

CAMINO SANCIÑENA ASURMENDI

(Directora)

IGNACIO FERNÁNDEZ CHACÓN Y CLARA GAGO SIMARRO

(Coordinadores)

COMPENSACIONES E INDEMNIZACIONES EN LAS RELACIONES FAMILIARES

THOMSON REUTERS

ARANZADI

Primera edición, 2021



THOMSON REUTERS PROVIEW™ eBOOKS

Incluye versión en digital

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

La Editorial se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

Por tanto, este libro no podrá ser reproducido total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, quedando prohibidos su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters

Aranzadi es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2021 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Camino Sançiñena Asurmendi (Dir.) y Clara Gago Simarro y Ignacio Fernández Chacón (Coords.)]

© Portada: Thomson Reuters (Legal) Limited

Editorial Aranzadi, S.A.U.

Camino de Galar, 15

31190 Cizur Menor (Navarra)

ISBN: 978-84-1390-020-9

DL NA 1429-2021

Printed in Spain. Impreso en España

Fotocomposición: Editorial Aranzadi, S.A.U.

Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL

Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11

31013 – Pamplona

Sumario

Página

PRESENTACIÓN	31
--------------------	----

PRIMERA PARTE

COMPENSACIONES EN LAS RELACIONES FAMILIARES

1

GANANCIALIDAD Y ADQUISICIÓN DE BIENES CON DINERO PRIVATIVO	37
---	-----------

CAMINO SANCIÑENA ASURMENDI

CLARA GAGO SIMARRO

I. Planteamiento	38
II. La atribución de ganancialidad	40
1. <i>La atribución expresa de ganancialidad</i>	40
1.1. En particular, el momento de la adquisición	47
1.2. El derecho de reembolso	53
2. <i>La atribución legal de ganancialidad</i>	60
III. Adquisición con dinero en parte privativo y en parte ganancial	67
1. <i>Adquisición al contado vigente la sociedad de gananciales</i>	69
2. <i>Adquisición con precio aplazado antes del inicio de la sociedad de gananciales</i>	75
2.1. Adquisición de la vivienda o del ajuar familiares	76
2.2. Adquisición con préstamo hipotecario	82

	<u>Página</u>
2.3. Adquisición conjunta por ambos cónyuges	90
3. <i>Adquisición con precio aplazado vigente la sociedad de gananciales</i>	94
IV. Consideración final	100
V. Índice de sentencias y resoluciones	101
<i>Tribunal Supremo (Sala de lo Civil)</i>	101
<i>Tribunales Superiores de Justicia</i>	104
<i>Audiencias Provinciales</i>	104
<i>Dirección General de los Registros y del Notariado</i>	106
<i>Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública</i>	108
<i>Dirección General de Tributos</i>	108

2

¿ES SIEMPRE JUSTO EL DERECHO DE REEMBOLSO? 109

MARÍA DOLORES AZAUSTRE GARRIDO

I. Introducción. Distinción entre figuras afines	109
1. <i>La atribución de ganancialidad (Artículo 1.355 CC)</i>	109
2. <i>Aportación de bienes a favor de la sociedad de gananciales (Artículo 1.323 CC)</i>	110
II. ¿Es siempre justo el derecho de reembolso?	112
III. Cuestiones a debate	114
1. <i>¿Prescribe el derecho de reembolso?</i>	114
2. <i>¿Es aplicable la doctrina del retraso desleal en el ejercicio del derecho?</i>	115
3. <i>¿Puede considerarse la existencia de renuncia tácita?</i>	118
4. <i>¿Qué ocurre cuando en la sociedad de gananciales no hay bienes para pagar el derecho de reembolso?</i>	119
IV. Conclusiones	121

3

RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL DE ARTISTAS PLÁSTICOS. COMPENSACIONES E INDEMNIZACIONES DURANTE SU VIGENCIA Y AL FINALIZAR 123

MIGUEL GÓMEZ PERALS

I.	Introducción	123
II.	Capitulaciones, donaciones e inventario	123
III.	Derechos relativos a la propiedad intelectual	124
IV.	En particular, la sociedad de gananciales	126
	1. <i>Bienes privativos</i>	127
	2. <i>Bienes gananciales</i>	129
	3. <i>Cargas y obligaciones</i>	132
	4. <i>Disolución y liquidación. Compensaciones: aspectos cuantitativo y temporal</i>	133
	5. <i>Adjudicación preferente y otras consideraciones</i>	134

4

FAMILIAS RECONSTITUIDAS Y MANTENIMIENTO DE LOS HIJOS NO COMUNES 139

PATRICIA LÓPEZ PELÁEZ

I.	Introducción	139
II.	El mantenimiento de los hijos no comunes en la sociedad de gananciales	140
III.	El mantenimiento de los hijos no comunes en el sistema de separación de bienes: las llamadas “cargas del matrimonio”	144
IV.	Juicio crítico y propuestas de mejora	147

5

EL PRETENDIDO CARÁCTER VITALICIO DE LA COMPENSACIÓN DEL ARTÍCULO 97 DEL CÓDIGO CIVIL 151

LUIS PÉREZ FERNÁNDEZ

6

PENSIÓN COMPENSATORIA TEMPORAL O INDEFINIDA. EL JUICIO PROSPECTIVO O EL ARTE DE ADIVINAR EL FUTURO	159
NIEVES MARTÍNEZ RODRÍGUEZ	
I. Carácter temporal o indefinido de la pensión. Evolución	159
II. El juicio prospectivo sobre las posibilidades de superar el desequilibrio	162
III. Requisitos del juicio prospectivo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo	165
IV. Las circunstancias del artículo 97 del CC y su relevancia en la duración de la pensión	168
V. Modificación y extinción de la pensión indefinida o temporal	174
VI. Para concluir	178

7

NUEVAS TECNOLOGÍAS Y JURISPRUDENCIA RECIENTE PARA LA DETERMINACIÓN Y EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA	179
CRISTINA ARGELICH COMELLES	
I. Introducción a la pensión compensatoria y distinción de la obligación legal de alimentos entre cónyuges	180
II. Determinación de la pensión compensatoria, nuevas tecnologías y doctrina jurisprudencial: tecnología <i>blockchain</i>, <i>ehealth</i> <i>big data</i>, tokenización de bienes y plataformas P2P	181
1. <i>Autonomía regulatoria de los cónyuges en materia de crisis matrimonial</i>	182
2. <i>Criterios relativos a las circunstancias personales y patrimoniales de los cónyuges</i>	183
3. <i>Criterios relativos a los desequilibrios económicos durante el desarrollo de la relación conyugal</i>	186

III.	Cálculo y pago de la pensión compensatoria: Tokenización del derecho de usufructo, transferencias periódicas y métodos de pago electrónico	187
IV.	Extinción de la pensión compensatoria y nuevas tecnologías	188
V.	Reflexiones prospectivas acerca de las nuevas tecnologías en la pensión compensatoria	189

8

VALIDEZ DE LA RENUNCIA ANTICIPADA A LA PENSIÓN COMPENSATORIA

IGNACIO FERNÁNDEZ CHACÓN

I.	Introducción	191
II.	La pensión compensatoria como derecho futuro	194
III.	Naturaleza no alimenticia de la pensión compensatoria y subsistencia del cónyuge renunciante	200
IV.	Igualdad de los cónyuges y carácter recíproco de la renuncia	211
V.	Perjuicio a terceros derivado de la renuncia	215
VI.	Consentimiento no viciado y requisitos formales de la renuncia	217
VII.	Jurisprudencia	226
	<i>Tribunal Supremo</i>	226
	<i>Tribunal Constitucional</i>	228
	<i>Tribunal Superior de Justicia de Cataluña</i>	228
	<i>Audiencias Provinciales</i>	229

9

CUMPLIMIENTO DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA EN CHILE

NICOLÁS IBÁÑEZ MEZA

I.	Introducción	231
II.	Naturaleza Jurídica de la Compensación Económica	231

	<u>Página</u>
III. Cumplimiento en razón de la naturaleza	239
1. <i>De la naturaleza jurídica</i>	241
2. <i>Sobre las formas de cumplimiento aplicados</i>	241
IV. Conclusiones	242

10

MOMENTOS ESTÁTICO Y DINÁMICO EN LA DETERMINACIÓN DE LA COMPENSACIÓN POR TRABAJO DOMÉSTICO: ESTUDIO EN CLAVE JURISPRUDENCIAL	243
--	-----

ROMINA SANTILLÁN SANTA CRUZ

I. Estado de la cuestión	244
II. El sostenimiento de las cargas del matrimonio y la razón de ser de la compensación del art. 1.438 CC	245
III. Determinación de la compensación por trabajo doméstico	249
1. <i>Momento estático: de la procedencia del derecho a la compensación</i>	249
1.1. Criterios de determinación	250
A. No está condicionada al incremento patrimonial del otro cónyuge	250
B. Dedicación al trabajo doméstico, que puede ser exclusiva, pero no excluyente	250
1.2. Cuestiones problemáticas en torno al criterio de “dedicación exclusiva, pero no excluyente”	252
2. <i>Momento dinámico: de la cuantificación de la compensación</i>	254
2.1. Criterios de determinación	254
A. Parámetro de la equivalencia al salario mínimo interprofesional	255
B. El tiempo de duración de la convivencia y ayuda de terceros	255
C. Donaciones anticipadas hechas por el cónyuge deudor de la compensación	255

	<u>Página</u>
D.	Diferencia entre la capacidad económica de los cónyuges constante el régimen de separación 256
E.	No es incompatible con la pensión compensatoria del art. 97 CC, pero cabe evitar duplicidad en las cuantías 256
2.2.	Otras cuestiones que plantea el cálculo de la compensación 257
IV.	Bibliografía 258
11	
	COMPENSACIÓN POR TRABAJO PARA LA CASA. CUANDO EL CÓNYUGE “CUIDATORIO” REALIZA UNA ACTIVIDAD REMUNERADA 261
	CELIA PRADOS GARCÍA
I.	Introducción 261
II.	Desarrollo jurisprudencial del art. 1483 del Código Civil 269
III.	La necesaria mirada desde la ética del cuidado 275
IV.	Conclusiones 278
12	
	¿RESULTA COMPATIBLE LA PENSIÓN COMPENSATORIA CON LA COMPENSACIÓN POR TRABAJO DOMÉSTICO? ANÁLISIS CRÍTICO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL 279
	JORGE ORTEGA DOMÉNECH
I.	Introducción 279
II.	Naturaleza jurídica y finalidad de ambas compensaciones 280
III.	Compatibilidad entre ambas figuras 281
	1. <i>La doctrina jurisprudencial</i> 281
	2. <i>La cuestión en los Derechos Forales</i> 289
IV.	Cuantificación 290
	1. <i>Del trabajo doméstico</i> 290

