

179. Reparación del valor de uso perdido. a) Mientras dura la reparación de la cosa deteriorada o se adquiere una de reemplazo, la persona dañada se ve privada de ella para su uso personal o lucrativo. Si la cosa estaba destinada a un uso económico, el daño es un lucro cesante que se rige por las reglas generales. Pero si la cosa tiene un destino de uso personal surge la pregunta acerca de las condiciones en que es reparable.

b) A falta del automóvil o de otra cosa de uso personal, el actor puede haber obtenido una cosa sustitutiva mediante un arrendamiento. En general, se acepta que el arrendamiento de una cosa razonablemente semejante a la dañada o destruida da lugar a una reparación. Donde comienzan las dificultades, sin embargo, es al momento de valorar ese arrendamiento. El costo del arrendamiento de un auto tiene diversos componentes que no se relacionan con el valor neto de uso que tiene el bien: está incluida la depreciación y el costo de mantenimiento, que son valores que se ahorra quien arrienda. Es razonable y justo, entonces, que a efectos de determinar la indemnización se deduzcan del costo del arrendamiento estos componentes, de manera de depurar la cifra que corresponde exactamente al valor de uso del que ha sido privado el demandante.¹⁷⁴

Más discutible es la situación si la víctima del daño no ha arrendado una cosa en sustitución de la que está dañada o destruida.¹⁷⁵ Una razón de justicia parece indicar que no debe quedar en peor condición que quien ha incurrido en gastos de arriendo. Por eso, resulta correcto considerar reparable el uso frustrado de la cosa, al menos cuando la carga efectiva que la privación ha representado sea significativa para la persona que sufrió el daño.

c) Con todo, si se atiende a que los tribunales chilenos suelen reconocer, con razón, un interés por la deuda indemnizatoria del daño patrimonial entre la fecha del daño o de la demanda y la de pago efectivo (*infra* N° 670), debe tenerse presente el riesgo de que la reparación por el uso frustrado envuelva una doble indemnización: si, por un lado, se indemniza la pérdida temporal del uso de la cosa y, por otro, se reconoce un interés por el valor de los perjuicios, se está reparando, a la vez, el valor de uso de la cosa y del dinero que representa al menos parte del valor de esa misma cosa. Para evitarse estas dificultades, a falta de prueba del lucro cesante (pérdida de ingresos) o de un daño emergente (costo de arrendamiento).

¹⁷⁴ Es el caso del derecho francés y alemán, donde se entiende que deben ser descontados los valores que el demandante se ahorra, como la depreciación y los gastos de mantención (Viney/Jourdain 2001 197, Médius 2002 294). En general, se tiene por razonable una deducción por esos conceptos de aproximadamente un 30% del costo del arrendamiento.

¹⁷⁵ Las dudas se plantean especialmente en sistemas jurídicos donde está limitada la reparación del daño moral, de modo que es esencial caracterizar el daño como patrimonial a efectos de que resulte reparable; en general, se ha discutido que el mero uso personal tenga un carácter comerciable, que justifique la reparación (Lange 1990 252, Burrows 1994 164).

miento), sólo debiera reconocerse un interés calculado sobre el valor total de la cosa mientras dura la privación del uso.¹⁷⁶

180. Indemnización si la reparación o restitución son imposibles. Tratándose de bienes únicos, que no pueden ser reparados ni sustituidos por otros equivalentes, es imposible la restitución en naturaleza a la situación de hecho anterior al daño. Es el caso de la muerte de un caballo de carreras o de la destrucción de un cuadro familiar o de una pieza rara de colección: no se puede satisfacer el interés de la víctima de que su patrimonio mantenga la misma integridad material (esto es, que esté compuesto por las mismas cosas). En atención a que el reemplazo de la cosa no es posible, sólo cabe indemnizar la disminución patrimonial que se ha sufrido. La indemnización comprende en este caso el valor venal de la cosa perdida (esto es, el que ella tenía a la época del daño).

f. Efectos patrimoniales del daño corporal

181. Perjuicios que se siguen del daño corporal. El daño corporal puede acarrear un amplio conjunto de consecuencias dañosas, que incluso se pueden extender a terceros distintos a la víctima directa (daño reflejo). La consecuencia más inmediata del daño corporal es la pérdida de bienes personales no patrimoniales, como son la vida, la salud, la integridad física, el bienestar psicológico y el desarrollo espiritual y sensitivo de la personalidad.¹⁷⁷ De esos mismos daños se pueden derivar consecuencias patrimoniales, además de las morales. En esta sección se analizarán los efectos patrimoniales que se siguen para la víctima directa del accidente. Las consecuencias extrapatrimoniales serán analizadas en *infra* § 24; el daño reflejo o por repercusión patrimonial o moral en *infra* § 25.

182. Gastos de curación y cuidado. a) El daño corporal reclama la restitución, dentro de lo posible, de la salud o integridad de la víctima. Los gastos necesarios para la supresión o disminución de los efectos dañosos son asimilables a una reparación en naturaleza. En razón de su derecho a la integridad física y psíquica, la víctima tiene la facultad de exigir que el responsable asuma los gastos médicos, quirúrgicos, de laboratorios, farmacéuticos, de enfermería y, en general, todos los conducentes a su restablecimiento.

b) El principal problema que plantean estos gastos se expresa en el riesgo de que se expandan más allá de lo razonable. Ello vale especialmente

¹⁷⁶ Así ocurre en el derecho inglés (Burrows 1994 165). La fórmula es correcta en la medida que el interés se calcule sobre el valor total de la cosa, aunque se trate de una cosa meramente deteriorada, pues ese es el capital que transitoriamente está inmovilizado por el hecho del demandado.

¹⁷⁷ Larenz 1987 506.

te cuando el riesgo está asegurado, porque entonces existe la inclinación a pensar que los recursos son ilimitados (imponiéndose, sin embargo, un costo injustificado al conjunto de quienes lo financian).¹⁷⁸

Por cierto que se pueden evitar algunas molestias a la víctima de un atopello si pasa el invierno en un lugar de descanso con un clima templado, pero ello excede lo que ordinariamente se tiene por cuidado necesario. Lo mismo se aplica a la intensidad y calidad del tratamiento requerido: el sistema de responsabilidad civil no puede soportar el financiamiento de tratamientos inusuales o particularmente costosos (en el extremo, no es un gasto indemnizable una intervención quirúrgica en el extranjero, en la mejor clínica disponible).

Los costos de salud pueden aumentar exponencialmente, aunque se trate de tratamientos cuyas ventajas marginales son relativamente insignificantes, de modo que su reparación debe tener límites que sean *razonables* de acuerdo a un estándar generalizado de buen cuidado.¹⁷⁹ Las preguntas se plantean respecto de los límites de lo razonable: en otras jurisdicciones se ha estimado que es razonable recurrir a un establecimiento privado de salud, que no sea particularmente dispendioso, aunque exista disponible un servicio público de costo menor.¹⁸⁰ Pero la apreciación está necesariamente determinada por las prácticas curativas usuales y por la riqueza relativa de la sociedad en que la regla se aplica.

c) Los gastos derivados del daño corporal pueden prolongarse más allá del juicio indemnizatorio. Es el caso del costo de medicamentos, atención médica y cuidado personal y, en general, de las expensas necesarias para cubrir las necesidades adicionales que se siguen de las lesiones. En la medida que se trata de daños objetivamente imputables al hecho del responsable, deben ser incluidos en la indemnización. Los problemas de determinación de los gastos futuros surgen al momento de incorporar previsiones acerca de su duración y su monto. El problema se reduce si son asignados como una suma periódica, en cuyo caso se plantean las preguntas que se tratarán a propósito de la reparación en esa forma de ingresos futuros (*infra* N° 186).

d) Los costos de cuidado personal deben ser indemnizados aunque éste sea asumido por el cónyuge, algún pariente u otra persona que actúa en consideración personal de la víctima. No se trata de un beneficio que sea otorgado al autor del daño, de modo que la gratitud no puede ceder en su favor. En tal caso, la indemnización debe comprender el costo ordinario de cuidado por un tercero.¹⁸¹

¹⁷⁸ Cane/Aburah 1999 204.

¹⁷⁹ En la materia existe expandido acuerdo en el derecho comparado: Vicente 1994 100, Deutsch/Ahrens 2002 201, Burrows 1994 192, Epstein 1999 442.

¹⁸⁰ Así, en España (Vicente 1994 102) y en el Reino Unido (Burrows 1994 193).

¹⁸¹ En verdad, la indemnización en tales casos puede ser fuente de retribución de la persona que presta el cuidado (Burrows 1994 193, con discusión de jurisprudencia inglesa).

183. Pérdida de ingresos. a) La pérdida de ingresos corresponde al *lucro cesante* que se sigue del daño corporal. El objeto de la reparación no es propiamente la pérdida de la capacidad de trabajo o de generación de ingresos, sino la expectativa objetiva de ingresos futuros que la persona lesionada tenía al momento del accidente.¹⁸²

La indemnización comprende los ingresos netos que la víctima deja de percibir¹⁸³ y su determinación se efectúa en concreto, atendiendo a las calidades de la víctima (incluidas su edad y estado de salud).¹⁸⁴ Así y todo, esta determinación supone asumir lo que habría de ocurrir en el futuro de no haber ocurrido el accidente, lo que exige una mirada objetiva hacia el curso ordinario de los acontecimientos (*infra* N° 166). Por eso, la determinación de los ingresos futuros será tan concreta como pueda serlo (considerando las particulares calidades de la víctima) y tan objetiva como sea necesario (asumiendo ciertos supuestos de razonable probabilidad).

b) Los *problemas de determinación y prueba* del daño futuro (*infra* N° 154) y del lucro cesante (*infra* N° 170) adquieren cierta especificidad en el caso del daño corporal.¹⁸⁵ Sin perjuicio de lo ya desarrollado en los párrafos referidos, a continuación se analizarán algunas preguntas específicas que plantea la determinación de ingresos futuros de quien ha sufrido lesiones corporales.

• *Duración de la incapacidad.* Ante todo, debe atenderse al tipo de incapacidad que se sigue de las lesiones. En casos de *incapacidad temporal*, los perjuicios abarcan un horizonte temporal definido. Por el contrario, en caso de *incapacidad permanente* debe hacerse una previsión de los ingresos que pueden esperarse durante toda la vida de trabajo de la víctima, atendidas sus características de edad, salud y el tipo de destrezas laborales que tenía al momento del accidente. Una manera de simplificar el cálculo es asumir que la víctima habría generado ingresos hasta la edad legal de jubilación, porque el más básico de los supuestos en el cálculo de ingresos futuros es que nadie trabaja para siempre.

Esta estimación no incorpora la probabilidad que por cualesquiera circunstancias pudiera haber terminado antes su vida laboral (la muerte prematura, una enfermedad o la cesantía, por ejemplo) o que, por la inversa, haya podido generar ingresos con posterioridad al retiro. Todo indica que en atención a lo especulativas que son una y otra hipótesis, la solución más

¹⁸² Larenz 1987 507. Esta es inequívocamente la posición adoptada por la jurisprudencia chilena, como se muestra en los requerimientos de prueba de lucro cesante que sigue de una incapacidad física (véase jurisprudencia referida en *infra* N° 170).

¹⁸³ Vicente 1994 114, con referencias comparadas.

¹⁸⁴ Kötz 1991 192.

¹⁸⁵ En el *common law* se acostumbra distinguir la pérdida de ingresos anterior a la sentencia y los ingresos futuros, asumiéndose que los primeros suponen una mera determinación contable de los ingresos que estaba percibiendo la víctima, y admitiéndose que la determinación adquiere mayor complejidad en el caso de los ingresos futuros (Burrows 1994 192 y 197, Markesinis/Deakin *et al.* 2003 804).

práctica, a falta de prueba que permita inferir algo diferente, es considerar los ingresos en el horizonte temporal que a la víctima le faltaba para llegar a una edad estándar de jubilación, en el tipo de actividad que realizaba antes del accidente.

• *Gravedad de la incapacidad.* La incapacidad puede ser *parcial*, de modo que sólo corresponda indemnizar la disminución de ingresos esperados, o *total*, en términos que inhabilitan por completo a la víctima la percepción de ingresos.

En el fondo, la pregunta relevante se refiere a la proporción de los ingresos esperados que previsiblemente la víctima dejará de percibir en razón de sus lesiones. Las lesiones corporales que no afectan la capacidad intelectual pueden producir un efecto patrimonial insignificante en un empresario o en un profesional liberal y, por el contrario, acarrear una privación sustancial de la capacidad de trabajo en personas que desarrollan actividades físicas.¹⁸⁶ En otras palabras, la tasa de incapacidad que debe ser atribuida a las mismas lesiones no necesariamente es igual en todos los casos.¹⁸⁷

Por otro lado, cualquiera sea la situación, la víctima soporta la carga de disminuir en la medida de lo posible y de lo exigible el monto del daño. Así, si alguien que desarrollaba una cierta actividad no puede seguir desempeñándola después del accidente, de ello no se sigue que con las capacidades disponibles no deba procurar los ingresos que razonablemente puede percibir atendida su nueva condición. Esta exigencia surge de la carga que el artículo 2330 impone a la víctima —antes, durante y después del accidente— de no exponerse imprudentemente al mal causado (*infra* § 34 a).

• *Base de cálculo de los ingresos no percibidos.* Resulta inobjetable tomar como punto de partida para el cálculo de los ingresos futuros la renta que efectivamente obtenía la víctima al momento del accidente.¹⁸⁸ Sin embargo, este cálculo estático puede ignorar el desarrollo normal y ordinario de la vida laboral de una persona, que, atendidas sus circunstancias, tiene una razonable expectativa de progreso, al menos durante una parte del período del tiempo que le falta para completarla.¹⁸⁹

En el caso de quien no ha iniciado aún su vida laboral, la estimación supone un factor adicional de incertidumbre, porque la determinación de sus ingresos futuros depende de los pasos que haya dado en su formación profesional y en las particulares destrezas que la víctima ya haya desarrollado; pero esa relativa indeterminación no justifica que la prueba del lucro

¹⁸⁶ Un detallado análisis del cálculo de las tasas de incapacidad en el derecho francés, en Viney/Jourdain 2001 233.

¹⁸⁷ Estas diferencias en los efectos de una misma lesión en un arquitecto y en un artesano, por ejemplo, dificulta severamente el establecimiento de baremos de incapacidad asociados a cada tipo de incapacidad; críticos respecto de esta idea, Viney/Jourdain 2001 239.

¹⁸⁸ En ello parece existir un acuerdo generalizado en distintos sistemas jurídicos (Kötz 1991 192, Flour/Aubert 2003 380, Epstein 1999 442). Véanse las consideraciones generales sobre los criterios de determinación del lucro cesante en *supra* N° 170.

¹⁸⁹ Kötz 1991 192.

cesante se tenga por imposible, sino que obliga a buscar un cierto estándar, por conservador que él sea (*supra* N°s 154 y 170).

• *Relativa incertidumbre.* Cualquiera sea el caso, la estimación del futuro contempla necesariamente un elemento de contingencia. Como expreso con realismo escéptico un juez inglés, “el conocimiento del futuro le está negado a los hombres, de modo que buena parte de lo que se atribuya por pérdida de ingresos o por sufrimientos futuros —en muchos casos la mayor parte de la indemnización— será casi con seguridad equivocado”, con la consecuencia de que “sólo existe una certeza: el futuro probará que la indemnización es demasiado elevada o demasiado baja”.¹⁹⁰ Por eso, la determinación de los ingresos futuros supone asumir algún grado razonable de incertidumbre.

Como se ha expresado al tratar la determinación y prueba del lucro cesante, la exigencia de una prueba concluyente de los ingresos futuros, equivale a dejar esta clase de perjuicios sin la posibilidad de ser indemnizada (o bien, dejarla subsumida bajo la suma global que se reconoce sustitivamente como daño moral). A falta de todo indicio que sirva de base para la determinación de los ingresos futuros, alguna jurisprudencia ha optado, con la mayor sensatez, por establecer una especie de baremo mínimo que evita dejar a la víctima sin indemnización alguna (*supra* N° 170).

• *Función reparatoria y no previsional.* Finalmente conviene tener siempre presente que la función del derecho de la responsabilidad civil es reparatoria (correctiva del daño efectivamente causado) y no distributiva. En consecuencia, la indemnización por lucro cesante no depende de las necesidades, sino de las expectativas de ingreso de la víctima.¹⁹¹ Así, en el cálculo de la indemnización por pérdida de ingresos debe tenerse en consideración que su fin no es previsional (para lo cual existen otros instrumentos), sino reparador de los daños consistentes en rentas del trabajo que no podrán ser percibidas en razón del accidente.

