

CONSIDERACIONES EN TORNO AL DAÑO EN LA
RESPONSABILIDAD
CIVIL. UNA VISION COMPARATISTA *

RAMON DOMINGUEZ AGUILA
Prof. Derecho Civil
Universidad de Concepción

I
ROL JURIDICO DEL DAÑO

A. EL DAÑO COMO ELEMENTO DE LA RESPONSABILIDAD

1. En los derechos civilistas

En los diversos derechos llamados por algunos romanistas o por otros civilistas, el daño implica la privación de algún bien, de un derecho o la alteración de alguna situación jurídica o lesión a un interés, presente o futuro¹. Sin adentrarnos aquí en el concepto mismo de daño, que sigue siendo debatido, entendemos que, en un sentido muy general, equivale a "menoscabo, disminución, detrimento"².

Concebido así, aparece como un *elemento* esencial de la responsabilidad civil, des-

*La mayor parte del material usado en este trabajo fue obtenido por el autor durante su estancia como profesor visitante en la Escuela de Derecho de la U. de Miami y con ocasión de impartir allí docencia en un seminario sobre responsabilidad civil en derecho comparado. El autor no puede sino agradecer desde aquí, una vez más, a la prof. Mary Doyle, decana de esa Escuela y al prof. Keith S. Rosenn por su invitación y ayuda, así como al personal de la biblioteca de dicha Escuela por su enorme paciencia y colaboración.

¹ Queremos así abarcar, con términos generales, las diversas doctrinas existentes sobre la noción de daño, desde aquellos que exigen que signifique el menoscabo de un derecho hasta los que se contentan con la simple lesión a un interés sin más, pasando por los que piden que se trate de un interés jurídicamente protegido.

² E. Zannoni, *El daño en la responsabilidad civil*, n. 6, pág. 21, 2ª edic., Buenos Aires 1987.

Con posterioridad y en casos más claros, por existir clara cohabitación, la doctrina de Bullock v. United States se ha ido abriendo paso, para admitir la acción por "loss of consortium" para no casados en California, en especial luego de Butcher y Superior Court of Orange County⁸⁴. Aquí se trataba de un claro concubinato, ya que Paul y Cindy Forte habían vivido juntos durante once años y procreado dos hijos; pero sin contraer matrimonio. Forte fue severamente herido en un accidente por el vehículo conducido por Ralph Butcher. La Corte admite la acción por "loss of consortium" de la conviviente. Debe agregarse que los convivientes hacían vida familiar normal, en todo lo demás, dado que incluso tenían cuenta corriente común, declaraban tributos conjuntamente y, en todo, se consideraban marido y mujer. Es decir, vivían en lo que algunos en USA prefieren llamar "Common Law Marriage" en lugar del término aún despectivo de concubinato. La sentencia se contenta, para admitir la acción, con que exista una relación estable y significativa.

Con todo, sería impropio afirmar que la doctrina del fallo californiano es ya la general en USA. Muy por el contrario: despierta aún severa resistencia en otros estados. Así, una sentencia de Alabama⁸⁵, refiriéndose precisamente al caso californiano, señala con una buena dosis de humor que jamás encontraríamos en nuestros severos fallos que "en otros estados que California, cuando compañeros quieren un reconocimiento social y legal para su relación, se casan" y que la exigencia de una relación "significativa y estable" es por lo menos imprecisa: "¿Dar un anillo de compromiso es crear una relación significativa? ¿Es suficiente la cohabitación? Y si lo es, ¿cuánta cohabitación? ¿Bastaría una participación en el pago de la renta? ¿Y qué de una significativa relación homosexual?"

Con las particularidades de cada sistema, es en todo caso posible observar cómo el mismo problema suscita idénticas opiniones, en favor o en contra, según se está o no dispuesto a doblegarse frente a realidades sociales que los jueces no pueden alterar y cómo la admisibilidad de la acción indemnizatoria por concubinos lleva indefectiblemente a plantearse la futura cuestión de la convivencia homosexual.

8.1.3. Derecho chileno

Entre nosotros, el problema no se ha suscitado, al menos según nuestro conocimiento. El concubinato es una realidad en países no desarrollados tal vez más fuerte que en USA o Francia; pero forma parte de la vida corriente de quienes permanecen, de todas formas, algo al margen del sistema jurídico considerado normal y vigente. La convivencia en clases modestas es casi una realidad histórica. Pero en otras capas sociales, si bien aumenta, prevalecen los criterios morales tradicionales y de allí que su reconocimiento jurisprudencial sea escaso, porque nadie supone que la convivencia podría fundar, ante nuestros jueces, una causa de acción indemnizatoria, sea de daño moral o patrimonial. Y ello, no obstante el cada vez más amplio reconocimiento que a la convivencia se da en el denomi-

nado derecho social y aun en el civil, a propósito de los bienes comunes adquiridos durante el concubinato⁸⁶.

Con todo, ha de tenerse en cuenta que se ha aceptado la acción indemnizatoria de un hermano natural por el daño moral sufrido⁸⁷, sin que se haya pensado en objetar el origen de la relación que dio nacimiento a la víctima directa y a la indirecta. Es verdad que la filiación natural es reconocida por la ley civil; pero al menos ese caso revela que la exigencia de un matrimonio como elemento de licitud del daño, admite ya en Chile ciertas dudas. Habría que esperar que un caso de cohabitación dramático, como los que originalmente abrieron la vía en Francia y en USA, llegase a plantearse para conocer la reacción de nuestros jueces ante el tema de la licitud del interés protegido.

9. Certeza

Que el daño ha de ser cierto, no hipotético, es una condición en la que todos los sistemas, autores y sentencias están de acuerdo. En USA, el Restatement of Torts dice que "aquel a quien otro ha causado indebidamente perjuicio tiene derecho a indemnización compensatoria por el daño solamente si prueba la extensión del perjuicio y el monto de dinero que represente su compensación adecuada, con la mayor certeza que la naturaleza del hecho y las circunstancias lo permitan" (art. 912). Se ha dicho que, en esta materia, no es permisible "indulgencia con la especulación al fijarse el monto de los daños. La indemnización no debe ser fijada con conjeturas y especulación sino que debe ser determinada con razonable certeza. Un jurado no debe considerar la pérdida de ganancia, sino si existe suficiente prueba para evitar la mera especulación"⁸⁸.

⁸⁶ Nuestros tribunales no admiten, derechamente, que el concubinato de por sí genere obligaciones o relaciones patrimoniales que de alguna manera lo asimilen a un matrimonio; sino que aceptan la existencia de una comunidad de bienes cuando ha existido convivencia porque ha habido un trabajo conjunto. Es pues la comunidad de trabajo la que funda la posibilidad de aceptar que se haya producido una comunidad simple y no la sola existencia del concubinato. Vid. C. Alvarez N., op. cit. pág. 22; C. Suprema, 16 diciembre 1953, *Rev. de Der.* t. 50, sec. 1ª pág. 470; C. Temuco, 9 noviembre 1960, *Rev. de Der.* t. 58, sec. 1ª pág. 450. Ya con anterioridad se había resuelto que el trabajo común hace nacer una sociedad de hecho, aún si no hubiere mediado matrimonio religioso: C. Santiago, 9 noviembre 1892, *Gaceta* 1892, t. 2, N° 2.096, pág. 390; C. Talca, 15 septiembre 1928, *Rev. de Der.* t. 32, sec. 1ª pág. 1. Por ello si a pesar del concubinato los bienes se han adquirido con el trabajo independiente de uno de los concubinos, no hay comunidad: C. Suprema, 25 de julio 1989, *Rev. de Der.* t. 86, sec. 1ª pág. 105, la que para existir requeriría haber puesto bienes en común: C. Suprema, 5 de mayo 1957, *Rev. de Der.* t. 54, sec. 1ª pág. 71. Pero la sola participación de la mujer en tareas del hogar es contribución suficiente para generar la comunidad: C. Suprema, 31 julio 1943, *Rev. de Der.* t. 41, sec. 1ª pág. 89. Con todo, jamás la jurisprudencia nacional se ha detenido en el examen de la licitud o ilicitud del concubinato en tales situaciones, lo que revela una cautela frente al problema. Vid. J. Bidart Hernández, *Sujetos de la acción de responsabilidad extracontractual*, págs. 71 y 72, Santiago, 1985. En otra situación, sin embargo, se ha dicho que la convivencia es un mal ejemplo para los hijos, que inhabilita a la madre para la tutela de los hijos habidos en matrimonio anterior: C. Santiago, 5 de mayo 1989, *Rev. de Der.* t. 86, sec. 2ª pág. 30.

⁸⁷ C. Santiago, 26 diciembre 1983, *Rev. de Der.* t. 80, sec. 4ª pág. 51. Con anterioridad se ha dado lugar a acciones de una madre ilegítima: C. Suprema, 9 septiembre 1946, *Rev. de Der.* t. 44, sec. 1ª pág. 130; o del padre ilegítimo, C. Suprema, 4 de agosto 1933, *Rev. de Der.* t. 30, sec. 1ª pág. 524. Nuestros tribunales en más de una oportunidad han sostenido que para accionar por daños no se requiere ser pariente de la víctima directa: así, C. Suprema, 9 septiembre 1946, *Rev. de Der.* t. 44, sec. 1ª pág. 130; 11 de enero 1924, *Rev. de Der.* t. 22, sec. 1ª pág. 912.

⁸⁸ *Greives v. Greenwood*, 550 N.E. 2d. 344 (Ind. App. 1990).

⁸⁴ *Butcher v. Superior Court of Orange County*, 139 Cal. App. 3d. 58, 188 Cal. Repr. 503 (1983).

⁸⁵ *Weaver v. G.D. Searle and Co.* 558 F. Supp. 720 (1983) que prefiere seguir la tesis de *Childers v. Shanon* 444 A 2d. 1.141 (1982).

En ello no hay necesidad de insistir en ulteriores comparaciones, porque se trata de un requisito de mera lógica puesto que, en buenas cuentas, exigir que el daño sea efectivo, cierto y no hipotético es pedir al demandante que acredite que realmente ha sufrido un daño.

No existen entonces, en cuanto a este requisito, grandes diferencias en los diversos sistemas de responsabilidad. Pero como todos se apresuran a señalarlo, no es en la lógica de esta exigencia que radica el problema, sino en la adopción de criterios que permitan determinar la certeza del daño y sea ello en materia contractual como delictual o cuasidelictual.

La dificultad radica, pues, en la forma de determinar cuando el perjuicio es cierto. Tratándose de daños patrimoniales ya producidos, en particular si se trata de daños a las cosas o aún a la persona física, puede no generar graves problemas en casos evidentes. Pero no siempre existe claridad, porque la certeza es una calidad que puede referirse a diversos aspectos del daño: a su existencia misma, a su posibilidad o eventualidad si aún no se ha producido, a su monto. De este modo, la idea de certeza no es tan precisa como la exigencia que ella implica. Así, por ejemplo, si la certeza se refiere al daño mismo, su determinación se confunde, en no pocas situaciones, con el elemento de causalidad, porque si se aprecia la existencia de una efectiva alteración en una situación jurídica, la duda puede existir en cuanto a saber si esa alteración es efectivamente el resultado del hecho imputado al autor y, de este modo, se afirmará a veces que el daño no es cierto, aunque en realidad lo que ocurre es que es demasiado remoto⁸⁹.

Siendo pues la certeza una cuestión que en la práctica puede ser difícil determinar, se comprenderá por qué la Corte de Casación en Francia se haya reservado el control de este elemento como cuestión de derecho y no como un mero hecho⁹⁰. Se trata de un requisito del daño, sin el cual éste no existe, criterio este que nuestra Corte Suprema difícilmente aceptaría, desde que, para ella, la existencia del daño es cuestión de hecho, no sujeta a control por la vía de la casación⁹¹.

Sin adentrarnos aquí en las cuestiones de causalidad evocadas, es interesante examinar el criterio de certeza cuando se trata de perjuicios que, de algún modo, están afectos a una cierta probabilidad, de modo que jamás pueda afirmarse su absoluta ocurrencia, lo que normalmente sucede si el daño es futuro o si se trata de una mera chance.

