

**Análisis de los Efectos Jurídicos en Materia de Responsabilidad Civil Derivados del
Proceso de Divorcio**

Priscila Buitrago Arteaga

Alfonso Carvajal Vargas

Tatiana Hernández Polanía

***Ricardo Alonso Álvarez Padilla**



Universidad Cooperativa de Colombia

Facultad de Derecho

Neiva – Huila, Colombia, 2021

Tabla de Contenido

| | |
|---|-----|
| Introducción | 1 |
| Capítulo I: La Teoría Jurídica de la Responsabilidad Civil Aplicable al Derecho de Familia | 3 |
| 1.1 Acercamiento a la Responsabilidad Civil en el Derecho de Familia | 3 |
| 1.2 Integración del Principio de Reparación Derivado del Incumplimiento de los Deberes Matrimoniales | 5 |
| 1.3 La Posibilidad de Resarcimiento a partir de la Constitución Política de 1991 | 11 |
| 1.4 La Jurisprudencia Respecto de la Reparación del Daño en la Ruptura del Vínculo Conyugal | 155 |
| 1.4.1 Sentencia del 25 de julio de 2017: Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. | 17 |
| 1.4.2 Sentencia de Unificación de Jurisprudencia número 080 de 2020. | 23 |
| Capítulo II: La Reparación del Daño en el Vínculo Conyugal en el Derecho Comparado | 28 |
| 2.1 El Caso Chileno: La Sustitución de los Principios del Derecho de Familia | 28 |
| 2.2 El Caso Argentino: Los Nuevos Modelos de la Institución del Matrimonio | 32 |
| 2.3 El Caso Español: Inexistencia de la Inmunidad Familiar respecto al Daño | 37 |
| 2.4 El Caso Francés: La Dualidad en el Origen del Daño | 40 |
| Capítulo III: El Proceso de Divorcio y la Eventualidad del Resarcimiento | 43 |
| 3.1 El Matrimonio y las Causales de Divorcio del Artículo 154 del CCC como Fuente Potencial del Daño | 433 |
| 3.2 El daño como Elemento Central de la Responsabilidad Civil y Presupuestos de su Existencia en la Convivencia Matrimonial | 455 |
| 3.3 Las Tipologías del Daño | 488 |
| 3.3.1 Perjuicios Materiales. | 50 |
| 3.3.2 Perjuicios Inmateriales. | 52 |
| 3.4 Las Causales de Divorcio a la Luz de las Tipologías del Daño | 544 |
| 3.4.1 Relaciones Sexuales Extramatrimoniales de uno de los Cónyuges. | 544 |

| | |
|--|----|
| 3.4.2 El Grave e Injustificado Incumplimiento de los Deberes Conyugales y Como Padres. | 56 |
| 3.4.3 Los Ultrajes, el Trato Cruel y los Maltratamientos de Obra. | 57 |
| 3.4.4 La Embriaguez Habitual de Uno de los Cónyuges. | 59 |
| 3.4.5 El Uso Habitual de Sustancias Alucinógenas o Estupefacientes, Salvo Prescripción Médica. | 60 |
| 3.4.6 Toda Conducta de uno de los Cónyuges Tendientes a Corromper o Pervertir al Otro. | 61 |
| Conclusiones | 63 |
| Referencias..... | 66 |

Introducción

La responsabilidad civil en materia de familia es hoy un tema en la primera línea de las discusiones de derecho privado, sobre todo por la creciente integración de normas de orden constitucional al orden legal por parte de la jurisprudencia, lo que ha provocado profundas interpretaciones de un cuerpo normativo cuyo establecimiento se había mantenido incólume durante las últimas décadas.

Dentro de esta temática general, importa específicamente, dar desarrollo a la relación jurídica que surge entre cónyuges a partir de la existencia de un vínculo contractual regulado por las leyes civiles. En este orden de ideas, se aborda la cuestión pretendiendo determinar si el cónyuge culpable de la ruptura matrimonial puede verse sometido a la obligación de reparar bajo las reglas de la responsabilidad civil.

En vista de los anteriores presupuestos de investigación, el problema jurídico sobre el cual se pretende aportar una respuesta consiste en determinar: ¿Cuáles son los criterios aplicables para la procedencia de reparación dentro de la relación conyugal?

La pertinencia jurídica del objeto de investigación se relaciona con la creciente importancia de la responsabilidad civil en materia de familia como temática de debate en el derecho privado; no obstante, doctrinaria y jurisprudencialmente, para el caso concreto de Colombia, son apenas incipientes y se han desarrollado a través de pronunciamientos jurisprudenciales que están lejos de estar consolidados, en especial, por la Corte Constitucional y la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

En este orden, se vislumbra cómo en diferentes ordenamientos jurídicos como Francia y España, es donde se ha recurrido constantemente al debate de la responsabilidad civil a través de la reflexión doctrinaria; camino que ha sido ejemplificado de manera cercana por Argentina y Chile, por lo cual, se examinaron las posiciones adoptadas en estos países desde una perspectiva de derecho comparado.

Bajo este derrotero, en primer lugar, se abordará la teoría jurídica que permite establecer la aplicabilidad de las reglas de la responsabilidad civil en el derecho de familia en Colombia, extrayendo los argumentos que permiten su integración y la regulación histórica y constitucional que ha promovido su bloqueo y su inaplicación para concluir con la exigua jurisprudencia nacional relacionada con el tema.

En segundo lugar, se examinarán las posiciones adoptadas en derecho comparado con la finalidad de avizorar los planteamientos doctrinarios que se han mantenido vigentes en otras latitudes y, con ello, finalmente, abordar la potencialidad que tienen las causales de divorcio en Colombia de generar daño en un análisis reflexivo.

Capítulo I: La Teoría Jurídica de la Responsabilidad Civil Aplicable al Derecho de Familia

1.1 Acercamiento a la Responsabilidad Civil en el Derecho de Familia

De acuerdo a la acepción expuesta por el maestro Javier Tamayo Jaramillo, en su magistral obra *De La Responsabilidad Civil* (Tamayo, 1999), trata de definir la responsabilidad civil como el resultado de quien ha causado un daño a un tercero y que se encuentra en el deber legal de indemnizar el mismo. (p. 12),

Por su parte, la ilustre autora italiana Visintini, en su obra *¿Qué es la responsabilidad civil?: fundamentos de la disciplina de los hechos ilícitos y del incumplimiento contractual*, traducida por María Teresa Cellurale (Cellurale, 2015) en el lenguaje técnico jurídico, tradicionalmente, el término *responsabilidad civil* evoca la idea de un daño sufrido por alguien y la obligación de repararlo a cargo de alguien más. La reparación del daño constituye la sanción que sigue a la comprobación de la responsabilidad. La matriz originaria es la siguiente: si por una acción propia se causa un daño a otro, corresponde a un principio de equidad hacer que el costo de la reparación sea asumido por el autor del hecho dañoso y que no quede a cargo de la víctima. (pp. 13-14).

A la anterior noción de responsabilidad civil habría que adicionarle que, para ser responsable el agente del hecho dañoso debe ser una persona a la que se le puedan imputar los actos realizados y goce de plena capacidad de discernimiento sobre su conducta.

De esta manera, la responsabilidad civil está fundada en la libertad de las personas para actuar, por lo cual, el sistema jurídico puede establecer consecuencias desfavorables por los actos que generen un daño.

Partiendo de esta idea central, se ha establecido que la sanción que se deriva por la estructuración de un daño es la obligación de *reparar*. En otros términos, ser responsable de acuerdo a la ley civil significa estar obligado a resarcir el daño.

Tradicionalmente, la responsabilidad civil se ha dividido en dos tipos de acuerdo a la fuente de la obligación. Así, con base en el artículo 1494 del Código Civil Colombiano (en adelante CCC), la obligación puede surgir del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; de donde se deriva la *responsabilidad contractual* o, a consecuencia, de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, de donde surge la *responsabilidad extracontractual*.

Lo anterior quiere decir que, se incurre en responsabilidad contractual cuando se violan o se incumplen los compromisos adquiridos mediante un contrato, mientras que en la responsabilidad extracontractual se debe responder por los daños causados a otro con independencia de una relación preexistente entre el responsable y la víctima.

Por su parte, la definición del matrimonio contenida en el artículo 113 del CCC, establece una relación contractual entre dos personas (indistintamente su género biológico) que se unen con el fin de vivir juntos y de auxiliarse mutuamente, de donde surge un principio de solidaridad entre cónyuges que conforman una unidad familiar.

Precisamente, esta noción de familia como unidad y no como comunidad ha impedido que en muchos casos exista una verdadera aplicación de los presupuestos generales de la responsabilidad civil al derecho de familia, dado el presupuesto de alteridad que implica el resarcimiento del daño.

Como lo señala la doctora de la Universidad Externado de Colombia, Natalia Rueda, en su obra titulada *La Responsabilidad Civil en el Ejercicio de la Parentalidad* (Rueda, 2020):

El derecho colombiano aún no ha afrontado de manera sistemática el problema de la indemnización de los daños en las relaciones familiares, esto es, cuando quien causa el daño y la víctima pertenecen a la misma familia. (p. 23).

Es por esta razón que, se hace necesario abordar los argumentos que justifican la aplicación de las reglas de la responsabilidad civil en la relación conyugal previa a analizar concretamente los criterios de reparación.

1.2 Integración del Principio de Reparación Derivado del Incumplimiento de los Deberes Matrimoniales

Como se expuso *ex ante*, la protección jurídica de la familia en Colombia parte de la concepción de la unidad familiar. En este sentido, el artículo 5° de la Constitución Política Colombiana señala el reconocimiento del Estado a la primacía de los derechos inalienables de la persona y el amparo a la familia como institución básica de la sociedad, por su parte, el inciso 1° del artículo 42 de la citada constitución dispone que, la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y se constituye por vínculos naturales o jurídicos a través del matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

A partir de esta noción de familia, en el derecho colombiano ha existido una fuerte resistencia que no reconoce la posibilidad de responsabilidad civil en las relaciones familiares bajo el argumento de que la consecuente reparación o compensación genera en la familia, contrario a la búsqueda de su unidad, una ruptura o distanciamiento de lazos, siendo por este un escenario *libre* de intervención del Estado.

Sin embargo, esta noción unitaria de familia que, aún conserva el orden constitucional colombiano, no refleja con certeza desde el punto de vista jurídico las diversas relaciones que surgen entre los miembros de la familia. Esta crítica al artículo 42 de la Constitución Política, es abordada con suficiencia por la tratadista Natalia Rueda en su obra titulada *La Responsabilidad Civil en el Ejercicio de la Parentalidad* (Rueda, 2020), en los siguientes términos:

Esta es, en realidad, una descripción de las distintas fuentes de constitución de la familia, con la cual se elabora una tipología cerrada de modelos. Por ello, se puede afirmar sin temor a equivocarse que el ordenamiento termina creando un espacio de imposición de afectos que, visto desde la perspectiva de quien no se ve reconocido, se traduce en un déficit de protección y en una posible discriminación.

Dicho déficit es contrario al mismo art. 42, si se interpreta de manera sistemática, porque uno de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico y de la familia es el pluralismo. (p. 61).

Como es evidente, la familia vista desde un concepto jurídico está lejos de tener un modelo unitario en la medida que su constitución se revela a través de vínculos de distinto género de forma que, cualquier intento de los ordenamientos jurídicos por definirla recaerá sensiblemente en imprecisiones que el lenguaje por sus límites aun no puede abarcar.

De manera que, lo relevante es aceptar que la noción de familia es amplia, así como lo son las relaciones humanas, por lo tanto, las definiciones contenidas en el artículo 42 de la Constitución Política, no limitan las formas en que se configuran las familias, a contrario sensu, brindan un reconocimiento especial que tiene objeto la protección de la unidad familiar.

De igual forma, se debe partir de la idea que la constitución de la familia, desde una óptica conceptual unitaria, no elimina la individualidad real de sus miembros, de manera que sus derechos subjetivos, no se pueden confundir ni desconocer cuando este se relaciona con quienes comparte un vínculo jurídico (matrimonio o sociedad de hecho) o biológico-jurídico (filiación, afinidad o adopción).

Es claro, entonces que, la alteridad y la potencialidad que tienen los actos puramente humanos de generar daño, indistintamente de las relaciones que la ley crea, deben tener un tratamiento especial en el ordenamiento jurídico que muchas veces se puede equiparar a la responsabilidad que surge entre los extremos de un pacto contractual o, aun cuando no existiere relación o acuerdo alguno entre particulares ligados a un acontecimiento que ha generado un perjuicio.

Precisamente, sobre este aspecto de la concepción de familia en Colombia, también es admisible determinar que su concepción unitaria ha llegado a deslegitimar todas aquellas interpretaciones que han pretendido el fraccionamiento de sus miembros, a través del posicionamiento en los extremos de los elementos de la responsabilidad civil donde existe de por medio un hecho dañoso.

Este obstáculo lingüístico que ha involucrado las incompletas nociones de familia, tiene consecuencias previsibles en la función judicial al exponer su esfuerzo interpretativo hacia relaciones extratextuales, incluso, de disposiciones de orden constitucional con el único objetivo de adaptar la realidad al sistema jurídico vigente.

