le es imputable el actuar, al margen de la diligencia empleada. Entonces qué caso tiene hablar de culpa leve o grave.

De este modo, en sede familiar, el estándar de diligencia, si es que podemos mal llamarle así, es el cumplimiento, y no es posible hablar, al menos en abstracto, de incumplimiento con culpa grave, ya que no hay diferencia entre incumplir negligentemente e incumplir habiendo empleado diligencia.

⁹⁰⁵ Vid *Supra* 4.3.-

Entonces: ¿puede el incumplimiento reiterado de una obligación de resultados ser encuadrada en la noción de culpa grave? En puridad, el incumplimiento de una obligación de resultados, por más reiterado que sea, no es encuadrable en la noción de culpa grave, ya que la diligencia empleada no es relevante, sólo importa el resultado, y, la naturaleza jurídica de la obligación incumplida no muta por la reiteración⁹⁰⁶.

Otra cosa es que, en relación a la obligación genérica de no dañar a otro, pueda desplegarse un ámbito privilegiado en donde, el incumplimiento grave o reiterado de una obligación familiar, pueda ser la evidencia o el indicio de una conducta negligente.

En el caso del daño por obstrucción del régimen de visitas, el reiterado incumplimiento de una obligación familiar puede ser la evidencia de un actuar negligente, más no el incumplimiento mismo, atendida la imposibilidad de establecer deberes de diligencia⁹⁰⁷.

Algo similar ocurre en la hipótesis de no reconocimiento del hijo extramatrimonial, donde la diligencia empleada es irrelevante. Serán otras las circunstancias que revelen una especial negligencia o abuso, pero no la sola ausencia de reconocimiento.⁹⁰⁸

Quizá una propuesta sería la de una *reconstrucción* de la idea de *buen padre de familia*, sin embargo, éste debería ser, en principio rechazado, por cuanto implica igualar la culpa leve a la culpa lata⁹⁰⁹.

Si tomamos como referencia el deber de dar alimentos, de visitar al niño o reconocerlo, la pregunta es: ¿qué tiene que ver el libre desenvolvimiento de la vida familiar con la atenuación de la culpa y la autorización a la negligencia en aspectos tan sensibles como pagar una pensión alimenticia reconocer o visitar al hijo, etc.?

⁹⁰⁶ Vid *Supra* 2.2.4.-, 2.5.- y 4.3.-

⁹⁰⁷ Vid *Supra* 6.8.2.-

⁹⁰⁸ Vid *Supra* 7.7.2.-

⁹⁰⁹ Vid *supra* 2.2.3.4.-

Alimentar un hijo, visitarlo, reconocerlo, etc., son obligaciones de tal envergadura que no admiten negligencia o retardo. Entonces: ¿por qué se insiste en insertar la culpa grave donde parece inaceptable admitirla? ¿Por qué se insiste en el libre desenvolvimiento de la vida familiar como fundamento de la laxitud en relación a deberes familiares?

Por otra parte, los especiales rasgos de la vida familiar exigen que ciertos principios que la rigen, se instalen y cobren total señorío. Allí aparecen los vínculos de solidaridad y altruismo y la piedad familiar.

Entonces: ¿cómo se compatibiliza y se logra coherencia entre un Derecho de familia que no tolera que sus deberes específicos sean incumplidos bajo sanción de aplicarse sus propias sanciones específicas, con un Derecho de la responsabilidad que plantea una mayor tolerancia? ¿Existe incoherencia entre ambos planteamientos? ¿Son compatibles?

De allí que la necesidad de compatibilizar los distintos y diversos fines de ambos Derechos sea un supuesto de entrada. De otro modo, podría caerse en la cuenta de insertar una sanción civil indemnizatoria para una infracción de un deber familiar, introduciendo sanciones que ya poseen la suya.

De allí que la forma en cómo imputamos la conducta a sancionar desde la perspectiva civil exige como presupuesto de entrada, el lograr una adecuada compatibilización entre ambos Derechos, con fines y objetivos diferentes. De lo contrario la responsabilidad civil se transformaría en un instrumento de control social del comportamiento en su esfera más íntima, tornándola imposible⁹¹⁰.

De este modo, el privilegio familiar, no es sólo la ausencia de vínculo legal, es más bien, el necesario deslinde entre aquellos incumplimientos que caen en la órbita del Derecho de familia y aquellos que entrarán en la órbita de la responsabilidad, por estar conectados causalmente a un daño anormalmente grave.

⁹¹⁰ Vid *Supra* 4.3.1.-

De la misma manera, el privilegio, no es sólo el efecto de la existencia de vínculo legal es, además, desde el ángulo del Derecho civil, el ámbito en el cual la persona puede conducirse a sí misma del modo que mejor le parezca sin estar obligado de antemano a especiales deberes de precaución.

Este ámbito de privilegio no es, a nuestro entender, una mera concesión del Derecho de familia, y, va más allá del hecho de ser la familia un grupo fundamental de la sociedad, reconocido constitucionalmente, es la necesaria forma de conducirse del ser humano: es por así llamarle, la ley de gravedad en esta materia.

Tampoco creemos que las exigencias de piedad y los vínculos de solidaridad y altruismo alteren la culpa tornándola más laxa. Más bien de lo que se trata, es que la culpa no puede operar por simples incumplimientos de deberes familiares, ya que los simples incumplimientos de deberes son de la órbita del Derecho de familia.