Ningún sistema exige una certeza absoluta. Prueba de ello es que siempre se admite la indemnización del llamado entre nosotros, lucro cesante. Su admisibilidad, expresada para materia contractual (art. 1.556 C. Civil), es también indubitada en materia extracontractual. Y no hay diferencias al respecto entre el derecho francés y el nuestro que lo ha seguido de cerca en esta materia.

El Common Law acepta comúnmente la indemnización de la pérdida de provechos o ganancias (*loss of profits*), concepto que es coincidente con nuestro lucro cesante. Cu-

⁸⁹ D. B. Dobbs, op. cit. pág. 148. Entre nosotros, se dice que la certeza ha de considerarse respecto de la existencia y extensión del daño: G. Gatica P., *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato*, N° 67, pág. 89, Santiago 1959.

⁹⁰ Crim. 7 julio 1967, J.C.P. 1967, II, 14, 943; Soc. 20 octubre 1971, Dalloz 1972, somm. 69.

⁹¹ Así, por ej. C. Suprema, 6 de enero 1920, *Rev. de Der. t.* 18, sec. 1° pág. 335; 30 noviembre 1923, *Rev. de Der. t.* 22, sec. 1° pág. 681. Sólo habría lugar a casación si se hubieren vulnerado las reglas reguladoras de la prueba. Es la misma solución constante del Trib. Supremo de España (sentencias de 20 de febrero de 1989; 2 y 9 de julio de 1987; entre muchas otras).

riosamente, el Código francés, como el nuestro y otros que le siguen⁹², admitieron siempre la indemnización del lucro cesante, no ocurría así en el Common Law en que la indemnización de pérdidas de ganancias no era admitida hasta no hace tanto tiempo. Los Tribunales sostenían que con ella podría producirse "un peligro de demandas especulativas o problemáticas"⁹³, es decir, justamente por estimarse que existe falta de certeza sea en su producción, sea en su monto o en ambos aspectos. No es ésa la común solución actual, desde que se admite su reparación si hay certeza razonable⁹⁴, criterio que es el mismo aceptado entre nosotros por doctrina y jurisprudencia.

Existe entonces una imposibilidad de exigir la prueba de consecuencias ineludibles. Por ello los tribunales en USA se contentan con un criterio elástico que exige tener en cuenta las circunstancias del caso y una razonable certeza que el daño ha ocurrido o bien ocurrirá. No se trata pues de establecer exactitudes precisas, sino de usar criterios de una razonable base de cálculo, descartando especulaciones y sin que puedan establecerse reglas específicas⁹⁵.

Es ese el mismo criterio admitido entre nosotros: el lucro cesante por su naturaleza es siempre eventual, de modo que sólo es posible, a su respecto, exigir la probabilidad de su ocurrencia, es decir, que de acuerdo al curso normal de las cosas el demandante habría obtenido la ganancia alegada, de no intervenir el hecho del demandado⁹⁶. Por ello se ha resuelto que "para evaluar el lucro cesante deben proporcionarse antecedentes más o menos ciertos que permitan determinar una ganancia probable que dejó de percibirse"⁹⁷.

En todo caso, siempre habrá situaciones en que la certeza será difícil de establecer. Y existen además situaciones especiales que requieren de un criterio particular, como en el caso de la pérdida de una chance.

⁹² C. francés, art. 1.149 (ganancias de las que ha sido privado); C. español, art. 1.106 (ganancias que haya dejado de obtener); C. portugués art. 564 ("...beneficios que el lesionado dejó de obtener..."); C. argentino, art. 519 ("la utilidad que haya dejado de percibir").

⁹³ Cohen v. Lovitz, In The Lively, 1 Gall. 315, Fed. Cas. 8, 403 (Circ. Ct. Mass. 1812). Sobre "loss of profits", vid. las notas "Compensation for Lost Profits in California. Personal Injury Action", *Stanford L. Rev.* 7 (1954) 97, esp. pág. 11 y casos citados en nota 8; "The Requirement of Certainty in the Proof of Lost of Profits", *Harvard L. Rev.* 54 (1950) 317, esp. pág. 318; D. B. Dobbs, op. cit. págs. 153 y sgts.

⁹⁴ En Inglaterra, en materia contractual son recuperables las pérdidas de ganancias que, en la previsión de las partes, era razonable esperar: Victoria Laundry (Windsor) Ltd. v. Newman Industries Ltd. (1949) 2 K.B. 528; 65 T.L.R. 274; 93 S.J. 371; (1949) 1 All. E.R. 997. En USA, aunque aún con algunas reticencias a veces, se admite la indemnización de la pérdida de ganancias si hay certeza razonable, existiendo la cual no es lícito al tribunal negarla: Piciano v. Olympic Construction Comp. Inc. 492 N.Y.S. 2d. 476 (AD. 3 App. 1985); Kaczkowski v. Bolubasz (1980) 491 Pa. 561, 421 A.2d. 1.027, 1.030, 21 ALR 4th. 1 y los casos allí citados; Independence Tube Corp. v. Copperweld Corp. 691 F.2d. 310, 328 (7th. Civ. 1982).

⁹⁵ Se ha resuelto que "los daños no requieren ser probados hasta una certeza matemática": Taylor v. Burns, 570 A.2d. 1.205 (Me. 1990); que "bajo la Ley de Pensilvania en 'tort', el demandante debe sólo probar daños con razonable certeza", Barnes v. United States (1982), CA 3 Pa. 685 F.2d. 66 y 69 y que "la ley no requiere que la prueba en demostración de los daños haya de conformarse a criterios de exactitud matemática... todo lo que se requiere es que la demanda esté basada en una razonable base de cálculo; mera adivinación o especulación no basta". Kaczkowski v. Bolubasz, cit. Es el mismo criterio sostenido entre nosotros para el lucro cesante: S. Gatica P., op. cit. N° 80, págs. 107 y sgts. y los fallos allí citados.

⁹⁶ S. Gatica P., op. cit. N° 80, pág. 107.

⁹⁷ C. Santiago, 26.5.44 *Rev. de Der. t.* 41, sec. 2° pág. 41.

9.1. *Pérdida de una chance*

Es éste un tema clásico cuando se trata de la certeza del daño y en todos los derechos⁹⁸.

El juez ha de ordenar la indemnización de la pérdida que el hecho del demandado le ha causado. Esta determinación ha de hacerse comparando lo que efectivamente sucedió y aquello que no habría sucedido si ese hecho no hubiere ocurrido. El daño es, en suma, la pérdida resultante al comparar ambas situaciones. Una expectativa de ganancia o una probabilidad más o menos cierta de pérdida, que es en definitiva lo que se denomina una chance, aparece así como un daño, puesto que, de no haber acontecido el hecho juzgado, el demandante habría conservado una o no se habría visto expuesto a la otra.

Por otra parte la chance en sí misma puede tener, y de hecho tiene, un valor comercial o apreciable en dinero. Más aún, es objeto de negocios jurídicos, como es el caso del seguro. Bien podría pensarse también que sea objeto de negocio el derecho a participar en un concurso de aquellos con que nos inundan ciertos programas de televisión. La circunstancia que un cierto interés sea aleatorio podrá pues influir en su evaluación, ya que, indudablemente, la posibilidad de ganancia o pérdida de un cierto valor no es igual al valor en sí; pero algún valor tiene. Como lo dijera el juez inglés Bowen "la chance de un provecho no es lo mismo que el provecho..." así como "el riesgo de sufrir un daño no es lo mismo que sufrir el daño"⁹⁹.

De allí que no ofrezca hoy dudas que la pérdida de una chance ha de ser indemnizada, porque representa un valor que puede tratarse como un capital cuya pérdida ha de ser compensada. Este valor puede incluso haber sido fijado por las partes en un contrato, o tener un valor en el mercado y aun, si así no fuese, no existe razón para que el juez no pueda atribuirle un valor según la prueba que se haga de su mayor o menor certeza. Llegar a terminar los estudios para alguien que ya los comenzó y ha hecho buena parte de los cursos es una probabilidad más o menos razonable de certeza¹⁰⁰; pero que, de no mediar el hecho del demandado se habría abierto un restaurante y se ganaría dinero con él no¹⁰¹.

En USA, esta cuestión ha sido discutida. El criterio de la certeza del daño es un factor que se opone muchas veces a la indemnización de la pérdida de una chance. Es decir, exigiéndose que se pruebe que el daño sea cierto, no observa una diferencia, en cuanto a esa exigencia, si el daño es pasado como si futuro. Si hay dudas sobre su realización, deberá existir cuando menos una razonable probabilidad de ocurrencia, bajo la base de lo que algunos jueces han calificado de una probabilidad de ocurrencia mayor que el "cincuenta-cincuenta" por ciento¹⁰². Si así sucede, se obtendrá como indemnización

⁹⁸ En Francia, por ej. A. Bénavent, *La chance et le droit*, Paris 1973; para el derecho argentino, Mosset de Turrazpe, op. cit. t. 1 págs. 152 y sgts. En USA: Wolfstone and Wolfstone, *Recovery and Damage for Loss of a Chance*, 28 *Med. Tr. L.Q.* (1981), 121-144; King, *Causation, Valuation and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences*, 90 *Yale L.J.* (1981), 1.353-1.397; J. Wolf, *Playing the Percentages: a re examination of recovery for loss of chance*, 28 *St. Clara L. Rev.* (1988) 420-450; E.J. Schaefer, *Uncertainty and the Law of Damages*, 19 *Williams and Mary L. Rev.* (1978) 719-769.

⁹⁹ Chamberlain v. Boyd, 11 Q.B.D. 407, at 416 per Bowen L.J. (C.A. 1883).

¹⁰⁰ Valivlis v. Scheffelds, 547 N.E. 2d. 1.289 (Ill. App. 2 dis. 1989).

¹⁰¹ Christou v. Arlington Park Washington Park Race Tracks Corp. 432 N.E. 2d. 920 (1982).

¹⁰² L.T. McCormick, *Hornbook on Damages* (1935), sec. 26. Sobre ello, Ken Cooper, "Assessing Possibilities in Damages Awards - The Loss of a Chance or The Chance of a Loss" (1973), 37 *Saskatchewan L. Rev.* 193.

una suma igual a la ganancia esperada. En otros términos, lo que algunos autores califican del sistema "todo o nada" o "el ganador lo lleva todo"¹⁰³. Ello, en definitiva, implica entender que la chance en sí no tenga un valor propio, sino valorar la chance bajo los mismos criterios que el daño pasado y absolutamente cierto.

Con todo, ese criterio no siempre prevalece, porque hay otras situaciones en que es posible que la chance en cuestión tenga un valor de mercado, o sea posible de apreciación por medio de prueba testimonial competente¹⁰⁴.

Pero las dificultades de concebir la indemnización por una posibilidad de ganancia o pérdida que no tenga aquel grado de certeza persisten, de modo que no es posible afirmar que la chance en sí tenga en USA, como en otros países, el carácter de un daño distinto que pudiera dar lugar a una reparación no por la suma de lo esperado ganar o por la probabilidad de pérdida misma, sino por una evaluación económica de aquella chance. En otros términos, si la probabilidad no es cierta, no hay indemnización; porque se estima entonces que el daño no tiene certeza razonable¹⁰⁵.

No es ése el criterio seguido en el derecho inglés. Este acepta que una simple probabilidad pueda ser indemnizada. En el caso *Chaplin v. Hicks*¹⁰⁶ se otorgó a una dama que perdió la oportunidad de competir en un concurso de belleza una indemnización, aunque no igual al premio que se otorgaba al ganador y ese criterio se ha mantenido en numerosos casos¹⁰⁷.

En Francia, en que al igual que entre nosotros, no existe esa tendencia norteamericana de establecer reglas o criterios de pretendida precisión para la evaluación de los daños, los tribunales admiten la indemnización de la pérdida de una chance desde antiguo; pero tratan de ser exigentes en cuanto a la noción misma de chance, a su actualidad o inminencia, hacia quien la invoca y su seriedad. Así, se admite como daño el hecho de no poder presentarse a un examen o concurso, pero no las consecuencias que tendría aprobarlo¹⁰⁸. O la pérdida de una posibilidad de ganancia, apreciada en cierta suma, aunque al valor de la utilidad misma, si ésta era sólo probable por tratarse de una operación especulativa¹⁰⁹. O bien, la chance de ganar un recurso se indemniza, aunque no en la suma que habría significado ganar el juicio¹¹⁰.

