



UNIVERSIDAD DE ARTES CIENCIAS Y COMUNICACIÓN

Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales

Programa de Magister en Derecho de Familia e Intervención Familiar

**“La Aplicabilidad de la Responsabilidad Civil Extracontractual al Derecho de
Familia”**

**Proyecto para optar al grado académico de Magister en Derecho de Familia e
Intervención Familiar**

Profesor Guía: Jorge Juvenal Jofré Rojas

Alumno: Carlos Alberto Rojas Rojas

Santiago, junio de 2018

CONTENIDOS

RESUMEN	3
INTRODUCCIÓN	4
I.- PARTE TEÓRICA	10
1. NOCIONES SOBRE LA FAMILIA	10
2. FAMILIA Y DERECHO DE FAMILIA	11
3. FAMILIA Y RESPONSABILIDAD CIVIL.....	13
3.1. <i>Posiciones sobre la admisión de la responsabilidad civil en el</i> <i>derecho familiar</i>	14
II.- PARTE EMPÍRICA	19
1.- EL DERECHO DE FAMILIA	19
1.1. <i>Contenido del Derecho de Familia</i>	20
1.2. <i>Ubicación del Derecho Familiar dentro de las ramas del derecho</i>	21
1.3. <i>Características del Derecho de Familia</i>	23
2.- DE LA CABIDA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DERECHO DE FAMILIA.....	26
2.1. <i>POSICIÓN QUE NIEGA LA POSIBILIDAD DE APLICACIÓN DE LA</i> <i>RESPONSABILIDAD CIVIL EN LAS RELACIONES DE FAMILIA</i>	28
2.1.1. <i>Especialidad del Derecho Familiar</i>	29
2.1.2. <i>El principio del Non bis in ídem</i>	33
2.1.3. <i>La inmunidad y la paz familiar.</i>	35
3. <i>POSICIONES QUE ADMITEN LA APLICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD</i> <i>CIVIL EN LAS RELACIONES DE FAMILIA</i>	39

3.1. Posición que admite la aplicación general de la responsabilidad civil al Derecho de Familia	39
3.2. Posición que admite la aplicación de la responsabilidad civil, pero con limitaciones	48
4.- ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL EN RELACIÓN AL RESARCIMIENTO DE DAÑOS EN EL DERECHO DE FAMILIA	56
4.1. El dolo y la culpa	57
4.2. El daño indemnizable	66
4.3. El daño moral	76
4.4. El abuso del derecho	80
5. SITUACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO RESPECTO A LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y EL DERECHO DE FAMILIA	86
5.1. España	86
5.2. Francia	95
5.3. Italia	100
5.4. Argentina	104
CONCLUSIONES	109
BIBLIOGRAFÍA	115

RESUMEN

En este trabajo, abordamos el tema de la aplicabilidad de la responsabilidad civil extracontractual al Derecho de Familia. Partiendo de la problematización asociada a la calificación como jurídicos o morales respecto de los derechos y deberes emanados de las relaciones entre sus miembros, y la caracterización del Derecho Familiar como disciplina especial, analizamos las diversas corrientes doctrinarias sobre el tema, nacionales y extranjeras, para decantarnos por una de las alternativas: la de admitir la aplicación del estatuto de la responsabilidad a las infracciones de los deberes emanados de los vínculos familiares. En nuestro análisis también hacemos referencia a ciertas instituciones relativas a la materia central del estudio, revisitando también la situación en el derecho comparado.

El propósito del trabajo es demostrar la compatibilidad entre ambos estatutos, aún sin existir disposición especial que lo establezca, basados en la norma general de aplicación de la responsabilidad civil. El aporte del trabajo es teórico, intentando clarificar conceptos, interpretaciones y extensiones de los tópicos analizados, pudiendo nuestros resultados servir de base para nuevas hipótesis investigativas. Tendrá aporte práctico en cuanto pudiesen servir nuestras conclusiones como fundamento de acciones, defensas y, quizás, decisiones jurisdiccionales.

El presente estudio es transversal; busca determinar el estado actual de la cuestión en nuestra institucionalidad, sin perjuicio de revisar su evolución y la situación en el derecho comparado. La unidad de análisis está constituida por la doctrina y jurisprudencia y algunas disposiciones legales, tanto nacionales como extranjeras, dado que el tema no se encuentra zanjado en uno u otro sentido por una o más normas determinadas. Analizaremos las distintas posiciones que existen sobre la materia y su encuadre con los elementos de la responsabilidad civil extracontractual. Desarrollamos una investigación documental, recabando fuentes nacionales y extranjeras, para luego de su análisis, dar respuesta a la pregunta central de investigación referida a la aplicabilidad del derecho de daños en el Derecho familiar.

Palabras claves: Responsabilidad civil; daño; familia; matrimonio; filiación.

INTRODUCCIÓN

Desde hace mucho tiempo es que se ha reconocido a la familia como un espacio fundamental para el desarrollo del ser humano. Han existido con el paso de los años diversas conformaciones y a su vez distintos motivos que han llevado a las personas a la conformación de un núcleo familiar. Desde alianzas políticas y comerciales hasta el aspecto sentimental, todos han servido como fundamento para el enlace entre personas, la procreación y la proliferación de la especie en el mundo.

Por lo mismo, es que el tratamiento que los diversos ordenamientos jurídicos han dado a esta institución ha sido especial en el tiempo. Desde antaño se consideró a la familia como un espacio de protección y de solidaridad entre sus miembros que sentaba las bases de lo que éstos serían frente a la comunidad. Sin embargo, ello no implicaba que dentro de su seno no ocurriesen situaciones problemáticas, desde simples discusiones hasta los más horrendos crímenes, tanto en contra de las personas como en contra de su patrimonio, y por ello el Derecho ha reaccionado de diversas formas frente a ellos. Así, han existido periodos en los que la familia se tornó en un ámbito de inmunidad, donde el Estado no podía inmiscuirse, por ser un aspecto privado, primando la intimidad y la unidad familiar por sobre sus miembros, constituyéndose de cierta forma en un pequeño “Estado” bajo la dirección del jefe de familia, normalmente el marido o padre, contando con un poder de dirección y de corrección de sus miembros, provocando una serie de situaciones que, dada la época, eran “ignoradas” por el

resto de la sociedad, simplemente por ser una esfera en la que no les competía inmiscuirse.

Con posterioridad y gracias a los procesos sociales que llevaron al reconocimiento de derechos que son inherentes a las personas, al desarrollo de la personalidad individual por sobre la colectiva y a los movimientos por la igualación de los derechos, a la secularización de los mismos y en definitiva a los avances de la civilización, la figura de individuo, de la persona humana, fue tomando mayor importancia, al punto de que, en cierta forma ha tomado el protagonismo, por sobre la familia. De allí que se fuera descubriendo el velo que tapaba las relaciones familiares, dándose cuenta de las distintas vicisitudes que en su interior se podían producir, dejando de ser suceso en los que el padre o marido tenía el control debiendo los otros obedecer, sino que ahora comenzaron a existir deberes y derechos recíprocos, que debían cumplirse, pero que a la vez podían ser incumplidos, entrando el legislador a sancionar estos comportamientos de forma especial dado lo particular a su vez del vínculo familiar.

Como por mucho tiempo ha permanecido la idea de la especialidad de esta relación, y por consideraciones valóricas y religiosas, entre otras, se ha mantenido en general la normativa fundamental de las relaciones familiares, una vez aceptada la existencia de posibles daños que pueden darse en la órbita familiar, entre sus miembros, muchos comenzaron a preguntarse si era posible que éstos pudieran ser resarcidos. En un comienzo, la respuesta fue la negativa, por la mantención del pensamiento anterior de que se establecía una inmunidad familiar y de que las normas que regulaban a la familia eran distintas de las de las relaciones patrimoniales, y por lo tanto incompatibles; pero luego de que estos

cambios en la configuración de la legislación y la permeabilización en la sociedad y en la institucionalidad de este nuevo pensamiento de preminencia del individuo por sobre el colectivo, surgen quienes comienzan a afirmar que la posibilidad sería cierta, y que debe en consecuencia resarcirse el perjuicio que un pariente causa a otro.

Así entonces, el problema de investigación es determinar si, en definitiva, normas como las de la responsabilidad patrimonial son aplicables o bien excluyen su ámbito de acción respecto de la infracción de deberes emanados de las relaciones de familia, regulado por el Derecho de Familia. Si bien entendemos que existen sanciones, estas en muchas ocasiones no implican una forma de resarcir el daño causado, por lo que es relevante determinar si existe por esta vía una forma para esa reparación, establecida con un carácter general, o bien restringida a ciertos casos de especial gravedad; o por el contrario, si la sanción especial, muchas veces de carácter simbólico o ético, es excluyente a cualquier tipo de reparación patrimonial única o bien diversa de la que pueda haber establecido el ordenamiento jurídico.

Nos encontramos que nuestra investigación está enfocada en el análisis de instituciones jurídicas, que en principio abarcarían especialidades diversas, una con un eminente contenido patrimonial (la responsabilidad civil) y otra con un marcado componente ético, sociológico, etc. (el derecho de familia), de modo que nuestro estudio va encaminado a determinar si ambas especialidades pueden complementarse entre sí, desde la perspectiva de la institucionalidad familiar.

Desde esa perspectiva entonces, hemos planteado como objetivo general de nuestra investigación el de determinar la aplicabilidad de la responsabilidad civil extracontractual al ámbito del Derecho de Familia.

Por su parte, como objetivos específicos, hemos formulado los siguientes:

i.- Identificar los elementos y características principales del Derecho de Familia y sus instituciones.

ii.- Estimar si son compatibles la responsabilidad extracontractual con la naturaleza y características de instituciones del derecho de familia.

iii.- Explicar si esta compatibilidad puede establecerse como de carácter general, o bien reducida a ciertos y determinados casos.

Dicho lo anterior, nuestra investigación para efectos del desarrollo de la misma, busca dar respuesta a la siguiente pregunta: *¿Es aplicable el sistema de responsabilidad civil extracontractual a los casos de infracción de las normas del Derecho de Familia referidas a la inobservancia de los deberes emanados de las relaciones familiares, estén reguladas o no expresamente por el legislador y en la afirmativa, en qué casos?* Teniendo presente, desde ya, que nuestra respuesta pretende ser la afirmativa, es que hemos desarrollado como hipótesis de trabajo la siguiente: *La responsabilidad civil extracontractual es aplicable al Derecho de Familia y sus instituciones, pudiendo obtenerse una reparación patrimonial frente al incumplimiento de los deberes emanados de las relaciones familiares.*

Lo anterior, debido a que desde nuestro punto de vista y como intentaremos plasmar en el desarrollo de este trabajo, consideramos que los derechos y deberes que emanan de las instituciones del derecho familiar, aun cuando tengan un contenido y orientación de marcada índole moral en muchos casos, lo cierto es

que se trata de verdaderos deberes y obligaciones de carácter jurídico, y por ello, al no existir una norma especial relativa a la responsabilidad civil en la materia, es necesario recurrir a las normas generales contenidas en el Código Civil, las que son plenamente aplicables y compatibles con su aplicación. No obstante, ello no implica que cualquier daño debe ser indemnizado, sino que éste debe enmarcarse dentro de los elementos de la responsabilidad.

Para estos fines, nos hemos propuesto el desarrollo de una investigación del tipo no experimental, sino que nuestro trabajo tiene por objeto conocer y descubrir una verdad a partir de instituciones y normas jurídicas, a través de la abstracción y un trabajo teórico. Éste se acerca al modelo transversal, puesto que pretende dar una respuesta basado en el estadio actual de las cosas, vale decir, analizando por un lado los elementos actuales de las instituciones de la responsabilidad civil extracontractual y las principales del derecho de familia, así como las opiniones imperantes en la materia y fallos recientes, aun cuando entendemos que necesariamente se harán reseñas y explicaciones de la evolución que en las materias se ha ido llevando a efecto con el tiempo. No obstante, el resultado será fruto de instituciones con sus configuraciones actuales, aunque los efectos de nuestras conclusiones, se pretende que se extiendan en el tiempo, sea sirviendo de base a otras investigaciones, sea siendo fuente de aplicación práctica.

De esta forma, a través del estudio de fuentes documentales, de derecho nacional y comparado, pretendemos encontrar las respuestas que nos ayuden a ratificar lo indicado en la hipótesis de trabajo, encontrando conclusiones que nos puedan ayudar, a su vez, a formular nuevas preguntas para el futuro. Dado que es

un tema cuyo tratamiento se ha dado con mayor fuerza en los últimos años, no es un asunto zanjado, por lo que nuestra investigación no pretende dar una respuesta definitiva, sino que contribuir al debate actualmente en vigor.

De esta forma, nuestro trabajo se divide en dos partes: la primera, que hemos denominado como teórica, donde se dan las primeras bases para nuestra investigación, indicando nociones sobre la familia, el derecho de familia, la responsabilidad civil y el estado de la cuestión en cuanto a la admisión de la responsabilidad en el derecho familiar.

Luego, tenemos una parte que hemos llamado “empírica”, donde comenzamos nuestro análisis, partiendo por el derecho de familia y sus caracteres más distintivos, para posteriormente adentrarnos al análisis de la cabida de la responsabilidad civil en las relaciones familiares, estudiando la posición que niega esta posibilidad y sus fundamentos, para después referirnos a las posiciones que admiten esta relación, mencionando primeramente a aquellas que aceptan lisa y llanamente la aplicación del derecho de daños en el ámbito familiar, y en seguida referirnos a la denominada posición intermedia.

A continuación, y asentada nuestra adhesión a las tesis que admiten la cabida de la responsabilidad, nos referiremos a la compatibilización de ciertos de sus elementos con la especial fisonomía de las instituciones del derecho familiar, concretamente a la imputación (dolo o culpa) y al daño indemnizable, a la situación del daño moral y al abuso del derecho.

Por último, hacemos mención a la situación en el derecho comparado, para culminar entregando nuestras conclusiones.

I.- PARTE TEÓRICA

1. NOCIONES SOBRE LA FAMILIA

La familia como institución se remonta a los albores de la humanidad, sin parar de evolucionar hasta la configuración que le conocemos actualmente. Sin perjuicio, siempre se ha erigido como un espacio de contención, de protección para sus miembros, para el desarrollo de alianzas, incluso en algún periodo para la concreción de negocios, pero en general la familia se convirtió en ese lugar de refugio donde se satisfacen las necesidades más básicas de sus miembros, desde lo reproductivo, lo afectivo, la crianza, la educación, etc., todos aspectos que se desarrollan en base a ella.

La noción de familia ha ido transformándose con el paso del tiempo, yendo desde la conformación de las tribus ancestrales hasta la delimitación con la que hoy en día la conocemos. En culturas como la romana, por ejemplo, estaban incluidos los sirvientes y esclavos y en general, todos quienes se encontraban reunidos en un hogar bajo la potestad del *páter familias*.

Posteriormente, con el auge de las religiones, la familia fue percibida por una alianza entre linajes bajo la figura del matrimonio, aunque las razones de estas uniones eran en general, de orden económico, político, e incluso militares. Siempre, incluso con la secularización del matrimonio, se entendió a éste como el elemento legitimador para la formación de una familia, estando constituida por los cónyuges y los hijos nacidos de esta relación.

Recién en el último tiempo, con el avance de la sociedad se ha dado reconocimiento como familiares a vínculos no basados en el matrimonio, como

sucedió con la regulación del acuerdo de unión civil, o la igualación de los derechos de los hijos nacidos fuera del matrimonio, quedando por cierto aún temas pendientes, como por ejemplo lo referente al matrimonio igualitario o la adopción por parejas del mismo género.

Así constituida, la familia¹ ha sido un espacio de satisfacción de las necesidades más básicas, como la procreación, la protección, alimentación, cuidado, la educación, y en general la satisfacción de necesidades materiales y espirituales².

2. FAMILIA Y DERECHO DE FAMILIA

Así, ya adentrándonos en un aspecto más jurídico, diremos que la relación entre los distintos miembros del grupo familiar, entraba una serie de situaciones de hecho, que, a su vez, encarnan en asuntos que al Derecho le ha ido correspondiendo regular, tanto en sus particularidades, en sus requisitos, como en sus efectos; tanto en lo relacionado con la pareja, como entre padres e hijos, en lo personal como en lo patrimonial. Tal es la relevancia que se ha reconocido a la familia, que, en el campo jurídico, nuestro ordenamiento en la propia constitución política la reconoce como la base fundamental de la sociedad.

Así, se ha entendido que cosas que antes pertenecían a la esfera de lo privado, o que correspondían a las prerrogativas de los padres, o del marido, hoy merecen la atención de la sociedad, y por ende la autoridad ha venido a

¹ Para Del Picó (2011, p. 34), la familia considerada desde el punto de vista de la filiación es “un grupo social formado por los miembros que integran el hogar, emparentados entre sí por lazos de sangre, adopción o matrimonio, incluyéndose las uniones consensuales cuando son estables, es decir, basadas en la progenie común”.

² Véase Lepin (2017), pp. 16 y siguientes.

normarlas. Así fue surgiendo el Derecho de Familia como especialidad dentro del Derecho encargada de regular las relaciones de familia y sus efectos, estableciendo derechos, deberes y sanciones frente a su inobservancia o al ejercicio desmedido de los primeros. Estos mismos derechos han ido evolucionando y las instituciones jurídicas del derecho familiar han ido cambiando bajo el influjo de principios como el de la igualdad de sus miembros, el interés superior del niño, niña o adolescente, la no discriminación, la proscripción de la violencia contra la mujer y los hijos, etc.

Por ello es que se ha hecho necesario que el ordenamiento jurídico brinde protección y regule los diversos aspectos de este grupo trascendental para la sociedad. Así nace el derecho de familia, el que es definido por Del Picó (2016) como “el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones personales y patrimoniales de los integrantes de la familia entre sí y respecto de terceros. Su contenido comprende fundamentalmente las relaciones de pareja y las relaciones de filiación”³.

Dados los especiales caracteres y las delicadas relaciones que surgen de la familia y sus integrantes, es que esta disciplina se erige como una especialidad bastante particular, puesto que el contenido de sus normas, está bastante permeado por conceptos valóricos, religiosos, morales, etc., siendo una rama de lo que tradicionalmente se ha considerado como derecho privado, pero con una gran cantidad de normas de orden público, lo que también hace que se plantee por algunos como una disciplina *sui generis*, con caracteres de derecho público y de derecho privado, puesto que por un lado se trata de conciliar el interés público que

³ Del Picó (2016), p.28.

reviste la institución de la familia, con la autonomía de la voluntad de sus integrantes, siendo dos aspectos que en la práctica se tornan difíciles de conciliar. Instituciones como el matrimonio, tienen un origen religioso y por lo mismo, un marcado contenido ético o moral, pero que a la vez provoca efectos patrimoniales que deben ser atendidos, como el destino de los bienes adquiridos durante su vigencia, o los propios de los cónyuges, etc., regulándose asimismo sanciones frente al incumplimiento de los mismos, como por ejemplo, aquellas que permiten la separación judicial de bienes en el caso de la mujer casada en sociedad conyugal, o las que posibilitan solicitar la separación judicial o el divorcio por falta imputable al otro cónyuge, entre otras.

3. FAMILIA Y RESPONSABILIDAD CIVIL

Fruto de este especial contenido del derecho familiar, marcado por un fuerte componente moral, se ha instalado la discusión de si es o no aplicable una institución que es propia del derecho patrimonial, como lo es la de la responsabilidad civil, asunto que, en general ha sido obviado por quienes normalmente tratan este último tema, es decir, si las normas del Código Civil contenidas en los artículos 2314 y siguientes, son aplicables a las relaciones de familia. Convengamos eso sí, que en el pasado, dadas las instituciones vigentes en que el matrimonio era indisoluble, el marido tenía todo el control sobre los bienes propios y los de la mujer, tenía potestad absoluta sobre ella y sus hijos y en definitiva era el amo y señor de la familia en todos sus aspectos, donde éste estaba facultado moralmente y también en lo jurídico para corregir a su familia, para incluso enviar a la cárcel a su hijo para que enriera el rumbo; se entendía

que existía una inmunidad familiar, por así llamarla, que impedía desde todo punto de vista cualquier tipo de reparación que pudiera darse entre cónyuges o entre padres e hijos⁴.

No es sino fruto del cambio en los paradigmas del derecho de familia durante los últimos decenios, donde se produjo una igualación de derechos entre los miembros de la familia, donde se admite la posibilidad del divorcio vincular, incluso sin expresión de causa, entre otras reformas, que surge la interrogante de la posibilidad de una reparación civil frente a los daños provocados entre los cónyuges, por infracción a sus deberes personales emanados del matrimonio⁵.

Es por ello que en este afán igualador y reconociendo la posibilidad de que en el seno familiar existan conductas que pueden provocar un perjuicio a otro u otro miembro de la familia, sea este un perjuicio material o moral, es que se han impuesto sanciones especiales, pero además ha surgido la duda de si es posible la aplicación del régimen de la responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares.

3.1. Posiciones sobre la admisión de la responsabilidad civil en el derecho familiar

Si bien es cierto, existen normas puntuales que plantean la posibilidad de resarcimiento, otras que, a su vez, las niegan, y asimismo, otras que contienen sanciones especiales; no existe en nuestro ordenamiento jurídico una norma que se pronuncie en uno u otro sentido, por lo que surge la interrogante de la aplicabilidad de la responsabilidad civil al marco de las relaciones familiares.

⁴ Véase Otárola (2015), pp. 11 y ss.

⁵ Véase Valenzuela (2012), pp. 242-245.

Las respuestas a estas interrogantes han sido disímiles. Según Corral (2013), existen tres tipos posibles: una negativa, una afirmativa y una intermedia⁶.

La primera, niega la posibilidad de esta aplicación fundada en la autonomía y características especiales del derecho de familia, por lo que no se podrían aplicar ni a las relaciones entre cónyuges ni entre padres e hijos. Se afirma que este tipo de vinculación tiene un componente ético y por lo mismo los deberes emanados de ellas también lo son, estableciendo en consecuencia el derecho familiar sanciones especiales. Algunos reconocen que se trata de deberes jurídicos, pero con una juridicidad "limitada"⁷, de modo que no habilita para resarcir un perjuicio. También, como indica este autor, la paz familiar es un factor que impediría los litigios entre miembros de una misma familia, puesto que dejarían heridas imposibles de reparar, o por lo menos muy difíciles de sanar.

La segunda perspectiva es la de la aplicación sin obstáculo para las normas de la responsabilidad civil en el derecho familiar. Ésta, en un principio, se encarga de responder a lo que plantea la posición anterior, e indica que los deberes emanados de las relaciones de familia, aun cuando tengan un contenido ético, no dejan de ser normas jurídicas y, en consecuencia, sancionables. Que existan sanciones diversas de la patrimonial, no implica que no se pueda resarcir el perjuicio de este tipo, pues estamos hablando de aspectos diferentes, mas no incompatibles. En caso contrario se rompería la unidad del sistema civil, y se establecería una inmunidad que la ley no ha establecido, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en los sistemas del *common law*, donde tradicionalmente se

⁶ Véase Corral (2013), p. 342 y ss.

⁷ Por ejemplo, Hernández, citado por Vargas (2015), p. 61.

consideró que los cónyuges al momento del matrimonio, pasaban a conformar una suerte de persona jurídica diversa de ellos individualmente considerados, y por lo mismo, es imposible concebir que uno demande al otro⁸. Así entonces, la proscripción de esta posibilidad además sería una injusticia para la víctima que no podría obtener el resarcimiento de un daño provocado por la infracción de alguno de los deberes que el matrimonio o la filiación le impone a aquel cónyuge, padre o madre incumplidor. Cornejo (2012) menciona que no es posible concebir que la admisión de la responsabilidad civil atentaría contra los vínculos de solidaridad que deben existir en la familia, sino que, al contrario, esto haría que sus integrantes tomaran mayor conciencia de sus actos, alertándoles que, si causan daños, deben responder. Asimismo, señala que, en todas las relaciones familiares se producen daños, de mayor o menor entidad, y que la gran diferencia entre admitir la responsabilidad civil o no, es que estos sean resarcidos o por el contrario queden impunes. También respecto a la desincentivación del matrimonio, que se ha utilizado como argumento para rebatir la cabida de la responsabilidad entre cónyuges, señala que esto no es efectivo, pues este es un instituto que no se circunscribe a las relaciones conyugales, sino que, a otros tipos de relaciones familiares, como entre padres e hijos e incluso entre convivientes civiles, y que la disminución de la tasa de matrimonios obedece a otros factores: sociológicos, culturales, etc. A su vez, no se alteran los deberes entre padres e hijos ni el deber de educación o crianza, sino que sólo se le establece límites a las prerrogativas que tienen estos actores, puesto que, dado el proceso de constitucionalización del

⁸ Véase Carapezza (2016), p. 265.

derecho de familia, éstas tienen como límite el ejercicio de los derechos fundamentales garantizados por la Constitución⁹.

La tercera posición, que como señala Corral (2013), es una intermedia, plantea la aplicación de la responsabilidad civil, pero de manera “modulada o adaptada al contexto y a la naturaleza especialísima de las relaciones familiares”¹⁰. Para él, la aplicación de las normas patrimoniales como si de extrañas personas se tratara, conspiraría contra la relación de confianza entre los miembros de la familia, que los hace desenvolverse tal como son en el seno familiar, pero ello no quiere decir que se trate de una relación de impunidad frente a los daños que con ocasión de la infracción de los deberes familiares se cometan, debiendo mantenerse a salvo el derecho del afectado para obtener una justa reparación del daño, el que es superior a la mera mantención de la paz familiar. Este autor propone en definitiva la aceptación de la responsabilidad, pero bajo ciertos supuestos especiales: en materia de antijuridicidad sólo se consideren incumplimientos graves a deberes fundamentales del matrimonio o la filiación; respecto de la imputabilidad, que se pruebe dolo o culpa grave, y en materia de daño el umbral tolerable debe ser mayor, precisamente por las relaciones que la familia supone, tanto en lo adverso como en lo favorable.

