

## DEL DAÑO POR REPERCUSION O REBOTE

*Fabián Elorriaga De Bonis*

Profesor de Derecho Civil, Universidad Adolfo Ibáñez  
Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra

### I. ACERCA DEL DAÑO POR REPERCUSION O REBOTE

Desde hace mucho tiempo se ha venido constatando la importancia creciente que ha adquirido el elemento daño dentro de la responsabilidad civil. Los distintos sistemas jurídicos que existen a este respecto, han procurado extender su cobertura a un importante número de situaciones con el fin preciso de lograr, de la mejor manera posible, que los daños causados a las personas y los bienes sean objeto de una adecuada compensación económica, mediante el pago de la indemnización estimada como suficiente para el caso de que se trata. En este esquema, también desde hace ya bastantes años, se ha podido apreciar que, frecuentemente, la ocurrencia de un delito o cuasidelito civil causa un perjuicio directo a los personalmente afectados con el suceso, pero que también, a consecuencia de ese mismo hecho ilícito con víctimas iniciales, se producen perjuicios materiales y morales para los sujetos que mantienen alguna vinculación con los inicialmente lastimados. Desde luego, cuando la víctima del daño es una sola, será ella la única titular del derecho a reparación correspondiente. Pero sucede con frecuencia que el daño de la víctima inicial, y perjudicada por antonomasia, provoca a su turno un daño a sus familiares, a los que de ella dependen económicamente o a los que con ella se han vinculado comercial o profesionalmente, dando lugar al denominado daño por rebote o repercusión.

En este orden de ideas puede entenderse el daño por repercusión o rebote como el que nace a consecuencia del perjuicio provocado a una víctima inicial de un hecho ilícito, y que afecta a personas diversas del sujeto inmediatamente perjudicado. Aunque teóricamente podría pensarse en otras situaciones, el daño por repercusión o rebote se plantea, principalmente, en casos de lesiones corporales o muerte de la víctima inicial, dado que junto al obvio perjuicio que sufre el directamente lesionado o fallecido, acontece que su cónyuge, hijos o los otros sujetos que de él dependen o que con él se relacionan, se ven perjudicados patrimonial o extrapatrimonialmente<sup>1</sup>. En rigor, estos sujetos no son víctimas inmediatas del hecho ilícito, ya que es de entera evidencia que el impacto esencial del suceso lesivo recayó sobre el personalmente lesionado. Sin embargo, a pesar de no haber sido afectados en su persona física, es de igual evidencia que ellos sufren un perjuicio a consecuencia del siniestro, al verse alcanzados

<sup>1</sup> Algunos circunscriben la problemática del daño por rebote solamente a los supuestos en que la víctima inicial ha resultado muerta o lesionada físicamente (cf. VICENTE DOMINGO, E., *Los daños corporales: tipología y valoración*, Barcelona, 1994, pp. 211 y 213).

en sus sentimientos, en su subsistencia o por los gastos en que deban incurrir derivados de los daños de la víctima inicial<sup>2</sup>. Como expresan Malaurie y Aynès, existen dos víctimas, dos acciones pero un solo hecho perjudicial<sup>3</sup>.

El daño sufrido por las víctimas mediatas del hecho ilícito ha recibido diversas denominaciones. En Francia se ha impuesto definitivamente la expresión *dommage par ricochet*<sup>4</sup>, lo que literalmente significa daños por rebote o carambola, término que si bien no parece suficientemente jurídico, no deja de ser bastante ilustrativo sobre los alcances y contenidos de este tipo de perjuicio. También se ha hablado de daño reflejo (*réfléchis*) o por repercusión, expresiones que tratan de poner de relieve el elemento verdaderamente configurativo de este tipo de perjuicios<sup>5</sup>.

Muchos han hablado de daño indirecto, con el propósito de indicar que se trata de un perjuicio que supone la existencia de una víctima directa del siniestro y de otra que es perjudicada por el mismo hecho pero por vía indirecta<sup>6</sup>. Sin embargo, esta última acepción es riesgosa, dado que existe el peligro cierto de confundir el daño por rebote con el daño que no es indemnizable, atendido que no guarda relación causal con el hecho ilícito. Desde antiguo los perjuicios se han clasificado en directos e indirectos. Los primeros, en materia contractual, se caracterizan por ser una consecuencia inmediata de no haberse cumplido una obligación, y que en sede extracontractual, derivan de hechos no vinculados con el delito o cuasidelito. Entre nosotros la fuente de esta distinción se encuentra en el artículo 1558 CC, según el cual si hay dolo del deudor en el incumplimiento de la obligación, aquel será responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse retardado su cumplimiento, aun cuando hayan sido imprevistos, confirmando la idea de que respecto de los perjuicios indirectos que sufra el acreedor, y en ausencia de pacto expreso en contrario, no hay responsabilidad del deudor, a pesar de que actúe con dolo<sup>7</sup>.

El principal problema del daño por repercusión o rebote estriba en determinar quiénes son las personas que están verdaderamente legitimadas para pretender ser indemnizadas por parte del causante de los daños, puesto que la cadena de perjudicados a consecuencia de un hecho dañoso podría llegar a ser verdaderamente insospechada.

Tratándose de daños en las cosas, el artículo 2315 del Código Civil establece una norma que no reduce el derecho de reparación al que sea el propietario del bien destruido o deteriorado, señalando que puede pedir esta indemnización no sólo el que es dueño o poseedor de la cosa que ha sufrido el daño, o su

<sup>2</sup> Cf. MALAURIE, Ph. y AYNÈS, L., *Cours de Droit Civil. Les obligations*, París, 1997, p. 59.

<sup>3</sup> Cf. *ibidem*.

<sup>4</sup> Cf. VINEY, G. y MARKESINIS, B., *La réparation du dommage corporel. Essai de comparaison des droit anglais et français*, París, 1985, pp. 72 y ss. y VINEY, G., *Droit Civil. Les obligations. La responsabilité: effets*, París, 1988, pp. 186 y ss.

<sup>5</sup> Cf. MALAURIE y AYNÈS, ob. cit., p. 59.

<sup>6</sup> Cf. LÓPEZ JACOISTE, J., *Reflexiones sobre las indemnizaciones por causa de muerte*, en "Estudios de Derecho Civil en Homenaje al profesor Dr. José Luis LACRUZ BERDEJO", Vol. 2, Barcelona, 1993, p. 1563 y SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, V. 1, Madrid, 1991, pp. 211 y ss. Afirma este último autor que "el daño indirecto puede reclamarlo quien, siendo persona distinta de la víctima, ha sufrido perjuicio en un interés propio y legítimo" (p. 212).

<sup>7</sup> Cf. ABELIUK MANASEVICH, R., *Las obligaciones*, Santiago, 1993, pp. 208, 674 y 675.

heredero, sino el usufructuario, el habitador o el usuario, si el daño irroga perjuicio a su derecho de usufructo o de habitación o uso. Puede también pedirla en otros casos el que tiene la cosa con la obligación de responder por ella, pero sólo en ausencia del dueño. En estas hipótesis la víctima inicial normalmente será el propietario del bien, quien, bajo el principio *res perit domino*, será el que sufra directamente el perjuicio patrimonial del caso, conservando naturalmente el derecho a ser debidamente indemnizado. Pero pueden existir otros perjudicados con el hecho ilícito, como cualquier persona que tuviere un derecho real de goce o garantía sobre el objeto destruido, que, a consecuencia del siniestro, ha visto extinguido su derecho, y que, a pesar de no ser su propietaria, resulta evidentemente lesionada con el hecho ilícito, gozando del derecho a ser compensada por la pérdida<sup>8</sup>.

Pero el problema se plantea respecto de los daños sufridos en la persona de la víctima inicial, por cuanto es en estos casos cuando resulta bastante más problemático determinar quiénes son —dentro del cúmulo posible— las personas llamadas a ser indemnizadas por parte del agresor de la víctima.

Algunos Códigos han optado por declarar expresamente el derecho de las víctimas por repercusión o rebote a ser debidamente reparadas por parte del agresor.

El artículo 1079 del Código Civil argentino dispone que "la obligación de reparar el daño causado por un delito existe, no sólo respecto de aquel a quien el delito ha damnificado directamente, sino respecto de toda persona que por él hubiese sufrido, aunque de una manera indirecta". Esta norma se ve complementada por lo previsto en el artículo 1068 que dispone que "habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades".

El artículo 104 del Código Penal español declara que "la indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieran causado al agraviado, sino también los que se hubiesen irrogado, por razón del delito, a su familia o a un tercero. Los tribunales regularán el importe de esta indemnización en los términos prevenidos para la reparación del daño en el artículo precedente".

El artículo 45 del Código de las Obligaciones de Suiza dispone que "en caso de muerte de un hombre, la indemnización comprende los gastos, especialmente los de entierro. Si la muerte no sobreviene inmediatamente, la indemnización comprende en particular los gastos de tratamiento, como el perjuicio derivado de la incapacidad para el trabajo. Cuando, por causa de la muerte, otras personas han sido privadas de su sustento, tienen derecho a ser indemnizadas en esta parte". Agrega el artículo 47 del mismo Código que "el juez puede, teniendo en cuenta las circunstancias particulares, otorgar a la víctima de lesiones corporales o, en caso de muerte del sujeto, una indemnización a la familia a título de reparación moral".

Sin embargo, a pesar de estas declaraciones sobre el derecho a la indemnización que asiste a otras personas diferentes de la víctima inicial, subsiste todavía

<sup>8</sup> Cf. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A., *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno*, Santiago, 1983, pp. 456 y 457 y BIDART HERNÁNDEZ, J., *Sujetos de la acción de responsabilidad extracontractual*, Santiago, 1985, pp. 46 y 47.

el problema de la precisión de qué personas son las que están legalmente investidas de la titularidad para pretender ser indemnizadas por el autor del daño.

En Chile se presenta exactamente el mismo problema a la luz de los artículos 2314 y 2329 del Código Civil, que consagran la regla ampliamente conocida que todo daño cometido por otro debe ser debidamente indemnizado. Cualquier persona, aun víctima secundaria, que ha sufrido un perjuicio derivado del hecho ilícito, tiene el derecho a ser indemnizada. Con ello subsiste el inconveniente de determinar con precisión quiénes son los que pueden reclamar la compensación y hasta dónde pueden hacerlo.