No podemos pretender aquí un examen más detenido de esta cuestión, pues no se trata sino de presentar aspectos comparativos del daño y no un examen acabado del te-

¹⁰³ K. Cooper, op. cit. pág. 195.

¹⁰⁴ Por ejemplo, *Humble Oil and Ref. Co. v. Kishi*, 276 S.W. 190 (Tex. Com. App. 1925); *Burton v. Burton*, 161 Cal. App. 2d. 572, 326 P. 2d. 855 (1958). Sobre ello, D.B. Dobbs, op. cit. pág. 156.

¹⁰⁵ Se ha defendido, sin embargo la posibilidad de indemnización en caso de daño no cierto bajo la regla del "todo o nada"; pero descontándose el valor que se atribuye a la incertidumbre. Así, Schaefer, "Uncertainty and the Law of Damages", 1978, 19 *Wm. and M.L. Rev.* 719. En tal sentido, por ej. Wachtel v. National Alfalfa Journal, 1920, 190 Iowa 1.293, 174 N.W. 801.

¹⁰⁶ *Chaplin v. Hicks* (1911), 2 K.B. 786.

¹⁰⁷ *Domine v. Grimsdall* (1937), All E.R. 110 (K.B.); *Mulvaine v. Joseph* (imposibilidad de competir en torneo de golf) (1968), 112 Sol. Jo. 927; 118 New L.J. 1.078 (Q.B.); *Yardley v. Coombes* (abogado negligente que impide obtención posible de indemnización) (1963) Sol. Jo. 573 (Q.B.); *Hawkins v. New Mendip Engineering Ltds.* (1966) 1 W.L.R. 1.341; (1966) 3 All E.R. 228.

¹⁰⁸ Rennes, 15 diciembre 1961, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1964. 739 obs. Rodiere.

¹⁰⁹ París, 13 marzo 1990, D. 1990. I.R. 113.

¹¹⁰ París, 30 marzo 1989, D. 1989, somm. 71. Pero no hay lugar a indemnización si no existía chance alguna de ganar el recurso no presentado por negligencia del abogado, *Ass. Plen.* 3 junio 1988, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1989. 81, obs. Jourdain. Para un contador que hace perder oportunidades a su cliente, París 29 enero 1989, D. 1989. I.R. 43.

ma. Por ello, sólo haremos mención a un aspecto en que la cuestión de la apreciación de la chance ofrece mayores dificultades, ya no solamente de apreciación de su mayor o menor certeza, sino en cuanto a la forma misma de enfrentarlo. Nos referimos a la pérdida de la chance de sobrevida o a la existencia del peligro de un daño corporal futuro.

La chance no es solamente la pérdida de una posibilidad de ganancia, sino también existe el aleas que se agrava la situación presente a consecuencia del daño experimentado¹¹¹. Más aún, algunas situaciones que se han producido en los años recientes, de daños por productos tóxicos, han traído al debate jurídico la consideración de los daños que pueden suceder en el futuro: la ingerencia de productos cancerígenos, la probabilidad de daños por consumo de sustancias nocivas o por la exposición a accidentes radiactivos u otros. Errores médicos que pueden ser la fuente de posibles daños o enfermedades. Algunos de ellos plantean problemas jurídicos para los que los conceptos tradicionales no están adaptados necesariamente, acostumbrados como estamos a juzgar a los daños y del hecho dañoso *después* de su ocurrencia y siempre con criterios retrospectivos, en los que influyen las consideraciones de la causalidad como una cuestión determinista y aún mecánica; pero sin que los criterios de probabilidad *hacia el futuro* sean considerados¹¹². Debe indemnizarse la chance de contraer cáncer por haber estado sometido a radiación, o a la inhalación de productos cancerígenos. ¿Y cómo evaluar ese daño? Y ello, sin que aquí se planteen otras cuestiones en torno a ello, como la de determinar quien o quienes deben indemnizarlo.

9.1.1. Pérdida de esperanza de sobrevida o de esperanza de sanar

La idea de pérdida de una chance ha adquirido un ámbito más amplio que la mera lesión a probabilidades más o menos ciertas de carácter económico o patrimonial. La enorme ampliación de la responsabilidad profesional, en especial la de médicos y profesionales de la salud, unida a la consideración de nuevos rubros de indemnización, ha llevado a utilizar aquella noción en el caso de daños a la persona que se traducen en la disminución de esperanzas de sobrevida o pérdidas de oportunidades para sanar.

En Francia, desde hace unos veinticinco años, aparece en la jurisprudencia la aplicación de la idea de pérdida de una chance al caso de errores o culpas médicas, luego de los cuales el paciente fallece o se agrava su estado inicial; pero sin que la muerte o el nuevo estado del paciente pueda ser atribuido con certeza absoluta a dicha culpa o error. De este modo, los tribunales se han encontrado ante una alternativa: o bien determinar que no hay una causalidad demostrada entre el resultado producido y la culpa; o bien contentarse con una causalidad probable; pero no cierta. La primera hipótesis lleva, indudablemente, a negar la indemnización. La segunda a imponerla por el todo. Y ambas soluciones no han aparecido a los jueces como aceptables. Influyen allí consideraciones como la imprecisión de los informes de expertos que, sea porque lo impone el razonamiento científico, sea porque no parece oportuno a los peritos comprometer un juicio de

¹¹¹ Para un examen de la pérdida de una chance en ambos sentidos, de pérdida de una ganancia posible o de probabilidad de incremento del daño, vid. Ken Cooper, "Assessing Possibilities in Damage Awards - The Loss of a Chance or The Chance of a Loss", 1973, *Saskatchewan L. Rev.* 37, 193 y sgts.

¹¹² Sobre este punto de vista, Glen O. Robinson, "Probabilistic Causation and Compensation for Tortious Risk" (1985), 14, *Journal of Legal Education*, 779.

certeza, presentan a los tribunales conclusiones fundadas sólo en probabilidades o bien en alternativas.

Ante esa realidad, los jueces han preferido otra vía: recurrir a la idea de pérdida de una chance. El razonamiento es que, si bien no es posible saber cuál fue la causa precisa de la muerte o de la agravación del paciente, éste, por culpa del médico, ha perdido una chance de sobrevida o de curación; o bien por la culpa del médico se ha visto expuesto a un riesgo de agravación o muerte que pudo evitarse. El resultado será la indemnización de la pérdida de esa chance; pero no la indemnización del resultado efectivamente producido.

Los casos son variados. Como ejemplo: una mujer da a luz en un hospital y es enviada a su casa al tercer día del alumbramiento, no obstante presentar una hemorragia. Fallece un mes más tarde. El alta prematura es una probable causa de la muerte; pero ésta ha podido también eventualmente tener otra causa. Los jueces deciden que los profesionales que atendieron a la víctima, al enviarla a casa tan pronto, le privaron, no de la vida, sino de una chance de supervivencia¹¹³. Los ejemplos pueden multiplicarse; pero siempre en situaciones de incertidumbre parecida¹¹⁴.

Esta solución ha suscitado un arduo debate doctrinario, incluso excesivo, como ocurre tan frecuentemente en Francia, aunque los tribunales, finalmente, no se alineen tras las elucubraciones de los autores. Así, mientras algunos han aprobado la solución¹¹⁵, otros la han criticado con firmeza¹¹⁶.

La opinión crítica sostiene que, en las situaciones referidas, no existe pérdida de una chance y sólo un abuso de este concepto puede servir de fundamento a las sentencias. En efecto la idea de pérdida de una chance se refiere al daño mismo; pero no puede aplicarse a un caso de duda sobre la causalidad. Cuando se hace referencia a una chance perdida, por esencia se trata de una probabilidad que podía realizarse *después* del hecho que la hizo perder; pero en las situaciones evocadas no existe ninguna chance perdida. Es claro y definitivo que para el enfermo ya no habrá curación y, por lo mismo, la chance es inexistente. En otros términos, una chance se refiere a un hecho posible, no a uno que es imposible¹¹⁷. A un hecho que se sitúa en el porvenir, no en pasado, de modo que en las situaciones antes previstas lo que se denomina chance no es sino un acontecimiento del

¹¹³ Civ. 25 de mayo de 1971, J.C.P. 1971, II, 16.859; *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1972, 408 obs. G. Durry.

¹¹⁴ Grenoble, 24 octubre 1962, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1963, obs. A. Tunc.; Civ. 14 diciembre 1965, J.C.P. 1966, III, 14.753 nota Savatier; *Rev. Tri. Dr. Civ.* 1967, m 181; D. 1966, 453; Civ. 18 de marzo 1969 y 27 de enero 1970, J.C.P. 1970, II, 16.422, nota A. Rabut; D. 1970, somm. 70; *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1969, 797, obs. G. Durry; Civ. 17 noviembre 1970, D. 1971, somm. 46; Civ. 25 de mayo 1971, J.C.P. 1971, II, 16.859; Civ. 27 de marzo 1973, J.C.P. 1974, II, 17.463 nota Savatier; D. 1973, 395, nota J. Penneau; Civ. 20 de julio 1988, J.C.P. 1988, IV, 351; *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1989, 85, obs. Jourdain; Civ. 18 de marzo 1989, D. 1989, somm. 315; Civ. 7 junio 1989, D. 1989, I.R. 199, entre otras.

¹¹⁵ Así, A. Tunc, obs. en *Rev. trim.* 1963, 334; A. Rabut, nota en J.C.P. 1970, II, 16.422; G. Durry, obs. en *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1967, 181; 1969, 797 y 1972, 408. G. Viney, op. cit. N° 371, pág. 438 aprueba la finalidad perseguida por la sentencia; pero no el recurso a la idea de pérdida de una chance, prefiriendo aquellas sentencias que han optado por la idea de que el daño consiste en haber creado "un riesgo injustificado".

¹¹⁶ R. Savatier, Une faute peut-elle engendrer la responsabilité civile sans l'avoir causé? D. 1970, chr. 123; nota en J.C.P. 1966, II, 14.753; F. Chabas, nota en D. 1971, 637 y "Vers un changement de nature de l'obligation médicale", en J.C.P. 1973, I.2.541; J. Penneau, nota en D. 1973, 595 y en *La responsabilité médicale* n.

¹¹⁷ Así, Savatier, "Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé?", D. 1970, 123, esp. par. II, pág. 124.

pasado cuya causa no ha quedado plenamente establecida este elemento no queda determinado, no hay responsabilidad, puesto que la certeza vínculo causal es requisito esencial¹¹⁸.

La crítica pareció afectar a los jueces, porque una sentencia de la Corte de Casación de 17 de noviembre de 1982¹¹⁹ recogió los argumentos referidos: la idea de pérdida de una chance influye en la evaluación del daño; pero no puede recurrirse a ella para establecer una indemnización allí donde no se ha probado con certeza la relación causal. Pudo así pensarse que aquella solución jurisprudencial había pasado a ser historia¹²⁰. No ha sido así, sin embargo, porque sentencias posteriores han vuelto a aplicar la idea de pérdida de una chance a situaciones parecidas¹²¹.

Es que las críticas no son completamente convincentes. Se atienden sólo a las exigencias de una lógica formal a partir de la clásica creencia que en derecho es posible establecer la causalidad con certeza científica. La idea de causalidad lleva en sí, incluso inconscientemente, la influencia de una conexión de necesidad o fatalidad productora. Se olvida que se trata únicamente de un criterio jurídico que permite a los jueces atribuir y limitar el alcance de la responsabilidad. Entendida así la cuestión no parece tan erróneo resolver, en ciertos casos, que ante una enfermedad, un tratamiento diverso pudo conducir a un resultado mejor, de modo que al privarse al enfermo de la posibilidad de usarlo se le privó de una chance. Es verdad que la culpa del médico en las hipótesis referidas no es la condición sine qua non del resultado final de muerte o agravación, desde que no puede afirmarse con certeza absoluta que sin ella ese resultado no habría ocurrido; pero aún así, no optar o no permitir optar por la otra vía es perder una chance que, justificadamente, puede entenderse indemnizable¹²².