Y, porque en definitiva no hay diferencia entre incumplir con culpa leve e incumplir diligentemente, atendida su naturaleza de resultados. De este modo, el margen que hay entre la culpa leve y la culpa grave, en la medida que el daño lo vinculemos al incumplimiento de un deber familiar específico, será una zona irrelevante para la culpa, y en ningún caso, espacio privilegiado en su genuino sentido.

La teoría del privilegio y la idea de piedad y solidaridad, sólo cobran sentido en la medida que la obligación incumplida sea de medios y acepte los estándares de diligencia legal. Sólo así cobra genuino sentido hablar de ámbito de inmunidad para comportarse cada cual como le plazca.

De este modo el problema insoluble del privilegio familiar consiste en crear una zona de inimputabilidad, hasta la culpa grave precisamente donde no es posible imputar a título de culpa, cualquiera sea ésta. Quizá sea ésta su mayor falencia.

De allí que antes de hablar de privilegio debemos preguntarnos sobre la naturaleza jurídica de obligación incumplida. Sólo a partir de ahí podremos afirmar que el modelo en el ámbito familiar, es el de una culpa laxa, que busca compatibilizar los diversos fines de ambos Derechos de manera de lograr un correcto ingreso de la responsabilidad civil al ámbito familiar.

De este modo, el modelo de imputación de culpa se encuentra condicionado por la necesidad de compatibilizar Derecho de familia y responsabilidad civil. De allí que a título de *lege lata* sea necesario texto expreso en este ámbito de responsabilidad civil, como se ha hecho en otras legislaciones⁹¹¹.

Yendo aún más allá podemos afirmar que la negligencia de la conducta imputable, es, en cierto modo, irrelevante. Ello porque será la presencia de un daño anormalmente grave el que nos servirá de indicador de estar en presencia de una conducta gravemente negligente. Y además porque muchas veces el daño y la conducta imputable tienden a identificarse⁹¹².

Un asunto más complejo puede ser el relativo a la existencia del deber genérico de no dañar a otro, ya que por más que afirmemos su existencia como obligación civil, podemos caer en la cuenta de reconducirnos nuevamente al deber familiar, volviendo a lo mismo en sentido circular.

Así en la medida que hablemos de daño por incumplimiento de deberes familiares, podemos concluir que las reglas generales de responsabilidad civil han de alterarse en alguna medida. Pero será más bien por la irrelevancia de la culpa, ya que se hace imposible insertar deberes de diligencia en deberes que se cumplen o no se cumplen.

En relación a las exigencias de coherencia y compatibilidad, términos a los cuales les dimos el nombre de condición modificatoria de acceso, creemos que nuestra tesis de alguna manera podría estar mal planteada, más bien

⁹¹¹ Vid *Supra* 5.2.-

⁹¹² Vid *Supra* 3.2.4.-

deberíamos hablar de condicionamientos de compatibilidad que permiten el acceso al ámbito familiar, ya que es dudoso que haya auténtica alteración de las reglas generales de la responsabilidad civil.

En este sentido creemos que un tema medular, más importante que discutir la naturaleza jurídica del Derecho de familia, es preguntarnos sobre la naturaleza jurídica de las obligaciones familiares que establecen deberes susceptibles de coerción indirecta.

Creemos que es imperiosa una revisión acerca de su autonomía jurídica, naturaleza jurídica y estatus en relación a una obligación civil común. Sin ello no es posible hablar de culpa.

Será tema de una futura investigación, lo relativo a *los fines del Derecho de familia*, ya que es relevante a la hora de comparar, en abstracto, los fines de la responsabilidad civil y los del Derecho de familia, paso previo a establecer compatibilidades e incompatibilidades, posibles puntos de contacto, zonas de exclusión mutua, etc.

Creemos asimismo que debe ser materia de una futura investigación, el tema de la *naturaleza jurídica de las sanciones* en el Derecho de familia, tema al cual sólo nos hemos referido tangencialmente y a título de mera hipótesis.

Al igual que en el caso anterior, es relevante a la hora de ir dilucidando, caso a caso, si las sanciones específicamente familiares tienen una naturaleza punitiva que pugne de algún modo con el fin punitivo de la responsabilidad civil.

Por otro lado creemos que resulta extremadamente dificultoso configurar un criterio general que intente explicar, como opera la responsabilidad civil en el ámbito del Derecho de familia, por lo heterogénea de las diversas hipótesis que se estudian en doctrina.

Así por ejemplo, en la configuración de la culpa grave, surge la duda de si la conducta se torna imputable por haber reiterados incumplimientos: como es el caso de la obstrucción del régimen de relación regular y directa. O bien, basta un solo incumplimiento, como en el caso de la negativa a reconocer el hijo

extramatrimonial, en que la negligencia queda evidenciada, más bien, por el transcurso del tiempo sin reconocer, sabiendo de la existencia del hijo o por otras conductas concomitantes⁹¹³.