184. *Preguntas especiales que plantea la pérdida de ingresos de quien desarrolla una actividad independiente.* a) En principio, lo dicho respecto del trabajador dependiente se aplica a quien ejerce una actividad lucrativa independiente. En este caso se presentan, sin embargo, dos grupos especiales de preguntas, que se refieren a la mayor *volatilidad de los ingresos futuros* y a *cuestiones de causalidad*.

b) Como se ha visto, la renta del empresario y del profesional es usualmente más dependiente de su capacidad de discernir y decidir que de su capacidad física. Pero, más allá de ello, también está sujeta a vicisitudes diferentes que la del trabajador dependiente. Si éste pierde su trabajo, es probable que pueda aspirar a otro semejante; por el contrario, la suerte

¹⁹⁰ Lord Scarman, en *Lim Poh Choo v Camden and Islington Area Health Authority* (1980), AC 174, 182, citado por Markesinis/Deakin *et al.* 2003 804. En un sentido análogo Epstein 1999 443.

¹⁹¹ Cane 1997 109.

del empresario depende de factores que no se pueden valorar con facilidad: ¿puede proyectarse hacia el futuro lo que ha ganado con su actividad en el pasado?; ¿cuánto del ingreso se debe en verdad al capital atribuido a un negocio y no a la gestión personal del empresario? Por eso, los ingresos que propiamente provienen de la gestión empresarial son con frecuencia imprecisos y volátiles, con la consecuencia de que no es fácil construir presunciones serias acerca de ganancias futuras que se pierden a consecuencia del accidente. Por otra parte, la indemnización no puede cubrir las rentas esperadas que se sigan de ingresos de capital, porque el accidente no tiene influencia directa en su eventual disminución (por cambios que se requieran en la administración de los negocios, por ejemplo).

Más sencilla suele ser esta tarea tratándose de profesionales liberales, donde la historia de los ingresos pasados es un buen indicio de lo que se puede esperar en el futuro. En todo caso, la prueba de los ingresos pasados, que sirven de punto de partida para la estimación de los ingresos futuros, debe ser fehaciente, mediante constancias contables, declaraciones de impuesto a la renta y las demás evidencias probatorias que resulten igualmente inequívocas.¹⁹²

c) Los problemas de causalidad se refieren a la proximidad que debe existir entre el hecho del demandado y el perjuicio para que éste sea calificable como daño directo (*infra* § 30). En general, la pérdida de oportunidades de negocios no puede ser tenida por daño directo, según los criterios ya desarrollados por Pothier.¹⁹³

185. **Trabajo no remunerado.** La reparación del lucro cesante plantea una pregunta límite en el caso del trabajo del hogar y del personal asistencial no remunerado. Estos trabajos tienen valor económico aunque no sean compensados en dinero, porque evitan al patrimonio familiar o a la institución benéfica la contratación de esas tareas con terceros.¹⁹⁴ La contribución asistencial que se hace al incapacitado o la que se realiza sin retribución directa en el hogar es parte de una comunidad de intereses y debe ser valorada como perjuicio, en la medida que exija la contratación de otras personas para que sean realizadas las tareas que el incapacitado no puede desempeñar o, incluso, si ellas son asumidas gratuitamente por personas cercanas (según el principio de que esta liberalidad no aprovecha al autor del daño).¹⁹⁵ En consecuencia, el daño se produce con indiferencia de que efectivamente se haya contratado un tercero, aunque la valoración de la indemnización tenga que tomar ese costo como referencia.¹⁹⁶

¹⁹² Vicente 1994 115.

¹⁹³ Pothier 1761 N° 167; véase también *infra* N° 254.

¹⁹⁴ Epstein 1999 443.

¹⁹⁵ Kötz 1991 193, sobre las prestaciones gratuitas que terceros hacen a la víctima, *infra* N° 686.

¹⁹⁶ Vicente 1994 119, con referencias comparadas; Viney/Jourdain 1998 140.

186. **Determinación de la indemnización: ¿capital o renta?** Por lo general, la pérdida de ingresos tiene por objeto suplir las rentas periódicas que la víctima habría obtenido si no hubiese sufrido las lesiones corporales. En consecuencia, la forma más cercana de reparación del perjuicio efectivamente sufrido es precisamente que se reconozca una renta a la víctima. Pero lo usual ha sido que se atribuya como indemnización una suma global, en la forma de un capital, que debidamente invertido permita a la víctima obtener ingresos equivalentes a los que habría percibido de no mediar el accidente.

a) **Atribución de un capital.** Esta forma de determinación de la indemnización tiene la ventaja de poner término a la relación entre las partes y elimina los riesgos de insolvencia futura del responsable. Estas razones han sido decisivas en el *common law* para persistir en la antigua doctrina de que las condenas deben ser por sumas globales.¹⁹⁷

Sin embargo, las dificultades que acarrea la atribución de un capital no son menores. Ante todo, a efectos de la determinación del capital es necesario *asumir la duración del período de incapacidad*, que no necesariamente será el efectivo (la víctima puede restablecerse antes o después de lo esperado o puede entretanto fallecer).

Segundo, tratándose de víctimas que carecen de *práctica en el manejo del dinero*, el otorgamiento de un capital presenta la dificultad práctica de asumir que las personas tienen la habilidad básica para administrar un capital que debe asegurarles una renta vitalicia o por un período de tiempo.¹⁹⁸

En tercer lugar, se plantea el *problema técnico de transformar una renta en una suma global* que se entrega por anticipado. Algunas alternativas para el cálculo del capital son en extremo discutibles. La primera consiste en simplemente multiplicar el número de períodos de pago por la renta estimada, lo que trae como consecuencia que el capital pagado pueda ser sustancialmente superior al daño efectivo que ha sido reconocido, porque no considerara la renta por concepto de intereses que la víctima obtendrá del capital durante el período. Una segunda alternativa consiste en entregar la módica a la intuición del tribunal, lo que permite algún correctivo al resultado anterior, pero arriesga el peligro asociado a toda subjetividad.¹⁹⁹ La tercera

¹⁹⁷ Cane 1997 106, Markesinis/Deakin *et al.* 2003 804.

¹⁹⁸ Abraham 2002 207. Se han propuesto en el derecho inglés correctivos a las dificultades que suponen las indemnizaciones en la forma de sumas globales; especialmente relevante es que se abra a los jueces la posibilidad de determinar desde luego parte de la indemnización, dejando pendiente la determinación definitiva para una fecha posterior, cuando sea conocida la extensión de la incapacidad resultante (*split trial* o *provisional damages*); de este modo se persigue compatibilizar las ventajas de la indemnización en la forma de una suma global con la corrección de las incertidumbres que supone este tipo de reparación (Markesinis/Deakin *et al.* 2003 806); ante las dificultades procesales que puede plantear esta solución en el derecho chileno, cabe que la propia sentencia señale las condiciones para que se devenguen las sumas indemnizatorias en el futuro, eventualmente con exigencia de garantías suficientes ofrecidas por el demandado.

¹⁹⁹ Una reseña de las alternativas en Florida 1995 91 y Vicente 1994 280, quien se inclina por el procedimiento intuitivo de determinación.

alternativa supone calcular el capital en la forma de un valor presente, esto es, de una suma que, considerando los intereses que se puede esperar que ese capital rentará durante el periodo, permita hacer reitros periódicos equivalentes a la renta que el tribunal estima razonable. El cálculo contable del valor presente tiene pleno sentido económico y es relativamente sencillo, pero tiene un componente de incertidumbre, como es la tasa de interés esperada.²⁰⁰ Si la tasa de interés efectiva termina siendo inferior a la estimada, el capital no será suficiente para pagar enteramente la renta; y si ocurre lo contrario, la víctima resulta indemnizada en exceso. Así y todo, este resulta ser el modo técnicamente más apropiado de asignar un capital como equivalente de una renta periódica.

b) **Atribución de una renta.** En esta alternativa se eliminan buena parte de las dificultades de la atribución de un capital. Sin embargo, persiste el problema de que la subsistencia de la víctima queda entregada a la solvencia futura del responsable y a la contingencia de futuros incumplimientos, que renovarían la necesidad de supervisión judicial. Un camino sería que la condena sólo pudiera tomar la forma de una renta si el pago queda debidamente caucionado por el demandado.

Si la condena es a pagar una renta, la obligación del demandado debe prolongarse, alternativamente, hasta que cese la incapacidad, hasta la época en que la víctima habría cesado de producir ingresos del trabajo (edad estimada de jubilación), o hasta su muerte, según sea lo que primero ocurra.

187. Facultad de los jueces para determinar la indemnización en la forma de una renta o de un capital. En el derecho chileno se ha estimado que la indemnización se puede pagar en las formas de un capital o de una renta,²⁰¹

²⁰⁰ El cálculo de un capital que permita cubrir ingresos futuros supone asumir "el poderoso principio económico de que todo flujo de caja futuro debe descontarse a su valor presente" (Epstein 1999 445); así es también la práctica inglesa (Jones 2002 706). La asunción fundamental del procedimiento de cálculo del valor presente es que el capital asignado, que debe ser suficiente para cubrir los ingresos que la víctima ha dejado de percibir en razón de sus lesiones, va a generar intereses durante el periodo, de modo que estos intereses, sumados a la progresiva disminución del capital, serán suficientes para que el demandante perciba la renta periódica que corresponda. De lo anterior se sigue que el valor presente está en relación directa con la tasa de interés y con el número de años que cubre la renta indemnizatoria. R. Epstein propone la siguiente fórmula para su cálculo:

$$Vf = Vp (1 + i)^n$$

donde Vf representa los ingresos periódicos futuros; Vp el valor presente; i la tasa de interés de equilibrio estimada; n el número de años. Técnicamente, como se ha señalado, ésta resulta ser la manera más perfecta de establecer el capital necesario para asegurar una renta periódica (Epstein 1999 445).

²⁰¹ Alessandri 1943 540. Tempranamente se aceptó la indemnización en la forma de una renta vitalicia (CS, 28.12.1918, RDJ, t. XVI, sec. 1°, 513). Más recientemente se ha concedido indemnización en la forma de una renta vitalicia respecto del daño moral, especialmente en el caso de demandados insolventes (CS, 16.4.1998, F. del M. 473, 301). En materia de lucro cesante se debe tener en consideración que la idea de una renta vitalicia no es propiamente una forma de reparación, porque supone transformar un capital en una renta (en la medida

de modo que corresponde al tribunal determinar la forma más apropiada que puede adoptar la reparación, atendidas las circunstancias. En la medida que es el demandante quien está en mejor posición de juzgar su interés, parecería que debiera seguirse la opción que haya planteado en la demanda, a menos que ello implique, en opinión del tribunal, establecer una correcta reparación de los daños.²⁰² Por otra parte, concurren diversos tipos de daños, nada debiera impedir que algunos conceptos indemnizatorios sean atribuidos como sumas globales y otros en la forma de rentas periódicas.²⁰³

g. Daño puramente patrimonial

188. Concepto de daño puramente patrimonial. a) Se ha visto que el daño a las cosas corporales está dado, además del perjuicio representado por su costo de reparación o de reposición, por el menor valor que la cosa puede tener después de la reparación, por el lucro cesante y por los otros efectos patrimoniales negativos que se *derivan* del daño al inmueble, al automóvil o a cualquiera otra cosa corporal dañada. Algo semejante ocurre con el daño corporal: de las heridas sufridas en un accidente suelen seguirse lucros cesantes por pérdida de ingresos y daño emergente por los mayores costos de subsistencia (*supra* N° 181).

A diferencia de estos casos, en que el daño patrimonial resulta del daño a la persona o a las cosas, son denominados *daños puramente patrimoniales* los que se expresan en pérdida de dinero o disminución de un valor patrimonial expresado en dinero, sin la mediación de un daño a las cosas corporales o a la integridad física o moral de la víctima.²⁰⁴ Son ejemplos de responsabilidad por daños puramente patrimoniales los que afectan intangibles de un establecimiento de comercio (*good will*) a consecuencia de una competencia desleal (*infra* N° 837); el deterioro de una marca por su uso abusivo por un tercero; o la pérdida de un contrato ventajoso por la inducción de un tercero a incurrir en un incumplimiento contractual.

que la indemnización no tiene una función previsional, sino reparatoria, el horizonte temporal de la indemnización no es, como se ha visto, la vida que tiene la víctima por delante, sino los ingresos del trabajo que podía esperarse que recibiera a falta del daño sufrido).

²⁰² Alessandri 1943 541 estima que corresponde al juez la decisión, sea cual fuere la opción del demandante, sin que de ello se siga *ultra petita*. Esta posición ha sido seguida por la jurisprudencia chilena (CS, 19.6.1928, RDJ, t. XXVI, sec. 1°, 234; CS, 2.11.1972, RDJ, t. LXIX, sec. 4°, 173). La opción del demandante, bajo control judicial, parece ser dominante en países de la tradición del derecho civil; sin embargo, parece no ser frecuente que los sentencias asiguen una renta en vez de un capital (Viney/Jourdain 2001 242, Kötz 1991 192).

²⁰³ Así, CS, 8.11.1971, RDJ, t. LXVIII, sec. 4°, 274.

²⁰⁴ Von Bar 1996 II 31, Markesinis/Deakin *et al.* 2003 112, Burrows 1994 171, Larenz 1987 479.



El caso más claro de daño puramente patrimonial es el derivado de una información errónea proporcionada por un experto, que lleva al demandante a tomar una decisión de negocios equivocada; o el provocado por quien de mala fe lleva a cabo una negociación impidiendo así que la contraparte celebre un contrato ventajoso con un competidor; o el causado por el tercero que con su conducta hace imposible que el deudor cumpla una obligación contractual. En todos estos casos, el daño puramente patrimonial no se produce *a consecuencia* del daño a la persona o a una cosa, sino que recae directamente en el patrimonio.

b) En el derecho chileno, como en la tradición del Código francés, la ley establece una cláusula general relativa a los daños, que se entiende comprensiva de cualquier tipo de daños patrimoniales, con independencia de la fuente. En tal sentido, el daño puramente patrimonial es sustituible dentro del concepto general y abstracto de daño que emplea el Código Civil. Sin embargo, las razones que justifican que los daños puramente patrimoniales sean objeto de un tratamiento especial en otros importantes sistemas jurídicos, también merecen ser atendidas en nuestra tradición civil.

Aclarado que el daño puramente patrimonial carece de reconocimiento como una categoría autónoma de daño en el derecho chileno, conviene atender a su relevancia en el derecho comparado y de ahí obtener algunas conclusiones más generales.

189. Importancia del daño puramente patrimonial en los derechos chileno y comparado. a) En esencia, los sistemas jurídicos que aceptan esta categoría de daños persiguen establecer un límite a los daños reparables. Así, por ejemplo, en el *common law* y en el derecho civil alemán los daños puramente económicos no son objeto de reparación, salvo en los casos especiales en que una acción es reconocida o, más en general, si se ha actuado con dolo o de una manera contraria a las buenas costumbres comerciales.²⁰⁵

b) La exclusión de la reparabilidad del daño patrimonial se funda en que en una sociedad abierta, donde la actividad económica está regida por principios de derecho privado, es frecuente la colisión de intereses

²⁰⁵ En verdad, ambos sistemas jurídicos llegan a ese resultado por caminos diferentes: en el *common law* existe un principio positivo de que, por lo general, los daños puramente patrimoniales no son indemnizables, salvo que se haya incurrido en los ilícitos específicos de inducción a la infracción de un contrato, interferencia en contrato ajeno o competencia desleal (Burrows 1994 179, Epstein 1999 575; un espléndido análisis de las materias que comprende el concepto de daño puramente patrimonial en Cane 1996 150 y 458); en el derecho alemán, existe un *numerus clausus* de derechos cuya lesión da lugar a responsabilidad por mera negligencia, entre los cuales no se encuentra el patrimonio (BGB, § 823 II), de modo que su indemnización sólo puede obtenerse si el demandado ha actuado de una manera contraria a las buenas costumbres, de conformidad con una norma especial que otorga una acción reparatoria contra quienes han actuado de una manera particularmente impropia (BGB, § 826; Kötz 1991 30).

recíprocos: "la noción básica de la competencia, piedra fundacional de nuestro sistema capitalista, admite e incluso impulsa la fricción en la cual un empresario avanza a costo de otro en beneficio general de la sociedad".²⁰⁶ La consecuencia es que, en principio, no puede haber responsabilidad por el solo hecho de causar un daño puramente patrimonial a otro. Distinto es si se actúa de mala fe, infringiendo conscientemente las reglas legales o las impuestas por las buenas costumbres.