III ALGUNOS ASPECTOS DEL DAÑO MORAL

10. En Chile

Que el daño moral sea un perjuicio reparable es una conclusión que ya no se discute. Ya no es tema importante debatir los fundamentos de su indemnización; pero sí lo es criticar los excesos a que con ella se ha llegado, porque el alcance que se atribuye al concepto de daños morales es cada vez mayor¹²³.

¹¹⁸ Vid. A. Dorsner-Dolivet, D. 1982. 305.

¹¹⁹ Civ. 17 noviembre 1982, D. 1982. 305, nota A. Dorsner-Dolivet; *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1982. 547, obs. G. Durry.

¹²⁰ Así lo pensaban G. Durry y Dorsner-Dolivet, notas citadas.

¹²¹ Por ej., Civ. 10 de enero 1990, D. 1990, I.R. 31; 7 febrero 1990, D. 1990, I.R. 61; Civ. 18 de enero 1989, D. 1898. somm. 315; 7 junio 1989, D. 1989, I.R. 199.

¹²² Vid. A. Dorsner-Dolivet, nota citada, que distingue diversas situaciones, en algunas de las cuales es admisible la idea de pérdida de una chance. La jurisprudencia alude a casos en que se perdió la chance de optar por un tratamiento diverso, como en Civ. 10 de enero 1990, cit., o la pérdida de una chance de escapar al riesgo que se verificó, si hubiese existido adecuada información, Civ. 7 febrero 1990, cit. Pero hay otros en que el recurso a la pérdida de una chance aparece como abusivo: vid. A. Jourdain, obs., en *Rev. Trim.* 1989. 85.

¹²³ Vid. A. Tunc, *La responsabilidad*.

Todo, la enorme latitud con que se conciben tales daños no es uniforme. Así, entre nosotros, la noción de daño moral es extremadamente difusa, debido a que, por una doctrina jurisprudencial firmemente establecida, en esta materia el juez goza de las más amplias atribuciones fijándolos de acuerdo a su prudencia, sin que exista ninguna regla que permita fijar ciertas normas generales para establecer su *quantum*. Así, se ha resuelto que "por la propia naturaleza del daño moral las sumas de dinero que manden pagar las sentencias sólo pueden haber sido reguladas prudencialmente por los jueces"¹²⁴.

De este modo, en Chile, las ideas de daño moral, *pretium doloris*, molestias sufridas por el hecho dañoso, son rubros indemnizables; pero su apreciación es libre para el juez, en su existencia y en el monto de la indemnización. No existe criterio alguno para ajustarlo a algunas reglas que permitan conocer el porqué en un caso se manda pagar una suma y en otros una diferente. Revisando los repertorios jurisprudenciales, podemos constatar que:

a. Para nuestros tribunales, basta la comisión de un hecho ilícito para entender que ha existido daño moral, aunque no se haya proporcionado prueba alguna que permita regularlos. Se ha establecido que "los daños morales cobrados en la demanda civil del ofendido por un delito penal, aun cuando en el proceso no exista prueba para regularlos, existen por la sola comisión de la ilicitud criminal; de tal manera que su apreciación puede llevarla a cabo prudencialmente el Tribunal atendidos la gravedad del hecho punible y el dolor que éste haya originado en la víctima"¹²⁵. De este modo, en la práctica basta invocar la existencia del daño moral y pedir su indemnización, para que el Tribunal condene a ellos;

b. Se ha llegado al exceso de entender que el daño moral se presume¹²⁶; no requiere de prueba: "Es un hecho evidente, aceptado por la doctrina y jurisprudencia, que las lesiones físicas y mentales de una persona producen un sufrimiento a ella misma y a los familiares más próximos que no requiere de demostración y que debe ser indemnizado por quien los provocó, tomando en cuenta los antecedentes reunidos y apreciándose equitativa y razonablemente por el Tribunal"¹²⁷.

c. No existen categorías o especies de daños morales, de modo que éste consiste, en la generalidad de los casos en el *pretium doloris*, "en el dolor, sufrimiento y molestias

¹²⁴ C. Suprema, 14 de septiembre de 1987, *Rev. de Der.* t. 84, sec. 4ª pág. 137.

¹²⁵ C. Temuco, 9 de junio de 1987, *Rev. de Der.* t. 84, sec. 4ª pág. 131. En contra de esta solución, F. Fueyo, *Instituciones de Derecho Civil Moderno*, N° 15, págs. 105 y sgts.

¹²⁶ C. Suprema 1985, *Rev. Der.* T. 82 Sec. IV. pág. 11.

¹²⁷ C. San Miguel, 8 de agosto 1989, *Rev. de Der.* t. 86, sec. 4ª pág. 73. Curiosamente no se indica en la sentencia autor alguno que mantenga esa doctrina. Antes, la misma sentencia ha dicho que "el actor civil se encuentra en la obligación de comprobar la existencia, naturaleza y monto del daño que pretende", de lo que parece exceptuarse el daño moral, cuestión en la que no existe, contrariamente a lo afirmado por el fallo, doctrina constante. Para prueba, F. Fueyo, op. y loc. cit. A. Alessandri, op. cit., a quien se sigue tradicionalmente, desde que es el único en haber tratado la responsabilidad en forma más comprensiva, sostiene que los jueces gozan de amplias atribuciones para fijar el monto de la indemnización (N° 483) o para su apreciación (N° 446); pero manteniendo que la víctima debe probar la existencia del daño (N° 424). La idea se repite comúnmente en las sentencias. Por ej.: "Basta la lesión del derecho subjetivo que corresponde al ofendido, para

sufridos con ocasión de las lesiones sufridas"¹²⁸. Pero no se conoce otras categorías de daños morales, como no sea, en alguna oportunidad, el desprestigio o "mala imagen de la víctima dentro del conglomerado social en general" o el hecho de haber sido "emocionalmente impactado" a raíz del accidente¹²⁹. Pero no aparecen en nuestros tribunales otras especies de daño moral como el perjuicio estético, el hecho de alterarse las condiciones de vida u otros hoy comunes en el derecho comparado. Incluso, cuando el hecho provoca lesiones graves que significan amputación o desfiguración, no hay sino una apreciación global de lo que se entiende *pretium doloris*. Y, cuando se produce la muerte de la víctima directa, se reconoce que terceros puedan por ello ser heridos "en sus propios sentimientos o afectos", sin requerir por ello ser parientes¹³⁰, aunque a éstos se les reconoce por el solo hecho de revestir tal calidad una verdadera presunción de daño moral, la que difícilmente puede ser destruida¹³¹. En alguna ocasión se ha confundido el daño moral con la lesión a los bienes extrapatrimoniales¹³².

que deba satisfacerse el daño moral... no puede estar sujeto a normas que son propias del establecimiento del daño emergente y lucro cesante y por ende corresponde al juez regular o prudencialmente la satisfacción": C. Santiago, 13 marzo 1985, confirmando sentencia 4º Juzgado Policía Local, *Rev. de Der.* t. 82, sec. 2ª pág. 6. aunque se esfuerza por indicar algunos parámetros; "dada su índole es inconscio que no puede ni requiere ser acreditada... y la apreciación pecuniaria de éste debe considerarse por entero entregada a la estimación discrecional del juez": C. Santiago, 11 de octubre 1984, *Rev. de Der.* t. 81, sec. 2ª pág. 121, etc. El Tribunal Supremal de España resuelve también que el *pretium doloris* es indudable en caso de muerte (sentencia de 7 de noviembre de 1985, comentario en *An. Dr. Civ.* 1986, pág. 1.356) y que su indemnización es discrecional (sentencia 7 de octubre de 1982).

¹²⁸ C. Santiago, 8 de agosto 1983, *Rev. de Der.* t. 80, sec. 4ª pág. 90.

¹²⁹ Ver en este sentido el curioso caso de C. Temuco 19 julio 1972, *Rev. de Der.* t. 69, sec. 4ª pág. 91.

¹³⁰ "Puede ser demandado por la víctima inmediata y directa y los que sin tener esa calidad lo sufran... incluso aún cuando no sean herederos o parientes", C. Suprema, 15 diciembre 1983, *Rev. de Der.* t. 80, sec. 1ª pág. 128.

¹³¹ La aseveración que el solo hecho de ser pariente o de probar el parentesco es bastante para tener por acreditado que el daño moral es corriente. Por ej.: "El vínculo de parentesco hace suponer la depresión, dolor o angustia", C. Suprema, 15 diciembre 1983, citado, aunque precisa que "sólo debe darse a quien acredite haber sufrido real y efectivamente un dolor profundo". Se ha dicho que "establecido el carácter de hermanos naturales de la víctima, surge el derecho o titularidad para pedir daño moral", C. Santiago, 26 de diciembre de 1983, *Rev. de Der.* t. 80, sec. 4ª pág. 151. En un caso que conocemos muy de cerca, se llegó a conceder indemnización por daño moral a una hija respecto de sus padres fallecidos en un accidente, aunque existían abrumadoras pruebas de falta de todo sufrimiento: los padres eran personas abandonadas, que vivían en condiciones de última miseria, bajo uno de los puentes del Bío Bío, tuvieron que ser sepultados en fosa común, sin asistencia de pariente alguno, sin que hayan tenido contacto con la demandante durante años, la que vino a demandar daño moral cuando faltaban escasos días para agotarse el plazo de prescripción de la acción. La I. Corte de Concepción, en esas condiciones negó lugar a la indemnización. La Corte Suprema, por vía de la queja, dejó sin efecto la sentencia y dio lugar a la indemnización. Es el caso de la C. Suprema, 15 diciembre 1983, citado. El prof. Fernando Fuyo critica acertadamente la sentencia, op. cit. pág. 115. De modo más correcto, a nuestro entender, la C. Santiago, 8 de agosto 1983, *Rev. de Der.* t. 80, sec. 4ª pág. 90 estima que "la mera circunstancia de acreditar el parentesco legítimo de hermano de la ofendida no autoriza para reclamar indemnización por daño moral, si no se acredita un vínculo afectivo entre ambas, o alguna otra circunstancia, tal como haber vivido juntas, que se visitaran con frecuencia, que cuidara de la ofendida durante su enfermedad o alguna otra que haga presumir el daño moral que se invoca.

¹³² Así, 4º Juzgado de Policía Local, Santiago, confirmado por C. Santiago, 13 marzo 1985, *Rev. de Der.* t. 82, sec. 2ª pág. 6. Entiende por daño moral la lesión a derechos "extrapatrimoniales o inherentes a la personalidad". En ello participa el prof. Fuyo, op. cit. págs. 92 y sgts. Nosotros preferimos no unir la idea de daño con la de lesión a un derecho, porque entendemos más acertada la idea de lesión a una situación jurídica, más amplia y comprensiva de casos en que no existe propiamente un derecho.

d. Por último, el daño moral, al no requerir, según nuestros jueces, de prueba especial alguna, ni en cuanto al hecho mismo de haberse experimentado, ni en cuanto a su monto, resulta siendo invocado por los litigantes en todo proceso por accidentes o delitos y a propósito de cualquier otro daño experimentado, siendo el moral, generalmente, el más abultado. Como tal es la práctica aceptada, se tiende a descuidar la prueba de daños patrimoniales, ya que en casos más graves será el daño moral el más cuantioso. Con todo, las sumas mandadas pagar por ese concepto son absurdas, vista la trascendencia de los valores que se dicen proteger.

e. Es imposible saber las razones que los jueces tienen para establecer una cierta suma por daño moral, la que es enteramente arbitraria, de modo que es posible constatar por casos parecidos una disparidad de montos que no resulta justificada¹³³.

11. Derecho español

En el Derecho español la situación del daño moral no es muy distante de la señalada para el derecho nacional, aunque, claro está, la distinta realidad económica determina montos muy superiores a los usuales entre nosotros, lejos sin embargo de los que se fijan en Estados Unidos y aun en algunos casos en Francia¹³⁴.