	<u>Página</u>
2. <i>De la pensión compensatoria</i>	291
V. Conclusiones	292
13	
COMPENSACIÓN ECONÓMICA POR RAZÓN DE TRABAJO EN EL DERECHO CIVIL CATALÁN: CUESTIONES PRÁCTICAS	293
SONIA ÁLVAREZ GÓMEZ	
I. Introducción	294
II. Ubicación legislativa de la compensación económica por razón de trabajo en el Código Civil de Cataluña	294
III. Requisitos personales de los cónyuges	295
IV. Circunstancias concurrentes en la cuantificación	296
V. Límites porcentuales de cálculo	296
VI. El inventario: requisitos procesales y sustantivos	297
1. <i>Momento de solicitud de la compensación</i>	297
2. <i>Requisitos procesales y sustantivos en caso de divorcio y por sucesión</i>	298
3. <i>Cuestiones prácticas a tener en cuenta</i>	300
VII. Análisis jurisprudencial: casos prácticos	301
1. <i>Cómo se computan bienes privativos previos subrogados en la adquisición de la vivienda familiar constante matrimonio</i>	301
2. <i>Cómo se computa un inmueble adquirido constante matrimonio por mitad indivisa y pagado con dinero exclusivo de uno de los cónyuges</i>	302
3. <i>Cómo se computan las participaciones en un plan de pensiones del que es beneficiario un cónyuge y que se ha pagado por el otro cónyuge constante matrimonio</i>	303
4. <i>Cómo se computan las rentas generadas por uno de los cónyuges constante matrimonio y dedicadas a la amortización de los préstamos concertados para financiar la adquisición, reparación, conservación o mejoras de sus bienes privativos, estuvieran dedicados o no al uso familiar</i>	303

VIII. Análisis jurisprudencial: porcentaje para la cuantificación de la compensación económica por razón de trabajo	305
--	------------

14

EL RÉGIMEN TRIBUTARIO DE LAS PENSIONES COMPENSATORIAS Y ANUALIDADES POR ALIMENTOS EN EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS	307
--	------------

SANTIAGO ÁLVAREZ GARCÍA

I. Introducción	307
II. Tributación de la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil	310
1. <i>Tributación del perceptor de la pensión compensatoria</i>	<i>311</i>
2. <i>Tributación del pagador de la pensión compensatoria</i>	<i>314</i>
III. Tributación de las anualidades por alimentos a favor de los hijos	317
1. <i>Tributación de los hijos que perciben anualidades por alimentos</i>	<i>317</i>
2. <i>Tributación del pagador de las anualidades por alimentos</i>	<i>318</i>

15

COMPENSACIÓN ECONÓMICA AL CESE DE LA CONVIVENCIA MORE UXORIO	321
---	------------

EDUARDO ESTRADA ALONSO

I. Introducción	321
II. Doctrina constitucional	327
1. <i>Naturaleza jurídica</i>	<i>327</i>
2. <i>La comparación de los convivientes con relación a los cónyuges</i>	<i>331</i>
3. <i>La conciliación de toda regulación de las uniones extramatrimoniales con el derecho al libre desarrollo de la personalidad del Artículo 10 de la CE</i>	<i>336</i>

III.	Los tipos de parejas estables y los distintos grados de protección familiar	338
IV.	La forma de regular las uniones extramatrimoniales y la necesidad de la ley estatal	344
V.	La compensación económica por cese de la convivencia ...	350
	1. <i>El enriquecimiento sin causa</i>	351
	2. <i>La aplicación de las instituciones matrimoniales</i>	353

16

COMPENSACIÓN ECONÓMICA POR DEDICACIÓN AL HOGAR TRAS LA RUPTURA DE UNA PAREJA DE HECHO 359

M.^a EUGENIA SERRANO CHAMORRO

I.	Introducción	359
II.	Parejas de hecho: tratamiento jurídico	361
III.	Cese de la convivencia	363
IV.	Trabajo para la casa	364
V.	Normativa autonómica	367
VI.	Valoración jurisprudencial	369

17

LA INCIDENCIA DE LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LA PENSIÓN ALIMENTICIA Y EN LA COMPENSACIÓN POR DESEQUILIBRIO ECONÓMICO 373

M.^a AMALIA BLANDINO GARRIDO

I.	Planteamiento	374
II.	Determinación del carácter disponible o de <i>ius cogens</i> de las medidas relativas al uso de la vivienda familiar, alimentos y compensación por desequilibrio económico	377
III.	El uso de la vivienda familiar y su incidencia en la satisfacción del deber de alimentar a los hijos menores de edad	379
	1. <i>La vinculación tradicional de la asignación del uso de la vivienda familiar con el régimen de custodia</i>	379

16

	<u>Página</u>
1.1. La atribución automática del uso de la vivienda familiar al cónyuge custodio	379
1.2. El silencio del legislador acerca del uso de la vivienda familiar cuando la custodia es compartida: la “casa nido” como solución inicial	381
2. <i>La satisfacción de la necesidad habitacional de los hijos menores a través de otra vivienda alternativa</i>	383
2.1. La imposibilidad de atribuir el uso de otras viviendas en el Derecho civil común	383
2.2. La conciliación entre la protección del interés superior del menor y el interés patrimonial de los progenitores: la falta atribución del uso de la vivienda familiar o la cesión temporal	384
3. <i>Repercusión de la medida relativa al uso de la vivienda familiar en la pensión alimenticia de los hijos menores</i>	389
3.1. La desvinculación tradicional entre el derecho de uso de la vivienda familiar y la prestación de alimentos	389
3.2. La interpretación jurisprudencial del artículo 96 del Código Civil en clave alimenticia	391
IV. La contribución a las necesidades de alojamiento de los hijos mayores de edad a través de los alimentos	393
1. <i>La necesidad de habitación de los hijos mayores de edad que continúan viviendo con alguno de sus progenitores</i>	393
2. <i>La necesidad de habitación de los hijos mayores de edad con discapacidad</i>	394
V. Atribución del uso de la vivienda familiar y compensación por desequilibrio económico	397
VI. La conexión entre uso de la vivienda familiar, alimentos y compensación por desequilibrio económico en la normativa autonómica	398
VII. Conclusiones	400

18

LA ATRIBUCIÓN DEL DERECHO DE USO SOBRE LA VIVIENDA FAMILIAR Y SU INCIDENCIA EN LAS RELACIONES ECONÓMICAS ENTRE LOS EXCÓNYUGES EN EL MARCO DE LA NORMATIVA NACIONAL Y AUTONÓMICA	403
JAVIER MARTÍNEZ CALVO	
I. Introducción	403
II. Reglas para la atribución del derecho de uso sobre la vivienda familiar tras la ruptura de la pareja	405
1. <i>Atribución por acuerdo entre las partes</i>	405
2. <i>Atribución judicial</i>	406
2.1. Existencia de hijos menores	406
A. Guarda y custodia exclusiva sin separación de hermanos	406
B. Guarda y custodia exclusiva con separación de hermanos	409
C. Guarda y custodia compartida	410
2.2. Inexistencia de hijos menores	411
III. Posible establecimiento de compensaciones económicas	412

SEGUNDA PARTE

INDEMNIZACIONES EN LAS RELACIONES FAMILIARES

19

LAS INDEMNIZACIONES POR INCUMPLIMIENTO DE LA PROMESA DE MATRIMONIO	419
JULIO CARBAJO GONZÁLEZ	
I. Introducción	419
II. Requisitos para la indemnización	423
1. <i>Que se trate de una verdadera y cierta promesa de matrimonio</i>	423

18

	<u>Página</u>
2. <i>Que haya sido realizada por persona con capacidad suficiente, mayor o menor emancipado</i>	427
3. <i>Que haya habido ruptura material del compromiso sin concurrencia de causa (justa)</i>	428
4. <i>Que se haya producido un perjuicio resarcible</i>	432
5. <i>Que la acción se ejercite en plazo</i>	438

20

AMOR SIN FRONTERAS. LEY APLICABLE A LA PROMESA DE MATRIMONIO

441

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ

I. Promesa de matrimonio y esponsales en Derecho internacional privado. Aspectos previos	442
II. Calificación jurídica de la promesa de matrimonio y de los esponsales en derecho internacional privado europeo. La tesis extracontractual	449
III. Ley aplicable a la ruptura de la promesa de matrimonio. Reglamento Roma II	452
1. <i>Responsabilidad extracontractual y aplicación del Reglamento Roma II</i>	452
2. <i>Primer punto de conexión. Ley elegida por las partes y promesa de matrimonio</i>	453
3. <i>Segundo punto de conexión. Ley de la residencia habitual común de las partes y promesa de matrimonio</i>	454
4. <i>Tercer punto de conexión. Ley del país donde se ha producido el daño y promesa de matrimonio</i>	455
4.1. <i>Aspectos previos. Justificación del punto de conexión “lugar del daño”</i>	455
4.2. <i>Daños morales y emocionales y promesa de matrimonio. Conexión residencia habitual de la víctima</i>	458
4.3. <i>Daños económicos y promesa de matrimonio</i>	460
A) <i>Aspectos generales. El lugar del daño económico</i>	460

	<u>Página</u>
B) Daños económicos producidos en el mismo país	463
(a) Daños económicos producidos íntegramente en el país de la residencia habitual de la víctima	463
(b) Daños económicos producidos realizados íntegramente en un país distinto al de la residencia habitual de la víctima	465
C) Daños económicos producidos en varios países	466
(a) Daños en varios países incluido el país de residencia habitual de la víctima	466
(b) Daños en varios países excluido el país de residencia habitual de la víctima	469
4.4. Daños morales, emocionales y económicos	470
4.5. Daños recíprocos	471
IV. Reflexiones finales	471

21

ACUERDOS MATRIMONIALES E INFIDELIDAD. AYER Y HOY 473

CARMEN LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ
MARÍA JOSÉ AZAUSTRE FERNÁNDEZ

I. Introducción	474
II. Acuerdos matrimoniales y consecuencias jurídicas en el Egipto greco-romano	476
1. <i>Época ptolemaica y altoimperial romana</i>	<i>478</i>
1.1. Papiros de la chora	478
A) Acuerdo matrimonial entre Heráclides y Demetria (310 a.C.)	478
1.2. Papiros de Alejandría	488