En ese sentido, Montecinos (2011) plantea que “el deber de diligencia que se debe tener en las relaciones familiares no puede dejar de lado la dinámica de ésta, ya que, en el ámbito indicado, las personas se comportan de manera muy distinta a como habitualmente se conducen en la vida de los negocios o la vida

⁹ Véase Cornejo (2012), pp. 19 y ss.

¹⁰ Corral (2013), p. 344.

social en general. Por eso que muchas conductas consideradas antijurídicas en términos generales de la vida diaria comercial, por ejemplo, no deberían ser considerados antijurídicos mirados desde la dinámica familiar”¹¹.

Estas tres posiciones coinciden como puede apreciarse en la especialidad de la relación familiar, pero difieren evidentemente en la posibilidad de resarcir o no el daño que uno de los miembros cause a otros, teniendo en todos los casos, consecuencias bastante diversas.

¹¹ Montecinos (2011), p. 36.

II.- PARTE EMPÍRICA

1.- EL DERECHO DE FAMILIA

Esta especialidad dentro del Derecho es “el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones personales y patrimoniales de los integrantes de la familia entre sí y respecto de terceros. Su contenido comprende fundamentalmente las relaciones de pareja y las relaciones de filiación”¹². Sin ahondar en el concepto de familia, su existencia entraba en que esta disciplina esté impregnada de una serie de características especiales, derivadas a su vez de la especial consideración que a su respecto se ha tenido durante nuestra historia, y asimismo, se va modificando en la medida que la noción de aquella y el estatus de sus integrantes va variando.

Así, al pasar de la autoridad sin contraposición del padre de familia al reconocimiento de los derechos de las mujeres, los niños y de las relaciones entre todos al interior de la misma, ha derivado en que, por un lado, se haya dado inicio a la existencia del derecho familiar, para luego ir modificando su estructura y sus características y principios fundamentales. La marcada influencia del derecho canónico, por ejemplo, en todo lo derivado del matrimonio y la filiación matrimonial es perfectamente reconocible en la historia de la disciplina. La integración de la mujer a la vida académica y laboral, el surgimiento de los hijos nacidos de relaciones extramatrimoniales, las parejas unidas en forma externa al matrimonio, la diversidad de género, etc., la evolución de las concepciones morales y religiosas de la sociedad han ido influyendo y lo seguirán haciendo, en los distintos

¹² Del Picó (2016) p.28.

cambios y evoluciones que la noción de familia y el derecho familiar en sí mismo han tenido y están teniendo en nuestros días.

A su vez, a cada momento se presentan nuevas realidades y desafíos para la regulación por esta especialidad, como alguna vez fue la existencia de hijos fuera del matrimonio, que tras un largo periodo histórico llevó a la igualación de condiciones frente a los nacidos bajo su alero. Hoy tenemos los asuntos derivados de la migración, en cuanto a las relaciones de filiación, etc. que van planteando nuevas tareas para el legislador, para la doctrina y para la jurisprudencia.

1.1. Contenido del Derecho de Familia

Son precisamente las instituciones, los actos jurídicos y sus efectos, emanados de estas relaciones de familia, las que constituyen su contenido. Así, la institución históricamente central de esta rama del Derecho ha sido el matrimonio y todos sus efectos, tanto personales, como patrimoniales. De allí que formen parte del Derecho Familiar los requisitos para contraerlo, tanto de forma como de fondo, los regímenes patrimoniales, las relaciones entre los cónyuges, e incluso la regulación de su fase crítica, tanto en cuanto a la separación conyugal, el divorcio y la extinción por la muerte de alguno de los cónyuges¹³. También, lo relativo a las relaciones entre padres e hijos, la determinación de la filiación paterna y materna, los derechos y deberes paterno filiales, el cuidado personal, la patria potestad, el derecho de alimentos, la relación directa y regular; en el último tiempo, las uniones no matrimoniales como en el acuerdo de unión civil, y principalmente por la labor de la jurisprudencia, las uniones de hecho y si es que tienen algún efecto

¹³ Véase Ídem nota 12, pp.29-30.

reconocible por el ordenamiento jurídico, entre quienes forman parte de las mismas, etc.

Ahora bien, como señalan Diez Picazo y Guillón citados por Lepin (2017) “son constitutivas del Derecho de Familia las normas de organización de las relaciones familiares básicas y las que resuelven los conflictos de intereses que dentro de estas relaciones se pueden plantear. No son, en cambio, normas del Derecho de familia aquellas otras que, aunque tengan en cuenta el fenómeno familiar o protejan un interés familiar, objetivamente debe entenderse que forman parte de otras disciplinas (p. Ej. El Derecho tributario o laboral)¹⁴”.

1.2. Ubicación del Derecho Familiar dentro de las ramas del derecho

Históricamente se ha considerado al derecho de familia como parte del derecho privado, puesto que regula las relaciones entre particulares o bien entre éstos y entes del Estado, pero actuando como particulares y no las relaciones entre estos y órganos del Estado, actuando bajo dicha investidura.

Sin embargo, las normas del derecho familiar están marcadas por una marcada presencia de normas de orden público, es decir, cuyo contenido no puede ser modificado a destajo por las partes, sino que sólo dentro del marco que la propia norma permite, lo que llevaría a algunos a pensar que estaríamos en realidad en presencia de una especialidad dentro del derecho público, no obstante, como indica López (2005), una cosa es el contenido de la norma en

¹⁴ Lepin (2017) p. 44.

cuanto a la posibilidad de disposición, y otro distinto las relaciones que regule la norma, las que, como sabemos, siguen siendo entre particulares¹⁵.

Ahora bien, en los últimos decenios, el Estado ha puesto un especial interés en la familia y las relaciones entre sus miembros, al punto de considerarla la base fundamental de la sociedad, como indica el constituyente chileno de 1980, llegándose a hablar de una constitucionalización de la disciplina que nos ocupa, lo que implicaría al menos, dos cuestiones fundamentales: Primero, “la recepción constitucional de derechos y principios provenientes de las divisiones en que tradicionalmente se separa el Derecho, para dotarlos de la protección que entrega la norma fundamental. En segundo lugar, importaría la obligatoriedad directa de las normas y principios así recogidos, para todos los órganos del Estado, incluidos sus tribunales y particulares”¹⁶.

Es por ello que López (2005) indica que el derecho de familia forma parte del derecho privado, al regular las relaciones comunes de los integrantes de la familia, pero que reconoce ciertas particularidades en virtud del papel restringido que en la disciplina juega el principio de la autonomía de la voluntad, que baña el derecho civil o común, aunque por los fenómenos que ya hemos ido comentando, se ha ido acercando al derecho público, debido a la preocupación que han manifestado los Estados hacia su organización, estabilidad y constitución¹⁷.-

¹⁵ Véase López (2005), p. 16.

¹⁶ Lathrop (2017), p. 330.

¹⁷ Ídem nota 15.

1.3. Características del Derecho de Familia

Siguiendo a Lepin (2017)¹⁸, podemos señalar que esta disciplina posee las siguientes características:

a) *Genera efectos personales y patrimoniales.* Como hemos dicho, las relaciones familiares entran en dos tipos de efectos, los personales, como los de fidelidad, cohabitación, respeto y protección recíprocos en el matrimonio, o las relaciones paterno filiales, el cuidado personal y la relación directa y regular; y los patrimoniales, como los regímenes patrimoniales en el matrimonio y en el acuerdo de unión civil, o el derecho de alimentos. Los primeros no pueden cumplirse coercitivamente, trayendo aparejadas diversas consecuencias frente a su inobservancia, aunque no por ello excluyentes de una eventual indemnización de perjuicios, como diremos más adelante en nuestro estudio; mientras que en los deberes patrimoniales existen formas de exigir su cumplimiento, por ejemplo, en el caso de las pensiones alimenticias, aunque sometidas a normas especiales de las de la ejecución civil a secas.

b) *tiene un rol protector de los más débiles.* Debido a que los integrantes de la familia tienen ciertos papeles o reúnen determinadas características que los ubican en una situación de asimetría en sus relaciones, como por ejemplo entre los padres y los hijos, o entre el cónyuge que desarrolla una actividad lucrativa fuera del hogar versus el que se dedica al cuidado de los hijos y el hogar común – rol tradicionalmente ejercido por la mujer – el derecho de familia se ha encargado de regular esta situación y establecer normas que van en protección del integrante más débil, por ejemplo en la institución del patrimonio reservado de la mujer

¹⁸ Véase Lepin (2017) pp.44 y ss.

casada en sociedad conyugal que ejerce una actividad económica separada de la de su marido (artículo 150 del Código Civil), o bien en las normas sobre protección de la infancia y adolescencia, entre otras. Personalmente, echo de menos una protección más irrestricta de los derechos de los adultos mayores, que muchas veces se ven postergados e incluso fuertemente vulnerados en sus derechos, desposeídos de sus bienes, relegados a lugares secundarios dentro del hogar, entre otros abusos que, sólo tienen como respuesta la posibilidad de ser objeto de un juicio por violencia intrafamiliar, pero que, por diversos motivos, se ven también desplazados en la sede jurisdiccional, frente a la protección que se pretende dar a la mujer y a los niños, niñas y adolescentes (que también deben ser protegidos, por cierto). Quizás sea necesario el establecimiento de un proceso como el de aplicación de medidas de protección, pero esta vez a favor de los ancianos que, debido al paso de los años que hacen mella en su salud física como psíquica, son sujetos de abusos por parte de sus hijos ya adultos, y otros parientes, quienes, en vez de cuidarles en su senectud, les tratan como a un mueble que ya no sirve.

c) *establece vínculos intuito personae*. Es decir, que los actos jurídicos de familia son otorgados en especial atención a la persona del otro contratante, por ejemplo, en el matrimonio o en el acuerdo de unión civil.

d) *es una disciplina que se centra en la condición de persona o estado civil*. Puesto que todos los derechos, deberes y obligaciones propios del derecho familiar se basan en la ubicación de un individuo como persona determinada dentro de una familia determinada. Así, se tendrán derechos y obligaciones por ser padre, por ser hijo, marido, mujer, etc. respecto de otras personas que a su vez son padre, madre, cónyuge, etc.

e) *en las normas de familia existe un interés social comprometido*, el que se refiere a permitir el pleno desarrollo material y espiritual de sus integrantes, con estricto respeto a sus derechos fundamentales.

f) *contiene normas de orden público familiar*. Es decir, normas que no pueden ser dispuestas por las partes, que tienen sus efectos predeterminados por el legislador, quedando sólo a la facultad de las personas el adscribirse a dicho acto y sus efectos. El caso más claro es el del matrimonio, en el que sólo tenemos permitida su celebración, y la elección de un régimen patrimonial, e incluso el de modificarlo en el futuro, pero no podemos modificar, por ejemplo, la aplicación de las normas de la sociedad conyugal, o alterar la filiación de los hijos matrimoniales – salvo en los casos y formas permitidos por la ley – etc.

g) *Crea derechos-deberes familiares*. Al ser las relaciones de familia indisponibles por las partes, el legislador establece frente a una determinada situación derechos que al mismo tiempo son deberes. En general los deberes entre padres e hijos, desde la perspectiva de los primeros tendrán este carácter, así, el padre tiene el derecho a relacionarse de manera regular y directa con sus hijos, pero al mismo tiempo tiene el deber de hacerlo, y sólo es un derecho desde la perspectiva del hijo.

h) *es más un derecho de principios que un derecho de reglas*. Al establecer el legislador una judicatura especializada de familia, también le ha dado un mayor poder de actuación y de decisión, todo con el fin de abordar con la mayor integralidad posible las problemáticas propias de las familias, que, por lo general, como sabemos, no son un tema aislado, sino que involucra una serie de situaciones de relevancia jurídica. Así, problemas con el pago de una pensión de

alimentos, por regla general traen aparejados problemas en el ejercicio de la relación directa y regular, disputas en el cuidado personal de los hijos, etc. En base a los principios que ordenan el derecho de familia, el juez podrá decidir estas materias, incluso pasando por alto las normas positivas, cuando estas se opusieren al sentido y alcance de los principios, algunos de ellos e importancia capital a la hora de resolver las materias sometidas a su conocimiento como, por ejemplo, el interés superior del niño.

2.- DE LA CABIDA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DERECHO DE FAMILIA

En nuestro ordenamiento jurídico, no existe una norma expresa que autorice la aplicación del sistema de responsabilidad civil en el ámbito de las instituciones normadas por el derecho de familia, como el matrimonio, el acuerdo de unión civil o en las relaciones derivadas de la filiación, sino que sólo existen ciertas normas que, para casos concretos, acepten la indemnización por los perjuicios causados.

Por ejemplo, el artículo 130 del Código Civil, que obliga a la indemnización de perjuicios en lo relativo al impedimento de segundas nupcias¹⁹, por la mujer que contrae nuevo matrimonio y el nuevo marido, cuando lo hubiere contraído antes del término que indica la ley y existiere incertidumbre respecto a la

¹⁹ Artículo 130 inciso 2º *“Serán obligados solidariamente a la indemnización de todos los perjuicios y costas ocasionados a terceros por la incertidumbre de la paternidad, la mujer que antes del tiempo debido hubiere pasado a otras nupcias, y su nuevo marido”*.

paternidad del hijo; el artículo 141 en su inciso final²⁰, cuando a propósito de la declaración de un bien como familiar, el cónyuge beneficiario hubiere actuado fraudulentamente; el artículo 197 inciso 2^o²¹ del mismo cuerpo legal, para los casos de una acción de filiación ejercida de mala fe o con le propósito de lesionar la honra del demandado; el artículo 328²² para efectos de los alimentos obtenidos con dolo, entre otros del mismo cuerpo legal²³. Asimismo, el artículo 11 de la Ley 20.066, que establece la obligación del condenado por un acto de violencia intrafamiliar al pago de los desembolsos y perjuicios de carácter patrimonial que se hubieren ocasionado a la víctima con ocasión de la comisión de los actos de violencia intrafamiliar²⁴.

En materia de acuerdo de unión civil, el artículo 26 letra e) de la Ley 20.830, que señala en su inciso 4º que la falta de notificación del acta de término del mentado acuerdo no afectará su finalización, pero sí hará responsable al contratante negligente de los perjuicios que la ignorancia de dicho término pudiera ocasionar al otro.

²⁰ Artículo 141 inciso final: *“El cónyuge que actuare fraudulentamente para obtener la declaración a que refiere este artículo, deberá indemnizar los perjuicios causados, sin perjuicio de la sanción penal que pudiere corresponder”*.

²¹ Artículo 197 inciso 2º. *“La persona que ejerza una acción de filiación de mala fe o con el propósito de lesionar la honra de la persona demandada es obligada a indemnizar los perjuicios que cause al afectado”*.

²² Artículo 328: *“En el caso de dolo para obtener alimentos, serán obligados solidariamente a la restitución y a la indemnización de perjuicios todos los que han participado en el dolo”*.

²³ Véase también artículos 256, a propósito de la responsabilidad del padre en la administración de los bienes del hijo; el artículo 1768 sobre la ocultación o distracción de bienes de la sociedad conyugal, y el artículo 1771 sobre pérdida o deterioro de bienes en la sociedad conyugal.

²⁴ Véase Lepin, 2017, pp. 487-488.

A su vez, el artículo 489 del Código Penal, que establece una exención de responsabilidad penal a los parientes que en dicha norma señala, pero indicando que estarán sujetos a la responsabilidad civil²⁵.

De allí es que se hayan planteado discrepancias en torno a si existe la posibilidad de dar cabida a la aplicación de la responsabilidad civil en la materia, o por el contrario si ello no es factible en nuestro derecho. Así, han nacido dos posiciones, una que niega la posibilidad de reparación del daño producido al interior de la familia, y otra que admite dicha reparación, con dos variantes, una que indica la posibilidad general de aplicación de las normas de la responsabilidad, y otra que la admite para ciertos casos de especial gravedad, o sometido a reglas especiales.

2.1. POSICIÓN QUE NIEGA LA POSIBILIDAD DE APLICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LAS RELACIONES DE FAMILIA

Esta posición se sustenta en las concepciones clásicas que se han tenido del Derecho de Familia. Así, se habla de la imposibilidad de aplicación de la responsabilidad civil, por ser el Derecho de Familia una disciplina especial, con un contenido más ético que jurídico, y con sanciones propias, y asimismo por la inmunidad y la estabilidad familiar, siendo estas últimos especialmente,

²⁵ Artículo 489 Código Penal: *“Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil por los hurtos, defraudaciones o daños que recíprocamente se causaren:*

- 1.º Los parientes consanguíneos en toda la línea recta.*
- 2.º Los parientes consanguíneos hasta el segundo grado inclusive de la línea colateral.*
- 3.º Los parientes afines en toda la línea recta.*
- 4.º Derogado.*
- 5.º Los cónyuges.*
- 6.º Los convivientes civiles.*

La excepción de este artículo no es aplicable a los extraños que participaren del delito, ni tampoco entre cónyuges cuando se trate de los delitos de daños indicados en el párrafo anterior.

Además, esta exención no será aplicable cuando la víctima sea una persona mayor de sesenta años”.

concepciones que se tienen partiendo de una noción clásica de la familia, donde era más importante ésta que los sujetos que la componían, situación que, al día de hoy, ha variado considerablemente.

2.1.1. Especialidad del Derecho Familiar ²⁶

Según esta posición, las normas del derecho de familia, debido a su marcado contenido ético, se apartarían de las normas jurídicas propiamente tales, del resto del ordenamiento; obedecen a concepciones morales que impiden la exigibilidad de su cumplimiento, por lo que no estarían sujetas, por ejemplo, al juicio ejecutivo del Código de Procedimiento Civil.

Para Vargas (2015) este fundamento arranca desde lo que el profesor René Abeliuk, en su obra “las Obligaciones” expresa al distinguir el deber jurídico de las obligaciones, cayendo las normas del derecho de familia en la categoría de deberes específicos de conducta²⁷.

En efecto, Abeliuk (2014) expresa que “Tales son la mayor parte de los deberes de familia que rigen las relaciones no pecuniarias entre padres e hijos, cónyuges entre sí, etc. Se diferencian fundamentalmente de las obligaciones propiamente tales, en que por el contenido moral y afectivo que suponen, no son susceptibles ni de ejecución forzada ni de indemnización de perjuicios en caso de infracción”²⁸.

Así entonces, se entiende que, al no tratarse de obligaciones, sino de deberes específicos, no podría llevarse a efecto compulsivamente su cumplimiento

²⁶ En este punto, seguimos el orden del profesor Lepin (2017), pp.489 y ss, y Lepin (2015), pp. 414 y ss.

²⁷ Véase Vargas (2015), p. 60.

²⁸ Abeliuk (2014), p. 37.

en caso de inobservancia, y no podría entonces exigirse el pago de una indemnización.

Por su parte, fruto de esta especialidad, sólo pueden aplicarse sanciones para el incumplimiento de los deberes emanados del derecho familia, en la medida en la disciplina contemple una determinada consecuencia para ello. Por ejemplo, la infracción de ciertos deberes emanados del matrimonio trae como consecuencia el hecho de poder solicitar la separación judicial o el divorcio por causal imputable al otro cónyuge.

Teniendo el derecho de familia un carácter eminentemente ético, siendo en general los derechos y deberes emanados de las relaciones de familia de un carácter moral, no puede ser aplicado un estatuto propio del derecho patrimonial, puesto que las instituciones de familia no admiten el cumplimiento forzado de sus obligaciones. Así, por ejemplo, no podemos obligar a los cónyuges a amarse o la mujer a mantener relaciones sexuales con su marido, sino que estamos en presencia de la representación de situaciones “deseables” o si se prefiere “esperables” dentro del contexto familiar, de modo entonces que no puede enturbiar el ejercicio de la relación al interior del núcleo familiar, con la posibilidad de obtener una indemnización de perjuicios, frente a cualquier conflicto.

Siendo las relaciones de familia abarcadas por un estatuto especial, las sanciones frente a las inobservancias también serán especiales, alejadas del contenido patrimonial, salvo en los casos en que el legislador expresamente y por razones de particular consideración haya establecido dicha obligación.

Mauricio Tapia (2015) defiende esta posición señalando que los principios del derecho patrimonial civil y los del derecho de las familias – como él llama a la

disciplina – son diversos y sin punto de encuentro. Así, “el derecho patrimonial se sustenta en principios de libertad (autonomía de la voluntad y libertad de adquisición de bienes) y de justicia, ya sea conmutativa para los contratos o correctiva para la responsabilidad civil (...)”, mientras que las relaciones de familia “se fundan, en esencia en los principios de igualdad, de solidaridad familiar, de respeto recíproco y de protección del interés superior del hijo y del cónyuge menos favorecido”²⁹, de modo que parten de realidades antropológicas diversas: por un lado el individualismo en que cada parte defiende a ultranza sus propios intereses, y por el otro, el altruismo, la solidaridad, las afinidades y afectos. De allí que para el autor estemos en presencia de vertientes del Derecho que en la base son inconciliables, por lo que no procede en ningún caso la intromisión de una de las áreas en la otra, partiendo desde allí la imposibilidad de aplicar el estatuto resarcitorio civil a las instituciones familiares. Aunque, de todas formas, el legislador, en casos de excepción hace remisiones expresas y particulares a normas del derecho patrimonial, pero ello “es porque entiende que en principio ninguna de ellas se aplica en términos generales a este ámbito del Derecho Privado”³⁰.

Esta posición no considera a los deberes emanados de las relaciones de familia como deberes jurídicos sino como morales, y aun cuando fueran de derecho no serían exigibles, por lo que malamente podrá permitirse un resarcimiento de un supuesto perjuicio que no tiene por contenido más que una afectación desde lo moral, por muy reprochable que fuere desde un punto de vista

²⁹ Tapia (2015) p. 355.

³⁰ Ídem, nota 29, p. 363.

valórico. Por ello no sería indemnizable la infidelidad, o la falta de amor, o el hecho del abandono de los hijos o de la pareja, entre otros, además que el legislador estableció para estas situaciones, sanciones propias de la especialidad, como por ejemplo ser causales de separación judicial o de divorcio³¹.

En relación a este carácter de especialidad del derecho de familia, existe jurisprudencia como aquella de la Corte de Apelaciones de Santiago en Rol 7738-2007³², que para el caso del adulterio, plantea en síntesis, que éste siempre ha sido calificado como infracción a un deber personal del matrimonio y no un delito o cuasidelito civil, siendo el Derecho de Familia el que se encarga de regular las consecuencias de su infracción (Considerando Décimo Noveno) y que incluso, si consideráramos la aplicación de las normas del derecho patrimonial, nos encontraríamos con la dificultad para encuadrarnos con los elementos de la responsabilidad civil, no pudiendo afirmar que el adulterio pudiera ser cometido con dolo o incluso con culpa, puesto que no se puede tener la intención de ser infiel y dañar al otro cónyuge, ni menos ser infiel por mera negligencia o por un descuido (Considerando Vigésimo)³³, situación que fue ratificada por la Excma.

³¹ En efecto, el artículo 26 de la Ley de Matrimonio civil indica que *“La separación judicial podrá ser demandada por uno de los cónyuges si mediare falta imputable al otro, siempre que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común”*. A su turno, el artículo 54 de la misma ley lo señala en términos similares para el divorcio por culpa.

³² Caratulado “Prado Cuevas con Alcalde Ochagavía”. En sus considerandos Cuarto al Décimo Octavo se encarga de realizar un análisis de el derecho de familia y sus principios, el derecho de familia, naturaleza de las obligaciones y derechos que se generan por el vínculo de familia, el adulterio, su naturaleza jurídica, la responsabilidad civil derivada de éste, para terminar, desestimando su procedencia.

³³ Véase Larroucau (2010), p. 199-206, quien realiza un comentario crítico a esta sentencia, indicando que la base dogmática de este fallo es errada, puesto que, por ejemplo, la autonomía de la voluntad en la que se basa el derecho de familia es diversa de aquella en la que tiene su fundamento el derecho patrimonial, por lo que no pueden ser comparables con el fin de descartar la procedencia de la reparación en el ámbito de la disciplina que nos ocupa.

Corte Suprema conociendo el recurso de casación en el Fondo que, respecto de la resolución en comento se dedujera, Rol 263-2010³⁴.

2.1.2. El principio del *Non bis in ídem*

Este principio que constituye uno de los pilares del Derecho Penal, y del derecho sancionatorio en general, que implica que no se puede juzgar o sancionar a una persona en base a unos mismos hechos. Su principal aplicación e importancia la reviste en el área penal, pero ello no implica que no sea aplicable a otros ámbitos del derecho, como el derecho administrativo sancionador, incluso a las normas punitivas del derecho civil. Aunque digamos que en el ámbito que nos ocupa en este trabajo, lo que se ha dicho es que concebir una indemnización de perjuicios en los casos en que se ha infringido un deber derivado de las relaciones familiares y que trae una pena o castigo establecido en el estatuto especial constituido por el derecho de familia sería inconcebible, pues ello implicaría una doble sanción para una misma conducta³⁵.