## 2. LOS PRINCIPIOS DE DAÑO CIERTO E INTERÉS LEGÍTIMO

La respuesta a la pregunta de cuáles víctimas por rebote tienen derecho a ser indemnizadas, para muchos puede tener una respuesta bastante sencilla: todo el que ha sufrido un daño tiene la prerrogativa de ser indemnizado. Luego, todo perjudicado, sin importancia del monto de su perjuicio, tiene la opción de pretender ser indemnizado.

Aparentemente esta regla soluciona cualquier problema práctico que pueda suscitarse sobre el particular, mas ello no pasa de ser una solución bastante teórica si se le pretende aplicar sin limitaciones o restricciones de ninguna especie. La lista de personas afectadas con la muerte de otra podría ser en los hechos francamente interminable. La pérdida de un ser querido podría provocar perjuicios patrimoniales y morales a un nutridísimo número de personas, y las indemnizaciones serían acaso imposibles de asumir por el autor del daño. Desde luego formarían parte de esta nómina el cónyuge, los hijos y nietos del fallecido, como también sus ascendientes, si los tuviera, y sus hermanos, tíos o primos. Podrán haber sufrido daño su novia o "polola". Sus compadres, cuñados, yernos y nueras. Acaso podría tratarse de personas que nada tienen que ver con la familia, como los amigos de la infancia o de sus compañeros de trabajo. Muchos de nosotros podríamos sostener que hemos sido objeto de un profundo daño moral a raíz de sucesos de pública notoriedad difundidos en la prensa, que nos han afectado fuertemente en nuestros sentimientos y tranquilidad espiritual.

De cara a la limitación de esta secuencia que podría no terminar nunca, se han acuñado por la doctrina dos principios que en teoría podrían resolver los inconvenientes que se derivan de estas situaciones. Se trata de los principios de certidumbre del daño y del interés legítimo lesionado.

El daño debe ser cierto, real, efectivo. Lo que dice relación con el hecho de que efectivamente haya ocurrido y no con su cuantía ni con su comprobación. Un daño puede ser insignificante desde el punto de vista de su cuantía y no por ello deja de ser cierto. Puede ocurrir que su acreditación por los medios de prueba legales tampoco sea fácil, mas eso tampoco lo priva de su carácter de cierto<sup>9</sup>.

El sentido de precisar la certidumbre del daño viene dado por la limitación de los reclamantes de indemnización. Sólo pueden pretenderla quienes tengan un perjuicio cierto, real y efectivo. Siendo así, la condición o limitante no resulta verdaderamente efectiva, puesto que el daño de menor cuantía es cierto, y tam-

<sup>9</sup> Cf. ALESSANDRI, ob. cit., pp. 213 y 214.

bién lo es el difícilmente comprobable, lo que podría no excluir a alguno de los potenciales perjudicados. En todo caso lo más relevante, y ello no puede desconocerse, es que la limitación en el hecho, más que nada, viene dada por el aspecto probatorio. Será real el daño probado y el que no ha sido probado no podría ser considerado por el juez de la causa. En este sentido podría afirmarse que tendrían derecho a ser indemnizados todos aquellos que acrediten o prueben un daño, trasladando así el problema desde el ámbito sustancial al adjetivo. Cualquiera que acredite un daño tiene derecho a ser compensado por el culpable del hecho ilícito, independientemente de su relación de dependencia o cercanía con la víctima.

En segundo término, se ha predicado del daño que este debe afectar un interés lícito o legítimo de la víctima, es decir, un interés conforme o afín a la moral y las buenas costumbres, excluyéndose cualquier tipo de situaciones ilícitas o inmorales. Ello excluiría de la nómina de potenciales víctimas a las que sustentan su demanda sobre la base de una relación ilícita con la víctima, o cuyo interés en ella o por ella no puede ser considerado como legítimo. Concretamente esto se esgrimió hace muchos años para excluir del derecho a indemnización a la concubina de la víctima de un hecho ilícito<sup>10</sup>.

La verdad es que este requisito tampoco es verdaderamente restrictivo, o lo es menos de lo que lo era hace algunos años. La noción de interés lícito o legítimo es esencialmente variable como lo son las nociones de moral y buenas costumbres que esta idea lleva envuelta, por lo que fluctuarán en el tiempo y lugar en las que se las pretenda aplicar. De hecho, la exclusión de la conviviente entre las personas con derecho a ser indemnizadas puede considerarse superada, a lo menos en el Derecho comparado, hace muchos años. Por otra parte, sería difícil, sobre la base del interés lícito o legítimo, sostener, por ejemplo, que el hijo natural o ilegítimo no tiene derecho a ser indemnizado por la muerte de su padre, o que el padre ilegítimo no tiene derecho a la misma compensación, hipótesis en que se le ha concedido el derecho a reparación, más aún cuando dichas categorías están en vías de extinción a partir de la Ley 19.585 de 26 de octubre de 1998.

## 3. ¿QUIENES PUEDEN CONSIDERARSE VÍCTIMAS POR REPERCUSION O REBOTE?

Determinado el ámbito conceptual de las víctimas reflejas o por rebote, cabe preguntarse en abstracto qué personas concretamente tienen o pueden pretender una indemnización de parte del victimario del lesionado inicial. Se trata aquí de revisar las hipótesis más frecuentes en que el hecho ilícito causa un daño a las personas vinculadas patrimonial y moralmente a la víctima inicial.

Desde un punto de vista metodológico, resulta más conveniente separar los daños patrimoniales de los extrapatrimoniales, lo que supone aceptar como hipótesis que las víctimas por rebote pueden serlo o porque resultaron perjudicadas en su patrimonio o porque fueron dañadas en su esfera espiritual o moral.

<sup>10</sup> Así ALESSANDRI, ob. cit., p. 212 y MAZEAUD, H. y L. y TUNC, A., *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, T. I, Vol. 1, (traducción de la quinta edición por Luis Alcalá-Zamora y Castillo), Buenos Aires, 1977, pp. 407 y ss. y 463 y ss.

### 3.1. Daño patrimonial por repercusión o rebote

El problema en el plano patrimonial se plantea cuando una persona lograba u obtenía de otra ciertos recursos o fuentes de ingreso, y a consecuencia de su muerte o incapacidad, la víctima por rebote resulta afectada materialmente, habida consideración que se la priva de este ingreso o recurso económico. Podría pensarse en principio que esto debería quedar limitado exclusivamente al caso en el que la víctima inicial fallece<sup>11</sup>, por cuanto si sólo ha recibido lesiones que provocan su incapacidad, la indemnización que en teoría se le conceda a la víctima inicial debiera ser suficiente como para cubrir adicionalmente las necesidades de las personas que de ella dependen. Sin embargo, lo cierto es que pueden plantearse casos, como los que se verán en adelante, en los que la incapacidad de la víctima inicial y la indemnización que por ella se conceda no coincida entera o directamente con el daño material sufrido por otras personas a ella vinculadas<sup>12</sup>.

Según parte de la doctrina, el aspecto patrimonial sería la hipótesis más simple dentro de la problemática del *dommage par ricochet*<sup>13</sup>, puesto que bastaría con acreditar el daño material de la víctima refleja para acceder a la indemnización de dicho perjuicio. No obstante, es una cuestión delicada determinar si es cierto el perjuicio material causado a una persona por la muerte o incapacidad de otra o si se presenta una probabilidad suficiente como para que tal perjuicio sea tomado en cuenta, o, por el contrario, si se trata de un daño enteramente hipotético<sup>14</sup>.

Para abordar el problema de los perjudicados patrimonialmente, puede plantearse la cuestión respecto de cuatro grupos de personas hipotéticamente lesionadas por rebote: las que tenían derecho a reclamar alimentos de la víctima inicial; las que dependían de ella sin tener derecho de alimentos; las vinculadas profesional o laboralmente con ella, y un cuarto grupo que, de manera residual, comprende a los otros potenciales lesionados en su patrimonio.

#### a. Víctimas que tenían derecho a reclamar alimentos

Desde hace ya bastante tiempo se ha considerado por la doctrina y por la jurisprudencia comparada, que la muerte o la lesión de un sujeto daña o perjudica a las personas que revisten el carácter de alimentarios del directamente afectado con el hecho ilícito. El daño se considera cierto, y además se entiende que se perjudica un interés legítimo, concretamente el de ser debidamente alimentado por quien tenía la obligación de hacerlo<sup>15</sup>.

Teóricamente, entre nosotros, pueden reclamar este perjuicio patrimonial todas aquellas personas a quienes el artículo 321 del Código Civil les

<sup>11</sup> Cf. VICENTE, ob. cit., p. 220.

<sup>12</sup> Cf. MAZEAUD y TUNC, ob. cit., p. 390.

<sup>13</sup> Cf. VICENTE, ob. cit., p. 220.

<sup>14</sup> Cf. MAZEAUD y TUNC, ob. cit., p. 390.

<sup>15</sup> Cf. MAZEAUD y TUNC, ob. cit., pp. 390, 391 y 394. Este mismo planteamiento se ha dado en Italia, aunque la jurisprudencia lo ha rechazado como criterio restrictivo (cf. Bonasi BENUCCI, E., *La responsabilidad Civil* (traducción y notas de J. Fuentes Lojo y J. Peré Raluy, Barcelona, 1958, p. 63).

concede alimentos<sup>16</sup>, es decir, el cónyuge, los descendientes legítimos, los ascendientes legítimos, los hijos naturales y su posteridad legítima, los padres naturales, los hijos ilegítimos, la madre ilegítima, los hermanos legítimos y el donatario de una donación cuantiosa<sup>17</sup>, según la terminología anterior a la Ley 19.585, y los descendientes, ascendientes, hermanos y el donatario de una donación cuantiosa si no hubiere sido rescindida o revocada, según la terminología impuesta por esta Ley. Todos ellos tendrían el derecho de solicitar alimentos, ya que al fallecer o inhabilitarse la persona que se los proporcionaba, ellos quedan privados de este derecho, por lo que adquieren la facultad de ser debidamente indemnizados por ello.