No obstante, a pesar de las críticas al artículo 42 de la Constitución Política, el inciso 4° y 5° de esta misma disposición normativa abrió un nuevo campo interpretativo adecuado para el objeto de investigación. En estos términos, se señala, en primer lugar, que las relaciones familiares

se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes (art. 42 inc. 4° C.P.) y, en segundo lugar, se agrega que, cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley (art. 42 inc. 5° C.P.).

Si bien, los apartes citados corresponden a la armonización del ordenamiento jurídico en aplicación del principio de igualdad que consagra el artículo 13 de la Constitución Política, es necesario memorar que, históricamente los derechos de las mujeres en Colombia no habían sido considerados, dentro de la relación conyugal, como equivalentes a los derechos de los hombres y, es claro que, el primer presupuesto que debió superarse para plantearse la posibilidad de reparación civil dentro de un vínculo matrimonial, fue la carga ideológica patriarcal que impero en el país.

Como lo expone con solvencia la ilustre docente de la Universidad de los Andes, Paola Marcela Gómez Molina, en su relevante obra titulada Régimen Patrimonial del Matrimonio: Contexto Histórico que Rodea la Promulgación de la Ley 28 de 1932 (Gómez, 2015) en Colombia, cuando se adoptó la codificación civil para finales del siglo XIX, se estableció en el artículo 1771 y siguientes, el régimen económico patrimonial del matrimonio, que era una comunidad universal compleja compuesta por los bienes y gananciales de ambos esposos; además, se señaló, en los artículos 1805 y 1806 que, el marido administraría libremente esos bienes, que son los bienes propios tanto de él como de su esposa y los bienes comunes; y, por último, en los artículos 181 y siguientes de la citada codificación, se ordenó que la capacidad de las mujeres para disponer y administrar sus propios bienes desaparecía en el momento de contraer matrimonio y que, como persona, quedaba reducida su capacidad a la que tenían los menores de edad o los dementes. (p. 43).

Esto quiere decir, que el esposo tenía la autoridad absoluta de disponer de la totalidad de los bienes de su pareja habida cuenta que, la capacidad de la mujer (pareja) era reducida. En otras palabras, con la acogida del Código Civil se instituyó en Colombia un régimen patrimonial del matrimonio único, que permitía al hombre administrar libremente todos los bienes del matrimonio y dar tratamiento a las mujeres casadas como interdictas. Situación que, implantó una distribución de poderes desproporcionada dentro del matrimonio que, además, condenaba a la esposa a una situación de desigualdad y opresión frente al marido.

Evidentemente, la desigualdad respecto de los derechos patrimoniales de la mujer hacía impensable para la época, que, bajo el principio indemnizatorio del daño, fuera admisible cualquier tipo de reparación material habida cuenta que la disposición del patrimonio estaba a cargo, libremente, por el hombre dentro del vínculo conyugal.

Pasarían décadas para que esta situación se reivindicara y, fue con la promulgación de la Ley 28 de 1932, la que permitió que la situación jurídica de la mujer casada y mayor de edad se transformara; esta norma confirió plena capacidad civil, judicial y extrajudicial a la mujer, permitiéndole disponer y administrar libremente todos los bienes matrimoniales o, por lo menos, de los de su propiedad. Según lo expuesto por la autora Paola Marcela en la obra Régimen Patrimonial del Matrimonio: Contexto Histórico que Rodeo la Promulgación de la Ley 28 de 1932 (Gómez, 2015), se le quitó así al esposo, la autoridad absoluta sobre el patrimonio que ambos esposos aportaban al matrimonio o que adquirirían como fruto de su trabajo durante este, además, se intentó equilibrar de esta forma, la distribución de poderes tan desproporcionada que existía entre los cónyuges dentro del matrimonio. (p. 44).

Adicionalmente, a la carga ideológica de orden patriarcal que ha definido en muchos aspectos el ordenamiento jurídico colombiano y la reivindicación de los derechos patrimoniales

de la mujer, otro suceso histórico que ha enmarcado la problemática sobre la reparación de daños en el vínculo conyugal, está relacionado con la moral cristiana que consideró por mucho tiempo indisoluble la relación matrimonial.

Fue así, como en la legislación civil inspirada en el dogma católico, se mantuvo la ruptura del matrimonio como un privilegio, y no sería sino hasta la expedición de la Ley 1ª de 1976, que modificó el artículo 152 del CCC, cuando se estableció en Colombia el divorcio como una forma de terminación del vínculo matrimonial; y, en concordancia, el artículo 3º de la citada ley derogó el artículo 153 del CCC, el cual disponía que el divorcio no disolvía el matrimonio, sino solo la vida en común. A su turno, el artículo 4º de la ley 1ª de 1976 modificó el artículo 154 del CCC y estableció nueve causales de divorcio.

En este orden, es necesario puntualizar que, aun cuando, estructuralmente la Ley 1ª de 1976 dio paso al establecimiento del divorcio en el matrimonio civil en Colombia, este no consagraba ninguna disposición que diera lugar a la reparación de perjuicios dentro del proceso y que pudiese ser declarado judicialmente, y no sería sino hasta la Ley 25 de 1992, cuando se vendría a materializar en la legislación, todos los derechos y garantías consagrados en la Constitución Política de Colombia de 1991.

Como lo señala la tratadista Paola Ruiz Manotas en su obra titulada *La construcción del divorcio en Colombia desde las normas jurídicas a partir del siglo XIX* publicada en la *Revista de Derecho Privado* (Ruíz, 2020) sobre la implementación del divorcio desde 1976, nótese que, en la práctica, su aplicación fue muy escasa pues a pesar que los colombianos ya estaban facultados para contraer matrimonio católico o civil, el matrimonio civil era inusual y, por tanto, la posibilidad del divorcio solo existía para muy pocos. (p. 132).

Como queda expuesto del breve recorrido histórico es posible señalar que, la Constitución Política a través de su artículo 42 permitió por primera vez reconocer en el país la posibilidad de reparación del daño de los actos que implican destrucción a la armonía y unidad familiar, tal y como a continuación se expone.

1.3 La Posibilidad de Resarcimiento a partir de la Constitución Política de 1991

En Colombia, la promulgación de la Constitución Política de 1991 fue sin duda, el fenómeno histórico más importante a lo largo de su desarrollo, pues, esta implicó todo un cambio sustancial, en cuanto a la interpretación y aplicación del derecho, tomando como punto de partida la dignidad del ser humano.

El primero de estos cambios, es la adopción de la fórmula estatal denominada Estado Social de Derecho, consagrada en el artículo 1º de la Constitución Política de 1991; el segundo, es la creación de la acción de tutela, preceptuada en el artículo 86 del citado estatuto, como el mecanismo constitucional de protección inmediata de derechos fundamentales; y por último, la fundación de la Corte Constitucional refrendada en el artículo 241 constitucional, a la cual se le confió ser la guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución, aspectos que como se verán más adelante, han provocado fuertes cambios en muchos aspectos del sistema jurídico colombiano.

Como se desarrolló en el apartado anterior, la Ley 25 de 1992, fue la primera norma que reguló la institución del divorcio; ley que se encontraba armonizada con los principios constitucionales de libertad e igualdad que consagraba la Constitución Política.

En orden, la tratadista Paola Ruiz Manotas en su obra titulada *La construcción del divorcio en Colombia desde las normas jurídicas a partir del siglo XIX* publicada en la *Revista de Derecho Privado* (Ruíz, 2020) explicó que con la Ley 25 de 1992 se pretendió presentar el divorcio como una figura de protección a la institución familiar, siendo este visto como un recurso que les concede el Estado a las parejas que han fracasado en su matrimonio para que, disolviendo la unión malograda, se les reconozca el derecho de legalizar esa disolución. (p. 133).

En el periodo de transición entre la expedición de la Constitución Política de 1991 y la entrada en vigencia de la Ley 25 de 1992, existía un orden garantista de los derechos de igualdad y libertad, pero sin una legislación que los materializara; por tanto, la Ley 25 de 1992 se profirió en aras de satisfacer la necesidad de tener un procedimiento legal que se adaptara al sistema jurídico, en particular, se regulara la forma en que debía proceder la declaración del divorcio.

La Ley 25 de 1992 modificó, entre otros, el artículo 154 del CCC, toda vez que, se cambió el contenido de algunas de las causales por las cuales se puede impetrar la terminación del vínculo matrimonial, eliminó otras y estableció algunas nuevas causales así:

Son causales de divorcio:

1. Las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges, salvo que el demandante las haya consentido, facilitado o perdonado.
2. El grave e injustificado incumplimiento por parte de alguno de los cónyuges de los deberes que la ley les impone como tales y como padres.
3. Los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra.
4. La embriaguez habitual de uno de los cónyuges.
5. El uso habitual de sustancias alucinógenas o estupefacientes, salvo prescripción médica.

6. Toda enfermedad o anormalidad grave e incurable, física o síquica, de uno de los cónyuges, que ponga en peligro la salud mental o física del otro cónyuge e imposibilite la comunidad matrimonial
7. Toda conducta de uno de los cónyuges tendientes a corromper o pervertir al otro, a un descendiente, o a personas que estén a su cuidado y convivan bajo el mismo techo.
8. La separación de cuerpos, judicial o de hecho, que haya perdurado por más de dos años.
9. El consentimiento de ambos cónyuges manifestado ante juez competente y reconocido por éste mediante sentencia. (Ley 25, 1992)

Si bien de las causales taxativas del divorcio, se puede inferir la potencialidad del daño en la ocurrencia del supuesto de hecho que consagra la norma, por ejemplo, los perjuicios que pueden ocasionar la violencia y los tratos crueles, la Ley 25 de 1992, nuevamente recayó en una omisión legislativa absoluta puesto que, no consideró procedente la acumulación de pretensiones en la solicitud del divorcio con las reglas de reparación de la responsabilidad civil que, podría ser perfectamente admisible de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 88 del Código General del Proceso que exige:

1. Que el juez sea competente para conocer de todas, sin tener en cuenta la cuantía.
2. Que las pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias.
3. Que todas puedan tramitarse por el mismo procedimiento. (Código General del Proceso, art. 88).

Visto el contexto desde esta óptica, no existe duda que en Colombia el verdadero obstáculo para avanzar hacia el reconocimiento del daño en el vínculo conyugal ya no está supeditado a la falta de normas aplicables, sino más bien, a la ausencia de una tradición jurídica que solo ha empezado a dar pasos tímidos en la jurisprudencia.

Muestra de ello es que, de acuerdo al numeral 5° del artículo 389 del Código General del Proceso, el juez dentro del contenido de la sentencia de nulidad o divorcio, previa solicitud de parte, se pronunciará sobre las condenas a que hubiesen lugar por los perjuicios a cargo del cónyuge que por su culpa hubiere conllevado a la nulidad del vínculo matrimonial, a favor del otro.

En este orden, tal y como lo expone el tratadista Colombiano Manuel Vial Dumas en su artículo titulado Pagar la culpa: matrimonio, divorcio y responsabilidad en la tradición jurídica occidental, publicado en la Revista de Derecho Privado (Vial, 2019), la pregunta sobre la posibilidad de aplicar el régimen general de responsabilidad en materia de familia, y en particular en casos de divorcio culpable, no puede obtener respuesta desde la historia. Y el vacío que dejó la codificación no justifica por sí mismo la discusión ni permite cerrarla en un sentido u otro. (p. 52).

Ahora bien, siendo evidente que el examen normativo deja sendas dudas sobre la falta de tradición jurídica en el país acerca de la posibilidad del resarcimiento en la ruptura conyugal derivada del divorcio, es necesario realizar un análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, para indagar, cual es la posición judicial, respecto del tema tratado, en los organismos encargados de unificar criterios de interpretación en la jurisdicción constitucional y ordinaria, respectivamente.

1.4 La Jurisprudencia Respecto de la Reparación del Daño en la Ruptura del Vínculo Conyugal

A partir de la indagación llevada a cabo para conocer la posición jurisprudencial de la Corte Constitucional y la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, sobre el objeto de investigación, se pudo determinar que en Colombia, así como ha habido desinterés del legislador por regular de manera específica el tema, los intérpretes de la norma también han dado poca relevancia al problema ya que, solo se han ocupado de él de manera marginal a través de un único pronunciamiento sobre el mismo hecho, debido a que en ambos casos, se presenta identidad en la actora de las acciones judiciales.

Así las cosas, en Colombia ha existido un contexto histórico desfavorable que ha impedido la aplicación de los principios de la responsabilidad civil al vínculo conyugal. Por un lado, ha imperado la patriarcalidad en el ordenamiento jurídico a través de las restricciones impuestas a las mujeres para ejercer y contraer obligaciones y, por el otro lado, ha existido una fuerte influencia de la religión que ha impedido el adecuado desarrollo de instituciones como el divorcio, al punto que este ha sido solo un privilegio.

Una vez superado estos dos escenarios a través del reconocimiento de la igualdad de género y la proyección del Estado laico de la Constitución Política de 1991, ha habido, en todo caso, omisiones legislativas en la medida en que, no existe ninguna norma especial que permita actualmente solicitar la reparación del daño a partir de la ruptura del vínculo conyugal.