Para esta posición, estaríamos frente a una doble sanción si se admitiera la responsabilidad civil frente a la infracción de deberes emanados del derecho de familia. Ya que estaríamos pretendiendo, por un lado, aplicar la sanción especial que contempla el legislador en la materia, por ejemplo, ser causal de divorcio, y por otro, pretender una indemnización de perjuicios, en circunstancias que ya existe una consecuencia frente a dicha conducta, lo que sería entonces contrario a dicha aplicación. Según Otárola (2015), respecto al caso de incumplimiento de

³⁴ Cuyo contenido en los aspectos que interesan a esta investigación pueden encontrarse en Lepin (2015b), ficha 432, pp. 1094 y ss.

³⁵ Véase Lepin (2017) pp.493-494.

deberes maritales, quienes propugnan este argumento entienden que los estatutos de la responsabilidad civil y el derecho de familia son incompatibles porque, “la naturaleza punitiva que se asigna a la condena pecuniaria que a partir de dicho incumplimiento marital se origina, como también a las sanciones civiles del Derecho de Familia es la misma en cuanto ambas persiguen castigar al culpable”³⁶.

Desde ya, debemos formular nuestros reparos a este argumento, puesto que se confunden dos funciones distintas, como son la sanción frente a la reparación, siendo la primera, en términos simples el castigo, la consecuencia por el incumplimiento, mientras que la segunda se refiere a dejar a la víctima indemne. Así, la responsabilidad civil no busca castigar al autor de la conducta lesiva, sino que busca reparar el daño que dicha conducta ha provocado en la víctima.

En ese mismo sentido, Corral (2017) refiriéndose a la infracción del deber de fidelidad, plantea que el hecho de que exista una sanción para su vulneración no quiere decir que no genere también responsabilidad civil, “ya que esta no es una sanción; es sencillamente un instrumento idóneo para permitir al perjudicado obtener la reparación del daño causado ilícitamente. Por ello no se infringe el principio de prohibición de doble incriminación (non bis in ídem) cuando concurre una sanción civil propia del Derecho de Familia y la indemnización por los daños causados al violarse deberes conyugales”³⁷.

Incluso, si pensamos en el derecho penal, donde este principio tiene su mayor relevancia y consagración, “queda a salvo la posibilidad de accionar

³⁶ Otárola (2015), p. 38.

³⁷ Corral (2017) p. 125.

civilmente”³⁸, por lo que claramente se entiende que la responsabilidad civil tiene un carácter resarcitorio, distinto del punitivo.

Así entonces, quienes plantean la posibilidad de existir una doble sanción si se considerara la cabida de la responsabilidad civil en el derecho de familia, estarían entrando en una confusión respecto de la naturaleza de la indemnización en relación a la de la sanción propia del derecho de familia. Otárola (2015) respecto a la infracción de deberes matrimoniales indica que “se olvida que la indemnización que se confiere en razón del incumplimiento de los deberes matrimoniales no constituye un reproche al cónyuge autor de un acto considerado ilícito, sino una compensación por el daño causado”³⁹. De esta forma, la aplicación de las sanciones no constituye, pero tampoco impide la indemnización.

2.1.3. La inmunidad y la paz familiar.

Tradicionalmente, se consideró que la familia como una unidad distinta de todos sus miembros individualmente considerados, constituyéndose en una entidad diversa, que en el padre de la familia era “la cara visible”, encargada de su relación con el exterior y de mandar, corregir y castigar a sus miembros, en lo interno. Instituciones como la autoridad del marido sobre la mujer casada en sociedad conyugal, o la autoridad del padre sobre sus hijos, sin deberes en contraposición (instituciones ya derogadas en su forma original), son demostraciones de esta concepción de la familia.

En los sistemas del *common law*, por el hecho del matrimonio se conformaba una entidad diversa del marido y la mujer individualmente

³⁸ Lepin (2017) p. 493.

³⁹ Otárola (2015), p. 39.

considerados, de hecho, se entendía que formaban una nueva unidad, o en el peor de los casos, la persona de la mujer se confundía – o se incorporaba – a la del marido⁴⁰.

En los sistemas del derecho continental, si bien no existía una norma expresa sobre el particular, si existían instituciones que reflejaban un pensamiento similar, unido a concepciones religiosas y morales, que atendían a que, en la materia civil, a lo menos, existía una inmunidad, de modo que entre sus miembros no podían producirse daños, o al menos que estos daños no eran atendibles por el ordenamiento jurídico. Principio que se habría desarrollado y mantenido hasta nuestros días, de allí que se haya entendido, como dice Lepin (2017), que la responsabilidad civil y el derecho familiar hayan recorrido caminos distintos, siendo sistemas independientes e impermeables entre sí⁴¹.

En la actualidad, la estructura de las instituciones del Derecho de Familia, a mi juicio, no da pie para hablar de una supuesta inmunidad, toda vez que existen en la materia una gran cantidad de normas y principios que dan cuenta de la presencia de obligaciones recíprocas entre cónyuges y derechos y deberes entre padres e hijos, con una diversidad de sanciones. Algunos, como ocurre con quienes sustentan la posición que comentamos, podrán aseverar que se trata de normas y sanciones éticas y otros (posición a la que adhiero), que se trata de deberes jurídicos. Pero no hay lugar a dudas que las relaciones familiares en la actualidad se encuentran en un marco que no se encuadra dentro de alguna clase de exoneración de culpas y reglamentaciones, por el solo hecho de pertenecer a

⁴⁰ Véase Roca, Encarna (2015), pp. 58 y siguientes.

⁴¹ Véase Lepin (2017), pp.497-498.

un mismo grupo familiar. Pensemos en que, si dicha hipótesis fuera cierta, esta exención sería absoluta, dejando de lado cualquier tipo de reglamentación, como las relativas a la protección de los menores, o las normas de violencia intrafamiliar, tema este último donde de hecho el legislador ha reconocido que en la sentencia el juez deberá ordenar el resarcimiento de los perjuicios que se hubieren provocado a la víctima, lo que es un atisbo en el correcto sentido de la admisión de la responsabilidad civil.

A diferencia de lo que podría pensarse, entiendo que en el contexto actual, el hecho de que el legislador haya establecido casos particulares donde se aplica la indemnización de perjuicios en la sede familiar, dice relación con el especial cuidado que se debe tener en dichos aspectos y que son normados a fin de despejar cualquier duda sobre la responsabilidad que afecta al autor de la conducta dañosa, o bien al especial resguardo de la víctima, como por ejemplo en los casos del demandado de filiación, cuando esa acción ha tenido por objeto dañar su honra. Pensemos en el hombre que se ve demandado de reclamación de paternidad con el solo fin de provocar una ruptura familiar o el descrédito en su comunidad o en su ámbito social entre colegas o en el lugar donde vive, etc.

Asimismo, se ha dicho que se pretende admitir la responsabilidad civil atentaría contra la paz familiar y su estabilidad, puesto que de lo contrario se estarían impulsando los litigios entre familiares, ventilándose culpas y errores, una y otra vez⁴².

También se han señalado como argumentos para denegar la cabida de la responsabilidad civil a las relaciones familiares aquellos que señala Cornejo

⁴² Véase Corral (2013), pp. 342 y ss.

(2012), como que en las relaciones de familia habría cierto espacio para un daño tolerable, dados los vínculos de solidaridad y altruismo, que serían destruidos por la posibilidad de recurrir a la instancia judicial; también, que sería una suerte de desincentivo al matrimonio, puesto que al verse enfrentados a una posibilidad de una indemnización de perjuicios, los eventuales cónyuges preferirían no contraer el vínculo, o bien divorciarse; que se podría afectar el ejercicio del derecho de los padres para criar a sus hijos, ya que frente a una decisión que no les parezca, los hijos podrían intentar una acción judicial contra sus progenitores, y por último, mencionan ciertas “barreras institucionales”, como las derivadas de la forma de computar plazos de prescripción entre cónyuges o entre padres e hijos, la competencia de los tribunales, entre otros⁴³.

Sin duda, para esta vertiente, el sustento máximo, en mi concepto, de la negativa a la aplicación de las normas del derecho de daños al ámbito de las relaciones familiares, está fundado en la consideración del derecho familiar como una disciplina bañada de un contenido moral más que jurídico. Se ha considerado desde tiempos antiguos a la familia como un ámbito en el cual la unidad de la misma es lo más importante, por sobre las vicisitudes de sus integrantes. No obstante, esta vertiente hace caso omiso de las nuevas corrientes normativas, tanto en lo referente a la protección de los derechos de los individuos, como del contenido de las normas del derecho familiar. Es imposible controvertir el contenido moral o ético de disposiciones como las relativas a los deberes matrimoniales, pero no podemos negar a su vez, que estamos en presencia de normas jurídicas; que tienen sanciones jurídicas, y que estas no necesariamente

⁴³ Véase Cornejo (2012), pp. 16-19.

se traducen en una reparación. Existen normas especiales que están referidas a aspectos patrimoniales en que el legislador establece expresamente la obligación de indemnizar perjuicios, pero ello no implica el desconocimiento por parte de nuestro ordenamiento jurídico del deber general de no provocar un daño al resto de las personas, deber que trasunta las relaciones familiares, y por lo mismo, es perfectamente compatible.

3. POSICIONES QUE ADMITEN LA APLICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LAS RELACIONES DE FAMILIA

Esta vertiente, a diferencia de la anterior, admite la aplicación del estatuto del Derecho de daños en la esfera del derecho de familia. Dentro de ésta a su vez, podemos encontrar quienes la aceptan como norma general, y a su vez, quienes lo hacen, pero en forma restringida a casos de especial gravedad.

3.1. Posición que admite la aplicación general de la responsabilidad civil al Derecho de Familia

Según esta posición, el no existir una norma expresa que establezca un estatuto especial de responsabilidad civil para el ámbito del derecho de familia, no implica que no sea posible conciliar ambas instituciones, de hecho, sería plenamente aplicable, en virtud del principio general del *alterum non laedere*, o principio de no dañar a otro, que en nuestro derecho se infiere de lo plasmado en el artículo 2314 del Código Civil, que prescribe “*El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito*”, y el 2329

del mismo cuerpo legal, que reza: *“Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta”*. Así, nuestro ordenamiento jurídico al no haber permitido expresamente su aplicación, pero tampoco haberlo prohibido, permitiría en la actualidad la aplicación de este principio general del derecho de daños, que a su vez baña todo el derecho privado, del cual el derecho familiar forma parte.

De esta forma, al producirse un hecho dañoso entre personas unidas por vínculos de matrimonio, unión civil o lazos de parentesco, por aplicación de esta regla general, deberán responder por los perjuicios que se hubieren provocado.

Recordemos que el Derecho Civil constituye el derecho común, por lo que sus normas se aplicarán en forma supletoria a aquellas especiales, como serían las del Derecho de Familia, y al no haber norma especial (a favor o en contra), debe aplicarse las normas sobre la responsabilidad civil. De no emplearse, entonces “se rompería la unidad del sistema civil y establecería una inmunidad que la ley no ha querido, provocando a la vez una injusticia para con las víctimas que no podrán reclamar la reparación de los daños causados por sus cónyuges o padres”⁴⁴.

Así entonces, pese a la pretendida especialidad del derecho familiar, ella no escapa ni es incompatible a la aplicación de las normas del derecho de daños. De hecho, el derecho de familia pertenece a la esfera del Derecho Civil, y por ende debe someterse a los principios generales de la disciplina, como es el de no dañar a otro⁴⁵. Es efectivo que tiene caracteres especiales, pero ello no lo sustrae de su

⁴⁴ Corral (2013), p.343.

⁴⁵ Véase Medina (2002), p. 49 y ss.

pertenencia al ordenamiento jurídico dentro de las normas del derecho privado, por lo tanto, ante el silencio de la norma especial, cabe la aplicación de la norma general.

Ahora bien, en cuanto al pretendido carácter ético y no jurídico de los derechos y deberes emanados de las relaciones Familiares, autores como Barcia y Rivera (2015), plantean que aunque tengan un componente ético, estamos en presencia de verdaderos deberes jurídicos, por lo que su inobservancia tiene aparejada una sanción, pero también si frente a su incumplimiento se arroja un resultado dañoso imputable a la persona del autor, pues entonces es necesario que éste responda indemnizando los perjuicios a la víctima.

Valenzuela (2012) señala, refiriéndose a las obligaciones emanadas del matrimonio, que “serían obligaciones morales si solo tuvieran sanciones también morales; y no es así. Tienen sanciones civiles especiales y no están exentas de la sanción civil residual por antonomasia que es la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados por su infracción”⁴⁶.

“La posición anterior [que niega la posibilidad de aplicar la responsabilidad civil en materias de familia] obedece a la regulación dispuesta por la mayoría de los códigos decimonónicos, que, alentados por una economía de carácter agrícola, de auto-subsistencia y trabajo gratuito entre los integrantes de la familia, no regularon la posible acción indemnizatoria entre familiares y cónyuges”⁴⁷. Es decir, la supuesta inmunidad y paz o piedad familiar que impedirían el ejercicio de una acción de responsabilidad civil entre miembros de un mismo grupo familiar,

⁴⁶ Valenzuela (2012), p. 265.

⁴⁷ Barcia y Rivera (2015), p. 27.

solamente descansa en un argumento histórico, derivado de las condiciones de la familia en la época de dictación del Código Civil, y no en las condiciones actuales de la familia y su regulación.

Actualmente, producto de los avances en cuanto a la igualación de derechos entre hombres y mujeres, entre hijos concebidos dentro y fuera del matrimonio, etc., se ha ido desarrollando una consagración superior del individuo por sobre la familia, lo que ha devenido en el reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas. Así también, se ha ido dando un proceso de constitucionalización del derecho civil, y por cierto, del derecho de familia, tanto a través del reconocimiento expreso en el texto constitucional, como a través de la ratificación y vigencia de los tratados de derechos humanos.

Para Carapezza (2016) “la progresiva incidencia de los principios fundamentales de tutela de la persona humana sobre las relaciones de Derecho civil y su ‘despatrimonialización’ han determinado, con el tiempo, la transformación de la familia, de una institución jerárquicamente ordenada, a una formación social en la que se desenvuelve la personalidad de sus miembros, así como la proyección de la tutela resarcitoria hacia nuevos ámbitos, entre los cuales destacan claramente los derechos inviolables del ser humano”⁴⁸.

Así, si bien es cierto nuestro constituyente reconoce a la familia como el núcleo fundamental de la sociedad (artículo 1 inciso 2º), también reconoce que el Estado está al servicio de la persona humana (artículo 1 inciso 4º)⁴⁹. Incluso, la

⁴⁸ Carapezza (2016) pp. 265-266.

⁴⁹ Artículo 1 inciso 4º de la Constitución Política de la República: “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

responsabilidad civil se ha erigido como una garantía fundamental, a través de la protección de la integridad psíquica y reparación integral⁵⁰. Si apreciamos los principios actuales del derecho de familia, notamos la existencia del interés superior del niño, de la igualdad de los hijos, de la extensión de la autonomía de la voluntad, entre otros⁵¹, que se centran en el individuo más que en el colectivo sistémico familiar, de modo que no puede permitirse actualmente situarla por sobre aquél, y, en consecuencia, privarle de derechos fundamentales, en aras de una supuesta paz familiar. No es posible que se permita la satisfacción de un interés resarcitorio cuando tiene su génesis fuera de la familia y a la vez negarla cuando lo tiene en su interior, por el actuar de algún miembro de la misma. La actual protección de este grupo no es un indicador de una pretendida inmunidad, sino por el contrario, es por su importancia para la sociedad que éste debe ser un espacio de resguardo y contención para sus integrantes, lo que implica que debe tenerse un especial cuidado en las relaciones en su interior, de modo que un hecho que constituya un atentado contra sus miembros, debe tomarse como de mayor gravedad o importancia que si fuera realizado por un tercero. De ello se sigue entonces, que esa misma especialidad sea la que autorice a la aplicación del derecho de daños en el seno de la familia.

A su vez “es incuestionable que la familia es una estructura esencial dentro de la sociedad, pero también es cierto que este principio de unidad familiar solo se

sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”.

⁵⁰ Véase Lathrop (2017) p. 332-333.

⁵¹ Lepin (2017) p. 51 plantea como principios actuales del derecho familiar los siguientes: “a) la protección de la familia; b) la protección del matrimonio; c) protección de la convivencia civil; d) protección al cónyuge más débil; e) interés superior del hijo; f) autonomía de la voluntad en materia de familia; g) igualdad en las relaciones familiares y h) intervención mínima del Estado”.

protegerá si se tutelan los derechos e intereses de cada uno de sus miembros, y se repara, por tanto, el daño provocado a raíz de su lesión”⁵².

A su turno, quienes ven en la admisión de la responsabilidad civil un atentado contra la armonía y la solidaridad familiar, nada dicen respecto del resto de regulaciones atinentes a la familia que existen en el ordenamiento jurídico y que están referidas precisamente a casos donde hay desavenencias y hay rupturas en el orden de las familias⁵³, como por ejemplo las normas penales que castigan más severamente el homicidio de un familiar⁵⁴, o las normas de la Ley 20.066 sobre violencia intrafamiliar, las normas sobre divorcio, sobre alimentos, sobre cuidado personal, entre otras, están referidas a casos donde derechamente no hay armonía familiar ni menos la solidaridad pretendida por algunos. Pensemos en que, si existe un juzgado especializado en temas de familia, con gran cantidad de casos al año, es precisamente porque la realidad indica que existe un gran número de éstas en las que sus integrantes no miran hacia la paz, sino que, por el contrario, esta se ha roto, ya parcial, ya completamente.

Se entiende que los conflictos familiares tengan características especiales, distintas a otro tipo de crisis, pero no por ello se puede pretender una inmunidad entre sus miembros que lleve a la inobservancia de los derechos fundamentales de quienes la conforman. En caso contrario, deberíamos dejar que problemas como los alimentos o la relación directa y regular, por ejemplo, se resolvieran al

⁵² Otárola (2015), p. 32.

⁵³ Véase Montecinos (2011), pp. 51 y ss.

⁵⁴ Artículo 390 Código Penal: “El que, conociendo las relaciones que los ligan, mate a su padre, madre o hijo, a cualquier otro de sus ascendientes o descendientes o a quien es o ha sido su cónyuge o su conviviente, será castigado, como parricida, con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado”. (Inc. 1º).

interior de la familia simplemente, y eliminar la normativa existente sobre dichas materias⁵⁵. “El mantenimiento de la paz social se encuentra en la posibilidad de reparar los daños que un sujeto sufra, aunque tenga un vínculo matrimonial respecto de otro ya que el respeto al estado de derecho implica el respeto a los derechos de los ciudadanos, y nadie pierde esta calidad por ser miembro de una familia”⁵⁶.

La posición anterior también planteaba que de admitirse la responsabilidad civil respecto de las relaciones de familia podría caerse en juicios sin importancia o de “bagatela”, pero aquí entra entonces en juego el derecho a la tutela judicial efectiva de las partes. Una cosa es que el juez no quiera que su tribunal colapse con demandas que a su juicio no son atendibles por no ser conflictos de relevancia, y otra cosa es que se trate o no de un derecho o de un interés atendible por el Derecho. Argumentos como la saturación del sistema de justicia no dicen relación con el amparo que el ordenamiento jurídico da o no da a una determinada materia, sino a asuntos que están relacionados con la administración de justicia desde lo procedimental o lo orgánico. Si se modifica el proceso civil, o se aumenta el número de jueces, etc. Pensando en la realidad nacional actual, los tribunales ya están colapsados, pero nadie discute que el interés del acreedor que intenta un cobro de una letra de cambio por cien mil pesos sea atendible o digno de protección jurisdiccional en cuanto se posibilita el ejercicio de su derecho a la acción. En caso de asumir el planteamiento contrario, estaríamos coartando el

⁵⁵ Asimismo, instancias como la mediación familiar, obligatorias para ciertas materias, ha devenido en un mero trámite previo a la demanda judicial, lo que demuestra que la supuesta armonía y solidaridad, en algún punto simplemente se desvanecen, y no puede dejarse solamente al acuerdo familiar la resolución de los conflictos, sin que el Estado intervenga en protección a los integrantes que han sufrido un daño.

⁵⁶ Medina (2015), p. 5.

libre ejercicio de los derechos fundamentales que la Constitución asegura a las personas, en especial el principio de igualdad, además de las garantías relativas al acceso a la justicia.

Estimo que, en un principio, todo daño atribuible a la acción u omisión dolosa o culpable de otro miembro de la familia podría ser resarcible. El asunto pasa por un estudio que tanto la doctrina como la jurisprudencia deben realizar, ya no negando la realidad relativa al ejercicio de la acción de responsabilidad, o más bien a la posibilidad de que existan daños resarcibles en la esfera de las relaciones familiares, sino por el contrario, el análisis debe realizarse desde la perspectiva de la concurrencia o no de los elementos de la responsabilidad civil.

La aplicación del estatuto de la responsabilidad civil en estos casos tendrá como fuente la ley, puesto que estamos en presencia de instituciones y no de acuerdos o contratos como en el ámbito del derecho patrimonial. Lo que queda de manifiesto en cuanto se trata de infracciones de los derechos y deberes emanados de las relaciones entre padres e hijos, pero que pareciera más discutible en lo referente al matrimonio y al acuerdo de unión civil, por cuanto estos aparecen definidos como “contratos”, tanto en el artículo 102 del Código Civil y el artículo 1 de la Ley 20.830, respectivamente. No obstante, se ha entendido de que estamos en presencia de actos de derecho de familia⁵⁷, o bien de instituciones sui generis, de modo que al estar sus efectos personales y patrimoniales determinados por el legislador, escapa de la esfera de la responsabilidad contractual, por lo que para estos efectos entendemos que la responsabilidad que emana de la infracción a los deberes emanados de las relaciones familiares cae dentro de las normas de la

⁵⁷ Véase López (2005) p. 139, respecto del matrimonio, y Opazo (2017), respecto del acuerdo de unión civil.

responsabilidad extracontractual, de forma que para que una infracción a estos deberes sea realmente indemnizable, deben reunirse los requisitos propios de ésta. Así lo ha dicho una jurisprudencia de la Corte de Apelaciones de Talca, Rol 133-2012⁵⁸, la que si bien rechaza la acción de indemnización de perjuicios, señala en su **considerando Octavo** “*que aún cuando ni nuestro Código Civil ni en la Ley Nº 19.947 encontramos normas que reglamenten en general, la situación de los daños civiles producidos con ocasión de las relaciones de familia, en especial, al interior del matrimonio, apartándonos de la línea expuesta en un fallo anterior sostenemos, seguimos a la doctrina comparada que sobre el particular se inclina mayoritariamente por la posibilidad de indemnizar los daños y perjuicios que se produzcan por el incumplimiento de los deberes matrimoniales. No se vislumbra ninguna buena razón para impedir, a priori, una posible indemnización por el incumplimiento de los deberes matrimoniales*”. Agregando en su **considerando Undécimo** “*Que lo dicho anteriormente no significa que todo daño sufrido en el matrimonio dé origen, por su sola existencia, a la procedencia de una reparación, sino que deben configurarse los presupuestos exigidos por la responsabilidad civil (existe discusión para los que aceptan la procedencia, acerca de si ésta debe regirse por el estatuto de la responsabilidad civil contractual o extracontractual, sin embargo, como afirma la doctrina mayoritaria en la actualidad, tal distinción ha venido perdiendo importancia). En consecuencia, se exige una conducta*

⁵⁸ Sentencia de 31 de agosto de 2012. Autos caratulados “Abarca González con González Leyton”. En este juicio la mujer demandó a su cónyuge a fin de indemnizarle los perjuicios que le habría provocado por, en su concepto, producto de sus infidelidades haberle contagiado el virus del papiloma humano. En este caso la Apelación es rechazada por la I. Corte, confirmando el fallo de primera instancia, por no haberse reunido los elementos de la responsabilidad, en particular el del nexo causal, como se desprende de lo señalado en los considerandos Duodécimo y Décimo tercero.

antijurídica, factor de atribución, dolo o culpa, un nexo causal y la existencia de del daño”.

3.2. Posición que admite la aplicación de la responsabilidad civil, pero con limitaciones.

Como se adelantara, dentro de quienes admiten la posibilidad de aplicar la responsabilidad civil a las instituciones de familia, existen algunos que plantean que ésta debe estar adaptada a la naturaleza especial de la familia, o bien reservada a casos de especial gravedad.

Así, por ejemplo, Corral (2013) propone que en materia de antijuridicidad “sólo se consideren incumplimientos graves a deberes fundamentales o esenciales del matrimonio o la filiación; en materia de imputabilidad que se pruebe dolo o al menos culpa grave (...); y en materia de daño el umbral del daño tolerable debe ser mayor, 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 genera”⁵⁹. Así por ejemplo en casos de delitos o faltas, actos de violencia intrafamiliar o de infracción a deberes parentales, siempre que sean infracciones graves a deberes esenciales y cometidas con dolo o culpa grave.

Similar opinión tendría Hernández (2016), quien se inclinaría por la no indemnización de los daños ocasionados por la infracción de deberes matrimoniales, salvo en casos de violencia intrafamiliar con resultado de lesiones. Este autor precisa que no serían indemnizables lo que él denomina como “inmediatas perturbaciones” derivadas de la infracción de los deberes personales

⁵⁹ Corral (2013) p. 344.

del matrimonio, no así los efectos subsecuentes que podrían suscitarse un daño anormal, y por ende, indemnizable⁶⁰. Estaríamos en presencia de deberes morales que no admiten la ejecución forzada, son solo un ideal, pero sin posibilidad de exigir el cumplimiento, ni siquiera por equivalencia, e incluso si primera su carácter jurídico por sobre el moral, se equipararían a las obligaciones naturales o a la promesa de matrimonio, que no dan lugar a exigir el cumplimiento, sino sólo estarse a que las partes quieren observarlas⁶¹. También Alma Rodríguez Guitián, citada Valenzuela (2012)⁶², para quien sólo será indemnizable en la medida en que se produzca una infracción de derechos fundamentales, producto de una conducta ejecutada con dolo o culpa grave.