Por otra parte, usualmente el daño puramente patrimonial plantea preguntas serias respecto de los destinatarios de los deberes de cuidado y de causalidad entre el hecho del demandado y el perjuicio. En principio, la opinión descuidada que públicamente da un experto en negocios puede llevar a que un tercero haga una inversión que le genera enormes pérdidas: ¿basta que aquel haya expresado en público la opinión para que pueda ser demandado por quien confió en su buen juicio? Todo indica que hay una frontera en que la responsabilidad debe ceder, incluso en razón del interés de favorecer los flujos de información, que se verían afectados si la gente se viera expuesta a riesgos excesivos al entablar comunicación con otros (*infra* N° 824).

En el mismo caso anterior, el inversionista podría haber cautelado su interés patrimonial contratando directamente con un experto, que sea remunerado por el riesgo que asume al dar su opinión profesional: ¿por qué debe hacerse responsable a quien realiza una recomendación en un folleto de circulación masiva, cuya finalidad no es precisamente dar a cada eventual lector una recomendación?²⁰⁷ ¿puede decirse que quien redactó el informe, a menos que haya actuado en contra de las buenas costumbres, tenía un deber de cuidado respecto del inversionista anónimo que recibe la información? De hecho, una justificación fundamental para limitar la indemnización de daños puramente patrimoniales reside en la posibilidad que generalmente existe para la víctima de evitarnos por medio de contratos, a diferencia de lo que ocurre con la seguridad personal frente a accidentes y con los daños a cosas corporales.²⁰⁸

c) Todo sistema jurídico debe encontrar soluciones para definir dónde comienza efectivamente la responsabilidad en estos casos. Y lo sorprendente es que ellas tienden a ser en extremo semejantes, aunque los caminos conceptuales y las técnicas jurídicas sean diferentes.²⁰⁹ En el *common law* y en el derecho alemán (entre otros), se parte del principio de que el daño puramente patrimonial no es objeto de reparación y luego se construyen casos en que esa responsabilidad sí resulta posible. Así, se analizan daños específicos en los negocios, provocados por ilícitos como el otorgamiento de informaciones falsas, competencia desleal, actos en perjuicio de

²⁰⁶ Fleming 1985 215.

²⁰⁷ Markesinis/Deakin *et al.* 2003 113.

²⁰⁸ D.W. Robertson en Markesinis/Deakin *et al.* 2003 224.

²⁰⁹ Von Bar 1996 II 33, Van Gerven 1998 252.

acreedores, intervención en el incumplimiento de un contrato ajeno o por ilícitos en los mercados de valores.²¹⁰

En nuestra tradición jurídica, cercana al Código francés, la responsabilidad está construida a partir de cláusulas generales que se refieren genéricamente al daño. En principio, esas reglas carecen de las limitaciones establecidas por otros sistemas jurídicos. Sin embargo, también aquí existen técnicas de limitación de la responsabilidad por daños puramente patrimoniales, aunque no sea bajo los mismos conceptos. Ante todo, el concurso de bienes en juego puede provocar que la conducta sólo se tenga por ilícita (culpable) cuando se actúa con particular desconsideración del interés ajeno (*supra* N°s 61 y 99). En segundo lugar, la exigencia de certidumbre del daño permite excluir la indemnización del daño vaporoso, que se tiene por puramente eventual (*supra* § 21 a); de este modo, se previene el desborde de la responsabilidad, que es precisamente uno de los fines de la limitación de la reparabilidad de los daños puramente económicos. Por último, el principio de que no se responde de todas las consecuencias de cada uno de nuestros hechos, sino sólo de las que están en una relación directa con el hecho del demandado, establece un límite general a la responsabilidad; la consecuencia es que no se responde de los daños que no puedan ser objetivamente imputados al hecho del demandado, cortándose de este modo el curso de la responsabilidad respecto de los efectos patrimoniales remotos (*infra* § 30).

En un título especial serán tratados, a la luz del derecho chileno, algunos de los ilícitos más importantes del derecho de los negocios, que típicamente dan lugar a daños puramente patrimoniales (*infra* §§ 65, 66 y 67).

§ 24. DAÑO MORAL

a. Concepto, problemas de valoración y tipos de daño moral

190. Noción de daño moral. a) En el derecho chileno, basta la lesión de un interés legítimo y relevante de la víctima para que se entienda que ha sufrido un daño reparable. Una definición tan general del daño plantea pocos problemas en materia patrimonial, pero tratándose del daño no patrimonial abre un amplio margen de incertidumbres, pues es difícil precisar cuáles son los límites de los intereses cautelados. Sin embargo, esa determinación conceptual resulta fundamental desde la perspectiva de las víctimas (para conocer qué daños serán cubiertos) y de los responsables (para poder prever razonablemente las consecuencias de sus actos).

²¹⁰ El listado de temas de ilícitos en los negocios es análogo en los textos ingleses y alemanes y siguen aproximadamente la lista arriba referida (así los textos especializados de Weir 2002 *passim* y Cane 1996 15 y 151; y los generales de Kötz 1991 234 y Markesinis/Deakin *et al.* 2003 506).

b) El propio concepto de *daño moral* es equívoco. Aunque sus orígenes son romanos (*actio iniuriarum*),²¹¹ la denominación con que es conocido en nuestro derecho proviene de la doctrina francesa.²¹² En rigor, sólo las lesiones a bienes de la personalidad constituyen un daño propiamente moral (entendido como lo concerniente al fuero interno o al respeto humano); no lo son, por el contrario, el dolor corporal, la angustia psicológica o la pérdida de oportunidades para disfrutar de una buena vida, que, sin embargo, se entienden inequívocamente pertenecientes a esa categoría.

La dificultad de expresar el alcance y contenido del daño moral se muestra en la diversidad de denominaciones en las principales tradiciones jurídicas. En el derecho del *common law* se suele hablar genéricamente de *daños no pecuniarios*, o bien de *pain and suffering* y *lost of amenities*; estos últimos conceptos son muy representativos de las principales formas que puede adoptar el daño no patrimonial.²¹³ En el derecho alemán se conserva la arcaica denominación de *Schmerzensgeld* (daño por el dolor), cuyo origen se remonta a la reparación de *Schmerzengeld* (daño por el dolor), cuyo origen se reconocía a quienes habían sido injustamente torturados.²¹⁴ La doctrina suele hablar también de daños ideales, que afectan bienes de la vida carentes de valor patrimonial, como son el 'equilibrio' espiritual, la ausencia de dolor o angustia y la alegría de vivir.²¹⁵

En verdad, en el derecho de la responsabilidad civil se habla de daño moral en simple oposición al daño económico o patrimonial. Por eso, la definición más precisa de daño moral parece ser negativa: se trata de bienes que tienen en común carecer de significación patrimonial, de modo que daño moral es el *daño extrapatrimonial* o *no patrimonial*.²¹⁶

La atención en su carácter extrapatrimonial pone de manifiesto su mayor dificultad. Se trata de una acción indemnizatoria que tiene por antecedente

²¹¹ Kaser 1971 I 623, Carbonnier 2000 383; su reconocimiento ya estaba generalizado hacia fines del antiguo derecho común y queda luego comprendido en el concepto general de daño de Grocio (Coiing 1985 II 512).

²¹² Coing 1985 I 296.

²¹³ Burrows 1994 137.

²¹⁴ Deutsch/Ahrens 2002 215.

²¹⁵ Larenz/Canaris 1994 591.

²¹⁶ Mazzeaud/Chabas 1998 422, C. Domínguez 2000 78, Díez 1997 88. La Corte Suprema ha expresado que "el daño engendrará responsabilidad delictual o cuasidelictual cada vez que lesione intereses, tanto materiales como morales" (CS, 16.10.1970, RDJ, t. LXVII, sec. 4°, 424); que "la lesión a los intereses patrimoniales origina un daño patrimonial o material, en tanto que el menoscabo de los intereses extrapatrimoniales hace surgir un daño extrapatrimonial o moral" (Corte de Santiago, 31.12.2002, confirmado por la CS, 30.4.2003 [cas. fondo], GJ 274, 212). A veces los fallos pasan el umbral del concepto de daño en nuestra tradición jurídica (*supra* § 20 b) y conciben el daño moral como aquel que lesiona un derecho subjetivo de la víctima; así, por ejemplo, Corte de Santiago, 13.3.1985, RDJ, t. LXXXII, sec. 2°, 6; Corte de Santiago, 26.9.1990, GJ 123, 47; Corte de Santiago, 1.7.1997, RDJ, t. XCIV, sec. 2°, 79; Corte de Santiago, 1.9.2003, GJ 279, 115; Corte de Antofagasta, 10.10.2002, GJ 268, 115; y Corte de Santiago, 1.9.2003, confirmada por CS [cas. fondo], 13.11.2003, GJ 281, 104.

un daño que no es susceptible de medición en dinero, de modo que 'cualesquiera figura para llegar a su determinación no puede ser sino artificial'.²¹⁷

Ello explica que por largo tiempo, luego de la codificación, prevaleció la idea de que sería 'repugnante a la luz de la opinión común dominante colocar valores materiales en el mismo nivel que los intereses propietarios y compensar en dinero lesiones a intereses extrapatrimoniales'.²¹⁸

c) Las dudas de los juristas del siglo XIX respecto de la determinación conceptual y práctica del instituto del daño moral se han visto confirmadas por la experiencia. En atención a la amplitud y a la delimitación puramente negativa del concepto, resulta explicable que se haya expandido hacia innumerables intereses. A ello se agrega, en algunas jurisdicciones, que la doctrina lo haya fragmentado en decenas de perjuicios específicos, que no respondan a una lógica unitaria.

Por razones de simplicidad en este libro el tratamiento del daño moral se ordenará en dos categorías básicas: el dolor físico o psíquico, que expresan los males que sufre la persona (*infra* N° 205), y el perjuicio de agrado, que se muestra en la pérdida de oportunidades de la vida, que incluye perjuicios específicos consistentes en privaciones en ámbitos de la vida intelectual, sensitiva, sexual y familiar (*infra* N° 206).

191. Incommensurabilidad de los perjuicios morales y proporcionalidad de su compensación. a) Los daños morales son perjuicios incommensurables en dinero, porque *no existe mercado* para la vida, la salud o el honor. Sin embargo, esta incommensurabilidad no impide en el derecho moderno su compensación. Razones de *justicia correctiva* y de *prevención* hacen preferible reconocer una indemnización basada prudencialmente en criterios imprecisos, a dejar daños relevantes sin indemnización alguna.

Desde el punto de vista de la justicia, se trata de bienes valiosos (a menudo los más valiosos en la escala de los bienes jurídicos), cuya lesión justifica una compensación; desde el punto vista preventivo, la indemnización del daño moral desincentiva su generación, al establecer un 'precio sombra' a los actos negligentes que pueden provocarlos.²¹⁹

b) Sin embargo, de la circunstancia de que no sea posible poner precio a estos bienes, no se sigue la imposibilidad de comparar sus intensidades relativas. Así, por ejemplo, en la medida que los efectos de una invalidez

²¹⁷ Burrows 1994 136, citando a Lord Diplock en *Wright v. British Railways Board*, 2 AC 773 (1983).

²¹⁸ Así, la sintomática expresión de las actas de la comisión para la segunda lectura del proyecto de BCB (citado en Markesinis 1997 64); sobre la resistencia de la doctrina alemana que inspiró el BCB por un concepto de daño que en Francia habría sido introducido de espaldas al *Code Civil*, Coing 1985 II 296.

²¹⁹ Al definir el alcance de la indemnización del daño moral es conveniente tener presente el riesgo de expansión de la indemnización del daño moral, lo que en su momento fue el argumento más determinante para limitar su reparabilidad, atendido el riesgo de que la responsabilidad se expandiera sin fronteras definibles y de que se produjera una 'comercialización' de daños insignificantes (Larenz 1987 477).

permanente y de una temporal no son iguales, tanto en las tribulaciones consecuentes como en el menoscabo de la calidad de vida de una persona, es posible jerarquizar los diversos tipos de daño moral, atribuyéndoles valores que guarden una *razonable proporcionalidad*.

El problema de la incommensurabilidad en dinero no excluye, en consecuencia, la commensurabilidad relativa de los bienes afectados. Ello debiera permitir que la definición amplia y tosca del daño moral conviviera con una práctica de evaluación razonada de los perjuicios. Por eso, una cierta objetivación de la evaluación se ha mostrado necesaria en todos los sistemas jurídicos más desarrollados, especialmente en el caso del daño moral que es consecuencia del daño corporal (*infra* N° 208).

c) Con todo, la jurisprudencia asume, en general, que la subjetividad radical del daño moral tendería por consecuencia que su determinación y evaluación escapa a todo intento de objetividad. El resultado inevitable es que su estimación se haga más bien de una manera intuitiva, sobre la base de parámetros de evaluación que no son explícitos, ni consistentes con un principio formal de justicia, que exige que casos semejantes sean tratados análogamente (*infra* N° 201).

192. Tipos de daño moral. a) Una de las cuestiones más delicadas que debe responder todo sistema jurídico desarrollado se refiere a las distinciones que se deben introducir para tipificar el daño moral. Distinguir las diversas formas de manifestación del daño no patrimonial favorece una indemnización equitativa, en el doble sentido de que sea proporcional a la entidad del daño y suficientemente igualitaria.

b) Si se revisa la literatura jurídica contemporánea, se comprueba la extrema fragmentación que en algunos sistemas jurídicos ha alcanzado el daño moral. La verdad es que el daño no patrimonial, en especial el que se sigue de lesiones corporales, puede ser objeto de tipificaciones muy sutiles, que expresan la expansión, en cierta medida descontrolada, de los intereses cautelados.²²⁰

²²⁰ Un panorama del daño moral en el derecho comparado en R. Domínguez Á. 1990 157 y Díez 1997 114. Viney/Jourdain 1998 28 enumeran más de 40 conceptos de daño moral, entre los que se encuentran: i) los distintos tipos de daños a la personalidad (imagen, intimidad, nombre, reputación, libertad civil y diversos atributos vinculados a la familia); ii) perjuicios que se derivan del daño corporal, que comprende la disminución de la capacidad física (perjuicio fisiológico, biológico y en el 'déficit funcional'), sufrimientos físicos y propiamente morales (perjuicio estético, de agrado, sexual, de contaminación con virus del sida, privación de las alegrías y placeres de una vida normal); iii) perjuicios de afecto (muerte o heridas a cónyuges, hijos, padres, hermanos, novios, vehículos, bienes afectos a la familia); iv) daños al medio ambiente; y v) otras categorías de daños, como los que se derivan de la violación de un derecho ajeno, el sufrimiento por un largo procedimiento, las turbaciones en las condiciones de existencia, la emoción de recibir una noticia falsa y la decepción que sigue a la creencia de una ganancia ilusoria. Los autores concluyen que "la jurisprudencia ha manifestado entonces mucha liberalidad en la definición de los intereses cuyo atentado es susceptible de justificar una acción de responsabilidad civil" (ídem 59).

La extrema fragmentación del daño moral en incontables categorías y subcategorías tiene un alto grado de artificialidad, pues los bienes extrapatrimoniales no admiten divisiones demasiado nítidas. Así, una herida sufrida en un accidente puede dejar una cicatriz (pejuicio estético), que puede afectar la vida de relación (pejuicio de sociabilidad) y eventualmente generar dificultades para encontrar pareja (pejuicio sexual) y para formar una familia (pejuicio de afecto familiar), además de los sufrimientos físicos y el deterioro de la autoestima (*prelim doloris*). Se podrá comprender que estas categorías en gran medida se superponen, con la consecuencia de que una mecánica de fragmentación trae el riesgo de una doble o triple reparación de un mismo daño.²²¹

Por otro lado, la transferencia de las distinciones de un sistema jurídico a otro suele pecar de ingenuidad. En otros sistemas jurídicos, las clasificaciones han surgido, por lo general, por razones ajenas al derecho civil²²² o en razón de limitaciones que el propio derecho civil establece a la reparación del daño moral.²²³ Ninguna de esas circunstancias resulta determinante en el derecho chileno.

c) Más productivo parece asumir que pertenecen a la gran categoría del daño moral todas las consecuencias adversas que afectan la constitución física o espiritual de la víctima y que se expresan, por un lado, en dolor, angustia o malestar físico o espiritual y, por otro lado, en una disminución de la alegría de vivir.²²⁴ De ello se sigue que, en analogía con el daño patrimonial, *el daño moral puede consistir en un mal que se causa o en un bien de cuyo disfrute se priva*.