Por regla general, a partir de la celebración de las solemnidades propias del contrato matrimonial surge, de acuerdo al artículo 176 del CCC, la obligación entre los cónyuges de guardarse fe, a socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida.

Visto de este modo, existen unas obligaciones cuyo incumplimiento tiene como efecto inmediato la procedencia de divorcio, sin embargo, no existe mayor sanción o deber de reparación por parte del cónyuge culpable, excepto la revocatoria de donaciones que contempla el artículo 162 del CCC y el deber de alimentos a favor del cónyuge inocente de acuerdo al numeral 4 del artículo 411 del CCC¹.

En este orden, la disolución del matrimonio proveniente de una causal como, por ejemplo, el adulterio o la embriaguez habitual de uno de los cónyuges, conllevaría a la posibilidad fáctica de que existan daños que generen una consecuente reparación; sin embargo, es en este punto en particular donde la jurisprudencia parece no tener una respuesta consolidada.

Evidentemente, la imposición de alimentos a favor del cónyuge inocente o la revocatoria de donaciones no puede ser considerada per se un tipo de reparación, toda vez que, su objeto de protección busca, por un lado, no desamparar de ser necesario en su manutención al cónyuge inocente y, por el otro, restaurar los bienes que hubiesen salido del patrimonio del cónyuge inocente.

Como lo señala la autora Colombia Natalia Rueda en su obra titulada *La Responsabilidad Civil en el Ejercicio de la Parentalidad* (Rueda, 2020) el derecho de familia en Colombia tradicionalmente ha excluido la indemnización como un instrumento de protección de los intereses de los miembros de la familia. Los remedios corresponden principalmente a soluciones penales o civiles, pero con un propósito puramente declarativo. (p. 83).

Sin embargo, ninguna de estas acciones prevé la declaración de la responsabilidad civil y la consecuente indemnización o reparación del daño causado, lo cual deja los intereses de la

¹ Se deben alimentos: 4. A cargo del cónyuge culpable, al cónyuge divorciado o separado de cuerpo sin su culpa.

víctima, ante un eventual daño, en la irrelevancia, desde el punto de vista de la responsabilidad civil.

Bajo esta misma tesitura, la tesis central de la investigación es que, la responsabilidad civil no es excluyente con otro tipo de responsabilidades; en algunos escenarios, resulta ser el camino más eficaz para ofrecerle a la víctima una adecuada protección y el retorno al status quo ante al acaecimiento del daño. Por su parte, quien produce el daño se le impone la obligación patrimonial idónea para cumplir con la función compensatoria; y en el contexto familiar comporta la responsabilización de quien, estando en posición de privilegio, actúa de forma negligente en perjuicio de su cónyuge.

Pese a la posición anterior, como se verá a continuación, aun en la jurisprudencia la regla general sigue siendo la exclusión de la responsabilidad civil como método de compensación del daño.

1.4.1 Sentencia del 25 de julio de 2017: Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

En este caso, la accionante, mediante el uso de la acción constitucional de tutela, solicita ser resarcida, reparada y/o compensada por el daño que se le había causado por el desconocimiento de su derecho fundamental a vivir libre de violencia, discriminación de género y violencia intrafamiliar y, que había sido invocado previamente en el curso del proceso civil para la cesación de los efectos civiles del matrimonio católico, iniciado en contra de cónyuge, por las causales contempladas en los numerales segundo, tercero y octavo del artículo 154 del CCC.

Como resultado de este proceso, se declaró judicialmente la terminación del vínculo marital y de la sociedad conyugal respectiva por haberse encontrado probado el grave e injustificado incumplimiento del demandado en los deberes de esposo y padre. No obstante, en la misma sentencia se determinó que no había lugar a establecer la reparación de que trata el numeral 4° del artículo 411 del CCC, por cuanto no se demostró la necesidad que se requería para hacerse acreedor de una obligación alimentaria.

Hasta este punto, es evidente nuevamente que, el otorgamiento de alimentos periódicos a favor del cónyuge inocente, si bien se considera en abstracto como un tipo de sanción por su contenido económico, este no es un tipo de reparación eficaz toda vez que, su declaración requiere de la demostración de *necesidad* de la pensión alimentaria sin que sea suficiente la condición de acreedor alimentario que le confiere el numeral 4° del artículo 411 del CCC al cónyuge inocente para acceder a la misma.

Un aspecto interesante y que refuerza el argumento expuesto, respecto del vacío legislativo en Colombia acerca de la reparación del daño derivado de la ruptura conyugal, es que el sustento de la acción constitucional son el literal g) del artículo 7° de la Convención Belém do Pará y el literal d) del artículo 4° de la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer de las Naciones Unidas, es decir, normas de derecho internacional que son aplicables en el derecho interno al tenor del artículo 93 de la Constitución Política por hacer parte del bloque de constitucionalidad.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en el contexto de la violencia intrafamiliar que se hace patente en este caso en concreto, es clara en precisar que le asiste derecho al cónyuge que ha sido víctima de daño de ser reparada integralmente y por ello considera que:

Entendiendo que cualquier afrenta cometida en contra de las mujeres debe ser condenada y reparada, con mayor razón la cometida al interior del seno familiar, debe concluirse, forzosamente, la posibilidad de establecer medidas indemnizatorias en procesos de divorcio. Lo antelado, entendiéndose al daño como (...) todo detrimento, menoscabo o deterioro que afecta bienes o intereses lícitos de la víctima, vinculados con su patrimonio, con los bienes de su personalidad, o con su esfera espiritual o afectiva (...). Por tanto, partiendo del supuesto de que el matrimonio o una relación de pareja (...) es un contrato (...) por el cual [dos personas] se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente (...) (art. 113 del CCC), con fines permanentes o estables, su finalización por causas de violencia física o moral o por el menoscabo personal, económico o familiar, puede ocasionar perjuicios de diversa índole a quien deba soportar la consecuencia sin haber buscado o querido ese resultado. La ruptura del vínculo en una pareja protegida y admitida por el ordenamiento genera una variación diametral en la vida de los sujetos vinculados, infringiendo afectaciones morales y materiales, por ende, si ello acaeció por causas atribuibles a uno de los compañeros o consortes, el otro está plenamente facultado para demandar una indemnización. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, STC 10829, 2017)

La citada sentencia de la Sala de Casación Civil, en el mismo sentido explica que, aun cuando en las normas reguladoras de los trámites de divorcio y de cesación de efectos civiles del matrimonio no existen disposiciones específicas que declaren procedente la indemnización por menoscabos sufridos, por tanto, para resolver ese vacío, meramente aparente, se debe acudir al

régimen general de la responsabilidad civil, el cual considera compatible y complementario con el tema tratado.

De modo similar expone que, en el trámite que da fin al vínculo conyugal, debe efectuarse el análisis integral y sistemático del régimen de responsabilidad civil vigente en el ordenamiento jurídico colombiano en aras de lograr la reparación integral del cónyuge al que le asista derecho, y para ello deben analizar las causales de divorcio probadas, para determinar si hay lugar a decretar alguna medida resarcitoria a favor del consorte que percibió algún daño por la ruptura del vínculo marital ocasionada por su expareja.

En este sentido, el juez de instancia está facultado para adoptar disposiciones *ultra* y *extra petita*, conforme se autoriza en el parágrafo 1 del artículo 281 del Código General del Proceso, según el cual:

(...) En los asuntos de familia, el juez podrá fallar *ultrapetita* y *extrapetita*, cuando sea necesario para brindarle protección adecuada a la pareja, al niño, la niña o adolescente, a la persona con discapacidad mental o de la tercera edad, y prevenir controversias futuras de la misma índole (...). (Código General del Proceso, art. 281, para. 1)

Al respecto de la obligación alimentaria como medida resarcitoria, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, considera que no puede inferirse bajo ninguna circunstancia, naturaleza indemnizatoria a esta prestación, ni mucho menos ligarse al daño contractual o extracontractual, habida cuenta que, tienen fuentes sustancialmente diferentes que no son admisibles equiparse, por lo cual, aun en los casos en que se declare la obligación de alimentos a favor del cónyuge inocente, esto no obsta para que en el curso del proceso, el Juez pueda

determinar si hay lugar o no de proveer a este, sobre perjuicios de índole material e inmaterial, según los elementos axiológicos del derecho reparativo y los elementos probatorios recaudados.

Con las consideraciones precedentes, la mencionada Sala de Casación Civil estima suficiente y accede al amparo constitucional solicitado, ordenando al juez de instancia la revisión de lo decidido y en efecto, analizar, en el marco del derecho de daños, la reparación a que hubiere lugar.

No obstante, dentro del mismo proceso, el magistrado Álvaro Fernando García Restrepo presenta salvamento de voto argumentando que, los alimentos que se declaran a favor del cónyuge culpable tienen una doble connotación, tanto necesaria como indemnizatoria y para ello, expone lo siguiente:

Sobre estos alimentos así concebidos, se ha dicho que tienen una doble naturaleza: alimentaria e indemnizatoria. La primera porque de todas formas el derecho a reclamar alimentos no nace del solo divorcio ni de la sola culpa, pues es necesario además que el cónyuge inocente requiera los alimentos, que tenga necesidad de ellos, y que el culpable tenga capacidad para darlos, todo lo cual deberá quedar demostrado en el proceso en que se fijan, que puede ser el mismo de divorcio u otro posterior encaminado exclusivamente a la condena alimentaria, el cual debe tener como antecedente el divorcio declarado por culpa de quien es demandado por alimentos. Y la segunda, o sea la naturaleza indemnizatoria se reclama de la culpa, ya que solo a quien se le probó que era el culpable de la causal probada y declarada de divorcio se le condenará al pago de obligaciones alimentarias. Esta es indemnizatoria, porque ya la razón de ser de la obligación alimentaria no es la misma que existe dentro del matrimonio, la solidaridad de la pareja, sino un castigo

por haber dado lugar al divorcio con un comportamiento que se acomoda a una de las causales señaladas en la ley. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, STC 10829, 2017)

Como evidencia de la falta de un criterio consolidado respecto al tema dentro de la jurisdicción ordinaria, la anterior decisión fue revocada en segunda instancia por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que argumentó lo siguiente:

(...) las pretensiones alegadas por la accionante en el proceso ordinario, estuvieron enmarcadas por los presupuestos de la obligación alimentaria y en ninguna etapa procesal se hizo referencia a la reglamentación que sobre la responsabilidad contractual y extracontractual brinda la normatividad civil (...). A continuación, frente a las facultades *ultra y extra petita* de las que dispone el juez de familia, la providencia destacó que estas no son excusas para desconocer la obligación del juzgador de dictar su decisión conforme a lo probado en el trámite procesal y, con ello, garantizar el derecho a la defensa y el debido proceso. En esta línea, mencionó que más allá de haber solicitado la reparación, se exige que en el juicio haya sido debidamente debatido y probado lo pretendido. (Sala de Casación Laboral, Corte Suprema de Justicia, STC 10829, 2017)

En síntesis, la decisión revocada considera que, la acción de tutela no es el medio idóneo para debatir la procedencia de la reparación por daños causados dentro del proceso de divorcio que ya había concluido máxime cuando esto nunca fue solicitado dentro del mismo, de manera que es

el juez ordinario quien deberá determinar, en el debate probatorio, la existencia del daño y su consecuente reparación y no el juez de tutela como lo ha pretendido la accionante.

En este orden, por tratarse de una decisión adoptada a través de una acción de tutela y debido a la relevancia jurídica nacional, la Corte Constitucional seleccionó este proceso para su revisión con la finalidad de unificar criterios a través de la Sentencia de Unificación de Jurisprudencia número 080 de 2020 que a continuación se analiza.

1.4.2 Sentencia de Unificación de Jurisprudencia número 080 de 2020.

A pesar de que la revisión de los fallos anteriormente analizados, discurren sobre los siguientes temas: **i)** la perspectiva de género como un elemento de análisis en la violencia contra la mujer, **ii)** los fundamentos constitucionales y la jurisprudencia constitucional relativa a la protección de la mujer y **iii)** la convención Belem do Pará; la Corte Constitucional precisa, de antaño, que la reparación integral de las víctimas, sin importar su género, es un imperativo para la protección efectiva de sus derechos.

En este sentido, la Corte aclara que, no solo son viables las reparaciones materiales o de contenido económico, sino que, además, existen medidas de resarcimiento no pecuniarias, de la siguiente manera:

La doctrina ha avalado las reparaciones pecuniarias, pero también se han planteado diversas formas novedosas de reparación unidas a estas, como las reparaciones simbólicas, las disculpas públicas, las medidas de satisfacción, de rehabilitación y de garantía de no repetición; todas las cuales deben analizarse a partir del tipo de daño padecido. A más de

ello, dicha reparación debe ser integral, en la medida que ello sea posible y necesario, con lo cual se busca el pleno restablecimiento de quien ha sufrido el daño y por tanto lograr una justa reparación, en todas las dimensiones que fuere menester, sea física, psíquica, moral, social, material y/o pecuniaria, compensatoria y de restablecimiento. (Corte Constitucional, SU-080, 2020).