Así se ha resuelto que en esta calidad de alimentarios tienen derecho a ser indemnizados todos aquellos a quienes la víctima proporcionaba alimentos, ya espontáneamente<sup>18</sup>, ya en virtud de una sentencia judicial, como el cónyuge<sup>19</sup>, los hijos<sup>20</sup>, el padre y madre y los hermanos ilegítimos<sup>21</sup>, salvo en cuanto continúan percibiendo alimentos de conformidad a lo preceptuado en los artículos 1168 y siguientes del Código Civil, es decir, con cargo a la herencia del causante, puesto que en tal caso no sufren daño alguno<sup>22</sup>.

El mismo criterio está recogido en la Resolución 75/7, de 14 de marzo de 1975, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre compensación por perjuicios en caso de daños corporales y muerte. Dicha resolución afirma en su principio 15, letra a) que "la muerte de la víctima da derecho a compensación por el daño material a las personas a las cuales la víctima tenía o va a tener en el futuro la obligación legal de mantener"<sup>23</sup>.

Con todo, puede plantearse la duda de si es necesario que estas personas hayan efectivamente percibido los alimentos antes de la muerte o la inhabilitación de la víctima inicial, o si por el contrario no cabría exigirle al perjudicado que la víctima lo hubiese socorrido en vida. De la Resolución europea recién citada, se desprende que no es completamente necesario, al menos como principio, que las víctimas por rebote se hubiesen encontrado percibiendo los alimentos del alimentante, bastando la posibilidad de exigirlos en el futuro<sup>24</sup>. La doctrina com-

<sup>16</sup> Cf. ALESSANDRI, ob. cit., p. 459.

<sup>17</sup> También el adoptado de conformidad al artículo 22 de la Ley 7.613 y la madre del hijo que está por nacer, según el artículo 4 de la Ley 14.908. También podría incluirse el adoptado en régimen de adopción simple según el artículo 13 de la Ley 18.703, puesto que la norma impone al adoptante la obligación de sufragar los gastos de alimentación, crianza y educación del adoptado.

<sup>18</sup> Cf. RDJ, T. 12, s. 1, pp. 90 y 308; T. 14, s. 1, p. 498; T. 18, s. 1, p. 335; T. 22, s. 1, p. 912; T. 29, s. 1, p. 570.

<sup>19</sup> Cf. RDJ, T. 14, s. 1, p. 498; T. 16, s. 1, p. 513; T. 18, s. 1, p. 126; T. 25, s. 1, p. 435; T. 26, s. 1, p. 89; T. 39, s. 1, p. 203.

<sup>20</sup> Cf. RDJ, T. 13, s. 1, p. 403; T. 14, s. 1, p. 498; T. 25, s. 1, p. 435; T. 26, s. 1, p. 89; T. 39, s. 1, p. 203.

<sup>21</sup> Cf. GT, 1916, p. 354.

<sup>22</sup> Cf. ALESSANDRI, ob. cit., pp. 460 y 461.

<sup>23</sup> Traducción del autor.

<sup>24</sup> Es también el criterio adoptado por el parágrafo 844 del Código Civil alemán, el que dice: "Acciones de resarcimiento: 1. En caso de homicidio el obligado al resarcimiento ha de resarcir los gastos de entierro de aquel que le incumbe soportar estos gastos. 2. Si el difunto al tiempo de la lesión estaba legalmente obligado podía llegar a estarlo a una obligación de alimentos para con este, y a consecuencia de la muerte priva al tercero del derecho a los alimentos, el obligado al resarcimiento ha de prestar reparación de daños al tercero mediante el pago de una renta en dinero, en la medida que el muerto habría estado obligado a la concesión de alimentos durante la presumible duración de su vida (...) la obligación de resarcimiento se produce incluso si el tercero al tiempo de la lesión estaba concebido pero aún no nacido".

parada se pronuncia en el mismo sentido. No es necesario que los alimentos hubiesen efectivamente sido entregados a la víctima por rebote, bastando solamente el derecho de reclamarlos. Se está ante el titular de un crédito que la muerte o la lesión física del potencial alimentante ha hecho desaparecer, por lo que se trata de un perjuicio real, cierto<sup>25</sup> y no meramente hipotético<sup>26</sup>. Para ello, en todo caso, es indispensable demostrar que se tenía el derecho a los alimentos, no bastando el mero título legal, sino que además sería necesario que se cumplan los requisitos adicionales para este objeto, como el estado de necesidad de la víctima y las posibilidades del alimentante<sup>27</sup>. De no darse estas condiciones no puede pretenderse, en principio, una indemnización por los alimentos perdidos, ya que en la práctica jamás se habrían obtenido de la víctima inicial, y de aceptarse la tesis contraria, en los hechos la víctima por rebote, lejos de resultar perjudicada con la muerte de la víctima inicial, resultaría ampliamente beneficiada.

En Chile, la solución comentada no es del todo clara. Alessandri estima que no puede demandar esta indemnización por daño patrimonial quien no recibía alimentos del difunto, aunque haya tenido o hubiere podido tener más tarde el derecho a percibirlos con arreglo al artículo 321 del Código Civil<sup>28</sup>. En este mismo sentido existe un fallo que negó esta reparación solicitada por la cónyuge divorciada y por las hermanas del difunto, por no constar que este estuviera obligado al pago de pensión alimenticia en su favor, ni que las hermanas vivieran a sus expensas<sup>29</sup>.

Sin embargo, existen otros pronunciamientos judiciales que han recogido esta reparación, a pesar de que la víctima por rebote no percibía en el momento del accidente que lo afectó alimentos de parte de la víctima inicial. Así se ha resuelto que la madre puede demandar perjuicios por la muerte de un hijo de corta edad y a cuyas expensas no vivía, al privarla de los recursos que tenía derecho a exigir de él como madre viuda<sup>30</sup>. También se ha resuelto que el padre tiene el mismo derecho, en la medida que el hijo fallecido representaba, si no por el momento, con el transcurso de los años, una ayuda pecuniaria<sup>31</sup>. Las sentencias resultan cuestionables desde el punto de vista de la concurrencia en la especie del derecho de alimentos, puesto que en estos casos, evidentemente, por

<sup>25</sup> Cf. ALESSANDRI, ob. cit., p. 459.

<sup>26</sup> Cf. MAZEAUD y TUNC, ob. cit., p. 392. En el mismo sentido afirma De Cupis que "puede suceder, como se ha visto, que la lesión a la integridad física, agrave el contenido de la obligación actual de asistencia económica; y puede también acontecer que tal lesión, comprometiendo la capacidad anterior de ganancia de la persona, origine aquel estado de necesidad que constituye el presupuesto del nacimiento de la obligación alimenticia del pariente hacia tal persona (artículo 433 y sig.). En este segundo caso el daño consiste en hacer actual una obligación que de otra forma habría permanecido en estado puramente potencial. Por tanto, deber ser resarcida por el tercero culpable" (DE CUPIS, A., *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, (traducción de A. Martínez Sarrión), Barcelona, 1975, pp. 650 y 651).

<sup>27</sup> Cf. Explican MAZEAUD y TUNC, ob. cit., p. 392.

<sup>28</sup> Cf. ob. cit., p. 462. En el mismo sentido BIDART, ob. cit., pp. 59 y 60.

<sup>29</sup> Cf. RDJ, T. 29, s. 1, p. 570.

<sup>30</sup> Cf. RDJ, T. 2, s. 1, p. 141.

<sup>31</sup> Cf. RDJ, T. 2, s. 1, p. 141. Estiman MAZEAUD y TUNC que, tratándose de menores de edad, debe distinguirse entre si los padres del menor muerto se encuentran o no necesitados a la fecha del siniestro. Si no lo estaban, no se sabe si podrían haberlo estado alguna vez, y, por tanto, se trataría de la pérdida de un derecho meramente hipotético; si estaban necesitados, han perdido la posibilidad de ser socorridos, y tienen derecho a demandar reparación por la pérdida de esta probabilidad (cf. ob. cit., pp. 393 y 394).

tratarse de menores de edad, no concurre el requisito propio de este tipo de derecho de contar al alimentante con posibilidades económicas suficientes como para proporcionarlos al alimentado. Aun cuando no hubiesen fallecido, los menores no habrían estado en condiciones de proporcionar alimentos a sus padres legítimos, al carecer de los medios para ello.

#### b. Víctimas dependientes que no tenían derecho a alimentos

No es difícil pensar que existan personas que vivan a expensas de la víctima inicial que no tengan legalmente el derecho de solicitarle alimentos de conformidad a las normas pertinentes. Puede tratarse de familiares, parientes por consanguinidad o afinidad o incluso de personas con la que no existen vínculos de parentesco pero que viven con la víctima inicial y dependen económicamente de ella. La desaparición o inhabilitación de la persona de la que dependían les causa un perjuicio material por rebote, ya que han perdido la fuente de sustento de la que habitualmente gozaban. ¿Pueden estas personas pretender indemnización de parte del autor del daño?

En Francia, la respuesta afirmativa se ha impuesto. Tanto los familiares que dependían de la víctima como los que no siendo sus familiares estaban en igual situación, han gozado del derecho a indemnización, a pesar de que legalmente no hayan tenido derecho a demandar alimentos<sup>32</sup>. En un primer momento, hasta los años cincuenta, se estimó por la jurisprudencia que solamente podían pretender indemnización por daños patrimoniales las víctimas por carambola que acreditaran un vínculo de derecho que les otorgase el derecho de demandar alimentos, lo que si bien permitía iniciar acciones a los miembros de la familia legítima de la víctima inicial, excluía completamente a las personas extrañas a la familia, o que siendo familiares, no tenían derecho a demandar alimentos del directamente lesionado. Sin embargo, este criterio fue progresivamente abandonado, permitiéndose las demandas de indemnización de otras personas que no podían justificar la obligación alimenticia de la víctima inmediata para con ellas, solución adoptada por el Consejo de Estado desde 1952, por la Sala Criminal de la Corte de Casación desde 1954 y por la Sala Civil desde 1963<sup>33</sup>.