Por su parte, Acuña (2014) es de la idea de sólo considerar como indemnizable la conducta realizada con dolo. Plantea esta autora: “es claro que no todo daño debe ser reparado por medio de la indemnización de perjuicios (algunos forman parte del riesgo general de la vida), sino sólo aquellos que son significativos porque sobrepasan lo que es legítimo tolerar en la convivencia familiar, lo que habrá que determinar en el caso concreto. Lo anterior supone una necesaria adaptación de las normas generales al ser aplicadas en el ámbito familiar; por ejemplo, en relación con la conducta antijurídica, parece razonable no extenderla a situaciones de culpa sino sólo de actuar doloso”⁶³. En su parecer, es preciso que la aplicación de la responsabilidad civil lo sea en forma subsidiaria, para los casos en que la ley no establezca una sanción diversa, y siempre que su

⁶⁰ Véase Hernández (2016), p. 102.

⁶¹ Ídem nota 60, p. 111.

⁶² Véase Valenzuela (2012), p. 244.

⁶³ Acuña (2014).

aplicación no se oponga al sentido de la institución familiar de que se trate. Además, por la especial estructura familiar, debe tenerse a ésta como un límite a la aplicación lisa y llana del derecho de daños.

Para Otárola (2015), esta posición, que podemos calificar como intermedia, se basa en general en los mismos argumentos que utilizan quienes rechazan la aplicación de la responsabilidad civil en las relaciones de familia, sin embargo y en forma paradójica “se acepta la indemnización sobre la base de la aplicación excepcional de las normas de responsabilidad civil, dejando traslucir en ello una sanción civil de carácter punitivo para el daño derivado de la violación de tales deberes jurídicos”⁶⁴.

En efecto, pues quienes propugnan esta tesis intermedia, lo que hacen es negar la aplicación general del régimen de responsabilidad civil a las relaciones de familia, pero, por razones de la entidad de la lesión, en sentido de afectación de derechos o atributos de la personalidad, reconocen como casos de excepción en los que sí sería indemnizable el daño. En general, recurren a la especialidad de las normas del derecho de familia, o a la particularidad de la institución, los espacios ya no de inmunidad, pero sí de supuesta confianza y solidaridad, que darían a entender la existencia de una mayor “tolerancia al sufrimiento”, por denominarlo de cierta forma, para restringir los casos en que podría hacerse posible la reparación de un perjuicio, como aquellos resultantes de un atentado contra la vida o la integridad física o la afectación grave de derechos fundamentales. Serían éstos, asuntos donde la evidencia de la conducta dañosa

⁶⁴ Otárola (2015), p.96.

no puede dejarnos indiferente, y da la impresión que sólo por dicho motivo es que correspondería un resarcimiento.

La jurisprudencia sigue esta tesis en el fallo de la Corte de Apelaciones de La Serena Rol 507-2013, de fecha 03 de abril de 2014⁶⁵, en la que el tribunal de alzada, conociendo el recurso de apelación de la sentencia del 3º Juzgado de la misma ciudad, que concedió una indemnización de perjuicios a la ex cónyuge, fundada en los malos tratos sufridos durante su matrimonio, habiendo sido previamente declarado en sede de familia el divorcio por culpa atribuible al marido, confirmó la sentencia con declaración, aumentando la indemnización por concepto de daño moral.

El fallo en comento en su **fundamento Noveno** hace referencias a las posiciones doctrinarias que rechazan y también las que admiten la aplicación del estatuto de la responsabilidad civil a las relaciones familiares, haciendo luego referencia a la posición del autor argentino Abel Fleitas, indicando que *“La posición del mencionado profesor la expresa de la manera siguiente: ‘Nos inclinamos, como principio general, por la respuesta negativa, porque la aplicación lisa y llana del régimen general de responsabilidad civil dentro del marco de la institución familiar implicaría la desnaturalización de los principios que constituyen a ésta. Sería deseable que existieran normas específicas que determinaran la eventual procedencia, presupuestos, alcances y límites de la reparación de daños producidos en las diversas relaciones de familia, pero cuando no las hubiere, sólo*

⁶⁵ Lepin (2015b), ficha 434, pp. 1108 y ss.

*en casos excepcionales y con criterio restrictivo cabría admitirla”⁶⁶, para luego, en el fundamento **Décimo** de la sentencia, hacer referencia a esta posición intermedia, que a juicio del tribunal coincidiría con la situación de excepción que el autor ya citado indica respecto a infracción de deberes matrimoniales, señalando “entiende que ‘el desamor no es indemnizable’, ni esos incumplimientos por la pérdida del vínculo afectivo, ni tampoco la frustración derivada del fracaso matrimonial, de manera que la sola violación del deber matrimonial no generaría reparación. Pero también reconocen, adoptando, como se ha expresado, una posición intermedia, ‘que serían reparables los hechos que llevaron al divorcio, cuando tienen una fuerza dañadora muy punzante... que van más allá de la culpa en el divorcio para entrar en el campo del ataque personal, unidos a esa culpa pero separables por sus consecuencias en el daño a la persona... supuestos de gravedad donde se penetra en los dos regímenes, el matrimonial por un lado, con el divorcio como término final, y el daño a la persona al margen del divorcio que no puede quedar impune, pues la protección y el derecho del inocente que viene por línea del régimen normativo de la familia’. Cuyo caso es el de la situación de autos, en concepto de esta Corte”⁶⁷.*

Este fallo, en suma, admite la reparación en el caso concreto, pero sólo debido a que se trata de un atentado continuo contra la integridad física de la demandante durante todo el lapso que duró el matrimonio. No obstante, la misma Corte precisa que la indemnización de perjuicios “podría no ser aplicable para

⁶⁶ Fleitas, Abel (2011) *Responsabilidad civil por daños y perjuicios entre cónyuges*. En: Revista de Derecho de Daños 2001, Rubizal-Culzoni Editores, citado por el fallo Rol 507-2013 Corte de Apelaciones de La Serena, fundamento Noveno, transcrito a su vez por Lepin (2015b), p.1113.

⁶⁷ Lepin (2015b), pp.1113-1114.

todas las causales de divorcio contempladas en el artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil, puesto que allí existen motivos que más bien constituyen incumplimiento a los denominados deberes matrimoniales, como la convivencia, el socorro, la fidelidad que caen en el ámbito del Derecho de Familia, de manera que en tales casos, el asunto es más bien discutible y habría que analizar el caso concreto, con todas sus circunstancias, pero de lo que no existe duda alguna, es que tal indemnización resulta del todo procedente cuando el motivo que dé lugar al divorcio afecta a la persona del otro cónyuge, independientemente si estaban o no unidos por el lazo matrimonial, como lo es, el atentado contra la vida o los malos tratamientos graves contra la integridad física o psíquica del cónyuge víctima, cuyo es el caso de autos” Considerando Decimocuarto⁶⁸.

Ahora bien, para Tapia (2018), los casos en los que se admitiría la indemnización de perjuicios y que suponen los supuestos de violencia intrafamiliar o bien de afectación grave de derechos, no suponen la aplicación especial de la responsabilidad civil a las relaciones familiares, sino que se trata de casos en los que por su particular gravedad serían resarcibles, independientemente de si existe o no una relación de índole familiar entre los sujetos activo y pasivo, como indica precisamente el fallo recién referenciado. Es decir, para él no es posible la conjugación de los estatutos a los que nos venimos refiriendo, sino que los casos en los que sería posible admitir reparación, como los planteados por quienes sustentan esta posición intermedia, serían de aplicación general.

Sobre el punto, en lo personal considero que la aplicación de las normas sobre responsabilidad civil en los casos graves planteados por el fallo y también

⁶⁸ Idem. nota 67, pp. 1116.

por el autor ya indicados, más que negar la posibilidad del resarcimiento lo que hacen es ratificarla, puesto que, si bien no admite la existencia de un régimen especial aplicable, indirectamente sí aceptaría la aplicación de las normas generales de responsabilidad, puesto que si reconoce la posibilidad de resarcimiento en casos como los que se mencionan sin atender a la condición de parentesco o de unión conyugal o de convivencia civil, es porque dicha circunstancia en dichos casos no será determinante para estimar la posibilidad de reparación. Sí lo será, en cambio, cuando la infracción se refiera a derechos o deberes que están determinados por el vínculo familiar de que se trate.

El problema de esta aceptación intermedia vendría entonces dado por el dejar sin la posibilidad de reparación a ciertos incumplimientos que no serían de la importancia suficiente para romper el nivel de tolerancia que se esperaría dentro del ambiente familiar. Y la situación entonces sería dilucidar de qué forma se establece el límite de lo tolerable. Entendemos que si la conducta lesiva se encuentra tipificada como delito o falta es el ordenamiento jurídico mismo el que nos dice que dicho acto u omisión no lo es, pero en términos generales. En ciertos casos, el legislador establece sanciones diversas de la indemnización, como ser causal del divorcio, pero ello no puede excluir a la reparación, pues que una conducta traiga aparejada una sanción no implica que también no sea necesario un resarcimiento. Ahora, si el ordenamiento no establece ni una sanción ni la posibilidad de reparación ¿Entonces dicha conducta no puede producir un daño digno de ser resarcido?

Respecto de esta posición de aceptación limitada estimo que no es posible, en casos en que el legislador no lo ha hecho. Pretender una modificación de los

requisitos que son propios de la responsabilidad civil, sea limitando el número de casos en los que se puede admitir o no, sea estableciendo estándares de culpabilidad limitados, necesariamente provoca una vulneración de los derechos y garantías fundamentales de la persona, lo que no puede ser tolerado por el ordenamiento jurídico. En caso contrario, estaríamos dejando al infractor en la impunidad, y a la víctima en la indefensión, imposibilitada de ver reparados los perjuicios que ha sufrido. Distinto es, como indica González (2014) que pueda atenderse a la entidad del daño para dilucidar si es necesaria la intervención estatal para resarcirlo, mediante remedios externos al Derecho de Familia. “No se trata de cualquier daño, sino que se trata de un daño indemnizable, y para considerarlo como tal en el contexto familiar debe ser de envergadura suficiente bajo el contexto de la protección de los bienes jurídicos involucrados. En efecto, no es posible excluir a priori la aplicación de normas resarcitorias en el ámbito de la familia cuando los daños transgreden un derecho fundamental”⁶⁹.

⁶⁹ González (2014), p. 63.

4.- ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL EN RELACIÓN AL RESARCIMIENTO DE DAÑOS EN EL DERECHO DE FAMILIA

Admitiendo por nuestra parte la procedencia de la responsabilidad civil en el derecho familiar en Chile, creemos prudente hacer referencia a los elementos de la responsabilidad civil extracontractual, en relación a un eventual resarcimiento frente a una infracción.

Partiendo de la base del principio de *alterum non laedere*, en virtud del cual todo daño imputable a malicia o negligencia de una persona debe ser indemnizado, debemos preguntarnos si en el ámbito de las relaciones familiares, entonces, cualquier acto entre cónyuges o entre padres e hijos, que produzca un resultado lesivo, debe ser resarcido o no.

Pues bien, para responder a esta pregunta debe atenderse a si en dicho acto u omisión pueden encontrarse los elementos propios de la responsabilidad extracontractual. Según Barros (2010), los requisitos pueden ser clasificados en “i) una acción libre de un sujeto capaz, ii) realizada con dolo o negligencia; iii) que el demandante haya sufrido un daño, y iv) que entre la acción culpable y el daño exista una relación causal suficiente para que pueda ser objetivamente atribuido al hecho culpable del demandado”⁷⁰. Por su parte, Corral (2013), plantea como elementos a la capacidad como requisito general, y luego, que se trate un hecho antijurídico, es decir contrario a derecho⁷¹, y que cause daño, existiendo un

⁷⁰ Barros (2010), pp.61-62.

⁷¹ Como sería, por ejemplo, el incumplimiento de los deberes matrimoniales, el incumplimiento de las normas sobre filiación, etc.

vínculo causal entre el hecho y el daño, y además que sea atribuible o imputable a una persona⁷².

Ahora bien, como ya se ha venido afirmando, el problema que va surgiendo en este punto es el de cómo las relaciones familiares y sus distintos deberes y derechos pueden hacerse coincidir con los elementos propios de la responsabilidad. Desde ese prisma entonces, a mi entender los principales inconvenientes que pueden darse en este punto, dicen relación con los elementos relativos al factor de atribución o imputación (dolo o culpa), y al referido a qué daño o daños serían indemnizables y por el contrario cuáles no lo serían.

4.1. El dolo y la culpa

Sobre el particular, digamos que el principio general en materia de responsabilidad está dado porque la conducta dañosa sea atribuible al dolo o la culpa del autor.

Respecto del dolo⁷³, como indica Barrientos (2016), la jurisprudencia siempre ha seguido la concepción de Alessandri, para quien “Hay dolo cuando el autor del hecho u omisión obra con el propósito deliberado de causar daño, cuando el móvil de su acción o abstención, el fin que con ella persigue es precisamente dañar a la persona o propiedad del otro (...) No basta la conciencia de que pueda causar un daño, es menester la intención de dañar”⁷⁴.

⁷² Véase Corral (2013), pp. 99 y ss.

⁷³ El que ha sido definido en el inciso final del artículo 44 del Código Civil como “*la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro*”.

⁷⁴ Sentencia de Corte de Apelaciones de Arica, Rol 498-2008, citada por Barrientos (2016) pp. 187-188.

Por su parte, la culpa o negligencia, ha ido entendida como “la omisión de la diligencia a que se estaba jurídicamente obligado”⁷⁵. El artículo 44 del Código Civil señala una graduación de la culpa en grave, leve y levísima. Sin embargo, la jurisprudencia ha entendido que esta clasificación se aplica sólo a la responsabilidad contractual, rigiendo en materia extracontractual, como el legislador no hace la distinción, la culpa leve⁷⁶, la que según el cuerpo normativo referido “*es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano*”. Agregando que “*el que debe administrar como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa*”.

Pero, la pregunta es cómo conjugamos estos dolo y culpa en el ámbito de las relaciones familiares. A mi entender, en el caso de actos en los que hay envuelto un atentado contra las personas, como en los casos de delitos o faltas, la determinación de la existencia de estos elementos podría ser menos dificultosa, desde el momento en que la acción u omisión de que se traten son de una entidad mayor y por ende, sería más evidente la motivación. Además de la existencia de un hecho típico sancionado por el ordenamiento jurídico, las más de las veces, sea cual fuere el caso en que ocurra, con independencia del vínculo familiar que pueda existir entre los sujetos activo y pasivo de la conducta dañosa. Por ejemplo, en los atentados contra las personas, como las lesiones, sin perjuicio de que en estos asuntos existan normas especiales sobre violencia intrafamiliar. En efecto,

⁷⁵ Corral (2013) p.206, citando a Tapia, Orlando (2006), *De la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad delictual entre los contratantes*. Santiago: Lexis Nexis, p. 157.

⁷⁶ Véase Barrientos (2016) p. 186.

en esta materia en particular el hecho en sí está tipificado y reprimido por el legislador, con una sanción en el ámbito penal, pero que además da derecho a la existencia de una reparación en lo civil sin que exista discusión sobre el particular.

Sin embargo, tratándose de hechos que no constituyan un ilícito penal, y por el contrario, sugieran la afectación de derechos personales emanados de las relaciones de familia, o bien de los deberes nacidos de ellas, especialmente en el caso de los deberes matrimoniales, la situación es más compleja, sobretodo en lo referente a la situación de la culpa.

Para algunos autores, es necesaria la configuración de una adaptación especial de las normas sobre imputabilidad a las relaciones de familia. Para Vargas (2015) debe atenderse a las exigencias especiales de la obligación de que se trate, así como al carácter *intuitio personae* de las relaciones familiares, como en el caso del matrimonio y los deberes matrimoniales, por él analizados, donde las personas fruto de la convivencia que emana del matrimonio, se van a comportar de una forma distinta de cómo lo harían en la vida comercial, por ejemplo, comportándose tal como son – carácter que el autor extiende al resto de las relaciones de familia – de modo que a su juicio “la diligencia del buen padre de familia se rebaja o degrada, concretándose en un modelo de conducta que obliga a los cónyuges sólo a responder de los daños causados por dolo o culpa grave”⁷⁷. Además, para este autor, las ocasiones en que el legislador prevé expresamente resarcimiento de daños, lo hace fijando este estándar, por lo que es perfectamente posible aventurar que dicho criterio de imputación es el que el legislador quiere establecer como norma general en la materia. A su vez, estima que dicha

⁷⁷ Vargas (2015) p. 90.

aplicación lleva a evitar la proliferación de juicios sobre la materia, evitando acciones indemnizatorias fundadas en “meros descuidos”⁷⁸. De similar opinión es Hernández (2016), en el sentido de que las relaciones familiares son de un aspecto especial y que el comportamiento de sus integrantes será diverso al que desarrollan en su vida social, “por la cual el estándar de conducta que debe servir de parámetro de comparación no ha de ser el que típicamente se tiene a la vista en dichas esferas, en que los individuos se desempeñan de forma menos espontánea, sino uno inferior”⁷⁹, aunque sin decantarse expresamente por la culpa grave. Para él, la delimitación de la esfera del nivel de imputabilidad es del todo complicado – opinión que compartimos – sobre todo en el ámbito de las crisis al interior de la familia, por ejemplo, en las crisis matrimoniales, donde, por las circunstancias propias de la relación familiar de que se trate, no podría establecerse la forma en que el buen padre de familia debería comportarse, e incluso, en casos no podría establecerse que la exigibilidad de otra conducta. Misma posición parecen adscribir Barcia y Rivera (2015), Corral (2013), asimismo Medina (2002) y Ferrer (2001)⁸⁰.

Para Valenzuela (2012) “En el campo de acciones culposas debería determinarse el estándar con que los cónyuges deben conducirse en su vida

⁷⁸ Véase Vargas (2015), p. 91.

⁷⁹ Hernández (2016) p. 129.

⁸⁰ Este último autor, quien plantea la existencia de un privilegio familiar, señala que “El descuento de la culpa leve no parece incidir significativamente en la función preventiva de la responsabilidad civil, por cuanto el daño padecido por la víctima, en particular si es de cierta gravedad, suele repercutir negativamente en el bienestar del dañante, que puede sufrirlo psicológicamente como propio o tener que asumir parte de sus costes por vía asistencial (entre los miembros de la familia se generan funciones de utilidad interdependientes). Por el contrario, las conductas gravemente culposas y las dolosas no se ajustan a las indicaciones de las que depende la concesión del privilegio: la libertad de actuar relajadamente en la intimidad no puede llegar al punto de comportarse de modo alocado y temerario en daño de los demás, ni mucho menos de dañar intencionalmente. Las víctimas, como es obvio, tampoco deben tolerar ni solidarizarse con estos comportamientos” (p.13).

matrimonial y comparar en concreto la conducta del demandado con ese baremo de conducta. Un indicio de este estándar lo fija la envergadura de la infracción a deberes matrimoniales que se imputa al demandado, que debe ser suficiente para haber causado la separación judicial (artículo 26 Ley 19.947) o el divorcio (artículo 54 Ley 19.947)”⁸¹.

En definitiva, para estos autores, la determinación de un grado de imputabilidad más permisivo, por así llamarlo, obedece entonces a este privilegio familiar, en virtud del cual el comportamiento entre los miembros de la familia en su interior será distinto, siendo la composición de esta unidad un lugar en que se aceptan virtudes y defectos, en el que, los lazos que han permitido la unión en la pareja o el mantenimiento de las relaciones con el resto de sus integrantes son tan poderosos que hacen perdurar la situación y continuar el vínculo familiar. Cuando una persona decide unirse a otra por matrimonio o por unión civil, lo hace en especial consideración al otro, conociendo sus aspectos positivos como también los negativos. Por lo mismo, es que el umbral de tolerancia en la familia debe ser mayor, de esta forma no cualquier desavenencia será originadora de responsabilidad, porque estas son parte de la vida familiar. Sin embargo, ello no implica que exista una inmunidad total, sino que cuando la conducta sea realizada con la intención deliberada de causar mal o daño, o cuando su negligencia sea de tal entidad que se ha vuelto evidente, y produzca su efecto en el otro cónyuge o familiar, recién deberá responder por su acto.

Por su parte, Tapia (2018) plantea la dificultad para determinar la existencia del elemento de la imputación en las relaciones familiares, especialmente en el

⁸¹ Valenzuela (2012) p. 253.

caso del matrimonio, refiriéndose al caso del adulterio particularmente. Según este autor, y en respuesta a quienes plantean el establecimiento de la culpa grave o el dolo exclusivamente como factores de atribución de responsabilidad, esta sería solo “un intento por vincular esta figura con las causales de divorcio por culpa, que sólo lo permiten cuando el adulterio es ‘grave’ y ‘reiterado’⁸².

También plantea el autor la dificultad para determinar cuál es el patrón de comportamiento exigible. Se pregunta en qué forma un adulterio puede haberse cometido con dolo – y en qué casos con culpa, debemos agregar – y asimismo, cómo determinar que ese adulterio obedece a intención de dañar y no a otros motivos. Si aceptáramos la imputación en la culpa grave, entonces ¿Un adulterio cometido con la debida diligencia sería impune? Incluso, asumiendo el hecho de que generalmente en los conflictos de familia, siendo un sistema donde los hechos están muy entrelazados, el buscar a un culpable signifique una labor de intromisión en la intimidad que puede no arrojar un resultado claro, o incluso determinar que ambas partes fuesen culpables, entonces cómo determinamos esa culpa, quien sería realmente culpable, la responsabilidad compartida exoneraría al demandado, etc. son todas interrogantes que según su parecer, harían imposible determinar la culpabilidad, por lo menos entre cónyuges⁸³.

Por otro lado, están quienes alegan que no se debe hacer una modificación a los criterios de imputación, debiendo responder el infractor por el dolo y hasta la

⁸² Tapia (2018), p. 79.

⁸³ Véase Tapia (2018), pp. 78-83. Recordemos que este autor propugna la improcedencia de la responsabilidad civil en materia de familia, salvo los casos en que la ley hace expresa mención de dicha posibilidad, y que los casos en que se daría lugar, no regulados por el legislador obedecerían a situaciones donde por su gravedad se aplican las normas generales de responsabilidad, sin considerar el carácter familiar de los sujetos que intervienen en el caso concreto.

culpa leve. Bravo (2015), plantea que debe rechazarse este tipo de modificación, puesto que ni la especial vinculación entre los miembros de la familia ni el especial interés protegido pueden ser motivo para una exigencia de cuidado menor, puesto que perfectamente podría pretenderse lo contrario, sin ser un argumento decidor en la materia⁸⁴. A su vez, Lepin (2017) plantea que no existe un fundamento legal en nuestro país para establecer un régimen diferenciado en cuando a la imputación. Además, que si ello ocurriera “representar una clara dificultad para la víctima, desde el punto de vista probatorio, pues la prueba del dolo o la culpa grave se transforma en un obstáculo más para la reparación”⁸⁵.

La jurisprudencia, en especial los fallos de la Corte de Apelaciones de Talca⁸⁶, y Corte de Apelaciones de La Serena⁸⁷, que hemos citado en este trabajo, han señalado la necesidad de que se reúnan los elementos de la responsabilidad, entre ellos el dolo o la culpa, sin hacer mención a un tipo especial de la misma, por lo que debemos entender que la referencia está hecha a la culpa leve, acorde a lo que expresa el artículo 44 del Código Civil sobre el particular, en el sentido de que al referirse a culpa, “a secas”, se está haciendo alusión a ella.

Ahora bien, desde lo personal, debemos hacer presente que el legislador, como acabamos de plantear, no realiza una graduación de la culpa para el ámbito extracontractual, por lo que debe aplicarse en principio la norma general, que a la sazón es la de la culpa leve. Sin perjuicio de lo anterior, estimamos atendibles las

⁸⁴ Véase Bravo (2015) p. 261 y ss.

⁸⁵ Lepin (2017), p. 507.

⁸⁶ Rol 133-2012, Considerando Undécimo.