Ahora bien, sobre la cuestión en concreto acerca de la responsabilidad civil al interior de las relaciones familiares (entre ellas la relación conyugal), la Corte Constitucional aborda la *doctrina negatoria* de la responsabilidad civil en este campo y concluye que al tenor del artículo 42 de la Constitución Política es absolutamente inadmisibles, toda vez que, no se puede desconocer que la familia es un escenario posible de la ocurrencia de toda suerte de daños y no se puede impedir a uno o a algunos de sus miembros, el derecho a ser reparados, resarcidos o compensados, por otro, cuando se cumplen los presupuestos de la responsabilidad civil en términos generales, pues ello haría de la familia un escenario impermeable a las reglas de Derecho y por lo tanto, propiciando así un terreno apto para la tiranía y el desconocimiento de los derechos fundamentales de sus integrantes.

De este modo la Corte Constitucional asume su posición jurisprudencial señalando que:

Conforme con los fines esenciales del Estado, el ordenamiento jurídico colombiano debe garantizar a la totalidad de los asociados, el poder acceder a la administración de justicia, para de esa manera lograr la protección de sus derechos fundamentales. En efecto, el sufrimiento de daños, agresiones y, en general, el desconocimiento de los derechos que la Carta reconoce, obliga por consecuencia la consagración de acciones y remedios accesibles

y eficaces para el logro de la reparación justa, en plazos razonables. Entiende entonces la Sala Plena que el resarcimiento, reparación o compensación de un daño, no se encuentra excluido, limitado o incluso negado, porque la fuente del daño comparta con el afectado, un espacio geográfico determinado -el hogar- o porque existan lazos familiares. (Corte Constitucional, SU-080, 2020)

En estos términos, la Corte Constitucional ha sentado bases para que a través de los medios judiciales pertinentes en Colombia pueda debatirse abiertamente sobre la reparación de daños en los vínculos intra-familiares (y conyugales).

El anterior debate no solo se traslada al escenario judicial, sino también al legislativo al exhortar al Congreso de la República, para que, en ejercicio de sus competencias constitucionales, regule ampliamente el derecho fundamental a acceder a una reparación integral en los casos de violencia intrafamiliar, por medio de un mecanismo judicial justo y eficaz que respete los parámetros de debido proceso, plazo razonable y prohibición de revictimización.

No existe duda que la posición adoptada por la Corte Constitucional, en esta decisión es un *hito*, sin embargo, su alcance en el contexto estudiado aún es muy limitado porque su análisis se centra, en primer lugar, en la violencia de género y, en segundo lugar, en la causal de divorcio consagrada en el numeral 3° del artículo 154 del CCC, lo que quiere decir que aún deberá existir un desarrollo jurisprudencial pleno sobre las demás causales de esta misma disposición normativa, como fuente eventual de potenciales daños.

Sobre la trascendencia judicial de este pronunciamiento, es relevante señalar que, al tenor del artículo 230 de la Constitución Política que establece los criterios auxiliares de la actividad judicial, es admisible que ante la inexistencia de una norma especial sobre reparación en derecho

de familia, se apliquen las consideraciones expuestas por la jurisprudencia constitucional y en especial, el precedente en análisis, en el entendido que la obligatoriedad de la jurisprudencia de las altas cortes es una exigencia orientada a que las decisiones judiciales estén guiadas por un parámetro de igualdad.

Sobre este fallo judicial, la Tradadista Natalia Rueda en su magistral obra titulada *La Responsabilidad Civil en el Ejercicio de la Parentalidad* (Rueda, 2020) ha señalado críticamente que:

La Corte Constitucional (...) admitió que es necesario conceder una protección efectiva a la demandante, cuyo fundamento es la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra Mujer, conocida también como la “Convención de Belem do Pará”. Sin embargo, decir que el fundamento de la reparación es este y no el principio general de reparación integral constituye un artificio que podría terminar desconociendo situaciones de violencia intrafamiliar que no necesariamente están mediadas por la categoría del género. (p. 392).

Si bien, como se ha visto en el ordenamiento jurídico colombiano, ha existido un contexto histórico resistente a aceptar la reparación de daños derivados del vínculo conyugal y aún, es vigente la oposición de algunos operadores jurídicos al dar alcance a disposiciones normativas específicas, se hace necesario analizar en el contexto de derecho comparado cuáles son sus posiciones y de allí extraer consideraciones que puedan ser aplicadas en el sistema jurídico interno donde aún el tema se presenta como incipiente.

Para este objetivo se han seleccionado cuatro países cuya tradición jurídica es en muchos puntos concurrente, por una parte, España y Francia por la fuerte inspiración que sus regímenes civiles han influenciado el nuestro y por el otro, Argentina y Chile por el origen común de situaciones de contexto y similitud en las disposiciones normativas como a continuación se analizan.

Capítulo II: La Reparación del Daño en el Vínculo Conyugal en el Derecho Comparado

2.1 El Caso Chileno: La Sustitución de los Principios del Derecho de Familia

Como lo señala la autora chilena Yasna Otálora Espinoza en su obra titulada Daños en el matrimonio: la posibilidad de extender la responsabilidad civil al incumplimiento de los deberes matrimoniales en el derecho chileno (Otálora, 2020) la recepción de la responsabilidad civil en el derecho de familia se ha convertido en una tendencia que ha ido haciéndose un espacio en el ordenamiento jurídico chileno. (p. 43).

Para esta misma autora (Otálora, 2020), la expansión y la recepción de la responsabilidad civil en el derecho de familia “(...) no ha llegado a ser un principio unánimemente aceptado, fundamentalmente porque en casi todos los ordenamientos no existe una norma en el *derecho de familia* que permita la aplicación expresa de normas de *responsabilidad civil*, en particular si el daño ha sido provocado por el incumplimiento de los deberes matrimoniales”. (p. 45).

Como se demostró *ex ante*, uno de los principales obstáculos que ha impedido la aplicación de las reglas de la reparación del daño derivadas de conductas ocurridas durante el vínculo matrimonial, ha sido la falta de comprensión entre el objetivo que persigue las sanciones del derecho de familia (verbigracia, la pensión alimenticia) y las sanciones compensatorias establecidas en la responsabilidad civil, de manera que, uno de los primeros debates que internamente deben suscitarse es superar su asimilación y, con posterioridad, determinar que estos dos tipos de sanciones no son excluyentes y proceden paralelamente, sin que necesariamente, se esté incurriendo en la vulneración del principio *non bis in ídem*.

En Chile, la superación de este paradigma provocado por la sustitución de los principios informadores del derecho de familia, ha permitido que, precisamente, el sistema jurídico se encuentre a la vanguardia en la materia, sin embargo, aún existen, tesis negacionistas que restringen su alcance.

En el caso chileno, como sucedió en el colombiano, se encuentran avances en derecho de familia, entre los cuales se destaca, la superación del carácter indisoluble del matrimonio y la capacidad de la mujer casada en sociedad conyugal al establecerse las mismas facultades de administración del marido en el régimen de sociedad conyugal.

Con todo, los avances mencionados en líneas anteriores, aparecen luego de largas transformaciones expresadas en términos de derechos subjetivos así: el derecho a contraer matrimonio y a disolverlo, el derecho a rehacer la vida conyugal, el derecho a la igualdad de tratamiento legal entre los cónyuges, entre otros.

Del mismo modo, se ha pasado de una concepción de la familia identificada como una entidad unitaria de estructura jerarquizada, hacia otra, donde el legislador ha optado por no imponer una referencia única de familia, sino que deja a los particulares la decisión de adaptar las normas promulgadas en cada situación.

Entre las notables transformaciones sufridas recientemente por el derecho de familia en Chile, de acuerdo con lo expuesto por la ya citada tratadista Yasna Otálora Espinoza en su obra titulada *Daños en el matrimonio: la posibilidad de extender la responsabilidad civil al incumplimiento de los deberes matrimoniales en el derecho chileno* (Otálora, 2020), puede observarse el reconocimiento de un nuevo paradigma matrimonial caracterizado por su progresiva *desjuridificación*, la que se manifiesta tanto en el debilitamiento del matrimonio frente a las relaciones de hecho, como en una paulatina atenuación de la sanción jurídica a las obligaciones

derivadas del matrimonio, entregándose la vigencia de tales deberes, muchas veces, a la valoración moral de los cónyuges. A lo anterior, se suma una disolución del vínculo matrimonial que ya no obedece únicamente a causas predeterminadas por la ley, sino a aquellas que determinen, conjunta o unilateralmente, los cónyuges. (p. 47).

Bajo esta misma línea de pensamiento, el análisis que realiza la tratadista Yasna (Otárola, 2020) en la citada obra, dos son los argumentos que aún se oponen a aceptar la procedencia de la reparación del daño en las relaciones conyugales en el ordenamiento jurídico chileno; por un lado, se encuentra la especialidad del derecho de familia y, por el otro lado, la supuesta inaplicabilidad de las normas generales de responsabilidad civil para los supuestos de incumplimiento de los deberes matrimoniales. (pp. 50 y ss.)

De manera que, el rechazo a la extensión de la responsabilidad civil al ámbito del derecho de familia, está dado por los intereses superiores de la constitución de la familia y de su estabilidad, trascendiendo a las razones puramente jurídicas.

En este sentido, existe una típica confrontación entre normas éticas y jurídicas que se han expresado en interpretaciones de contenido moral que, impiden reclamar por hechos ilícitos cometidos en la familia.

En contraposición a estos argumentos, la misma autora (Otárola, 2020) señala como fundamentos de admisibilidad de la responsabilidad civil los siguientes:

1. Las grandes transformaciones del derecho de familia como determinante de un ámbito de indemnización,
2. La constitucionalización del derecho de familia,
3. La “democratización” de las relaciones de familia,

4. El libre desarrollo de la personalidad y la integridad de los miembros de la familia,
5. La unidad del derecho civil,
6. El principio general de no dañar. (pp. 51 y ss.)

Como puede observarse de lo expuesto, los argumentos que se encuentran en el derecho chileno, para debatir sobre la negación de la indemnización o su configuración como una posibilidad incuestionable en el caso de la transgresión de los deberes matrimoniales, son diversos, en cuanto a sus fuentes, al punto que no solo se circunscriben a tesis de carácter jurídico.

Así, se ha planteado la improcedencia de la responsabilidad en el derecho de familia con base en que, las reglas y principios de la responsabilidad civil se circunscriben al ámbito patrimonial.

De modo que, la responsabilidad civil no resulta aplicable en un derecho en que las relaciones se caracterizan por su contenido extrapatrimonial, y que tiene respuestas propias ante este perjuicio. Ante ello, el ordenamiento jurídico chileno ha incluido, en la noción del derecho de familia, fundamentos tales como, los intereses superiores de la constitución de la familia y de su estabilidad; la inmoralidad de la reparación; que la reparación constituiría una doble sanción; y la ausencia de deberes jurídicos, entre otros.

Sin embargo, al mismo tiempo, y apoyándose en las grandes transformaciones del derecho de familia, se ha llegado a la conclusión que, las numerosas reformas y la consecuente sustitución de los principios han determinado un ámbito de indemnización en este derecho.

En este sentido, la influencia de factores ideológicos tales como: el individualismo liberal y la afectividad sobre el matrimonio y la familia, han llevado a plantear que existe una relación entre la libertad, que prodiga este derecho, y la responsabilidad civil, en el sentido de que esta

última ha pasado a ser la vía por la cual los cónyuges pueden conseguir protección si, con motivo del ejercicio de la primera, se les provoca un daño.

De ahí que, han fundado la procedencia de la indemnización en la constitucionalización del derecho; la integridad de los miembros de la familia, el principio de no dañar y la naturaleza jurídica de las obligaciones matrimoniales, entre otros.

También han explicado la extensión desde el punto de vista punitivo, esto es, como una sanción para el cónyuge autor del ilícito; situación que deja en evidencia que, para este tipo de daño, la distinción entre la sanción y la reparación, no ha sido establecida de forma clara.

En síntesis, en el caso chileno, aún no existe una consolidación definitiva que permita señalar un punto exacto de la aplicabilidad de la responsabilidad civil en derecho de familia, principalmente, por argumentos extrajurídicos y por la tensión que generan en ocasiones el derecho y la moral.

Sin embargo, los avances del derecho de familia, a la par de la transformación de las relaciones interpersonales, han sido definitivos para abrir un buen espacio a la tendencia que apoya positivamente la tesis de la aplicabilidad.

2.2 El Caso Argentino: Los Nuevos Modelos de la Institución del Matrimonio

Con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación a través de la Ley 26.994 de 2014, el derecho de familia argentino optó por eliminar el divorcio por falta imputable al otro, resolviendo de plano, por esta vía, la cuestión acerca de la procedencia de la indemnización de perjuicios en caso de incumplimiento de dicho deber.

En otras palabras, Argentina ha superado el clásico debate acerca de los efectos jurídicos del incumplimiento de los deberes personales que se derivan del vínculo conyugal que en la mayoría de casos están en constante tensión entre lo jurídico y lo moral (verbigracia, el deber de cooperación y fidelidad) y que han generado consecuencias patrimoniales indeseables.