En una primera reflexión se ha planteado que esta solución puede resultar cuestionable, ya que si bien la víctima por rebote percibía las ayudas, nada garantiza que se mantuvieran en el futuro, con el agravante de que si ellas se terminaran, el beneficiado no podría exigir su pago. Con todo, se ha concluido que su mantenimiento por el fallecido era una realidad indiscutible, por lo que siempre que existiesen posibilidades reales de que ello continuase en el futuro, se deberá conceder el abono de daños y perjuicios. En todo caso, se ha considerado que los tribunales tienen el deber, en estos casos, de mostrarse rigurosos para evitar el peligro de la multiplicación de acciones de esta índole. De allí que se rechacen las demandas de personas que sólo ocasionalmente o de manera

<sup>32</sup> Cf. VINEY y MARKESINIS, ob. cit., pp. 83 y 84; MALAURIE y AYNES, ob. cit., p. 59 y MAZEAUD y TUNC, ob. cit., pp. 395 a 401. Debe observarse, en todo caso, que estos últimos autores evolucionaron en cuanto a su opinión sobre el particular, puesto que como se anota en la obra citada, en la primera edición del Tratado, opinaban que se requería para esta indemnización el vínculo de la obligación alimenticia (ob. cit., p. 396, nota 3).

<sup>33</sup> Cf. VINEY y MARKESINIS, ob. cit., pp. 80 y 81.

interrumpida recibieran ayudas de la víctima inicial; que se exija que se trate de personas que desde hace mucho tiempo fuesen dependientes de ella y que se compruebe verdaderamente que las necesidades de la víctima *par ricochet* fuesen cubiertas por el muerto o lesionado<sup>34</sup>.

Otro tanto ha ocurrido en Italia. Allí se ha tutelado situaciones no jurídicas, pero dotadas, como en el caso francés, de estabilidad y certeza, aun cuando no exista el derecho de demandar alimentos. La jurisprudencia ha sentado que en principio no es necesaria esta situación jurídica, siendo indemnizable el perjuicio derivado de una situación de hecho, en la medida que su cesación ocasione la pérdida de utilidades concretas prestadas en forma continuada. Se ha resuelto, por ejemplo, que los adultos y acomodados son portadores de un interés que los legitima para reclamar la reparación del daño independientemente de prestaciones alimenticias, en tanto ostenten un título idóneo para demostrar que ha llegado a faltarles un beneficio fundado<sup>35</sup>.

En Inglaterra, la solución legal ha sido la misma, se ha considerado que tienen derecho a ser indemnizados los llamados *dependants in law*, es decir, todas las personas a cargo de la víctima, a pesar de que no sean precisamente parientes con derecho a demandar alimentos; los que incluyen al cónyuge (o al ex cónyuge) del difunto, sus ascendientes y descendientes, toda persona que era tratada por el difunto como un ascendiente o descendiente y todo hermano, hermana, tío o tía de la víctima o toda otra persona tratada como tal. Así mismo toda relación de alianza o unión es tratada como parentesco; todo individuo que sea sólo medio consanguíneo, como consanguíneo; los parientes afines de toda persona, como sus hijos, los hijos ilegítimos, como los hijos legítimos de su madre y padre putativo<sup>36</sup>. En cualquier caso, es importante destacar que en este esquema el demandante debe acreditar que era una persona que, a la época del accidente, dependía financieramente de la víctima inicial o que razonablemente podía obtener de ella un provecho económico en un futuro cercano<sup>37</sup>.

La indemnización de estas víctimas por el perjuicio patrimonial que han experimentado, también está latente en el principio 15, letra b) de la Resolución 75/7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, cuando afirma que "la muerte de la víctima da derecho a la compensación por los daños materiales a las personas a las que la víctima mantenía o en el futuro va a mantener completa o parcialmente aunque la persona no tenga la obligación legal de hacerlo".

Entre nosotros, a lo menos en doctrina, la solución ha sido la misma, puesto que se ha entendido que tienen derecho a ser indemnizadas todas las personas en quienes repercute el daño, no siendo necesario que sean herederos o parientes de la víctima directa, puesto que su acción no deriva de esta, sino que les pertenece por derecho propio. Sin embargo, ello no es tan claro dentro de la jurisprudencia, puesto que se ha fallado, confundiendo el daño de la víctima inicial con el de la víctima por rebote, que la madre ilegítima no puede demandar perjuicios por la muerte de su hijo por no ser su heredera<sup>38</sup>. Pero también se ha resuelto que el

<sup>34</sup> Cf. MAZEAUD y TUNC, ob. cit., pp. 396, 398 y 399 y VINEY y MARKESINIS, ob. cit., p. 84.

<sup>35</sup> Cf. BONASI, ob. cit., p. 63.

<sup>36</sup> Cf. VINEY y MARKESINIS, ob. cit., p. 76.

<sup>37</sup> Cf. *ibídem*.

<sup>38</sup> Cf. ALESSANDRI, ob. cit., p. 459.

<sup>39</sup> Cf. RDJ, T. 16, s. 1, p. 546.

padre tiene derecho a una indemnización por la pérdida de los servicios que su hija menor fallecida hubiere podido prestarle en el futuro<sup>40</sup>.

Mención especial merece el caso de la o del conviviente *more uxorio*. ¿Puede el hombre o la mujer, según el caso, que convivía con la víctima inicial, y que se mantenía debido a los ingresos que ella proporcionaba para ambos, demandar la indemnización de perjuicios por su muerte o lesión? El caso no es en nada raro, más bien se trata de algo frecuente. Se trata de una pareja que convive matrimonialmente pero sin haber contraído el matrimonio civil, en donde él trabaja en tanto que ella realiza las funciones del hogar. La muerte del conviviente evidentemente causa un perjuicio material a la mujer, dado que ha perdido el sustento de su vida.

La solución que primeramente se dio en el Derecho comparado a esta hipótesis fue que el o la conviviente no tenía derecho a solicitar indemnización por la muerte de su compañero o compañera, bajo el entendimiento de que es requisito del daño que se lesione un interés lícito o ilegítimo, y, en este caso, ello no ocurría. Se entendió que se trataba de una situación de hecho que es contraria a las reglas fundamentales del Derecho Civil que rigen la organización de la familia, siendo el interés invocado en estos casos ilegítimo y no respetable, evidentemente derivado de un estado inmoral<sup>41</sup>.

Sin embargo, este criterio inicial ha sufrido una apreciable metamorfosis. Con el cambio de los hábitos y con la evolución de la sociedad, ha variado lo que se entiende atentatorio contra la moral y las buenas costumbres, pues, como es sabido, se trata de nociones amplísimas, que, como se ha dicho, varían en el tiempo y el lugar en el que se las pretenda aplicar, pasando a formar parte de los llamados conceptos jurídicos indeterminados. En Francia, la opinión tradicional ha sido definitivamente abandonada por la doctrina y la jurisprudencia<sup>42</sup>, que han concedido el derecho a indemnización a la concubina por la muerte de su compañero, incluso cuando este concubinato ha sido adulterino por estar la víctima inicial casada<sup>43</sup>. Se ha admitido en algún caso la concurrencia a la indemnización de la mujer no divorciada y la concubina<sup>44</sup>, o, también, prefiriendo a la concubina y posponiendo a la cónyuge legítima<sup>45</sup>. La solución es la misma en Inglaterra, en donde el artículo 3 la *Administration of Justice Act* de 1982, extendió el derecho de solicitar reparación patrimonial al ex cónyuge y a toda persona que vivía a cargo del difunto como su cónyuge, la que para solicitar esta indemnización, conforme a la *Fatal Accident Act* de 1976, deberá acreditar que vivía en el mismo hogar que el lesionado antes del deceso, que había estado en ese hogar a lo menos dos meses antes de la muerte y que en este período convivió con la víctima como su cónyuge<sup>46</sup>. Otro tanto ha ocurrido en España e Italia, en donde la jurisprudencia y la doctrina se han ido inclinán-

<sup>40</sup> GT, 1915, T. 2, primer semestre, sección civil, p. 732.

<sup>41</sup> Así MAZEAUD y TUNC, ob. cit., pp. 407 a 418; BONASI, ob. cit., p. 65 y ESTRADA ALONSO, E., *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho Civil español*, Madrid, 1991, pp. 323 y ss.

<sup>42</sup> Cf. MALAURIE y AYNES, ob. cit., pp. 125 y 126.

<sup>43</sup> Cf. VINEY y MARKESINIS, ob. cit., p. 84 y VICENTE, ob. cit., p. 218.

<sup>44</sup> Cf. VICENTE, ob. cit., p. 219.

<sup>45</sup> Cf. CORRAL TALCCIANI, H., *Familia y Derecho. Estudios sobre la realidad jurídica de la Familia*, Santiago, 1994, p. 65.

<sup>46</sup> Cf. VINEY y MARKESINIS, ob. cit., p. 76.

do por conceder indemnizaciones al conviviente perjudicado con la muerte de su pareja<sup>47</sup>.

La propia Resolución 75/7 del Consejo de Europa establece en su principio 15, letra b), parte final, que tiene derecho a indemnización por los perjuicios materiales "la persona que vive fuera del matrimonio con la víctima si esta relación es estable; sin embargo, ello puede ser rechazado si la relación es adulterina"<sup>48</sup>.

Entre nosotros tradicionalmente la doctrina ha negado a la concubina sobreviviente el derecho de solicitar una indemnización por los daños materiales que le ocasiona la muerte de su conviviente, básicamente por que se ha entendido, como se ha dicho, que este daño es incierto, dada la inestabilidad de la unión de hecho, la ausencia de un vínculo de derecho que ampare el daño y el carácter ilegítimo de la unión<sup>49</sup>. La jurisprudencia publicada se reduce, al parecer, a dos fallos: uno de la Corte Suprema, que, por las consideraciones expuestas, ha entendido que la concubina no tiene derecho a ser indemnizada bajo estas circunstancias<sup>50</sup>; y otro de la Corte de Apelaciones de Santiago, que accedió a la indemnización de los daños morales y materiales solicitada por la muerte de la mujer con quien el demandante vivió muchos años unidos solamente por el matrimonio religioso<sup>51</sup>.

Sin embargo, la doctrina más reciente se viene mostrando más prudente respecto de estas afirmaciones, y poniendo en verdadera duda que realmente sean en general efectivas las razones que se han tenido a la vista para negar esta indemnización. Así los profesores Meza Barros y Quintanilla entienden que tratándose de uniones que datan de un tiempo prolongado, la certidumbre del daño puede ser bastante clara bajo la noción de que exista una razonable probabilidad de que las cosas perduren en ese estado, y que, por lo mismo, no se trata de uniones esencialmente precarias. Respecto de la falta de un vínculo de derecho que justifique la indemnización, la objeción ha perdido importancia frente a la aceptación ya generalizada de que basta una ventaja o interés perdido para que se configure un daño que debe ser compensado por el agresor. En cuanto a la ilicitud del concubinato, se advierte con toda claridad lo antes dicho, en el sentido que el entendimiento de lo que es lícito o no, es esencialmente variable en el tiempo. Hoy parecen muchísimo más aceptadas estas uniones de los que antaño podían serlo, y, en principio, para nuestro legislador la unión de hecho no es ilícita, salvo que sea en adulterio<sup>52</sup>.

