

## COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG  
*Catedrática de Filosofía del Derecho  
de la Universidad de Valencia*

ANA CAÑIZARES LASO  
*Catedrática de Derecho Civil  
de la Universidad de Málaga*

JORGE A. CERDIO HERRÁN  
*Catedrático de Teoría y Filosofía de  
Derecho. Instituto Tecnológico  
Autónomo de México*

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ  
*Ministro en retiro de la Suprema Corte de Justicia  
de la Nación y miembro de El Colegio Nacional*

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT  
*Juez de la Corte Interamericana de Derechos  
Humanos. Investigador del Instituto de  
Investigaciones Jurídicas de la UNAM*

OWEN FISS  
*Catedrático emérito de Teoría del Derecho  
de la Universidad de Yale (EEUU)*

JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ  
*Catedrático de Derecho  
Mercantil de la UNED*

LUIS LÓPEZ GUERRA  
*Catedrático de Derecho Constitucional  
de la Universidad Carlos III de Madrid*

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ  
*Catedrático de Derecho Civil  
de la Universidad de Sevilla*

MARTA LORENTE SARIÑENA  
*Catedrática de Historia del Derecho  
de la Universidad Autónoma de Madrid*

JAVIER DE LUCAS MARTÍN  
*Catedrático de Filosofía del Derecho y  
Filosofía Política de la Universidad de Valencia*

VÍCTOR MORENO CATENA  
*Catedrático de Derecho Procesal  
de la Universidad Carlos III de Madrid*

FRANCISCO MUÑOZ CONDE  
*Catedrático de Derecho Penal  
de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

ANGELIKA NUSSBERGER  
*Catedrática de Derecho Constitucional e Internacional  
en la Universidad de Colonia (Alemania).  
Miembro de la Comisión de Venecia*

HECTOR OLASOLO ALONSO  
*Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad  
del Rosario (Colombia) y Presidente del Instituto  
Ibero-Americano de La Haya (Holanda)*

LUCIANO PAREJO ALFONSO  
*Catedrático de Derecho Administrativo  
de la Universidad Carlos III de Madrid*

TOMÁS SALA FRANCO  
*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la  
Seguridad Social de la Universidad de Valencia*

IGNACIO SANCHO GARGALLO  
*Magistrado de la Sala Primera (Civil)  
del Tribunal Supremo de España*

TOMÁS S. VIVES ANTÓN  
*Catedrático de Derecho Penal  
de la Universidad de Valencia*

RUTH ZIMMERLING  
*Catedrática de Ciencia Política de la  
Universidad de Mainz (Alemania)*

# ESTUDIOS DE DERECHO DE FAMILIA V

Quintas Jornadas Nacionales - 2019  
Facultad de Derecho de la Pontificia  
Universidad Católica de Valparaíso

*Directores y editores científicos*  
ALEJANDRA ILLANES VALDÉS  
ÁLVARO VIDAL OLIVARES

*Coordinador*  
NATANAEL PEÑA CALDERÓN

Procedimiento de selección de originales, ver página web:  
[www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales](http://www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales)

**tirant lo blanch**  
Valencia, 2021

CARRETTA MUÑOZ, Francesco (2018). "El derecho del niño a ser oído en la justicia de familia: la esencialidad del derecho versus la esencialidad del trámite de la audiencia confidencial". *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 45 N° 2, pp. 407-426

### *Referencia a documentos en formato electrónico*

Comité de los Derechos Del Niño (2005). "Observación general N° 7". Disponible en: <https://www.unicef.org/ecuador/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComite-DeLosDerechosDelNino-WEB.pdf> [Fecha de consulta: 25 de diciembre de 2019].

Comité de los Derechos Del Niño (2009): "Observación general N° 12". Disponible en: <https://reddedalo.files.wordpress.com/2012/12/observacic3b3n-general-12-cdn.pdf> [Fecha de consulta: 25 de diciembre de 2019].

Organización de las naciones unidas (1989): "Convención de los derechos del niño" Disponible en: <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf> [Fecha de consulta: 25 de diciembre de 2019].

### JURISPRUDENCIA CITADA

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005). Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C, No. 127, Párr. 149.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006). Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, R y C. del 19 septiembre 2006. Serie C, No 151, Párr. 114-120-123, 143.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2008). Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Párr. 75.

## Responsabilidad civil por los daños causados a un hijo o una hija por su padre o madre en el contexto de las relaciones de cuidado personal o de comunicación directa y regular

GABRIEL HERNÁNDEZ PAULSEN<sup>1</sup>

### I. INTRODUCCIÓN

Un importante debate en el derecho de familia es el de si procede indemnización por las consecuencias de la infracción de los deberes u obligaciones que aquel impone. En este sentido y a modo de regla general, cabe señalar que, cumpliéndose los requisitos de la responsabilidad civil, la persona que haya padecido un daño anormal atribuible a dolo o culpa de un miembro de su familia, tiene derecho a resarcimiento<sup>2</sup>.

El análisis doctrinal del referido asunto se ha enfocado en la indemnizabilidad de las perturbaciones ocasionadas por la vulneración de los deberes conyugales, como el de fidelidad<sup>3</sup>.

Menos estudiada ha sido la temática de las perturbaciones causadas a un hijo o una hija por la infracción por su padre o madre de los deberes establecidos por el derecho de familia, aun cuando igualmente existen ciertos ámbitos en que la cuestión ha sido explorada por los autores, como ha acontecido, por ejemplo, en materia de resarcibilidad de los detrimentos provocados por falta de reconocimiento de paternidad<sup>4</sup>.

No obstante, la eventual responsabilidad civil derivada de las afectaciones padecidas por un niño o una niña en otros terrenos producto del incumplimiento por su madre o padre de los deberes regulados por el derecho de familia, no ha sido objeto de una especial preocupación en el derecho nacional.

<sup>1</sup> Doctor en Derecho Privado, Universidad Autónoma de Barcelona. Director y profesor del Departamento de Derecho Privado, Universidad de Chile. Dirección postal: Pío Nono 1, Providencia, Santiago de Chile. Dirección de correo electrónico: gherman@derecho.uchile.cl.

<sup>2</sup> MEDINA (2008), pp. 121 y ss.; HERNÁNDEZ (2016), p. 98.