En este último caso surge la pregunta: ¿qué es el tiempo? ¿La evidencia de un actuar culpable e imputable? ¿La evidencia de un nuevo daño, esto es, de un daño reiterado que crece conforme transcurre el tiempo? ¿Qué es el tiempo? ¿Criterio de imputación o nuevo daño?⁹¹⁴

Surge la duda de si en esta hipótesis de daño: ¿es posible hablar de agravantes de responsabilidad civil? ¿O se trata de un daño acumulativo o reiterado. Y en este caso: ¿hay un daño global y por ende único o una sumatoria de daños? Y si así fuere: ¿aumentan la indemnización día a día?⁹¹⁵

Y peor aún: ¿cuándo el transcurso del tiempo pasa a ser evidencia de culpa del progenitor inocente tornándosele ahora imputable su actuar antes inocente? ¿Es posible hablar de culpa por desidia? ¿Se puede cobijar en el derecho a la intimidad? ¿Es posible compensar culpas? ¿Son solidariamente responsables?⁹¹⁶.

Otra hipótesis de daño bastante compleja la constituye el resarcimiento por ruptura injustificada de una unión de hecho. En este caso el problema lo presenta el dilucidar si el factor de imputación será a título de culpa leve o grave.

Para la tesis más tradicional que ve el privilegio, la contrapartida de la existencia de un vínculo legal, la imputación sólo será a título de culpa leve, ya que no hay vínculo entre los convivientes. Sin embargo, en nuestro Derecho el asunto puede complicarse por dos elementos.

Por un lado, es posible sostener con buenos argumentos que la familia de hecho, goza de protección constitucional según hemos dicho⁹¹⁷. Por lo que no

⁹¹³ Vid *Supra* 2.2.4.- y 2.2.5.-

⁹¹⁴ Vid *Supra* 7.1.-

⁹¹⁵ Vid *Supra* 7.7.3.-, 7.7.3.1.- y 7.7.3.2.-

⁹¹⁶ Vid *Supra* 7.4.-, 7.7.2.1.- y 7.7.2.2.-

⁹¹⁷ Vid *Supra* 3.3.-, 3.3.1.-, 3.3.2.- y 3.3.3.-

parece tan claro el afirmar, sin más, que no hay familia, no obstante la ausencia de vínculo.

En este sentido, la culpa leve, que acota el umbral de diligencia, facilitando el ingreso sin contrapeso de la responsabilidad, torna aún más inestable el vínculo de hecho, en consonancia con el principio que la inspira: la libertad de ruptura.⁹¹⁸

La justificación precisamente radica en ello: parece contradictorio, por la injerencia de la culpa grave, tornar más estable un vínculo que las partes, precisamente han querido que sea inestable o libre.

Entonces: ¿qué caso tiene afirmar la cobertura constitucional de este grupo de hecho?, Es por ello que en el caso de las uniones de hecho no aplica, ni la laxitud de la culpa, ni el concepto de daño anormalmente grave.⁹¹⁹

Un problema más complejo puede presentarse frente al estatuto de acuerdo de unión civil, que de acuerdo al art 1° de la Ley 20.830, es un contrato, y, los contrayentes se denominarán convivientes civiles y serán considerados parientes para los efectos previstos en el artículo 42 del Código Civil.

De ahí que podamos concluir que, a las uniones de hecho propiamente tales, no es posible aplicarle la idea laxitud de la culpa o daño anormalmente grave, pero no porque no apliquen los conceptos de solidaridad y piedad familiar o porque el grupo familiar no sea familia, que sí lo es.

No aplica porque las partes voluntariamente han querido precisamente sustraerse de este status, y, ello guarda plena relación de coherencia jurídica con el principio de libertad de ruptura. Lo cual no resta mérito a nuestras críticas formuladas a la teoría del privilegio en su versión más tradicional.

Lo contrario puede afirmarse de quienes han celebrado el contrato de unión civil. En este caso, los contratantes, siendo parientes, de acuerdo al art 1° de la Ley 20.830, y existiendo vínculo legal de origen contractual, han renunciado

⁹¹⁸ Vid *Supra* 8.3.1.-

⁹¹⁹ Vid *Supra* 2.3.1.-, 2.3.2.-, 2.3.3.- y 3.2.4.-

a la libertad de ruptura, aplicando a este caso la tesis de la laxitud de la culpa y del daño agravado.

No obstante, se podría en este caso discutir con mejores argumentos la naturaleza contractual de una posible ruptura, con todas las consecuencias que ello implica: plazo prescripción de la acción, daños indemnizables, prueba de la diligencia, grado de culpa, etc.

Otro aspecto que puede quedar para una futura investigación es lo relativo al rol del interés superior del niño frente a otros intereses puestos en juego en la interacción del Derecho de la responsabilidad civil en el ámbito del Derecho de familia.

Allí podrían plantearse muchos problemas tales como su vigencia en sede civil, no obstante a ser un principio de derecho de familia propiamente tal. Sus efectos o eficacia derogatoria frente a otros principios puestos en juego. Su jerarquía legal, etc.

Todos éstos no son sino elementos que, no hacen sino poner en evidencia, lo complejo que resulta sentar un criterio general en esta materia, llena de matices diferentes y que hay que abordar, caso a caso. Es de recodar que la responsabilidad civil, desde la Ley Aquilia, se entendió como casuística no siendo este caso la excepción.

Creemos que es en la medida que exista un justo equilibrio de intereses contrapuestos, y, se compatibilicen estatutos jurídicos con fines distintos, que la responsabilidad civil accede correctamente al ámbito familiar.