	<u>Página</u>
A) Acuerdo matrimonial entre Thermion y Apollonio (13 a.C.)	488
B) Acuerdo matrimonial entre Isidora y Dionisio (12-11 a.C)	490
1.3. Obligaciones de los cónyuges	492
A) Obligaciones del marido	492
B) Obligaciones de la mujer	496
1.4. Consecuencias de la vulneración de las cláusulas pactadas	501
1.5. Prueba del incumplimiento	502
1.6. Procedimiento para exigir las sanciones	502
1.7. Finalidad de la cláusula de infidelidad	505
2. <i>Época bizantina</i>	507
2.1. Finalidad del documento	510
2.2. Obligaciones personales y patrimoniales	511
2.2.1. Obligaciones del esposo	511
2.2.2. Obligaciones de la esposa	512
2.3. Sanción establecida como consecuencia de la infracción de los deberes asumidos	512
2.4. Características del documento	513
III. La <i>stipulatio poena</i> por infidelidad en la jurisprudencia romana	514
1. <i>Matrimonio y concubinato en Roma</i>	514
2. <i>La Stipulatio Poenae</i>	518
IV. Derecho civil español	533
1. <i>La indemnización de los daños morales por infidelidad en España</i>	535
2. <i>Pactos indemnizatorios por infidelidad</i>	539
2.1. <i>Status quaestionis</i>	539
2.2. Problemas que presentan	544
V. Derecho norteamericano	548
VI. Conclusiones	556

22

EFFECTOS PERSONALES DEL MATRIMONIO: LA ALDEA IRREDUCTIBLE DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO 559

MARÍA ASUNCIÓN CEBRIÁN SALVAT

I.	Introducción	560
II.	Efectos personales del matrimonio: perspectiva comparada	561
	1. <i>Regulación en España</i>	563
	2. <i>Regulación en otros Estados</i>	566
III.	Efectos personales del matrimonio: un reto para el Derecho internacional privado	568
	1. <i>Determinación de los tribunales internacionalmente competentes</i>	568
	2. <i>Ley aplicable a los efectos personales del matrimonio</i>	570
	2.1. <i>Delimitación de las “cuestiones de Derecho” implicadas y de las normas de conflicto aplicables</i>	570
	A. <i>Cuando entre los esposos existe pacto sobre los deberes conyugales</i>	572
	B. <i>Cuando entre los esposos no existe pacto sobre los deberes conyugales</i>	573
	2.2. <i>Análisis del art. 9.2 CC</i>	574
	2.3. <i>Problemas de aplicación de la norma de conflicto</i>	575
IV.	Consideraciones finales	577

23

REFLEXIONES BREVES SOBRE LA OBLIGACIÓN CONYUGAL DE COMPARTIR TAREAS DOMÉSTICAS Y EL CUIDADO DE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES. ASPECTOS CIVILES Y PROCESALES 579

MARÍA DOLORES RUIZ-RICO ARIAS

I.	Introducción. Consideraciones generales	579
-----------	--	-----

22

	<u>Página</u>
II. Los posibles pactos en materia de obligación de compartir las tareas domésticas y de cuidado de parientes	581
III. La inexistencia de acuerdos expresos o tácitos entre los cónyuges sobre la asunción de tareas domésticas y asistenciales, y el incumplimiento de las mismas por uno de ellos	584
IV. El ámbito de aplicación de la posible pretensión de compensación	588
24	
LA TRANSGRESIÓN DEL DEBER DE FIDELIDAD CONYUGAL	593
AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA	
25	
COMPENSACIONES E INDEMNIZACIONES EN VIRTUD DE PACTOS MATRIMONIALES	599
LUCÍA ROZALÉN CREUS	
I. Introducción	599
II. Contribución a las cargas del matrimonio	600
III. Limitación de instar la separación o divorcio	602
IV. Compensación económica por separación o divorcio	605
V. Pactos sobre los deberes conyugales	607
1. <i>Deber de respeto</i>	609
2. <i>Deber de ayuda y socorro mutuo</i>	609
3. <i>Actuar en interés de la familia</i>	610
4. <i>Deber de convivencia y domicilio conyugal</i>	610
5. <i>Guardar fidelidad</i>	612
6. <i>Atribución de representación</i>	612
VI. Declaración de nulidad del matrimonio celebrado	613
VII. Rescisión	615

26

LA INDEMNIZACIÓN POR NULIDAD MATRIMONIAL DEL ARTÍCULO 98 DEL CÓDIGO CIVIL 617

JESÚS DANIEL AYLLÓN GARCÍA

I.	Introducción	617
II.	Nulidad matrimonial: concepto, causas y efectos	618
III.	Indemnización del Artículo 98 del Código Civil	621
	1. <i>Presupuestos</i>	621
	2. <i>Naturaleza jurídica</i>	622
	3. <i>Materialización de la indemnización</i>	623
	4. <i>Prestación compensatoria del Ordenamiento Jurídico Catalán</i>	624
IV.	Reflexiones críticas	625
V.	Conclusiones	628

27

LA NECESARIA REVISIÓN DE LOS REQUISITOS ECONÓMICOS Y PERSONALES DE LOS CONVIVIENTES EN PAREJA ESTABLE A LOS EFECTOS DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA PENSIÓN DE VIUDEDAD 631

NEUS CORTADA CORTIJO

I.	Introducción	632
II.	El reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad al conviviente supérstite	632
	1. <i>El reconocimiento de la pensión a los convivientes por Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social</i>	632
	2. <i>Los requisitos económicos de los convivientes a los efectos del derecho a la pensión</i>	634
	3. <i>Los requisitos personales del derecho a la pensión. Las CCAA con derecho civil propio. La acreditación de la convivencia</i> ...	635

III.	La vigente regulación en el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social	637
1.	<i>La consolidación de los requisitos económicos en el art. 221.2 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre por se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social</i>	637
2.	<i>Los requisitos personales en la legislación vigente. La STC 40/2014 de 11 de marzo y su repercusión en el RDL 8/2015, de 30 de 30 de octubre, a los efectos de la acreditación de la convivencia</i>	638
IV.	Conclusiones	640

28

RESPONSABILIDAD Y UNIONES FUERA DEL MATRIMONIO: ASPECTOS COMPARATIVOS Y REALIDAD ITALIANA

643

ALFREDO FERRANTE

I.	Introducción y planteamiento	643
II.	Una visión diferente de la familia	644
III.	La finalidad inicial de la tutela de la convivencia <i>more uxorio</i> y su evolución	645
IV.	La necesidad de garantizar la manifestación de la libertad de la persona y su concreción segmentada	646
V.	¿Legislar es otorgar tutela?	648
VI.	Los matices de la responsabilidad y de las obligaciones	649
VII.	Responsabilidad, esfera externa y tutela	651
VIII.	Algunas conclusiones	655

29

LA INDEMNIZACIÓN DERIVADA DE LA OCULTACIÓN DE LA PATERNIDAD

657

JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE

I.	Consideraciones preliminares	657
-----------	---	-----

	<u>Página</u>
II. Precedentes judiciales	660
III. La posición del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo	664
1. <i>La injustificada negación del carácter jurídico de las obligaciones matrimoniales</i>	665
2. <i>El falaz argumento de la preservación de la paz familiar</i>	666
3. <i>El apriorismo conceptual de la consideración del Derecho de familia como un sistema cerrado</i>	667
IV. Conclusión	670

30

INDEMNIZACIÓN DERIVADA DEL NO RECONOCIMIENTO DE LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL 673

CARLOS PIZARRO WILSON

LUCÍA RIZIK MULET

I. Introducción	673
II. Banalización de la responsabilidad civil	674
III. Algunos antecedentes sobre el “huachismo”: el supuesto del ilícito	676
IV. La problemática del ilícito: entre el derecho a la identidad y la voluntariedad de la filiación	681
V. Dificultades para acreditar el daño, la causalidad y la culpabilidad en caso de falta de reconocimiento voluntario de filiación	684

31

COMPENSACIONES EN LAS RELACIONES PATERNO-FILIALES. LA PENSIÓN DE ALIMENTOS 691

CARMEN R. IGLESIAS MARTÍN

I. Cuestiones previas	691
II. La modificación de la pensión de alimentos	693

	<i>Página</i>
III. Los alimentos de los hijos mayores de edad	698
IV. El incumplimiento de la prestación	701

32

INDEMNIZACIONES EN LOS SUPUESTOS DE ATRIBUCIÓN U OCULTACIÓN DOLOSA DE LA PATERNIDAD. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL CRÍTICO	707
--	------------

JUAN CARLOS JIMÉNEZ MANCHA

I. Introducción	707
II. Reclamación de daños morales. Distinción entre la infidelidad y la falsa atribución de la paternidad como hecho causante del daño. Doctrina de la esfera de relación	709
III. Reclamación de daños patrimoniales	714
IV. Legitimación pasiva. Posibilidad de ejercicio de las acciones contra el padre biológico	716
V. Prescripción de la acción de daños	717
VI. Conclusiones	718

33

INDEMNIZACIONES DE LOS DAÑOS PRODUCIDOS A UNO DE LOS PROGENITORES EN LOS CASOS DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. ESPECIAL MENCIÓN AL MEDIÁTICO CASO DE DÑA. JUANA RIVAS	721
---	------------

ISABEL LORENTE MARTÍNEZ

I. Introducción	722
II. Los datos de hecho en el caso Rivas	722
III. Daños sufridos por un progenitor ante la sustracción internacional de sus hijos	726
IV. Competencia judicial internacional para las obligaciones extracontractuales. Marco normativo de la cuestión	727
V. Análisis del foro especial en materia delictual o cuasidelictual del art. 7.2 Reglamento Bruselas II BIS	728

VI.	Competencia judicial internacional y especial atención a la difamación por prensa escrita y por Internet	730
VII.	Ley aplicable al fondo de la cuestión. Marco jurídico	731
VIII.	Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales por difamación en DIPr. Español	733
IX.	Reflexiones finales	734

34

EL DIAGNÓSTICO GENÉTICO PREIMPLANTACIONAL COMO CAUSA POTENCIAL DE RESPONSABILIDAD INTRAFAMILIAR	737
--	-----

ANDREA MACÍA MORILLO

I.	Introducción	737
II.	El supuesto de hecho	739
III.	Los límites del diagnóstico genético preimplantacional ...	741
	1. <i>Límites técnicos</i>	741
	2. <i>Límites legales</i>	742
IV.	El encaje en los elementos de la responsabilidad civil	743
	1. <i>El daño reclamado por el niño</i>	743
	2. <i>La negligencia de los progenitores</i>	745
V.	La intromisión de la responsabilidad civil en el ámbito familiar	747
VI.	Conclusión	749

35

RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DAÑO PROVOCADO POR LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN EL DERECHO DE FAMILIA	751
---	-----