<sup>3</sup> Me he referido a la cuestión de la responsabilidad civil en las relaciones de familia, en general, en HERNÁNDEZ (2008) y, a la que podría derivar de las perturbaciones provocadas por la infracción de deberes matrimoniales, en HERNÁNDEZ (2016), (2018) y (2019), en que he descartado su procedencia por las razones allí expuestas. Respecto de estas razones pueden consultarse también TAPIA (2018), pp. 52-88; VARGAS (2009), pp. 97 y ss. A favor de la indemnización por incumplimiento de deberes conyugales, OPAZO (2018).

<sup>4</sup> Al respecto, MEDINA (2008), pp. 145-192; PIZARRO (2014).

Considerando lo señalado, en esta oportunidad me referiré a la posibilidad de que las perturbaciones causadas a un niño o una niña por su padre o madre en el contexto de las relaciones de cuidado personal o de comunicación directa y regular (que imponen a los progenitores deberes de protección de los derechos fundamentales de sus hijos o hijas) puedan dar lugar a indemnización a favor del hijo o hija (en aplicación de los artículos 2314 y siguientes del Código Civil)<sup>5</sup>.

## II. NORMAS RELEVANTES EN MATERIA DE CUIDADO PERSONAL Y COMUNICACIÓN DIRECTA Y REGULAR

Al efecto de dar cuenta de los aspectos principales en materia de resarcibilidad de las perturbaciones causadas a un niño o una niña por su padre o madre en el contexto de las relaciones de cuidado personal o de comunicación directa y regular, cabe tener a la vista, ante todo, las normas relevantes referidas a ambos tipos de relación.

En cuanto al cuidado personal, la normativa fundamental a tener en cuenta en materia de indemnizabilidad de las perturbaciones causadas a un niño o una niña por su padre o madre en el ámbito de la relación a que aquel da lugar, es, en primer término, la Convención sobre los Derechos del Niño, destacadamente su artículo 9 n° 1<sup>6</sup>. Por su parte, en el derecho nacional, la disposición de la que debe partir la reflexión respecto del apuntado asunto es el artículo 224, inciso primero, del Código Civil, según el cual, "(t)oca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de sus hijos.

<sup>5</sup> Sobre la responsabilidad civil por incumplimiento o violación de los deberes parentales, RUEDA (2017/2018), pp. 89-111. En relación con la responsabilidad civil asociada a las faltas de cuidado de los progenitores respecto de sus hijos o hijas, ROSENVALD (2019); y de la vinculada con las infracciones a los derechos-deberes que impone el régimen comunicacional, MIZRAHI (2018), pp. 708-712. Naturalmente, una cuestión distinta es la responsabilidad civil del padre o madre por los daños causados por su hijo o hija, la cual, en todo caso, puede derivar del incumplimiento de los derechos-deberes que imponen las normas sobre cuidado personal. Sobre este tipo de responsabilidad civil, MEDINA (2008), pp. 245-297; ATIENZA (2012). Sin perjuicio de la relevancia de algunos aspectos procesales, como el de la legitimación activa y pasiva, y el de la prescripción de la acción indemnizatoria, en este trabajo abordaré únicamente las facetas civiles del tema analizado que me parecen más sobresalientes.

<sup>6</sup> "Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño, tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño".

Éste se basará en el principio de corresponsabilidad, en virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos". Con base en este precepto, podría decirse que, en sentido amplio, la relación de cuidado personal debe existir entre progenitores e hijos o hijas incluso cuando viven separados, sin que, así, se acote a los supuestos en que comparten residencia<sup>7</sup>.

En cuanto al régimen comunicacional, la normativa básica que debe tenerse a la vista en materia de resarcibilidad de las perturbaciones ocasionadas a un niño o una niña por su padre o madre en el marco de la relación a que aquel da lugar, también es, en primer término, la señalada Convención, principalmente su artículo 9 n° 3<sup>8</sup>. A su turno, en el derecho interno, el precepto del que debe arrancar el análisis concerniente a dicha cuestión es el artículo 229, incisos primero a tercero, del Código Civil, que disponen que "(e)l padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo tendrá el derecho y el deber de mantener con él una relación directa y regular, la que se ejercerá con la frecuencia y libertad acordada directamente con quien lo tiene a su cuidado según las convenciones a que se refiere el inciso primero del artículo 225 o, en su defecto, con las que el juez estimare conveniente para el hijo./ Se entiende por relación directa y regular aquella que propende a que el vínculo familiar entre el padre o madre que no ejerce el cuidado personal y su hijo se mantenga a través de un contacto periódico y estable./ Para la determinación de este régimen, los padres, o el juez en su caso, fomentarán una relación sana y cercana entre el padre o madre que no ejerce el cuidado personal y su hijo, velando por el interés superior de este último, su derecho a ser oído y la evolución de sus facultades, y considerando especialmente" los factores que la norma señala a continuación<sup>9</sup>.

Cabe considerar, adicionalmente, que las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño y del Código Civil concernientes a las relaciones de cuidado personal y de comunicación directa y regular se basan en determinados principios, que deben servir de parámetro para evaluar la procedencia de

<sup>7</sup> Acerca de la relación de cuidado personal, DEL PICÓ et al. (2016), pp. 487-502.

<sup>8</sup> "Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño".

<sup>9</sup> Son los siguientes: "a) La edad del hijo./ b) La vinculación afectiva entre el hijo y su padre o madre, según corresponda, y la relación con sus parientes cercanos./ c) El régimen de cuidado personal del hijo que se haya acordado o determinado./ d) Cualquier otro elemento de relevancia en consideración al interés superior del hijo". A continuación, la norma señala que "(s)ea que se decreta judicialmente el régimen de relación directa y regular o en la aprobación de acuerdos de los padres en estas materias, el juez deberá asegurar la mayor participación y corresponsabilidad de éstos en la vida del hijo, estableciendo las condiciones que fomenten una relación sana y cercana" (inciso cuarto). Respecto de la relación de comunicación directa y regular, DEL PICÓ et al. (2016), pp. 502-510.

responsabilidad civil por los daños causados a un niño o una niña por su padre o madre en el contexto de dichas relaciones.