<sup>47</sup> Cf. CORRAL, ob. cit., p. 65 y 66 y ESTRADA, ob. cit., pp. 340 a 350. Lo mismo ha venido aconteciendo en Argentina (cf. BOSSERT, G., *Régimen jurídico del concubinato*, Buenos Aires, 1992, p. 177 y BOSSERT, G. y ZANNONI, E., *Manual de Derecho de Familia*, Buenos Aires, 1993, p. 447.).

<sup>48</sup> Traducción del autor.

<sup>49</sup> Cf. ABELIUK, ob. cit., p. 203; ALESSANDRI, ob. cit., p. 462; SOMARRIVA UNDURRAGA, M., *Derecho de Familia*, Santiago, 1983, pp. 175 y 176.

<sup>50</sup> Cf. G.T., 1947, sección penal, p. 325.

<sup>51</sup> Cf. GT, 1945, primer semestre, p. 232.

<sup>52</sup> Cf. MEZA BARROS, R., *Manual de Derecho de Familia*, T. I, Santiago, 1975, pp. 404 y 405 y QUINTANILLA PÉREZ, A., *Algunas cuestiones en torno al concubinato*, en "Estudios de Derecho civil en memoria del profesor Victorio Pescio", Departamento de Ciencias Jurídicas, Universidad de Chile, Valparaíso, 1976, pp. 245 y 246.

Por su parte, en el plano legal, y con independencia de lo establecido en la nueva Ley sobre filiación, N° 19.585, el artículo 43 de la Ley 16.744 sobre accidentes del trabajo confiere a la madre de los hijos naturales del accidentado fallecido la pensión correspondiente.

En un paso más, cabría preguntarse si los convivientes de un mismo sexo, por ejemplo en una relación homosexual, tienen derecho para demandar la indemnización de perjuicios por la pérdida de la ventaja económica que les significa la muerte de la víctima inicial, en la medida que eran una carga económica de ella. Sobre la base de que el interés detentado por el lesionado por rebote no es lícito, atendido que atenta contra la moral, el orden público y las buenas costumbres, es indudable que una pretensión de esta naturaleza debiera ser rechazada. Basta con extender a esta situación los argumentos que se han desarrollado para desestimar la pretensión de la conviviente *more uxorio*, para llegar a la misma conclusión. En todo caso, no debe dejar de mencionarse que probablemente el rechazo de esta pretensión sea bastante más rotundo que en el caso de la simple convivencia sin matrimonio, toda vez que esta conducta es incluso sancionada criminalmente por el artículo 365 del Código Penal.

Sin perjuicio de lo anterior, debe observarse que en el Derecho comparado se comienzan a observar ciertas opiniones favorables al derecho de indemnización que pudiese corresponder a estas víctimas por rebote. Así, en España cree Pérez que "en los momentos actuales, con el cambio de concepción jurídica que ha representado la Carta Magna, no cabe la más mínima duda que el conviviente *more uxorio* se encuentra legitimado activamente para reclamar *iure proprio* la indemnización de daños y perjuicios del artículo 1.902 del Código Civil por la muerte de su compañero"<sup>53</sup>. Incluso se ha dictado alguna sentencia que ha resuelto que ha reconocido el derecho de una persona en situación de incapacidad a cobrar del seguro obligatorio indemnización por muerte en accidente de tráfico de su pareja, al existir entre ambos una relación de convivencia con apariencia matrimonial entre personas del mismo sexo, con fundamento en que si bien "tal relación no está regulada dentro del ámbito de la institución del matrimonio reconocida como un derecho entre hombre y mujer, esto no supone privar a las uniones de hecho de efectos jurídicos, aunque no están incardinadas en tal institución", agregando que la noción de perjudicado por el hecho ilícito incluye "a aquellas personas que constituyen su familia o a un tercero que directamente resulte afectado moral o materialmente por el resultado lesivo"<sup>54</sup>.

### c. Relacionados profesional o laboralmente con la víctima inicial

Puede ocurrir que el daño pecuniario por rebote alcance a personas que no están familiarmente relacionadas con la víctima inicial, pero cuya pérdida o lesión les ocasiona una merma en las ganancias o rentas, debido a que mantenían con ella relaciones de orden comercial, profesional o laboral. Se trata de las operaciones conjuntas (*joint operations*), que se interrumpen o cesan a consecuencia del fallecimiento o las lesiones de uno de los partícipes. No es difícil pensar en que la muerte de un importante ejecutivo de una empresa, o de un

<sup>53</sup> PÉREZ CÁNOVAS, N., *Homosexualidad. Homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho español*, Granada, 1996, p. 219.

<sup>54</sup> *Ibidem*, pp. 220 y 221.

trabajador relevante, o del socio en una actividad delicada o de alta especialización, puede llegar a ocasionar un perjuicio patrimonial cuantioso y cierto respecto de la otra persona, sea natural o jurídica, la que ve resentida seriamente sus relaciones profesionales, laborales o mercantiles. Así puede imaginarse el cuantioso perjuicio que podría experimentar un club de fútbol por la pérdida de un jugador recientemente fichado y por el cual se ha desembolsado una suma millonaria.

A pesar de que la doctrina se muestra bastante favorable a la idea de que todo perjudicado con el hecho ilícito sea debidamente compensado, lo cierto es que en este ámbito de relaciones profesionales o comerciales la posición es muchísimo más cauta que en los casos anteriores, posición que viene siendo amparada por varios pronunciamientos judiciales que restringen bastante esta posibilidad<sup>55</sup>.

La idea es que para que una indemnización de perjuicios sea procedente teóricamente en estos casos, es que la víctima directa del daño sea una persona verdaderamente insustituible en sus funciones profesionales, lo que, al parecer de la doctrina y de la jurisprudencia comparada, es bastante difícil, ya que en verdad, desde el punto de vista laboral, es muy raro que la persona accidentada sea verdaderamente irremplazable, debiendo ser acogida la acción exclusivamente cuando se tenga el verdadero sentimiento de un perjuicio efectivo y excepcional<sup>56</sup>.

Por otra parte, el límite para estas pretensiones indemnizatorias viene dado por la exigencia de la prueba específica de las pérdidas económicas o de la clientela como consecuencia de la pérdida de la víctima inicial. Prueba, que, como observa la doctrina, es difícil de aportar, con lo que esta reparación mantiene su carácter de excepcional, pero no porque por principio constituya una partida no indemnizable, sino porque no se aporta la prueba debida del perjuicio<sup>57</sup>.

En Chile, Alessandri, siguiendo a la doctrina francesa, admite que tiene derecho a esta indemnización el socio del fallecido, atendido los perjuicios ciertos que ello puede ocasionarle<sup>58</sup>. Esta posibilidad es también admitida por la jurisprudencia italiana, pero en la medida de que la posición del sujeto aparezca tan completamente vinculada a su persona que llegue a ser esencial de ese mismo servicio por otros<sup>59</sup>. En Francia, en algunas ocasiones, estas demandas han sido admitidas, en el supuesto ya señalado que la persona haya sido insustituible en el proceso productivo, resultando en general, y como principio, que la pérdida de un socio, si no es en estas condiciones, no implica la imposibilidad absoluta de prestación. En cambio, en otras ocasiones, las demandas de esta naturaleza han sido denegadas, basándose en que los estatutos de la sociedad preveían su continuación entre los sobrevivientes y que no se demostró que la muerte de uno de ellos perjudicara gravemente el giro social<sup>60</sup>.

<sup>55</sup> Cf. MALAURIE y AYNES, ob. cit., p. 60 y VINEY y MARKESINIS, ob. cit., pp. 84 y 85.

<sup>56</sup> Cf. MAZEAUD y TUNC, ob. cit., pp. 401 y 403. En igual sentido Vicente, ob. cit., pp. 221 y 222.

<sup>57</sup> Cf. VICENTE, ob. cit., p. 222.

<sup>58</sup> Cf. ob. cit., p. 461. También Bidart, ob. cit., p. 60.

<sup>59</sup> Cf. BONASI, ob. cit., p. 67.

<sup>60</sup> Cf. MAZEAUD y TUNC, ob. cit., pp. 401 y 402.

En cuanto a los dependientes importantes de un empleador o de una industria, que han fallecido o resultado lesionados en términos que importen una grave pérdida para la empresa, la situación es bastante semejante en configuración y limitaciones a la anterior<sup>61</sup>. La jurisprudencia francesa ha admitido la indemnización de un patrono que es privado de los servicios de un empleado o criado, acogiendo la acción de un director de teatro por la pérdida de una actriz de la opereta en la que participaba. Sin embargo, en un caso semejante, rechazó la de un director de ópera por la pérdida de su tenor, en consideración a que una obra de teatro depende de múltiples circunstancias o incidentes diferentes de la muerte de uno de los intérpretes<sup>62</sup>. También ha rechazado la demanda de una sociedad que pretendía la indemnización de los daños materiales por la herida que implicó que su gerente tuviese que cesar en sus funciones por un tiempo<sup>63</sup>. En Canadá se ha admitido, en alguna ocasión, que una congregación sea indemnizada por los daños y perjuicios que le ocasionó la pérdida de uno de sus profesores<sup>64</sup>. La jurisprudencia española, por su parte, ha acogido la indemnización en la hipótesis contraria, esto es, reconociendo el derecho a la indemnización de la persona que laboraba para el fallecido y que por su muerte pierde su colocación y carece de toda fuente de ingresos<sup>65</sup>.

Iguals vacilaciones se aprecian a la hora de pronunciarse sobre el derecho de los clubes de fútbol para ser indemnizados por las pérdidas de sus jugadores. En Italia ha resultado emblemático el caso de la tragedia aérea de Superga, en la que resultaron muertos todos los jugadores del equipo A. C. Torino. Declaró la Corte que el daño resultaba indirecto y mediato, y por lo mismo no resultaba resarcible el daño producido a una asociación deportiva por el fatal accidente aéreo ocurrido a los componentes del equipo de fútbol organizado por dicha asociación<sup>66</sup>. En cambio, en Francia, la demanda de un club de fútbol en contra del responsable de la muerte de uno de sus miembros ha sido acogida<sup>67</sup>.