Ante todo, el daño no patrimonial se puede presentar en la forma de una *aflicción física o mental*. En ambos casos se trata de un daño positivo (como lo es el daño emergente en sede patrimonial), que aumenta instantáneamente el conjunto de males que dificultan o hacen más gravosa la existencia. En el caso del dolor físico, el daño se expresa en la aflicción que producen las heridas y en el sufrimiento asociado a los tratamientos médicos necesarios. En el caso de la aflicción mental, el dolor adquiere

²²¹ Viney/Jourdain 2001 267, Markesinis/Deakin *et al.* 2003 827.

²²² Como es el caso del derecho francés, donde la tipificación de los daños en sede de responsabilidad civil se explica porque respecto de algunos tipos de daños la víctima no tiene que reembolsar lo que recha del personalmente responsable a los aseguradores privados o sociales (*infra* N° 697).

²²³ Es el caso del artículo 2069 del Código italiano, que establece la reparabilidad del daño moral sólo en los casos en que la ley lo autoriza, de modo que la discusión en torno al 'daño biológico' y el 'daño a la salud' tiene la relevancia práctica de definir el daño indemnizable, en la medida que se entiende que procede reparación cuando esos bienes son dañados (Cian/Trabucchi 1992 artículo 2059 II; de Giorgi 1992 825; Busnelli/Parit 1997 48, con referencia a la expansión del 'daño a la persona'); algo semejante ocurre en Alemania luego de la reforma de 2002 al BGB, que introdujo una norma que enumera como daños morales reparables los que resultan del daño corporal, de la salud, de la libertad y de la autodeterminación sexual (BGB, § 253).

²²⁴ Concepto tomado de Palandt/Heinrichs § 253 15.

innumerables matices e intensidades, que se muestran en un largo catálogo de desgracias que pueden afectar nuestro bienestar espiritual (el sentimiento de disvalor producido por una incapacidad física, el pudor afectado por un atentado a la privacidad, el dolor afectivo por la pérdida de un hijo o del cónyuge).²²⁵ En todos estos casos, la reparación del daño no patrimonial opera propiamente como *prelim doloris*: es una compensación económica por el sufrimiento efectivo que ha afectado al demandante.²²⁶

Pero el daño moral también presenta una cara que no es un sufrimiento que se traduzca en un mal positivo para la víctima, sino en una privación de ciertas ventajas de la vida. Muy genéricamente este tipo de daño no patrimonial puede ser llamado *pejuicio de agrado*.²²⁷ El riesgo es la inabordable extensión del pejuicio de agrado, porque son innumerables y disímiles las ventajas de la vida que una persona pueda disfrutar y las actividades que puede desarrollar en el ámbito deportivo, artístico o en la vida de relación, incluyendo la vida sexual y familiar.²²⁸ Con todo, parece preferible hacer referencia a una categoría genérica de pejuicio, que presenta como característica común la pérdida de ventajas de la vida, a introducir infinitas distinciones que se superponen y que a menudo entremezclan las categorías más elementales del daño no patrimonial. La condición de reparabilidad está dada por la certidumbre y gravedad suficiente del daño y no por pertenecer a alguna subcategoría específica (*supra* N°s 145 y 152).

d) Aun así, la distinción entre el dolor y la pérdida de ventajas de la vida no es tan clara al momento de analizar los pejuicios en concreto. Eso explica la práctica judicial de valoración del daño moral en sumas globales

²²⁵ Burrows 1994 231 se refiere, como ejemplos de aflicción mental (*mental distress*), al malestar, la preocupación, la ansiedad, el miedo, el trastorno espiritual, la pena y el enojo; Cane/Aiyah 1999 136 agregan la incomodidad, la indignidad y la vergüenza.

²²⁶ En el derecho comparado la reparación de la aflicción mental está frecuentemente limitada a la víctima directa del accidente; así en el *common law* (Cane/Aiyah 1999 135, Epstein 1999 437 y 274); en el derecho alemán, donde resulta de la lesión corporal o a la salud, referida como bienes que dan lugar a indemnización, según la reforma del año 2002 (BGB, § 253 II); en el derecho italiano, donde el antecedente de la reparación es el daño a la salud, que constituye el injusto del daño como condición de la reparación, según la técnica empleada por los artículos 2043 y 2059 de ese Código (Cian/Trabucchi 1992 artículo 2043 IX, Visconti 1996 246, de Giorgi 1992 830, Forchelli 1990 17); también en el nuevo derecho de las obligaciones holandeses, el daño moral resulta indemnizable, en casos de negligencia, "si el perjudicado ha sufrido una lesión corporal, se le ha dañado en el honor o buena reputación o se ha afectado o ha sido atacado de otra manera en su persona" (Cód. hol., § 6, 106.1°).

²²⁷ La denominación se ha generalizado en el derecho francés como *préjudice d'agrément* (Mazeaud/Chabas 1998 425, Viney/Jourdain 2001 260) y en el *common law*, bajo la denominación de *loss of amenities* (Burrows 1994 188, Cane/Aiyah 1999 135).

²²⁸ En este texto se emplea el concepto de agrado en el sentido más general de carencia de ventajas de la vida; por eso, aquí carece de sentido, por ejemplo, la distinción que la jurisprudencia francesa ha hecho del 'pejuicio sexual' como una categoría independiente del 'pejuicio de agrado' (Méga Code § 1363 59).

les, que expresan una apreciación holística o de conjunto de los daños, con el propósito de evitar una doble indemnización.²⁹⁹

Así se explica también la tendencia comparada en materia de valoración del perjuicio moral que se sigue del daño corporal, en orden a establecer tablas que atienden a la naturaleza objetiva de las lesiones y a características estandarizadas de la víctima (edad, sexo), sin entrar a una desagregación conceptual de los distintos tipos de padecimientos y privaciones que deberá enfrentar a consecuencia de sus lesiones (*infra* N° 208).

b. Evolución de la reparación del daño moral

193. Evolución histórica y comparada de la reparación del daño moral.

a) En pueblos primitivos toda sanción parece tener una justificación retributiva. Por otra parte, son difusas las fronteras del derecho penal y del civil. El derecho a la venganza era por cierto proporcional a la ofensa, de modo que era más severo en el caso de perjuicios morales derivados de lesiones a la integridad corporal y al honor.²⁹⁰ Los orígenes remotos de la indemnización civil por daños se remontan a la composición privada del conflicto provocado por lesiones físicas o muerte, que son objeto de compensaciones pecuniarias voluntarias cuyo preciso fin es neutralizar la venganza.²⁹¹

b) En el derecho romano, la *lex del talión* es codificada en la Ley de las XII Tablas (siglo V a.C.), reservándose, sin embargo, la posibilidad de que se convenga en solución pacífica: "si alguien rompe un miembro a otro, a no ser que se pacte con él, aplíquese talión".²⁹² Posteriormente, la creación pretoriana extendió tales compensaciones pecuniarias a daños morales sin incidencia física, como los atentados al honor.²⁹³ En la época justiniana, el derecho romano admitía la indemnización del daño moral por un amplio número de conceptos.²⁹⁴

Esta tendencia se extiende al derecho medioeval, en sus versiones germánica y romanista. El tardío derecho común ya conoció una expansión de la *actio iniuriarum* romana.²⁹⁵ A su vez, el derecho germánico del temprano medioevo reconocía una compensación económica o *Wergeld*, por

²⁹⁹ Markesinis/Deakin *et al.* 2003 827.

²⁹⁰ Mazeaud *et al.* 1963 I N° 298.

²⁹¹ Dinesen 1937, capítulo 2; Evans-Prichard 1940 162.

²⁹² XII Tablas 8,2.

²⁹³ Guzmán 1996 II 269, Kaser 1971 I 624, Lévy/Castaldi 2002 883.

²⁹⁴ Según las Ins. Just. 4,4,2, la *iniuria* (daño) se podía provocar no sólo por actos físicos, "sino también promoviendo contra el aborto; (...) escribiendo, comportando, publicando un libelo o versos titimantes, o haciendo que alguno haga esto malamente; siguiendo a una madre de familia, a un joven o a una joven, atentando contra el pudor de alguno, y en fin, por una multitud de otras acciones".

²⁹⁵ Coing 1985 I 296.

los daños corporales, sobre la base de distinciones bastante sutiles.²⁹⁶ Por su parte, las Siete Partidas contienen una definición amplia de daño, que parece comprender la compensación por las lesiones corporales (más allá de las alusiones a las represiones penales asociadas a esos ilícitos).²⁹⁷

Al tratar de los daños ocasionados injustamente y del deber de repararlos, Grocio expresa que "Dios dio la vida al hombre no para destruirlo, sino para preservarlo; asignándole con este propósito un derecho al libre disfrute de la libertad personal, reputación y al control sobre sus acciones", de todo lo cual surge el deber de reparar la pérdida o daño que se haya causado también a estos bienes.²⁹⁸

Este antiguo y continuo reconocimiento de la compensación del daño moral se suspende con la doctrina de los inspiradores de la codificación decimonónica (Domat y Pothier), quienes lo ignoraron como objeto de indemnización.²⁹⁹

c) En el siglo XX, la indemnización del daño moral se consolidó con distintas intensidades en el derecho comparado; en especial respecto del perjuicio que resulta del daño corporal y de la lesión de derechos de la personalidad.²⁹⁰ Sin embargo, la extensión del daño indemnizable y el monto de las indemnizaciones difieren de un sistema jurídico a otro. Por un lado, el derecho francés reconoce reparación por todo tipo de daños morales, inmediatos y por repercusión, introduciendo subdistinciones al interior de cada tipo de daño,²⁹¹ todo lo cual ha acarreado algunos excesos, incluyendo la doble indemnización de ciertos perjuicios.²⁹² En otros siste-

²⁹⁶ Así, por ejemplo, el *Wergeld* era más elevado si se dañaba el ojo de un tuerto que de una persona con visión normal; los pagos eran a la vez una pena y una compensación, pues una parte era entregada al tesoro real y la otra a la víctima, según una tradición que provenía de la *Basex* (especie de multa) del derecho germánico (Wesol 1997 287 y 330, Lévy/Castaldi 2002 908. La discusión sobre la reparación del daño moral fue muy intensa en la ciencia jurídica alemana anterior al BGB; este Código optó por una posición escéptica en cuanto a su reparabilidad en atención a los problemas de justificación de la indemnización y de valoración (Göbel 2005 36).

²⁹⁷ "El empozoamiento, o menoscabo, o destrucción que un hombre recibe en sí mismo o en sus cosas por culpa de otro" (Siete Partidas 7,25,1).

²⁹⁸ Grocio, *Del Derecho de la Guerra y de la Paz* 2,17,1 y siguientes; Pufendorf *Tratado de los Deberes del Hombre y del Ciudadano* 1,6,3 señala entre los bienes protegidos por deberes de ciudadano "no sólo los que tenemos por naturaleza, como la vida, el cuerpo, la castidad, la libertad, sino también los adquiridos sobre la base de alguna institución o convención humana", de lo cual se sigue que cualquier daño infligido injustamente a otro puede dar lugar a responsabilidad.

²⁹⁹ Mazeaud *et al.* 1963 I N° 299. En la redacción del Código Civil francés no se consideraba la reparación del daño moral, aun cuando no está excluida expresamente. Sin embargo, desde 1833 la Corte de Casación francesa comenzó a reconocer la procedencia de la indemnización de este daño, argumentando que sus dificultades de valoración no son una razón suficiente para rechazar la acción de la víctima (Mazeaud/Chabas 1998 424).

²⁹⁰ Sobre el estado de la reparación del daño moral en el derecho comparado, R. Domínguez Á. 1990 154 y C. Domínguez 1998 b 29.

²⁹¹ Mazeaud/Chabas 1998 422 estiman que la completa enumeración de los conceptos de daño moral resulta fastidiosa. Una enumeración de los tipos de daño moral reconocidos en el derecho francés en Viney/Jourdain 1998 28 (una referencia en nota a *supra* N° 192 b).

²⁹² Críticos de esta evolución, Chabas 2000 b N° 85, Mazeaud/Chabas 1998 424, Viney/Jourdain 1998 23, Tunc 1989 148.



mas jurídicos se ha tenido mayor cuidado frente a esos riesgos y se ha producido una evolución más controlada y atenta a los límites del daño reparable y a los montos de las indemnizaciones; así, por ejemplo, se suele excluir la reparación del daño moral por repercusión, se limitan los tipos de daños indemnizables, se establecen límites superiores a las indemnizaciones o se estandarizan sus montos atendiendo a los diversos tipos objetivos de perjuicios.²⁴³

194. La reparabilidad del daño moral en el derecho chileno. a) Como se ha visto, la legislación civil española, vigente en Chile hasta avanzada la segunda mitad del siglo XIX, contenida esencialmente en las Siete Partidas, hacía referencia a los daños corporales y contemplaba una definición amplia del daño reparable.

b) Según indica en sus notas, para discernir las normas sobre responsabilidad extrcontractual Andrés Bello tuvo en cuenta esa legislación española, el *Corpus Iuris Civilis* y, sobre todo, el Código francés.²⁴⁴ En circunstancias que estos textos no contenían un desarrollo orgánico del daño moral o simplemente lo ignoraban, como ocurría con el Código francés, se explica que el Código Civil no contenga una definición de daño moral y que la única norma que indirectamente se refiere a la materia excluye su reparación (artículo 2381). En consecuencia, en nuestro derecho el daño moral fue una creación eminentemente jurisprudencial, aunque tenía antecedentes en fuentes históricas y comparadas.²⁴⁵

c) Desde la entrada en vigencia del Código Civil y hasta principios del siglo XX la jurisprudencia entendía que sólo era indemnizable el daño

²⁴³ Al menos alguna de estas técnicas de limitación del daño moral reparable se siguen en el *common law* y en los derechos español, alemán e italiano. Un panorama del derecho europeo en Von Bar 1996 II 20; para el derecho norteamericano, Abraham 2002 212. Si bien no existe un texto general aplicable a la responsabilidad civil, la resolución 75/7 del Consejo de Europa contiene algunas recomendaciones a los estados miembros que consagran la reparación de los perjuicios morales causados por atentados a la integridad física o muerte, pero al mismo tiempo restringe el número de habilitados para demandar el perjuicio moral por repercusión.

²⁴⁴ En sus notas, Bello cita extensamente como fuente del título de los delitos y cuasidelitos la Séptima Partida de la Siete Partidas (Proyecto de 1853, artículos 2478 a 2498), pero me parece inequívoco que la estructura del título proviene del Código francés.

²⁴⁵ Sobre los orígenes de la reparación del daño moral en las Siete Partidas y en el derecho francés antiguo, así como en la jurisprudencia francesa del siglo XIX, que luego fue seguida de cerca por nuestra jurisprudencia, C. Domínguez 1998 b 29. En Hispanoamérica, algunos códigos civiles han sido reformados para introducir expresamente la reparación del daño moral y en general los códigos civiles dictados en el siglo XX contienen referencias a la reparación de los perjuicios extrapatrimoniales (Código argentino, modificado en 1968 y que es ampliado en un proyecto de A. Alterini de 1998; Código mexicano, modificado en 1982; Código peruano de 1984, artículos 1382 y 1984; y Código brasileño de 2002, artículos 953 y 934); donde no se ha introducido una regla legal, existe una amplia tendencia a su reconocimiento jurisprudencial; una completa relación comparada del derecho hispanoamericano en la materia en Díez 2006 349.

patrimonial referido por el artículo 1556 y se mostró contraria a conceder una reparación por perjuicios morales. Utilizaba como principal argumento para rechazar su reparación la imposibilidad de apreciar pecuniariamente derechos o intereses inmateriales, cuya indemnización se estimaba ajena al Código Civil.²⁴⁶

Sin embargo, ello no impidió que algunas sentencias, sobre todo en materia de accidentes causados por tranvías y ferrocarriles, ordenaran indemnizar daños corporales con incidencia patrimonial y extrapatrimonial (muerte o lesiones del padre de familia o de un hijo menor), evaluándose los perjuicios en una suma global.²⁴⁷ Pero en ninguna de esas decisiones se efectuó una argumentación definitiva en favor de la reparación de este daño y, por el contrario, otros fallos contemporáneos continuaban negándola.²⁴⁸

²⁴⁶ Una tardía reseña de estos argumentos en el voto de minoría del ministro señor Agüero en Corte de Santiago, 9.1.1946, RDJ, t. XLIV, sec. 2ª, 4.