Influye también considerablemente, en la forma de establecerlos, el uso del concepto genérico de daño moral, así como la regla establecida en cuanto a que la determinación de los daños es cuestión de hecho, no sujeta a control de casación y como el Tribunal Supremo no se ha atribuido jamás la curiosa facultad de decidir en el fondo, bajo vía de jurisdicción disciplinaria que se atribuye nuestra Corte Suprema bajo pretexto de recurso de queja, el quantum indemnizatorio no es revisado por el máximo tribunal, a menos que exista infracción a reglas reguladoras de la prueba. De allí resulta que "la cuantificación de los daños y perjuicios no se halla sujeta a precisión normativa alguna, sino que ha de efectuarla el órgano jurisdiccional de modo discrecional"¹³⁵.

Para el Tribunal Supremo, la admisibilidad de su indemnización es cuestión hoy superada¹³⁶.

Se observa, sin embargo, a diferencia de nuestras sentencias, un mayor cuidado por precisar en el caso la consistencia del daño moral causado. Es ilustrativa, por ejemplo, la

¹³³ Así, por ejemplo, no se comprende por qué la C. Suprema, el 13 de octubre de 1983, *Rev. de Der.* t. 80, sec. 4ª pág. 109, luego de relatar los padecimientos de la víctima: quedó con cojera, sufrió la fractura del fémur, tibia y peroné izquierdos, hubo de estar hospitalizado, sufrir intervenciones quirúrgicas, contrao osteomielitis crónica y un año después del accidente aún no sanaba, condena a pagar \$ 200.000, por mucho que haya aplicado en el caso la regla del art. 2.330 C. Civil; mientras que la C. de Santiago, el 11 de octubre de 1984, *Rev. de Der.* t. 81, sec. 2ª pág. 121, por una lesión que desembocó en cojera condena a \$ 2.500.000 y por catríz a \$ 1.500.000. La muerte de un hermano natural da lugar al pago de \$ 100, para la misma Corte el 26 de diciembre de 1983, *Rev. de Der.* t. 80, sec. 4ª pág. 151. Es lo que podemos calificar, con términos usuales, de "justicia a ojo".

¹³⁴ Por ejemplo, la amputación de una pierna en una mujer de 18 años da lugar a una indemnización de Pts. 7.500.000, es decir cerca de \$ 25.000.000 de los nuestros (s. 21 septiembre 1988, *An. Der. Civ.* 1989, pág. 1.096).

¹³⁵ Sentencia 10 diciembre 1984 y las de 20 y 23 de febrero 1989, 2 y 9 de julio 1987, aunque esa observación es constante en las sentencias del Trib. Supremo.

¹³⁶ Sentencia 9 de mayo 1984, en materia contractual, obs. A.C.S. en *An. Der. Civ.* 1985, pág. 243.

importante sentencia de 22 de febrero de 1988, que toma en especial consideración "la nueva situación del demandado que al quedar lesionado no puede valerse por sí mismo y carece de apetencia en las relaciones sexuales, lo que se traduce en una situación de su mujer conviviente especialmente penosa y sacrificada en orden a los gravosos deberes de atención al enfermo y pérdida de un importante elemento en las relaciones afectivas"¹³⁷. Los términos y precisiones del fallo están muy cercanos de ciertos perjuicios morales específicos considerados en otros derechos, como se verá.

Desde luego que los atentados a otros aspectos de la persona; como su honor, son reparados comúnmente¹³⁸.

12. Derecho francés

Mientras tanto, en el Derecho francés y en especial en su jurisprudencia, el daño moral se ha desarrollado de un modo diverso, porque si los conceptos básicos son los mismos que usan nuestros jueces, por diversas consideraciones, se han ido generando categorías particulares de daños morales o, más exactamente, no patrimoniales.

Desde luego, si nadie discute ya el carácter reparable de tales perjuicios, subsisten no pocas reticencias a la amplitud que ha alcanzado el concepto de daño moral y en lo arbitrario de su compensación¹³⁹.

Pero, además, han ido surgiendo nuevos aspectos de los intereses no patrimoniales de la persona, que se estiman dignos de reparación y ya no solamente bajo el genérico rubro de *souffrances o molestias*, sino de modo muy específico, como los referidos a la calidad de la vida futura, su intimidad, daños al ambiente en que la persona ha de vivir, disminución de la capacidad física y otros.

Por otra parte, ciertas normas legales han obligado a los tribunales a emitir condena específica por determinados rubros de daños, contrariamente a lo que ocurre entre nosotros en que, como se ha visto, basta a los jueces acudir a un concepto difuso de daño moral y condenar en bloque a una suma determinada. Así, por ejemplo, la ley de 27 de diciembre de 1973 obliga a los tribunales a emitir condena específica por la pérdida de ganancias futuras separada de los otros rubros de indemnización cuando se trate de una inhabilidad total o parcial, porque no todos los daños permiten acción de reembolso de la Seguridad Social contra el tercer civilmente responsable. Se mencionan en forma específica, por ejemplo, el perjuicio de "agrément", que traduciremos "de agrado", el perjuicio estético y los sufrimientos físicos o morales. Así, entonces, es preciso a los jueces separar los rubros indemnizados en sus sentencias¹⁴⁰.

El Derecho francés, por esa doble consideración, se ha dirigido pues a un sistema más refinado de indemnización de las diversas categorías de daños morales, lo que, si por una parte implica expandir el alcance del concepto de daño, por otra determina en

¹³⁷ Sentencia de 22 de febrero de 1988, obs. en *An. Der. Civ.* 1989, pág. 239 y *Rev. de Der. Priv.* 1988, pág. 922.

¹³⁸ Por ejemplo, sentencias 19 enero 1988; 1 diciembre 1987.

¹³⁹ A. Tunc., *La responsabilité*, N° 172, pág. 143.

¹⁴⁰ Sobre ello, M. Le Roy, "La réparation des dommages en cas de lésions corporelles: préjudice d'agrément et préjudice économique", D. 1979, chr. 49. En sentido crítico, M. Daugibeaud y M. Ruault, "Les désagréments du préjudice d'agrément", D. 1981, chr. 157.

mejor medida el análisis efectivo de la ocurrencia de tales daños, abandonándose así la idea de confundirlos todos bajo la idea de *pretium doloris* o *de sufrimiento*.

Entre ellos, nos parece importante destacar algunos rubros desconocidos en nuestra práctica jurisprudencial.

2. *La pérdida de agrado (préjudice d'agrément)*. La idea de este daño corresponde a la de pérdida de goces de la vida o de sus satisfacciones, que la persona lesionada podía tener o esperar normalmente, antes de la ocurrencia del accidente.

Inicialmente este perjuicio era sólo indemnizable para quienes, por su particular actividad, tenían especiales condiciones para ciertos goces diversos del que una persona común obtiene de la vida. Tal el caso de artistas o de deportistas, que tienen una habilidad particular que les proporciona ciertos goces distintos del que se indemniza bajo la idea de daño moral normalmente, goce que se ve bruscamente disminuido o suprimido por el hecho dañoso; el gran esquiador que ya no podrá esquiar, el gran pianista que no podrá tocar, etc.¹⁴¹.

Sin embargo, actualmente la jurisprudencia ha abandonado esa limitación, como consecuencia de la ley de 1973 citada¹⁴². Así entonces actualmente, con la noción de "préjudice d'agrément, cualquier persona lesionada puede demandar la reparación de la limitación que sufre en los placeres o goces usuales de la vida, como por ejemplo, cuidar su jardín, o su propia casa, o pasear y caminar.

Más aún, los tribunales han desestimado incluso en forma expresa la idea subjetiva del perjuicio de pérdida de goces de la vida, para acoger una concepción objetiva. La cuestión se discutía a propósito de víctimas que luego de un accidente quedaban imposibilitadas de toda sensación, por su estado vegetativo. Los tribunales desestimaron los argumentos de quienes entendían que si no puede sentirse ningún agrado, ni ninguna pérdida, por falta absoluta de sensibilidad, este daño no era reparable, conclusión lógica, pues la doctrina contraria llevaba al absurdo que sólo los incapacitados parcialmente obtenían su reparación y no los que han sufrido una pérdida total¹⁴³.

Este daño se ha podido concebir como aquel "perjuicio resultante de la disminución de los placeres de la vida causados especialmente por la imposibilidad o dificultad

¹⁴¹ París 25 marzo 1961, D. 1962, p. 132, nota M. Le Roy; Poitiers, 23 diciembre 1969, D. 1970, somm. 159. Sobre este perjuicio, además de los artículos de la nota anterior, adde., L. Melennec, "L'indemnisation du préjudice d'agrément", *Gaz. Pal.* 7 y 87 abril 1976.

¹⁴² Así, Civ. 11 octubre 1989, J.C.P. 1989, IV, 398; Crim. 14 junio 1978, D. 1979, I.R. 31; París 2 diciembre 1977, D. 1978, p. 285 nota Y. Lambert-Faivre.

¹⁴³ Crim. 3 abril 1978, J.C.P. 1979, II, 19, 168, nota S. Brousseau. El comentarista critica la conclusión bajo el supuesto que la suma otorgada como indemnización no podrá ser utilizada por la víctima, de modo que no se observa en esos casos el fin reparador de la suma otorgada. En iguales términos la crítica de C. Larroumet, en D. 1979, I.R. p. 66, para quien un perjuicio de esta especie sólo se concibe si la víctima puede sentir las limitaciones que ha de soportar. La crítica no parece lógica. Si se admite la indemnización de este rubro en forma separada, resulta ilógico y contrario a la justicia imponer el límite sugerido ya que querría decir que sólo los que pierden parcialmente los goces de la vida pueden ser indemnizados y no los que, sin perder la vida, ya no pueden experimentar goce alguno. Existiría entonces una curiosidad jurídica en que la privación se produce cuando el interés de la víctima es disminuido o mutilado; pero no cuando se pierde totalmente. Si por no poder experimentar con el dinero un goce equivalente a lo perdido, no debe indemnizarse este daño, no se ve cómo podría mantenerse para todos otro daño moral. Tampoco con el dinero se repone el daño estético y nadie duda que debe pagarse. Por lo demás con el dinero la víctima puede lograr una mejor atención. De allí que se haya defendido la tesis jurisprudencial: G. Viney, op. cit. N° 265, pág. 326. En el mismo sentido, Civ. 10 diciembre 1986, J.C.P. 1987, IV, 62.

de dedicarse a ciertas actividades normales de agrado¹⁴⁴, y se ha agregado que "la privación de los agrados de una vida normal, distinta del perjuicio objetivo resultante de la incapacidad constatada, justifica el otorgamiento a la víctima de una indemnización personal cuyo monto los jueces aprecian soberanamente"¹⁴⁵.

No se trata entonces del sufrimiento experimentado por la lesión, ni las limitaciones que la lesión misma causa, sino de la pérdida del agrado de una vida normal que prepara ciertas satisfacciones, tal vez pequeñas para algunos, pero que hacen la vida misma.

b. *La aflicción causada por la muerte*. Este rubro, común ante nuestros tribunales, según se ha visto, presenta una curiosa evolución en el Derecho francés.

En efecto, por una parte la doctrina se manifiesta desde antiguo reacia a admitir fácilmente que, por el hecho de la muerte de una persona, otras puedan obtener una suma de dinero por la aflicción que dicen experimentar con esa muerte. El tener que medir en dinero la aflicción no parece a todos moral y menos el hecho que, producida una muerte, se presente una larga lista de personas que pretendan sentir aflicción. El principio en sí es objetable y es también imposible fijar los límites de la reparación y sus titulares¹⁴⁶. De allí que la Resolución 75-6 del Consejo de Europa no admite este rubro más que en favor del padre, madre o cónyuge de la víctima y aún sólo en el evento de sufrimientos de carácter excepcional y recomienda a los países que admiten este rubro de reparación, limitarlo a los padres, cónyuge, novia e hijos y siempre que hayan mantenido estrechos lazos de afecto. Lejos se está pues de nuestra jurisprudencia que resuelve, como lo hemos visto, que el solo hecho del fallecimiento hace suponer un dolor o aflicción.