Es por ello que, en último término, la relación entre Derecho de familia y responsabilidad civil, es más bien una relación de compatibilidad y en cierto modo de mutua exclusión.

De este modo, no es que la familiaridad o el Derecho que la regula hayan modificado, alterado o teñido a la responsabilidad civil, modificando sus reglas generales.

Más bien lo que parece decantarse en el fondo del vaso es la idea de que se han excluido mutuamente separando aguas y estableciendo claramente la zona demarcada por la responsabilidad civil de la zona demarcada por el Derecho de familia.



BIBLIOGRAFÍA

A

Abeliuck Manasevich, René. *Las Obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Cuarta Edición Actualizada y Aumentada, Santiago, Año 2005.

Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Editorial Gendarchile.

Alascio Carrasco, Laura; “El síndrome de alineación parental”, In Dret. Revista para el Análisis del derecho, Facultad de Derecho, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, enero 2008.

Alessandri Rodríguez, Arturo. *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Año 2005.

Alessandri Rodríguez, Arturo. *De la responsabilidad extra-contractual en el derecho civil chileno*, Santiago, Imprenta Universitaria, 1943.

Aliste Santos, Tomás; “Divorcio y responsabilidad civil”, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, N° 49, Año 2007.

Alterini, Atilio y López Cabana, Roberto: coordinadores. *La Responsabilidad, homenaje al profesor doctor Isidoro H. Goldemberg*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Año 1995.

Alterini, Atilio; López Cabana, Roberto. *Responsabilidad Civil*, Editorial Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 1995.

Alvarez González, Andrea; Bobadilla Ayala, Valeska; Espinosa Quezada, Renzo; Massmann Wyneken, Julie; *Responsabilidad Parental. Personal, Patrimonial, Por Omisión, Subsidiaria del Estado*, Editorial Thomson Reuters PuntoLex, Primera Edición, Santiago, Año 2009.

B

Baez Aguirre, Daniela y Contreras Sepúlveda, Claudia; *Tratamiento Jurídico de las Uniones de Hecho*, Memoria de Prueba, Universidad de Chile, Santiago, Año 2004.

Baeza Concha, Gloria; “El interés superior del niño: Derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 28 N° 2.

Banfi del Río, Cristian. *Responsabilidad civil por competencia desleal*, Editorial Thomson Reuters, Santiago, 2013.

Barbero, Omar; *Daños y perjuicios derivados del divorcio*, Editorial Astrea, Buenos Aires, Primera edición, Año 1977.

Barcia Lehmann, Rodrigo. *Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia*, Editorial LegalPublishing, Primera Edición, Santiago, 2011.

Barrientos Grandón, Javier; *Derecho de las Personas. El Derecho Matrimonial*, Editorial Legal Publishing Chile, Primera Edición, Año 2011.

Barrientos Grandón, Javier; *Régimen Jurídico de las Personas y de la Familia*, Editorial Legal Publishing Chile, Primera Edición, Año 2012.

Barrientos Grandón, Javier; Novales Alquezar, Aranzazu; *Nuevo Derecho Matrimonial Chileno*, Editorial LexisNexis, Segunda Edición, Santiago, Año 2005.

Barrientos Zamorano, Marcelo; *El resarcimiento por daño moral en España y Europa*, Editorial Ratio Legis, Salamanca, Año 2007.

Barros Bourie, Enrique; *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, año 2007.

Barros Errázuriz, Alfredo. *Curso de Derecho Civil. Primer Año*; Editorial Nascimento, Cuarta Edición Santiago, 1930.

Belluscio, Augusto César. *Manual de Derecho de Familia*, Editorial Depalma, Tercera Edición, Año 1985.

Belluscio, Augusto C.; Zannoni, Eduardo A.; Kemelmajer de Carlucci, Aída; *Responsabilidad civil en el derecho de familia*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1983.

Bibiloni, Juan Antonio, *Anteproyecto de Reformas al Código Civil Argentino*, Buenos Aires, Editorial Abeledo, Volumen II, Año 1929.

Bíscaro, Beatriz. "Daños derivados de la falta de reconocimiento del hijo", *AAVV Derecho de Daños*, Carlos Ghersi, Coordinador, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, pp. 435 a 442.

Blackstone, William. *Commentaries on the laws of England, Book the first*.

Borda, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil. Familia I*, Editorial Perrot, Sexta Edición, Buenos Aires, Año 1977.

C

Castán Tobeñas, José. *Derecho Civil Español Común y Foral*, Editorial Reus, Madrid, Duodécima Edición, Año 1994.

Carvacho Contreras, Paula. *Reconocimiento y concepto de la familia en la constitución de 1980*; Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, 2006.

Céspedes, Carlos y Vargas Aravena, David. “Acerca de la naturaleza jurídica de la compensación económica. La situación en Chile y en España”, *Revista Chilena de Derecho*, Volumen 35, N° 3, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2008, p. 451.

Cicu, Antonio. *El Derecho de Familia*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1947.

Corral Talciani, Hernán. *Familia y Derecho. Estudios sobre la realidad jurídica de la familia*, Colección Jurídica, Universidad de los Andes, Año 1994.