²⁴⁷ La jurisprudencia de comienzos del siglo XX parece liberal en la prueba de los daños, que son avalados en una suma global que se estima equitativa; véanse CS, 22.9.1905, RDJ, t. III, sec. 1ª, 124, y CS, 10.10.1906, RDJ, t. III, sec. 1ª, 412; véase también C. Domínguez 1998 b 37. En la época se reconoció indemnización por el daño sufrido a consecuencia de la "deformidad indeleble que la catástrofe dejó en el rostro de la menor", agregando que tal circunstancia "la coloca en situación de no poder aspirar sin temores y zozobras a un brillante porvenir", consideración que insinúa que se reparó un perjuicio estético por sus consecuencias futuras (Corte de Santiago, 17.6.1902, confirmada por la CS [cas. fondo], 8.8.1902, G. de los T., 1ª sem., 1902, Nº 2274, 606; ver H. Figueroa 1911 29). En el caso de la muerte por atropello de un menor se concluía que "la vida humana es un elemento de verdadera riqueza (...) susceptible de una apreciación material o en dinero" (Corte de Santiago, 27.7.1907, RDJ, t. IV, sec. 2ª, 139); según Díez 1997 94 y C. Domínguez 2000 33, esta es la primera sentencia que acepta la indemnización del daño moral en Chile; aunque la discusión es anecdótica, las fuentes disponibles indican que ella fue reemplazada por otra de la Corte de Santiago por motivos que no se mencionan en las publicaciones (Corte de Santiago, 25.10.1911, confirmada por la CS [cas. fondo], 13.1.1922, RDJ, t. XXI, sec. 1ª, 529). En la época también se falló "que el daño moral resultante del dolor que naturalmente debe haber causado al demandante la muerte de su hija de dos y medio años (...) le da derecho a una reparación" (Corte de Valparaíso, 31.5.1915, G. de los T., 1ª sem., Nº 298, 732). Existen también fallos recientes que indemnizan el daño moral y patrimonial como una única suma global: CS, 3.5.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 5ª, 87; Corte de San Miguel, 14.4.2003, GJ 274, 140; Corte de Santiago, 30.9.2003, GJ 279, 270.

²⁴⁸ Por ejemplo, CS, 13.1.1922, RDJ, t. XXI, sec. 1ª, 529, que rechazó la indemnización del daño moral consistente en el dolor para un padre por la muerte de su hijo de dos años. Pocos meses después la Corte Suprema en un caso análogo decidió en sentido contrario, concediendo la reparación del daño moral, en una sentencia de gran relevancia en la evolución de la reparación del daño moral en Chile (CS, 16.12.1922, RDJ, t. XXI, sec. 1ª, 1058). Por el contrario, desde temprano en el siglo XX alguna doctrina comenzó a sostener que el daño moral era indemnizable; artículos que defendiendo su procedencia en el derecho nacional se publicaron en 1910 (Renáñez, Arturo, "Indemnización de perjuicios en caso de accidentes. Responsabilidad de la empresa de los ferrocarriles del Estado", RDJ, t. VII, 1ª parte, 71) y 1920 (Buttón, Roberto, "La indemnización del daño moral en nuestra legislación, RDJ, t. XVII, 1ª parte, 27); más tarde siguieron el mismo camino las excelentes memorias de Ducci 1936 169 y O. Tapia 1941 180; la consolidación doctrinaria se produce con Alessandri 1943 226.

d) El cambio definitivo de la tendencia jurisprudencial se produjo por una sentencia de la Corte Suprema de 1922, que argumenta extensamente en favor de la indemnización del daño moral y cuya relevancia es destacada por la mayor parte de la doctrina nacional.²⁴⁹ La decisión recayó en un caso de daño moral reflejo sufrido por un padre a consecuencia de la muerte de su hijo de 8 años, atropellado por un tranvía. El fallo sintetiza los argumentos tradicionales para apoyar la reparación del daño moral: *i)* el artículo 2329 el Código Civil prescribe que “*todo daño*” debe ser reparado, sin distinguir su naturaleza, comprendiendo “los de orden inmateral o psíquico”;²⁵⁰ *ii)* “que la consideración de que la muerte sea un mal irreparable (...) no excluye la responsabilidad establecida por la ley”; *iii)* que “la reparación del daño causado, no puede obtenerse en muchos casos de un modo absoluto y para alcanzar una reparación relativa, no existe otro medio que la sanción pecuniaria”; y *iv)* que “la falta de equivalencia entre el mal producido y la reparación concedida, y la repugnancia para estimarlo en dinero, no demuestran sino la insuficiencia de los medios” de que dispone el legislador, pero que ello no se concluye que “deba dejar de aplicarse la sanción (...) como represión o reparación de los actos ilícitos”.

Con posterioridad a la sentencia de 1922, la jurisprudencia asumió que el daño moral era indemnizable, agregando ocasionalmente nuevos argumentos.²⁵¹ Esta consolidación jurisprudencial se ha visto alentada por la creciente valoración de los bienes de la personalidad, tanto en el ordena-

²⁴⁹ CS, 16.12.1922, RDJ, t. XXI, sec. 1ª, 1063, comentada en O. Tapia 1941 186 y Alessandri 1943 229.

²⁵⁰ Sobre esta interpretación del artículo 2329, Alessandri 1943 226 y la jurisprudencia citada por Díez 1997 96. Lo cierto, sin embargo, es que esa regla se sitúa entre las presunciones de culpa y de responsabilidad y su propósito no parece ser expandir el daño reparable, sino aludir a situaciones en que la culpa y la causalidad pueden presumirse a partir de la evidencia circunstancial que rodea la ocurrencia del daño (*supra* N° 91, *infra* N° 271).

²⁵¹ A modo ilustrativo, y sin perjuicio de las sentencias que se analizan en los párrafos siguientes, pueden consultarse las siguientes decisiones: CS, 18.12.1926, RDJ, t. XXIV, sec. 1ª, 567, señalando que los artículos 2314 y 2329 del Código Civil se refieren a todo daño; CS, 3.7.1930, RDJ, t. XXVIII, sec. 1ª, 117, que se pronuncia en el mismo sentido; CS, 3.8.1932, RDJ, t. XXIX, sec. 1ª, 549, que además hace referencia a los artículos 2317, 2329, 2284 y 44 del Código Civil, 24 del Código Penal, 30 del Código de Procedimiento Penal y 20 de la Constitución Política; Corte de Santiago, 5.5.1933, confirmada por la CS [cas. fondo], 14.9.1934, RDJ, t. XXXII, sec. 1ª, 10; CS, 16.12.1933, RDJ, t. XXXI, sec. 1ª, 144; CS, 24.9.1943, RDJ, t. XLI, sec. 1ª, 228; y Corte de Santiago, 26.5.1944, RDJ, t. XLI, sec. 2ª, 41. Sin embargo, la tendencia no fue unánime; así, por ejemplo, Corte de Santiago, 10.9.1940, RDJ, t. XXXIX, sec. 1ª, 203, que aludió a la doctrina de la incommensurabilidad; por algún tiempo subsistieron votos de minoría basados en la tesis de la incommensurabilidad de los daños morales (véase voto en contra del ministro señor Agüero en Corte de Santiago, 8.6.1943, RDJ, t. XI, sec. 2ª, 50).

miento jurídico formal²⁵² como en la consideración social de los intereses relevantes.

Sin perjuicio de las importantes preguntas relativas a las condiciones más precisas de su compensación, en el derecho chileno actual no está en discusión que procede indemnizar el daño moral. La discusión doctrinaria y las vacilaciones de la jurisprudencia se han centrado en las últimas décadas en preguntas relativas a si las personas jurídicas pueden sufrir daño moral (*infra* N° 195) y a su procedencia en caso de incumplimiento contractual (*infra* § 24 i).

195. ¿Daño moral a las personas jurídicas? a) El daño moral tiene su antecedente más frecuente en la muerte y en los daños corporales, de los cuales no pueden ser víctimas las personas jurídicas, pues aun la más animista teoría de la personalidad tendría dificultades para explicar la realidad de sus padecimientos.²⁵³ Por otro lado, la expansión del daño moral en el derecho moderno ha sido también incentivada por un respeto creciente a la dignidad humana, esto es, a atributos inviolables de la persona natural. Es el caso de la privacidad, la honra, el nombre y los demás derechos de la personalidad. La pregunta pertinente pasa a ser entonces mucho más precisa: ¿es la lesión de la privacidad y la reputación de una persona jurídica un daño moral indemnizable?²⁵⁴

b) En el derecho comparado son múltiples las respuestas. En el *common law*, los acentados a la reputación de una persona jurídica sólo son objeto de

²⁵² El artículo 20 de la Constitución 1925 hacía procedente la indemnización de los daños *meramente morales* que hubiere sufrido injustamente un individuo, en cuyo favor se dictare sentencia absoluta o de sobreseimiento definitivo; en términos similares se refiere al daño moral la norma del artículo 19 N° 7 letra i) de la Constitución vigente. El antiguo DL 425 sobre abusos de publicidad, y los textos que lo sustituyeron (leyes N° 16.643 y N° 19.733, actualmente vigente), consideran la indemnización del daño moral que se siga de injurias o calumnias cometidos a través de ciertos medios de comunicación. Algunas disposiciones del Código Penal, condenan a indemnizar esta clase de daños (como el antiguo artículo 215, sobre el delito de usurpación de nombre, o el artículo 370, de aplicación común a los delitos de violación, estupro o abusos sexuales). La ley, de accidentes del trabajo hace expresa referencia a la indemnización del daño moral para los casos en que las lesiones del trabajador sean imputables a culpa del empleador (artículo 69). La Ley de consumidores reconoce el derecho a la “indemnización adecuada y oportuna de todos los daños materiales y morales” (artículo 3 letra c). Finalmente, la ley N° 19.628, sobre protección de datos, establece también expresamente la obligación de reparar el daño moral provocado en el tratamiento de datos o información personal (artículo 23).

²⁵³ En este sentido, la Corte de Santiago concluye, en términos generales, que no cabe considerar una persona jurídica como sujeto de sufrimiento, dolor o angustia o cualquier otra lesión a los sentimientos propios de una persona natural (Corte de Santiago, 16.6.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 2ª, 47); véase también Corte de Santiago, 9.6.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 2ª, 46.

²⁵⁴ Este perjuicio moral de la persona jurídica debe distinguirse del que pueden sufrir individualmente sus integrantes, respecto de los cuales aquella carece en general de facultades en el derecho nacional (*supra* N° 157).

reparación cuando tienen una incidencia económica: debe probarse que fue afectado el crédito comercial o la confianza pública en la empresa (traducible en resultados del ejercicio), o que disminuyeron las contribuciones o donaciones que recibía la persona jurídica sin fines de lucro.²⁵⁵ Por el contrario, el derecho francés acepta la indemnización de los daños morales de la persona jurídica, aun sin prueba de consecuencias patrimoniales, apelando a algunas nociones vinculadas a la proyección social del nombre: reputación o crédito, notoriedad, imagen de la marca o el secreto de sus negocios.²⁵⁶ Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, utilizando una fórmula de extrema vaguedad, ha sostenido que puede existir un daño moral reparable para una sociedad comercial, en un caso de una empresa afectada en su reputación por un proceso judicial excesivamente largo.²⁵⁷

Estas decisiones tienen a menudo un sesgo surrealista, porque tras el supuesto daño a la personalidad moral (en sentido estricto) de una sociedad comercial evitan a menudo pronunciarse respecto de un evidente perjuicio patrimonial (una disminución imperceptible o impredecible de la cifra de negocios), cuya prueba se evade invocando un daño moral; o bien el daño moral a la empresa esconde las aflicciones sufridas por sus administradores o dirigentes (la angustia del gerente de la sociedad sometida a un juicio largo e injusto).²⁵⁸ Así, estas acciones de reparación del daño moral tienden a convertirse en un mecanismo para vulnerar reglas restrictivas de la legitimidad activa para demandar la reparación de perjuicios que afectan a sus miembros.²⁵⁹

En suma, todo indica que las personas jurídicas tienen acciones en naturaleza para prevenir, hacer cesar y reparar el daño que se haga a su

honra o privacidad, pero no pueden ser tenidas por titulares de un derecho a ser indemnizadas por el daño moral (a menos que esta indemnización pierda su pretensión reparatoria).²⁶⁰

c) En el derecho chileno, siguiendo la doctrina francesa que sostenía que la persona jurídica no tiene corazón, pero sí posee honor y consideración,²⁶¹ Alessandri afirmó que sólo podían demandar la reparación del daño moral por atentados contra su nombre y reputación.²⁶² Esta posición ha sido generalmente seguida en las últimas décadas.²⁶³

Por su parte, la jurisprudencia también ha afirmado, por lo general, que un daño moral entendido como el "precio del dolor" no puede tener como sujeto pasivo a una persona jurídica.²⁶⁴ Una sentencia solitaria de la Corte de Concepción²⁶⁵ dio lugar a la indemnización del daño moral que sufrió una empresa comercial por el desprestigio que le provocó la publicación en el Boletín Comercial del protesto de una letra de cambio oportunamente pagada.²⁶⁶ En todo caso, la misma Corte conociendo de un recurso de protección, afirmó después que el crédito o prestigio de las personas jurídicas no tiene la misma jerarquía que el honor u honra de las personas naturales y que no queda protegido por la garantía constitucio-

²⁶⁰ Ilustrativo en este sentido es el derecho norteamericano (Prosser/Keeton *et al.* 1984 779).

²⁶¹ Mazeaud *et al.* 1968 I N° 326.

²⁶² Alessandri 1943 475.

²⁶³ Bidart 1985 168, Fuenyo 1990 119 y 1991 368, Díez 1997 129, C. Domínguez 2000 719 y Corral 2003 153, quien concluye que la indemnización es procedente cada vez que se lesionen intereses extrapatrimoniales de la persona jurídica; un intento de fundar la responsabilidad por daño moral a la persona jurídica en las categorías generales del derecho de la personalidad en Heine 2002 *passim*.

²⁶⁴ CS, 2.4.1997, GJ 202, 97; Corte de Santiago, 9.6.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 2°, 46; y Corte de Santiago, 16.6.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 2°, 47; y Corte de Santiago, 9.12.2003, RDJ, t. C, sec. 2°, 150, confirmada por CS [cas. formal], 14.3.2005, rol N° 546-2004.

²⁶⁵ Corte de Concepción, 2.11.1989, con com. de R. Domínguez Á y R. Domínguez B. en Rev. Concepción 190, 1991, 148, confirmada por CS [cas. forma y fondo], 7.5.1992, RDJ, t. LXXXIX, sec. 1°, 41; el fallo concedió una indemnización de \$ 15 millones por concepto de daño moral y de \$ 10 millones por daño patrimonial (a consecuencia de un contrato que debió rescitarse); los montos llevan a preguntarse si implícitamente la Corte quiso castigar una conducta en extremo torpe del banco o indemnizar un lucro cesante difuso, constituido por las pérdidas por negocios futuros que no efectuará la sociedad; parece prematuro inferir de ese fallo consecuencias más generales (en ese sentido, sin embargo, C. Domínguez 2000 723 y Díez 1997 131). Otro fallo otorgó indemnización por concepto de daño moral a una sociedad que sufrió la indebida paralización de sus obras por parte del municipio (CS, 21.6.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 5°, 163; véase también Corte de San Miguel, 14.6.2006, rol N° 895-2002, con com. de C. Pizarro en Rev. Fuenyo 6, 2006, 145).