La jurisprudencia, por el contrario, es cada vez más liberal, extendiendo la reparación a la concubina, según hemos visto, y aún se ha admitido por la pérdida de un animal¹⁴⁷.

c. *Perjuicio estético*. Las lesiones sufridas dejan, a menudo, graves deformaciones y aunque éstas no sean objetivamente tan importantes, hacen sentir a la víctima que tiene un defecto notado por los demás. Provocan pues un daño estético que desde hace tiempo los tribunales franceses indemnizan y que, luego de la ley de 1973 ya citada, merece un acápite separado, como lo recomienda también la Resolución 75-7 del Comité de Mi-

¹⁴⁴ París, 2 diciembre 1977, D. 1978, 285, nota Y. Lambert-Faivre. Es la misma definición que se contiene en par. 11 del Anexo de la Resolución 75-7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa que señala el derecho a la indemnización y sus alcances.

¹⁴⁵ Crim. 5 marzo 1985, J.C.P. 1985, IV, 181.

¹⁴⁶ A. Tunc, *La Sécurité Routière*, N° 49, pág. 44, París 1966, se refiere a algunos notables excesos en la materia; A. Coudeyville, *Le pretium affectionis: un piège pour le juge administratif*, D. 1979, chn. 273. Mientras en 1931 la Corte de Casación había limitado los titulares a ciertos parientes (Req. 2 febrero 1931, D.P. 1931, I, 38), hoy en día la lista de titulares es larga: padres, hijos legítimos, cónyuge, hermana, hermano, hijo adulterino, abuelos naturales, madre natural, nuera, hijos naturales de una hermana, novia, sobrina, tutor, niño recogido por la víctima, persona que ha criado un niño, concubina y concubino, dueño de un animal, etc.... Vid. Ph. Le Tourneau, op. cit. N° 538 y sgts. págs. 179 y sgts.; G. Viney, op. cit. N° 266 y sgts. págs. 327 y sgts. Es ésta una de las razones que ha conducido a limitar la indemnización de estos perjuicios en materia de accidentes de la circulación.

¹⁴⁷ Civ. 7 enero 1962, D. 1962, 199, nota Rodière; J.C.P. 1962, II, 12, 557, nota Esmein, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1962, 316, obs. A. Tunc, Trib. G. Inst. Caen, 30 octubre 1962, D. 1963, pág. 92; J.C.P. 1962, II, 12, 954, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1963, 95, obs. A. Tunc.

nistros del Consejo de Europa (art. 11). Así pues, cada vez que se produzca una mutilación o daño a la estética de la víctima que le perturbe en su vida normal, debe recibir una indemnización¹⁴⁸.

13. *En el Common Law*

El Common Law carece, como es natural, de un concepto genérico de daño moral. Con todo, los tribunales norteamericanos e ingleses, para limitarnos sólo a ellos, acuerdan normalmente sumas sustanciales en compensación de variados daños que se acostumbra a calificar, en general, como "no pecuniarios", particularmente en casos de muerte ilícita y de lesiones personales.

En Inglaterra, hasta antes de la reforma introducida por la Administration of Justice Act de 1969, los tribunales hacían sólo una determinación general de los daños, atribuyendo una suma global, sin distinguir rubros específicos, fundamentalmente por temor a que si se seguía otra regla, se llegase a sumas excesivas al compensar rubro a rubro. Luego de esa ley, se hace al menos la distinción entre daños pecuniarios y no pecuniarios y en éstos se distinguen varios aspectos¹⁴⁹.

En USA, la condena a rubros específicos es normal en todos los tribunales.

a. Así, existe el denominado daño "hedonístico"¹⁵⁰ concebido como la pérdida del interés o placer de vivir, del agrado o goce de la vida y de los placeres que ella otorga. Es el "préjudice d'agrément" francés. No se trata de compensar el sufrimiento experimentado por las lesiones o la muerte, sino las consecuencias futuras en el agrado de vivir, que es cosa diversa.

El concepto de "hedonic damages" es general y comprende varios conceptos, como el de "loss of enjoyment of life" —pérdida del gozo de la vida— con lo que se pretende compensar por los disturbios que el hecho dañoso causa a la presente existencia, las alteraciones en la vida que se tiene, la que ya no será igual.

En antiguos casos se sostenía que este daño no era indemnizable por ser incierto y especulativo¹⁵¹; pero la atribución de sumas importantes por él es, actualmente, cosa co-

¹⁴⁸ "La víctima debe ser indemnizada del perjuicio estético, de los dolores físicos y de los sufrimientos psicológicos. Esta última categoría comprende, en cuanto concierne a la víctima, diversas perturbaciones y desagrados tales como malestares, insomnios, sentimiento de inferioridad, una disminución de los placeres de la vida causados especialmente por la imposibilidad de dedicarse a ciertas actividades de agrado" (Art. 11).

¹⁴⁹ Vid. Winfield, op. cit. págs. 623 y 624.

¹⁵⁰ Sobre ello, J. Brady, *Hedonic Damages*, 59 *Missip. L.J.* (1989) 495; S.J. Pearson, *Hedonic Damages: A separate Element in Tort Recoveries?* 56 *Def. Counsel J.* (1989) 436; Smith, *Hedonic Damages in Wrongful Death Cases*, A.B.A. J. sept. 1988; J.A. Williamson, *Hedonic Damages in Section 1983 Actions: a Remedy for The Inconstitutional Deprivation of Life*, 44 *Wash. and Lee L. Rev.* (1987) 321; Harper, James y Gray, op. cit. t. 4 par. 25, 10. A. págs. 573 y sgts.

¹⁵¹ *Hogan v. Santa Fe Trial*, 148 Kan. 720; 85 P. 2d. 28 (1938). En este caso, el demandante a resultas de la acción negligente del demandado quedó imposibilitado de tocar violín, que era su profesión. La Corte Suprema de Kansas revocó la decisión de primera instancia que otorgaba una compensación por pérdida del goce de la vida. La opinión de mayoría señala que "esta Corte, luego de cuidadosa consideración de toda la cuestión ha terminado por sostener que la pérdida del goce resultante del hecho que el demandado quede imposibilitado para tocar violín es demasiado especulativa y conjetural como para constituir una sólida base para la atribución de una indemnización". El juez Wedel, disintiendo dice: "En mi opinión, toda lesión que prive

mún¹⁵², aunque hace surgir numerosas dificultades, entre las cuales no es la menor la de decidir si no significa, en el fondo, una doble indemnización cuando, por otra parte, se indemniza el sufrimiento causado. Así, para algunos tribunales, no es posible concebir que "la pérdida de los placeres de la vida pueda ser compensada de otro modo que como un elemento del sufrimiento y el dolor", desde que los dos tipos de pérdidas están íntimamente relacionados. Para otros es un daño compensable en forma separada¹⁵³.

La dificultad es evidente: cuando hay lesiones importantes, se producen dolores a la víctima, que pueden intelectualmente separarse de las limitaciones que se experimentarán en la vida futura, pero cuando la víctima fallece, entonces no es posible concebir que la muerte misma pueda separarse de los goces de la vida perdidos, porque la vida no es más que los goces que ella permite: realizar proyectos, seguir un destino, tomar del mundo lo bueno y, desde este ángulo, compensarlo en caso de muerte es tanto como compensar la pérdida de la vida misma. Para ello es preciso atribuir la suma no a la víctima —que ha fallecido— sino a quienes sobreviven. En USA, esa atribución se hace a la herencia, concebida como la representación del fallecido, lo que entre nosotros equivale a otorgarla a los herederos como representantes del causante. Esta transmisibilidad ha sido discutida en USA¹⁵⁴. Sin embargo en muchos casos se ha tratado de hacer la distin-

ción entre sufrimiento y dolor y pérdida de los goces de la vida¹⁵⁵, por difícil que parezca la diferencia, pero revelándose así la cuidadosa distinción de los diversos aspectos a considerar, tan propia de las decisiones norteamericanas.

En Inglaterra esta categoría de daños es calificada como *pérdida de amenidad* (loss of amenity) o pérdida de facultades, aunque la expresión norteamericana no es desconocida. Se le concibe como un rubro diverso al dolor y sufrimiento y como un elemento de daño de mayor objetividad. Con todo han surgido algunas cuestiones a propósito de su indemnización a personas que, luego del hecho dañoso, pierden toda conciencia y permanecen en estado vegetativo. Para algunos, ello equivaldría a indemnizar a un muerto, lo que no sería admisible por un daño de esta especie, según es la doctrina del derecho inglés¹⁵⁶, presentándose entonces un dilema semejante al ya evocado en el Derecho francés¹⁵⁷.

al ser humano de un privilegio existente o de un goce definitivo de la vida, priva al individuo de un derecho cuya pérdida es compensable". Luego de considerar que tocar el violín era para el demandante todo en su vida, agrega: "Decir que la pérdida de tal goce y del consuelo que del él resulta para el ser humano, no es compensable con suma alguna no llama a mi sentido de justicia". En el mismo sentido de no ser compensable este daño, *City of Columbus v. Strassner*, 124 Ind. 482, 25 N.E. 65 (1890), por ser imposible de medir en términos monetarios; *Locke v. International and G.N.R. Co.*, 25 Tex. Civ. App. 1,456, 60 S.W. 314 (1901), por ser demasiado vago; *Northern Indiana P.S.Co. v. Robinson*, 106 Ind. App. 21, 18 N.E. 2d. 933 (1939). Ver nota en 38 *Mic. L. Rev.* (1939) 97.

¹⁵² *Dagnello v. Long Island R.R.* 289 F. 2d. 797 (2d. Circ. 1961); *Mariner v. Marsden*, 610 P. 2d. 6 (Wyo. 1980); *Fox v. Fox* 75 Wyo. 390, 296 P. 2d. 252 (1956); *Swiller v. Baker's Super Market* 203 Neb. 183, 277 N.W. 2d. 697 (1979), etc.

¹⁵³ La cita textual es de *Willinger y Catholic Medical Center of S.P.*, Pa. 393 A. 2d. 1,188 (1978). En este caso el jurado había recibido la siguiente instrucción, en un caso en que un menor había fallecido por negligencia del anestésico: "Leonard tenía un interés legal en la continuación de su vida... No estamos hablando de la pérdida de la vida como tal, porque esa pérdida no es compensable. De lo que estamos hablando es acerca de la pérdida de los placeres de la vida... Un individuo tiene derecho de gozar de la vida, de casarse, si quiere, de trabajar, de gozar cazando, de la pesca, mirando los juegos de pelota, de todas esas clases de cosas. Y si de ello fue privado por el acto negligente de uno o de ambos demandados, que es su causa próxima, Uds. pueden atribuir a la sucesión de Leonard una suma por tal concepto". Es esta instrucción la que no es aceptada por el tribunal superior. En semejante sentido *Corcoran v. Mc.Neil*, 400 Pa. 14, 161 A. 2d. 367 (1960) *Tymisky v. United States*, 481 F. 2d. 157 (1973); *Mc. Donald v. United States* 555 F. Supp. 935 (1983); *Cantu v. Del Carmen Pena* 650 S.W. 2d. 906 (Tex. App. 1983), entre otros.

Sin embargo en otros casos cada vez más frecuentes se acepta como un rubro separado de indemnización. Además de casos citados en cita 152, adde *Isgett v. Seaboard Coast Line R.Co.* 332 F. Supp. 1,127 (D.S.C. 1971); *Mc.Neil v. United States*, 519 F. Supp. 283 (D.S.C., 1981); *Fraysier v. United States*, 566 F. Supp. 1,085 (S.D. Fla. 1983). En *Lee v. Chesapeake and Ohio Ry. Co.* 305 F. Supp. 1,167 (Mich. 1969) se concedió una suma porque la víctima a consecuencia del hecho dañoso ya no podría tocar instrumentos, contrariamente al caso *Hogan* citado en cita 151.