⁸⁷ Rol 507-2013, Considerando Décimo Noveno. De hecho, en este fallo menciona que la noción de la culpa la encontramos en el artículo 44 del Código Civil y hace además referencia a don Arturo Alessandri en su obra sobre Responsabilidad Civil Extracontractual, que a su vez se refiere a la culpa extracontractual como la culpa leve.

dificultades que pueden suscitarse al momento de determinar, en el caso concreto, la concurrencia del factor de imputación. En efecto, las relaciones familiares están provistas de un especial cariz que las hace distinguirse de la relación entre personas entre las que no hay vínculo. Naturalmente, el seno familiar permite a sus integrantes desenvolverse con menores ataduras que en el ámbito “público”, y por lo mismo habrá un radio de acción donde lo tolerable será también diverso. No obstante, no podemos limitar *a priori* el grado de imputabilidad sobre el cuál se va a configurar el ilícito civil en relación a estas relaciones, cuando el legislador no lo ha hecho de manera especial. Entendemos, como plantean aquellos que propugnan que se responda de la culpa grave, que existe una singular vinculación familiar, sin embargo, creemos que por el mismo motivo, este margen de actuación quedará delimitado por el comportamiento del propio grupo familiar de que se trate, y así como se indica que la familia es un espacio de reunión, de contención y solidaridad familiar, ella misma fijará ese marco tolerable, que permitirá a quien se sienta afectado con el accionar de otro de sus miembros, proceder a demandar su resarcimiento. Compartimos el hecho de que las meras disputas cotidianas entre cónyuges, o entre hermanos, no dan lugar a la reparación, pero no por el hecho de entrar en la discusión de si existe dolo o culpa, sino por la cuantía del daño, como se analizará más adelante. De esta forma, no creemos en que la limitación del estándar de imputabilidad a una negligencia burda, sea la respuesta para evitar una supuesta proliferación de juicios de poca monta, como pretenden algunos, ni tampoco la concretización de un *privilegio* familiar, en orden a tolerar más o menos intencionalidad en el daño. La familia misma es la que fijará el marco del accionar tolerable para su

intencionalidad. Que duda cabe, que existen hechos que serán de una naturaleza incuestionable para los efectos de ser atendibles, donde la intención de proferir el daño será clara, pero en aquellos donde exista lugar a la duda, se deberá acreditar, conforme a las reglas generales, la existencia de la intencionalidad de que se trate, con todas las dificultades que ello de por sí implica, pero que no se puede ver limitada de sobremanera por una preconcepción que obedece, a mi juicio, a criterios que escapan de lo estrictamente jurídico, y alcanzan ribetes valóricos, pretendiendo resguardar la intimidad familiar, en casos en los que ésta ya ha cedido frente a la búsqueda del resarcimiento frente a un daño. Ya en la actualidad los juicios que se ventilan en los tribunales de familia, como los de divorcio por culpa, por ejemplo, están llegando a revelar detalles de la vida privada de los cónyuges, para acreditar la causal supuesta, y el juez los valora conforme a las reglas de la sana crítica para determinar la existencia o no de los supuestos de hecho. Pues bien, en un eventual juicio de indemnización tocará al juez civil en nuestro caso, conocerlos. Se puede discutir acerca de si es o no el más idóneo para resolver esta temática, dadas las particularidades del conflicto familiar, pero no por ello podemos negar a la víctima el derecho a buscar el resarcimiento.

Entonces, en cuanto a la imputación, es necesario seguir el criterio general de la concurrencia de una conducta que, realizada con dolo o culpa por el autor, provoque un daño en la víctima, culpa que, a falta de una determinación legal – como ocurre, por ejemplo, en Alemania⁸⁸ –, será la culpa leve, es decir, la que debe observar el buen padre de familia.

⁸⁸ Como señala Otárola (2015) el Código Civil Alemán “ha fijado en los artículos 1359 y 1664 la diligencia *quam in suis* (la diligencia que uno aplica a los asuntos propios) como canon privilegiado –en la medida en

4.2. El daño indemnizable

En general, el daño es considerado como un elemento central en la responsabilidad civil, puesto que si la conducta desplegada, aún cuando sea antijurídica y cumpla su objetivo, si ésta no provoca un perjuicio en la víctima, no hay nada que reparar.

Según indican Barros (2010) y Corral (2013), entre nosotros, daño es “el detrimento, perjuicio o menoscabo que se recibe por culpa de otro, en la hacienda o la persona”⁸⁹. Pero para que este daño sea resarcible, debe tratarse de la lesión a un interés del demandante, entendiendo que dicha lesión existe cuando hay “una pérdida, disminución, detrimento o menoscabo en su persona o bienes o en las ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que gozaba”⁹⁰.

A su vez, la norma del artículo 2329 del Código Civil, señala que todo daño imputable a malicia o negligencia de otra persona debe ser indemnizado. De allí entonces, que, en principio, y salvo que existan normas que expresamente limiten el tipo de daño indemnizable⁹¹, será resarcible el detrimento patrimonial o extrapatrimonial que se produzca en las relaciones de familia, con tal que sea imputable a otra persona y que sea antijurídico, por cierto.

que permite limitar la responsabilidad al dolo y a la culpa grave— al que deben atenerse los cónyuges en el cumplimiento de los respectivos deberes matrimoniales” (p. 112). Así lo indica también Hernández (2016), nota 13, p. 97, cuando señala que “los parágrafos 1359 y 1664 del BGB limitan la responsabilidad entre cónyuges y entre progenitores e hijos a los daños causados con dolo o culpa grave”.

⁸⁹ Barros (2010), p. 220, y Corral (2013), p. 132, citando ambos al efecto a Escriche, Joaquín.

⁹⁰ Alessandri, Arturo (1943). *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*. Santiago; imprenta universitaria, p. 213. Citado por Barros (2010), p. 200-221.

⁹¹ Por ejemplo, el artículo 11 de la Ley 20.066, en cuanto limita a que en el proceso de violencia intrafamiliar, el juez ordenará la reparación de “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”, aunque ello no obsta a mi juicio a que en juicio posterior, en sede civil, se pueda demandar el resarcimiento de los daños morales, producto de las consecuencias de dichos actos de violencia.

Dicho de esta forma, podemos entender que quedan a resguardo tanto el daño emergente, el lucro cesante, y el daño moral. Ahora bien, cuando la lesión se trata de derechos o deberes con contenido patrimonial, como los derivados de la administración de la sociedad conyugal, o de los bienes del hijo, pareciera ser menos dificultosa la apreciación del daño, porque al estar hablando de un contenido patrimonial, podría estimarse el perjuicio por la ocultación de un bien, por ejemplo, en el valor del mismo, debidamente reajustado. Pero, cuando estamos en presencia de infracción a deberes u obligaciones personales, que pueden tener o no consecuencias patrimoniales directas o indirectas, la duda se instala. Me pregunto si la infracción al deber de fidelidad, ¿Podrá causar un lucro cesante a la víctima? En principio pareciera que no. Podría ser que las consecuencias desencadenadas por esta infracción, como una depresión mayor, al afectar la capacidad para trabajar podrían conllevar ese perjuicio.

Lo cierto es que en general, al no ser reducido expresamente por el legislador, todo daño puede ser indemnizado, y en consecuencia, será carga del demandante acreditar la concurrencia del daño de que se trate.

Ahora bien ¿Qué daño será indemnizable? Según Corral, en su obra *Lecciones de Responsabilidad Civil extracontractual* (2013), para ser resarcible, es necesario que el daño sea cierto, tenga relación directa con el hecho ilícito, sea previsible y subsistente. Agregando, además, que sea de magnitud suficiente.⁹²

Sobre este último punto, el autor plantea que en la vida en comunidad existen ciertos daños que, por su naturaleza ínfima, son tolerables, como los derivados de relaciones de vecindad. La lesión en estos casos es tan reducida,

⁹² Cfr. Corral (2013) pp. 135-141

que no merece la pena el hecho de exigir su resarcimiento⁹³. Este sería el caso de las relaciones de familia, en las que existe un umbral especial donde existen daños tolerables, debido a la especial configuración de las relaciones familiares, como se ha dicho antes en este trabajo.

La situación problemática donde se producen controversias en la materia es cuál sería ese umbral de tolerabilidad en la familia, que trasuntaría en daños que son indemnizables y otros que no. Para algunos autores, éste debe ser especialmente elevado, y en consecuencia, no cualquier daño será indemnizable. Así, por ejemplo, Acuña (2014), para quien existen riesgos que forman parte de la vida, misma posición que pareciera adquirir la Corte de Apelaciones de La Serena, en la sentencia de 3 de abril de 2014, ya reseñada en este trabajo. Para Opazo (2013) “sólo debe considerarse los incumplimientos graves a deberes fundamentales o esenciales del matrimonio y que el interés del lesionado a obtener una justa reparación pueda ser considerado superior al que busca tutelar la paz y la intimidad familiar”⁹⁴. En ese mismo sentido, Rodríguez Guitián, citada por Corral (2010), en atención a buscar el resguardo de la paz y la armonía familiar, solo siendo indemnizables daños de importancia, e incluso limitando la responsabilidad al dolo o culpa grave, como se ha afirmado previamente en este trabajo.

En relación a los deberes matrimoniales de contenido personal, Hernández (2016) plantea que “las consecuencias de la infracción de deberes matrimoniales, aun cuando puedan afectar a un cónyuge, solo deben indemnizarse si son de

⁹³ Véase Corral (2013) p. 141.

⁹⁴ Opazo, Mario (2013), p. 82.

magnitud suficiente o anormal, debiendo ser soportadas las que no lo sean por aquel como tantas otras perturbaciones, pesares, molestias, disgustos o incomodidades que se producen en la vida de relación”⁹⁵. Este autor extrapola de los requisitos para dar lugar a la separación judicial o al divorcio por culpa, los requerimientos que a su vez debería tener el daño para ser indemnizable: Así, debería constituir una infracción grave de los deberes que emanan del matrimonio, esta contravención debe ser reiterada y tornar intolerable la vida en común. Pero sólo serán indemnizables en la medida que “si configuran un delito o falta penal, un atropello a derechos fundamentales o, en general, un menoscabo de magnitud suficiente”⁹⁶, pues en estos casos, serán resarcibles en cualquier circunstancia, independiente de la vinculación familiar entre las partes.

Considero que no es prudente esta asimilación entre las causales del divorcio y separación judicial como sanción y elementos para el daño indemnizable, pues, en el primer caso estamos en presencia de elementos que configuran una sanción para el cónyuge por el incumplimiento de deberes conyugales que traerán aparejado el hecho de que se produzca la separación de cuerpos con carácter de estabilidad, o bien que dé lugar al término definitivo del vínculo matrimonial, pero ello no implica per sé el hecho de haber ocasionado perjuicios reparables desde lo material o lo moral. Que puedan coincidir para ciertos casos, como aquellos que impliquen atentados graves contra la integridad física o psíquica del otro cónyuge, no significa que en todos los casos vaya a ocurrir lo mismo. El ejemplo más utilizado para ilustrar es el del adulterio. Puede

⁹⁵ Hernández (2016), p. 120.

⁹⁶ Ídem n. 95, p. 121.

que esta conducta grave y reiterada lleve al término del matrimonio, pero no necesariamente va a producir un menoscabo que signifique el deber de reparar. Puede existir una aflicción frente a la traición, pero eso no significa que necesariamente se deba indemnizar el desengaño. Sí será indemnizable en la medida que esa conducta haya llevado a provocar consecuencias más allá del mero término del matrimonio. Una depresión que conlleve pérdida de trabajo, terapias médicas, o bien el hecho del descrédito o la humillación social (puede ser), sí podrían ser un daño resarcible, pero no por el hecho de conformarse a una causal de divorcio culposo, sino por el hecho mismo de producir un daño. Incluso, como plantea Corral (2017), el hecho de contraer una enfermedad de transmisión sexual fruto de la infidelidad conyugal o el que la mujer quede embarazada y pase al hijo como del marido, son en definitiva daños resarcibles, aunque en estos casos la infracción iría más allá del deber de fidelidad, sino que sería extensible a otras circunstancias⁹⁷. Ahora bien, el hecho de no hacerse lugar al divorcio por causal, puede servir como antecedente para exonerar de responsabilidad al cónyuge que por el mismo motivo fuere demandado posteriormente en sede civil, aunque ello no implica que no pueda serlo por otras razones.

En contra de la exigencia de una especial gravedad del daño, Valenzuela (2012), para quien no cabe hacer esta distinción, sino que, por el contrario, será la propia víctima la que, en una relación costo-beneficios descartará perseguir el resarcimiento de estos daños menores⁹⁸. Lo mismo que Bravo (2015), quien

⁹⁷ Véase Corral (2017), pp. 134-135.

⁹⁸ Valenzuela (2012), p. 254.

postula que no debe exigirse requisitos adicionales que los impuestos por el legislador⁹⁹.

Medina (2015), por su parte, estima que los daños que se producen en el seno de la familia, precisamente por el ambiente de solidaridad que debe primar en ésta, deben ser indemnizados, pues son más graves. Así, expresa que “no puede quedar sin indemnizar los daños causados por quien tenía la obligación de ayudar a desarrollar al otro y en su lugar produce un daño cuya gravedad debe ser apreciada justamente por haber sido provocada en el entorno familiar”¹⁰⁰. Es decir, el daño por el sólo hecho de haberse producido dentro de la familia, es más grave que el producido entre terceros sin vinculación, y por lo mismo debe ser resarcido especialmente.

En lo personal, considero que no es posible establecer exigencias diversas a las que el legislador ha impuesto para efectos de determinar qué daño es indemnizable o cuál no. De allí que asumimos la posición que plantea la posibilidad de la indemnización de todo daño, sea este patrimonial o extrapatrimonial. Sin embargo, ello no implica que en el examen del daño para efectos de determinar su resarcibilidad no se tomen en consideración los especiales caracteres de la relación familiar, la historia vital de sus integrantes y las consecuencias del hecho dañoso para estimar si es o no atendible la acción. Sí considero atendible el argumento relativo a que existen ciertos riesgos que son parte de la vida como se ha dicho, o el hecho de existir cierto umbral tolerable en cuanto al daño en las relaciones de confianza y solidaridad como es la que se

⁹⁹ Bravo (2015), p. 261.

¹⁰⁰ Medina (2015), p. 2.

produce entre los miembros de la familia. En efecto, hay conductas que serán tolerables, pero al mismo tiempo creo que el criterio de los propios miembros de la familia de que se trate son los que fijarán en la práctica ese umbral de tolerancia. Un grupo donde las relaciones se caracterizan por su hostilidad tendrá un límite más amplio que uno donde abunda la tranquilidad, a lo menos aparente. Aunque también el acudir a la figura de este marco de lo que se puede aguantar puede ser riesgoso. Extremando un poco el ejemplo, pienso en un caso donde la violencia sea reiterada en el tiempo sin que existan denuncias, o bien existiendo, la familia se separa y luego se reconcilia constantemente. Siguiendo una lógica como la planteada podríamos entender que, al no haber denuncias, el daño se encuentra dentro de lo tolerado por esa familia, y por ende no daría derecho a que más adelante se pudiera pedir la indemnización de los perjuicios ocasionados por el ciclo de violencia, o bien, al existir reconciliaciones, los daños sufridos han sido perdonados por el ofendido y no podría luego, requerir la reparación.

Esto influirá también en la determinación, si procediere, del monto de la indemnización. En nuestro país no existe regulación sobre el particular, avocándose la jurisprudencia a la determinación del valor del mismo en el caso concreto, pero sin seguir un criterio general. En cuanto a estadísticas, la Excm. Corte Suprema ha publicado un baremo¹⁰¹ referido a las indemnizaciones por daños morales en caso de muerte. En él se aprecia la gran diversidad en cuanto a montos, desde un mínimo de 9 unidades de fomento hasta máximos por sobre las 13 mil. Para los efectos de nuestro trabajo, este estudio representa utilidad en la medida en que podemos apreciar que los mayores montos indemnizatorios se han

¹⁰¹ Disponible en: <http://baremo.poderjudicial.cl/BAREMOWEB/>

otorgado a los parientes más cercanos del occiso, en primer lugar, el (la) cónyuge, luego los hijos, la madre, los hermanos, el padre. De allí que podríamos extrapolar para nuestro interés, que mientras más cercano sea el parentesco, el nivel de aflicción y en consecuencia el resarcimiento debe ser mayor. Ahora bien, también se debe tener en consideración la entidad de la lesión.

Como hemos dicho, la jurisprudencia sobre la materia que nos convoca es en extremo escasa, encontrando sólo dos fallos de Cortes de Apelaciones en que se accede a la indemnización¹⁰², siendo los hechos generadores de responsabilidad constitutivos de violencia intrafamiliar y que desembocaron en un divorcio culposo. Así, la Sentencia Rol 507-2013 de la Corte de Apelaciones de La Serena, atendió al deterioro emocional o psicológico de la víctima, también a la situación económica del demandado, para determinar el monto a indemnizar, y el hecho de que éstos se habrían sucedido durante los 35 años de duración del matrimonio¹⁰³. Por su parte, la Corte de Apelaciones de Santiago en causa Rol 9125-2013¹⁰⁴ estima que no hay un daño continuado, por lo que se declara la

¹⁰² Existe un tercero, de fecha 16 de junio de 2016, Rol 320-2015 de la I. Corte de Apelaciones de Chillán, caratulado “Fuentes con Palma”, sin embargo, éste fue revocado por la Excm. Corte Suprema, acogiendo la excepción de prescripción deducida por el demandado, por lo que en definitiva se rechazó la demanda.

¹⁰³ La sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena Rol 507-2013, confirmó la sentencia del 3º Juzgado de Letras de La Serena, que había concedido indemnización por daño moral, producto de la infracción a los deberes matrimoniales graves, en este caso atentados contra la integridad física y psíquica de la cónyuge, por un monto de \$8.000.000.-, con la declaración de que se elevaba el monto de la misma a \$35.000.000.- Los sentenciadores para lo anterior, en el considerando Décimo noveno indican que *“que para lograr un adecuado quantum indemnizatorio, se ha debido considerar, especialmente, el deterioro emocional o psicológico de la víctima, que no es menor, y que es un factor determinante en tal tarea, pues es un elemento indiciario de todos los padecimientos, dolores y angustias que ha debido soportar. Junto con lo anterior, también no pueden soslayar el hecho de que el demandado no tiene una situación económica precaria, como se desprende de las copias de escrituras de compraventa por él celebradas, que rolan a fojas 318 y siguientes, de manera que en la tarea regulatoria, se estima más justo y armónico con el mérito de los antecedentes analizados, que la indemnización determinada en sede primaria sea elevada a la suma de treinta y cinco millones de pesos (\$35.000.000)”*.

¹⁰⁴ Sentencia de fecha 21 de agosto de 2014, caratulada “Moraga Ruiz con Cazes Oviedo”, por indemnización de perjuicios derivada de los actos de violencia intrafamiliar ejercida por el marido contra la mujer. En este

prescripción respecto de todos los actos anteriores al 7 de diciembre de 2007, limitándose al análisis a un hecho constitutivo de maltrato psicológico y a un pellizco que le ocasionó un hematoma a la demandante, ocurrido en la fecha ya indicada (Considerando séptimo). Sin embargo, señala que dicho episodio de violencia debe ser apreciado dentro de un contexto *“debiendo por lo tanto considerarse la historia de vida existente entre el agresor y la agredida y bajo esa óptica no sólo el dolor físico que provocó la agresión, sino además el desgaste y la situación de vulnerabilidad en que se encontraba la afectada al momento de la agresión, el daño emocional y las consecuencias físicas y psicológicas que produjo”* (Considerando Décimo).

De lo anterior, aunque con un número ínfimo como para sentar un principio general, fluye que los tribunales nacionales han optado por considerar para la determinación del quantum indemnizatorio, además de la entidad del daño, el contexto familiar en el que se desarrollaron, inclinándose por la indemnización debido a la gravedad de los hechos en relación a las circunstancias particulares de vida de la pareja, pues son hechos que, en un caso se repitieron en el tiempo, y en el otro se trató de uno aislado – por el tema de la prescripción acogida – pero que obedecen a una conducta sistemática de los demandados que va produciendo un daño que se va desplegando sus consecuencias con el tiempo.

Estimamos entonces, que por más que podamos convenir en que las simples desavenencias de la vida diaria no serán indemnizables por la nimiedad

caso existe un daño asociado a violencia intrafamiliar, concretamente lesiones leves y maltrato psicológico. Existió una causa por violencia intrafamiliar, y luego se declaró el divorcio por culpa, por falta imputable al marido. Aunque el tribunal estimó que la reputación de “menos graves” establecida por la ley 20.066 respecto de estas lesiones no es extensiva a la materia de responsabilidad civil. Ahora bien, el fallo condenó al demandado al pago de \$41.000.- por daño emergente y a \$2.000.000.- por daño moral.

de las mismas, o que los sufrimientos propios de la vida, como la tristeza o el dolor emocional por el término de una relación, por la falta de cariño, etc. no serán resarcibles, debemos tener presente que la determinación de si un daño es o no indemnizable, si es o no plausible de ser reparado a través de una indemnización de perjuicios, corresponderá ser analizada en el caso concreto, en la medida que se trate de una acción dolosa o negligente que provoque daño. No debemos, por último, desatender al sentido común, que llevará al presunto afectado a determinar si el daño que habrá sufrido es de la entidad suficiente para él o ella, en el sentido de costo-beneficio, como para asumir el desgaste físico, emocional y económico que implica el ejercicio concreto de una acción como las que estamos comentando.

Si se presenta una demanda de indemnización de perjuicios por un daño emanado de una infracción de un deber familiar, es porque el actor, a lo menos se ha representado esta situación, estimando la entidad del daño, viéndola como de tal entidad como para asumir tal empresa. En caso contrario, el proceso mismo será el que determinará lo opuesto con la consecuente decisión, la que para efectos prácticos, irá moldeando el criterio de la entidad del daño en el caso concreto de la infracción de que se trate. Estimamos que – sin perjuicio del derecho a la acción – se torna en especialmente relevante la historia vital de la familia de que se trate para estimar lo atendible de la acción que se pudiera deducir y asimismo la existencia de un perjuicio y su cuantía.

4.3. El daño moral

Habiendo asumido nuestra posición en cuanto a la resarcibilidad de todo daño ocasionado en las relaciones familiares, toca preguntarnos qué sucede respecto al daño moral. Esto es relevante, pues, como bien indica Lepin (2017), en el ámbito que nos convoca “los principales perjuicios serán de carácter extrapatrimonial, ya sea de tipo moral o psicológico, propios de las relaciones personales o de afecto en que se basan las relaciones familiares”¹⁰⁵.

Ahora bien, según la doctrina contemporánea, no debe confundirse al daño moral con el denominado *pretium doloris*, que equivale a los dolores, afecciones y pesares que emanan del hecho dañoso¹⁰⁶. Es más, actualmente se está abandonando la expresión daño moral por la de daño no patrimonial, o daño extrapatrimonial, pues en él abarca diversos aspectos, entre los que se encuentra el *pretium doloris*, pero además otros como la lesión de un interés jurídicamente tutelado o todo interés que no tiene un contenido patrimonial¹⁰⁷.

Qué duda cabe entonces, que en las materias de familia, los intereses no patrimoniales tienen una gran importancia, por sobre aquellos de índole patrimonial. Así, los deberes y derechos entre padres e hijos, o entre cónyuges, tienen fases patrimoniales, pero también habrá un gran catálogo, más o menos determinado de deberes jurídicos con un contenido que excede a lo netamente pecuniario, donde entran en juego situaciones del orden afectivo, lealtades, solidaridad, etc. Es así entonces como la interrogante sobre si es resarcible el

¹⁰⁵ Lepin (2017), p.508.

¹⁰⁶ Véase al respecto Barrientos (2008), Femenías (2011).

¹⁰⁷ Véase Femenías (2011), pp.33-35.

perjuicio moral – o si se prefiere, extrapatrimonial – que se pueda ocasionar en relación con el daño en las relaciones familiares adquiere relevancia.

Para quienes son tributarios de la vertiente que deniega la posibilidad general de resarcimiento de los perjuicios ocasionados al interior de la familia, o bien aquellos que adoptan la denominada posición intermedia, la posibilidad de indemnizar el daño moral se restringe principalmente a estos casos de excepcional gravedad a los que hemos aludido anteriormente en estas líneas¹⁰⁸, como son la existencia de un atentado contra la vida o integridad física o psíquica de la víctima o casos en que con ocasión del daño se produzca la vulneración de derechos fundamentales. Sin embargo, tratándose de la infracción de los deberes matrimoniales, niegan esta posibilidad, por los ya mencionados argumentos de la especialidad de las normas de familia, la existencia de sanciones diversas, el contenido eminentemente ético de dichos deberes, etc. que lo hacen incompatible con el resarcimiento de un perjuicio, e incluso se postula que, en el evento de existir daño moral en estos casos, éste debe ser soportado por la víctima, como sucede en el marco de las relaciones familiares. Así Roca (2015), para quien la posibilidad de indemnizar el daño moral frente al incumplimiento de los deberes personales del matrimonio es nula, como plantea respecto del deber de fidelidad, mientras que en casos de afectación de daños causados a la integridad física o psíquica, la libertad, el honor o la intimidad, sí. Para ella “acudir al tipo penal permite ‘tomar en consideración a efectos indemnizatorios las convicciones

¹⁰⁸ Tapia (2017). p. 68, sobre el tratamiento que en Francia se ha tratado sobre los daños con ocasión del divorcio, expresa que “el daño moral que puede calificarse como una consecuencia de una ‘particular gravedad’ atiende a padecimientos morales que ‘salen de lo ordinario’, pues en el ‘divorcio, el sufrimiento es la regla’” (p.68).

sociales mayoritarias acerca de la mayor o menor reprobación de ciertas conductas' (...). De este modo, los daños morales derivados de la violencia doméstica serán indemnizables (...); los daños morales derivados de la infidelidad, no"¹⁰⁹. Misma tesis que parece adscribir en definitiva la Corte de Apelaciones de la Serena, cuando admite la reparación del daño moral, pero únicamente porque en el caso allí decidido existía un hecho especialmente grave, a juicio de los sentenciadores¹¹⁰.

Según Otárola (2015), quienes plantean esta tesis intermedia, sólo asumen la procedencia del daño moral en la medida en que se produzca un atentado contra los derechos de la personalidad, aquellos de contenido extrapatrimonial¹¹¹.

Mendoza (2011), por su parte, considera perfectamente posible la indemnización por infracción a los deberes personales del matrimonio, aún cuando para esta autora, corresponde su tratamiento acorde a las normas de la responsabilidad contractual¹¹². Valenzuela (2012), admite sin condicionantes la posibilidad de demandar el daño extrapatrimonial, reuniéndose, por cierto, los requisitos de la responsabilidad, en este caso, extracontractual, mismo caso que Vargas (2015), quien además plantea que incluso quienes niegan la posibilidad de la reparación de la infracción a deberes matrimoniales, como Gustavo Severín o Gabriel Hernández, reconocen la posibilidad excepcional, propia de la posición intermedia a la que hemos aludido¹¹³, de indemnizar el daño moral, criticando esta

¹⁰⁹ Roca (2015) p. 96.