En este orden, según lo expuesto con maestría por la tratadista Susan Turner Saelzer en su artículo titulado como: Infidelidad, culpa, divorcio e indemnización de perjuicios en el derecho matrimonial argentino y chileno. *Revista de Derecho Privado* (35) (Turner, 2018), coexisten obligaciones jurídicas, propiamente dichas, con otras que tienen un contenido exclusivamente moral. Los primeros son los deberes de asistencia y de alimentos, los segundos, corresponden a los deberes de cooperación, cohabitación y fidelidad, que, si bien forman parte del "proyecto de vida en común" acordado por los cónyuges y tienen un alto valor axiológico, no pueden exigirse compulsivamente y su incumplimiento no genera consecuencias jurídicas. (p. 115)

En este sentido, el ordenamiento jurídico argentino, en caso de incumplimiento, ha considerado necesario despojar de efectos jurídicos a aquellas obligaciones de contenido moral y solo otorgar consecuencias jurídicas a las obligaciones de tipo jurídico.

Esta posición permite destacar la importancia del análisis de las causales de divorcio en aquellos ordenamientos jurídicos donde todavía prevalecen causales taxativas en la ley, de manera que ha de determinarse si estas contienen obligaciones de tipo moral o jurídico, para de allí extraer un criterio que permita delimitar de qué manera procede la aplicación del principio de reparación propio de la responsabilidad civil.

Con lo anterior, no se afirma que aquellas causales de índole moral deban estar desprovistas de reparación cuando estén presentes los elementos del daño, sino que, por el contrario, ha de

tenerse en cuenta que el resarcimiento tiene como objetivo la compensación y, bajo este fundamento, las fórmulas de reparación deben ser acordes al daño causado.

Igualmente, tal y como lo advierte el ilustre tratadista colombiano Nicolás Martínez Benavides en su aporte titulado Análisis de la presunción de daño moral que beneficia a ciertas víctimas indirectas en la jurisdicción contenciosa administrativa colombiana, publicado por la Revista Derecho del Estado de la Universidad externado (Martínez, 2018), no se debe olvidar que, la teoría de la responsabilidad civil dentro de la tipología del daño, ha clasificado de manera especial y autónoma al daño moral, entendido este, como el perjuicio que impacta la órbita interna del sujeto, concretamente su esfera emotivo-espiritual. (p. 184).

De manera que, en el caso argentino, es evidente la preocupación del legislador por circunscribir la responsabilidad civil entre los cónyuges, solo al ámbito de incumplimiento de obligaciones jurídicas, olvidándose de las obligaciones morales, que si bien, pueden ocasionar reproche, no tienen sanción jurídica.

En síntesis, según lo expuesto con maestría por la tratadista chilena Susan Turner Saelzer en su obra titulada: Infidelidad, culpa, divorcio e indemnización de perjuicios en el derecho matrimonial argentino y chileno (Turner, 2018), deben distinguirse dos ámbitos en que un cónyuge podría sufrir un daño causado por el otro: el primero, se relaciona con el daño que se le produce a una persona, independientemente de la existencia del matrimonio, y, el segundo, aquel que soporta el cónyuge porque medió una infracción de un deber propio del matrimonio. Mientras en el primero, resulta irrelevante que el autor del daño sea cónyuge de la víctima, en el segundo, este hecho constituye un presupuesto necesario para la ocurrencia del daño. (p. 116).

En efecto, tratándose de un hecho antijurídico que causa daño, el cónyuge victimario deberá resarcir los perjuicios sufridos por el cónyuge víctima, porque el matrimonio no anula ni disminuye

los derechos fundamentales de que es titular cada cónyuge. El matrimonio no es causal de justificación, ni ampara un derecho a dañar. En cambio, el daño sufrido por un cónyuge, en su condición de tal, se produce por el incumplimiento de un deber surgido del vínculo matrimonial mismo.

Como está expuesto, los incumplimientos de las obligaciones de tipo moral que se derivan de la relación matrimonial, si bien, tienen una consecuencia jurídica, en la medida que pueden sustentar fácticamente la solicitud de divorcio, este hecho es irrelevante para solicitar algún tipo de reparación y/o indemnización puesto que, se ha considerado que las infracciones de un deber moral, emanado del matrimonio, y su consecuencia, queda entregada a la esfera privada de los cónyuges.

No obstante, descartada la procedencia del sistema general de responsabilidad civil por incumplimiento de un deber matrimonial, queda abierta, en todo caso, la vía de reclamación por el daño sufrido en cuanto persona, cuya suerte quedará condicionada a la prueba del daño, independientemente de su condición de cónyuge.

Esta nueva visión de la institución del matrimonio, implica evidentemente, una concepción liberal y secular alejada de aquella conservadora y religiosa donde aún imperaban dogmas que tenían como principal objetivo la protección de valores intangibles.

Como lo señala la tratadista Susan Turner Saelzer en su obra titulada *Infidelidad, culpa, divorcio e indemnización de perjuicios en el derecho matrimonial argentino y chileno* (Turner, 2018), el deber de asistencia entre los cónyuges, en el ordenamiento jurídico argentino, es el único deber jurídico que los vincula durante el matrimonio. Mientras que, frente a otros deberes clásicamente exigibles como el deber de fidelidad, si bien conserva su valor moral, carece de consecuencias pecuniarias si se incumple; en este nuevo escenario, el único deber jurídico cuyo

incumplimiento podría satisfacer el requisito de la responsabilidad extracontractual consistente en la antijuridicidad, y, por ende, acarrear el deber de indemnizar los perjuicios causados, sería el deber de asistencia recíproca. (p. 118).

Siguiendo con lo expuesto por la autora chilena (Turner, 2018), lo anterior quiere decir que, el deber jurídico de asistencia entre los cónyuges tiene un contenido tanto moral como patrimonial en su faz personal, se identifica con el apoyo afectivo, la ayuda espiritual, el respeto recíproco, la solidaridad afectiva, los cuidados materiales y espirituales que los cónyuges deben dispensarse recíprocamente. Por otra parte, la faz patrimonial del deber está constituida por los alimentos fundados en la existencia del vínculo matrimonial. (p. 118).

Todo lo anterior permite señalar que, si bien bajo las disposiciones civiles del ordenamiento jurídico argentino es complicado tratar la cuestión de la responsabilidad por los daños derivados del divorcio, aun en ese contexto, la responsabilidad civil es procedente en la medida que se acrediten sus presupuestos axiológicos, porque los daños que se producen en el interior de la familia presentan una mayor relevancia constitucional, dado que el sujeto que los causa tiene una especial obligación de cuidado respecto de la víctima y no una mera obligación genérica de no dañar.

Con todo, es claro que, al margen de la eliminación del divorcio por culpa, este no conllevaría necesariamente a la improcedencia de la acción indemnizatoria, en caso de vulneración de un deber matrimonial, aun cuando este fuere meramente moral. Es decir, la inexistencia de una declaración de culpabilidad del cónyuge infiel en sede de divorcio, no sería inconveniente para perseguir su eventual responsabilidad civil.

En otras palabras, la procedencia de la reparación es aceptable en la medida en que la infracción del deber moral cause daño en el otro cónyuge y exista relación de causalidad adecuada y factor de atribución.

En cuanto al requisito de la antijuridicidad del hecho generador de responsabilidad civil, este se verificaría aun cuando el deber incumplido tenga un carácter moral, pues lo inmoral como marco regulador de la ilicitud, constituye una fuente directa de la obligación de resarcir el daño ocasionado y, en cualquier caso, habría antijuridicidad porque no concurre en favor del cónyuge culpable alguna causa de justificación específica que lo habilite para actuar ocasionando el daño.

En conclusión, con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, el derecho matrimonial argentino se ha decantado por la improcedencia de la indemnización de perjuicios por el mero incumplimiento de deberes morales entre cónyuges.

Es claro que, otorgar el carácter moral a algunas obligaciones que se consideraban propias del vínculo matrimonial y eliminar el divorcio por culpa conllevará indubitablemente a la improcedencia de la acción indemnizatoria; consecuencia lógica producto de la reforma impulsada con la entrada en vigencia del citado Código.

2.3 El Caso Español: Inexistencia de la Inmunidad Familiar respecto al Daño

Como se expuso *in extenso*, a partir de las posiciones adoptadas por el derecho colombiano, argentino y chileno, respecto de la procedencia de la indemnización por daños entre cónyuges, se señaló con suficiencia que uno de los principales obstáculos para su aceptación ha sido el otorgamiento de inmunidad a la noción unitaria de familia.

Dicha inmunidad familiar, entendida como la prerrogativa para dañar amparado en el vínculo familiar, no existe en el derecho español, puesto que, en ningún caso es admisible que exista impunidad para un daño causado entre cónyuges. En este sentido, la tratadista Ana María González Moreira en su artículo de investigación titulado Responsabilidad extracontractual generada entre familiares: algunos supuestos problemáticos, publicado por la Universidad de León - España (González, 2015 – 2016), expuso que, las disposiciones aplicables en responsabilidad civil no están bajo ningún supuesto exceptuadas de su aplicación cuando estos daños sean causados en el ámbito familiar. (pp.14 y ss.)

Es decir, sustantivamente, el hecho que el daño se produzca entre sujetos pertenecientes a una familia, no es impedimento para la aplicación de las normas comunes relativas a la responsabilidad civil.

Ahora bien, respecto al incumplimiento de los deberes conyugales que se deriva de la celebración del matrimonio, estas siguen siendo fundamentos suficientes para la solicitud de separación o divorcio, sin embargo, los deberes conyugales no constituyen obligaciones jurídicas, en el derecho español, sino que su naturaleza corresponde a deberes ético-morales cuyo incumplimiento se encuentra sometido al ámbito privado de la pareja; no siendo posible, además, su cumplimiento forzoso.

De este modo, los deberes conyugales tienen un carácter meramente simbólico que no fundamentarían per se un daño. A pesar de esto, la calificación de los mismos como deberes ético-morales no hace que estos carezcan de juridicidad, ya que, si se causa un daño puede resultar de aplicación el principio general de que *quien causa un daño debe pagar*.

En el derecho español, como sucede en el derecho chileno y argentino, el divorcio se caracteriza por estar regidos por la voluntad de las partes y no necesariamente debe existir una causal para la iniciación del proceso.

Este carácter liberal del proceso de divorcio ha puesto de manifiesto la necesidad de reevaluar la naturaleza de los deberes, en la medida que, siendo preceptos de contenido moral, no se puede solicitar su cumplimiento forzoso, ni una indemnización por incumplimiento, sino quien se ve perjudicado por ello tiene como única solución la acción judicial para solicitar el divorcio.

En este punto, es menester precisar que del incumplimiento a los deberes conyugales no siempre se desprende la existencia de un daño como regla general, puesto que, tras la proscripción de los regímenes de responsabilidad objetivo en el derecho civil, todo daño para ser reparado debe ser probado mediante los medios judicialmente aceptados y bajo las normas procesales vigentes.

Esto quiere decir que, solo cuando exista prueba que el incumplimiento da lugar a daños morales o materiales, el derecho español señala la necesidad de la aplicación de los principios generales del derecho de la responsabilidad civil, sin atención que el sujeto activo-pasivo del daño tenga una relación conyugal de por medio.

No obstante, como sucede en la mayoría de ordenamientos jurídicos, el derecho español tampoco cuenta con una norma expresa que regule en conjunto la solicitud de declaración del divorcio y la concurrencia de los hechos que dan lugar a un eventual daño, de modo que, el debate que aún se mantiene, no se debería centrar en saber y/o determinar si es procedente la estructuración de un daño entre cónyuges, conflicto que se ha decantado y consolidado positivamente, sino en evaluar hasta qué punto son los cónyuges merecedores de indemnización por la vía del derecho de daños al no existir preceptos concretos que resuelvan sobre los mismos.

2.4 El Caso Francés: La Dualidad en el Origen del Daño

Como lo señala con maestría el doctrinante Mauricio Tapia en su aporte titulado Responsabilidad civil entre cónyuges en el derecho francés contemporáneo publicado en la Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Tapia, 2017), en materia de daños entre cónyuges en el derecho francés han coexistido durante décadas dos estatutos. Por una parte, se encuentra el que proviene del régimen general del derecho común, relativo a la responsabilidad extracontractual por culpa, en los siguientes términos:

(...) todos los daños entre cónyuges provocados por los hechos que dan lugar al divorcio, en particular, cuando se vulneran otros bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento, distintos a la mera infracción de deberes conyugales, como la integridad física o psíquica y la honra. (pp. 52 y ss.)

Y, por otra parte, *un régimen especial*, así:

(...) el relativo a los perjuicios de una particular gravedad que provoca la disolución del matrimonio en sí mismo, y que prescinde de la culpa. (pp. 52 y ss.)

En otras palabras, el primer régimen repara los daños causados por los hechos que dan lugar al divorcio, en cambio, el segundo, permite indemnizar ciertos perjuicios particularmente graves que provoca la disolución del vínculo conyugal.