Corral Talciani, Hernán; “El concurso de responsabilidades en el derecho de daños chileno: defensa y delimitación de la teoría de la opción”, AAVV, Estudios de Derecho Civil, Tomo IV, pp. 537 a 551.

Corral Talciani, Hernan. “La compensación económica en el divorcio y la nulidad matrimonial”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 34, N° 1, Pontificia Universidad Católica de Chile, Año 2007.

Corral Talciani, Hernán. *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Editorial Legal Publishing Thomson Reuters, Santiago, Año 2013.

Court Murasso, Eduardo. *Curso de Derecho de Familia*, Editorial LegalPublishing, Primera Edición, Santiago, Año 2009.

Court Murasso, Eduardo. *Nueva Ley de Matrimonio Civil, Ley N° 19.947 de 2004, analizada y comentada*, Legis, Bogotá, 2004.

Código Civil Francés, traducción de Alvaro Núñez Iglesias, Editorial Marcial Pons, Barcelona, Año 2005.

Claro Solar, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. De las Obligaciones*. Vol. V, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Año 2003.

CH

Chironi, G. P. *La culpa en el derecho civil moderno*, Traducción de A. Posada, Editorial Reus, Madrid, 1907.

D

De Angel Yaguez, Ricardo. *Daños punitivos*, Editorial Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2012.

De Angel Yaguez, Ricardo. *Tratado de responsabilidad civil*, Editorial Civitas, Madrid, 1993.

De Cupis, Adriano. *El Daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Traducción de la 2ª edición italiana y estudio preliminar por Angel Martínez Sarrión, Editorial Bosch, Barcelona, 1970.

De Ruggiero, Roberto. *Instituciones de Derecho Civil*, Editorial Reus, Madrid, Año 1978.

De Verda y Beamonte, Ramón. "Efectos económicos de la ruptura de uniones de hecho" en *Daños en el Derecho de Familia*, Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, número monográfico, nº 17, Editorial Thomson-Aranzadi, Navarra, Año 2006, pp. 223 a 254.

De Verda y Beamonte, Ramón. "Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español: resarcimiento de los deberes conyugales", Diario La Ley, N° 6.676, del 21 de marzo de 2007, edición electrónica en www.laley.net.

De Verda y Beamonte, José Ramón. "Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales, Revista Actualidad Jurídica, N° 15, enero 2007.

Díaz de Guijarro, Enrique. *Tratado de Derecho de Familia*, Editorial Tea, Buenos Aires, Año 1953.

Díaz de Guijarro, Enrique. "Improcedencia del resarcimiento del daño moral en el juicio de divorcio y su admisibilidad en la nulidad de matrimonio" en *Jurisprudencia Argentina*, 1983-III-625.

Domínguez Aguila, Ramón Horacio. “La compensación económica en la nueva legislación de matrimonio civil”, *Revista Actualidad Jurídica*, Año VII, N° 15, Universidad del Desarrollo, 2007, pp. 83-92.

Domínguez Aguila, Ramón Horacio. “Consideraciones en torno al daño. Una visión comparatista”, RDUC N° 188, año LVIII (Jul-Dic, 1990).

Domínguez Aguila, Ramón Horacio. “Comentarios de Jurisprudencia. Prescripción en materia de responsabilidad extracontractual. Momento del inicio del cómputo. Art. 2.332 del código civil. Distinción entre hecho ilícito y daño. Daños continuados”, RDUC N° 210, año LXIX (Jul-Dic, 2001).

Domínguez Aguila, Ramón Horacio. “Aspectos contemporáneos de la responsabilidad civil”, RDUC N° 185, año LVII (En-Jun, 1989), pp. 106 a 139.

Domínguez Aguila, Ramón Horacio. *La Prescripción Extintiva*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.

Domínguez Hidalgo, Carmen. “La compensación económica en la ley de matrimonio civil”, Seminario del Colegio de Abogados, charla efectuada el 13 de octubre, Santiago, 2005.

Domínguez Hidalgo, Carmen. “El convenio regulador y la compensación económica: una visión de conjunto. Cuadernos de extensión jurídica. Universidad de los Andes, Santiago, N° 11, 2005.

Domínguez Hidalgo, Carmen. *El daño moral*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000.

Donoso Vergara, Florencia y Rioseco López, Andrés, *El Concubinato ante la Jurisprudencia Chilena*, Editorial LexisNexis, Primera Edición, Año 2007.

Ducci Claro, Carlos. *Interpretación Jurídica*, Editorial Jurídica de Chile, Tercera Edición, Año 1997.

Dutto, Ricardo J; *Daños ocasionados en las relaciones de familia*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2007.

E

Elorriaga de Bonis, Fabián; *Régimen de Indemnización de Perjuicios entre Cónyuges*; Tesis para optar al grado de Licenciado en Derecho; Universidad Católica de Valparaíso; Valparaíso, Año 1990.

Elorriaga De Bonis, Fabián. “El día de inicio del plazo de prescripción de una acción indemnizatoria cuando el perjuicio se ha manifestado con posterioridad al hecho que lo origina”, *Estudios de Derecho Civil III, Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Valparaíso, 2007, Editorial Legal Publishing, Alejandro Guzmán Brito (Editor Científico), pp. 771 a 789.