YASNA OTÁROLA ESPINOZA

I.	Introducción	751
----	---------------------------	-----

II.	Panorama general de la reparación del daño provocado por la vulneración de los derechos de NNA	754
1.	<i>El daño reparable</i>	760
2.	<i>Responsabilidad civil por el no reconocimiento voluntario del hijo en Chile</i>	761
2.1.	Los argumentos de la doctrina	765
3.	<i>Responsabilidad civil por no pago de los alimentos</i>	767
III.	Conclusión	773

36

LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL POR CONTAGIO “CULPABLE” DE COVID-19 EN REUNIONES FAMILIARES O SOCIALES	775
--	-----

MÓNICA GARCÍA GOLDAR

I.	Introducción	775
II.	La responsabilidad civil extracontractual	777
1.	<i>Ideas previas</i>	777
2.	<i>Elementos de la responsabilidad civil extracontractual: el art. 1902 CC</i>	779
2.1.	La acción u omisión	780
2.2.	La culpa o negligencia	781
2.3.	El daño	785
2.4.	La relación de causalidad	787
3.	<i>Dies a quo de la acción</i>	789
III.	Valoración final	790

Thomson Reuters ProView. Guía de uso

Presentación

El libro que presento *Compensaciones e indemnizaciones en las relaciones familiares* tuvo su germen en un Congreso Internacional de Derecho Familia, que con el mismo título se desarrolló en diciembre del pasado año 2020 bajo el auspicio de la Universidad de Oviedo y la Asociación Española de Abogados de Familia, y cuya acogida desbordó con mucho la usual en este tipo de actividades, dada la calidad de los oradores y las facilidades propiciadas por su celebración en formato telemático a causa de las restricciones inseparables a la pandemia. Este volumen es deudor solo en parte del congreso, pues no todos los que intervinieron participan por escrito y, por otra parte, se incluyen nuevas contribuciones para complementar el vasto panorama de esta materia.

Abordar las “compensaciones e indemnizaciones” en el ámbito de las relaciones familiares supone abrir una auténtica caja de pandora en la que tienen cabida instituciones heterogéneas entre sí, cuyo nexo de unión radica en la finalidad resarcitoria de los menoscabos de todo tipo que pueden suscitarse entre cónyuges, parejas de hecho, y padres e hijos. Sin ninguna duda, la disparidad y distinta tipología tanto de estos perjuicios como de los mecanismos encaminados a su reparación dificultan la incardinación de las colaboraciones en una de las categorías que le dan título.

Con este esquema, la obra se estructura en dos partes, la primera se dedica al estudio de las compensaciones en las relaciones familiares entendidas en sentido lato, comenzando en régimen económico matrimonial por los derechos de reembolso producidos por los trasvases de dinero y bienes entre las masas patrimoniales, las compensaciones en caso de que un cónyuge sea artista plástico, y los reintegros entre cónyuges originados por los gastos por el sustento de hijos no comunes, en lo que supone la primacía del principio de equilibrio entre las masas patrimoniales.

A continuación, se analizan con profusión dos instituciones resarcitorias que copan buena parte del quehacer de los Juzgados de familia, y de los Tribunales en el ámbito familiar. Me refiero, en primer lugar, a la pensión compensatoria destinada a paliar el desequilibrio económico

derivado de la separación y divorcio, objeto de una profunda evolución jurisprudencial desde su aparición en 1981, haciéndose hincapié en la limitación temporal mediante su sometimiento a un término –definido o no– en el momento de su fijación, además de su tributación; evolución jurisprudencial provocada en estos cuarenta años por la superación de los presupuestos y sustrato social sobre el que dicha pensión se asentaba inicialmente. Especial mención merece la cada vez más frecuente renuncia anticipada de la pensión compensatoria en virtud de acuerdos en previsión de ruptura que los cónyuges pueden suscribir.

En segundo lugar, se estudia la compensación por el trabajo para la casa, característica del régimen de separación de bienes, cuyo auge y atención crecientes por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de la última década genera un notable interés a nivel doctrinal y una significativa repercusión social, pues compensa la dedicación personal en la ejecución de las labores domésticas, la atención a los miembros de la familia o la dirección de la casa, de carácter exclusivo (aunque compatible con la colaboración en actividades y negocios de la familia), pero no excluyente.

Las indemnizaciones en el ámbito de las relaciones familiares conforman el contenido de la segunda parte de la obra. Se ha pretendido poner el acento en el origen de los perjuicios acaecidos en las relaciones de familia, tomando en consideración su eventual naturaleza *aquiliana* y sus mecanismos de reparación. Dada la rica y cada día más abundante casuística jurisprudencial, no cabe duda de que las reclamaciones de indemnizaciones de daños y perjuicios en el seno de las relaciones familiares se ha convertido en un tema recurrente no exento de complejidad, pues implica referirse a un conjunto heterogéneo de supuestos, cada uno de los cuales plantea sus propios desafíos y obliga a operar con normas de diferente naturaleza, abriéndose a campos diversos tanto desde el punto de vista de los sujetos implicados –cónyuges o contrayentes, convivientes en pareja de hecho, o padres e hijos– como de la tipología patrimonial o moral de los daños ocasionados.

El Código Civil regula únicamente algunos supuestos de indemnizaciones por daños ocasionados en el seno familiar, como la promesa de matrimonio o la indemnización al cónyuge de buena fe derivada de la nulidad matrimonial. Sin embargo, fuera de tales casos, la interacción entre el derecho de daños y el derecho de familia tropieza con el hecho de que ni unas ni otras normas contemplan expresamente la posibilidad de reclamar con carácter general indemnizaciones por daños causados en las relaciones familiares mediante acciones de responsabilidad civil. Silencio de nuestro Código Civil que ha sustentado una tradicional exclusión de la aplicabilidad de las reglas de responsabilidad civil a las relaciones de

familia, tal y como el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de respaldar en su Sentencia plenaria de 13 de noviembre de 2018, cuyo ponente –el magistrado Seijas Quintana– intervino con la impartición de la conferencia inaugural del referido Congreso, en la que sistematizó la jurisprudencia más relevante del Tribunal Supremo en materia de compensaciones e indemnizaciones.

En el plano matrimonial y siguiendo un criterio de tipo cronológico se aborda, en primer lugar, la indemnización por incumplimiento de la promesa de matrimonio, no sólo desde el punto de vista interno sino también internacional, destacando la creciente importancia que dicha promesa va adquiriendo como consecuencia del incremento de las relaciones amorosas transfronterizas favorecidas por las nuevas tecnologías.

Ante la ausencia de sanción legal aparejada al incumplimiento de los deberes conyugales, más allá de su operatividad como causa de desheredación, la indemnización derivada del incumplimiento de los deberes matrimoniales se aborda desde una doble perspectiva: el margen de autonomía de la voluntad de los cónyuges –o futuros contrayentes– en orden a pactar diversas consecuencias asociadas al incumplimiento de los deberes conyugales, pactos frecuentes en otros países de nuestro entorno; y la posibilidad de que dicho incumplimiento pueda resultar resarcido –en defecto de tales acuerdos– en aplicación de las reglas generales en materia de responsabilidad civil.

El estudio de las indemnizaciones en el ámbito matrimonial concluye con la indemnización derivada de la nulidad matrimonial a favor del cónyuge de buena fe, nulidad e indemnización que están resistiendo un aumento paulatino a lo largo de los últimos años.

De manera paralela y con motivo de la ruptura de las parejas no matrimoniales, se analiza las indemnizaciones que pueden solicitarse por la vía del principio del enriquecimiento sin causa, tanto desde la perspectiva española como italiana.

La obra concluye con las indemnizaciones en el terreno de las relaciones paterno-filiales, en particular, los deberes alimenticios y las consecuencias asociadas a su incumplimiento, así como el tratamiento jurisprudencial conferido al resarcimiento de los daños derivados de la ocultación o falsa atribución de la paternidad y de la omisión de reconocimiento de la filiación extramatrimonial –estrechamente vinculados, en ambos casos, con las obligaciones alimenticias de los progenitores– incluido su tratamiento en el Derecho chileno, y las indemnizaciones por el incumplimiento del régimen de guarda y custodia de los menores a causa, por ejemplo, de su ilícita sustracción. Todo ello sin dejar de lado otros supuestos de

indemnizaciones en el ámbito familiar fruto de errores de diagnósticos en materia de reproducción asistida, o del contagio de enfermedades entre los miembros de la familia.

El elenco de contribuciones que se suceden a lo largo de esta obra ofrece una panorámica actualizada en torno a los resarcimientos acaecidos en el ámbito del Derecho de Familia, que se han convertido hoy día en una materia especialmente atractiva y sugerente en constante evolución. Así, se brinda al lector, de una forma asequible y compendiada, una visión sistemática de las principales cuestiones que se suscitan en la práctica jurisprudencial, cuyo discurrir futuro aparece incierto en atención al elevado margen de apreciación y discusión que cada uno de los temas abordados irradia, tal y como, por otra parte, resulta habitual en el campo jurídico-familiar.

CAMINO SANCIÑENA ASURMENDI

Catedrática de Derecho Civil

Indemnización derivada del no reconocimiento de la filiación extramatrimonial

CARLOS PIZARRO WILSON

*Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad Diego Portales*

LUCÍA RIZIK MULET

*Profesora Asistente de Derecho Civil
Universidad Central de Chile*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II BANALIZACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. III. ALGUNOS ANTECEDENTES SOBRE EL “HUACHISMO”: EL SUPUESTO DEL ILÍCITO. IV. LA PROBLEMÁTICA DEL ILÍCITO: ENTRE EL DERECHO A LA IDENTIDAD Y LA VOLUNTARIEDAD DE LA FILIACIÓN. V. DIFICULTADES PARA ACREDITAR EL DAÑO, LA CAUSALIDAD Y LA CULPABILIDAD EN CASO DE FALTA DE RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO DE FILIACIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Una de las transformaciones más o menos recientes y relevantes del derecho de la responsabilidad civil ha tenido lugar en el ámbito del derecho de familia. Los vínculos han sido agudizados buscando una reparación ahí donde antes resultaba impenetrable la justificación de la indemnización bajo el amparo del manto de lo privado. No sólo ha existido una expansión hacia fuera del núcleo familiar, al menos es posible percibirlo en los daños ocasionados por niños, niñas y adolescentes a terceros, mostrando una regresión de la culpa y modelos estrictos que

permitan una indemnización¹. Pero también se observa una expansión al interior del núcleo de la familia. Ya no es inusual que se presenten demandas de indemnización entre cónyuges, convivientes, de hijos contra padres y como ocurre en la hipótesis objeto de este estudio, de un hijo o hija cuyo reconocimiento ha sido forzado contra su padre, quien de manera contumaz no sólo niega la filiación, sino que obstaculiza o se manifiesta rebelde en el juicio de reclamación de filiación. Al asumir una lesión al derecho a la identidad con garantía constitucional se abre la posibilidad de construir una hipótesis de daños. Esta posibilidad incipiente en el derecho chileno², aunque con algún registro precedente en los tribunales³ y una moderada renovación doctrinal sobre los daños y el derecho de familia, merece un análisis que nos permite enmarcarlo en la evolución de la responsabilidad civil en Chile.

II. BANALIZACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Junto con un fenómeno que podríamos denominar la banalización de la responsabilidad civil, asociado al decaimiento de su función de prevención, agudizando la creciente industria del seguro, irrumpen nuevas figuras de daños a indemnizar, entre las cuales destacan algunas asociadas a las relaciones de familia. Se ha dicho que “paralelamente a la objetivación de la responsabilidad fundada en el imperativo de la seguridad de las víctimas, se ha verificado un profundo movimiento de socialización de la reparación, justificado por la exigencia de solidaridad, solidaridad hacia los responsables, de una parte, que se encarna particularmente en el seguro de responsabilidad y en relación con las víctimas, de otra parte, que se manifiesta en la multiplicación de los fondos de garantía y las instituciones de la seguridad social”⁴. La culpa, reina en las condiciones de la responsabilidad civil de nuestros vetustos códigos, en particular el chileno, pero ella aparece cada vez más tímida, algo opaca, menos presente e importante ante la irrupción de modelos objetivos en las leyes o por la jurisprudencia que exige una diligencia extrema acercándose a un modelo

1. MAZEAUD, D. “famille et responsabilité (Réflexions sur quelques aspects de l’idéologie de la réparation””, *Études offertes à Pierre Catala. Le droit privé français à la fin du XX siècle*, Paris, Litec, 2001, p. 569.
2. PIZARRO WILSON, C. “Responsabilidad civil por el no reconocimiento voluntario del hijo de filiación extramatrimonial”, en *Responsabilidad civil y familia*, Santiago, LegalPublisdhing, 2014, p. 281 y ss. Recientemente, Corral Talciani, H. “Responsabilidad civil por no reconocimiento de un hijo”, en <https://corraltalciani.wordpress.com/2021/03/07/responsabilidad-civil-por-no-reconocimiento-de-un-hijo/>.
3. Sentencia del Segundo Juzgado de Letras de Calama, 13 de diciembre de 2019, Rol C-876-2019; Corte de apelaciones de Antofagasta, 17 de septiembre de 2020, Rol 30-2020.
4. MAZEAUD (2001), p. 570-571.

objetivo de responsabilidad, denotando así una paulatina regresión en su existencia y en su contenido. Los instrumentos para soslayarla han sido mencionados muchas veces, ya sea para lograr su desaparición o exclusión, a través de la responsabilidad objetiva o hipótesis de responsabilidad estricta, o para alivianar la carga de la víctima, manteniéndose en un esquema por culpa, a través de la presunción de culpa por vía pretoriana, dejando atrás una conducta basada en un estándar general de diligencia. Otro usual camino para erosionar la presencia de la culpa han sido las presunciones de culpa que, si bien no están establecidas por el legislador, los jueces entienden se desprenden de determinadas interpretaciones, confundiendo así el razonamiento probatorio con las presunciones. O, lo que nos interesa acá, dando por sentada una culpa por la infracción o conducta contraria a una regla infraccional o, tratándose del derecho de familia, de un deber establecido en la ley.

La erosión continua del régimen de responsabilidad civil previsto en el Código civil, auxiliada por la Doctrina que puja por extender el ámbito de aplicación, en no pocas ocasiones sacrificando su comprensión clásica o tradicional, ha permitido que surjan nuevos daños indemnizables.

No cabe más que adherir a las palabras de Lambert-Faivre al afirmar que de una fisonomía de la responsabilidad civil basada en una deuda de responsabilidad hemos pasado a un crédito de indemnización⁵. La práctica de la responsabilidad civil exhibe una expansión basada en el anhelo persistente de víctimas de daños de obtener una indemnización, generando ese cambio de perspectiva al considerar dicha situación, aunque sea de manera evocativa, como un crédito, más que una deuda, aunque ambos conceptos, como sabemos forman un binomio inseparable. El énfasis, sin embargo, se coloca ahora en la indemnización del daño más que en la configuración de los elementos de la responsabilidad. Denis Mazeaud hace algunos años denominó esta expansión con el título una ideología de la responsabilidad a propósito de la familia y la responsabilidad, tanto en su faceta de responder como obtener una indemnización. Entre todas estas facetas surge una hipótesis que ha suscitado, tanto en España como Argentina, en muy poca medida en Chile, una repercusión jurisprudencial, si el padre biológico debe responder por el daño moral ocasionado a su hijo a quien no reconoce de manera voluntaria.

Se trata, entonces, de la situación de los hoy denominados hijos de filiación extrapatrimonial, cuyo precedente vergonzoso es la descendencia ilegítima, natural o simplemente ilegítima, o los "huachos".

5. LAMBERT-FAIVRE, Y. "L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation", *RTD civ.*, 1987, p. 1 y ss.

III. ALGUNOS ANTECEDENTES SOBRE EL “HUACHISMO”: EL SUPUESTO DEL ILÍCITO

En Chile, el año 2018 se registraron 221.731 nacimientos, con una tasa global de fecundidad de 1,6 hijos por mujer, cifra que está muy por debajo de la tasa de reemplazo generacional estimada, que corresponde a 2,1⁶. Del total de nacimientos, 181.189 se produjeron fuera del matrimonio, lo que equivale a algo más del 75% del total. Ese mismo año, el Servicio de Registro Civil e Identificación informó que 20.715 del total de nacimientos fueron registrados sólo por la madre⁷. Así las cosas, en la sociedad chilena, la familia, y en concreto, las relaciones paterno-filiales, aparecen desvinculadas del matrimonio, cuestión que se corrobora si se compara con lo que ocurre en otros países. Según cifras de la OCDE, hasta el año 2017, Chile lideraba el indicador de registros de nacimientos fuera del matrimonio con un 73,7%, seguido por Islandia con un 71,2% y Costa Rica con un 71%, mientras que, hacia el final de la tabla, aparecen Israel con un 7,5%, Japón con un 2,2% y, Korea con un 1,9%⁸.

Sin embargo, en Chile las cifras de hijos e hijas nacidas fuera del matrimonio estuvieron largo tiempo muy por debajo de las actuales. El porcentaje de nacimientos ilegítimos en 1960 correspondió al 15,9% del total, mientras que, en 1990 aumentó al 34,3%. Nos referimos a ilegítimos, pues no fue sino hasta el año 1998 que Chile incorporó a la legislación civil el concepto de filiación no matrimonial y el principio de igualdad entre los hijos e hijas, adecuando su legislación a lo dispuesto en el artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos y, en armonía con la Convención sobre los Derechos del niño.

Todo lo anterior explica en parte, por qué en Chile la problemática de demandar daño moral por reconocimiento no voluntario es una problemática e hipótesis reciente. A las importantes barreras que incluía la legislación para la determinación de la filiación, se sumaban las categorías de estado civil de hijo natural y de simplemente ilegítimo que mantenía el

6. Instituto Nacional de Estadísticas de Chile (INE). Anuario de estadísticas vitales, 2018, p. 15. Disponible en: https://www.ine.cl/docs/default-source/nacimientos-matrimonios-y-defunciones/publicaciones-y-anuarios/anuarios-de-estad%C3%ADsticas-vitales/anuario-de-estad%C3%ADsticas-vitales-2018.pdf?sfvrsn=10e4ed27_5.
7. Servicio de Registro Civil e Identificación de Chile. *Datos registrales con enfoque de género. Programa Equidad de Género 2019*. Disponible en: http://transparencia.srcei.cl/docs/Transparencia_Activa/Otros_Antecedentes/Genero/Datos_Registrales_Genero.pdf.
8. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). *Base de Datos sobre la Familia*. Disponible en: <https://stats.oecd.org/viewhtml.aspx?datasetcode=FAMILY&lang=en>.

Código civil, diferenciando la situación jurídica de cada hijo⁹. El análisis historiográfico del “huachismo” ha vinculado la ilegitimidad con la pobreza o marginación social. Un ejemplo chocante son los expósitos, cuyo abandono se incrementó de manera significativa en el siglo XX. Así da cuenta el estudio de Delgado, quien muestra las estadísticas espeluznantes del abandono de infantes: “El aumento de los expósitos no puede ser más evidente. Su ritmo siempre va en alza, paulatinamente, hasta el primer cuarto del siglo XIX; fuerte, en la década de 1830-1839, y decididamente brutal a partir de 1840. Entre 1770-1829, el número de abandonos aumenta en un 107%; hacia 1870, ha subido a un 1.720%, y hacia 1920-1929, su volumen ha crecido en forma sideral en un 2.395%”¹⁰.

El debate en Chile sobre la ilegitimidad, que se conoce como el “huachismo” no se ha zanjado, pues su causa puede encontrarse en un fenómeno vinculado a la agricultura y la ruralidad¹¹, aunque para otros, es un fenómeno que se explica por razones de cambios sociales y económicos, sin que exista una explicación estructural e inmutable¹², si bien amparado en la fisonomía familiar estructurada en la legislación civil. El Código civil de 1855, centrado en la familia patriarcal, matrimonial y legítima, dejó atrás la legislación colonial, preservando las discriminaciones para los ilegítimos. Milanich sostiene que “Muchas de estas regulaciones fueron eliminadas o se tornaron obsoletas afines del período colonial, pero las leyes civiles promulgadas en las nuevas naciones independientes del siglo diecinueve tendieron a reafirmar la discriminación en contra de las personas de filiación ilegítima. Algunos códigos, como el promulgado en Chile en 1857, y subsecuentemente adoptado por otros países de América

9. El Código civil de 1855 reconocía como hijos legítimos a aquellos concebidos dentro del matrimonio, otorgándoles plenos derechos filiales y sucesorios. El resto de los niños y niñas nacidas, no estaban amparadas por el vínculo matrimonial, concediéndoles derechos filiales o sucesorios limitados, e integraban algunas de las categorías de estado civil de hijo ilegítimo que reconocía la legislación: hijo natural, hijo simplemente ilegítimo e hijo de daño ayuntamiento. Durante gran parte del siglo XX se incorporaron modificaciones parciales a las disposiciones sobre filiación con la finalidad de mejorar la situación jurídica de los hijos, ampliando la categoría de hijos legítimos a aquellos que aun cuando no fueron concebidos durante el matrimonio, eran legitimados por matrimonio subsiguiente; y se ampliaron los derechos de alimentos y sucesorios de los hijos ilegítimos, sin llegar a equiparar su situación jurídica con los hijos legítimos. VELOSO VALENZUELA, P. “Nuevos principios del derecho de familia en función, principalmente, de la normativa internacional que emana de los tratados de Derechos Humanos”. *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, Chile, 1998, pp. 35-56.
10. DELGADO VALDERRAMA, D. “la infancia abandonada en Chile. 1770-1930”, *Revista de historia social y de las mentalidades*, n.º5, 2001, p. 103.
11. SALAZAR, G. *Ser niño “huacho” en la historia de Chile (siglo XIX)*, Santiago, Lom, 2007.
12. DÍAZ et al. (2016), p. 42.