Por un lado, el *estatuto general* indemniza los daños provenientes de sucesos graves ocurridos durante el matrimonio y que justifican el divorcio por culpa, tales como el adulterio o la

violencia entre cónyuges. La indemnización solo es procedente cuando el matrimonio se disuelve por divorcio por culpa exclusiva de un cónyuge y esta pretensión debe acumularse con el divorcio en la misma oportunidad procesal.

Al estar fundada en la culpa de uno de los cónyuges, este régimen general exige que esta sea probada, lo que implica, según el doctrinante Mauricio Tapia en la obra citada en el primer párrafo de la página anterior (Tapia, 2017), en muchos casos invasión de la intimidad familiar conllevando a que las condenas sean excepcionales y que los montos otorgados sean exiguos. (p. 53).

Por otra parte, a partir del estatuto especial, no resulta en principio necesario acreditar la culpa, sino que, por el contrario, solo debe probarse que los hechos del cónyuge tienen una relación de causalidad con la disolución del vínculo conyugal como consecuencia de una particular gravedad.

En síntesis, el ya citado autor Mauricio Tapia (Tapia, 2017) expone que, además, de las asimetrías entre los regímenes (uno fundado en la culpa calificada, otro en los perjuicios particularmente graves, sin culpa), lo cierto es que la práctica francesa muestra una aplicación errática que se explica en parte porque es difícil discernir de dónde provienen los daños. (p. 71).

De manera que, el debate que se ha suscitado en el derecho francés estriba en considerar la necesidad de mantener un régimen especial de responsabilidad entre cónyuges o solo optar por mantener un régimen general, que en todo caso puede suplir la necesidad de permitir al cónyuge que ha sufrido un daño durante el vínculo conyugal, solicitar reparación.

Como se ha visto en el derecho comparado, las posiciones aún son dispares, pero mantienen en común la necesidad de considerar una noción secular y laica del matrimonio que permita

despojar de consideraciones morales, todos aquellos preceptos que fundados en la religión obligaban de antaño el cumplimiento de dogmas so pena de sanción jurídica.

Para concluir con el tema de investigación, se analizarán a partir de las causales taxativas en el ordenamiento jurídico colombiano, cuál es su potencialidad de generar un daño y además que contenido (moral o jurídico) engloba y de allí extraer la respuesta al problema jurídico planteado.

Capítulo III: El Proceso de Divorcio y la Eventualidad del Resarcimiento

3.1 El Matrimonio y las Causales de Divorcio del Artículo 154 del CCC como Fuente Potencial del Daño

De acuerdo a los elementos que definen el matrimonio, según el artículo 113 del CCC, este es un contrato solemne cuyo objeto es la procreación y el auxilio mutuo. Sin duda, este último elemento es crucial dentro del debate que se ha planteado en vista que, el matrimonio se configura en términos utilitaristas como una forma de disponer el patrimonio de los cónyuges para el apoyo y colaboración recíproco.

En este orden, el matrimonio presupone el aumento o, al menos, el mantenimiento de los activos que componen el patrimonio de cada uno de los cónyuges de una manera distinta a la que se desarrollaría individualmente, considerados a través de la configuración de una sociedad conyugal cuya vigencia asegura a su vez el deber de auxilio mutuo entre los cónyuges.

Visto en estos términos, resulta que la aplicación general del derecho de daños al matrimonio responde de manera general a los mismos presupuestos que le preceden a cualquier otro tipo de sociedad.

No obstante, del matrimonio se desprenden obligaciones especiales y conductas proscritas que están consignadas en el artículo 154 del CCC y cuya observancia son señaladas como causales de divorcio.

Dentro de ellas se destacan a su vez las que a continuación se citan, dado que, por su naturaleza, se considera que se puede derivar algún tipo de daño no solo material o patrimonial, sino también inmaterial en la esfera psicológica del cónyuge inocente.

1. Las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges, salvo que el demandante las haya consentido facilitando o perdonando.
2. El grave e injustificado incumplimiento por parte de alguno de los cónyuges de los deberes que la ley les impone como tales y como padres.
3. Los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra.
4. La embriaguez habitual de uno de los cónyuges.
5. El uso habitual de sustancias alucinógenas o estupefacientes, salvo prescripción médica. (...)
7. Toda conducta de uno de los cónyuges tendientes a corromper o pervertir al otro, a un descendiente, o a personas que estén a su cuidado y convivan bajo el mismo techo.

Igualmente, el artículo 176 del CCC establece, de manera general, la obligación entre los cónyuges de *guardarse fe, a socorrerse y ayudarse mutuamente*, en todas las circunstancias de la vida.

Ahora bien, como se debatió *in extenso* en el primer capítulo, el derecho de familia como especialidad que se encarga de regular de manera general las relaciones que se derivan de la filiación, en principio no cuenta con ninguna disposición que permita la aplicación del derecho de la responsabilidad civil cuando el incumplimiento de los deberes que se desprenden del matrimonio genera un daño y solo recientemente se ha empezado a considerar una posibilidad a partir de la posición jurisprudencial.

No obstante, el derecho de daños ha conservado una posición central en este debate, considerándose aplicable tras la progresiva transformación de la noción de familia, la institución del matrimonio y los regímenes de responsabilidad.

En este orden de ideas, el derecho de daños, lejos de ser novedoso por sus antecedentes históricos y su utilización de vieja data en el derecho comparado, es una alternativa que solo tímidamente empieza a considerarse en Colombia; sin embargo, sus postulados generales presentan una estructura consolidada respecto de sus factores más contundentes como lo son: los elementos constitutivos del daño o las condiciones de existencia del perjuicio, las características del daño resarcible, los regímenes de imputación y las tipologías del daño, siendo este último elemento el más dinámico en cuanto que, desde el punto de desarrollo doctrinal y jurisprudencial, es el que ha presentado mayores transformaciones en los últimos años a partir del auge de nuevas tipologías del daño más allá de las tradicionalmente aceptadas.

No obstante, como antecede a la lógica de la reflexión anterior, el derecho de daños está sustentado bajo la definición de conceptos estáticos que no por ello dejan de ser importantes. Es por esto que a pesar del análisis que se propone es conveniente hacer unas breves reflexiones sobre el elemento central de toda esta disciplina: el daño, para de allí, extraer las consideraciones pertinentes sobre su existencia a partir de la ocurrencia de las causales que dan origen al divorcio en el ordenamiento jurídico colombiano.

3.2 El daño como Elemento Central de la Responsabilidad Civil y Presupuestos de su Existencia en la Convivencia Matrimonial

Fuera de las discusiones doctrinarias y los diversos conceptos que se encuentran a nivel jurisprudencial, el daño es aquel elemento cuya existencia justifica o no el deber de reparación; es por esta razón que, se resalta lo expuesto por el maestro Fernando Hinestrosa, en su obra titulada Derecho de las Obligaciones, de la Universidad Externado de Colombia (Hinestrosa, 2017), en los siguientes términos:

En toda valoración de responsabilidad bajo cualquier régimen de imputación lo primero que debe determinarse es si la conducta que se presume dañosa es susceptible de indemnización, esto es que sea, antijurídico, personal y cierto. (p. 7).

Claramente, en estos términos está sustentado que todo daño debidamente probado en juicio impone el deber de reparación a quien lo ha causado; sin embargo, el razonamiento lógico de este silogismo no es necesariamente verdadero en todos los casos, en tanto que existen dos argumentos por los cuales, aun existiendo daño, este no debe ser reparado tal y como lo expone el profesor Juan Carlos Henao en su obra titulada El Daño: Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés, de la Universidad Externado de Colombia (Henao, 2007), en los siguientes términos:

Primero, cuando no se logra demostrar el nexo de causalidad del daño con el demandado a través de la demostración de una de las causales eximentes de la responsabilidad y segundo, cuando aun siendo el daño, cierto, personal e imputable, el sujeto activo de la conducta no tiene el deber de repararlo por no ser antijurídico. (p. 38).

Igualmente, es relevante como reflexión previa, afirmar que el daño para ser reparado debe ser plenamente probado. En este punto, clásicamente se ha debatido en la doctrina sobre si la responsabilidad derivada de una conducta estructuradora de daño por incumplimiento contractual o un hecho ilícito estriba entre la plena prueba de la culpa o si por el contrario, esta solo debe presumirse para establecer un juicio de responsabilidad condenatorio.

La primera tesis se fundamenta principalmente en un argumento práctico y es que todo aquel que pretenda beneficiarse del categórico hipotético de una norma de orden jurídico debe, por lo tanto, probar su acaecimiento, por lo cual resultaría desde el punto de vista jurídico desproporcional que se presumiera la responsabilidad cuando se parte de la premisa que la víctima, está en todo caso, en la mejor posición para probar el daño.

No obstante, a pesar de la claridad que presenta este planteamiento, hace varios años se vienen estableciendo argumentos que permiten dilucidar el auge de la posición de presunción de la responsabilidad sin que tampoco pueda fundamentarse como una posición radical.

El principal argumento que ha permitido el ingreso de este tipo de tesis está guiado por la necesidad de herramientas jurídicas que presentan los demandantes para probar la culpa. Es sensato, al menos de entrada, que es más sencillo para una persona probar mediante indicios que se puede presumir la responsabilidad, que establecer en el mismo juicio las pruebas irreprochables del mismo cuando en ocasiones se requiere de una alta especialidad técnica.

Al margen de lo anterior, no queda duda que de una u otra forma el daño debe estar plenamente probado puesto que no sería viable, desde ningún punto de vista, que la simple enunciación del mismo fuese suficiente para desmejorar las condiciones de otro sujeto que está en el deber de reparar.

Finalmente, como lo enuncia el profesor Juan Carlos Henao en su obra titulada *El Daño: Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, de la Universidad Externado de Colombia (Henao, 2007), el daño debe ser indemnizado plenamente, esto es, debe ser proporcional al menoscabo sufrido al punto de permitir a la víctima volver a las condiciones previas al acaecimiento del daño o al menos en la situación más próxima. (p. 45).

Siguiendo esta línea argumentativa, se presentará un escenario conflictivo en donde se enfrenta, por un lado, el principio de reparación integral y su implicación de indemnización plena, y por otro, la presunta extralimitación construida por la doctrina y jurisprudencia para clasificar los conceptos bajo los cuales se debe reparar generando en ocasiones posibles abusos en derecho.

De este modo, se busca dilucidar cómo las nuevas dinámicas del derecho en general han implicado que las clásicas tipologías del daño resulten deficientes en la actualidad para la satisfacción del principio de reparación. Estas nuevas tipologías del daño han permitido a su vez la procedencia de reparación sobre aspectos presentes en la relación nupcial que hace unos años era completamente inexistente.

Establecido lo anterior, se estudiará, en primer lugar, la clasificación clásica de las tipologías del daño conforme al estudio base, más adelante se harán las consideraciones pertinentes respecto de los perjuicios materiales e inmateriales, y con ello, finalmente abordar la hipótesis a partir de la cual se planteó el presente análisis.

3.3 Las Tipologías del Daño

De acuerdo a la acepción expuesta por el profesor Juan Carlos Henao en su obra titulada *El Daño: Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés* (Henao, 2007), se tiene que, con base a la categorización clásica de las tipologías del daño, tradicionalmente debe entenderse este concepto como la clasificación racional de los diversos rubros del perjuicio reconocidos por la jurisprudencia, que permite conocer las diferentes expresiones de la realidad del mismo. (p. 191).

Quiere decir lo anterior que, esta clasificación lo que pretende es abarcar los conceptos bajo los cuales se entienden afectados los derechos subjetivos de las víctimas y los factores que la componen con la pretensión de equiparar dichos rubros como los equivalentes al daño.

Sin duda, estos conceptos están ligados directamente a la naturaleza económica o no del daño, partiendo de una concepción restringida de patrimonio entendida como el atributo de la personalidad que abarca todos aquellos derechos susceptibles de cuantificación.

Sin embargo, como acertadamente lo anota el profesor Juan Carlos (Henao, 2007) en la obra citada en párrafos anteriores, no existe una justificación teleológica para dividir las tipologías del daño en patrimoniales o materiales y morales o extrapatrimoniales como clásicamente lo ha hecho la jurisprudencia en la medida que, un concepto amplio de patrimonio permite concluir que todos los derechos están circunscritos dentro del atributo de la personalidad citado, según la concepción más restringida. (p. 192).

Esta idea es una conclusión lógica del axioma bajo el cual se sustentan los procesos de responsabilidad de cualquier naturaleza y del derecho de daños en general, y es que la finalidad de la reparación parte del presupuesto de la aminoración del patrimonio, el cual debe ser restablecido a través de la compensación económica.

Además de lo anterior, también es importante el énfasis que se realiza en el carácter eminentemente económico de la reparación, toda vez que es el principal -por no decir que el único y preponderante- por el cual se ha relegado otras formas de reparación simbólicas o no económicas a un plano secundario e inexistente.

Así las cosas, tradicionalmente la tipología del daño se ha dividido en dos: los perjuicios materiales que a su vez se clasifican en daño emergente y lucro cesante, y los perjuicios inmateriales, que a su vez se subdividen en daño moral y perjuicio fisiológico, con lo cual se han mantenido casi que incólume estas dos clasificaciones con sus respectivos factores constitutivos.