¹¹⁰ Véase Lepin (2015b), ficha 434, pp. 1108 y ss. Recordemos que en este caso se acreditó la existencia de malos tratos de parte del marido hacia la mujer durante los 35 años que duró el matrimonio.

¹¹¹ Véase Otárola (2015), pp.108-111.

¹¹² Mendoza (2011), p. 60.

¹¹³ Cfr. Vargas (2015), pp. 81-83.

última postura, porque consideraría que en general, se supondría por la vertiente aludida como indigna de resarcimiento la infracción de los deberes matrimoniales, cuando no se cometa, por ejemplo, un delito o falta.

Acuña (2014b), admite la indemnización por los daños que se produzcan frente al incumplimiento del derecho-deber de relación directa y regular, tanto por el padre custodio como el no custodio, haciendo posible su extensión al daño moral, reconociendo la dificultad para su determinación, y que en ocasiones se suele llegar a extremos en su apreciación, desde su rechazo hasta su inclusión como “comodín”, en palabras de la autora¹¹⁴.

Dicho lo anterior, considero que no existe inconveniente para la extensión del daño moral a todos los casos de infracción a deberes y derechos en las relaciones de familia, inclusive aquellos que tienen un contenido con un mayor componente ético, como los deberes personales del matrimonio, y los relativos a las relaciones entre padres e hijos, como la relación directa y regular, entre otros. Esto debido a que, aún cuando su infracción no sugiera un atentado grave contra los derechos fundamentales o constituya la existencia de un delito o falta penales, si se produce un menoscabo, una lesión a un interés extrapatrimonial, pero que trasunta en un daño a la persona de la víctima, originado por otro miembro de la familia, éste interés debe ser tutelado por el derecho, y aún cuando pudiese existir una sanción diversa en el ordenamiento jurídico, ello no implica en ningún caso reparación, y por lo mismo, debe quedar a cubierto la posibilidad de obtener este resarcimiento. Insistimos en que comprendemos que las meras aflicciones sentimentales derivadas de una decepción amorosa no implican un daño

¹¹⁴ Véase Acuña (2014b), p. 265 y ss.

resarcible, y que en la esfera familiar hay un grado de tolerancia diverso, propio de cada grupo familiar, pero no podemos presuponer la existencia de un campo de inmunidad donde no la hay. No podemos poner límites donde el ordenamiento jurídico no los ha impuesto, ni menos cuando estos límites podrían lesionar los derechos fundamentales de las personas, produciendo paradójicamente el efecto que pretenden evitar al establecer campos donde los afectados quedarán sin el resguardo de sus derechos, especialmente cuando estos se ven vulnerados en el seno familiar, donde supuestamente debiesen estar mejor protegidos.

Así entonces, el daño tanto patrimonial como extrapatrimonial, quedan a resguardo, pudiendo demandar su indemnización cuando se ven trasgredidos los derechos y los deberes en el marco de las relaciones de familia.

4.4. El abuso del derecho

Hasta este punto, podemos afirmar que, en el marco de las relaciones familiares, en la medida en que se realice una conducta antijurídica, con intención de dañar o sin observar una negligencia media, y que produzca un daño patrimonial o extrapatrimonial, dará derecho a la víctima para obtener el resarcimiento de ese daño que ha sido causado por la conducta ya referida, no pudiendo exigirse estándares de imputabilidad diversos, o limitando los daños resarcibles.

Ahora bien, nos preguntamos si en el ejercicio de un derecho lícitamente reconocido por el ordenamiento jurídico puede producirse un daño que dé derecho a resarcimiento. Por ejemplo, por el ejercicio de la acción de divorcio, o por el ejercicio de las acciones de filiación u otras. Pues bien, normalmente cuando se

produce el ejercicio legítimo de un derecho y esto ocurre, no habrá responsabilidad. No obstante, en virtud de la teoría del abuso del derecho, se ha entendido que el ejercicio abusivo de éste, puede acarrear responsabilidad, en la medida en que se reúnan los demás requisitos de la responsabilidad extracontractual.

Según Abeliuk (2014), para la procedencia del abuso de derecho¹¹⁵ se exigen como requisitos: la existencia de un derecho, que éste sea de ejercicio relativo¹¹⁶, y que su ejercicio sea abusivo¹¹⁷.

Pero, la pregunta que nos surge es ¿Qué sucede con los derechos emanados de las relaciones de familia? ¿Pueden ejercerse en forma absoluta o, por el contrario, su ejercicio es relativo y puede dar origen a un abuso de derecho? Creo que no es posible dar una respuesta en forma general y habrá que analizar el derecho de que se trate caso a caso para determinar su carácter. En efecto, incluso los derechos fundamentales reconocen limitaciones a su ejercicio; “se encuentran sometidos a una serie de restricciones o limitaciones que provocan que su titular no pueda ejercer válidamente una determinada prerrogativa en

¹¹⁵ En nuestro derecho no hay una regla general que acepte la procedencia de la teoría en comento, no obstante, existen disposiciones particulares que parecieran aceptarla, y asimismo la jurisprudencia ha dado luces en igual sentido. Así, la sentencia de la Corte Suprema de 04 de abril de 2011, Rol 7200-2009, que señala que: *“la responsabilidad cuasidelictual civil puede originarse del ejercicio de un derecho cuando éste se realiza sin el debido fundamento, esto es, en forma abusiva y causa daño a un tercero. Esto último, por cuanto los derechos subjetivos tienen una finalidad y han de ejercerse de acuerdo a esos fines. Si alguno, apartándose de tales objetivos y de los postulados generales, ejercer un derecho negligentemente y en el evento que cause daños a terceros, éste debe indemnizarlos”*. (citada por Corral, 2013, p. 120).

¹¹⁶ En contraposición a los derechos absolutos, en los que, según el autor, la ley no les señala limitaciones, pues en éstos no cabría el abuso del derecho, por ejemplo, en el ejercicio de la opción que da el artículo 1489 del Código Civil de elegir entre el cumplimiento forzado o la resolución del contrato bilateral, en ambos casos con indemnización de perjuicios. Véase Abeliuk (2014), pp. 268 y siguientes.

¹¹⁷ Sobre este último punto se ha dicho que debe tratarse de un ejercicio anormal o excesivo “sea por la inequívoca intención de dañar que inspira a su titular (abuso de derecho en sentido subjetivo), sea atendiendo a la valoración de las circunstancias objetivas de ese ejercicio, según estándares mínimos de sociabilidad y lealtad (abuso de derecho en sentido objetivo)” (Barros, 2010, p. 626).

ciertas circunstancias.¹¹⁸ Estas limitaciones, por lo general vienen dadas por el ejercicio de otros derechos fundamentales y por situaciones que posibilitan la vida en sociedad.

Por su parte, considero que existen, a lo menos dos casos en los que podemos hablar de que el legislador acogería la teoría comentada, a saber, en los artículos 328 y 197 del Código Civil. El primero, referido al dolo para la obtención de alimentos, en el que está claro que se está ejerciendo el derecho que contemplan los artículos 321 y siguientes del cuerpo citado, pero se está realizando en forma maliciosa, cabiendo en esta hipótesis una serie de supuestos, como disminuir intencionadamente el patrimonio del alimentario, fingir alguna condición que aumente el estado de necesidad, presentar antecedentes médicos falsos, etc. La segunda disposición en su inciso 2º está referido a la acción de filiación intentada de mala fe o con el fin de lesionar la honra del demandado. La norma no distingue, por lo que se entienden comprendidas todas las acciones de filiación, sean estas de reclamación, impugnación, desconocimiento o la nulidad del reconocimiento. Nuevamente, una serie de hipótesis surgen al respecto. Incluso la jurisprudencia ha señalado que el ejercicio de una acción manifiestamente prescrita constituiría mala fe del demandante¹¹⁹.

Desde esa perspectiva considero que podría darse a este tema en las relaciones de familia dos enfoques diversos. Por un lado, si el ejercicio de los derechos que contempla la ley, como la acción de divorcio o la separación judicial de bienes, por ejemplo, puede hacerse abusivamente, y por el otro, si es posible

¹¹⁸ Tórtora (2010), p. 168.

¹¹⁹ Corte de Apelaciones de Rancagua, Rol 592-2007-Civil caratulada "Opazo Guerrero y otro con Brown Sánchez y otra, Considerando Cuarto.

considerar como abuso de derecho ejercer una acción destinada a obtener la reparación de un daño producido entre los miembros de una misma familia.

Con respecto al primer punto de vista, el ejercicio de los derechos contemplados por el ordenamiento jurídico no es abusivo, pero podría llegar a serlo en la medida en que su ejercicio sea malicioso y con el fin de perjudicar al demandado, como ocurre en los casos señalados anteriormente y también en otros como el contemplado en el artículo 141 inciso final del Código Civil¹²⁰. Ahora bien, existen otros derechos emanados de las relaciones familiares donde el legislador no contempla una norma como las ya planteadas. Me parece que la principal duda surge en los derechos sin un contenido patrimonial, como por ejemplo en los derechos y deberes emanados de las relaciones entre cónyuges. En este caso, la naturaleza de derechos-deberes es la que entraña una imposibilidad de ejercicio abusivo de los mismos. ¿Es posible ejercer abusivamente el derecho-deber de fidelidad o el de respeto y protección? A todas luces la respuesta se inclina por la negativa. Entonces la noción de abuso en el ejercicio del derecho, en este ámbito al menos, pareciera incompatible.

Ahora bien, en lo relativo al ejercicio de ciertas acciones como la de divorcio, la doctrina se ha inclinado por entender en forma casi unánime que no es posible su ejercicio abusivo.¹²¹ Así, por ejemplo, Tapia (2018), indica que siendo

¹²⁰ “El cónyuge que actuare fraudulentamente para obtener la declaración a que refiere este artículo, deberá indemnizar los perjuicios causados, sin perjuicio de la sanción penal que pudiere corresponder”.

¹²¹ Así, por ejemplo, Aravena (2015), p. 60, reconoce la posibilidad de que el divorcio pueda producir algún daño, pero no que éste sea indemnizable. A su vez, Corral (2017) niega la posibilidad de que el divorcio ocasione un daño indemnizable. Tapia (2018), para quien no hay daño indemnizable en el divorcio, aunque este autor es contrario en general a la indemnización en materia de familia, salvo los casos expresamente sancionados. Para Cornejo (2012), p. 125. Es a lo menos cuestionable esta posibilidad en nuestro país, desde que la legislación chilena establece al divorcio como un derecho. En Argentina, Medina (2002), pp. 67 y ss.

el divorcio un derecho que establece el legislador al haber instaurado un matrimonio disoluble que posibilitaría a los cónyuges terminar un vínculo y formar una nueva unión futura, no ve cómo ese ejercicio podría ser abusivo. El autor se pone en el caso del divorcio unilateral por cese de convivencia, y plantea que no se entiende “cómo podría ser abusivo el ejercicio de una acción de divorcio que se funda en un quiebre efectivo y comprobado de la convivencia por un tan largo periodo de tiempo (tres años)”¹²² En contra, sólo la opinión aislada de Valenzuela (2012) para quien “es abusivo el divorcio que se pide arbitraria, caprichosa y frívolamente, causando graves perjuicios morales y patrimoniales al cónyuge demandado que se opone a él, sin resultados judiciales favorables en sede de familia”¹²³.

Ahora bien, respecto al segundo punto de vista, es decir, si la acción encaminada a obtener la reparación de un daño producido en el marco de las relaciones familiares podría caber dentro de la noción de abuso de derecho, me parece que ello no puede señalarse como enunciado general. Si bien es cierto, dentro del contexto que venimos estudiando no existe una norma que permita el ejercicio de una acción civil encaminada a los objetivos señalados, sí lo es el hecho de que ésta puede ser deducida en base a los fundamentos generales de la responsabilidad civil extracontractual. Desde ese prisma entonces, teniendo en cuenta la existencia del principio general de no dañar, y los elementos generales de la responsabilidad, podemos afirmar que su ejercicio no será abusivo.

planteaba que se discutía dicha posibilidad, no obstante, la doctrina y jurisprudencia mayoritarias estaban por negar la indemnización por los daños del divorcio en sí mismo.

¹²² Tapia (2018), p. 71.

¹²³ Valenzuela (2012), p. 258.

Ahora bien, si por el contrario, la acción deducida ha sido intentada de mala fe, con la intención de dañar a la otra parte, como al hacer pública la acción a fin de dañar la honra del demandado, o lisa y llanamente buscando la venganza personal, sin importar los resultados de la acción, o bien en forma negligente, me parece que podría llegar a calificarse como un ejercicio abusivo, y en dicho caso, podría haber lugar a la reparación de éste, precisando que estaríamos a mi juicio ante un caso de abuso del derecho a la acción¹²⁴.

¹²⁴ Hernández y Pardo (2014), p. 112, señalan que “constituye un abuso del derecho, debido a que la persona que ha puesto en funcionamiento el aparato jurisdiccional del Estado no ha actuado con diligencia ni cuidado o lo ha hecho con la intención de causar perjuicio, es decir, cuando la actuación ha sido negligente, temeraria o con malicia, para obtener una protección jurisdiccional inmerecida”.

5. SITUACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO RESPECTO A LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y EL DERECHO DE FAMILIA

En las líneas que siguen, realizaremos una breve revisión respecto de cómo se ha tratado el tema en diversos países. Fundamentalmente, haremos referencia a lo que ocurre en España, Francia e Italia, países que siguen el sistema continental, y que, por ello, nuestro ordenamiento les sigue normalmente en el desarrollo de diversas temáticas, sirviendo de inspiración para normas, sentencias y discusiones doctrinarias, y asimismo al caso de Argentina, país vecino que presenta desde hace años un desarrollo mayor al nuestro en el tema en cuestión.

5.1. España

En este país, al igual que en el nuestro, no existe una norma expresa que admita, o bien que prohíba la aplicación de las normas sobre responsabilidad civil a las relaciones familiares con un carácter general. Por ello, se ha visto una discusión doctrinaria en orden a la compatibilidad de ambos estatutos, centrándose el análisis en la ruptura de la promesa de matrimonio, la infracción de los deberes matrimoniales y también en el hecho de negar o entorpecer injustificadamente las relaciones entre padres e hijos.

Al respecto, existen autores como De Verda y Beamonte y Chaparro (2015), para quienes, con carácter general, el estatuto español ha evolucionado en un sistema en que constitucionalmente el principio de libre desarrollo de la personalidad se impone a la protección de la familia, siendo ésta un espacio para dicho desarrollo y no una limitante para él. De allí que en su concepto “la condición de miembro de una familia no puede servir como criterio de exención de

responsabilidad de los daños causados en la misma”¹²⁵. De opinión similar es Roca (2015), para quien, además, la consagración del derecho a la intimidad, trasunta también al ámbito familiar, existiendo una intimidad entre padres e hijos y también entre cónyuges, siendo entonces estas consideraciones suficientes para cimentar la existencia de un ámbito de responsabilidad entre familiares¹²⁶.

Por su parte, de lo que concluyen Martin-Casals y Ribot (2011), podemos entender que la aplicación de ambos estatutos en las hipótesis que surgen del análisis que hacen quienes admiten esta posibilidad, sobretodo en casos de infracción a deberes matrimoniales y en reclamaciones entre padres e hijos, suponen casos en los que raramente se tendrá una aplicación práctica. Además, esta posibilidad supondría la destrucción de todos los principios en los que descansa la construcción actual del Derecho Familiar en el ordenamiento jurídico español. En definitiva, plantean que la aplicación de la responsabilidad en las relaciones familiares provocaría un efecto contrario al que se pretende por sus impulsores, puesto que se atentaría contra la libertad de las personas, al verse limitadas por una responsabilidad eventual, incluso en su ámbito más íntimo, como es la familia. Así, en su concepto, se deben sopesar los intereses en juego “para no convertir las reclamaciones indemnizatorias en una intolerable cortapisa a las libertades individuales o en una tenebrosa máquina del tiempo que nos devuelva a

¹²⁵ De Verda y Beamonte y Chaparro (2015) p. 99.

¹²⁶ Véase Roca (2015), pp. 66 y ss. Cabe destacar que, para esta autora, como se ha indicado en este trabajo, si bien es cierto puede existir la responsabilidad entre familiares, ésta debe someterse a normas especiales para ella, por ejemplo, el factor de imputabilidad debe estar limitado al dolo y la culpa grave.

un marco de relaciones familiares opresivas de las que el moderno derecho de familia ya nos había liberado”¹²⁷.

En definitiva, en este país no existe una posición predominante respecto al tema, y el debate surge de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 1902 del Código Civil Español al ámbito de las relaciones familiares. Esta norma señala que *“El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”*¹²⁸.

Existen casos como el del artículo 43 del Código Civil español que permite la indemnización de los gastos hechos y las obligaciones contraídas en razón del matrimonio prometido, situación diversa a la de nuestro país, que no contempla norma como la referida. Pues bien, según Roca (2015), al ser éste un caso de tipificación de daño, no podrían reclamarse otros perjuicios que los que se encuadren en la norma, no obstante, queda a salvo perseguir la responsabilidad conforme al artículo 1902 del Código Civil¹²⁹.

Por su parte, respecto a la responsabilidad entre cónyuges, según la autora citada, en términos generales, “las reglas de los regímenes matrimoniales determinan la responsabilidad en los casos de mala gestión o de fraude”¹³⁰, por lo que la discusión se centrará en las relaciones extrapatrimoniales.

Ahora bien, en España existe la denominada pensión compensatoria, regulada en el artículo 97 del Código Civil español, que, plantea que *“El cónyuge*

¹²⁷ Martin-Casals y Ribot (2011), p. 561.

¹²⁸ Artículo 1902 del Código Civil español. Esta y otras citas del texto de dicho Código Civil las hemos extraído el 26 de mayo de 2018, desde la versión consolidada del Boletín Oficial Español, <https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>.

¹²⁹ Véase Roca (2015), pp. 68-69.

¹³⁰ Ídem n. 129, p. 71.

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 tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia". En mi opinión personal, esta institución plantea la compensación de un desequilibrio económico, que se devela al momento del término del matrimonio. Éste existe desde antes, pero queda en evidencia en esta oportunidad, ya que antes los deberes matrimoniales y la vida en común o en su defecto el derecho de alimentos, suplían esta disparidad. Se acerca a la figura de la compensación económica de nuestro derecho, regulada en los artículos 61 y siguientes de la Ley 19.947. Similar, pero no igual, pues como vemos en nuestro caso, uno de los requisitos de procedencia es el menoscabo económico producido por la dedicación al hogar común o al cuidado de los hijos que haya impedido total o parcialmente el ejercicio de una actividad económica, mientras que en el caso español estamos hablando de un desequilibrio económico en relación al otro cónyuge, y la dedicación al hogar es sólo uno de los factores para determinar el quantum de la misma.

Destaquemos que en ambos casos existen divergencias en cuanto a su naturaleza jurídica, desde un carácter alimenticio hasta una institución *sui generis*¹³¹. A mi entender, sólo podrían ser consideradas como fuente de responsabilidad civil extracontractual en la medida en que se entendiera el contenido de la institución como de carácter indemnizatorio, aunque, situándolas dentro de un caso de responsabilidad objetiva o sin culpa. En el caso español, el

¹³¹ Como puede apreciarse en Lepin (2016) pp. 459 y ss.

elemento generador de esta compensación obedece al desequilibrio económico entre los patrimonios de los cónyuges, que signifique una situación desmejorada respecto del otro, mientras que en nuestro derecho implica un menoscabo económico, pero fruto del no ejercicio de actividad económica o un ejercicio menor al que se quiso o pudo, producto de la dedicación al hogar o a los hijos. De este modo, en nuestro caso, al menos, pareciera que se acerca a la reparación de la pérdida de una oportunidad, mientras que en el caso español sería un criterio más objetivo, que se presenta por el solo hecho de darse el desequilibrio.

De todas formas, la pensión compensatoria del derecho español, habla de un perjuicio económico, por lo que, sea que asumamos un carácter indemnizatorio propio del régimen de responsabilidad civil, o bien otra naturaleza jurídica, pareciera compatible perfectamente con una indemnización de otro tipo de perjuicio, como el extrapatrimonial, o bien del emanado de otra fuente generadora de daño, como el incumplimiento de deberes matrimoniales¹³². Así también lo señala Mendoza (2011), quien, citando a la sentencia del Tribunal Supremo español de 30 de julio de 1999, plantea que “del incumplimiento de los deberes conyugales, no deriva ningún efecto económico asociado a esta figura, pues ‘de ningún modo es posible comprenderles dentro del caso de pensión compensatoria que se regula en el artículo 97’”¹³³.

¹³² Mismo caso puede plantearse respecto de la compensación económica en nuestro derecho, pues en ambas situaciones estamos en presencia de instituciones que no dicen relación con la infracción de deberes al interior del matrimonio, u otras situaciones que pudieren implicar afectación de derechos fundamentales del otro cónyuge, especialmente en el caso español si consideramos que no existe la norma como la del artículo 62 inciso final que permite al juez denegar o reducir el monto de la compensación que hubiere concedido al cónyuge culpable en los casos del divorcio culposo del artículo 54 de la Ley de matrimonio Civil, y de hecho, desde la vigencia de la Ley 15/2005, ya no existe un divorcio por causal en dicho país.

¹³³ Mendoza (2011), p. 50.

En materia de responsabilidad por infracción a los deberes no patrimoniales entre cónyuges, teniendo en cuenta la inexistencia de causal de divorcio actualmente en dicha legislación, toca preguntarnos si realmente puede haber exigencia del resarcimiento de perjuicios en caso de incumplimiento de éstos. Recordemos que, al no ser causal de divorcio, en los casos en que lo eran, no puede ya alegarse que la sanción prevista por el legislador español era ésta, excluyendo su indemnización, aun cuando, como se dijo antes en este trabajo, entendemos que la indemnización no debe confundirse con la sanción misma. Es en esta materia donde se producen los debates más intrincados, y donde tienen aplicación las posiciones que hemos referenciado antes.

Si bien es cierto, la posición mayoritaria es la que adhiere a la posibilidad de ser resarcidos los perjuicios emanados de la infracción de los deberes matrimoniales, no todos concuerdan en la extensión de esta reparación. Roca (2015), defiende la limitación a casos graves que suponen hechos que constituyen delitos o faltas, o en que la infracción constituya atentado contra derechos fundamentales, y aplicando como criterio de imputabilidad el dolo y la culpa grave, opinión que comparte Rodríguez Guitián¹³⁴; otros como De Verda y Beamonte y Chaparro (2015) plantean la aplicación en la medida en que se reúnan los requisitos generales de la responsabilidad, sin establecer un tipo especial de culpa.

¹³⁴ Como plantea Corral (2010) p. 179.

Ahora bien, existen dos sentencias del Tribunal Supremo Español, de 22 y 30 de julio de 1999¹³⁵, que marcaron tendencia en los últimos años, especialmente relativas a la infracción del deber de fidelidad. Ambas, habiendo sido dictadas en el mismo año, desechan la posibilidad del resarcimiento de casos de infracción al deber de fidelidad en que han existido embarazos y el consecuente nacimiento de hijos, cuya verdadera paternidad fue ocultada al marido y descubierta con posterioridad, por motivos distintos. Así, la Sentencia del tribunal supremo de 22 de julio de 1999 desestima la demanda deducida por el marido, por estimar que la mujer no actuó con dolo, pues solo habría tenido conocimiento de que el marido no era el padre de su hijo después que éste la demandara de impugnación. La de 30 de julio, en cambio, basada en hechos similares, sostiene que no es posible el resarcimiento, puesto 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 artículo 82 (...) sin asignarle, en contra del infractor, efectos económicos”, concluyendo que “el daño moral generado en uno de los cónyuges por la infidelidad del otro no es susceptible de reparación económica alguna”¹³⁶. Con posterioridad a ellas, sólo habría 2 sentencias sobre el tema dictadas por el Tribunal Supremo, en las que no se conoció del fondo del asunto, por declarar en ambos casos prescrita la acción¹³⁷.

¹³⁵ Citadas por Barceló (2015) pp. 132 y ss; Pérez (2015), pp. 149 y ss; Martín-Casals y Ribot (2011), p.514; De Verda y Beamonte y Chaparro (2015), entre otros.

¹³⁶ Martín-Casals y Ribot (2011), p. 515.

¹³⁷ Sentencias de 14 de julio de 2010 y de 18 de junio de 2012, citadas por Barceló (2015), p. 143.

En la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, por su parte, existe la sentencia de la Audiencia de Valencia de 2 de noviembre de 2004¹³⁸, que si bien es cierto niega el carácter de indemnizable a la infidelidad, sí califica como negligente el comportamiento de los demandados (la mujer infiel y el verdadero padre de la criatura), en cuanto al engendramiento del hijo por no utilizar los medios anticonceptivos necesarios, y por el ocultamiento posterior de la paternidad del hijo nacido fruto de esa unión. Son todas estas, sentencias anteriores a la reforma de la Ley 15/2005, que introdujo el divorcio sin causa en el ordenamiento español.

Con posterioridad a esta reforma, las audiencias provinciales han aumentado su actividad y, si bien en general, siguen la doctrina de la sentencia de 30 de julio de 1999, han manifestado que el ocultamiento de la verdadera paternidad del hijo nacido como consecuencia de una infidelidad matrimonial es indemnizable¹³⁹.