### III. PRINCIPIOS A TENER EN CUENTA PARA DETERMINAR LA PROCEDENCIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR LOS DAÑOS CAUSADOS A UN HIJO O UNA HIJA POR SU PADRE O MADRE EN EL CONTEXTO DE LAS RELACIONES DE CUIDADO PERSONAL O DE COMUNICACIÓN DIRECTA Y REGULAR

En virtud de las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño y del Código Civil atinentes a las relaciones de cuidado personal y de comunicación directa y regular, el parámetro para evaluar si ellas se desarrollan con apego al derecho es, ante todo, el principio del interés superior del niño o niña, que, como se sabe, está configurado por sus derechos fundamentales<sup>10</sup>.

Así, al anterior efecto, la normativa básica a tener en cuenta es, en primer lugar, la mencionada Convención, destacadamente su artículo 3<sup>11</sup>. A su vez, en el derecho nacional, debe tenerse a la vista el artículo 222, inciso primero, del Código Civil, que establece que "(l)a preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades".

Otros principios relevantes a considerar en orden a determinar si las relaciones de cuidado personal y de comunicación directa y regular se desarrollan con apego al derecho, son los de corresponsabilidad parental y autonomía progresiva del niño o niña. Respecto del principio de la corresponsabilidad parental, cabe reiterar que el inciso primero del artículo 224 del Código Civil dispone que el cuidado personal "se basará en el principio de corresponsabilidad, en virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos"; y que el inciso cuarto del artículo 229 prescribe que "(s)ea que se de-

<sup>10</sup> Sobre este principio, GREEVEN (2014), pp. 66-79; GÓMEZ DE LA TORRE (2017), pp. 73-100; DEL PICÓ et al. (2016), pp. 39-44 y 428-435.

<sup>11</sup> Especialmente sus números 1 y 2, que establecen lo siguiente: "1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño./ 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas".

crete judicialmente el régimen de relación directa y regular o en la aprobación de acuerdos de los padres en estas materias, el juez deberá asegurar la mayor participación y corresponsabilidad de éstos en la vida del hijo, estableciendo las condiciones que fomenten una relación sana y cercana". Por su parte, en cuanto al principio de la autonomía progresiva, cabe insistir en que el inciso primero del artículo 222 de dicho Código dispone que "(l)a preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades"<sup>12</sup>.

Lo señalado implica que, para proteger el interés superior del niño o niña, los progenitores, en el desarrollo de las relaciones de cuidado personal y de comunicación directa y regular, deben preocuparse de velar por el bienestar del hijo o hija a través de la salvaguarda de sus derechos fundamentales (a la vida, a la salud, a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad, a la honra, a la vida familiar, a la educación, etc.), en vinculación con los principios de corresponsabilidad parental y autonomía progresiva.

Así, en orden a la procedencia de indemnización por las perturbaciones causadas a un hijo o una hija por su padre o madre en el marco de las relaciones de cuidado personal o de comunicación directa y regular, debe tenerse en cuenta que ellas buscan proteger el interés superior de los primeros, en consonancia con los principios de corresponsabilidad parental y autonomía progresiva, lo que implica tutelar los derechos fundamentales de los niños y las niñas<sup>13</sup>.

### IV. EFECTOS APLICABLES ANTE LA INFRACCIÓN DE LOS DEBERES IMPUESTOS POR EL DERECHO DE FAMILIA

Con miras a analizar la procedencia de indemnización por las perturbaciones causadas a un hijo o una hija por su padre o madre en el marco de las relaciones de cuidado personal o de comunicación directa y regular, cabe tener en cuenta que el ordenamiento adscribe efectos específicos a la infracción de los deberes propios del derecho de familia<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Respecto del principio de la corresponsabilidad parental, DEL PICÓ et al. (2016), pp. 438-441; y del principio de autonomía progresiva, DUPRAT (2019), pp. 41 y ss.; GREEVEN (2014), pp. 153-162.

<sup>13</sup> Cfr. ROSENVALD (2019), pp. 101-102; RODRÍGUEZ (2014), pp. 205-206.

<sup>14</sup> La especialidad de las instituciones y efectos del derecho de familia suele esgrimirse como argumento contra la indemnizabilidad de las perturbaciones ocasionadas por la infracción de los deberes que impone dicha rama del ordenamiento. Véanse FERRER (2001), p. 14; LÓPEZ (2010), p. 16; ROCA (2000), p. 541.

En el anterior sentido y a modo de ejemplo, la Ley N° 19.947, de 2004, asocia a la infracción de los deberes conyugales consecuencias personales, como el divorcio y la separación judicial. A su turno, la legislación de familia, para proteger los intereses que tutela, contempla efectos patrimoniales, como el bien familiar, el derecho de alimentos, el régimen patrimonial del matrimonio y del acuerdo de unión civil, la compensación económica y la suspensión o término de la patria potestad; y asimismo la indemnización, v. gr., en materia de bien familiar, acciones de filiación, administración de los bienes del hijo o hija, sociedad conyugal, participación en los gananciales, derecho de alimentos, y violencia intrafamiliar<sup>15</sup>.

Por su parte, específicamente respecto de las perturbaciones causadas a un hijo o una hija por su padre o madre en el contexto de las relaciones de cuidado personal o de comunicación directa y regular, la legislación de familia contempla consecuencias personales, como el cambio de titularidad del primero y la suspensión o restricción de la segunda, e incluso apremios (arresto o multa). No obstante, el derecho nacional no contempla en particular la procedencia de indemnización ante las perturbaciones ocasionadas a un hijo o una hija por su padre o madre en el marco de dichas relaciones.

#### V. PERTURBACIONES PROVOCADAS A UN HIJO O UNA HIJA POR SU PADRE O MADRE EN EL CONTEXTO DE LAS RELACIONES DE CUIDADO PERSONAL O DE COMUNICACIÓN DIRECTA Y REGULAR

Para determinar si las afectaciones que padezcan los hijos o las hijas a consecuencia de acciones u omisiones de sus progenitores en el contexto de las relaciones de cuidado personal o de comunicación directa y regular deben dar lugar a indemnización, parece útil distinguir, como aproximación preliminar, entre las perturbaciones surgidas del adecuado ejercicio de los derechos-deberes que imponen dichas relaciones, y las provenientes de un ejercicio inapropiado de los mismos<sup>16</sup>.

La apuntada diferenciación se justifica porque, en principio, en el primer tipo de supuesto podría considerarse concurrente un indicio que lleve a descartar la procedencia de responsabilidad civil y, en el segundo, un antecedente que conduzca a afirmarla.