¹⁵⁴ En efecto, en algunos casos se enciende que para indemnizar este daño es menester que la víctima pueda gozar de la suma atribuida, por lo cual ha de sobrevivir al hecho. De otro modo sería conceder a la sucesión algo inesperado. Así, en *Flannery v. United States* 718 F. 2d. 108, 110 (4th. Circ. 1983). Lo mismo en *Willinger v. Mercy Catholic Medical Center* citado más arriba. En este sentido, *J.Brady*, op. cit. pág. 508. Pero hay sentencias que, aún fallecida la víctima, han concedido el derecho a la sucesión por el difunto: *Sherrod v.*

Berry, 629 F. Supp. 159 (N.D. Ill. 1985), confirmado en fallo 827 F. 2d. 195 (1987); *Bello v. City of Milwaukee* 746 F. 2d. 1,205 (1984); *Bass v. Wallenstein*, 769 F. 2d. 1,173 (1985), etc. Es claro que para acoger esta última tesis hay que llevar a su extremo la ficción técnica, admitida en el derecho anglosajón, que la herencia es el causante y, en definitiva, se concluye, como lo critica la tesis contraria, en que por esta vía los herederos obtienen sumas importantes que, sin esa ficción, no obtendrían.

¹⁵⁵ *Swiller v. Baker's Super Market*, 277 N.W. 2d. 697 (1979), aunque allí hubo una lesión permanente y se agrega que, de ella resulta una pérdida en el goce de la vida, de modo que cabe al jurado hacer mención específica de este ítem indemnizatorio, sin que implique doble reparación. En *Thompson v. National Railroad Passenger Co.* 621 F. 2d. 814 (1960) la Corte resolvió: "...conceptualmente estas dos categorías de daños intangibles son distintas. Los perjuicios compensatorios están destinados a restituir la persona íntegra en la única forma que la Corte conoce, esto es, dándole un equivalente en dinero por cada pérdida que ha sufrido. Dolor y sufrimiento, lesión permanente y pérdida de los goces de la vida, cada uno representa pérdidas separadas en que incurre la víctima. La indemnización por el daño permanente compensa a la víctima por el hecho de quedar permanentemente lesionada, aunque ello no le cause dolor, sufrimiento o inconveniente; la indemnización por el dolor y sufrimiento le compensa por los malestares físicos y mentales causados por la lesión; y la indemnización por la pérdida del goce de la vida compensa a la víctima por las limitaciones en la vida de la persona originadas por la lesión". Agrega que si bien pudiera pensarse que una lesión permanente sin sufrimiento no es compensable, tal razonamiento sería erróneo, porque es lo cierto que antes del hecho la víctima no tenía la lesión y de no repararse por ello, no se le restituiría en su integridad.

¹⁵⁶ *Winfield*, op. cit. pág. 625; *Días y Markesinis*, op. cit. págs. 553 y sgts. Así en *H. West and Son Ltda. v. Shephard* (1964), A.C. 326. En este caso la víctima quedó absolutamente privada de comunicación a consecuencia de las lesiones sufridas en un accidente del tránsito, perdiendo la casi totalidad de sus sentidos. Recibió una suma que consideraba su pérdida de amenidad. Los apellantes sostenían que si la víctima no tenía sentidos, no podría obtener reparación ya que este daño implica tener conciencia de lo perdido. Se planteó así la cuestión de saber si este ítem es subjetivo u objetivo, tal cual la pérdida de otro bien físico. Esta última tesis fue aceptada por la House of Lords por mayoría.

Un buen ejemplo de este daño se da en *Heaps v. Perrite Ltda.* (1937) 2 All. E.R. 60: un trabajador sufrió la amputación de sus dos manos. La Corte dice que "tenemos que considerar el hecho que, aún si le fuesen colocados miembros artificiales, será por el resto de sus días un hombre sin manos, incapaz de hacer el trabajo común que todo hombre o joven requiere hacer: vestirse a sí mismo, desvestirse solo y hacer las varias cosas que son necesarias aún en plena salud. Debemos también considerar no sólo el sufrimiento que tuvo inmediatamente después del accidente sino el que tendrá durante toda su vida futura: la necesidad de requerir constante asistencia en las varias cosas que tiene que hacer para sus propios fines, aparte de ganar dinero. También el hecho que el goce de la vida se habrá ido de él. No puede conducir una bicicleta, no puede golpear con la mano una pelota de fútbol y si puede hacerlo, no puede tomarla. No podrá tener ninguna de las formas de recreación normales que se ofrecen al común hombre saludable, aunque con posible ayuda podrá ir a un campo de fútbol y mirar cómo otros juegan". ¿Qué mejor modo de describir la pérdida del goce de la vida que acudir al ejemplo del más popular de los deportes inventados por los ingleses? He aquí un buen ejemplo del indudable sentido de la realidad y del típico sabor de un buen fallo inglés.

Sobre las dificultades en su evaluación, vid. *Atiyah Accidents, Compensation and the Law*, 4ª edic. por P. Crane, págs. 183 y sgts., Londres 1987.

¹⁵⁷ Vid. n. y cita.

b. *Dolor y sufrimiento (pain and suffering)*. Bajo este concepto, el Common Law ordena la reparación de todo sufrimiento, sea mental, sea físico, experimentado a consecuencia de lesiones personales o de otro modo.

El dolor físico a consecuencia de lesiones ha sido indemnizado desde antiguo y luego se ha extendido al sufrimiento. Cabe advertir, sin embargo, que es de difícil concreción ya que, bajo tal concepto, se acostumbra incluir casi todo aquello que es daño no pecuniario, incluyendo a veces la privación del goce de la vida y otros agrados¹⁵⁸, de modo que la distinción con el rubro ya mencionado no siempre se hace, según se ha señalado más arriba.

En términos generales, no existe diferencia entre dolor y sufrimiento; pero tal vez el primero sea más propio del padecimiento físico y el segundo, un término más adecuado para todo malestar psíquico o mental.

En otros tiempos pudo discutirse su reparación, porque se dudaba de la posibilidad de compensarlos económicamente¹⁵⁹, al igual como aconteció en nuestro derecho con el daño moral; pero hoy no se discute y, por el contrario, es tan común la condena por este concepto que las sumas atribuidas han llegado a ser excesivas, produciéndose un movimiento de reforma que tiende a limitar su monto, aunque se haya dudado de la constitucionalidad que podrían tener tales límites¹⁶⁰.

Como es natural, las dificultades mayores surgen con su evaluación, siendo el jurado el que, en último término, decide soberanamente, sujeto sin embargo a la revisión por el tribunal de apelación si han sido excesivos o ínfimos¹⁶¹. Pero los juristas norteamericanos son reacios a admitir juicios que no obedezcan a un cierto criterio o regla objetiva, que entregue certeza. De allí que hayan surgido algunos sistemas o reglas para trazar normas sobre el cálculo de la indemnización, mediante la elaboración de complejos análisis económicos¹⁶². Es así como se ha pretendido introducir una medida o cálculo

¹⁵⁸ Sobre ello, M.A. Somerville, *Pain and Suffering at Interfaces of Medicine and Law*, 36 *Univ. of Toronto L.J.* (1986) 286; D.W. Leebron, *Final Moments: Damages for Pain and Suffering Prior to Death*, 39 *Deference L.J.* (1989) 133, 141.

¹⁵⁹ Como para todo daño no económico, porque la idea de reparación compensatoria está basada en la *restitución*, de modo de devolver a la víctima lo suyo. Esto no es posible para el dolor. Pero siendo en nuestra sociedad el dinero el común valor, parece razonable entender que al adjudicar dinero por el sufrimiento se reconoce el valor que tiene para la sociedad la integridad psíquica de la víctima. Sólo en este sentido hay *compensación*, es decir, consuelo. Vid. L. J. Jaffe, "Damages in personal injury: The impact of insurance", 18 *Law and contemporary problems*, 219 y sgts.

¹⁶⁰ En sucesivas leyes, diversos estados han limitado su monto: Colorado a US\$ 250.000 y a US\$ 500.000 si hay pruebas claras y concluyentes; Florida a US\$ 450.000; Idaho a US\$ 400.000, etc.... Vid. D.W. Leebron, op. cit. pág. 135, nota 8. Sin embargo en *Smith v. Department of Insurance* 307 So. 2d. 1.080 (Fla. 1987), la Corte Suprema de Florida dijo que ese límite viola el derecho constitucional de la víctima de acceder a la justicia. En *Socorro v. Orleans Levee Board*, 361 So. 2d. 739 (1990) el tribunal de apelación no estimó exagerada una condena por US\$ 3.500.000 por dolor y sufrimiento respecto de una víctima confinada de por vida a una silla de ruedas y cuadruplicada a los 46 años.

¹⁶¹ Así en *Shaw v. United States*, 741 F. 2d. 1.202 (1984); *Mills v. Teleczak*, 345 A. 2d. 424 (1975). En *Burnham v. Showmaker-Colbert-Brodax* 445 So. 477 (1984) US\$ 22.000 fueron considerados insuficientes. En el artículo de D. Leebron citado, se contiene un apéndice en que se analizan 250 casos, con las cantidades establecidas, op. cit. págs. 212 y sgts.

¹⁶² El análisis económico en relación con los torts es tema que hace bibliotecas en USA. Sólo como un ejemplo en este punto, la nota "An Economic Analysis of Tort Damages for Wrongful Death", 60 *New York Univ. L.R.* (1983) 1.113; y más generalmente, G. Calabresi, *The cost of accidents: A legal and Economic Analysis* (1970) traducida al español por Joaquín Bisbal, Barcelona, 1984.

per diem, de modo que la indemnización del dolor o sufrimiento debería atribuirse en función de las unidades de tiempo que haya durado o se haya debido soportar por la víctima¹⁶³. Este sistema ha sido bien recibido, como es natural, por los defensores de demandantes, pero no así por los de demandados, pues las más de las veces ha probado ser una argumentación efectista tendiente a obtener mayores sumas¹⁶⁴. Los tribunales han tenido muy diversa receptividad para dicho sistema¹⁶⁵. En todo caso, cualquiera sea el juicio que se tenga sobre él, revela, al menos, el interés de juristas norteamericanos por tarifarlo de algún modo objetivo y razonable lo que, entre nosotros, es el daño moral y liberarlo de esa arbitrariedad que difícilmente resulta aceptable, por mucho que se confíe en la prudencia judicial. La certeza o seguridad jurídica se revela ser, una vez más, un fin primordial buscado por quienes más la valoran, es decir, los prácticos del derecho.

Admitida la indemnización por este concepto, su alcance es amplísimo: todo dolor o pena, físico o mental, pasado o futuro, desde que "las varias formas de sufrimiento mental son tan numerosas como las capacidades del alma humana para torturarse a sí misma"¹⁶⁶. Así, puede repararse el temor a una futura inhabilidad o enfermedad¹⁶⁷, el temor a una muerte próxima¹⁶⁸, la ansiedad o angustia que sigue a lesiones físicas¹⁶⁹,

¹⁶³ D. Leebron, op. cit.; Harper, James and Gray, op. cit. t. 4, par. 25.10, pág. 565 y los casos allí citados en que se rechaza ese sistema, se acepta o se toman posiciones intermedias.

¹⁶⁴ Este sistema ha sido muy discutido. Si el demandante dice al jurado: supongamos una suma de US\$ 0,10 por minuto, la valorización puede aparecer como razonable; pero si se multiplica por los minutos de un año se llega a US\$ 51.840 y, de ese modo, US\$ 1.000.000, por este concepto no aparece excesivo si se toman 20 años. El argumento es pues muy efectista frente al jurado. Sobre ello, T.L. Cooper "The role of the Per Diem Argument in Personal Injury Suits" 5 *Duquesne U. L. Rev.* (1967) 393 y sgts. que contiene un adecuado análisis de la cuestión y de sus casos más relevantes; Cornelius I. Peck, "Compensation for Pain: A Reappraisal in Light of New Medical Evidence" 72 *Michigan L. Rev.* (1974) 1.355 y sgts.; esp. 1.384 y sgts., quien sugiere que las investigaciones médicas sobre el dolor determinan la impropiedad de fijar un precio unitario a esa sensación, atendida su variabilidad.