Pareciera entonces, que, de acuerdo a lo reseñado, en la jurisprudencia española, en la materia de responsabilidad por infracción a deberes matrimoniales, en especial el de fidelidad, se impone la tesis de que no son indemnizables, excepto cuando estos hechos llevan a consecuencias de especial gravedad, como serían en estos casos, las implicaciones de la existencia de un

¹³⁸ Citada por Pérez (2015), p. 150.

¹³⁹ Así las Sentencias de 05 de septiembre de 2007 de la Audiencia Provincial de Valencia, la de Cádiz de 03 de abril de 2008 (esta última apartándose del requisito de dolo o culpa grave) en las que el hecho de ocultar la verdad sobre el no ser el hijo del demandante, da derecho a resarcimiento, y otras, como las de Audiencia Provincial de Barcelona de 31 de octubre de 2008 y de 23 de julio de 2009, que exigen la concurrencia de dolo para configurar la responsabilidad. Todas citadas en Pérez (2015), pp. 154-155.

hijo y el develamiento del padre que no es el verdadero, debiendo resarcir los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales que de ello se deriven.

Ahora bien, en el ámbito de las relaciones entre padres e hijos, emblemática es una sentencia del Tribunal Supremo Español, de 30 de junio de 2009¹⁴⁰. En dicha resolución se condena a la madre a la indemnización de los perjuicios ocasionados al padre que, habiendo obtenido el cuidado personal del hijo común, se ha visto impedido de relacionarse con él, al haber salido del país la mujer junto al retoño, desobedeciendo incluso lo resuelto por los tribunales españoles. Según lo que se resuelve en este caso “El daño aparece ya como lesión del derecho al respeto de la vida familiar (...) Y este daño ha de ser calificado de daño moral, en base a que la relación personal entre un progenitor y su hijo constituye un elemento fundamental de la vida familiar, aunque haya cesado la convivencia entre los progenitores”¹⁴¹. No obstante, para Martín-Casals y Ribot (2011) “lo único que hace esta sentencia es reforzar la justificación de la condena con referencias comparadas al reconocimiento internacional como daño resarcible del interés del progenitor privado de la relación con su hijo de forma irreversible”¹⁴².

Antes de esta sentencia, sólo existían fallos que reconocían la posibilidad de la indemnización del daño moral que derivaba de la conducta del progenitor incumplidor, que constituía un ilícito penal, según indican De Verda y Beamonte y

¹⁴⁰ Citada y comentada por Rodríguez (2009); Otárola (2015); Roca (2015), y De Verda y Beamonte y Chaparro (2015), Acuña (2014), entre otros.

¹⁴¹ Pérez (2015), p. 157.

¹⁴² Martín-Casals y Ribot (2011), p. 521.

Chaparro (2015), citando al efecto la sentencia de la audiencia Provincial de Tarragona de 27 de octubre de 2008¹⁴³.

En suma, como puede apreciarse entonces, en el sistema español, el debate se encuentra abierto, predominando las opiniones doctrinarias que admiten la reparación civil en sede familiar, no obstante, pareciera imponerse en la jurisprudencia, la tesis intermedia, que, en general repele la indemnización, pero que, en casos de especial gravedad, y bajo supuestos especiales, como modificando el nivel de atribución de la conducta dañosa, accede al resarcimiento de estos perjuicios.

5.2. Francia

A diferencia del caso anterior, en Francia, existe una norma expresa relativa a daños emanados del hecho del divorcio, contenida en el artículo 266 del Código Civil Francés, y asimismo se reconoce la aplicación general del artículo 1382 del Código Civil en materia de responsabilidad¹⁴⁴.

El artículo 266 reza que *“Sin perjuicio de la aplicación del artículo 270, una indemnización de perjuicios puede ser concedida a un cónyuge como reparación de las consecuencias de una particular gravedad que sufra por el hecho de la disolución del matrimonio, ya sea cuando él ha sido demandado en un divorcio pronunciado por alteración definitiva del vínculo conyugal, y que él mismo no haya planteado ninguna demanda de divorcio, ya sea cuando el divorcio ha sido*

¹⁴³ Véase de Verda y Beamonte y Chaparro (2015), pp. 157 y ss.

¹⁴⁴ De acuerdo a lo señalado por Tapia (2018), p. 92, nota 114, la numeración del artículo cambió producto de una reforma del año 2016, pasando actualmente a ser el artículo 1240, pero manteniendo íntegro su contenido, esto es: *“Todo hecho cualquiera del hombre, que causa daño a otro, obliga a quien por cuya culpa ocurrió a repararlo”*.

*pronunciado por la culpa exclusiva de su cónyuge. Esta demanda no puede ser planteada sino con ocasión de la acción de divorcio*¹⁴⁵.

Como puede apreciarse, esta norma del artículo 266 en su redacción actual, está referida a las consecuencias especialmente graves que emanen del hecho de la terminación del matrimonio, que afecten al cónyuge demandado de divorcio, siempre que él a su vez no haya demandado divorcio, o bien que haya demandado divorcio por culpa del otro cónyuge y así se haya declarado.

Este es un caso expreso en que se permite la indemnización por daños derivados del divorcio, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos jurídicos, como sería el nuestro, constituyendo entonces, esta regulación una excepción a la regla general¹⁴⁶. No obstante, esta supuesta excepción es bastante restringida. En efecto, el legislador francés permite este resarcimiento, pero sólo respecto de las consecuencias *de particular gravedad* que, la terminación del matrimonio, le ocasionen al cónyuge. Así tenemos primeramente y como señalan Barcia y Rivera (2015), esta reparación “procede sólo respecto del perjuicio que es consecuencia del divorcio, y naturalmente no comprende la prestación compensatoria, es decir, la compensación económica”¹⁴⁷. Pero no procede respecto de cualquier perjuicio, sino de aquél particularmente grave. Es decir, eleva el estándar para la determinación de la existencia del daño reparable, pues, por una parte, debe tratarse de un daño ocasionado por el hecho de la disolución matrimonial, no antes, y por otro, debe ser especialmente grave.

¹⁴⁵ Tapia (2018), p.100.

¹⁴⁶ Véase Aravena (2015), p.58-59.

¹⁴⁷ Barcia y Rivera (2015), p.32.

En cuanto a la posibilidad de indemnizar daños patrimoniales y morales, Tapia (2018), plantea que ambos pueden demandarse, siempre que sean de especial gravedad¹⁴⁸. Aunque, respecto de los primeros, plantea que en la práctica “es muy raro que se invoque, pues frecuentemente es difícil de distinguir de la disparidad de condiciones materiales de vida que se aborda y soluciona con la prestación compensatoria”¹⁴⁹. Y respecto del daño moral, plantea que la Corte de Casación hace aplicación restrictiva de esta norma, al punto que, en su concepto, sólo un fallo accedería a calificar como de especial gravedad un daño moral para efectos de indemnización, y el mismo es discutible. De acuerdo a lo que plantea este autor, la Corte pareciera entender que estos daños son anteriores al divorcio mismo¹⁵⁰.

Así entonces, si bien existe una norma que permite la aplicación de las normas sobre responsabilidad civil al hecho del divorcio mismo, en la práctica, su admisión es prácticamente nula, pues si bien es necesario que se trate de un cónyuge “inocente” que se vea dañado por la terminación del vínculo, las consecuencias deben ser de tal relevancia que los tribunales prácticamente nunca entienden que se cumple dicho estándar. Asimismo, la dificultad de determinar cuando un daño se produce con motivo del divorcio y cuando no, dificultan aún más la posibilidad del resarcimiento por esta vía, pues los hechos las más de las veces pueden encuadrarse dentro de la prestación compensatoria (símil de nuestra compensación económica), o dentro de la fórmula general del artículo 1382 (actual 1240) del Código Civil francés.

¹⁴⁸ Véase ídem n. 145, p. 107.

¹⁴⁹ Ídem n.145, p. 108.

¹⁵⁰ Véase Tapia (2018), p. 109-111.

En lo referente a esta última norma, es la que constituye la disposición general en materia de responsabilidad civil extracontractual, como nuestro artículo 2314. En Francia, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos, se ha entendido su extensión a las relaciones familiares y sin limitación alguna para su aplicación¹⁵¹. Esta norma, en definitiva, se aplica al resto de los casos de responsabilidad, tanto entre cónyuges como en las relaciones de familia, no siendo incompatibles ambos tipos de reparaciones. Empero, esto no implica que puedan aplicarse uno en subsidio del otro. Así lo ha resuelto la Corte de Casación en Sentencia de 6 de marzo de 2013¹⁵².

Ahora bien, en la medida en que los daños no sean de los que tienen su sustento en el artículo 266, corresponderá la aplicación del artículo 1382, pero siempre y cuando se reúnan los requisitos propios de la responsabilidad civil, a saber, el daño, la relación de causalidad, y el dolo o la culpa.

De esta forma, se han indemnizado los daños provocados por atentados contra la vida o la integridad física, el adulterio, el abandono, el haber malversado bienes en perjuicio de la comunidad, el abandono del marido a una mujer luego de 39 años, e incluso la abstinencia de mantener relaciones sexuales sin justificación¹⁵³. No obstante, se han rechazado indemnizaciones, ya que, como plantea Tapia (2018), los jueces consideran que declarar el divorcio por culpa de uno de los cónyuges es suficiente sanción, y que incluso la Corte de Casación “estima que la culpa que da lugar al divorcio (o que es suficiente para

¹⁵¹ Barcia y Rivera (2015), pp. 31-32.

¹⁵² Citada por Barcia y Rivera (2015), nota 51, p. 31.

¹⁵³ Véase Otárola (2015), p. 164.

pronunciarlo) no constituye per sé la culpa que da lugar a la reparación sobre la base del artículo 1382 del Código Civil”¹⁵⁴.

En suma, en este ordenamiento jurídico apreciamos la existencia de un régimen especial, por un lado, en el que se admite la reparación de los daños causados con ocasión de la disolución del vínculo, pero a la vez reducidos a consecuencias de especial gravedad, dándose la dificultad práctica de la determinación de cuáles son aquéllas, y asimismo, establecer cuáles son los daños que se producen por el divorcio mismo, y no antes, los que además, deben alegarse en el mismo juicio en que se ventila el divorcio, suponiendo entonces que la procedencia del resarcimiento de los perjuicios que esta situación ocasionare, se erigen como de una excepcionalidad única, entendiéndose en consecuencia que el divorcio en sí, es una situación que generará daño, pero que por sí misma no ocasiona la obligación de indemnizar, sino que sólo circunstancias extraordinarias, de una entidad superior a lo normal, serán de la envergadura suficiente – por la enormidad del daño provocado – para dar derecho al resarcimiento del perjuicio.

Y por otro lado, la existencia de un régimen de aplicación general, que desde antiguo se entendió que en Francia era aplicable a las relaciones familiares, que habilitará a la reparación del daño causado, en la medida en que ese perjuicio obedezca a la acción culposa de otro integrante del grupo familiar, incluso, entre los cónyuges, suponiendo una infracción de los deberes matrimoniales de carácter personal, aun cuando exista cierta posición, tanto en lo doctrinario como en lo

¹⁵⁴ Tapia (2018), p. 95. Incluso en las páginas siguientes, el autor manifiesta que se daría una suerte de instauración de “culpa calificada” por la vía jurisprudencial, tratándose los casos en que se da lugar a la indemnización, de aquellos en que existen otros bienes jurídicos tutelados que se ven vulnerados, como la vida, la integridad física, la honra, etc. (pp. 97 y ss.).

jurisprudencial, que pretenda reducir su esfera de aplicación a casos de especial gravedad, donde además, se produzca la afectación de otros bienes jurídicos de importancia, como la vida, los derechos fundamentales, etc.

5.3. Italia

El caso de Italia, corresponde al de un ordenamiento jurídico en el que no existe una norma expresa que admita la aplicación de la responsabilidad civil a las relaciones familiares, sin embargo, su aceptación se viene dando en forma creciente desde hace algunos años, por medio de la aplicación de las normas generales sobre responsabilidad civil, aunque en el caso de la familia, se ha hecho empleo sobre la base del texto constitucional, partiendo de los derechos fundamentales¹⁵⁵. Así, según Tovani (2012), es a partir de 4 sentencias del Tribunal Supremo italiano de fecha 11 de noviembre de 2008, donde se abre la brecha relativa al daño moral, pues, si bien el artículo 2059 del Código Civil de ese país plantea que los daños morales serán indemnizados cuando la ley así lo sanciona, la infracción de los derechos reconocidos por la constitución no puede quedar impune. Entonces, “si bien en algunos casos la indemnización por daño moral tiene su fundamento en el artículo 185 del Código Penal (...), en otros casos esta base estará dada por los requisitos constitucionales mismos, en particular, entre otros, el artículo 32, por el daño a la salud, y el artículo 2, que habla de los derechos humanos fundamentales”¹⁵⁶.

Por su parte, según Salvatore Patti, si bien es cierto no existe en el sistema italiano una norma que establezca o pueda dar lugar a pensar en una inmunidad

¹⁵⁵ Véase Otárola (2015), p.119 y ss.

¹⁵⁶ Tovani (2012), p.253.

entre cónyuges o entre parientes, “la inmunidad se ha determinado por las reglas del diario vivir”. Agrega que “la tendencia a no manifestar al exterior los actos ilícitos producidos al interior de la familia ha impedido que casos como estos lleguen a ser presentados ante los tribunales”¹⁵⁷. Así entonces, no es por un impedimento legal o por un criterio jurisprudencial que se ha entendido que los cónyuges no podían reclamarse los daños ocasionados entre sí, o bien los hijos por los perjuicios que los padres les hubieren provocado, sino que es la costumbre, la evolución social, la que por muchos años simplemente entendió que esa fórmula no procedía, y recién en los últimos tiempos, con el avance de la sociedad y el proceso de cambio cultural que ello ha conllevado, donde se ha puesto un mayor énfasis en los derechos de los individuos, es que paulatinamente se ha ido abandonando esa concepción social y se ha ido recurriendo a las normas del derecho común, a fin de obtener este resarcimiento, el que, en todo caso, es independiente de las sanciones que el derecho de familia pudiere contemplar para casos especiales.

Ahora bien, Carapezza (2016) menciona los argumentos que se utilizaban para la negativa de la procedencia de una reparación del “ilícito endofamiliar”, como lo denomina, y apreciamos argumentos conocidos: como la negación del carácter jurídico de los deberes familiares, la especialidad de las normas del derecho de familia, y la exclusión de la antijuridicidad de la conducta del cónyuge cuando ejerce un derecho, como el divorcio¹⁵⁸. Sin embargo, la jurisprudencia italiana en diversos fallos de casación, como las sentencias de 10 de mayo de

¹⁵⁷ Patti (2015), p. 6.

¹⁵⁸ Véase Carapezza (2016), pp. 266 y ss.

2005, 15 de septiembre de 2011, entre otras¹⁵⁹, declaran que se trata de deberes jurídicos y no meramente morales; a su vez, “la posibilidad de aplicar un remedio especial contra la violación de un deber familiar no excluye que el mismo comportamiento que lo origina pueda ser considerado como fuente de responsabilidad extracontractual”¹⁶⁰, y por último, la responsabilidad no deriva del ejercicio de un derecho, sino de la infracción de los deberes, por ejemplo, matrimoniales, son fundamentos dados para responder a los primeros.

Por otro lado, en lo referente al daño indemnizable, la labor de su determinación – como se adelantó – tiene una delimitación marcada por lo que establece el artículo 2059 del Código Civil, en relación a que el daño moral solo será indemnizado en los casos que la ley prevé. En una interpretación restrictiva podríamos concluir que el daño moral en las relaciones familiares no sería resarcible, en la medida en que no haya una norma, general o específica a un caso concreto, que habilite expresamente su resarcimiento. Sin embargo, en una interpretación mirada desde una perspectiva constitucional, garantista de los derechos de los cónyuges y de los hijos al seno de la familia, se ha entendido que la presencia de una cláusula general de responsabilidad en el artículo 2043 del Código Civil, que en lo particular, frente a la infracción de una norma de rango constitucional por el actuar antijurídico de otro miembro de la familia, puede provocar un daño y éste puede ser indemnizable, sea porque existe una sanción específica en el derecho de familia que así lo prevea, teniendo aplicación el

¹⁵⁹ Ídem n. 158, p. 267, nota 19.

¹⁶⁰ Ídem n.158, p, 271.

artículo 2059 del Código Civil italiano en forma directa, o bien, por la aplicación de las normas generales sobre la responsabilidad civil extracontractual¹⁶¹.

Una sentencia de Casación de 15 de septiembre de 2011¹⁶², nos ilustra sobre la infracción a estos deberes familiares, pero en especial en lo referente al deber matrimonial de fidelidad. Así, para el fallo en comento, para que proceda el resarcimiento de los perjuicios, es necesario que *“el hecho ilícito haya vulnerado en modo grave derechos inviolables de la persona, como aquellos objeto de tutela constitucional; en tal caso la víctima tendrá derecho al resarcimiento del daño derivado de la lesión de los intereses que, si bien no se encuentran determinados ex ante por la ley, serán analizados caso a caso por el juez”*¹⁶³.

Así entonces, de acuerdo a la jurisprudencia, se puede entender que para la procedencia de la reparación de los daños derivados del ilícito endofamiliar, será necesario, que la lesión afecte un interés constitucionalmente protegido, que la infracción sea grave, y que el daño no sea fútil, es decir, que sea de una entidad suficiente para considerarlo jurídicamente relevante¹⁶⁴.

Entonces, en este ordenamiento jurídico, tenemos que los daños no patrimoniales producidos en las relaciones familiares serán indemnizados, cuando emanan de un ilícito penal, cuando hay infracción de derechos fundamentales, cuando hay infracción grave de los deberes matrimoniales, y el daño moral cuando

¹⁶¹ Véase Otárola (2015), p.120.

¹⁶² Citada y comentada por Míguez (2012) pp. 195 y ss.

¹⁶³ Ídem n. 162, p. 198.

¹⁶⁴ Véase Carapezza (2016), p. 277-278.

la ley expresamente lo autorice. Respecto del daño patrimonial, éste será indemnizable, cuando se produzca la violación de un interés jurídico protegido¹⁶⁵.

Así las cosas, podemos apreciar en este ordenamiento jurídico como se va configurando la posibilidad de resarcir los perjuicios ocasionados en el seno de la familia entre sus miembros, sin embargo, vemos como no es cualquier daño el que será indemnizable. Se puede ver que aun la unidad familiar y las pretendidas inmunidad y solidaridad siguen influenciando el debate y también las decisiones, estableciéndose en estos casos como requisitos para proceder a reparar un daño, el hecho de que no se trate de cualquier infracción, sino que una grave, que supere lo tolerable dentro de la relación familiar, y que sus consecuencias también sean relevantes. No bastará así cualquier daño, sino que este deberá ser jurídicamente relevante. En definitiva, aun cuando se reconoce la posibilidad del resarcimiento, se está haciendo con cautela, como en otros sistemas, porque se mantienen las concepciones de la familia como un espacio especial, aunque se abre la idea de la consideración del individuo como eje central y aquélla como espacio para su realización, y no al revés, donde las personas estaban al servicio y sometidas a la unidad familiar, con los pro y los contra que ello implicaba.

5.4. Argentina

Entre los países sudamericanos, haremos referencia a este país, debido a que presenta un desarrollo importante en la materia que venimos tratando. Sin existir una norma expresa que sancione la cuestión, existe un reconocimiento a la aplicación de las normas sobre responsabilidad civil en sede familiar. La discusión

¹⁶⁵ Véase Otárola (2015) pp. 121-122, Carapezza (2016), pp.277-279.

del asunto no es nueva en el derecho trasandino. Ya en 1983 existe una primera sentencia que condenó a la esposa culpable exclusiva del divorcio por adulterio e injurias graves a reparar el daño moral, siendo objeto de una serie de análisis, comentarios y jurisprudencia posterior¹⁶⁶. Incluso en 1994, el plenario de la Cámara nacional civil sentaba la regla de que “es susceptible de reparación el daño moral ocasionado por el cónyuge culpable, como consecuencia de los hechos constitutivos de las causales de divorcio”¹⁶⁷, y así, en general, se había aceptado la reparación de los perjuicios en los diversos ámbitos de las relaciones familiares, como la falta de reconocimiento de un hijo, casos de violencia intrafamiliar, entre otros¹⁶⁸, pero siempre que concurrieran los requisitos de la responsabilidad civil, no bastando sólo la culpabilidad. Por cierto, tanto doctrinaria como jurisprudencialmente se han visto opiniones encontradas y que obedecen a las 3 posturas que hemos revisado a lo largo de este trabajo¹⁶⁹, pero en general predominando las tesis que aceptan la reparación, aunque restringida a casos de especial gravedad¹⁷⁰.

En el último tiempo, y dada la entrada en vigencia en octubre de 2015 del Código Civil y Comercial de la nación, surgió la duda de si las conclusiones a las que los autores y tribunales habían arribado desde hace años, mantenían su vigor o por el contrario debían ser reformuladas, debido a esta nueva institucionalidad.

¹⁶⁶ Véase Kemelmajer de Carlucci, Aida (2015). P. 202.

¹⁶⁷ Kemelmajer de Carlucci (2015), p. 203.

¹⁶⁸ Medina (2015), p. 1.

¹⁶⁹ Tanzi y Papillú (2011), pp. 138-140, dan cuenta de estas posiciones en Argentina.

¹⁷⁰ Otárola (2015) p. 95, señala que han sido los argumentos de esta tesis, desarrollada en Argentina por autores como Fleitas – citado por ejemplo en la sentencia de la Corte de apelaciones de La Serena, entre nosotros – los que han abierto la posibilidad de la reparación al incumplimiento de los deberes matrimoniales, en situaciones excepcionales que revisten especial gravedad, y en otras en que, prescindiendo del vínculo matrimonial, igualmente hubieren sido sancionadas.

Así, respecto del no reconocimiento de un hijo, el artículo 587 del Código Civil y Comercial argentino, expresamente señala la posibilidad de resarcir los perjuicios, reuniéndose los requisitos de la responsabilidad civil extracontractual. Esta noción comprendería el daño moral, y se discutiría respecto a la procedencia del daño material y sus alcances en cuanto a daño emergente y lucro cesante¹⁷¹. En otros temas, como la obstaculización injustificada del ejercicio de la relación directa y regular nada dice el Código, no obstante, se entendería que, frente a esta situación de carácter grave, es posible demandar esta reparación, opinión que con la legislación anterior ya se imponía¹⁷².

No obstante, la materia donde se han centrado las divergencias es la referida a la responsabilidad entre cónyuges. En efecto, el Código Civil y Comercial elimina, por ejemplo, el divorcio causal, y asimismo establece el deber de fidelidad como un deber moral, lo que se traduce en la interrogante de si al ya no existir un divorcio que sancione el incumplimiento grave de los deberes matrimoniales, y si al menos uno de éstos se le suprime el carácter de jurídico, podrá ser posible obtener el resarcimiento de los perjuicios que ese incumplimiento acarree. Así, Kemelmajer de Carlucci (2015) propugna la resarcibilidad de los daños que deriven de un ataque al derecho a la personalidad, cumpliendo los requisitos de la responsabilidad civil, mas no la del incumplimiento de deberes conyugales, hoy reducidos a un contenido moral y “fuera de la autoridad de los magistrados”¹⁷³. Medina (2015), por su parte, estima que procederá esta indemnización por infracción a los deberes matrimoniales siempre

¹⁷¹ Véase Gianfelici (2016), p. 182.

¹⁷² Véase Medina (2009).

¹⁷³ Kemelmajer de Carlucci (2015), p. 221.

que se den los presupuestos de la responsabilidad civil, aún cuando se estime que no se trata de deberes jurídicos, “porque el daño indemnizable no se limita al daño a un derecho subjetivo sino que se amplía a cualquier interés legítimo”¹⁷⁴. Sí hace presente que en este sistema será más dificultoso el probar el dolo o la culpa, que en el sistema anterior, se acreditaba en el proceso de divorcio¹⁷⁵. En ese sentido, entre nosotros, Corral (2017b), comenta un fallo de 14 de diciembre de 2016 de la Cámara de Apelación de General Pico, que condena a la mujer al pago de una indemnización por infracción grave del deber de fidelidad, proceso que, si bien se inició bajo la antigua legislación, fue decidido conforme a la actual. Así, pese a la supresión del divorcio por culpa y la calificación como moral del deber de fidelidad, considera indemnizable el daño moral por atender a un interés jurídico no reprobado por el ordenamiento¹⁷⁶.

Por el contrario, para Zambrizzi, citado por Gianfelici (2016), en esta nueva legislación, “caería la antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil, porque no habría inconductas matrimoniales más allá del incumpliendo del deber de alimentos, y asistencia”¹⁷⁷, e incluso que los sentimientos no son indemnizables, y que admitiéndose el divorcio por una mera declaración de voluntad “resultaría una paradoja que pese a ello, se admitiese una reparación de un daño anexo al divorcio”¹⁷⁸.

¹⁷⁴ Medina (2015), p. 3.

¹⁷⁵ Ídem., p. 4.

¹⁷⁶ Véase Corral (2017b), quien, además, señala que este caso puede iluminar a la doctrina y jurisprudencia nacionales, puesto que, en Argentina, se indemniza si vulneración sin haber divorcio por culpa y la fidelidad ser un deber moral, y en Chile se muestra reticencia a ella, pese a que existe el divorcio y separación por causa imputable al otro cónyuge y el adulterio es considerado una infracción grave al deber de fidelidad, deber jurídico, cabe destacar.

¹⁷⁷ Gianfelici (2016), p. 184.

¹⁷⁸ Ídem n. 177.