En cuanto a las actividades conjuntas o de colaboración profesional, en Inglaterra ha resultado bastante difundido el caso *Burgess v. Florence Nightingale Hospital for Gentlemen* (1955). Se trataba de un matrimonio que era también pareja profesional de baile, la mujer resultó muerta y el marido solicitó la indemnización de todos los perjuicios patrimoniales que ello le ocasionó el lamentable deceso. Le sentencia consideró que el marido no podía ser indemnizado por la pérdida de la colaboración de su mujer en estas actividades artísticas y

<sup>61</sup> Cree Alessandri que es posible que el empleador pretenda esta indemnización en el caso de que la pérdida del trabajador le resulte verdaderamente lesiva (cf. ob. cit., p. 462). En semejante sentido BIDART, ob. cit., p. 60.

En esta misma línea el parágrafo 845 del Código Civil alemán señala: "Acción de resarcimiento a causa de servicios sustraídos: En caso de homicidio, de lesión corporal o en la salud, así como en caso de privación de libertad, si la víctima, en virtud de la ley estaba obligada con un tercero a la prestación de servicios en su casa o industria, por servicios sustraídos, ha de efectuarse al tercero el resarcimiento mediante el pago de una renta en dinero".

<sup>62</sup> Cf. MALAURIE y AYNES, ob. cit., p. 60.

<sup>63</sup> Cf. MAZEAUD y TUNC, ob. cit., p. 401.

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 402.

<sup>65</sup> Cf. SANTOS, ob. cit., p. 226. En Francia se ha concedido indemnización a la ama de llaves -víctima por rebote- por la pérdida de un eclesiástico al que asistía -víctima inmediata- (cf. MALAURIE y AYNES, ob. cit., p. 60).

<sup>66</sup> Cf. BONASI, ob. cit., p. 67.

<sup>67</sup> Cf. MALAURIE y AYNES, ob. cit., p. 60 y MAZEAUD y TUNC, ob. cit., p. 401.

profesionales, pero que en cambio sí estaba legitimado para solicitar la compensación por la pérdida de la cantidad de dinero con la que ella contribuía a los gastos de la familia y por las tareas domésticas que realizaba en la casa<sup>68</sup>.

#### d. Otras posibles víctimas reflejas por rebote

Fuera de los casos anteriores, es posible que la pérdida de la víctima inicial repercute en los intereses patrimoniales de otras personas, pero que ni tienen vínculos familiares ni tampoco son mantenidas por ella, ni tampoco tienen una relación laboral con la víctima inicial, pero que sí estaban económicamente vinculadas con ella por otras razones. Es la situación de los acreedores de la víctima, sus proveedores, la contraparte en un contrato pendiente de ejecución, los hospitales o instituciones que han costado la curación de sus lesiones o incluso el Estado, cuando ha perdido un funcionario o ha debido costear sus remuneraciones a pesar de que este se encuentra en la imposibilidad de prestar el servicio que le es propio.

En cuanto a las personas vinculadas contractualmente con la víctima inicial y que tienen el carácter de acreedores, se dice que experimentan un daño a causa de la pérdida de su deudor, ya que la muerte de este los priva de cobrar su acreencia, ya que o voluntaria o forzosamente el deudor debía cumplir con su obligación. Como es de observar, este daño, en la generalidad de los casos, es sólo aparente, ya que de conformidad a las normas imperantes en Derecho sucesorio, los herederos del causante pueden ser exigidos en el cumplimiento de las obligaciones transmisibles del causante. De allí que el problema sea reducido por la doctrina exclusivamente a los contratos *intuitus personae*. En estos, el acreedor podría obtener la reparación de su perjuicio; en los restantes, la continuación de los herederos en el patrimonio del causante impide esa conclusión<sup>69</sup>.

En cuanto a los hospitales o establecimientos sanitarios en general, se les ha venido reconociendo su derecho a ser debidamente compensados por los perjuicios que les ha ocasionado por repercusión el hecho ilícito, si han tenido que suministrar la prestación de un servicio médico que no ha sido cubierto por la víctima inicial o por otra institución pública o privada. Así, en España, una sentencia del Tribunal Supremo de 1973, reconoció el derecho de resarcimiento de gastos y prestaciones realizadas por una residencia sanatorial a consecuencia de un delito<sup>70</sup>.

<sup>68</sup> Cf. VINEY y MARKESINIS, ob. cit., p. 77 y VICENTE, ob. cit., pp. 222 y 223.

<sup>69</sup> Cf. MAZEAUD y TUNC, ob. cit., p. 403. En el mismo sentido se pronuncia Alessandri, quien cree que tiene derecho a ser indemnizado "el contratante para quien la muerte del otro contratante hace imposible el cumplimiento de la obligación contraída por este en su favor, lo que ocurrirá de ordinario en los contratos *intuitus personae*, siempre que ese incumplimiento le irroge perjuicio, como sería el caso de un empresario que hubo de suspender el espectáculo en que actuaría un artista notable por haber sido muerto por un vehículo" (ob. cit., p. 461). En cambio, cree Santos que no tiene derecho a indemnización el sastre que pierde en un accidente a uno de sus mejores clientes, ni el empresario teatral que se ve privado por la misma causa del actor que más taquilla le proporcionaba (cf. ob. cit., p. 222).

<sup>70</sup> Cf. SANTOS, ob. cit., pp. 224 y 225. En Francia se ha permitido la reparación a la Seguridad Social por las prestaciones no aseguradas proporcionadas a la víctima y a una caja de rentas complementarias por las prestaciones anticipadas a su asegurado (cf. MALAURIE y AYNÉS, ob. cit., p. 60).

Finalmente, también en España, se ha planteado el caso del derecho del Estado a ser indemnizado por el agente de los daños causados a los funcionarios públicos, y que han representado para el Fisco un perjuicio patrimonial en la medida que ha tenido que mantener las remuneraciones de ese funcionario que no ha trabajado o ha debido soportar económicamente los servicios prestados con ocasión del accidente. La jurisprudencia hispana ha sido vacilante sobre este punto. En algunas ocasiones ha declarado el derecho que asiste al Estado para ser debidamente compensado por el autor del daño por las prestaciones que debió efectuar sin que el beneficiario cumpliera con sus labores por encontrarse lesionado a consecuencia del accidente<sup>71</sup>. Sin embargo, en otras ocasiones, ha denegado esta misma indemnización, basándose en que el pago de las remuneraciones al funcionario por el tiempo que no desempeñó funciones no implicó para el Estado un perjuicio efectivo y que para ello sería necesario demostrar los gastos complementarios en que debió incurrir la Administración<sup>72</sup>.

#### 3.2. Daño moral por repercusión o rebote

Cabe preguntarse ahora quiénes, fuera de la víctima inmediata, tienen derecho a demandar la indemnización de los daños morales que les ha ocasionado la muerte o la lesión de aquella. La respuesta podría ser aparentemente simple, completa y abstracta: tienen derecho a solicitar esta reparación todos aquellos que hayan padecido un sufrimiento moral a consecuencia de la pérdida o la grave lesión de un ser querido. De hecho, Alessandri afirma que la solución es "idéntica" a la anterior, por lo que pueden demandar la indemnización los que sufren en razón del suceso y que los hiere en sus propios sentimientos y efectos, aunque no sean ni herederos ni parientes, puesto que la ley no tiene en cuenta un vínculo en particular ni limita la reparación de este daño a determinadas personas, a pesar de que no vivan a expensas de la víctima directa<sup>73</sup>.

Esta es la misma idea que habían defendido en Francia Mazeaud y Tunc, quienes, rechazando cualquier tesis reductivista, afirmaron que el único criterio orientador en esta materia debe ser el pesar efectivamente causado a la víctimas por rebote, y que, por lo mismo, tiene derecho a ser indemnizado todo aquel y sólo aquel que haya experimentado un daño moral efectivo a consecuencia de la muerte o lesión del ser querido. Afirman que "no cabe reservarle la acción de indemnización tan solo a los parientes consanguíneos y afines que sean acreedores de alimentos, no se podría reservarla para los parientes consanguíneos y por afinidad muy próximos (cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos y hermanas, suegros y suegras, yernos y nueras, cuñados y cuñadas), a los parientes en grado de suceder, o también a los que tengan un vínculo de parentesco consanguíneo o por afinidad reconocido por la ley. El pesar experimentado, cuya reparación se asegura, no se limita a unas u otras de esas categorías, rebasa el círculo mismo de la familia, y es susceptible de afectar a cualquier persona"<sup>74</sup>.

<sup>71</sup> Así sentencias de 24 de abril de 1979; 20 de septiembre de 1982; 13 de diciembre de 1983 y 12 de junio de 1989 (cf. SANTOS, ob. cit., pp. 230 a 232). Véase también VICENTE, ob. cit., p. 222.

<sup>72</sup> Así sentencias de 14 de febrero de 1980; 25 de junio de 1983; 14 de abril de 1981 y 29 de septiembre de 1986 (cf. SANTOS, ob. cit., p. 231).

<sup>73</sup> Cf. ob. cit., p. 463.

<sup>74</sup> Ob. cit., p. 450.

Lo único que deben tener en cuenta los tribunales, a estos efectos, es la existencia real y efectiva del pesar invocado, si él existe debe proceder la indemnización<sup>75</sup>.

Probablemente este criterio general sea acaso el teóricamente más sencillo de aceptar, puesto que es una solución completamente razonable en una triple perspectiva. Primero, porque se aplica el principio de que todo daño debe ser indemnizado, por lo que cualquiera que ha sido afectado en sus sentimientos podrá tener derecho a esta indemnización. Segundo, porque no excluye ni incluye, *a priori*, a ninguna persona de los posibles sujetos beneficiados con la reparación. Tercero, porque es bastante lógico separar completamente el daño moral de otros posibles daños materiales, puesto que este perjuicio no se relaciona con el derecho a alimentos que pudiese existir respecto de la víctima inicial ni con las ayudas económicas que ella proporcionaba, sino que se traduce, exclusivamente, en el sufrimiento o pesar que se experimenta con ocasión del suceso.