Latina, hizo más difícil legitimar a los hijos a través del matrimonio posterior de los padres. Quizás más importante es que estos códigos prohibieron las investigaciones de paternidad, de manera tal que los hijos ilegítimos y sus madres no tenían recurso legal para que el padre los reconociera y mantuviera”¹³.

Ya en la colonia la ilegitimidad era una situación de oprobio, una mácula que merecía el desdén social. Esta percepción social determinada por las creencias católicas, la sociedad patriarcal, la condena al sexo sin matrimonio, justificaba el disvalor de lo extramarital y su consecuencia indeseada, los hijos ilegítimos¹⁴. La calidad de ilegítimo asociada a la raza y posición social, impactaba de manera global en la vida y posición social del ilegítimo. Como lo indica Manlich: “Lo que se hace evidente al examinar estas diversas experiencias, sin embargo, es que en las sociedades coloniales y republicanas de América Latina, el estatus de legítimo o ilegítimo funcionaba junto con otros factores como un determinante de jerarquía social. Su origen, por lo demás, estuvo en el mestizaje, dado que los españoles si bien se relacionaron con mujeres indígenas, jamás las desposaban. Como resultado, tenía importantes consecuencias para la experiencia individual y la estructura de la sociedad en general”¹⁵. Esta realidad de desprecio no cambió con la separación del Estado y la Iglesia, pues a pesar de que la filiación es regulada por la ley civil, los obstáculos para la determinación de la filiación eran consistentes con la moral predominante que la juzgaba.

Las primeras décadas del siglo XX contribuyeron a expandir la moralidad de la clase alta positivizada en el Código civil, antes que a derribar el modelo patriarcal allí dibujado. Las mujeres obreras y campesinas fueron progresivamente desplazadas hacia el trabajo doméstico no remunerado en el hogar familiar, asumiendo el cuidado de los hijos por medio del establecimiento de una seguridad social y un sistema del salario familiar que, en la práctica, promovía el trabajo remunerado en los hombres jefes de familia¹⁶. Así las cosas, la ilegitimidad, al menos en apariencia, ya no resultaba tan rentable para el obrero y menos para las madres solteras. Por un lado, el Estado otorgaba asignaciones (compensaciones) familiares con la finalidad de subsidiar el salario familiar, pero sólo en beneficio

13. MILANICH, N. “Perspectiva histórica sobre filiación ilegítima e hijos ilegítimos en América Latina”, *Revista de derechos del niño*, n.º 2, 2003, p. 229.

14. MILANICH, (2003), p. 228.

15. MILANICH, (2003), p. 228.

16. CAAMAÑO ROJO, Eduardo. “Mujer y trabajo: origen y ocaso del modelo del padre proveedor y la madre cuidadora”, en *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, Chile, 1.º semestre 2010, pp. 179-209.

de la cónyuge del trabajador y de sus hijos reconocidos, excluyéndose al marido de la mujer trabajadora y a los hijos ilegítimos como beneficiarios y, por otro lado, la seguridad social, a través de las cajas de seguro (obligatorio, de empleados públicos o de trabajadores particulares) ofrecían cuidados de salud a los hijos menores de dos años reconocidos por el trabajador y cuidados prenatales a la cónyuge, mientras que la pensión de orfandad se estableció en beneficio exclusivo de la viuda y de los hijos legítimos, y sólo a falta de ellos, de los hijos naturales¹⁷. Relegadas al trabajo no remunerado, las mujeres vieron en el matrimonio una manera de subsistir algo más estable y rentable, pues tanto las oportunidades laborales como las prestaciones sociales se asignaban a los trabajadores casados y a sus hijos¹⁸. Algunas cifras sugieren que la instauración de este modelo hegemónico de la familia legítima tuvo relativo éxito. Un estudio econométrico de Díaz, Gallego y Lafortune constata un importante descenso en la tasa de ilegitimidad entre los años 1930 y 1960, período en el que se produjo la mayor expansión de las políticas de bienestar basadas en la estructura familiar perfilada en el Código civil¹⁹.

Sin embargo, el sostenimiento de este modelo exigía compeler al varón para asegurar el cumplimiento de sus responsabilidades familiares, cuestión que, a pesar de las sucesivas reformas a la legislación familiar para incluir la investigación judicial de la paternidad y el pago de las obligaciones alimenticias, no resultaron suficientes²⁰, y desde la década de 1960 la ilegitimidad volvió a expandirse con fuerza²¹.

17. ROSEMBLATT, Karen. "Por un hogar bien constituido. El Estado y su política familiar en los Frentes populares" en, *Disciplina y desacato. Construcción de la identidad en Chile, siglos XIX y XX*, Santiago de Chile, Sur/Cedem, 1995, pp. 181-222.
18. ROSEMBLATT, Karen. "Masculinidad y trabajo: el salario familiar y el estado de compromiso, 1930-1950" en, *Proposiciones, Área de Estudios e Investigaciones*, Santiago de Chile, Sur ediciones, vol. N.º 26, 1995, pp. 70-86.
19. DÍAZ, José; GALLEGO, Francisco; LAFORTUNE, Jannette. "Nacimientos fuera del matrimonio en la historia de Chile: algunos hechos estilizados" en, *Revista Estudios Públicos*, N.º 142, otoño 2016, 37-79.
20. La ley N.º 10.271 del 29 de febrero de 1952 que introdujo diversas modificaciones en el Código civil estableció la acción de presunto hijo para obtener el reconocimiento de la paternidad, pero dicha acción se sostenía en la existencia de un instrumento público o privado emanado del presunto padre o madre del cual se desprendera una confesión manifiesta de paternidad o maternidad y, solo con ello, podía darse curso a la demanda. Asimismo, la ley otorgó una acción de alimentos para el hijo ilegítimo que no tuviese la calidad de natural, pero debía probar por medio de testimonios y antecedentes fidedignos y de modo irrefragable la maternidad o paternidad supuesta.
21. El aumento de la tasa de ilegitimidad en Chile a partir de 1960 coincide con el mismo fenómeno en otros países como Estados Unidos y Reino Unido en el mismo período, lo que probablemente se explique por las tendencias culturales internacionales de la época. DÍAZ, José; GALLEGO, Francisco; LAFORTUNE, Jannette. "Nacimientos

La problemática de la ilegitimidad de los hijos no fue de real interés para el Estado, muy por el contrario, la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos resultaba valiosa, especialmente en el ámbito sucesorio²², y por ello, no fue resuelta sino hasta el año 1998, a través de la ley N.º 19.585 de filiación única, la cual, luego de cinco años de discusión parlamentaria, y con una férrea oposición de los grupos conservadores y la iglesia católica, igualó la situación jurídica de todos los hijos²³. Dicho cuerpo normativo, estableció la igualdad entre los hijos, sin distinción, otorgando el mismo estatuto protector a los hijos de filiación matrimonial, no matrimonial y adoptiva, y reguló la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida.

Ahora bien, la situación de los hijos de filiación extramatrimonial no siempre es halagüeña. El reconocimiento a regañadientes, a través de pruebas biológicas, no desvanece la lesión al derecho a la identidad en el período que transcurre entre el nacimiento y la sentencia declarativa, sin perjuicio de las secuelas que pueden presentarse en esos hijos menores de edad, cuyos padres no asumen sus responsabilidades paternas,

fuera del matrimonio en la historia de Chile: algunos hechos estilizados” en, *Revista Estudios Públicos*, N.º 142, otoño 2016, 37-79.

22. La oposición a la igual condición jurídica de los hijos fue defendida por el Estado chileno incluso en foros internacionales de derechos humanos. Las Actas y documentos de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos celebrada en noviembre de 1969 en San José de Costa Rica así lo ilustran. El representante chileno en la instancia se opuso a introducir el inciso 5.º del artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos pues incorporaba la igualdad de derechos entre los hijos nacidos fuera y dentro del matrimonio. Argumentó que se trataba de una disposición de naturaleza civil, propia del derecho de familia y se apartaba de ámbito de los derechos humanos y, sumados a ello, el Estado chileno se vería compelido a cambiar sus reglas civiles en materia sucesoria. SECRETARÍA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Actas y Documentos*. Washington D.C., 1969, p. 40 y 229. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/docs/basicos/ActasConferenciaInteramericanaDDHH1969.pdf>.
23. El proyecto de ley sobre filiación única ingresó a la Cámara de Diputados el 22 de julio de 1993 y fue objeto de un intenso debate parlamentario. La opinión del Senador Hernán Larraín, por ejemplo, da cuenta del afianzado “huachismo” en la clase política conservadora de la época, y sostuvo que “la iniciativa se prestaría para generar importantes divisiones al interior de la vida familiar, porque distorsionará las relaciones familiares estables. Si se sustenta la tesis de la igualdad, debería aceptarse que, puesto que los hijos tienen el derecho a vivir con sus padres, también les asiste a aquellos que han nacido fuera del matrimonio esta facultad para participar en la vida familiar que tenga uno de sus padres, aunque éste se encuentre casado con otra persona.” BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. *Historia del Artículo 1.º Numeral 24 artículo 181 de la ley N.º 19.585. Efectos de la Filiación*, Santiago de Chile, 2018, p. 43. Disponible en: https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/7173/HLDA_7173_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf.

aún cuando el valor probatorio del examen de ADN sea suficiente para descartar o acreditar la paternidad o maternidad en juicio, o incluso en rebeldía del demandado. Hoy, como ocurre en la mayoría de los sistemas jurídicos, la negativa injustificada a practicarse el examen es prueba suficiente para acreditar el vínculo filial. Estas breves notas sobre la historia de la descendencia ilegítima en Chile, desde el prisma historiográfico y legal plantea la base para el estudio del supuesto que da origen a la discusión sobre la procedencia o no de la acción de indemnización de perjuicios por daño moral ante la negativa del reconocimiento voluntario.