Etcheverry, Alfredo. *Derecho Penal*, Tomo Segundo, Parte General, Editorial Jurídica de Chile, 1997.

F

Ferrer, Francisco; *Daños Resarcibles en el Divorcio*; Editorial Abeledo Perrot, Primera Edición, Buenos Aires, Año 1997.

Ferrer Riba, Josep. *Relaciones familiares y límites al derecho de daños*. Publicación en InDret 4/2001, Barcelona, disponible en www.indret.com

Fleitas Ortiz de Rozas, Abel. “Responsabilidad por daños y perjuicios entre cónyuges”, en en Revista de Derecho de Daños, Editorial Rúbinzal-Culzoni, Santa Fe, Año 2001-2, pp. 167 a 188.

Foustel de Coulanges, Numa Dionisio. *La ciudad antigua*, Editorial Iberia S.A., Año 1987.

Fraccon, Adalgasia, “Comentario a la sentencia del Tribunale di Milano, 10 de februario 1999”, en *Il diritto di famiglia e delle persone*, Vol. XXX, luglio-setiembre 2001, pp.988 y ss.

Fueyo Laneri, Fernando. *Derecho Civil. Derecho de Familia*, Editorial Imprenta y Litografía Universo S.A., Santiago, Año 1959.

Fueyo Laneri, Fernando. *Instituciones de derecho civil moderno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990.

G

Gherzi, Carlos Alberto (coordinador); *Los nuevos daños: Soluciones modernas de reparación*; Tomo I, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2000.

Gil Domínguez, Andrés; Fama, María Victoria; Herrera, Marisa. *Derecho Constitucional de Familia*, Editorial Ediar, Buenos Aires, Primera Edición, Año 2006.

Gómez de la Torre Vargas, Maricruz. “La compensación económica en la Ley de Matrimonio Civil”, AAVV Seminario del Colegio de Abogados, charla efectuada el 20 de octubre, Santiago, 2005.

Grosman, Cecilia. “La responsabilidad de los cónyuges entre sí y respecto de los hijos”, en *Los nuevos daños*, GHERSI, Carlos (Coordinador), Buenos Aires, Editorial Hammurabi, Año 2000.

H

Herane, Francisco Vives; “Reparación por incumplimiento de los deberes matrimoniales”; II Jornadas de Derecho Civil, Olmué 2006.

Hernández Paulsen, Gabriel. “Responsabilidad civil por daños ocasionados en las relaciones de familia” en *Revista del Abogado. Colegio de Abogados de Chile*, Santiago, junio, 2009.

I

Ihering, Rudolph Von. *Prehistoria de los indoeuropeos*. Editorial Librería de Victoriano Suárez, Año 1896.

Iherin, Rudolf Von. *El fin en el derecho*, Editorial Comares, Granada, 1999.

K

Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, traducido por Moisés Nilve, 26° ed. De la edición en francés de 1953, Buenos Aires, 1989.

Kemelmajer de Carlucci, Aída; “Daños y perjuicios causados al progenitor por la obstaculización del derecho a tener una adecuada comunicación con un hijo.

Una interesante sentencia italiana”, en *Revista de Derecho de Daños*, Edición 2001-2, Editorial Rubinzal-Culzoni, Año 2002.

Kemelmajer de Carlucci, Aída; “Responsabilidad civil por falta de reconocimiento de la paternidad extramatrimonial”, AAVV *Derecho de Daños*, Primera Parte, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1991.

Kanefsch, Mariana y Medina Graciela. “Daños entre cónyuges”, *Revista de Derecho de Daños*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Año 2001-2, pp. 141 a 166.

L

Lacruz Berdejo, José Luis y Albaladejo, Manuel. *Derecho de Familia. El matrimonio y su economía*, Editorial Bosch, Año 1982.

Lacruz Berdejo, José Luis; *Elementos de Derecho Civil IV, Derecho de Familia*, Tercera Edición, Editorial Dykinson, Madrid, Año 2008.

Lepín Molina, Cristian Luis. “Naturaleza Jurídica de la Compensación Económica en la Nueva Ley de Matrimonio Civil Chilena”, AAVV *Compensación Económica Doctrinas Esenciales, La Compensación Económica*, Editorial LegalPublishing, Primera Edición, Santiago, Año 2013.

Lipovetski, Guilles. *La era del vacío*, Editorial Anagrama, Décimo primera edición, Año 1998.

López del Carril, Julio. *Régimen del matrimonio. Separación judicial y divorcio. Ley 23.515*, Buenos Aires, Editorial Depalma, Año 1989.

López Herrera, Edgardo. *Teoría General de la Responsabilidad Civil*; Editorial Lexisnexus; Buenos Aires, Año 2006.

Los códigos españoles anotados y concordados, Editorial Imprenta de la Publicidad, Madrid, Año 1847.

LI

Llambías, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, Año 1973, Tomo I.

Llule Navarrete, Phillipe. *Divorcio, compensación económica y responsabilidad civil conyugal*, Editorial Thomson Reuters, Santiago, 2013.

M

Makianich de Basset, Lidia. *Derecho de visitas*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Año 1997.

Manonellas, Graciela N.; *La responsabilidad penal del padre obstaculizador: Ley 24.270, síndrome de alienación parental (SAP)*; Editorial Ad-Hoc, Primera Edición, Año 2007.