¹⁶⁵ Algunos lo aceptan y otros no, existiendo posiciones intermedias. En *Botta v. Brunner*, 26 N.J. 82; 138 A. 2d. 713 (1958) al rechazar el sistema, la Corte dijo: "Como se ha indicado, el dolor y sufrimiento no tienen dimensiones conocidas, matemáticas o financieras. No existe exacta correspondencia entre el dinero, la lesión o sufrimiento físico o mental y los diversos factores envueltos no pueden probarse en dólares o centavos. Por esta razón el único standard para la evaluación es aquel monto que personas razonables estiman ser una compensación equitativa". Para un mayor análisis, vid. el comentario de A. Manocchio, "Botta v. Brunner Revisited: Arguing Per Diem Damages in Summation", 11 *Setton Hall L. Rev.* (1961) 461 atendida su variabilidad.

¹⁶⁶ Mc. Cormick, *Handbook on The Law of Damages*, par. 88, pág. 315.

¹⁶⁷ Vid. P. Faulkner y K. Woods, "Fear of Future Disability. An Element of Damage in a Personal Injury Action", 7 *Western New England L. Rev.* (1985) 365 y sgts. Por ejemplo, el temor a un futuro cáncer por el acto negligente del demandado de exponer a la víctima a radiación u otros medios químicos, *Weatherill v. University of Chicago*, 565 F. Supp. 1.553 (N.D. Ill. 1983); en *Dartez v. Fibre Board Corp.* Docket N°s 83-2.504 (1985) temor al cáncer por exposición a asbestos; *Berry v. Montre 439 So. 2d. 465*, cert. den. 443 So. 2d. 597, temor a nuevos ataques epilépticos; *Bychinski v. Sentry Ins.* 144 Wis. 2d. 17; 423 N.W. 2d. 178, temor a una futura operación. Todo ello sin el temor es razonable y si existe también una razonable probabilidad de la enfermedad.

¹⁶⁸ Por ejemplo a un cáncer fatal, cuando un tratamiento o diagnóstico a tiempo pudo haber salvado a la víctima, *De Burkarte v. Louvar* 393 N.W. 2d. 131 (Iowa, 1986); o de la que puede provenir de un golpe ligero a consecuencia de una herida cerebral, *Dawson v. James H. Stuart and Deaton Inc.*, 437 So. 2d. 974 (1983).

¹⁶⁹ *Poscy County v. Chamness* 438 N.E. 2d. 1.041 (Ind. 1982); *Courcier v. Travelers Ins. Co.* 486 So. 2d. 243 (La 1986).

humillaciones y vergüenzas¹⁷⁰, etc.

Se ha admitido también la indemnización del sufrimiento experimentado a consecuencia del dolor de un tercero, como el caso del padre que ve sufrir a su hijo por una lesión¹⁷¹, aunque ha existido arduo debate sobre el punto. En efecto, en algunos estados de la Unión conservan la curiosa exigencia que la reparación de una perturbación mental cabe a consecuencias de una lesión o contacto directo con el hecho causante del accidente, en lo que se ha dado llamar la "impact rule". Así se limita la indemnización por sufrimiento mental. Este ha de resultar coincidente con el hecho de haberse sufrido lesiones físicas luego del impacto o conexión material con el hecho del demandado¹⁷². Esta tesis ha sido abandonada por muchos tribunales¹⁷³; pero en el intento de limitar la incontrolable explosión de demandas por daño de esta especie surgen otras exigencias, como por ejemplo, la de la zona de peligro para el que observa el daño ajeno, de forma que sólo aquél que ha visto sufrir a otro puede obtener reparación¹⁷⁴.

En Inglaterra, donde surgió la tesis o regla del impacto, para limitar las demandas por shock nervioso, se ha abandonado la exigencia referida de relación física con el hecho dañoso; pero se le ha reemplazado por la exigencia de una previsibilidad razonable del sufrimiento¹⁷⁵.

Se observará entonces que, de un modo u otro, sea en países de Common Law, sea en países de derecho civil, la reparación por el dolor y sufrimiento ha llegado a excesos que han exigido reglas para contener la expansión de demandas.

c. *Loss of consortium*. Ya hemos avanzado algunos conceptos sobre este tema de indemnización. Bajo esta denominación se concede el derecho a reparación por la circunstancia de perder al cónyuge o a un hijo, o de no contar con ellos para las atenciones físicas y morales, así como por la pérdida de la vida común que se tenía. No se trata del daño por el dolor experimentado por la pérdida, pues tal perjuicio forma parte de los

¹⁷⁰ Por ej., por desfiguración facial, *Clark v. Johnston*, 492 S.W. 2d. 447 (Ky. 1973); *Peembrook Management Inc. v. Cosaboon*, 157 Ga. App. 675; 278 S.E. 2d. 100 (1981); *Gassman v. United States* 589 F. Supp. 1, 534 (1984), etc.; o por la pérdida del cabello sufrida por una mujer, *Wilson v. Redken Laboratories, Inc.*, 562 S.W. 2d. 633 (Ky. 1978).

¹⁷¹ Así, *Lejeune v. Rayne Bransh Hospital*, 556 So. 2d., 559 (La. 1990). En este caso de Louisiana, se argumentó bajo la base del art. 2.315 del C. Civil de dicho estado, según el cual: "Todo acto cualquiera del hombre que cause daño a otro debe ser indemnizado", con una argumentación muy semejante a la usada en Chile para otorgar indemnización por el daño moral extracontractual, en base a los arts. 2.314 y 2.329 de nuestro C. Civil. En igual sentido, *Rickey v. Chicago Transit Authority*, 457 N.E., 2d. 1 (Ill. 1983); *Capelouto v. Kayser Foundation Hospital*, 500 P. 2d. 880 (1972), siempre que los padres, por esa angustia sufran actual lesión física. Pero hay lugares donde una lesión meramente emocional en accidentes por muerte ilícita de terceros no da derecho a indemnización, por ej. *Norwell v. Oregon Episcopal School* 787 P. 2d. 502 (Or. App. 1990); *Demars v. Erde*, 55 Or. App. 363; 640 P. 2d. 635 rev. den. 293 Or. 146, 651, P. 2d. 143 (1982); *Hammond v. Central Lane Communications*, 792 P. 2d. 440 (Or. App. 1990).

¹⁷² Sobre ella, *Prosser y Keeton*, op. cit. págs. 363 y sgts.; J. Stein, *Personal Injury and Death Actions*, págs. 51 y sgts.; *New York* 1972, suplemento a 1989 y los casos allí citados.

¹⁷³ Así, por ej. en Illinois: *Rickey v. Chicago Transit Authority*, citado antes en Missouri: *Bass v. Nooney Co.*, 646 S.W. 2d. 765 (Mo. 1983); Ohio: *Schultz v. Barbenton Glass Co.*, Ohio St. 3d. 131; 447 N.E. 2d. 109.

¹⁷⁴ Así, los casos citados más arriba. Sobre la exigencia que se trata de un espectador o persona presente, T. Zurek, "Negligent Inflictions of Emotional Distress: Reconciling the Bystander and Direct Victim Causes of Actions", 18 *U. of San Francisco L. Rev.* (1983) 145 y sgts.

¹⁷⁵ *Winfield*, op. cit. págs. 90 y sgts.

rubros ya referidos bajo *pain and suffering*. Se trata del daño causado por aquello que es tan indefinible y que se comprende bajo la idea de vida conyugal o familiar.

Originalmente nació como el derecho del marido a ser indemnizado por la pérdida de las atenciones o servicios de toda especie a que tenía derecho sobre su mujer y específicamente los sexuales, bajo la noción de control o poder marital¹⁷⁶. Pero hoy se le concibe bajo el supuesto que marido y mujer forman una unidad que se ve afectada por el daño causado a uno de ellos¹⁷⁷, aunque no sea la muerte, pues también cabe si existen graves limitaciones físicas del otro cónyuge. Se ha extendido el derecho a la mujer por la pérdida o limitación experimentada por su marido¹⁷⁸ y aún al daño sufrido por los hijos en relación a las lesiones o muerte de sus padres, o de los padres por la de sus hijos, aunque no en forma clara en todos los estados¹⁷⁹. Y, poco a poco, se ha abierto la acción incluso a los concubinos, como se ha visto antes¹⁸⁰.

Para nuestros conceptos, este rubro es un tanto oscuro, porque originalmente nació como una variedad de daño patrimonial o económico, ya que se le concebía como la pérdida de los servicios a que tenía derecho el marido, así como antes se le había reconocido al dueño el derecho a reparación por la pérdida de sus domésticos y criados. De allí la permanencia de la calificación de *loss of society* que aún se conserva en algunos tribunales para referirse a este daño. Es muy recientemente que se le ha concebido como la pérdida de una relación de contenido más sociológico y moral y de allí el nombre más usual de *loss of consortium*. Es esta historia la que se recuerda por la Corte Suprema de Wisconsin en *Socklyn v. Prier*, en los siguientes términos: "La regla en contra de este ítem de indemnización fue creada por las Cortes y es tanto de nuestra responsabilidad como de la

¹⁷⁶ D.B. Dobbs, op. cit. par. 8.11, pág. 587; *Prosser y Keeton*, par. 123 pág. 931.

¹⁷⁷ Stein, op. cit., cap. 13, págs. 417 y sgts.

¹⁷⁸ Vid. las referencias a los casos citados en la nota de M.S. Amick "Who Should Recover for Loss of Consortium?", 35 *Maine L. Rev.* (1983) 295, nota 4. Sólo seis estados niegan esa acción a la mujer.

¹⁷⁹ Si en Massachusetts: *Ferriter v. Daniel O'Connell's Sons*, 413 N.E. 2d. 690 (1980); Iowa: *Weir v. Moes*, 311 N.W. 2d. 259 (1981); Michigan: *Berger v. Weber*, 411 Mich. 1. 303 N.W. 2d. 424 (1981); Alaska: *Hibpshman v. Prudhoe Bay Supply, Inc.* 734 P. 2d. 991 (1987), sobre el cual vid. el comentario de D.L. Dionne, en 18 *Cumberland L. Rev.* (1988) 473; también en Indiana, Ohio, Vermont, Washington, Wisconsin. Pero otros estados niegan la acción a los hijos, como California o Indiana, bajo la base del conocido argumento que es imposible que el dinero repare tal daño y que ello aumentaría el número de demandas, o incluso bajo la base que el litigio lesionaría a los hijos ya que los abogados defensores tenderían a demostrar que no han tenido buenas relaciones con sus padres. Ej. *Deadborn Fabricating and Engineering Corp. v. Wickham*, W.L. 35,624 (Indiana) N.E. 2d. (1990), Maine, sobre el cual, la nota N. *Wanderer Mackenzie*, "Maine Refuses to Recognize a Cause of Action For Parental Consortium", 41 *Maine L. Rev.* (1988) 183; Carolina del Norte, sobre el cual, E.T. Mac Parland, "North Carolina's Refusal to Extend Recovery to the Infant Secondary Tort Victim", 66 *North Carolina L. Rev.* (1988) 1, 337. También la niega el Restatement of The Law, Torts, 2d. art. 707 A (1977). Vid. J.S. Bainbridge Jr., "Loss of Consortium Between Parent and Child", *ABA Journal*, oct. 1985, págs. 47 y sgts. y la nota G.A. Guthrie, "Should Pennsylvania Recognize a Cause of Action for Loss of Parental Consortium?" 28 *Duquesne L. Rev.* (1990) 697 y sgts.; T. Van Doan, "Loss of Parental Consortium" 8 *Journal of Juvenile Law* (1984) 457 y sgts.; y en forma más amplia, pero favorable a la acción, la nota M.S. Duncan "Davis v. Elisabeth General Medical Center: Loss of Consortium in The Parent-Child Relationship", 43 *Arkansas L. Rev.* (1990) 405. Hemos confundido en una misma cita tanto la acción de los padres por sus hijos, como la de los hijos por sus padres. En cuanto a los padres por sus hijos, es importante la sentencia afirmativa en *Schockley v. Prier*, 66 Wis. 2d. 394, 225 N.W. 2d. 495 (1975), por su especial examen de la cuestión. En *Frank v. Superior Court* 150 Ariz. 228, 722 P. 2d. 955 (1986) se concedió incluso la acción a los padres por la lesión a un hijo mayor de edad, ampliando así la acción por "loss of consortium", vid. su comentario por P.K. Charlton, 29 *Arizona L. Rev.* (1987) 541.

¹⁸⁰ Vid. n.