IV. LA PROBLEMÁTICA DEL ILÍCITO: ENTRE EL DERECHO A LA IDENTIDAD Y LA VOLUNTARIEDAD DE LA FILIACIÓN

Inmediatamente después del nacimiento, el acto de reconocimiento voluntario de un hijo permite distribuir de manera inmediata la responsabilidad parental y con ello, satisfacer las necesidades básicas del recién nacido, asegurando así la protección de sus derechos. En este sentido, si la estructura estatal, social y familiar se orienta hacia la satisfacción de las necesidades básicas de niños y niñas, la filiación no es más que una técnica jurídica que permite asignarle a los recién nacidos un sistema de protección basado en el cuidado parental²⁴. Al mismo tiempo, el nacimiento de hijos e hijas otorga un privilegio a los padres de ejercer la parentalidad, debiendo el Estado intervenir cuando aquellos desestiman el privilegio otorgado.

La filiación está irremediamente unida a la voluntad. Se trata, en todo caso, de una voluntad erosionada por las ideas acerca de la maternidad o la paternidad, dependientes de los dinámicos contextos relacionales, sociales y subjetivos, que cruzan el deseo de llevar adelante la maternidad o la paternidad, con los mandatos sociales y el contexto cultural²⁵.

Desde un punto de vista jurídico, Gandulfo destaca que, en la actualidad, el voluntarismo es menos comprensible en aquellos sistemas de filiación basados en el principio de la libre investigación de la filiación biológica y el principio de veracidad biológica, ambos orientadores del sistema filiativo chileno²⁶. La veracidad biológica, basada en la coincidencia

-
24. ROCA, Encarna, *Familia y cambio social. De la casa a la persona*. Cuadernos Civitas, Navarra, Aranzadi-Thomson Reuters, 1999, p. 244.
 25. SALVO AGOGLIA, Irene, "Construcción de la maternidad en adopciones monoparentales: mandatos, deseos y elecciones", *Revista de Psicología*, Universidad de Chile, 2016, N.º 25(2), 1-18.
 26. GANDULFO, Eduardo. Reconocimiento de paternidad. Tópicos y cuestiones civiles. *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2007, volumen. 34 N.º 2, pp. 201-250.

entre la maternidad o paternidad con la identidad biológica del hijo, se recoge especialmente en el artículo 195 del Código civil y, como señala Álvarez Escudero, se traduce en el establecimiento de mecanismos jurídicos para ejercer la libre investigación de la filiación biológica²⁷.

Por medio de la veracidad biológica y la libre investigación de la filiación biológica el ordenamiento jurídico protege los derechos humanos en las relaciones de familia, en concreto, el derecho de alimentos consagrado en el artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y el derecho a la identidad que incluye el derecho de niñas y niños a conocer a sus padres, a ser cuidado por ellos, a ser registrados inmediatamente después de su nacimiento, a tener un nombre y una nacionalidad, conforme lo dispuesto en el artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Al mismo tiempo, los niños y niñas son titulares del derecho humano a que su identidad sea preservada, incluidos su nombre y sus relaciones familiares, sin ser objeto de injerencias arbitrarias.

Sin embargo, ni el derecho internacional de los derechos humanos ni el ordenamiento jurídico chileno contemplan un derecho fundamental a la filiación biológica. Como adelantamos, la filiación es una técnica jurídica para distribuir derechos, deberes, facultades o responsabilidades parentales, se sustenta en criterios biológicos, pero también reconoce el valor de otros criterios relacionales para determinarla. Es por ello por lo que se admiten otras modalidades de filiación, por ejemplo, la filiación como remedio a las situaciones de desamparo y la vulnerabilidad de un niño, así ocurre en la adopción o, la filiación basada en la impugnación y reconocimiento judicial por posesión notoria del estado civil de hijo, sustentada en la paternidad social. Asimismo, la determinación de la filiación opera también por medio de la declaración de voluntad, como en el caso del reconocimiento de filiación extramatrimonial, casos en los que podrá coincidir la verdad biológica, o configurarse como un reconocimiento voluntario por simple complacencia.

Se ha dicho que la indemnización por el daño derivado de la falta de reconocimiento voluntario se justifica en la infracción de un deber jurídico de los progenitores de reconocer a los hijos. Se trata de una responsabilidad por omisión del acto jurídico de reconocimiento voluntario. Un intento de justificación de este deber legal de reconocimiento de los progenitores, que se explica por las limitaciones que el propio ordenamiento jurídico incluye a la autonomía de la voluntad en las relaciones de filiación, descansa en el derecho a decidir el número y espaciamiento

27. ÁLVAREZ ROMERO, Rommy. *Daños en las relaciones de familia y el derecho a la identidad en la filiación*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2019, p. 130.

de los hijos, que comprende, tanto la autonomía reproductiva, como el acto de reconocimiento voluntario de la prole²⁸. Es por ello por lo que la infracción del deber legal de reconocimiento voluntario solo puede configurarse en aquellos casos en que el progenitor conocía o debió conocer la existencia del hijo y, pese a ello, incumplió su obligación jurídica de reconocerlo. Sin embargo, en una reciente sentencia, la Corte de Apelaciones de Antofagasta, consideró que, en la legislación nacional no es posible configurar un deber legal de reconocimiento voluntario, toda vez que la filiación siempre puede ser investigada y determinada judicialmente, concluyendo que el acto de reconocimiento es en esencia voluntario. Agrega que la voluntariedad impide que se configure un deber puesto que, en los casos de responsabilidad por omisión, el deber del garante debe estar expresamente establecido en la ley, cuestión que aquí no ocurre. Al respecto, el tribunal señala:

“Que tratándose de la omisión, que sería el caso, pues la responsabilidad se construye sobre la base de la omisión en haber reconocido de manera voluntaria el padre al hijo, –actor en estos autos–, consecuencia de lo cual se reclaman daños, para que la omisión se configure, existe un relativo acuerdo, en que el deber de garante, desde el que se construye la causalidad y la afirmación de la responsabilidad, debe corresponder a un deber formal de garante”²⁹.

Según puede observarse, el tribunal advierte que la voluntariedad es de la esencia del acto de reconocimiento, cuestión que plantea serias incompatibilidades con el sistema filiativo chileno, el cual, si bien contempla la voluntad como un elemento para determinar la filiación en el reconocimiento, no es el único acto generador de la filiación en dicho supuesto. Prueba de ello es que el artículo 199 del Código civil advierte que frente a la negativa injustificada de una de las partes a practicarse el examen de ADN una vez entablada la acción de reclamación, el propio juez hará presumir la paternidad o maternidad.

La sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta agrega luego, que reconocer un hijo, tampoco deviene en un deber de cuidado objetivo y socialmente exigible: *“Que además, puede pensarse que no hay culpa, porque*

28. La Corte Interamericana de Derechos Humanos incluye el derecho a decidir el número y esparcimiento de los hijos (también denominado libertad o autonomía reproductiva) en el derecho a la vida privada. En la sentencia del caso *Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*, la Corte consideró que “la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye (...) la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico” Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación In Vitro”) Vs Costa Rica*, 28 de noviembre de 2012, párr. 143.

29. Corte de Apelaciones de Antofagasta, 17 de septiembre de 2020, rol 30/2020.

*ésta también requiere la transgresión de un deber de cuidado y no se advierte cuál sería ese deber, más allá, sin duda, del reproche personal y del repudio moral que pueda representar el no reconocer a un hijo, no parece que ello se traduzca en un deber de cuidado objetivo y socialmente exigible*³⁰. No parece razonable afirmar que la falta de reconocimiento voluntario carece de un deber objetivo y socialmente exigible, puesto que la legislación civil admite el cumplimiento compulsivo del reconocimiento e incluye sanciones al progenitor cuyo reconocimiento se obtuvo a través de una sentencia judicial. En concreto la ley establece tres remedios específicos, a saber, la privación al progenitor de los derechos que la ley le concede respecto del hijo, manteniendo los deberes y obligaciones en su favor, la pérdida de derechos sucesorios y la pérdida de derechos de alimentos mayores.

Teniendo en cuenta el análisis expuesto hasta aquí, lo que resulta necesario determinar es si las afectaciones generadas por la omisión del reconocimiento voluntario dan o no lugar a una indemnización por daños, en los términos del estatuto general de responsabilidad civil.

V. DIFICULTADES PARA ACREDITAR EL DAÑO, LA CAUSALIDAD Y LA CULPABILIDAD EN CASO DE FALTA DE RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO DE FILIACIÓN

Como sabemos, de manera tradicional la noción de daño expresa un menoscabo material o de índole moral causado por un acto culpable, doloso o por el solo hecho de ocurrir, lo que diferencia la responsabilidad por culpa y aquella objetiva. El daño, también en su comprensión tradicional debe ser el resultado de una acción u omisión imputable.

De ahí que se haya afirmado que “los dolores son ontológicamente subjetivos –sólo existen en la medida en que un sujeto los siente–, pero, desde una perspectiva epistémica, su demostración en el proceso es objetiva: si se acreditan a través de los medios de prueba admitidos en el derecho..., el juez debe declarar su existencia, con independencia de sus sentimientos y creencias. Sin embargo, el monto de la indemnización depende, dentro de ciertos límites, del arbitrio judicial, actitudes y puntos de vista del juez”³¹. No bastaría, siguiendo este análisis, la mera infracción al deber de reconocimiento, aunque podamos calificar esa conducta como una culpable, ya sea porque infringe un estándar de conducta específico previsto en la ley en forma directa u oblicua. Es imprescindible que esa conducta

30. Corte de Apelaciones de Antofagasta, 17 de septiembre de 2020, rol 30/2020.

31. MANTILLA ESPINOSA, F. *Tendencias tendewnsiosas. Dos ensayos sobre responsabilidad civil*, Bogotá, Ibañez, 2020, p. 8.

haya ocasionado ese daño cuya indemnización se reclama. Es aquí donde se presenta un escollo relevante a la acción indemnizatoria en el supuesto en estudio. La mera lesión al derecho fundamental del derecho a la identidad no constituye daño indemnizable, sino que un antecedente o condición para la indemnización, pero insuficiente. Pareciera que se pretende que con la sola vulneración del derecho debería procederse a otorgar una indemnización, lo que constituye un grueso error. La mera lesión al derecho aún fundamental no constituye un daño en el sentido expuesto. Asumir que la sola infracción al deber de reconocimiento es un daño y merece indemnización importa una modificación del “objeto de la reparación”. Como afirma Mantilla “el comportamiento ya no se sancionaría por las *consecuencias* que trae consigo, sino, simplemente, por el comportamiento mismo, pero, como no se pueden sancionar todos los comportamientos, el juez tiene que escoger cuáles considera dignos de sanción y cuáles no. Esto no es nada distinto de un juicio moral”³². Existiría acá una de las transformaciones más relevantes en el derecho de la responsabilidad civil. Esto ha ocurrido en Argentina, en Colombia y se coquetea con la idea en Chile, por dar tres ejemplos latinoamericanos.