<sup>15</sup> Véase LEPÍN (2014), pp. 408-411.

<sup>16</sup> ROSENVALD (2019), p. 102, menciona como antecedente de la responsabilidad civil por omisiones de cuidado de los progenitores respecto de hijos o hijas el "deber de solidaridad" que tienen los primeros frente a los segundos.

Así, de manera preliminar, tratándose de las perturbaciones provocadas a un hijo o una hija por conductas de sus progenitores desarrolladas en el contexto de las relaciones de cuidado personal o de comunicación directa y regular provenientes del adecuado ejercicio de los derechos-deberes que imponen, no debería proceder indemnización al poderse asumir dicho ejercicio como consistente con el principio del interés superior del niño o niña (así como con los de corresponsabilidad parental y autonomía progresiva) y, en definitiva, con la salvaguarda de sus derechos fundamentales. Ejemplos de tal clase de perturbaciones serían las molestias, disgustos, frustraciones, angustias y decepciones que, en el marco del apropiado ejercicio de los aludidos derechos-deberes, los progenitores suelen provocar a sus hijos o hijas<sup>17</sup>.

Al contrario, deberían resarcirse las perturbaciones provocadas a un hijo o una hija por comportamientos de sus progenitores desarrollados en el contexto de las relaciones de cuidado personal o de comunicación directa y regular surgidas del inapropiado ejercicio de los derechos-deberes que imponen, a condición, lógicamente, de que concurran todos los requisitos de la responsabilidad civil. Ejemplos de dicho tipo de perturbaciones son las provenientes de vulneraciones de derechos humanos, ilícitos penales y, en general, todo daño significativo causado culpablemente. En la generalidad de los supuestos de esta índole, el resarcimiento procede porque, en virtud del principio de no dañar a otros, los respectivos menoscabos serían indemnizables en cualquier caso, sin que sea relevante el vínculo que une a la víctima con el victimario.

#### VI. DAÑO, CAUSALIDAD Y CULPABILIDAD

Según se sabe, la determinación de la procedencia de la responsabilidad civil resulta especialmente compleja tratándose de los detrimentos provocados en las relaciones de familia (por ejemplo, por infracción de deberes matrimoniales), atendida la gran dificultad para dar por concurrentes los presupuestos que la desencadenan, sobre todo, el daño, la causalidad y la culpabilidad, que deben comprobarse para que haya lugar a la indemnización<sup>18</sup>.

Respecto del daño y la causalidad, cabe recordar que solo se resarcen los detrimentos anormales o significativos que tengan el carácter de directos.

En cuanto a la anormalidad del daño, cabe referir que en multitud de ocasiones resultará altamente dificultosa su acreditación, atendido que muchas de

<sup>17</sup> ROSENVALD (2019), pp. 102 y 103, señala que no procede responsabilidad civil por "abandono afectivo", sino por "omisión de cuidado", siendo el deber de cuidado uno de carácter jurídico (establecido a nivel legal y por el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

<sup>18</sup> RODRÍGUEZ (2014), p. 215; ROSENVALD (2019), p. 106.

las perturbaciones provocadas a los hijos o las hijas por acciones u omisiones de sus progenitores desarrolladas en el contexto de las relaciones de cuidado personal o de comunicación directa y regular son difícilmente catalogables como daño significativo, destacadamente, cuando se producen como efecto del adecuado ejercicio de los derechos-deberes que imponen dichas relaciones. En todo caso, cabe insistir en que procederá la responsabilidad civil en el contexto de las relaciones de familia cuando la respectiva perturbación provenga de un atentado a derechos fundamentales de la víctima, de un ilícito penal cometido en su contra y, en general, de la materialización de un daño de magnitud suficiente<sup>19</sup>.

Sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales del Código Civil, he señalado en otro lugar que, en la esfera del derecho de familia, la exigencia de anormalidad del daño puede extraerse en particular, por ejemplo, de los artículos 26 y 54 n° 2 de la Ley N° 19.947, de 2004, que permiten demandar la separación judicial o el divorcio-sanción exclusivamente ante una "violación grave" de los deberes y obligaciones que impone el matrimonio, que "torne intolerable la vida en común"; con el agregado de que, en caso de vulneración de los deberes de convivencia, socorro y fidelidad, para que proceda el divorcio, debe concurrir, aparte de gravedad, reiteración. De suerte que nuestro ordenamiento contempla la separación judicial o el divorcio-sanción solo ante comportamientos particularmente reprochables<sup>20</sup>.

Con base en dichas prescripciones, puede señalarse que, en ocasiones, un factor que servirá para dar por concurrente la anormalidad del daño es la reiteración de una determinada conducta. Así, por ejemplo, la ocurrencia de incumplimientos repetidos del régimen comunicacional, sin que, en general, proceda estimar que un comportamiento aislado de incumplimiento –salvo que sea grave– puede considerarse como desencadenante de un daño significativo.

Por su parte, el artículo 11 de la Ley N° 20.066, de 2005, contempla la indemnización solo frente a menoscabos particularmente graves: los que afecten la vida o integridad física o psíquica, es decir, no frente a cualquier perturbación acaecida en la vida familiar<sup>21</sup>. Ante lo cual debe tenerse en cuenta que el artículo 5 de dicha ley define los actos de violencia intrafamiliar como aquellos "maltratos que afecten la vida o la integridad física o psíquica" de la víctima.

Enseguida, cabe tener presente que las sentencias nacionales en materia de responsabilidad civil por infracción de los deberes propios del derecho de familia exigen implícitamente, al efecto de su procedencia, que dicha infrac-

<sup>19</sup> Cfr., en general, DE VERDA Y CHAPARRO (2012), pp. 127-129 y 139-142; SEVERIN (2008), pp. 138-139. Respecto de la vulneración de los derechos-deberes que impone el régimen comunicacional, MIZRAHI (2018), p. 709.

<sup>20</sup> HERNÁNDEZ (2016), p. 120.