Desde el punto de vista práctico, será cuestión de cada caso determinar si el demandante experimentó o no un perjuicio moral susceptible de ser indemnizado por el autor del daño<sup>76</sup>. Pero es en este último aspecto en donde surgen verdaderamente las complicaciones, dado que bajo este prisma podrían ser numerosísimas las personas que sufran sinceramente el daño causado a la víctima inmediata, lo que traería aparejado, inevitablemente, la multiplicación de demandas en contra del agente del hecho ilícito por todos los sujetos que se encuentren en esta situación, problema reconocido por los propios defensores de este principio indemnizatorio<sup>77</sup>.

Es a partir de aquí donde comienzan a surgir las limitaciones y a configurarse más definidamente los criterios para considerar quiénes, efectivamente, pueden pretender la indemnización del daño moral sufrido a consecuencia de la pérdida o lesión de un ser querido.

Debe hacerse presente que las modernas tendencias sobre reparación de los daños son restrictivas a la hora de considerar la reparación del daño moral de terceras personas distintas de la víctima inicial, criterio que se aprecia nítidamente en la tantas veces citada Resolución 75/7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre compensación por daños físicos y muerte. La referida resolución, en su principio 13, establece que "el padre, la madre y el cónyuge de la víctima, que por razón de la inhabilidad física o mental de ella, tiene un sufrimiento mental, debe tener derecho a compensación si el sufrimiento es de naturaleza excepcional; otras personas no tienen derecho a este tipo de compensación". Agrega en su principio 19 que "los sistemas legales que en el presente no reconocen el derecho a la compensación por el sufrimiento mental de una tercera persona como resultado de la muerte de la víctima, no deberían extender la compensación a otras personas que no sean el cónyuge de la víctima o sus hijos, padres, y novia o novio; y en estos casos, la compensación debería ser

<sup>75</sup> Ob. cit., pp. 451 y 453.

<sup>76</sup> De allí que recientemente, entre nosotros, se haya sostenido que todo el que haya sufrido un daño moral tiene derecho a ser indemnizado, puesto que legalmente nada se lo impide, pero en definitiva solamente serán compensados aquellos que prueben el daño que realmente han sufrido (cf. DIEZ SCHWERTER, J., *El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina*, Santiago, 1997, p. 127).

<sup>77</sup> Cf. ALESSANDRI, ob. cit., pp. 463 y 464; BIDART, ob. cit., pp. 61 a 63 y MAZEAUD y TUNC, ob. cit., pp. 450 y 451.

concedida solamente bajo la condición de que estas personas hayan mantenido afectos muy cercanos con la víctima a la hora de su muerte. En los sistemas legales que en el presente confieren a terceras personas este derecho a compensación, no debieran extenderlo a otras personas que las con título para demandar, ni tampoco el monto de la indemnización otorgada<sup>78</sup>.

Dentro de los criterios que tratan de una u otra manera de delimitar con algún grado de precisión qué sujetos son las que ostentan el derecho a perseguir la reparación del daño moral que les ha ocasionado la pérdida de otra persona, merecen destacarse los siguientes:

*Criterio alimenticio:* Según este principio, solamente tienen derecho a ser indemnizados por el daño moral que les ha ocasionado la pérdida de la víctima inmediata aquellos parientes consanguíneos o afines que tenían el derecho de obtener alimentos de aquel. Es el principio acogido por el parágrafo 1327 del Código Civil austríaco.

Este criterio es objetado sobre la base de que nada podría justificar asociar el dolor que experimentan ciertas personas por la pérdida de un ser querido con el derecho que les asistía para cobrar alimentos de él<sup>79</sup>. Si bien puede ser un factor considerable para determinar quiénes tienen derecho a la reparación patrimonial por la lesión de la víctima, no resulta verdaderamente convincente en el supuesto de los perjuicios morales. Más todavía, cabría pensar en personas con derecho a alimentos de la víctima inicial que ni siquiera hayan experimentado daño moral efectivo por su pérdida.

*Criterio de parientes muy próximos:* Según este criterio tendrían derecho a la compensación económica del sufrimiento moral los parientes consanguíneos o afines muy próximos a la víctima, representados por su cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos, suegros, yernos y cuñados. Este es el criterio adoptado por el artículo 166 del Código de las obligaciones de Polonia y por el artículo 47 del Código de las obligaciones suizo<sup>80</sup>. Es también el criterio de la Resolución 75/7 del Consejo de Europa en caso de lesiones físicas de la víctima inicial, aun cuando es más exigente, ya que reduce el grupo de potenciales demandantes a los padres y el cónyuge<sup>81</sup>.

Este criterio, aunque rechazado por algunos<sup>82</sup>, indudablemente es muchísimo más aceptable que el anterior, en la medida que se sustenta sobre la presunción de que la pérdida de la víctima inicial causa un dolor moral muy intenso a las personas que familiarmente le son las más cercanas. De hecho, en su momento este fue el criterio que adoptó el artículo 85 del proyecto franco-italiano de las obligaciones y contratos, y el que siguieron las Cámaras Civil de la Corte de Casación en Francia, las que por mucho tiempo exigieron la existencia de un lazo de derecho entre la víctima y el que pretendía la indemnización por daño moral, lazo fundado naturalmente en el criterio familiar<sup>83</sup>. Sin embargo, se le objeta que si bien es cierto que normalmente el daño moral lo sufren los familiares

<sup>78</sup> Traducciones del autor.

<sup>79</sup> Cf. ALESSANDRI, ob. cit., p. 461.

<sup>80</sup> También es el criterio de DE CUPIS en Italia (cf. ob. cit., p. 657).

<sup>81</sup> En caso de muerte de la víctima inicial, en cambio, el listado es más amplio y no reducido a los parientes cercanos, pues se incluye al novio o novia de la víctima.

<sup>82</sup> Cf. BIDART, ob. cit., p. 63.

<sup>83</sup> Cf. MAZEAUD y TUNC, ob. cit., pp. 447 y 450 y VINEY y MARKESINIS, ob. cit., pp. 82 y 83.

directos, no es menos cierto que pueden haber otras personas que lo sientan mucho más que ellas, como la novia o el novio de la víctima o su conviviente. Ninguna de estas personas ostenta el grado de parentesco que le permita reparación moral, por lo quedarían necesariamente excluidas de ella. De allí que este criterio fuese paulatinamente abandonado por la jurisprudencia francesa, a partir de 1956 en el caso de la jurisdicción penal, desde 1964 en el caso de la civil y desde 1970 en el caso de la sala mixta<sup>84</sup>.

*Criterio sucesorio:* Conforme a este principio son titulares de la acción de reparación del perjuicio moral aquellas personas que tengan el carácter de herederos de la víctima. Es el criterio sentado en el artículo 1078 del Código Civil argentino, que establece que "la acción por indemnización del daño moral sólo competará al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos". Quedan así excluidos los sufrimientos que padecen los familiares cuando la víctima no ha fallecido y también todas las personas que no tengan el carácter de herederos forzosos.

En el caso argentino, la solución del Código ha sido objeto de reiteradas y profundas críticas por parte de la doctrina especializada, por cuanto no obedece a ningún criterio de justicia y proviene a una política legislativa que nada tiene que ver con la naturaleza de esta acción indemnizatoria<sup>85</sup>. De allí que incluso se haya propuesto la sustitución de este artículo por otro que diga que "la acción por indemnización del daño moral corresponderá también, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1079 del Código Civil, a los parientes que acrediten haber sufrido una lesión en sus intereses legítimos, aunque del hecho ilícito no haya derivado la muerte de la víctima"<sup>86</sup>. Otros, sencillamente, proponen la derogación de las limitaciones contenidas en este apartado del artículo 1078 del Código Civil argentino<sup>87</sup>.

*Actual criterio de la doctrina y jurisprudencia francesa:* En las actuales orientaciones del pensamiento jurídico francés sobre este extremo, puede apreciarse una síntesis del principio indemnizatorio de que todo daño debe ser indemnizado, sean las víctimas por rebote parientes o vinculados de derecho o de hecho con la víctima inicial, a condición de que acrediten el perjuicio personal que les ha ocasionado el hecho<sup>88</sup>.

Dentro de la masa de personas que ostentan el derecho a esta indemnización ocupan el primer lugar el cónyuge del lesionado y sus hijos mayores o menores<sup>89</sup>. En el caso de estos sujetos el problema probatorio resulta muy atenuado, pues, en lo que se refiere al daño moral, existe la presunción de hecho que opera en su favor, y que los libera de este inconveniente, salvo que se trate de un cónyuge separado o divorciado, pues en tal caso deberá acreditar el daño moral que le ha provocado el hecho<sup>90</sup>.

<sup>84</sup> Cf. VINEY y MARKESINIS, ob. cit., p. 82.

<sup>85</sup> Cf. VÁZQUEZ FERREYRA, R., *Responsabilidad por daños (Elementos)*, Buenos Aires, 1993, p. 187.

<sup>86</sup> Jornadas sobre Temas de Responsabilidad Civil en caso de muerte o lesión de personas, junio de 1979, Rosario, Argentina (cf. VÁZQUEZ, ob. cit., p. 187).

<sup>87</sup> Así VÁZQUEZ, ob. cit., p. 188.

<sup>88</sup> Cf. VINEY y MARKESINIS, ob. cit., pp. 82 y 83.

<sup>89</sup> Cf. MAZEAUD y TUNC, ob. cit., p. 452 y VINEY y MARKESINIS, ob. cit., pp. 82 y 83.

<sup>90</sup> Cf. MAZEAUD y TUNC, ob. cit., pp. 460 y 461 y VINEY y MARKESINIS, ob. cit., pp. 82 y 83.

Los restantes miembros de la familia legítima, natural o adoptiva, tienen también el derecho a esta indemnización por el daño moral ocasionado, pero deben aportar prueba suficiente del sufrimiento que han experimentado<sup>91</sup>.

Además, hoy por hoy, nada impide que otras persona, incluso ajenas a la familia, puedan solicitar la indemnización de perjuicio moral padecido a consecuencia del siniestro que afectó a la víctima directa, como los novios y novias<sup>92</sup> o personas que hayan tratado y criado a un menor como si fuese su hijo<sup>93</sup>, a pesar de que no lo hubiesen legalmente adoptado<sup>94</sup>.

Asimismo, y aun cuando por muchos años se le negó compensación a quien convivía de hecho con la víctima, la jurisprudencia actual le reconoce este derecho a la concubina, a pesar de que esa unión de hecho haya sido adulterina<sup>95</sup>.