La identificación de la lesión a un interés legítimo no debe confundirse con una hipótesis de responsabilidad civil. Si fuere así estaríamos presumiendo no sólo el daño, sino que también la causalidad. La emotiva idea conforme la cual al lesionar un derecho fundamental no hay más que indemnizar, excluye una parcela relevante de reflexión sobre los elementos del daño y la causalidad, prescindiendo de la prueba de la consecuencia o efecto de esa lesión o afectación, pues el acto de lesión es en si mismo un daño.

Así podemos observar una suerte de presunción de daño al verificarse la omisión del reconocimiento voluntario. Tiempo atrás se aludió a esto mismo: “En cuanto a la carga de la prueba, en general la jurisprudencia argentina ha estimado que la falta de reconocimiento espontáneo implica per se un daño moral para el hijo. Se afirma una verdadera presunción de daño a partir de la infracción al deber de reconocimiento. En cierta medida puede justificarse esta doctrina en la presunción de daño a partir de la lesión a un derecho fundamental. Al considerar el derecho a la identidad un derecho de todo ser humano, surge una presunción de perjuicio moral. El hijo es titular de un derecho subjetivo tutelado cuya violación por falta de reconocimiento habilita a la indemnización del daño moral. Se ha afirmado que “En materia de reclamación de filiación extramatrimonial no hace falta prueba del daño ocasionado, sino que éste se presume, en tanto ha mediado una lesión a un derecho personalísimo, derivado del

32. MANTILLA (2020), p. 10.

incumplimiento de una obligación legal, que se origina en el derecho que tiene el hijo de ser reconocido por su propio progenitor. Es que es obvio que la falta de un padre provoca dolor, aunque éste pueda ser de distinta intensidad, según las distintas circunstancias del caso”³³.

Más bien nos parece acertado lo que planteó Díez Picazo en los siguientes términos: “daño es un atentado contra un derecho o la de que es una lesión de los derechos subjetivos que conforman la personalidad jurídica de un sujeto. Como los derechos se pueden clasificar en patrimoniales y extrapatrimoniales cabe perfectamente la correspondencia entre los daños patrimoniales y los llamados daños morales que son (o engloban) el daño de carácter no patrimonial... Sin embargo, esta manera de ver las cosas, que significa entender que siempre que hay lesión de derechos de la personalidad o de los derechos fundamentales hay daño moral, no deja de ser un fácil blanco de algunas críticas. Son dos cosas distintas decir o suponer, que el daño requiere en el dañado la preexistencia de ciertos derechos subjetivos o, si se prefiere, de derechos de carácter absoluto y otra muy distinta equiparar daño a la lesión de tales derechos subjetivos”³⁴. Sin duda considerar *per se* la vulneración de un derecho aún fundamental como daño es un travestismo jurídico. Ya no estaríamos frente a hechos que causan un resultado que podemos o no calificar de daño, sino que sólo frente a una situación, el no reconocimiento, que al mismo tiempo reuniría tanto la culpa como el daño en un solo acto. La analogía con el acordeón del profesor Mantilla nos parece pertinente. “Los *daños por vulneración a derechos fundamentales* pueden extenderse, como un acordeón, tanto cuanto decidan los jueces: una misma *acción* puede calificarse en muchas de las normas que consagran derechos fundamentales, sin que para esto las partes necesiten probar ningún *hecho* –ni *pérdidas económicas* ni *dolores*–, bastará con la reflexión solitaria y abstracta del juez que divaga con las normas constitucionales”³⁵.

Esta transformación de la responsabilidad civil es indeseable, pues importa evitar la configuración y prueba de la existencia del daño, provocando una pereza reduccionista de las condiciones de la responsabilidad civil. No cabe confundir entonces la afectación a un derecho con un daño en cuanto condición de la responsabilidad civil. Más aún si la prueba de la lesión a un derecho fundamental es imposible, pues no se refiere a un hecho.

Todo esto no significa que debemos apartarnos de la posibilidad que un reconocimiento no voluntario pueda, efectivamente, constituir una

33. PIZARRO (2014), p. 296.

34. DÍEZ-PICAZO, Luis, *El escándalo del daño moral*, Madrid, Civitas, 2008, p. **.

35. MANTILLA (2020), p. 19.

hipótesis de responsabilidad civil. Si bien, no existe *per se* un ilícito cuando un sujeto se niega a reconocer de manera voluntaria a un hijo, podría, bajo ciertas circunstancias excepcionales considerarse un acto culpable que pudiere ocasionar un daño indemnizable. Pero no debe vulgarizarse la responsabilidad civil para otorgar indemnización por el solo hecho de no haber reconocido a un hijo.

Bajo la idea que es admisible una indemnización que tenga como base la falta de reconocimiento voluntario aflora el problema de la prueba compleja, difícil, pero necesaria. Cómo demostrar que el reconocimiento forzado ha causado un daño al hijo. Cómo discernir cuáles tristezas del niño o la niña responden a esa negativa a la identidad. ¿Cuál es el dolor que bajo el disfraz del daño moral acá debería indemnizarse? ¿Una vida distinta es en sí misma un daño? ¿trastornos de comportamiento, psicológicos o sentimientos de vergüenza? Todo eso es posible, de manera muy compleja y difícil, pero debe acreditarse y eso importa una causalidad más que difícil.

En sentencia de la CS chilena de 20 de noviembre de 2013 se razonó en este sentido:

“...al haberse establecido, por una parte, que el juicio de reclamación de paternidad no puede por sí solo acarrear algún perjuicio para la actora y por otro lado, que no se advierte la necesaria relación de causalidad entre los hechos expuestos en la demanda, particularmente la interposición de la acción de paternidad y la resistencia opuesta por el demandado a esa acción, y los perjuicios reclamados, toda vez que la depresión e inestabilidad emocional de la actora provienen de una fecha anterior a la interposición del libelo de paternidad”³⁶.

No se demostró el daño ni la relación de causalidad. Un demandado de reclamación de paternidad puede ser un litigante activo, pero de ahí no se deriva una conducta ilícita. Los derechos de la parte contra quien se demanda la paternidad no pueden excluirse o asumirse un daño por desconocimiento de la paternidad.

El mantener a resguardo las exigencias para que se configure la responsabilidad civil sin soslayar la existencia del daño y su prueba es una necesidad política que evita entregar a los jueces una discrecionalidad indeseable. Bien afirma Chenedé que “el fenómeno de la fundamentalización del derecho no es más que la traducción en el plano jurídico, de un cambio en el pensamiento político o, incluso, del surgimiento de una nueva concepción de la democracia, en la cual los elegidos ya no tienen

36. Corte Suprema, 20 de noviembre de 2013, Rol 4241-2013.

el monopolio de la expresión de la voluntad general y el respeto a la ley debe ceder el paso a la protección de los derechos³⁷.

Aclarado lo relativo al daño y la confusión de entender la lesión a un derecho, aunque sea fundamental como un perjuicio en si mismo, queda referirse a la omisión como el elemento detonante de la responsabilidad. Debemos interrogarnos si puede calificarse la omisión del progenitor biológico como una omisión fuerte o propia que pueda estar respaldada por un deber de actuar. En este caso el reconocimiento voluntario. Como suele explicarse, en la vida en sociedad no estamos siempre obligados a actuar, aunque la omisión incluso genere un daño. Sólo en casos calificados y tipificados existe el deber de actuar, la exigencia de una conducta positiva. Así ocurre con el deber de socorro, por ejemplo, en materia penal, conforme el artículo 494 n.º14 del Código Penal. La omisión fuerte o propia requiere un riesgo significativo en la persona de otro, y además que sea la única persona en condición de hacerlo. Como bien dice Barros Bourie “el mínimo requerimiento de solidaridad que debiere exigir el derecho civil es reconocer un deber de socorrer a quien a quien está en riesgo de morir, en circunstancias que el auxilio no es carga para quien está en situación de prestarlo y no hay otras personas en condiciones de ofrecerlo (*duty of easy rescue*)”³⁸. Este autor extrema el razonamiento indicando que: “Más allá de estas situaciones extremas, no puede asumirse un deber general de cuidado que tenga por objeto prevenir que un daño sea causado a terceros”³⁹. En consecuencia, concluye Barros “la responsabilidad por omisiones solo procede, además de los casos en que la ley establece un deber positivo de conducta, cuando existe una razón especial para que el responsable deba cuidar de la víctima”⁴⁰. Ahora bien, ¿puede construirse una omisión fuerte o propia respecto del padre en cuanto al acto de reconocimiento voluntario? Sin duda es compleja la respuesta atendiendo que el ordenamiento jurídico, como se dijo, contempla vías para forzar dicho reconocimiento y sanciones asociadas sin que se haya contemplado un imperativo de llevar a cabo el acto de reconocimiento. De ahí que pueda concluirse que no existe un deber de reconocimiento, sino que vías para establecer el reconocimiento de la filiación. La omisión propia o fuerte está ausente respecto al reconocimiento de la filiación. Empero, creemos, eso no descarta en todos los casos la procedencia de una indemnización para ciertas

37. Chénéde, F. “Le Droit à l’épreuve des droits de l’homme”, *Mélanges en l’honneur du professeur Gérard Champenois*, Paris, Défrenois, 2012, p. 187.

38. BARROS BOURIE, E. *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición actualizada, 2020, p. 135.

39. BARROS (2020), p. 136.

40. BARROS (2020), p. 136.

hipótesis en que el padre biológico haya actuado en forma precedente y consistente con su paternidad y, contra estos actos, proceda en negativa contumaz al reconocimiento. En otros términos, se exige para la construcción de la omisión relevante, en este caso impropia, ante la ausencia de un deber típico, que más allá de la biología, el padre haya manifestado con su conducta que se trataba de su hijo o hija. Y pese a esta conducta, niegue la paternidad. La omisión indirecta o impropia estaría determinada por conductas positivas consistentes con el reconocimiento. El sujeto ha creado con su conducta la confianza legítima en que se trata del padre lo que contrasta con su negativa al reconocimiento.

Con todo, nos parece que la responsabilidad civil lejos de ser un “remedio estrella”, es más bien un instrumento tosco e inapropiado para resolver los dolores que se generan por incumplimiento de los deberes paternofiliales. En otros términos, lejos de propender a resolver fines asociados al interés del niño y niña o la protección de fines familiares, pretende reducir estas problemáticas a una cuestión de dinero. Más apropiado, aunque sin muchas expectativas, están los remedios dentro de lo identitario del derecho de familia. Hacer responsables a los padres en un sentido del derecho de familia es muy distinto a que sean responsables mediante indemnizaciones de daños. Los riesgos, padecimientos y dolores de las relaciones de familia en alguna medida importante son parte de la vida, de ahí el interés en mantenerlo entre los muros de lo privado.