<sup>21</sup> SEVERIN (2008), p. 137.

ción produzca un daño de magnitud suficiente o anormal. En efecto, aquellas sentencias solo ordenan la reparación de determinado tipo de consecuencias, mas no de todas las provocadas por la señalada infracción. Así, en caso de incumplimiento de los deberes conyugales, los tribunales aceptan que pueda proceder indemnización, v. gr., por los detrimentos a la integridad física o psíquica generados por la violencia intrafamiliar (Pinto con Rojas -2014-, Moraga con Cazes -2014-, Soto con González -2011-, Fuentes con Palma -2016-) o por la transmisión de una enfermedad venérea (Abarca con González -2012-); pero no ante cualquier perturbación provocada por dicho incumplimiento (por ejemplo, el deterioro o quiebre de la convivencia y, en particular, las molestias, las desavenencias, las frustraciones, las angustias, las decepciones, el desamor, etc.)<sup>22</sup>.

De acuerdo a lo señalado, tampoco en el ámbito de las relaciones de cuidado personal y de comunicación directa y regular debería proceder, en principio, indemnización ante las perturbaciones no constitutivas de un daño anormal, como son –según anticipé– las provocadas a los hijos o las hijas por comportamientos de sus progenitores desarrollados en el contexto de dichas relaciones, cuando han surgido del adecuado ejercicio de los derechos-deberes que imponen. Así –cabe reiterarlo–, las molestias, frustraciones, angustias y decepciones no constitutivas de un daño significativo que los progenitores frecuentemente ocasionan a sus hijos o hijas en el marco del indicado tipo de ejercicio<sup>23</sup>.

Por el contrario y conforme adelanté, deberían dar lugar a indemnización las perturbaciones provocadas a los hijos o las hijas por acciones u omisiones de sus progenitores desarrolladas en el contexto de las relaciones de cuidado personal y de comunicación directa y regular surgidas del inapropiado ejercicio de los derechos-deberes que imponen, a condición, naturalmente, de que se reúnan todos requisitos de la responsabilidad civil. Cabe insistir en que ejemplos de tal clase de perturbaciones son las provenientes de vulneraciones de derechos humanos, ilícitos penales y, en general, todo daño significativo causado culpablemente.

En cuanto a la causalidad, cabe apuntar que también en multitud de hipótesis resultará en extremo complejo conectar de forma directa y con un razonable grado de certeza las perturbaciones provocadas a los hijos o las hijas en el contexto de las relaciones de cuidado personal o de comunicación directa y regular con las conductas de los progenitores esgrimidas como desencadenantes

<sup>22</sup> Los fallos citados han sido dictados principalmente en casos en que se discute acerca de la infracción del deber de fidelidad. HERNÁNDEZ (2016), p. 125, (2018), pp. 208-209, (2019), pp. 521-522.

<sup>23</sup> Cfr., en general, respecto de los daños causados en la esfera de las relaciones familiares, SAÍNZ-CANTERO Y PÉREZ (2012), pp. 21-23 y 58; DE VERDA Y CHAPARRO (2012), pp. 111 y 122; BRAVO (2015), p. 261; RAMOS (2014), p. 260.

de dichas perturbaciones, principalmente cuando emanan del adecuado ejercicio de los derechos-deberes que imponen aquellas relaciones<sup>24</sup>.

En definitiva, si no se comprueba la existencia de un daño anormal y directo, no se debe dar lugar a la indemnización de las perturbaciones provocadas a los hijos o las hijas por su padre o madre en el contexto de las relaciones de cuidado personal o de comunicación directa y regular<sup>25</sup>.

Por lo que concierne a la culpabilidad, también es altamente dificultoso concluir que las perturbaciones provocadas a los hijos o las hijas por acciones u omisiones de sus progenitores desarrolladas en el marco de las relaciones de cuidado personal o de comunicación directa y regular son atribuibles a dolo o negligencia, especialmente las provenientes del adecuado ejercicio de los derechos-deberes que imponen tales relaciones. En efecto, muchas de las molestias, disgustos, frustraciones, angustias y decepciones que los progenitores habitualmente causan a sus hijos o hijas no pueden asumirse como ocasionadas de manera deliberada o descuidada. A su turno, si bien la acreditación de la culpabilidad podría resultar más sencilla en los casos en que aquellos derechos-deberes son ejercidos de forma inapropiada, igualmente en multitud de supuestos dicha comprobación supondrá una tarea compleja.

Como sea, por lo que atañe al dolo, todo comportamiento en que concurra y genere un detrimento de magnitud suficiente y directo debería dar lugar a resarcimiento, como en los casos de incumplimiento deliberado por los progenitores de los derechos-deberes que imponen las relaciones de cuidado personal o de comunicación directa y regular<sup>26</sup>.

En cuanto a la culpa, hay que tener en cuenta que, al efecto de su configuración, deben ponderarse diversos factores, como la falta de diligencia y, conectada con ella, la previsibilidad, que, en el ámbito de las relaciones de familia, presentan peculiaridades, y deben evaluarse a la luz de las concretas circunstancias de los involucrados<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> RODRÍGUEZ (2014), pp. 219-221; ROSENVALD (2019), pp. 111-113. En general, HERNÁNDEZ (2016), p. 126.

<sup>25</sup> ROSENVALD (2019), pp. 109 y 113. En el amplio ámbito de la responsabilidad civil por infracción de los deberes que impone el derecho de familia, resulta interesante la sentencia pronunciada en F. M., H. con V. C., M (2007), en la que se dictaminó que, por no acreditarse los hechos, debía rechazarse la petición de divorcio por culpa e indemnización por abandono de hogar y adulterio planteada por la demandante reconvenicional —que accionó ante la pretensión de divorcio por cese de la convivencia deducida por su cónyuge—; si bien se le concedió compensación económica.

<sup>26</sup> Lo indican, para el caso de infracción de deberes conyugales, FERRER (2001), p. 9; VALENZUELA, p. 253.

<sup>27</sup> En general, SAÍNZ-CANTERO Y PÉREZ (2012), pp. 103 y ss.; HERNÁNDEZ (2016), pp. 128-129; MARÍN (2006), p. 160; SAMBRIZZI (2001), p. 4. En particular, respecto de la omisión por los progenitores del deber de cuidado de los hijos o hijas, ROSENVALD (2019), pp. 106-109; de la infracción de los derechos-deberes que impone el régimen co-

En el anterior sentido, cabe referir que el grado de diligencia que se espera de los progenitores en el marco de las relaciones de cuidado personal y de comunicación directa y regular es distinto del que se demanda en el ámbito patrimonial, en el social y en el de las interacciones entre los progenitores, correspondiendo a un nivel de cuidado particularmente exigente: el que observaría un padre o madre preocupado, eso sí que evaluado a la luz de las circunstancias de la respectiva relación familiar.