²⁶⁶ En un caso análogo, una sentencia de la Corte de Santiago ha precisado que el daño moral de la persona jurídica debe traducirse en un menoscabo de su "buena fama comercial", cuestión que no se produce si no se logra probar que el protesto haya sido publicado en el Boletín de Informaciones de la Cámara de Comercio (Corte de Santiago, 16.6.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 2°, 47); para un razonamiento similar, véase Corte de Santiago, 9.12.2003, RDJ, t. C, sec. 2°, 150, confirmada por CS [cas. formal], 14.3.2005, rol N° 546-2004, con com. de C. Pizarro en Rev. Fuenyo 6, 2006, 145.



nal, negándole de esta manera un mecanismo procesal que se ha vuelto relevante para la cautela en naturaleza de derechos protegidos por la responsabilidad civil.²⁶⁷

d) Un camino posible es distinguir las personas jurídicas que no persiguen fines de lucro de las sociedades. Las *corporaciones y fundaciones* persiguen un fin esencialmente moral y con frecuencia la lesión de su prestigio no tiene consecuencias patrimoniales, de modo que la única manera de compensar el mal que se les cause es mediante la indemnización del daño moral.²⁶⁸ Atendidos sus fines, el perjuicio colectivo que sufren los asociados es también de carácter moral. Sin embargo, tampoco en este caso conviene partir de conceptos demasiado abstractos, porque también las corporaciones y fundaciones suelen sufrir perjuicios netamente patrimoniales cuando se les afecta en su reputación (lo que puede conducir a una disminución de los aportes o de los ingresos de su operación, por ejemplo).

Los atendidos a la reputación de las *sociedades* tienen un efecto patrimonial. Por eso, cabe preguntarse, en su caso, si en vez de forzar la aplicación de un concepto de daño moral, desarrollado en atención a las facultades espirituales de las personas naturales, no resulta preferible avalar el perjuicio de acuerdo a los criterios patrimoniales del lucro cesante o del daño emergente.²⁶⁹ Después de todo, una empresa difamada no pierde en el sentimiento de autoestima, sino pierde clientes y oportunidades de negocios, que se traducen en lucro cesante y en un menor valor del negocio en marcha.²⁷⁰

Todo indica que no es conveniente una argumentación puramente conceptual, que parta *a priori* de un concepto genérico de persona, para entender abstracta y mecánicamente la reparación del daño moral hacia las personas jurídicas. Por lo mismo, conviene evitar que la invocación de un daño moral por la persona jurídica se convierta en un método subrepticio

²⁶⁷ Corte de Concepción, 17.4.2002, confirmado por la CS [apelación], 10.7.2002, GJ 265, 33.

²⁶⁸ Es el camino seguido por la jurisprudencia alemana; en sentido análogo Corral 2003 153.

²⁶⁹ En un caso resuelto por la Corte de Santiago puede apreciarse la naturaleza patrimonial de los perjuicios que puede soportar una persona jurídica. Una sociedad sufrió el embargo de un camión industrial por una deuda ajena. Luego de ser acogida la tercera de dominio, esta sociedad interpuso demanda de indemnización de perjuicios contra el embargante, por daño patrimonial y moral, al haber sido privada del uso del camión durante un período cercano a los 6 meses. La sentencia de primera instancia concedió \$ 5.530.760 por daño patrimonial y \$ 7.000.000 por daño moral. La sentencia de alzada, concluyendo que la persona jurídica es una ficción legal que no puede sufrir el dolor que compensa el daño moral, efectuó un análisis detallado del lucro cesante sufrido (horas útiles de utilización perdidas multiplicadas por su valor de mercado), confirmando la sentencia de primera instancia únicamente en la reparación del daño patrimonial (Corte de Santiago, 9.6.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 2ª, 46).

²⁷⁰ El daño moral propiamente tal lo sufren las personas naturales a quienes afecta su propio nombre, en la medida que les afecta de forma refleja el prestigio de la sociedad a la que se encuentran vinculadas: por las personas jurídicas 'sienten' las personas naturales.

de eludir las reglas de prueba de los perjuicios patrimoniales, dando lugar a los excesos generados en algunos sistemas jurídicos, que luego han provocado una acérrima crítica doctrinal.

En todo caso, el análisis de la jurisprudencia muestra una notable prudence en la expansión de la reparación indemnizatoria del daño moral a las personas jurídicas. Los casos en que se ha aceptado el daño moral a una empresa son demasiado marginales como para construir una teoría general acerca de la indemnización del daño moral a las sociedades.

e) Distinto parece ser el caso de las acciones que persiguen la *restitución en naturaleza* del mal causado (publicación de una sentencia absoluta-ria, por ejemplo) o que tienen por objeto prevenir o poner término a un daño injusto: en ese caso, el medio más razonable para proteger a la persona jurídica ilícitamente afectada es precisamente por medio de acciones preventivas o suspensivas del mal que se causa. Por lo demás, para que estas acciones sean procedentes es indiferente que el daño actual o futuro que se pretende evitar sea patrimonial o moral.

c. Funciones de la reparación del daño moral: restitución, compensación y pena civil

196. Restitución en naturaleza de los daños no patrimoniales. El dinero puede contribuir a *reparar en naturaleza*, al menos en parte, algunos daños morales. Así, puede permitir a la víctima de un shock nervioso recurrir a un tratamiento psiquiátrico; a quien ha sufrido un accidente del tránsito, someterse a una intervención quirúrgica que restablezca la armonía en su rostro; a quien ha sido difamado, efectuar publicaciones en defensa de su honra. En estos casos, la indemnización cubre propiamente *perjuicios patrimoniales*, consistentes en los gastos necesarios para que la víctima sea llevada a la condición anterior al accidente.

En otros casos, la restitución en naturaleza se puede lograr por medios más directos, que no se traducen propiamente en una indemnización. Es lo que ocurre, por ejemplo, si en caso de difamación se pretende una retractación pública, la publicación de la sentencia condenatoria del difamador o, incluso, el reconocimiento de una indemnización simbólica, por ejemplo, de un peso.²⁷¹

197. La indemnización del daño moral como compensación por el mal sufrido. a) A diferencia de lo que ocurre con los daños patrimoniales, los daños morales no pueden ser objeto de reparación. El dolor físico, la pérdida de autoestima por la desfiguración del rostro, la deshonra a consecuencia de una difamación o la imposibilidad de disfrutar las alegrías

²⁷¹ Viney/Jourdain 2001 3, Deutsch/Alrens 2002 213. Sobre la acción de restitución en naturaleza, en general, *infra* § 57; en especial, sobre la reparación en naturaleza por daños a derechos de la personalidad, *infra* § 46 c.



ordinarias de la vida no son propiamente reparables, pues la indemnización no permite a la víctima volver al estado de cosas anterior al accidente. Como se ha visto, este fue en su momento uno de los principales argumentos para rechazar su indemnización: ¿cómo reparar en dinero un daño irreversible?

b) Según se ha analizado, consideraciones como las anteriores llevaron por mucho tiempo a rechazar la responsabilidad civil por daño moral. Por un lado, se argumentaba la perversidad de poner un valor en dinero a bienes que eran naturalmente incommensurables; por otro, se decía que, por la misma razón, la reparación carecía de criterio de valoración. Por estas razones, importantes códigos modernos establecieron que el daño moral sólo era indemnizable cuando la ley así lo ordenaba;²⁷² y todavía se establecen severas limitaciones a los daños no patrimoniales que pueden ser reparados.²⁷³

Actualmente está enraizada la idea de que todo tipo de daño llama a su reparación, de modo que una función esencial del derecho de la responsabilidad es resituir, dentro de lo razonable, el orden alterado por el hecho negligente del demandado. Por eso, desde la perspectiva de la justicia no es aceptable que bienes, cualitativamente más preciosos que los patrimoniales, escapen a la protección de la responsabilidad civil, en perjuicio de las víctimas y en beneficio de los responsables.²⁷⁴

A su vez, desde un punto vista preventivo, las reglas de responsabilidad no cumplirían sus fines disuasivos si el responsable no se hiciese cargo de todos los efectos dañosos de la negligencia, en la medida que habría incentivos imperfectos y el nivel de cuidado sería inferior al óptimo social. Por lo demás, estos daños tienen un costo económico de oportunidad, porque las personas estarían dispuestas a pagar para no sufrílos. En otras palabras, por difícil que sea valorar el daño moral, es preferible ponerle un precio que dejarlo de cargo de la víctima.

c) Aun así, la indemnización de daños no patrimoniales no puede tener carácter reparatorio. Su función es más bien *compensatoria*: la víctima recibe una indemnización que no pretende restablecer el estado de cosas anterior al daño, sino cumplir la función más modesta de permitirle ciertas ventajas, que satisfagan su pretensión legítima de justicia y la compensen por el mal recibido.²⁷⁵

El dinero, especialmente en los casos en que la reparación en naturaleza no resulta posible, proporciona a la víctima la posibilidad de obtener

²⁷² BCB, § 253 (modificado en 2002, reconociéndose una acción general, en materia contractual y extr contractual, por el daño moral derivado de la lesión del cuerpo, de la salud, de la libertad o de la autodeterminación sexual); Cód. ital., artículo 2059 (que dio lugar a la reparación del daño moral en los casos que lo estableciera la ley).

²⁷³ Así, hasta hoy en los derechos alemán, holandés, escandinavos y en el *common law* no se aceptaba la indemnización del daño reflejo puramente moral (véanse notas a *infra* N° 229).

²⁷⁴ Mazeaud/Chabas 1998 423, Posner 1992 189.

²⁷⁵ Larenz 1987 475.

satisfacciones compensatorias: mejorar el ambiente en que vive, una habitación más cómoda, distracciones que le ayuden a soportar los efectos del accidente.²⁷⁶ Este es propiamente el fin de justicia correctiva de la indemnización del daño moral. Por esto, su función es la *compensación* de la víctima, quien recibe una suma de dinero que no sustituye el bien afectado (como en la reparación del daño patrimonial), pero que le permitirá obtener otras ventajas de la vida.²⁷⁷ La víctima que recibe una indemnización por concepto de daño moral puede libremente utilizarla para los fines que estime convenientes.²⁷⁸ Como lo expresa Alessandri, "*las penas con pan son menos*",²⁷⁹ la indemnización del daño moral persigue hacer de nuevo la vida más liviana a quien ha soportado una carga física o espiritual atribuible al hecho culpable de un tercero.²⁸⁰

d) Aunque los fallos nacionales hablan con frecuencia de la reparación del daño moral, con ello se alude a la función compensatoria de la

²⁷⁶ Sobre la función de *compensación* de la indemnización del daño moral en el derecho comparado, Viney/Jourdain 2001 1, Kötz 1991 187; también las críticas de Esmeln 1954 113. En el derecho alemán los tribunales reconocieron al daño moral una función adicional de *satisfacción* respecto del ilícito del demandado; esta calificación ha sido discutida por la doctrina (Lange 1990 438) y deberá ser probablemente revisada a consecuencia de la reforma al BCB que entró en vigencia en 2002, que extendió, sin distinciones, la indemnización al daño moral derivado de la responsabilidad estricta (artículo 253 II).

²⁷⁷ Un análisis de las dificultades para calificar como estrictamente reparatoria la indemnización en dinero del daño moral en Corte de Santiago, 30.5.2003, Cf 275, 97, y Corte de Santiago, 10.3.2000, Cf 237, 159. Al respecto, también se ha sostenido que "la indemnización no hace desaparecer el daño, ni tampoco lo compensa en términos de poner a la víctima en una situación equivalente a la que tenía antes de producirse aquel (...)", la indemnización por daño moral está dirigida a dar a quien ha sufrido el daño, una satisfacción de reemplazo" (Corte de Santiago, 18.11.2002, Cf 269, 90); y que "aunque la pérdida sufrida" por los padres de una niña de cuatro años violada y asesinada "es irreparable y la vida que se quitó no puede ser avaluada en dinero, debe fijarse, prudentemente, una suma por el rubro objeto de la demanda" (Corte de Talca, 3.6.2000, confirmada por la CS [cas. fondo], 19.12.2000 Cf 246, 192, publicada también en F del M. 505, 4813).

²⁷⁸ Así en el derecho francés (Viney/Jourdain 2001 107, Mazeaud/Chabas 1998 423). La discusión se ha planteado, por ejemplo, cuando una víctima de un accidente corporal recibe una indemnización con el propósito de que se someta a una intervención quirúrgica costosa. La víctima puede decidir utilizar el dinero con otros fines y no someterse a la operación, con el argumento de que, en tales casos, no se le puede forzar a sufrir una intervención que implica nuevos padecimientos y riesgos. En el derecho alemán, por el contrario, se considera que la víctima sólo tiene disposición libre del monto indemnizatorio por el daño a las cosas, porque la reparación de gastos hospitalarios es una indemnización que sólo se justifica en la medida que se cumpla el fin al que está afecta (Palandt/Heinrichs § 249 6).

²⁷⁹ Alessandri 1943 228. Sobre la función de la indemnización del daño moral en la doctrina nacional, Díez 1997 247, quien habla de "satisfacción", y el extenso análisis de C. Domínguez 2000 86, que concluye que se trata de una "compensación satisfactoria". En contra, P. Rodríguez 1999 313, quien utilizando aparentemente el estricto concepto de compensación del derecho de las obligaciones, señala que la indemnización del daño moral es "satisfactiva, mas nunca compensatoria".

²⁸⁰ Kötz 1991 187.

indemnización.²⁸¹ De esta función se derivan varias consecuencias. En primer lugar, como se ha visto, la indemnización en dinero puede eventualmente ser sustituida por una reparación en naturaleza que restituya a la víctima el bien no patrimonial del que ha sido privado. En segundo lugar, asumiendo que la compensación se refiere a bienes incommensurables en dinero, la indemnización sólo puede fijarse sobre la base de parámetros de equidad (que exigen que el daño causado por la negligencia ajena sea compensado) y de justicia formal (que suponen una cierta homogeneidad en las indemnizaciones reconocidas a las víctimas), porque no es lógicamente posible asumir en materia de daño moral el principio de la reparación integral del daño.

198. La indemnización como pena civil: indemnización punitiva. a) La responsabilidad civil asume un carácter punitivo cuando la indemnización excede la reparación del daño causado. En este caso, la indemnización es otorgada al demandante, al menos en parte, en la forma de una *pena civil*, que es *retributiva* respecto de un comportamiento particularmente impropio, y es una *sancción disuasiva*, que mira hacia el futuro, porque su finalidad es amedrentar al demandado y a los otros que estén en posición de incurrir en la conducta reprochable.²⁸²

El efecto es reconocer una indemnización en beneficio del demandante que excede los perjuicios efectivos y que se otorga en consideración a la gravedad del ilícito, a la naturaleza y extensión del daño causado y a la riqueza del demandante.²⁸³ En otras palabras, la indemnización punitiva participa de la sanción penal, en la medida que su propósito sancionador y disuasivo se logra mediante una pena que no atiende al daño efectivamente sufrido por el demandante.

²⁸¹ Así, se ha fallado que la indemnización del daño moral "procura que el afectado obtenga algunas satisfacciones equivalentes al valor moral destruido" (CS, 29.5.1973, RDJ, t. LXX, sec. 4ª, 61); que "la indemnización del daño moral no tiene carácter reparatorio, ya que el pago de una indemnización en dinero no borra el daño. Si el hecho causó la muerte de un hijo, padre, conviviente o hermano no es posible volver a la situación anterior. Solo se cumple una finalidad satisfactoria en el sentido que gracias al dinero, el que lo recibe puede procurarse satisfacciones materiales y espirituales" (Corte de Concepción, 19.8.2003, confirmada por la CS [cas. fondo], 24.12.2003, GJ 282, 61). Véanse ejemplarmente también: CS, 18.12.1926, RDJ, t. XXIV, sec. 1ª, 567; Corte de Santiago, 16.8.1984, RDJ, t. LXXXI, sec. 4ª, 140; Corte de Temuco, 25.6.1963, RDJ, t. LX, sec. 4ª, 290; Corte de Santiago, 22.8.1990, GJ 122, 72; Corte de Santiago, 26.9.1990, GJ 123, 47; Corte de Santiago, 9.6.1994, F. del M. 427, 344; Corte de Santiago, 12.9.1994, RDJ, t. XCI, sec. 2ª, 88; Corte de Santiago, 1.7.1997, RDJ, t. XCIV, sec. 2ª, 79, y Corte de Santiago, 18.11.2002, GJ 269, 90.

²⁸² Sobre la función punitiva que solía tener la condena a múltiples de los perjuicios efectivos en el derecho romano, Kaser 1971 I 156, 628; sobre el concepto de *punitiva damages* en el derecho norteamericano, Prosser/Keeton *et al.* 1984 10, Abraham 2002 221; una interesante discusión crítica en Cordach en Pantaléon 2001 139; un análisis de la función punitiva de la indemnización civil, con referencias al derecho chileno y comparado, en Segura en Varas/Turner 2005 635; una referencia histórico-crítica a la función punitiva de la indemnización del daño moral en Góthel 2005 37.