De esta manera, entonces, es posible apreciar como en el derecho argentino se ha dado lugar a un desarrollo mucho más extendido que en el derecho nacional, pese a la cercanía geográfica, no obstante, dado el actual escenario, donde se ha formulado una reforma de importancia a su código civil, el problema no es si admitir o no la responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares, sino que por el contrario, el asunto se ha traducido en si es procedente reformular las posiciones ya definidas, o si por el contrario es posible mantenerlas, pareciendo a primeras luces que en general, y pese a las modificaciones hechas, la postura mayoritaria de admitir la reparación de los daños, especialmente en el ámbito de la infracción a los deberes conyugales, se mantiene, fundada en los principios generales de no dañar a otro, de la reparación integral del daño y el respeto a los derechos fundamentales de las personas. Situación que contrasta bastante con la del derecho nacional donde, recién estamos en los albores de la discusión doctrinaria, y para qué decir, en el ámbito jurisprudencial.

CONCLUSIONES

Al comienzo de esta investigación nos preguntábamos si son aplicables las normas sobre responsabilidad civil extracontractual en los casos de infracción a las normas del derecho de familia en nuestro país, especialmente en lo referido a la inobservancia de los deberes emanados de las relaciones familiares, sea que estén o no reguladas expresamente por el legislador.

Luego del desarrollo de las páginas que anteceden, me permito afirmar que la respuesta a esta pregunta no puede ser sino la afirmativa, en razón de que, por una parte, la no existencia de una norma expresa que permita dicha aplicación no es óbice para la aplicación del estatuto general sobre responsabilidad civil. Las normas del derecho de familia, en especial aquellas que tienen un contenido más ético, no dejan de ser normas jurídicas. Su ubicación dentro del Código Civil a su vez, demuestra que son parte del estatuto del derecho civil, aunque tengan un ámbito de aplicación especializado, como es el de la familia, y precisamente por su ubicación, es que es perfectamente posible su complementación con el estatuto de la reparación de daños.

El desarrollo de la teoría de los derechos de la persona y la protección del individuo por sobre el colectivo, han servido para avanzar hacia una concepción en la que se representa a aquél como alguien que debe ser sujeto de amparo en todos los ámbitos, incluido en el seno familiar, siendo ésta una unidad básica y que sirve como espacio de resguardo y propicia el desarrollo del ser humano, por lo que debe ser defendida por el ordenamiento jurídico, pero no puede convertirse

en un espacio de inmunidad, para dar paso a la producción de todo tipo de daños que queden sin el adecuado resarcimiento.

De esta forma, no puede hablarse de la existencia de una inmunidad o un privilegio familiar, sobre todo cuando instituciones basadas en la supremacía de un cónyuge sobre otro, o del padre sobre sus hijos, se han eliminado, existiendo en la actualidad derechos y deberes entre los distintos miembros de la unidad familiar, relaciones construidas desde la igualdad, aunque con especial resguardo a la parte más débil.

Tampoco puede confundirse la reparación con la sanción para justificar la improcedencia de la indemnización de los daños. Sí el legislador ha previsto sanciones especiales en las materias de familia, estas tienen por objeto precisamente el castigar el desapego a la norma, el incumplimiento del deber, pero ello no constituye la reparación del detrimento que en otro de los miembros de esa familia se hayan podido suscitar, por lo de esta forma, una y otra son diferentes y compatibles.

Así entonces, existiendo un daño en el marco de las relaciones familiares, existe la posibilidad de que éste sea reparado. Ahora bien, para que dicha indemnización se produzca, es necesario que se reúnan los elementos propios de la responsabilidad civil, es decir, la existencia de una conducta cometida con dolo o culpa y que esta produzca un daño, existiendo una relación de relación de causalidad entre la conducta y el daño.

En cuanto al daño indemnizable, en principio todo daño debe ser indemnizado, sea éste patrimonial o extrapatrimonial, no obstante, no cualquiera afectación tendrá la entidad suficiente para ser resarcido, puesto que en el ámbito

de las relaciones familiares existirán sufrimientos que se enmarcan dentro de lo tolerable por la fisonomía propia de la familia. Asimismo, por el ejercicio de ciertos derechos que contempla el legislador, como el divorcio, no puede alegarse la existencia de un daño indemnizable. El término de la relación de pareja, o una disputa entre padres e hijos por sí misma no son reparables desde el punto de vista de la responsabilidad civil extracontractual. Habrá otros que importen un menoscabo físico y psicológico de mayor entidad que, por el contrario, sí deberán ser reparados, para lo cual es necesario atender, entre otros factores, a la historia vital de la familia. Así, entre nosotros, la escasa jurisprudencia existente ha determinado el monto de esta indemnización – cuando ha accedido a ella – en base a los sufrimientos que fueron provocando un desgaste físico y psicológico en la persona de la víctima, aún cuando en uno de los casos se considera sólo un hecho aislado como generador de la responsabilidad.

Respecto al factor de imputación, no puede atenderse como pretenden algunos, a la modificación del grado de culpabilidad o reducirla únicamente al dolo, puesto que el legislador así no lo ha establecido. Reconocemos la especial relación que existe entre los miembros de la familia, pero ello no puede suponer una inmunidad o bien una diligencia menor. Ello supondría imponer un obstáculo mayor para quien decida demandar la indemnización de perjuicios, lo que a su vez supondría una diferenciación arbitraria que provocaría una impunidad donde el ordenamiento jurídico no lo ha permitido.

A nivel de derecho comparado, en los casos estudiados – España, Francia, Italia y Argentina – la doctrina predominante ha llegado a la conclusión de la admisibilidad de la responsabilidad en la materia de familia, no obstante, la

extensión de los casos en los que procederá esta reparación es donde se producen divergencias. En general, y con razón, se ha entendido que toda infracción a los deberes, sean matrimoniales, sean entre padres e hijos, deben ser resarcidos, no obstante, en las resoluciones jurisdiccionales parece primar el criterio de que sólo en casos de especial gravedad debe admitirse la indemnización.

Destaquemos que en Francia, existe una norma expresa que permite resarcir los perjuicios de especial gravedad que se produzcan por el hecho del divorcio, siendo un caso excepcional donde esta reparación se permite, no obstante, la determinación de cuáles daños tienen su génesis en dicha circunstancia ha provocado una dificultad tal que en la práctica es de escasa acogida.

En nuestro ordenamiento jurídico, recién existen dos fallos en los que se ha acogido la reparación de un daño producido en las relaciones entre cónyuges, aunque estos sólo la acogen en cuanto se trata de casos donde ha precedido maltrato y ha existido la disolución matrimonial por sentencia de divorcio por culpa, abriendo recién la entrada de la aplicabilidad de la responsabilidad civil a nuestro sistema, aunque restringida a casos de especial gravedad. Si bien es cierto, consideramos que la justificación de dicho pensamiento, en orden a que sólo en este tipo de situaciones existe un daño indemnizable no es la correcta, sí valoramos lo que las decisiones en sí mismas constituyen para la materia, ya que da pie a que la discusión en el ámbito jurisdiccional a lo menos, pueda irse ampliando con el paso del tiempo hacia la aceptación de más hipótesis en las que el daño es reparable.

Estimamos, desde esa óptica, que el daño ocasionado con motivo de la infracción a los deberes matrimoniales, sean éstos derivados de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, como los deberes personales, son resarcibles; asimismo, en los casos donde hay infracción a los deberes entre padres e hijos, como en el caso del no reconocimiento de un hijo, o en el impedir el ejercicio del derecho de comunicación entre un padre y su hijo, siempre y cuando se reúnan en la especie los elementos de la responsabilidad aquiliana. No hay en nuestro ordenamiento jurídico, ni tampoco en los otros que estudiamos, una norma que prohíba dicha aplicación. Sin embargo, creemos que es necesario atender especialmente a la historia vital de la familia de que se trate para poder definir si en el caso concreto, el daño del que se trate es merecedor de una indemnización y no se trata de los meros padecimientos propios de la vida. Lógicamente no podemos establecer un principio general en cuanto a qué daño es reparable y cuál no, por lo ya dicho, aun cuando existen casos de mayor relevancia en los que dicha condición es innegable, como los de atentados contra la vida o la integridad física, afectaciones al derecho a la identidad, a la honra, a la indemnidad sexual de la víctima, etc.; y habrá otros donde la distinción será más dificultosa. Asimismo, la determinación del monto indemnizable será objeto de esta ponderación especial, toda vez que en la actualidad no hay un criterio ni legal ni jurisprudencial a seguir. De esta manera, la forma en que históricamente la relación familiar de que se trate se ha llevado a efecto, será un elemento para configurar la resarcibilidad del daño y su intensidad.

Así entonces, creemos que la respuesta planteada al comienzo de este trabajo debe ser respondida afirmativamente, no existiendo en nuestro

ordenamiento jurídico obstáculo alguno para que, pese a la especial vinculación existente entre los miembros de una familia, pueda repararse el daño patrimonial o extrapatrimonial producido en su seno, reuniéndose los requisitos de la responsabilidad civil extracontractual.

BIBLIOGRAFÍA

- Abeliuk, René (2014). *Las obligaciones*. 6ª Edición actualizada. Santiago: Thomson Reuters. Tomo I, 734 pp.
- Acuña, Marcela (2014). *Recepción judicial del daño en las relaciones de Familia*. En: El Mercurio Legal. Edición del lunes 02 de junio de 2014. Extraído el 17 de mayo de 2018, desde: <http://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=903042&Path=/OD/C7/>
- Acuña, Marcela (2014b). *Derecho de relación directa y regular*. Santiago: Thomson Reuters. 308 pp.
- Barceló, Javier (2015). *Responsabilidad civil en las relaciones familiares: la experiencia española*. 30 pp. Extraída el 23 de mayo de 2018, desde: <http://revistas.ulusofona.pt/index.php/rfdulp/article/view/5351/3392>.
- Barcia, Rodrigo & Rivera, José (2015). *¿En qué casos el incumplimiento de deberes del matrimonio genera responsabilidad civil?* En: Revista Ius et Praxis. Año 21 N° 2, pp. 19-60. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v21n2/art02.pdf>.
- Barrientos, Javier (2015). *Código de la familia*. Cuarta edición actualizada. Santiago: Thomson Reuters, 1067 pp.
- Barrientos, Javier (2016). *El código civil. Su jurisprudencia e historia*. Santiago: Thomson Reuters, Tomo I, 1150 pp.
- Barrientos, Marcelo (2008). *Del daño moral al daño extrapatrimonial: la superación del pretium doloris*. En: Revista Chilena de Derecho, vol. 35 N° 1,

pp. 85 – 106. Extraído el 20 de mayo de 2018, desde:
<https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v35n1/art04.pdf> .

- Barros, Enrique (2010). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1230 pp.
- Bravo, Daniel (2015). *Responsabilidad civil entre cónyuges y excónyuges, por hechos cometidos durante el matrimonio: Panorama jurisprudencial en Chile, con especial referencia a la sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena de 3 de abril de 2014*. En: Vidal, Álvaro; Severin, Gonzalo, y Mejías, Claudia (edits.), *Estudios de Derecho Civil X, Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Valparaíso 2014, Santiago: Thomson Reuters. pp. 249-265.
- Biblioteca Universidad de Alcalá (s/f). *Fuentes e información*. Extraído el 10 de enero de 2018, desde http://www3.uah.es/bibliotecaformacion/BPOL/FUENTESDEINFORMACION/tipos_de_fuentes_de_informacin.html .
- Carapezza, Gabriele (2016). *Violación de los deberes conyugales y responsabilidad civil: La experiencia italiana*. En: *Actualidad jurídica iberoamericana* N° 4 ter, julio 2016 pp. 260-283. Disponible en: <http://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/55706/260-283.pdf?sequence=1&isAllowed=y> .
- Cornejo, María (2012). *Particularidades de la responsabilidad civil extracontractual en el derecho de familia*. Universidad de Chile. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas. Facultad de Derecho. Disponible en: http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/112811/dornejo_m.pdf?sequence=1 .

- Corral, Hernán. (2010). *Rodríguez Guitián, Alma María, Responsabilidad civil en el derecho de familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales. Recensión.* En: Revista chilena de derecho, N° 37(1), pp.177-181. Extraído el 20 de mayo de 2018, desde: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372010000100011> .
- Corral, Hernán (2013). *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual.* 2ª edición actualizada. Santiago, Thomson Reuters, 498 pp.
 - Corral, Hernán (2017). *Daños por infracción del deber matrimonial de fidelidad. Una cuestión nuclear en el debate sobre la responsabilidad civil en la familia.* En: *Ius et Praxis*, Año 23, N° 2, 2017, pp. 121 – 146. Extraído el 19 de mayo de 2018, desde: <http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/956/495> .
 - Corral, Hernán (2017b). *Responsabilidad civil por adulterio: una mirada al otro lado de la cordillera.* En: *El mercurio legal*, edición del 07 de junio de 2017. Extraído el 27 de mayo de 2018, desde: <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2017/06/07/Responsabilidad-civil-por-adulterio-una-mirada-al-otro-lado-de-la-Cordillera.aspx>
 - Croda, José y Abad, Eric (2012). *Modelos de investigación cualitativa y cuantitativa y su aplicación en el estudio del derecho.* En: *Revista electrónica de investigación de la Universidad de Xalapa*, Año 4, núm. 12, enero-abril 2016, pp. 13-24. Extraído el 14 de enero de 2018, desde: <http://ux.edu.mx/file/2.-Modelos-de-investigaci%C3%B3n-cualitativa-y-cuantitativa-y-su-aplicaci%C3%B3n-en-el-estudio-del-derecho.pdf> .

- De Verda y Beamonte, José y Chaparro, Pedro (2015). *La responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares en España*. En: Lepin, Cristian (Dir.), y Vargas, David (Coord.) Responsabilidad civil y familia. Monografías. Santiago, Thomson Reuters. 438 pp., pp. 97-140.
- Del Picó, Jorge (2011). *Evolución y actualidad de la concepción de familia. Una apreciación de la incidencia positiva de las tendencias dominantes a partir de la Reforma del Derecho Matrimonial chileno*. En: *Ius et Praxis*, Año 17, N° 1, 2011, pp. 31 – 56. Extraído el 16 de mayo de 2018, desde: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v17n1/art03.pdf>
- Del Picó, Jorge (2016). *Familia y derecho*. En: Del Picó (Coord.). Derecho de Familia. Santiago: Thomson Reuters, pp. 13-67.
- Dominguez, Carmen (2005). *Los principios que informan el derecho de familia chileno: su formulación clásica y su revisión moderna*. En: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 32, núm. 2, mayo-agosto, 2005, pp. 205-218. Extraído el 29 de abril de 2018, desde: <http://www.redalyc.org/pdf/1770/177021336001.pdf> .
- Femenías, Jorge (2011). *Notas sobre la prueba del daño moral en la responsabilidad civil*. En: *Derecho y humanidades*, N° 17, 2011, pp. 31-46. Extraído el 20 de mayo de 2018, desde: <https://derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/RDH/article/download/16974/17700/>.
- Ferrer i Riba, Josep (2001). *Relaciones familiares y límites del derecho de daños*. En: *InDret* N° 4, 21 pp. Extraído el 19 de mayo de 2018, desde: <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/80489/104821> .

- Gianfelici, Florencia (2016). Responsabilidad civil en las relaciones de familia según el Código Civil y Comercial de la Nación. En: Revista de la facultad de ciencias jurídicas sociales N° 10, nueva época, Universidad Nacional del Litoral, Santa fé, Argentina, pp. 179-187. Extraído el 27 de mayo de 2018, desde:
<https://bibliotecavirtual.unl.edu.ar/ojs/index.php/NuevaEpoca/article/download/6227/9204> .
- González, Fabian (2014). *Incumplimiento de deberes conyugales y acciones indemnizatorias: un análisis de su procedencia*. En: Derecho y justicia, N° 4, 2014, pp. 51-100. Extraído el 18 de marzo de 2018, desde:
<http://ediciones.ucsh.cl/ojs/index.php/derechoyjusticia/article/download/914/855> .
- Hernández, Héctor y Pardo, Orlando (2014). La aplicación de la teoría del abuso del derecho en la jurisprudencia colombiana. En: Opinión Jurídica, Vol. 13, N° 26, Julio-Diciembre de 2014, Medellín, Colombia, pp. 109-124. Extraído el 09 de junio de 2018, desde:
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5015046.pdf> .
- Hernández, Gabriel (2016). *Las consecuencias de la infracción de deberes matrimoniales no dan lugar a indemnización*. En: Revista Chilena de Derecho Privado, N° 27, pp. 95-139. Extraído el 18 de mayo de 2018, desde:
<https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchdp/n27/art03.pdf>.
- Kemelmajer de Carlucci, Aída (2015). *La eliminación del divorcio contencioso en el proyecto de Código Civil y Comercial de la república argentina y su incidencia en el derecho de daños*. En: Lepin, Cristian (Dir.), y Vargas, David

(Coord.) Responsabilidad civil y familia. Monografías. Santiago, Thomson Reuters. 438 pp. Pp. 195-222.

- Larrocau García, Matilde (2010). *De la naturaleza y características del derecho de familia y del adulterio como fuente de responsabilidad civil*. Comentario a sentencia de 10 de noviembre de 2009, Rol 7738-2007, I. Corte de Apelaciones de Santiago. En: Revista chilena de derecho de familia, N° 2, Junio 2010, pp. 199-206.
- Lathrop, Fabiola (2017). *Constitucionalización y jurisprudencia constitucional en el derecho de familia chileno*. En: Estudios constitucionales, año 15 N°1, 2017, pp. 329-372. Extraído el 29 de abril de 2018, desde: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v15n1/art11.pdf> .
- Lepin, Cristián (2013). *El principio de protección del cónyuge más débil en el moderno derecho de familia*. En: Revista chilena de Derecho, N° 40 (2), pp. 513-548. Extraído el 29 de abril de 2018, desde: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v40n2/art07.pdf> .
- Lepin, Cristián (2014). *Los nuevos principios del derecho de familia*. En: Revista chilena de derecho privado, N° 23, pp. 9-55. Extraído el 29 de abril de 2018, desde: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchdp/n23/art01.pdf> .
- Lepin, Cristian (2015). *Responsabilidad en las relaciones de familia*. En: Lepin, Cristian (Dir.), y Vargas, David (Coord.) Responsabilidad civil y familia. Monografías. Santiago, Thomson Reuters. 438 pp., pp. 397-438.
- Lepin, Cristian (2015b). *Jurisprudencia de derecho familiar: nueva ley de matrimonio civil (2004-2014)*. Tomo I, Santiago; Thomson-Reuters. 1128 pp.

- Lepin, Cristian (2016). Naturaleza jurídica de la compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil chilena. En: Lepin, Cristian (Dir.) y Muñoz, Karen (Coord.). *Compensación económica, doctrinas esenciales*. 2ª edición. Santiago: Thomson Reuters., 602 pp. Pp. 459-489.
- Lepin, Cristian (2017). *Derecho familiar chileno*. Santiago: Thomson Reuters. 570 pp.
- López, Carlos (2005). *Manual de derecho de familia y tribunales de familia*. Santiago. Librotecnia. Tomo I, 452 pp.
- Martín-Casals, Miquel y Ribot, Jordi (2011). *Daños en derecho de familia: un paso adelante, dos atrás*. En: Anuario de derecho civil, tomo LXIV, Fascículo II, pp. 503-561. Extraído el 19 de mayo de 2018, desde: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2011-20050300561 ANUARIO DE DERECHO CIVIL Daños en Derecho de la familia: un paso adelante, dos atrás .
- Medina, Graciela (2002). *Daños en el derecho de familia*. 1ª edición. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 627 pp.
- Medina, Graciela (2009). Daños y perjuicios derivados de la obstaculización injustificada del derecho de visita por parte del progenitor guardador. 17 pp. Extraído el 27 de mayo de 2018, desde: http://www.afamse.org.ar/Danios_y_perjuicios_derivados_de_la_obstaculizacion_injustificada.pdf .
- Medina, Graciela (2015). *Daños en el derecho de familia y en código civil y comercial unificado*. En: Revista de derecho de familia y sucesiones. Nº 5, 16

pp. Extraído el 17 de mayo de 2018, desde:
<http://www.gracielamedina.com/assets/Uploads/medina.pdf> .

- Mendoza, Pamela (2011). *Daños morales por infidelidad matrimonial: un acercamiento al derecho español*. En: Revista chilena de derecho y ciencia política. Vol. 2, N°2, pp. 41-64. Extraído el 04 de mayo de 2018, desde:
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4036391.pdf> .
- Miguez, Rodrigo (2012). *Jurisprudencia italiana comentada*. En: Revista Chilena de Derecho Privado, N° 19, pp. 195-202. Extraído el 27 de mayo de 2018, desde: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchdp/n19/art06.pdf> .
- Montecinos, Bernardo (2011). *Daños en las relaciones de familia, en especial los derivados de las relaciones paterno materno filiales*. Universidad de Chile. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas. Facultad de Derecho. Disponible en:
http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/111576/de-Moontecicos_b.pdf?sequence=1&isAllowed=y .
- Opazo, Mario (2013). Indemnización de perjuicios por incumplimiento de las obligaciones matrimoniales. En: Temas de Derecho Años XXVIII - XXX Enero- Diciembre 2013 - 2015 pp: 55 – 86, extraído el 19 de mayo de 2018, desde: <http://repositorio.ugm.cl/handle/12345/800?show=full> .
- Opazo, Mario (2017). *¿Es realmente un contrato el acuerdo de unión civil?*. En: Revista de derecho privado, N.º 33, julio - diciembre de 2017, PP. 75-108. Extraído el 30 de abril de 2018, desde:
<http://www.scielo.org.co/pdf/rdp/n33/0123-4366-rdp-33-00075.pdf> .

- Otárola, Yasna (2015). *La extensión de la responsabilidad civil al incumplimiento de los deberes maritales*. Tesis Doctoral, Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho, 392 pp. Disponible en: [https://repositorio.uc.cl/bitstream/handle/11534/21248/Tesis%20Doctoral%20Yasna%20Ot%C3%A1rola,%20Programa%20Doctorado%20en%20Derecho%20UC%20\(1\).pdf?sequence=1](https://repositorio.uc.cl/bitstream/handle/11534/21248/Tesis%20Doctoral%20Yasna%20Ot%C3%A1rola,%20Programa%20Doctorado%20en%20Derecho%20UC%20(1).pdf?sequence=1) .
- Patti, Salvatore (2015). Familia e inmunidad. En: Responsabilidad civil y familia. Monografías. Santiago, Thomson Reuters. 438 pp., pp.1-15.
- Pérez, Roberto (2015). Nuevos daños en el ámbito del derecho de familia: Los daños morales y patrimoniales por ocultación de la paternidad biológica. En: Revista de derecho civil, vol. II, núm. 3 (julio-septiembre, 2015) Estudios, pp. 141-175. Extraído el 23 de mayo de 2018, desde: <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/viewFile/148/119>.
- Roca, Encarna (2015). *Daños en el derecho de familia*. En: Responsabilidad civil y familia. Monografías. Santiago, Thomson Reuters. 438 pp., pp. 57-96.
- Rodriguez, Alma (2009). *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, fascículo IV, pp.1826-1855. Extraído el 26 de mayo de 2018, desde: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2009-40182501855 ANUARIO DE DERECHO CIVIL Sentencias comentadas: Indemnización del daño moral al progenitor por la privación de

[la relaci%F3n personal con el hijo: a prop%F3sito de la STS de 30 de junio de 2009](#) .

- Tanzi, Silvia y Papillú, Juan (2011). Daños y perjuicios derivados del divorcio (doctrina y jurisprudencia en Argentina. En: Revista chilena de derecho privado, N° 16, pp. 135-161. Extraído el 23 de mayo de 2018, desde: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchdp/n16/art04.pdf> .
- Tapia, Mauricio (2015). *Principios, reglas y sanciones del derecho de las familias*. En: En: Lepin, Cristian (Dir.), y Vargas, David (Coord.) Responsabilidad civil y familia. Monografías. Santiago, Thomson Reuters. 438 pp., pp.353-363.
- Tapia, Mauricio (2017). Responsabilidad entre cónyuges en el derecho francés contemporáneo. En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XLVIII, pp. 51 – 77. Extraído el 15 de mayo de 2018, desde: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rdpucv/n48/0718-6851-rdpucv-48-00051.pdf> .
- Tapia, Mauricio (2018). *Divorcio y responsabilidad civil*. Santiago: Rubicón Editores. 130 pp.
- Tórtora (2010). *Las limitaciones a los derechos fundamentales*. En: Estudios Constitucionales, Año 8, N° 2, 2010, pp. 167 - 200. Extraído el 21 de mayo de 2018, desde: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v8n2/art07.pdf> .
- Tovani, Flavio (2012). *Familia y responsabilidad civil: reflexiones sobre la responsabilidad de los padres respecto de sus hijos y respecto de terceros en Italia*. En: Revista de Derecho Universidad Católica de Uruguay. Segunda época. Año 7. N.º 7 (diciembre 2012), pp. 249-266. Extraído el 27 de mayo de 2018, desde:

<https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/download/792/786/> .

- Valenzuela, Jimena (2012). *Responsabilidad civil por el incumplimiento de obligaciones matrimoniales y por el ejercicio abusivo del divorcio unilateral: un estudio de su admisibilidad en Chile*. En: Revista de derecho (Coquimbo), 19(1), pp. 241-269. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532012000100007>
- Vargas Aravena, David (2015). *Del resarcimiento en Chile de los daños causados en el matrimonio*. En: Revista Ius et Praxis, año 21 N° 1, pp. 57-100. Extraído el 11 de diciembre de 2017, desde: <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v21n1/art03.pdf>.