Marín García de Leonardo, Teresa; “Aplicación del Derecho de Daños al Incumplimiento del Régimen de Visitas”, en *Daños en el Derecho de Familia*, edición monográfica de la Revista de Derecho Patrimonial, Editorial Thomson Aranzadi, n° 17, año 2006.

Marín García de Leonardo, Teresa. “Remedios indemnizatorios en el ámbito de las relaciones conyugales”, en *Revista de Derecho Patrimonial. Daños en el Derecho de Familia*, Navarra, N° 17.

Maturana Cabezas, Pilar; “Incumplimiento de obligaciones que genera el matrimonio. ¿Fuente de responsabilidad?”, *Revista Debates Jurídicos y Sociales*, Año 1.

Mazeaud, Henry, León y Jean. *Lecciones de Derecho Civil*. Editorial Ejea, Buenos Aires, 1959, Parte I, Volumen III.

Mazzinghi, Jorge Adolfo; *Derecho de familia. Tomo 1, El matrimonio como acto jurídico*, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Tercera Edición Actualizada, Buenos Aires, Año 1995.

Medina, Graciela; *Daños en el Derecho de Familia*; Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Año 2008.

Medina, Graciela; Kanefsck, Mariana. “Daños entre cónyuges”, en *Revista de Derecho de Daños*, Editorial Rúbinzal-Culzoni, Santa Fe, Año 2001-2, pp. 141 a 166.

Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela. “Función actual de la responsabilidad civil”. *AAVV Derecho de Daños. Primera Parte*. Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1991.

Mizrahi, Mauricio Luis. *Familia, matrimonio y divorcio*, Editorial Astrea, Buenos Aires, Año 1998.

Mizrahi, Mauricio; "Interés Familiar", en *Enciclopedia de Derecho de Familia*, Editorial Universidad; Directores: Carlos Lagomarsino y Marcelo Salerno, Coordinador General: Jorge A Uriarte, Buenos Aires, 1991., pp. 551 a 561.

Méndez Costa, María Josefa. *Los principios jurídicos en las relaciones de familia*, Editorial Rubinzal Culzoni, Primera Edición, Santa Fe, Año 2006.

Mosset Iturraspe, Jorge. "Los factores subjetivos y objetivos de atribución de la responsabilidad en las relaciones familiares", *Revista de Derecho de Daños. Daños en las relaciones de familia*, Año 2001-2, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Año 2002, pp. 7 a 15.

Mosset Iturraspe, Jorge. "Los daños emergentes del divorcio". (Publicado en *L.L.* 1983-C, 348). *Responsabilidad Civil. Doctrinas Esenciales. Parte Especial.* t IV, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2007.

P

Pacheco Gómez, Máximo. *Los derechos humanos. Documentos básicos*, Editorial Jurídica de Chile, Tercera Edición, Santiago, Año 2000.

Perrino, Jorge Oscar; *Derecho de Familia*, Editorial LexisNexis, Tomo I, Buenos Aires, Año 2006.

Pizarro Wilson, Carlos. "La compensación económica en la nueva Ley de Matrimonio Civil chilena", *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 3, Universidad Diego Portales, Año 2004.

Pizarro Wilson, Carlos; Vidal Olivares, Alvaro. *La compensación económica por divorcio o nulidad de matrimonio*, Editorial LegalPublishing, Santiago, 2009.

Prosser and Keaton: *On the Law of Tort*, Editorial: West Publishing Co., St Paul, Minnesota, 5° Edición, Año 1984.

Prosser, William; *Handbook of the Law of Torts*, 4° Edición, West Publishing Co. St. Paul, Minn, 1971.

Puig Peña, Federico. *Tratado de Derecho Civil Español. Derecho de Familia*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, Año 1953.

Puig Brutau, Federico. *Fundamentos de Derecho Civil*, Editorial Bosch, Segunda Edición, Año 1985.

Q

Quintana Villar, María Soledad. *Derecho de Familia*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2013.

R

Ramos Pazos, René. *Derecho de Familia. Quinta Edición Actualizada con la Nueva Ley de Matrimonio Civil y la Ley de Tribunales de Familia*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Año 2005.

Rebora, Juan Carlos. *La Familia*, Editorial Juan Roldán & Cía., Buenos Aires, 1926.

Rebora, Juan Carlos. *Instituciones de la Familia*, Editorial Guillermo Kraft Ltda., Buenos Aires, 1945.

Rinessi, Antonio. “Responsabilidad derivada del divorcio”, en *La Responsabilidad. Libro en Homenaje al Dr. Isidoro H. Goldemberg*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1995, pp. 563 a 574.

Rioseco Enríquez, Emilio. *La prescripción extintiva ante la jurisprudencia*, Editorial Jurídica de Chile, Segunda Edición, Santiago, 2004.

Romero Coloma, A. M.; *Reclamaciones e indemnizaciones entre familiares en el marco de la responsabilidad civil*; Editorial Bosch, Primera Edición, Barcelona, Año 2007.

Rosende Alvarez, Hugo; “Algunos aspectos acerca de las nuevas tendencias sobre la responsabilidad civil extracontractual”; *Revista Actualidad Jurídica*, N° 2, Julio 2000.