²⁸³ Restatement/Torts II § 908 (2).

b) En el derecho romano era usual que las indemnizaciones comprendieran una parte puramente compensatoria (expresada por el *quod interest*) y una multa de beneficio privado (*poena*), que en verdad era una sanción penal por el delito cometido.²⁸⁴ Así también en el derecho germano medieval, la reparación (*Wergeld*) era a la vez una pena y una compensación, pues una parte era entregada al tesoro real y la otra a la víctima (*supra* Nº 22 y 193). Con el correr del tiempo, la reparación civil y la sanción penal adoptaron caminos diferentes y la tradición del derecho civil las ha sometido a diferentes condiciones de aplicación.²⁸⁵

En la tradición del derecho civil no se reconocen formalmente los daños punitivos, aunque en la práctica judicial la indemnización del daño moral es frecuentemente asociada a un fin retributivo.²⁸⁶ Por el contrario, el instituto de la indemnización punitiva ha subsistido en el derecho anglosajón (bajo la denominación de *punitive damages*), aunque procede declarar sólo en circunstancias excepcionales: en Estados Unidos se exige que el demandado haya incurrido en una conducta ofensiva y repulsiva (*outrageous*),²⁸⁷ la que usualmente debe ser más reprochable que la culpa grave;²⁸⁸ en Inglaterra, por su parte, se requiere que el demandado haya actuado con cinismo oportunista, en conocimiento real o presunto de la ilicitud, esto es, con dolo o con una desconsideración temeraria de los intereses del tercero.²⁸⁹

c) Se ha afirmado que, bajo ciertas circunstancias, el criterio estrictamente reparatorio o compensatorio de determinación de los daños puede no tener suficiente eficacia preventiva. En especial se ha argumentado que

²⁸⁴ Digesto 9.2.5.1: "debemos entender aquí [en el caso de quien pudiendo prender a quien lo ataca lo mata] la 'injuria', no como cualquier clase de ofensa, (...) sino lo que se hizo en desacuerdo con el derecho, esto es contra el derecho, es decir si alguien hubiese matado con culpa y así concurren a veces ambas acciones: la de la ley Aquilia y la de injurias, pero habrá dos estimaciones, una la del daño, otra la de la ofensa". Sobre la distinción entre reparación y pena, Kaser 1971 I 501; sobre los orígenes de la indemnización como satisfacción, *supra* Nº 193.

²⁸⁵ Sin embargo el derecho civil conservó algunas penas privadas como sanción del fraude o la ingratitud (véanse artículos 1231, 1428 y 1768).

²⁸⁶ En Alemania, el Tribunal Supremo ha reconocido una función de satisfacción a la indemnización del daño moral, que es criticada por la doctrina y como se ha señalado, resulta ahora difícilmente compatible con la evolución de la legislación que ha extendido la reparación del daño moral a los casos de responsabilidad estricta (BGH, § 253 II, introducido en la reforma al derecho de obligaciones de 2002). En Francia, la idea de *pena privada* fue especialmente desarrollada por Ripert 1949 *passim*. Como ha ocurrido en el derecho chileno, el aspecto punitivo de la indemnización resalta en el caso del daño moral (Flour/Aubert 2003 133). Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte de Casación permanece, al menos oficialmente, muy ajustada a la idea de reparación (Viney/Jourdain 2001 8).

²⁸⁷ Así en el Restatement/Torts II § 908 (1).

²⁸⁸ Abraham 2002 222.

²⁸⁹ Burrows 1994 272; Fleming 1985 130; en el derecho inglés también se reconocen como fundamento de daños punitivos el acto de autoridad que consistentemente lesiona derechos fundamentales y el mandato legal expreso (ídem).

existen "cifras negras" en la responsabilidad por daños debidos a negligencia, porque la acción no siempre es hecha valer por las víctimas (por ejemplo, porque no saben a quién atribuir la causa del daño o porque para la víctima la prueba suele ser muy difícil). Si ello es efectivo, habrá incentivos para que el agente actúe con un nivel de diligencia inferior al óptimo, porque, en la práctica, no asume todos los costos de su negligencia; este efecto disuasivo imperfecto puede ser corregido si las indemnizaciones que amenazan al autor del daño son superiores al daño efectivo. Este diagnóstico es especialmente apropiado cuando se trata de daños intencionales (cuando se ha actuado con dolo directo o eventual), porque es de la naturaleza de ese tipo de conducta algún grado de engaño, que oculta la causa efectiva de los daños, lo que aumenta las probabilidades de impunidad.

A partir de estos supuestos, se plantea la *justificación disuasiva* de las indemnizaciones punitivas. Los daños punitivos vendrían a corregir esa desviación en la función preventiva de las reglas de responsabilidad al aumentar los costos del comportamiento oportunista.²⁹⁰

d) En contraste, las indemnizaciones punitivas generan diversas *dificultades*, que han sido objeto de amplia discusión doctrinaria y jurisprudencial.

Ante todo, plantean problemas de *seguridad jurídica* asociados a garantías sustantivas y procesales: se trata de una sanción que tiene todas las características de una pena y que, sin embargo, no está sujeta a los rigores especiales que supone el establecimiento de la responsabilidad penal, ni a las garantías del debido proceso penal. De hecho las mayores objeciones han tenido este fundamento. En Estados Unidos, la Corte Suprema ha revisado en numerosos casos la aplicación de daños punitivos y, si bien no ha rechazado por principio esa antigua práctica, le ha establecido límites progresivamente más estrechos; en un fallo se ha llegado a señalar que atenta contra el debido proceso la imposición de una pena que exceda la suma que se reconoce a título de indemnización propiamente compensatoria.²⁹¹ Así se explica que, en jurisdicciones cuya ley civil no conoce el instituto, los tribu-

²⁹⁰ Cooter/Ulen 1997 445. Si se acepta que la indemnización punitiva es otorgada como un medio para hacer responsable al demandado de los daños que no fueron objeto de acciones judiciales, su justificación puede ser también *compensatoria* en un sentido amplio, porque su función sería que el demandado cubra los daños de todas las víctimas de su ilícito. Esta línea argumental ha llevado en algunos estados norteamericanos a que una parte de la indemnización punitiva pertenezca al demandante (como una especie de sanción premial) y el resto sea asignado a fondos de interés general o que beneficien a las víctimas que no han demandado en el juicio; sobre el fundamento doctrinario de este concepto, Sharkey 2003 347.

²⁹¹ *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell*, 538 US 408, 2003, [01-12891]. En el caso, el jurado había aplicado daños punitivos que excedían en 145 veces la indemnización propiamente reparatoria; expresamente se señala que la *ratio* no es establecida como regla obligatoria, pero se ha consolidado la práctica de ese tribunal de que los daños punitivos no deben exceder tres o cuatro veces el valor de los compensatorios (el caso que la propia Corte Suprema considera líder en la materia es *BMW v. Gore*, 517 US 559, 1996). La regla de *State Farm* es semejante al límite que el artículo 1544 establece para que la cláusula penal sea enorme.

nales han estimado que sentencias extranjeras que establecen indemnizaciones punitivas no pueden ser ejecutadas precisamente porque atentan contra la reserva de orden público del derecho internacional privado, que limita la aplicación de derecho extranjero o la ejecución de sentencias extranjeras cuando con ello se atenta contra principios jurídicos fundamentales del país donde se debe aplicar.²⁹² Puede asumirse que la pregunta se plantearía con análogos fundamentos en el derecho chileno.²⁹³

A lo anterior se agregan *problemas de justicia correctiva*, porque, en el margen, al demandante le son reparados daños que no ha sufrido, de modo que se traducen en un beneficio injustificado en su relación con el demandado.²⁹⁴

Finalmente, el reconocimiento de sanciones civiles punitivas opera como un *incentivo a la litigación especulativa*, en razón de que los montos que se pueden reconocer están fuera de toda previsión (mucho más allá de las incertidumbres propias de la valoración del daño moral), lo que favorece la expansión de las acciones (en especial sobre la base de la práctica de pactos de *quota litis* de la víctima con sus abogados).²⁹⁵

e) Alguna doctrina afirma que la *compensación de la víctima exige introducir factores de satisfacción* por el agravio que ha recibido.²⁹⁶ El daño estaría agravado por la necesidad íntima de venganza. Sin embargo, ello es discutible por diversas razones. En primer lugar, contraviene el antiguo concepto de Windscheid en orden a que la indemnización del daño moral permite que "la sensación dolorosa sea compensada mediante una sensación agradable."²⁹⁷ que no consiste en la aplicación de un castigo al responsable (tarea que pertenece al derecho penal), sino en el reconocimiento de una compensación económica que beneficia a la víctima. Además, la función punitiva es incom-

²⁹² Es el caso de Alemania (BGH, 118, 312, 1992, en JZ 1993, 261) y de Japón (H.R. Manzel en JZ 1994, 618).

²⁹³ El principio de orden público internacional en el reconocimiento de sentencias extranjeras está recogido en el artículo 245 regla 1ª del Código de Procedimiento Civil.

²⁹⁴ Bydlnski 2004 395.

²⁹⁵ El tema fue planteado por la jueza O'Connor de la Corte Suprema de Estados Unidos: "Los daños punitivos son una poderosa arma, que impuesta sabía y contentadamente tiene el potencial demandante para avanzar en el logro de intereses públicos. Impuestos indiscriminadamente, sin embargo, tienen un poder de daño devastador. Lamentablemente, los procedimientos del *common law* para su reconocimiento caen en esta última categoría" (opinión disidente en *Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip*, 499 US 1, 1991, citado luego como doctrina del tribunal en el antes referido caso *State Farm*).

²⁹⁶ Ripert 1949 345, con un razonamiento que no ha sentido raíces en la jurisprudencia francesa. En Alemania la jurisprudencia atribuyó a la indemnización del daño moral fines de compensación y satisfacción (BGH, 18, 149, 1955), pero la calificación es muy discutida por la doctrina y ha sido aplicada recelosamente por los tribunales (Lange 1990 435, con referencias jurisprudenciales); la reforma del derecho de obligaciones de 2002, que generalizó la reparación del daño moral que se sigue de la lesión de ciertos bienes, debería llevar a reconsiderar la calificación, porque ha pasado a ser indemnizable el daño moral que se sigue de accidentes sujetos a un régimen de responsabilidad estricta (BGH, § 253 II).

²⁹⁷ B. Windscheid *Pandekten* II § 455 (citado por Lange 1990 435).

patible con la extensión de la indemnización del daño moral en el ámbito de la responsabilidad estricta u objetiva, donde ni siquiera existe el factor de gravedad del comportamiento para medir la sanción.³⁰⁶ Tercero, la progresiva socialización de los riesgos mediante el seguro hace que esa pena punitiva sea soportada más bien por el conjunto de los asegurados que deben financiar el costo creciente de las pólizas. Finalmente, el aspecto punitivo de la reparación civil debena cesar cuando el autor del daño es sometido a una sanción propiamente penal (de lo contrario habría doble sanción punitiva por un mismo ilícito), lo que además muestra que la consideración de la indemnización como pena no observa los principios del debido proceso penal.

En definitiva, la idea de punición parece contradecir ideas directrices del derecho civil, en orden a que la responsabilidad no tiene por antecedente una especie de pecado civil y que emociones como el resentimiento, la odiosidad y la rabia no son daños indemnizables.³⁰⁹ Todo indica que es necesario hacerse cargo en la materia de que “en el derecho civil corre un viento más helado y estricto que en el derecho penal”.³⁰⁰

f) En el derecho nacional, a pesar de que la jurisprudencia ha reiterado con frecuencia la naturaleza compensatoria de la indemnización,³⁰¹ se asumen con frecuencia típicas consideraciones retributivas al momento de pronunciarse sobre la avaluación de los perjuicios.³⁰² Ello se muestra en la referencia que fallos nacionales hacen a las facultades económicas del ofensor, con la consideración explícita o implícita de que los ingresos limitados del responsable harían ilusoria una indemnización cuantiosa,³⁰³ y también

³⁰⁰ Medicus 2002 311.

³⁰¹ Una síntesis de los argumentos doctrinarios en contra de calificar como punitiva la indemnización del daño moral en Lange 1990 435.

³⁰² Kötz 1991 188. Por lo mismo, la utilidad que puede presentar el establecimiento de daños punitivos es materia que debe resolver el legislador de acuerdo a fines públicos determinados y en situaciones debidamente tipificadas, como conduye Segura en Varas/Jurmer 2005 65.

³⁰³ Así, se ha fallado que “se hace necesario tener presente que se trata de una reparación y no de una pena” (CS, 16.10.1970, RDJ, t. LXVII, sec. 4°, 424). Véase también en este sentido, CS, 7.1.2003, rol N° 679-2002, comentada por E. Court en Rev. UAI 1, 2004, 85.

³⁰⁴ Una consideración explícita acerca de la proporcionalidad que debe existir entre la indemnización y las facultades del responsable en CS, 19.5.1999, F. del M. 486, 730, y Corte de Santiago, 1.9.2003, confirmada por CS [cas. fondo], 13.11.2003, GJ 281, 104; para un caso en que resulta evidente que las facultades económicas del condenado fueron determinantes en el elevado monto de la indemnización, Corte de Santiago, 1.9.2003, GJ 279, 115; para otro, en que expresamente se considera la actitud asumida por los padres de un menor que ha sido autor de crasidello civil para rebajar el monto de la indemnización que están obligados a pagar, Corte de Concepción, 19.8.2003, confirmada por la CS [cas. fondo], 24.12.2003, GJ 282, 61. Un análisis de esta tendencia en R. Domínguez A. 1990 133, Diez 1997 163 (con referencias jurisprudenciales), Corral 2003 174 y especialmente C. Domínguez 2000 88; un juicio crítico en R. Domínguez A. 1990 129 y Diez 1997 248. Una tendencia semejante se muestra en la jurisprudencia francesa (Viney/Jourdain 2001 9).

³⁰⁵ En el excelente estudio estadístico de P. Rubio sobre condenas por daño moral reflejo o por repercusión se muestra que las condenas promedio al Estado son de 1.776,2 UF, las de las municipalidades 811,1 UF; las de empresas, 672,1 UF; y las de personas naturales 353,3 UF, esto es, casi cinco veces inferiores que las del Estado, por daños del mismo tipo (Rubio 2005 N° 67).

en la estimación de la posición de la víctima.³⁰⁴ Muy en consonancia con consideraciones punitivas, también se atiende a la gravedad de la culpa o a la intensidad del ilícito.³⁰⁵ Por otra parte, la jurisprudencia suele considerar la gravedad de la culpa de cada demandado para determinar la contribución a la deuda cuando concurren varios responsables o de la víctima cuando ésta se expuso imprudentemente al daño (*infra* N°s 263 y 284).

³⁰⁴ Véase por ejemplo la sentencia de la Corte de Santiago, 4.10.1961, confirmada por la CS [cas. fondo], RDJ, t. LIX, sec. 4°, 25, que considera la gravedad de las ofensas cometidas contra el demandante y las facultades económicas de la demandada a efectos de determinar el *quantum* indemnizatorio. De forma explícita, discerniendo en torno al daño moral, se ha fallado que “es relevante, para su determinación, la entidad del agravio producido y la situación económica de quien lo produjo” (4° Tribunal de juicio oral en lo penal de Santiago, 8.3.2006, ruc N° 0510008021-6). Véanse además las siguientes sentencias: Corte de Santiago, 14.1.1963, RDJ, t. LX, sec. 4°, 47; Corte de Temuco, 25.6.1963, RDJ, t. LX, sec. 4°, 290; CS, 19.4.1984, RDJ, t. LXXXI, sec. 4°, 29; Corte de Santiago, 13.3.1985, RDJ, t. LXXXII, sec. 2°, 6; Corte de Rancagua, 18.3.1986, RDJ, t. LXXXIII, sec. 4°, 36; Corte de Santiago, 22.8.1990, GJ 122, 72; CS, 27.1.1998, GJ 211, 57; Corte de Santiago, 30.5.2003, GJ 275, 97; y Corte de Santiago, 1.9.2003, confirmada por CS [cas. fondo], 13.11.2003, GJ 281, 104. Aunque usualmente no se expresa en los fundamentos, es normal que si el autor del daño es una persona desposeída, las indemnizaciones sean inferiores (véanse, por ejemplo, CS, 10.3.2003, F. del M. 508, 154; CS 27.3.2003, F. del M. 508, 198); como contrapartida, se ha tenido explícitamente en consideración para imponer una indemnización de \$ 80 millones por daño moral, el hecho de que en el caso del demandado “no se trata de una persona carente de recursos que no pueda afrontar el pago de una indemnización” (Corte de Valparaíso, 17.4.2002, GJ 265, 141). Con todo, existen también fallos que han señalado que para la determinación del daño moral “no es posible conciliar las situaciones particulares y favorables de la víctima o de quienes la representan, para fijarle en más, o las que asisten al encausado o tercero civilmente responsable para fijarla en menos” (CS, 23.12.2002, F. del M. 505, 4452).