La evaluación de la culpabilidad con base en las circunstancias de la específica relación familiar podría llevar —como en otros casos— a la configuración de causales de justificación que, en cuanto tales, excluyan la imputabilidad. Así, por ejemplo, podrían considerarse como causales de aquella índole, tratándose de la relación de comunicación directa y regular, determinadas circunstancias concurrentes respecto del progenitor no custodio, como dificultades graves, una enfermedad, estadías necesarias en el extranjero, su voluntad de respetar la decisión del hijo o hija (sobre todo, adolescente) en cuanto a los términos de dicha relación; o la obstaculización de esta por el progenitor custodio.

Adicionalmente, cabe referir que, conforme a lo expuesto al comienzo, para determinar si concurre la imputabilidad indispensable para imponer responsabilidad civil a los progenitores por las perturbaciones causadas a un hijo o una hija en el marco de las relaciones de cuidado personal o de comunicación directa y regular, deberán operar como parámetros decisivos los principios del interés superior del niño o niña, corresponsabilidad parental y autonomía progresiva.

## VII. HIPÓTESIS DE INDEMNIZABILIDAD DE LAS PERTURBACIONES CAUSADAS A UN HIJO O UNA HIJA POR SU PADRE O MADRE EN EL CONTEXTO DE LAS RELACIONES DE CUIDADO PERSONAL O DE COMUNICACIÓN DIRECTA Y REGULAR

Con base en lo apuntado, pueden mencionarse diversas hipótesis en que, reunidos los requisitos de la responsabilidad civil, un progenitor debería indemnizar a su hijo o hija por las perturbaciones (daños anormales e inmediatos) que haya padecido en el marco de las relaciones de cuidado personal o de comunicación directa y regular.

En cuanto al cuidado personal (entendido en sentido amplio y no solo como residencia compartida), un primer ejemplo en la señalada línea es el de las

comunicacional, MIZRAHI (2018), p. 712; y de la obstaculización de dicho régimen por el progenitor custodio, RODRÍGUEZ (2014), pp. 215-217.

afectaciones al derecho a la salud o a la integridad física o psíquica provocadas a un hijo o una hija por su padre o madre.

En el anterior sentido, el caso destacado es el de los menoscabos que sean subsumibles en hipótesis de violencia intrafamiliar en aplicación de la Ley n° 20.066, de 2005. En esta línea, aparte de lo dispuesto por dicha ley, cabe apuntar que el artículo 234, inciso primero, del Código Civil dispone que "(l)os padres tendrán la facultad de corregir a los hijos, cuidando que ello no menoscabe su salud ni su desarrollo personal. Esta facultad excluye toda forma de maltrato físico y psicológico y deberá, en todo caso, ejercerse en conformidad a la ley y a la Convención sobre los Derechos del Niño"<sup>28</sup>.

Merecen mención asimismo como hipótesis de afectaciones del derecho a la salud o a la integridad física o psíquica de un hijo o una hija ocasionadas por su padre o madre, las causadas por la negativa de estos a que se someta a determinados procedimientos médicos (por ejemplo, una vacunación o una transfusión de sangre); por permitir que desarrolle actividades peligrosas (v. gr., algunos deportes o el consumo de productos comprobadamente perniciosos); por consentir en que participe en ambientes nocivos; por realizar conductas especialmente descuidadas (por ejemplo, conducir un vehículo en compañía de él o ella infringiendo la legislación de tránsito); y por transmitirle enfermedades, en algunos supuestos<sup>29</sup>.

También constituyen ejemplos de hipótesis en que un progenitor debería indemnizar a su hijo o hija por los daños que haya padecido en el marco de la relación de cuidado personal los casos de vulneraciones del derecho a la educación del niño o niña en que se afecte en un grado relevante su formación escolar, ética o psicológica.

Otro ejemplo de hipótesis en que un progenitor debería indemnizar a su hijo o hija por los menoscabos que haya sufrido en el contexto del cuidado personal (entendido en sentido amplio) son los supuestos en que no haya hecho lo necesario para que el niño o niña pueda subsistir adecuadamente<sup>30</sup>. En

<sup>28</sup> Acerca de este precepto, DEL PICÓ et al. (2016), pp. 514-516. Respecto de la responsabilidad civil por violencia intrafamiliar, RUEDA (2017/2018), pp. 69-89; BONILLA (2012), pp. 178 y ss.; ZAIKOSKI (2015), sobre todo las pp. 145 y ss.

<sup>29</sup> Sobre esta última hipótesis, MEDINA (2008), pp. 387-502 y 531-589. Un breve comentario acerca de ella en RODRÍGUEZ (2014), pp. 219-221.

<sup>30</sup> En este sentido, resulta interesante la sentencia de la Corte de Casación italiana de 7 de junio de 2000, que impuso indemnización a un padre por el daño patrimonial y extrapatrimonial padecido por su hijo a consecuencia del incumplimiento por el primero de las obligaciones económicas que tenía respecto del segundo. Referida por RUEDA (2017/2018), p. 117; LÓPEZ (2010), p. 19. Así, podría proceder indemnización a favor de un hijo por el incumplimiento de la obligación de pagar alimentos establecida por la ley. Aparte de esta posibilidad, naturalmente, procedería aplicar las medidas contempladas de manera expresa por la Ley N° 14.908 ante dicho incumplimiento. Respecto de estas medidas, DEL PICÓ et al. (2016), pp. 607-610.

particular y como es evidente, constituyen casos en que un progenitor debería resarcir a su hijo o hija por los detrimentos que haya padecido en el marco de dicha relación los de abandono o de grave omisión del cuidado debido, que suelen generar atentados de gran envergadura a variados derechos fundamentales del niño o niña (por ejemplo, desnutrición, depresión y patologías de diversa índole)<sup>31</sup>.

En cuanto concierne a la relación de comunicación directa y regular, supuestos destacados en que podría surgir la obligación de indemnizar las perturbaciones provocadas a un hijo o una hija son los casos de obstaculización del régimen por el progenitor custodio<sup>32</sup>. Lo cual debe entenderse sin perjuicio de que en los supuestos de infracción del régimen de comunicación directa y regular por el padre o madre custodio pudiera configurarse, a la vez, una vulneración de los derechos-deberes que impone la relación de cuidado personal<sup>33</sup>.