Roca Trías, Encarna; “La Responsabilidad Civil en el Derecho de Familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la

responsabilidad civil”, en Moreno Martínez, Juan Antonio (Coordinador), *Perfiles de la Responsabilidad en el nuevo milenio*, Editorial Dykinson, Madrid, Año 2000.

Roca Trías, Encarna. *Familia y cambio social*, Editorial Cuadernos Civitas, Primera edición, Año 1999.

Rossel, Enrique. *Manual de Derecho de Familia*, Editorial Jurídica de Chile, Séptima Edición actualizada, Santiago, Año 1994.

Rodríguez Guitián, Alma María. “Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre los miembros de la pareja de hecho”, en *Revista de Derecho Patrimonial*, N° 10, Editorial Aranzadi, Pamplona, Año 2003, pp. 65 a 93.

Rodríguez Guitián, Alma María. “Indemnización del daño moral al progenitor por la privación de la relación personal con el hijo (A propósito de la STS de 30 de junio de 2009)” en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXII, 2009, fasc. IV, p. 1825 a 1859.

Rodríguez Grez, Pablo. *Responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999.

Rodríguez Grez, Pablo. *Ley de Matrimonio Civil*, disponible en sitio web: www.abogados.cl

Rossel Saavedra, Enrique. *Manual de Derecho de Familia*, Editorial Jurídica de Chile, Quinta Edición Actualizada, Santiago, Año 1986.

S

Sambrizzi, Eduardo; *Daños en el Derecho de Familia*; Editorial La Ley, Edición 2001, Buenos Aires, Argentina.

Santos Briz, Jaime; *La responsabilidad civil, derecho sustantivo y derecho procesal*; Editorial Montecorvo, Madrid, 1991.

Segura Riveiro, Francisco. “Algunas consideraciones sobre la pena privada”, AAVV, Estudios de Derecho Civil. Responsabilidad Extracontractual. Coordinadores: Hernán Corral Talciani; Guzmán Brito, Alejandro; Pizarro Wilson, Carlos; Rodríguez Pinto, María Sara; Turner Saelzer, Susan; Varas Braun, Juan Andrés, Editorial Thomson Reuters, Santiago, 2011.

Severín Fuster, Francisco; *Indemnización entre cónyuges por daños y perjuicios derivados del divorcio*, Seminario de titulación, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

Somariva Undurraga, Manuel. *Evolución del código civil chileno*, Editorial Temis, Bogotá, Segunda Edición, 1983.

Soto Kloss, Eduardo. "La familia en la constitución política", *AAVV Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol 21 N° 2, Año 1994, pp. 217 a 225.

T

Tapia Rodríguez, Mauricio. "La compensación económica en la Ley de Divorcio", *La semana jurídica*, N° 271, Santiago, Año 2006.

Toffler, Alvin. *La tercera ola*, Editorial Plaza & Janes Editores, Sexta Edición, Año 1991.

Tobías, Carl. "Interpousal Tort Immunity in America", *Georgia Law Review*, N° 23, Año 1989, pp. 359 a 478.

Trigo Represas, Félix; López Mesa, Marcelo; *Tratado de la Responsabilidad Civil*, Editorial La Ley, Primera Edición, Segunda Reimpresión, Año 2008, Buenos Aires, Argentina.

Trigo Represas, Félix; Stiglitz, Bubén, (directores); *Derecho de Daños*, Ediciones La Roca, Buenos Aires, Año 1991.

V

Vargas Aravena, David; "La responsabilidad civil en el matrimonio: problemática en el ordenamiento español y su eventual aplicación al sistema chileno", *Revista Gaceta Jurídica*, N° 312, Año 2006.

Vargas Aravena, David y Céspedes, Carlos. "Acerca de la naturaleza jurídica de la compensación económica. La situación en Chile y en España", *Revista Chilena de Derecho*, Volumen 35, N° 3, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2008.

Vargas Aravena, David; *Daños civiles en el matrimonio*, Editorial La Ley, Primera Edición, Año 2009.

Varni de Iñiguez, María Alicia; Iñiguez, Marcelo Daniel, “La familiaridad como eximente de responsabilidad”, en *Revista de Derecho de Daños*, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Año 2006-1.

Vásquez Ferreira, Roberto A. *Responsabilidad por daños (Elementos)*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1993.

Veloso, Paulina. “Algunas reflexiones sobre la compensación económica” AAVV *Revista Actualidad Jurídica*, N° 13, Universidad del Desarrollo, 2006, pp. 171 a 188.

Vidal Olivares, Alvaro y Pizarro Wilson, Carlos. *La compensación económica por divorcio o nulidad de matrimonio*, Editorial LegalPublishing, Santiago, 2009.

Vidal Olivares, Alvaro. “La compensación por menoscabo económico en la Ley de Matrimonio Civil”, AAVV *El nuevo derecho chileno del matrimonio*, Vidal Olivares, Alvaro (Coordinador), Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006.

Vidal Taquini, Carlos H. *Matrimonio Civil. Ley 23.515*, Buenos Aires, Editorial Astrea, volumen I, Año 1991.

Y

Yzquierdo Tolsada, Mariano. “La zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y la aquiliana. Razones para una moderada unificación”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 603, marzo-abril, 1991.

Z

Zannoni, Eduardo A., *Derecho Civil. Derecho de Familia*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1981.