³⁰⁵ Se ha fallado que en la regulación de la indemnización debe considerarse “la naturaleza y extensión del daño” y “el grado de culpabilidad de los autores” (Corte de Santiago, 6.7.1925, confirmada por la CS [cas. fondo], 14.4.1928, RDJ, t. XXVI, sec. 1°, 141). Pueden consultarse además las siguientes sentencias: Corte de Santiago, confirmada por la CS [cas. fondo], 18.12.1926, RDJ, t. XXIV, sec. 1°, 567; CS, 16.12.1933, RDJ, t. XXXI, sec. 1°, 144; Corte de Santiago, 4.10.1961, confirmada por la CS [cas. fondo], RDJ, t. LIX, sec. 4°, 22, que considera la gravedad de las ofensas dirigidas contra la honra de la víctima y las facultades económicas de la demandada; Corte de Santiago, 14.1.1963, RDJ, t. LXXXVIII, sec. 4°, 141, que considera la extensión del daño y las facultades económicas del demandado; Corte de Santiago, 4.9.1991, GJ 135, 95; Corte de Santiago, 14.1.1963, RDJ, t. LX, sec. 4°, 47; Corte de Talca, 29.8.1997, confirmada por la CS [cas. fondo], 4.11.1997, RDJ, t. XCIV, sec. 4°, 288; Corte de Talca, 21.10.1998, confirmada por la CS [cas. fondo], 28.1.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 4°, 71; CS, 2.12.1998, F. del M. 481, 2737; Corte de Temuco, 10.8.2000, RDJ, t. XCVIII, sec. 4°, 27, publicado también en GJ 249, 123; Corte de Santiago, 1.9.2003, GJ 279, 115, que considera la “naturaleza del hecho culpable y del derecho agraviado”, así como las “facultades del autor”, y Corte de Santiago, 1.9.2003, confirmada por CS [cas. fondo], 13.11.2003, GJ 281, 104, en idénticos términos que el fallo anterior. Por otro lado, la ley N° 19.628, sobre protección de datos, establece expresamente que para fijar el monto de la indemnización (patrimonial y moral) por atentados en el tratamiento de datos o información personal, el juez debe tener en cuenta “la gravedad de los hechos” (artículo 23 III).

En verdad, diversos factores analizados en párrafos anteriores contribuyen a este estado de cosas. El más evidente es que el daño moral no sea mensurable en dinero, porque afecta bienes que no tienen valor de cambio. Pero, más allá de esa limitación estructural, faltan otros criterios objetivos para su determinación, en la medida que no se ha consolidado una práctica coherente de valoración en torno a baremos aceptados. En definitiva, se entiende que la valoración sería necesariamente subjetiva y que su proporcionalidad estaría sustraída al control jurídico, pues la facultad de avaluar el daño pertenecería al denominado poder soberano de los jueces de fondo (*infra* N° 201).

g) Los problemas que plantean las indemnizaciones punitivas son relevantes con mayor intensidad en sede de daño moral, porque, a diferencia de lo que ocurre con los daños patrimoniales, no pueden calcularse con referencia a un monto objetivamente determinable, que exprese los perjuicios efectivamente sufridos. Por ello, resulta explicable la tensión que muestra la jurisprudencia en la materia. Por lo mismo, a pesar de las justificadas reservas doctrinarias, no es fácil eliminar de la valoración del daño moral elementos retributivos.³⁰⁶

A falta de un ordenamiento legal que tipifique objetivamente los daños y los valore en cada caso (como ocurrió en España con el daño moral que se sigue de ciertos daños corporales), parece preferible asumir que la indemnización tiene una función implícita de satisfacción, pero como un complemento acotado de una base objetiva de valoración. El mecanismo más eficaz, como se ha mostrado en otras jurisdicciones de nuestra tradición jurídica y del *common law*, es asumir en la determinación del daño moral baremos indemnizatorios informales, basados en la práctica jurisprudencial vigente, pero que admitan cierta tolerancia para considerar las circunstancias del caso. De ese modo, existiría una referencia más objetiva y menos intuitiva para el establecimiento de las indemnizaciones, cuestión que por lo demás resulta ser un imperativo de seguridad jurídica y de justicia material (*infra* N° 208).³⁰⁷

d. Determinación y valoración del daño moral

199. Exigencia de que el interés sea significativo. a) Se ha visto que la definición más precisa del daño moral parece ser la negativa: se trata de bienes que tienen en común carecer de significación patrimonial. En circunstancias que es lógicamente imposible delimitar un conjunto que es

³⁰⁶ Markesinis 1997 390, con referencia a la práctica jurisprudencial alemana.

³⁰⁷ Es interesante constatar que la ley N° 19.996, de garantías de salud, establece criterios puramente compensatorios del daño moral, en la medida que la indemnización debe ser fijada por el juez "considerando la gravedad del daño y la modificación de las condiciones de existencia del afectado con el daño, atendiendo a su edad y condiciones físicas" (artículo 41 I).

definido en términos puramente negativos, el riesgo de la indeterminación es la descontrolada expansión de los perjuicios indemnizables. Uno tras otro, intereses de muy diversa naturaleza son candidatos a engrosar la categoría de daños reparables. En contraste con la justificada expansión de la protección civil hacia los bienes de la personalidad, la caucea indemnizatoria de los intereses afectivos más insignificantes puede producir una inflación de los daños indemnizables. La posibilidad de mantener bajo control este riesgo depende fundamentalmente del umbral que la jurisprudencia fije para que el daño sea tenido por significativo (*supra* N° 145).

b) La definición del *umbral de significancia* es una cuestión de derecho que corresponde ir precisando a la jurisprudencia. La experiencia comparada muestra desarrollos desbordadamente expansivos³⁰⁸ y otros definitivamente más moderados.³⁰⁹ En el derecho chileno los intereses morales reconocidos son generalmente significativos y son infrecuentes los fallos que conceden indemnización por molestias o turbaciones carentes de significación propiamente moral.³¹⁰

200. La víctima de daños morales tiene derecho a una equitativa compensación. a) Se ha insistido en que a diferencia de lo que ocurre respecto del daño patrimonial, no es fácil discernir un criterio operativo de valoración del daño moral. Como se ha visto, el principio de la reparación integral del daño sólo metafóricamente puede ser extendido al ámbito no patrimonial,³¹¹ porque simplemente se carece de un denominador común para medir el daño y la reparación, que en el caso del daño patrimonial está

³⁰⁸ Como parecen ser los casos francés y español. En Francia se denuncia una 'disolución de los caracteres del perjuicio reparable' (Cadet 1997 39) y, ante el descontrol que ha adquirido el concepto de daño reparable, incluso se ha reclamado la intervención del legislador (Pradel 2004 469). En el derecho español se ha dado lugar a indemnización en casos en extremo discutibles como los enumerados por Paraleón en Paz-Ares *et al.* 1991 1992: el arrendatario que aparece como incumplidor; el escultor cuya obra es atribuida a un tercero; la molestia de no poder vivir por algún tiempo en la propia casa. Sin embargo, la ley ha establecido baremos respecto del daño moral que se sigue del daño corporal.

³⁰⁹ Es el caso del derecho alemán, donde la jurisprudencia desechó desde temprano la reparación de los 'daños de bagatela', exigiendo una cierta entidad a las molestias o penas para que sean objeto de reparación; el legislador incluyó ese límite doctrinario en la reforma al BGB en materia de obligaciones (§ 253 II); en el *common law* la reparación del daño moral sólo procede por daño corporal y por afección emocional (Restatement/Torts II § 905) y se extiende, en el derecho inglés, a la pérdida de agravos (*loss of amenities*) de cierta relevancia (Burrows 1994 188).

³¹⁰ Sin embargo, la indefinición acerca de la relevancia del daño puede llevar a que se otorgue indemnización por daño moral en favor del arrendatario cuyas instalaciones fueron desalojadas de hecho del pequeño local que arrendaba; la flexibilidad del concepto de daño moral permite extremarlo, como en la referida situación de actuación abusiva de hecho (CS, 29.I.2002, F. del M. 498, 676).

³¹¹ Así, C. Domínguez 2000 713, sobre la jurisprudencia francesa, Viney/Jourdain 2001 272. Véase, además, la resolución 75/7 del Consejo de Europa que deja en claro que los efectos no patrimoniales del daño corporal no pueden ser efectivamente reparados.

dado por el valor de cambio del bien en dinero. Por lo mismo, no es posible definir una suma de dinero que exprese el punto de indiferencia para la víctima entre recibir la indemnización o preservar tales bienes.³¹² La consecuencia, como se ha visto, es que el *quantum* de la indemnización no puede ser concebido como reparación del daño sufrido, a lo más se puede objetivar en términos relativos, esto es, que daños semejantes tengan una indemnización análoga y que las diferencias estén dadas por la importancia comparativa de los distintos tipos de daño.³¹³

b) Descartada la aplicación efectiva (y no meramente retórica) del principio de la reparación integral del daño no patrimonial, la pregunta crítica de la indemnización es su valoración. Como criterio, no queda más que exigir que ésta sea *equitativa*.³¹⁴ El criterio de equidad, que es aceptado como regla de valoración del daño moral por códigos recientes,³¹⁵ limita y da libertad al juez. Por un lado, le impone la carga de justificar la valoración con referencia a criterios objetivos, que atiendan a principios de justicia formal (que casos iguales sean tratados análogamente) y de justicia

³¹² Los economistas han intentado descubrir un criterio equivalente para determinar ese valor, que sería proporcional al gasto adicional que una persona está dispuesta a incurrir para disminuir en un cierto porcentaje el riesgo de perder la vida o sufrir lesiones graves (por ejemplo, incorporando accesorios de seguridad como *air bags* o frenos ABS). Se trata de un criterio observable para medir las preferencias, bajo el supuesto de que la aversión al riesgo es siempre inferior a 1, esto es, que estamos dispuestos a correr ciertos riesgos, que incluso amenazan nuestra vida, para obtener otros beneficios. Estos análisis tienen una doble dificultad: ante todo, porque los cálculos estadísticos acerca de inversión en seguridad no pueden ser extrapolados como criterio de valoración de la vida o la integridad física, en atención a que la preocupación del derecho por indemnizar a la víctima no es equivalente a los criterios de prevención de riesgos (que más bien son importantes a efectos del cuidado exigido, como se ha visto en *supra* N° 66); enseguida, porque el cálculo no concluye en un valor que exprese la indiferencia, entre tener la suma de dinero o a un hijo con vida (Cooter/Ulen 1997 189, Posner 1992 191, Cane/Atiyah 1999 136).

³¹³ Alessandri sostenía el principio de que el monto de la reparación depende de la extensión del daño y no de la gravedad del hecho, pero no hacía referencia separada a la avaluación del daño moral; respecto de este último decía, que "los tribunales, más por razón de equidad que jurídicas, lejos de prescindir de la culpabilidad del agente, la toman muy en cuenta, y, según sea más o menos grave, aumentan o reducen la indemnización, con el efecto de considerar en ciertos casos la reparación como pena privada (Alessandri 1943 546).

³¹⁴ Los fallos frecuentemente invocan la equidad como criterio de valoración del daño; véase, por ejemplo, Corte de Concepción, 16.10.1998, GJ 225, 98, publicada también en F. del M. 484, 150; CS, 27.3.2002, GJ 261, 80; Corte de Concepción, 20.5.2002, GJ 268, 93; Corte de Santiago, 2.7.2002, GJ 265, 85; Corte de Santiago, 18.11.2002, GJ 269, 90; y Corte de Santiago, 30.5.2003, GJ 275, 97.

³¹⁵ Así, Cód. hol., § 6.106.1 ("Por el perjuicio que no consista en daño patrimonial tiene el perjudicado derecho a una indemnización de daños a determina según la equidad"); BGR, § 253 II, incorporado a una reforma del derecho de obligaciones que comenzó a regir en 2002 ("Si se debe indemnizar a consecuencia de una lesión del cuerpo, de la salud, de la libertad o de la autodeterminación sexual, se puede exigir una indemnización equitativa por los daños no patrimoniales").

correctiva (que haya alguna proporción entre la entidad del daño y la indemnización); pero, en contraste, también le deja espacio para corregir esa apreciación más bien objetiva, tomando en consideración las peculiaridades del caso (en particular, la gravedad del ilícito).³¹⁶

c) En atención a que la determinación del daño no tiene una equivalencia exacta en dinero, se ha fallado que la circunstancia de no haber indicado el actor el monto de la indemnización pedida por el daño moral ocasionado por el accidente no puede causar el vicio de *ultra petita* en la sentencia que determina los perjuicios.³¹⁷

201. Subjetividad de la determinación del daño moral en la práctica chilena. a) La determinación del daño moral adolece en el derecho chileno de una radical *subjetividad*. Así lo acepta la jurisprudencia superior, para la cual la determinación del daño moral es objeto de una apreciación prudencial y subjetiva, de modo que se puede fundar en cualesquiera apreciaciones de hecho que los jueces de instancia estimen relevantes, escapando por completo al control jurídico por vía de casación.³¹⁸ Esa asunción supone renunciar a todo criterio normativo de valoración.

Ese estado de cosas no sólo se vincula a la imposibilidad de medir en dinero los daños no patrimoniales. También son determinantes la ausencia de información estadística acerca de las indemnizaciones reconocidas por los tribunales, la tendencia judicial a incorporar aleatoriamente elementos retributivos en la valoración,³¹⁹ y, más de fondo, la aceptación de

³¹⁶ Artículos *Ética Nicomacusa* 5,10.

³¹⁷ CS, 5.6.1986, F. del M. 331, 384, expresa que basta que el petitorio de la demanda el actor indique que solicita "se le pague la cantidad que el tribunal estime de justicia". Anteriormente, la misma Corte Suprema había confirmado una sentencia que concedió indemnización por daño moral a la cónyuge sobreviviente e hijos de la víctima, no obstante que ésta no había sido solicitada en la demanda (Corte de Santiago, 17.6.1941, confirmada por la CS [cas. forma y fondo], 27.8.1942 y 3.12.1943, RDJ, t. XLI, sec. 1°, 430). En concordancia con lo anterior, también se ha fallado que los jueces son libres para apartarse de lo solicitado por el demandante (CS, 2.11.1972, RDJ, t. LXIX, sec. 4°, 173); en el mismo sentido puede verse Corte de Santiago, 18.11.2002, GJ 269, 90. Sin embargo, en una ocasión, la Corte Suprema casó en la forma una sentencia de la Corte de Santiago precisamente por el vicio de *ultra petita* al calcular la indemnización del daño moral (Corte de Santiago, 9.7.2002, revocada por CS [cas. forma], 12.5.2003, GJ 275, 227).

³¹⁸ Véanse, por ejemplo, CS, 7.1.2003, GJ 271, 96, donde se señala que el monto de la indemnización es apreciado por los jueces del fondo "en atención al sufrimiento, dolor, o molestia que el hecho ilícito ocasiona en la sensibilidad física o en los sentimientos o afectos de una persona, lo que constituye una apreciación subjetiva que queda entregada sólo al criterio y discernimiento de aquellos", de modo que no puede ser objeto de control por vía de casación en el fondo; CS, 27.3.2002, GJ 261, 80, que afirma que el daño moral "afecta la integridad espiritual de una persona, el que es apreciado por el juez de acuerdo a los antecedentes del proceso y la equidad"; CS, 7.5.1998, RDJ, t. XCV, sec. 1°, 38, que afirma que la regulación de la indemnización por daño moral es facultativa del tribunal, de modo que no puede ser motivo de error de derecho; en el mismo sentido, CS, 3.5.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 5°, 87.

³¹⁹ *Supra* N°s 142 y 198.