Otros supuestos relevantes en que podría surgir la obligación de indemnizar las perturbaciones ocasionadas a un hijo o una hija por infracción de los derechos-deberes que impone la relación de comunicación directa y regular son las hipótesis de incumplimiento (total o parcial) por el progenitor no custodio, lo que sucede, por ejemplo, cuando, en el desarrollo de aquella, provoca detrimentos a la integridad física o psíquica del niño o niña, y cuando no cumple en grado significativo con los periodos o condiciones acordados o fijados para dicho desarrollo.

<sup>31</sup> ROSENVALD (2019), pp. 102 y 103 (indica que es preferible reemplazar la expresión "abandono afectivo" por "omisión de cuidado"); MEDINA (2008), pp. 527-529.

<sup>32</sup> El inciso quinto del artículo 229 del Código Civil establece que "(e)l padre o madre que ejerza el cuidado personal del hijo no obstaculizará el régimen de relación directa y regular que se establezca a favor del otro padre, conforme a lo preceptuado en este artículo". Los supuestos más graves en este sentido son los que provocan el llamado "síndrome de alienación parental", reconocido, v. gr., en Lobos con Prado (2015), para atribuir el cuidado personal al padre. Por su parte, un fallo que se cita a nivel comparado en materia de responsabilidad civil por obstaculización del régimen comunicacional es la sentencia del Tribunal Supremo de España de 30 de junio de 2009. MARÍN Y LÓPEZ (2010), pp. 18-20 (con referencia a otras sentencias españolas relativas al asunto: pp. 17-18); RODRÍGUEZ (2014), pp. 202-204. Respecto de esta hipótesis indemnizatoria puede consultarse también MEDINA (2008), pp. 591-614.

<sup>33</sup> Acerca de las medidas que podrían aplicarse en los casos de obstaculización del régimen por el progenitor custodio, incluida la responsabilidad civil, RODRÍGUEZ (2014), especialmente las pp. 215-221.



## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ATIENZA NAVARRO, María Luisa (2012). "La responsabilidad de los padres por los hechos daños de sus hijos menores de edad", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*. N° 28. Cizur Menor.
- BRAVO SILVA, 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 Álvaro VIDAL, Gonzalo SEVERÍN y Claudia MEJÍAS (edits.). *Estudios de Derecho Civil X. Jornadas Nacionales de Derecho Civil Valparaíso*, 2014. Santiago: Thomson Reuters.
- BONILLA CORREA, Jesús (2012). "La responsabilidad civil en los delitos de violencia de género". *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*. N° 28. Cizur Menor.
- DE VERDA Y BEAMONTE, Ramón y CHAPARRO MATAMOROS, Pedro (2012). "Responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales". *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*. N° 28. Cizur Menor.
- DEL PICÓ RUBIO, Jorge et. al. (2016). *Derecho de familia*. Santiago: Legal Publishing.
- DUPRAT, Carolina (2019). *Responsabilidad parental*. Buenos Aires: Erreius.
- FERRER RIBA, Josep (2001). "Relaciones familiares y límites del derecho de daños". *Indret*. N° 4. Barcelona.
- GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz (2017). *Sistema filiativo. Filiación biológica*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GREEVEN BOBADILLA, Nel (2014). *Filiación. Derechos humanos fundamentales y problemas de su actual normativa*. Santiago: Librotecnia.
- HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel (2019). "Indemnización por incumplimiento de los deberes matrimoniales de cohabitación y de protección", en Alexis MONDACA y Cristián AEDO (coords.). *Estudios de derecho de familia IV. Cuartas Jornadas Nacionales. Facultad de Ciencias Jurídicas Universidad Católica del Norte*. Santiago: Thomson Reuters.
- \_\_\_\_\_. (2018). "Responsabilidad civil por incumplimiento del deber conyugal de fidelidad", en Carmen DOMÍNGUEZ (coord.). *Estudios de derecho de familia III. Terceras Jornadas Nacionales. Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile*. Santiago: Thomson Reuters.
- \_\_\_\_\_. (2016). "Las consecuencias de la infracción de deberes matrimoniales no dan lugar a indemnización". *Revista Chilena de Derecho Privado*. N° 27. Santiago.
- \_\_\_\_\_. (2008). *Responsabilidad civil por daños ocasionados en las relaciones de familia*. Santiago: Colegio de Abogados.
- LEPÍN MOLINA, Cristián (2014) "Responsabilidad civil en las relaciones de familia", en Cristián LEPÍN (dir.) y David VARGAS (coord.). *Responsabilidad civil y familia*. Santiago: Thomson Reuters.
- LÓPEZ DE LA CRUZ, Laura (2010). "El resarcimiento del daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales". *Indret*. N° 4. Barcelona.
- MARÍN GARCÍA, Ignacio y LÓPEZ RODRÍGUEZ, Daniel (2010). "Indemnización del daño moral por la privación indebida de la compañía de los hijos en el orden civil y en el contencioso-administrativo", *Indret*. N° 2. Barcelona.

- MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Teresa (2006). "Remedios indemnizatorios en el ámbito de las relaciones conyugales". *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*. N° 17. Cizur Menor.
- MEDINA, Graciela (2008). *Daños en el derecho de familia*. 2ª edición actualizada. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- MIZRAHI, Mauricio (2018). *Responsabilidad parental*. Buenos Aires: Astrea.
- OPAZO GONZÁLEZ, Mario (2018) "Nuevamente a favor de la indemnización de perjuicios en caso de incumplimiento de los deberes matrimoniales", en Carmen DOMÍNGUEZ (coord.). *Estudios de derecho de familia III. Terceras Jornadas Nacionales. Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile*. Santiago: Thomson Reuters.
- PIZARRO WILSON, Carlos (2014). "Responsabilidad civil por no reconocimiento voluntario del hijo de filiación extramatrimonial", en Cristián LEPÍN (dir.) y David VARGAS (coord.). *Responsabilidad civil y familia*. Santiago: Thomson Reuters.
- RAMOS CABANELLAS, Beatriz (2014). "Daños originados en las relaciones de familia", en Cristián LEPÍN (dir.) y David VARGAS (coord.). *Responsabilidad civil y familia*. Santiago: Thomson Reuters.
- ROCA TRÍAS, Encarna (2000). "La responsabilidad civil en el derecho de familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil", en Juan MORENO (coord.). *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*. Madrid: Dykinson.
- RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma (2014). "Remedios jurídicos frente a la obstaculización del derecho de visita del progenitor no custodio", en Carlos LASARTE (dir.). *Patria potestad, guarda y custodia*. Congreso IDADFE 2011. Madrid: Tecnos.
- ROSENVALD, Nelson (2019). "Responsabilidad parental. La responsabilidad civil por omisión de cuidado en Brasil", en Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI y Mariel MOLINA DE JUAN (coords.). *Paradigmas y desafíos del derecho de las familias y de la niñez y adolescencia*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- RUEDA, Natalia (2017/2018). *Responsabilidad civil de los padres por los daños causados a sus hijos: de la experiencia italiana a los daños intrafamiliares en derecho colombiano (tesis)*. Università di Pisa. Dipartimento di Giurisprudenza.
- SAÍNZ-CANTERO CAPARRÓS, María y PÉREZ VALLEJO, Ana (2012). *Valoración y reparación de daños entre familiares. Fundamentos para su reparación*. Granada: Comares.
- SAMBRIZZI, Eduardo (2001). *Daños en el derecho de familia*. Buenos Aires: La Ley.
- SEVERIN FUSTER, Gonzalo (2008). "Indemnización entre cónyuges por los daños causados con ocasión del divorcio", en Alejandro GUZMÁN (ed.). *Estudios de derecho civil III. Jornadas Nacionales de Derecho Civil Valparaíso*, 2007. Santiago: LegalPublishing.
- TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (2018). *Divorcio y responsabilidad civil*. Santiago: Rubicón.
- VALENZUELA DEL VALLE, Jimena (2012). "Responsabilidad civil por el incumplimiento de obligaciones matrimoniales y por el ejercicio abusivo del divorcio unilateral. Un estudio de su admisibilidad en Chile". *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*. N° 1.
- VARGAS ARAVENA, David (2009). *Daños civiles en el matrimonio*. Madrid: La Ley.

ZAİKOSKI BISCAY, Daniela (2015). "Responsabilidad civil y violencia contra las mujeres. Aproximaciones desde la perspectiva sociojurídica". *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 69. Buenos Aires.

### NORMAS CITADAS

Convención sobre los Derechos del Niño. Diario Oficial, 27 de septiembre de 1990.  
DFL n° 1, Fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Código Civil; de la Ley N°4.808, sobre Registro Civil, de la Ley N°17.344, que Autoriza Cambio de Nombres y Apellidos, de la Ley N° 16.618, Ley de Menores, de la Ley N° 14.908, sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, y de la Ley N°16.271, de Impuesto a las Herencias, Asignaciones y Donaciones. Diario Oficial, 30 de mayo de 2000.  
Ley N° 20.066, Establece Ley de Violencia Intrafamiliar. Diario Oficial, 7 de octubre de 2005.  
Ley N° 19.947, Establece Nueva Ley de Matrimonio Civil. Diario Oficial, 17 de mayo de 2004.

### JURISPRUDENCIA CITADA

Abarca con González (2012): Corte de Apelaciones de Talca, 31 de agosto de 2012 (apelación), VLEX-400958090.  
F. M., H. con C., M. (2007): Corte de Apelaciones de Rancagua, 29 de octubre de 2007 (apelación), LexisNexis 38473.  
Fuentes con Palma (2016): Corte de Apelaciones de Chillán, 16 de junio de 2016 (apelación), VLEX-643721133.  
Lobos con Prado (2015): Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de mayo de 2015 (apelación), VLEX-640761913.  
Moraga con Cazes (2015): Corte Suprema, 12 de enero de 2015 (casación en el fondo), VLEX-552427706.  
Pinto con Rojas (2014): Corte de Apelaciones de La Serena, 3 de abril de 2014 (apelación), VLEX-641005201.  
Pinto con Rojas (2014): Corte Suprema, 30 de diciembre de 2014 (casación en el fondo), VLEX-550944278.  
Soto con González (2011): Corte Suprema, 14 de octubre de 2011 (casación en el fondo), CL/JUR/8275/2011.

## Derecho del niño a vivir en familia: obligaciones para el Estado y responsabilidad por falta de servicio en el cuidado de niños, niñas y adolescentes bajo protección estatal

ALEJANDRA ILLANES VALDÉS<sup>1</sup>

### I. INTRODUCCIÓN

*"No puede haber una revelación más intensa del alma de una sociedad que la forma en la que trata a sus niños"*—NELSON MANDELA.

Afirmar que el niño, niña o adolescente es un sujeto de derecho, importa afirmar, con la misma fuerza, que quienes deben satisfacer sus derechos tienen la obligación jurídica de hacerlo y de soportar, en el caso de incumplimiento, las consecuencias jurídicas adversas que se siguen de esto.

En el caso particular del derecho del niño a vivir en familia, si bien los primeros llamados a satisfacer este derecho son los propios padres, la Convención sobre los Derechos del Niño pone de cargo del Estado una serie de obligaciones destinadas a ese mismo objeto, y cuyo incumplimiento puede generar, entre otros efectos, la obligación de indemnizar los perjuicios derivado de aquello.

Partiendo de la consideración de la familia como un derecho del NNA, el objetivo del presente trabajo es revisar las obligaciones que pesan sobre el Estado en esta materia, dar cuenta de algunos de algunos de los incumplimientos registrados en nuestro país en los últimos años, y referirnos particularmente a la responsabilidad por falta de servicio en el cuidado de niños, niñas y adolescentes bajo protección estatal; aspecto este último de lamentable actualidad, a partir del lapidario informe elaborado por el Comité de los Derechos del Niño en junio de 2018<sup>2</sup>, y que ha sido fuertemente reforzado por la investigación concluida por la Policía de Investigaciones de Chile a fines de ese año, y develada a la opinión pública en julio de 2019<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Abogada, PUCV. Magíster en Derecho, PUCV; Magíster en Derecho de Familia, Universidad Autónoma de Barcelona, España. Profesora de Derecho civil, PUCV. Dirección postal: Avenida Brasil 2950, Valparaíso. Correo electrónico: alejandra.illanes@pucv.cl.

<sup>2</sup> COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2018).

<sup>3</sup> POLICÍA DE INVESTIGACIONES DE CHILE (2018).