No obstante, como se planteó, dentro de esta clasificación clásica han surgido nuevos conceptos que aún se encuentran en desarrollo y que conceptualmente no presentan bastante claridad metodológica como se verá más adelante, y que retan a la necesidad de revisar si las tradicionales definiciones utilizadas para entender la reparación en realidad comprenden de manera adecuada la fenomenología del daño puesto que, de la valoración de dicho tópico depende la vigencia de los mecanismos para la calificación y cuantificación de la reparación.

3.3.1 Perjuicios Materiales.

Tal como se enunció anteriormente, los perjuicios materiales se subdividen en dos grandes clases denominadas lucro cesante o ganancia frustrada y daño emergente o pérdida sufrida.

Como se observa, dicha clasificación está directamente relacionada con el carácter económico de la reparación y encuentra en el ordenamiento jurídico colombiano su sustento normativo en los artículos 1613 y 1614 del CCC.

Como lo anota el profesor Juan Carlos Henao en su obra titulada *El Daño: Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés* (Henao, 2007), esta clasificación tiene distinta connotación según el ordenamiento jurídico bajo el cual se estudie, en la medida que se han adoptado dos visiones: una en el que la reparación cuantitativa está definida bajo un criterio totalizador en donde no se discriminan dichos conceptos u otro, donde están claramente diferenciados los valores bajo los cuales se declara la indemnización por lo cual dependerá de una u otra postura la practicidad de dichas definiciones. (p. 197).

Lo cierto es que, los perjuicios materiales están circunscritos de manera definitiva a una visión económica de la reparación, en tanto que los conceptos que la componen tienen una finalidad axiológica definida como lo es la compensación al patrimonio derivado del daño.

Sin embargo, acoger dicha característica como distintiva de estas dos grandes clasificaciones es desconocer que el derecho de daños en su evolución ha estimado conveniente que la reparación de tipo económico también proceda respecto del daño moral circunscrito como categoría en el perjuicio inmaterial en la medida que, se han elaborado incluso fórmulas matemáticas de alta especialización que pretenden cuantificar el perjuicio generado al ámbito espiritual de la víctima que por ser un atributo inmaterial, está fuera del comercio y no es cuantificable en dinero, pero que para efectos de reparación sí tendría cierto valor económico dadas las especiales circunstancias.

En esta orden de ideas, como lo cita Juan Carlos Henao en su obra *El El Daño: Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés* (Henao, 2007) a partir de lo expuesto por el profesor Javier Tamayo Jaramillo en su obra titulada *De la responsabilidad civil* (Tamayo, 1986), dicha clasificación es más un ejercicio académico que

permite deslindar factores de reparación, pero que no tienen un contenido teórico realmente fuerte para justificar, desde el punto de vista fenomenológico, su veracidad, más cuando el factor de definición sobre la sub-clasificación esté guiado por el lugar en donde se encontraban los bienes – cosas o dinero – al momento de la perfección del daño. (Henaó, 2007, p. 197, como se citó en Tamayo, 1986, p. 117).

Bajo esta línea de pensamiento hay daño emergente cuando un bien económico salió o saldrá del patrimonio de la víctima; por el contrario, hay lucro cesante cuando un bien económico que debía ingresar en el curso normal de los acontecimientos, no ingresó ni ingresará en el patrimonio de la víctima.

De esta forma, queda plenamente claro que los perjuicios materiales tienen una clara connotación patrimonial de los llamados bienes tangibles, toda vez que lo que determina el rubro de reparación por estos conceptos está dado, no solo por lo perdido de manera directa con la conducta, sino también con lo dejado de percibir.

3.3.2 Perjuicios Inmateriales.

Como ya se mencionó, el factor de división de las clases de reparación está dado por la doctrina por el carácter cuantificable en dinero o no del daño. De este criterio que se sostiene en la obra analizada, vale la pena precisar que es un elemento con una carga filosófica muchísimo más elaborada y que no siempre ha sido reconocida de manera pacífica por la doctrina como sí ocurre con los perjuicios materiales.

Si se parte de la premisa que la reparación lo que busca es retrotraer al tiempo actual las condiciones que gozaba la víctima previa a la ejecución del daño, tradicionalmente dicha

definición tendría un alcance limitado toda vez que se referiría solo respecto de los aspectos que materialmente han sido afectados.

Si bien, ya se presenta como fácticamente compleja la situación de cuantificar los daños sufridos por bienes susceptibles de transacción dineraria, ahora es mucho más elaborado pretender que un valor económico pueda ser el equivalente que logre la finalidad de la reparación.

No obstante, se presentan dos argumentos de indudable importancia para considerar como ajustado a derecho la reparación de los perjuicios inmateriales como lo sostiene el ilustre tratadista Juan Carlos (Henaó, 2007) en su obra tantas veces citada, *El Daño*:

El primero es que la finalidad de la reparación debe entenderse en relación a la compensación y no a la restitución, con lo cual se puede entender fácticamente porque no es posible entenderse la indemnización económica como cuantificación de lo espiritual y segundo que el Derecho entendido como un conjunto de normas de regulación para la protección de los intereses generales no solo defiende aquellos derechos tangibles como el patrimonio económico sino también aquellos de carácter intangible como el buen nombre o la honra. (p. 232)

Establecido lo anterior, cabe resaltar que el perjuicio inmaterial no solo se circunscribe al perjuicio moral, en la medida que entre ellos existe una relación de género-especie, por lo cual no es técnicamente admisible limitar el perjuicio inmaterial a este rubro.

Como se anunció desde el principio, el perjuicio inmaterial tiene matices claramente marcados que hacen que su reconocimiento requiera de una contundencia aun mayor que la exigida

para los perjuicios materiales, toda vez que, el principal escollo de la declaración del deber de reparar aquellos bienes inmateriales es precisar el concepto bajo el cual se repara.

Con esta determinación se entiende como elementos del perjuicio inmaterial, el perjuicio moral, definido a partir de todos aquellos sentimientos de congoja, tristeza o dolor que padece necesariamente la persona natural a raíz del daño. Si bien esta concepción es la que clásicamente se ha aceptado, según lo expone el profesor Juan Carlos Henao en su obra *El Daño: Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés* (Henao, 2007), en la materia, un tema de amplio debate sobre el componente del perjuicio moral ha hecho revalidar dicho sustento. (pp. 248 y ss.)

Finalmente, el ilustre tratadista Juan Carlos Henao en su obra citada (Henao, 2007), clasifica entre los perjuicios inmateriales el llamado perjuicio fisiológico o daño a la vida de relación entendido como la reparación que se deriva de la imposibilidad de realización personal de la víctima a través de la ejecución de actividades, que si bien no son de carácter eminentemente económico o materiales, son necesarios para el desarrollo psicológico de la persona, con lo cual se concluye de manera formal la clasificación de las tipologías el daño. (p. 264).

A continuación, se analizan de manera somera las tres causales que se han considerado eventualmente más lesivas y potencialmente generadoras del daño y que, de acuerdo al estudio en derecho comparado, presentan mayores solicitudes de reparación y con ello, de allí extraer ciertas consideraciones que den partida a futuros debates sobre las causales en específico.

3.4 Las Causales de Divorcio a la Luz de las Tipologías del Daño

3.4.1 Relaciones Sexuales Extramatrimoniales de uno de los Cónyuges.

En su texto original, el numeral 1° del artículo 154 del CCC establecía como excepción a la regla de la fidelidad, el consentimiento o perdón de la conducta que estructura esta primera causal, esto es, las relaciones sexuales extramatrimoniales.

No obstante, este apartado fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional a través de la Sentencia de Control de Constitucionalidad número 660 de 2000 argumentando que:

(...) al atribuirle al perdón o al consentimiento que haya prestado uno de los miembros de la pareja a las relaciones sexuales extramatrimoniales del otro, un efecto como el que asigna la norma demandada, el legislador se está inmiscuyendo en el fuero íntimo de los cónyuges, en el devenir de sus emociones y sus afectos, en su esfuerzo por adecuarse en un momento dado a las conductas de su pareja. De esa manera atribuye a estas emociones, afectos y esfuerzos propios de una relación esencialmente mutante y vital unos efectos definitivos e ignora que estas formas de aceptación y justificación de conductas ofensivas que en muchos casos pueden ser admitidas por el ofendido sin que él tenga real conciencia del daño que ha sufrido. Consciencia que puede cobrar fuerza con el paso de los años y transformar en intolerable lo que en otro momento se consideró aceptable o justificable. Se contraría, pues, el artículo 15 del ordenamiento superior, que dispone que “todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar”, la cual es deber del Estado respetar y hacer respetar. (Corte Constitucional, C-660, 2000).

En este pronunciamiento judicial, la Corte Constitucional, como es claro, adoptó una posición conservadora respecto al deber de fidelidad que se sugiere que debe existir en el vínculo

conyugal al prohibir que el facilitamiento en la ejecución de la conducta o el perdón del mismo, sirviere como excepción para invocar esta causal de divorcio.

Evidentemente, el contexto utilizado para la interpretación de la norma, sobreentendió su finalidad y dio prelación a la unidad familiar una vez más, desconociendo la disposición que tienen las personas en su ámbito afectivo sobre sus decisiones y desarrollo personal.

No obstante lo anterior, vale la pena aclarar, tal y como lo expone la tratadista María Cristina Escudero Alzáte en su obra titulada Procedimiento de Familia y del Menor (Escudero 2020), si bien el numeral 1 del artículo 154 del CCC hace referencia a las *relaciones extramatrimoniales*, para que se declare esta causal de divorcio, no es necesario incurrir en más de una relación extramatrimonial, basta con la existencia de una de estas, por parte de uno de los cónyuges, para que se acceda a esta causal de divorcio. (p. 350).

A partir de estas posiciones, es aludible que, eventualmente la infidelidad además de causal del divorcio, también es una potencial fuente del daño moral. Al menos en el derecho colombiano a partir de las reglas del divorcio causado, la posición que se mantiene es que los deberes conyugales, y en particular el deber de fidelidad, constituyen una obligación legal jurídicamente exigible, pues son integrantes del núcleo mismo de la causa matrimonial, y si bien no revisten un carácter esencialmente patrimonial, sino más bien un marcado carácter ético, puede su incumplimiento, atendiendo las circunstancias, derivar en una pretensión indemnizatoria por parte del cónyuge afectado.

3.4.2 El Grave e Injustificado Incumplimiento de los Deberes Conyugales y Como Padres.

El planteamiento general, en torno a la indemnización de perjuicios extrapatrimoniales, por incumplimiento de deberes en el matrimonio, es que, aun generándose daño moral, la indemnización en principio no se torna procedente. Sin perjuicio de lo anterior, como se ha estudiado, esta es solo una regla general, toda vez que, siempre que se violenten derechos fundamentales y se logró probar dicha vulneración, naturalmente procederá la indemnización de perjuicios.

Conforme a los argumentos que ya se han dado como precedente, un ilícito civil agravado e injustificado puede dar lugar a la indemnización de perjuicios, pero la justificación estatutaria de la responsabilidad no está en el derecho de familia, sino en el régimen de responsabilidad civil general.

Por ello también se debe concluir que, a pesar que el reconocer una acción de reparación por incumplimiento de deberes en el matrimonio es sumamente invasiva del Estado de Derecho porque se debe tomar consciencia en que lo que se está cediendo a nuestros jueces es la calificación jurídica de nuestra moralidad, esta cesión se hace indispensable en un Estado de Derecho moderno, respetuoso de los derechos fundamentales.

3.4.3 Los Ultrajes, el Trato Cruel y los Maltratamientos de Obra.

La causal de divorcio mencionada, pese a que se comprende de tres comportamientos distintos que se pueden demandar en el proceso de divorcio, esto es, los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra, basta con demostrar al menos una de las conductas mencionadas para la procedencia de la pretensión del divorcio.

Ahora bien, como se expuso en el apartado correspondiente, hasta el momento esta es la única causal de divorcio que ha sido considerada como fuente de daño en el ordenamiento jurídico colombiano. La tratadista Natalia Rueda en su obra titulada *La Responsabilidad Civil en el Ejercicio de la Parentalidad: un estudio comparado entre Italia y Colombia* (Rueda, 2020) al respecto, ha señalado que:

Se debe concluir entonces que la responsabilidad civil se configura como instrumento de tutela idóneo, por lo que corresponde examinar la configuración de los elementos estructurantes de la responsabilidad civil, esto es: el daño indemnizable, el título de imputación y el nexo de causalidad. Para ello, se propone la aplicación de las reglas generales y no la elaboración de una nueva y especializada teoría en materia de daños intrafamiliares por violencia y abuso, se cree que basta interpretar las normas aplicables existentes para identificar la configuración de los elementos estructurantes de la responsabilidad. (p. 212).

Por lo tanto, lo primero a tener en cuenta es que la violencia intrafamiliar representa una conducta lesiva per se, que puede producir distintos tipos de daños y, así, requiere respuestas que tiendan a la reparación de la víctima.

Conclusión compatible con la legislación colombiana, según la cual, las distintas formas de violencia se concretan en un daño para la víctima, y se puede proyectar en distintas esferas de la intimidad de la persona, de allí que la ley incluya una descripción de los distintos tipos de daño que puede producir la violencia como anteriormente fueron descritos; sin embargo, en cada juicio en particular habrá que probarse, a través de los medios conducentes y pertinentes, el daño.

3.4.4 La Embriaguez Habitual de Uno de los Cónyuges.

La titulada causal de divorcio, apareció por primera vez en el ordenamiento jurídico con la expedición de la Ley 84 de 1873 y se estableció en los siguientes términos: “la embriaguez habitual de uno de los cónyuges”, al entrar en vigencia la Ley 25 de 1992, esta causal de divorcio no sufrió modificación alguna.

Por su parte, según lo expresado por el tratadista Hernán Larraín Ríos en su obra titulada Divorcio (Larraín, 1966), por embriaguez habitual se entiende que es “Aquella que padece una persona dada a la ebriedad o al uso excesivo de bebidas intoxicantes que ha perdido el poder o la voluntad, dejándose llevar en forma incontrolada, de su apetito por aquéllas”. (p. 247).

Con la inclusión de esta causal por parte del legislador, tal y como lo expone la tratadista María Cristina Escudero Alzáte en su obra titulada Procedimiento de Familia y del Menor (Escudero, 2020), se pretende que el cónyuge inocente quede libre de cualquier perturbación que le produce el otro con la embriaguez, siempre y cuando esta última sea habitual y repetitiva. (p. 375).

Con fundamento en los argumentos que hasta ahora se han tratado, el comportamiento injustificado de uno de los cónyuges, proveniente de su embriaguez habitual y reiterativa, y que afecte al cónyuge inocente, puede dar lugar a la indemnización de perjuicios inmateriales en la modalidad de daño moral, siempre y cuando se acrediten los elementos de la responsabilidad civil, pero este razonamiento no se encuentra taxativamente establecido en las normas vigentes en el derecho de familia o en los pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia en

la Sala Civil, sino que el mismo encuentra su fundamento en la aplicabilidad del régimen general de la responsabilidad civil en el derecho privado, en especial en el derecho de familia.

Finalmente, pese a que, en principio procedería la declaratoria de la responsabilidad civil derivada de la mencionada causal de divorcio, no puede perderse de vista que tal declaración depende en gran parte del acervo probatorio con el que el cónyuge inocente acredite la embriaguez habitual y continua del cónyuge culpable.

3.4.5 El Uso Habitual de Sustancias Alucinógenas o Estupefacientes, Salvo Prescripción Médica.

Esta causal hace alusión a las personas que consumen sustancias alucinógenas o estupefacientes en forma periódica o repetitiva a tal punto que les resulta imposible, físicamente hablando, sustraerse o abstenerse del consumo de cualquier alucinógeno o estupefaciente.

Dicha habitualidad tiene incidencia en el cónyuge drogadicto puesto que, como lo expone con maestría Roberto Suárez Franco en su obra Derecho de Familia (Suárez, 1990), su personalidad se transmuta hasta el punto que, con el simple mal comportamiento, ofende o causa un daño al cónyuge inocente. (pp. 202 y ss.).

En este orden, no estaría demás resaltar que, el consumo habitual de sustancias alucinógenas por prescripción médica no se puede alegar como causal en el proceso de divorcio habida cuenta que tal situación se encuentra establecida como una excepción.

Emerge de lo anterior que, la citada causal, además de servir de base en el ordenamiento jurídico colombiano para la declaratoria del divorcio, podría ser considerada fuente potencial de responsabilidad civil en el derecho de familia, puesto que el cónyuge drogadicto puede llegar a ser

una persona que atente contra el cónyuge inocente, al punto que podría causar lesiones físicas o mentales al cónyuge inocente, sin embargo, en cada juicio en particular habrá que probarse, a través de los medios conducentes, cada uno de los elementos de la responsabilidad civil, en especial, que el daño causado al cónyuge inocente derive del uso habitual de sustancias alucinógenas (drogadicción) .

3.4.6 Toda Conducta de uno de los Cónyuges Tendientes a Corromper o Pervertir al Otro.

De antaño se resalta que, dicha causal no fue consagrada en el Código Civil de 1873, tan solo apareció por primera vez con la expedición de la Ley 1ª de 1976 en el artículo 6 del numeral 7 y ratificada por la Ley 25 de 1992 en su artículo 6, numeral 7.

El legislador en esta causal dejó abierta la posibilidad para que la simple tentativa de una conducta sea suficiente para declarar la procedencia de esta causal. Así se refiere el doctor Suárez Franco en su obra *El Derecho de Familia* (Suárez, 1990) sobre esta causal:

En primer lugar, es preciso que se trate de actos deliberados y conscientes del cónyuge infractor, con los cuales pretenda la corrupción del ofendido; éste debe ser persona que no se halle bajo estado de perversión, por cuanto no se configuraría el acto doloso, y, en caso de que el cónyuge que se considera ofendido intentase la acción, podrá el otro excepcionar dentro del juicio, demostrando la depravación de la víctima. (pp. 384 y ss.)

Queda claro que la referida causal gira entorno a la conducta directa tendiente a corromper al cónyuge. Probatoriamente hablando, la mentada causal de divorcio no es fácil de acreditar dentro del proceso judicial puesto que se deberá probar que los actos del cónyuge infractor se encontraban dirigidos a corromper la víctima, situación que dependerá en la mayoría de los casos del razonamiento subjetivo que adopte el juzgador en cada caso.

Emerge de lo anterior que, la conducta pervertidora del cónyuge culpable al cónyuge inocente y que se logre demostrar a través de medios probatorios conducentes, puede causarle al cónyuge inocente un daño moral que constituiría una obligación legal de reparación o indemnización exigible al cónyuge culpable. Conclusión compatible con la legislación colombiana, según lo expuesto en líneas anteriores.

Conclusiones

Como se observó en el análisis correspondiente a las consideraciones, sobre el tema debe advertirse en síntesis que, la finalidad más que ilustrativa del tema tiene una repercusión práctica por dos argumentos. El primero, es que, en la indemnización, tanto de los perjuicios materiales o inmateriales, tienen como objetivo la reparación económica en un sentido compensatorio mas no de restitución, puesto que es fácticamente imposible devolver al estado normal de condiciones a la víctima a través de cualquier tipo de resarcimiento.

Esto quiere decir que, ante la imposibilidad práctica de tal finalidad la respuesta que ha dado el derecho es retribuir económicamente a la víctima para reconstruir en alguna manera todas aquellas pérdidas cuantificables sufridas directamente al patrimonio.

Esta visión distingue claramente que el derecho de daños ha mimetizado sus soluciones a las posibilidades prácticas y que esta evolución está enmarcada por la postura, según la cual todo daño siempre implica un empobrecimiento en términos económicos, donde es notoria la carga filosófica que contiene y las limitaciones a las que ha estado sometido como si necesariamente debiera preferirse, en todo caso, la compensación patrimonial antes que cualquier otra indemnización.

Igualmente, señalar el carácter equivalente de la reparación con el daño suele ser ilusorio, esta vez de nuevo por implicaciones de carácter fáctico. Aun cuando se ha dejado plenamente sentado que el resarcimiento corresponde directamente a la gradualidad del daño, no existe certeza aun en el juicio de responsabilidad más simple si es realmente justo la forma en como el sistema obliga al culpable a resarcir.

Con ello se puede concluir preliminarmente que el concepto de reparación no puede ser tan restringido al punto de intentar equipararse con una simple transacción económica de manos del causante de la conducta dañosa, ni tan amplia para aceptar que con ella se borrarán todas las consecuencias del daño, sobre todo cuando ha existido una relación afectiva con el generador del daño.

De lo anterior, se establece que la reparación tiene una finalidad retroactiva teórica más no práctica y su carácter que se repite es compensatorio, tiene solo un alcance atenuante, que como se vio, es más notorio cuando de la reparación de perjuicios inmateriales se trata.

Es así como debería cuestionarse si realmente una reparación que solo comprenda un sentido económico es realmente viable en términos de eficacia y eficiencia o si deben existir otros actos que realmente puedan recuperar de manera paliativa las consecuencias del daño.

En esta cuestión también es notorio que la reparación tiene un sentido beneficio-castigo y que, si es estudiada en función de la aminoración del patrimonio que va causar en el causante del daño, puede sobrevenir en alguna manera razonable.

En este punto, es menester suscitar la necesidad que tiene el sistema de sentar características, factores y criterios lo suficientemente consistentes para garantizar un sano desarrollo en la administración de la justicia, atendiendo como es obvio a los presupuestos facticos de cada caso y sin generar necesariamente manuales que deban ejecutarse de manera mecánica, toda vez que la norma antes de aplicarse de manera exegética debe ser interpretada y apoyada en una fundamentación filosófica que le dé su sentido más amplio.

Finalmente, como se anuncio quiere hacerse énfasis en el deber que le corresponde a la jurisprudencia de unificar criterios sobre los conceptos y los rubros que han sido descritos con anterioridad. En principio el mayor obstáculo para el reconocimiento de la reparación plena es

advertir que no se esté indemnizando dos veces por el mismo motivo lo cual tendría dos efectos jurídicos contradictorios; el primero un enriquecimiento sin justa causa para la víctima y, el segundo, una vulneración al principio del debido proceso que impide condenar dos veces por el mismo acto en el mismo régimen de responsabilidad, como ha sucedido al excluir la pensión alimentaria con la reparación civil del daño.

Dicha confusión como se mostró es mucho más evidente cuando se intenta explicar que es lo que se repara en el perjuicio inmaterial, donde parece no existe bastante claridad teórica que se aúnan a discusiones académicas aún vigentes sobre la reparación que corresponda meramente al daño material y que no persiga el resarcimiento inmaterial dada su imposibilidad fáctica, de modo que el mayor conocimiento favorece la clasificación y calificación de la tipología de los daños al permitir valorar el contenido de cada tipo, favoreciendo el principio de reparación plena y rechazar con tesis sólidas los abusos, al momento de su cuantificación.

Si bien lo anteriormente descrito no se ha analizado respecto del daño que se deriva de la existencia de una causal de divorcio unilateral en Colombia, salvo la violencia intrafamiliar, en diferentes países ha habido un creciente interés por determinar los criterios que permitan integrar los principios generales del derecho de daños en la relación contractual que se derivada del matrimonio civil.

Referencias

- Escudero Alzáte, M. C. (2020). *Procedimiento de Familia y del Menor*. (27 ed). Bogotá: Editorial Leyer.
- Gómez, P. M. (2015). Régimen patrimonial del matrimonio: contexto histórico que rodeó la promulgación de la Ley 28 de 1932. *Estudios Socio-Jurídicos*, 17(1), 41-76.
- González, M. (2015 - 2016). *Responsabilidad extracontractual generada entre familiares: algunos supuestos problemáticos*. Universidad de León.
- Henao, J. C. (2007). *El Daño: Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Hinestrosa, F. (2017). *Derecho de las Obligaciones*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Larraín, H. (1966). *Divorcio*. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile.
- Martínez, B. N. (2018). Análisis de la presunción de daño moral que beneficia a ciertas víctimas indirectas en la jurisdicción contenciosa administrativa colombiana. *Revista Derecho del Estado* (42), 181-210.
- Otárola, Y. (2020). Daños en el matrimonio: la posibilidad de extender la responsabilidad civil al incumplimiento de los deberes matrimoniales en el derecho chileno. *Opinión Jurídica*, 19(39), 43-62.
- Rueda, N. (2020). *La responsabilidad civil en el ejercicio de la parentalidad. Un estudio comparado entre Italia y Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ruiz Manotas, P. (2020). La construcción del divorcio en Colombia desde las normas jurídicas a partir del siglo XIX. *Revista de Derecho Privado*(39), 109-139.

Suarez Franco, R. (1990). *Derecho de Familia* Bogotá: Temis.

Tamayo Jaramillo, J. (1986). *La Responsabilidad Civil*. Tomo II. Bogotá: Temis.

Tapia R., M. (2017). Responsabilidad civil entre cónyuges en el derecho francés contemporáneo. *Revista de Derecho*(48), 51-77.

Turner Saelzer, S. (2018). Infidelidad, culpa, divorcio e indemnización de perjuicios en el derecho matrimonial argentino y chileno. *Revista de Derecho Privado*(35), 105-128.

Vial Dumas, M. (2019). Pagar la culpa: matrimonio, divorcio y responsabilidad en la tradición jurídica occidental. *Revista de Derecho Privado*(37), 31-55.

Visintini, G. (2015). *¿Qué es la responsabilidad civil?: fundamentos de la disciplina de los hechos ilícitos y del incumplimiento contractual*. (M. T. Cellurale, Trad.) Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Jurisprudencias

Corte Constitucional. (8 de junio de 2000) Sentencia C-660 [MP Alvaro Tafur Galvis].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (25 de julio de 2017) Sentencia STC 10829 [MP Luis Armando Tolosa Villabona].

Corte Constitucional, Sala Penal. (25 de febrero de 2020) Sentencia SU-080 [MP José Fernando Reyes Cuartas].