En Chile, la jurisprudencia ha concedido la reparación del sufrimiento moral a los familiares cercanos con una amplitud que contrasta con las restricciones o reticencias a la indemnización, por ejemplo, del lucro cesante. Así se ha indemnizado moralmente al cónyuge del fallecido<sup>96</sup>; a los padres legítimos por la muerte del hijo<sup>97</sup>; al hijo por la de sus padres<sup>98</sup>; a los padres naturales de la víctima<sup>99</sup>; a la madre natural de ella<sup>100</sup>; a los hermanos de la víctima<sup>101</sup>; a los hermanos naturales<sup>102</sup>; a la abuela de la víctima directa<sup>103</sup>; a los padres de ella conjuntamente con sus hermanos<sup>104</sup> e incluso se ha dado lugar a la indemnización por daño moral del hijo póstumo de la víctima que murió en el accidente<sup>105</sup>. También se ha declarado que para que proceda la indemnización del daño moral basta el parentesco y la relación afectiva, sin importar si había o no otros herederos de mejor derecho<sup>106</sup>; que la muerte de un familiar cercano produce naturalmente un sufrimiento irreparable<sup>107</sup> y que el daño moral no sólo puede ser reclamado por la víctima directa en los hechos ilícitos sino que también por todos aquellos que de alguna manera lo sufren en sus propios sentimientos, recibiendo los efectos del suceso antijurídico<sup>108</sup>.

La jurisprudencia, sentando un criterio que se aproxima al sostenido en Francia, ha señalado que tratándose del daño moral pueden demandar la responsabilidad la víctima directa o inmediata y los que sin tener esa calidad también lo sufren en razón de que el daño inferido a aquella los hiere en sus afectos y sentimientos, aun cuando no sean sus herederos o parientes<sup>109</sup>. Se prescinde aquí

<sup>91</sup> Cf. VINEY y MARKESINIS, ob. cit., p. 83.

<sup>92</sup> Cf. MAZEAUD y TUNC, ob. cit., p. 460 y VINEY y MARKESINIS, ob. cit., p. 84.

<sup>93</sup> Cf. MAZEAUD y TUNC, ob. cit., p. 460.

<sup>94</sup> Cf. VINEY y MARKESINIS, ob. cit., p. 84.

<sup>95</sup> *Ibidem*.

<sup>96</sup> RDJ, T. 87, s. 3, p. 167.

<sup>97</sup> RDJ, T. 88, s. 4, p. 141.

<sup>98</sup> FM, N° 301, 1983, p. 765 y RDJ, T. 80, s. 4, p. 287.

<sup>99</sup> RDJ, T. 88, s. 4, p. 88.

<sup>100</sup> FM, N° 284, 1982, p. 275.

<sup>101</sup> GJ, N° 131, 1991, p. 92 y RDJ, T. 82, s. 4, p. 11.

<sup>102</sup> RDJ, T. 80, s. 4, p. 51.

<sup>103</sup> FM, N° 275, 1981, p. 480.

<sup>104</sup> RDJ, T. 53, s. 4, p. 38.

<sup>105</sup> RDJ, T. 78, s. 4, p. 120.

<sup>106</sup> RDJ, T. 53, s. 4, p. 38.

<sup>107</sup> RDJ, T. 87, s. 4, p. 138.

<sup>108</sup> RDJ, T. 87, s. 4, p. 141.

<sup>109</sup> FM, N° 301, 1983, p. 765.

del criterio orientador del parentesco y también de las reglas del derecho sucesorio, para declarar, formalmente, que basta acreditar el carácter de perjudicado para tener derecho a accionar en contra del responsable.

Sin perjuicio de este criterio, bastante amplio en favor de la indemnización del daño moral de las víctimas reflejas en caso de muerte de la víctima inicial, la jurisprudencia comparada se ha mostrado mucho más reticente en lo que se refiere a las lesiones que pueden haber afectado a aquella. La jurisprudencia civil francesa estimó por muchísimo tiempo que no era posible que si la víctima había sobrevivido a un accidente sus parientes estuviesen legitimados para solicitar la reparación de los daños morales que sufrieron a consecuencia de estos hechos<sup>110</sup>, o que para que ello procediera era fundamental que se acreditara que el sufrimiento experimentado era de una naturaleza completamente excepcional por su gravedad, lo que permitió desechar la mayor parte de las demandas por este capítulo<sup>111</sup>. Sin embargo, a partir de fines de los años setenta, esta postura declinó en esta jurisdicción, ya que se ha descartado esa restricción sobre la base de que la prueba de un perjuicio cierto es suficiente para justificar una demanda de compensación sin que sea necesario acreditar el carácter excepcional de los sufrimientos padecidos. Por el contrario, la reticencia a la indemnización de estos daños es completa dentro de la jurisdicción penal francesa, según la cual los parientes de la víctima no fallecida no están legitimados para pretender la compensación por el sufrimiento que les provocó las heridas de ella, la que queda reservada exclusivamente para el personalmente lesionado por el hecho delictuoso<sup>112</sup>.

En Chile, en cambio, la jurisprudencia no ha tenido mayores obstáculos para conceder indemnizaciones por daño moral a las víctimas por rebote a pesar de que no ha fallecido la víctima inicial, concediéndose incluso la indemnización a las dos. Así se ha concedido reparación a la hija legítima por los perjuicios que le ocasionaron las lesiones que sufrió el padre en accidente de tránsito<sup>113</sup>; a los padres naturales por las lesiones sufridas por su hija<sup>114</sup>; a los padres legítimos por las lesiones sufridas por su hijo y a la madre por los daños perpetrados al hijo<sup>116</sup>.

#### 4. AUTONOMÍA DEL DAÑO POR REPERCUSIÓN O REBOTE

Cuando se alude la autonomía del daño por rebote, se quiere poner de manifiesto que se trata de un perjuicio, en principio, independiente del que afecta a la víctima inicial. Quien resulta lesionado por repercusión reclama la reparación de un daño propio, ejerciendo un derecho originario<sup>117</sup>. El perjuicio por rebote o

<sup>110</sup> Cf. MAZEAUD y TUNC, ob. cit., p. 461 y VINEY y MARKESINIS, ob. cit., p. 92.

<sup>111</sup> Cf. MAZEAUD y TUNC, ob. cit., p. 462 y VINEY y MARKESINIS, ob. cit., p. 92.

<sup>112</sup> Cf. VINEY y MARKESINIS, ob. cit., pp. 92 y 93. El mismo principio se ha venido imponiendo en la jurisprudencia española, en la que se exige que las lesiones de la víctima inicial sean graves para que el daño moral por rebote sea objeto de compensación económica (cf. VICENTE, ob. cit., p. 221).

<sup>113</sup> Cf. RDJ, T. 91, s. 4, p. 42.

<sup>114</sup> Cf. RDJ, T. 88, s. 4, p. 88 y FM, N° 284, 1982, p. 275.

<sup>115</sup> Cf. RDJ, T. 87, s. 4, p. 141.

<sup>116</sup> Cf. RDJ, T. 90, s. 4, p. 277.

<sup>117</sup> Cf. DE CUPIS, ob. cit., p. 651 y BIDART, ob. cit., p. 75.

reflejo es el que han experimentado personalmente otras personas diversas de la primera víctima a consecuencia de los mismos hechos. De allí que puedan coexistir perfectamente el daño de la víctima inicial con el que se experimenta por rebote, situación que queda de suyo claro en la hipótesis de lesiones de gravedad que han afectado a una persona y que lo dañan física y moralmente, lo que a su turno produce el sufrimiento espiritual de los que lo rodean. Esta autonomía, aceptada por la mayoría de la doctrina moderna<sup>118</sup>, se transforma en verdaderamente esencial a la hora de evitar confusiones entre los perjudicados por el hecho ilícito y los herederos de la víctima, y para impedir que ciertos grupos de lesionados por rebote excluyan a otros de grado posterior.

#### 4.1. Prelación entre los lesionados por rebote

Una primera cuestión en la puede tener incidencia el principio de autonomía del daño por rebote es en la posible creación de una suerte de orden de prelación entre sujetos más cercanos a la víctima y los más lejanos, en el cual la indemnización de aquellos excluye la de estos. Se trataría, básicamente, de establecer la premisa que la compensación de los sujetos más cercanos a la víctima inicial debe considerarse reparación suficiente del mal causado, con independencia del daño real o efectivo que puedan haber sufrido otras personas o parientes más lejanos. Sostienen Mazeaud y Tunc que "la acción se ejercería entonces, en nombre de la familia, por el cónyuge; a falta de este, por el pariente más próximo en grado; de faltar el mismo, por el pariente del grado subsiguiente; y, si varios parientes se encontraran en el mismo grado, cabría zanjar el conflicto susceptible de plantearse entre ellos concediéndole preferencia al de más edad (...) ¿no conviene admitir al menos que la acción de las personas más allegadas al difunto agote normalmente la de las personas que se encuentran en un grado más lejano de parentesco por consanguinidad o afinidad? (...) Así, salvo lo excepcional, no se ejercitarían sino tres acciones —y además no serían ejercitadas simultáneamente sino rara vez—: la de los padres, la del cónyuge y la de los hijos"<sup>119</sup>.

Si se acepta que el daño que experimentan las víctimas reflejas es independiente del que sufre la víctima inicial, en atención a que se trata de un perjuicio personal, debe aceptarse de igual manera que el daño que experimentan estas víctimas es igualmente independiente entre sí, y autónomo el uno del otro. Atribuir a algún grupo de personas titularidad jurídica por sobre otros para ser indemnizados preferentemente con exclusión de aquellos, sería relegar al olvido el perjuicio que estos han experimentado y que acaso sea de mayor entidad que el de los parientes más próximos. ¿Sobre qué base excluir a los padres de la reparación moral por la muerte de un hijo si aquel estaba casado? O ¿por qué postergar al hijo en favor del cónyuge de la víctima inicial? O incluso ¿por qué preferir al padre con el que tal vez no habían relaciones afectivas hace muchos años por sobre la mera conviviente que acompañó al difunto en los últimos veinte años de su existencia? La indemnización de las víctimas por rebote es una compensación individual y no colectiva<sup>120</sup>.

<sup>118</sup> Cf. VICENTE, ob. cit., p. 255 y VINEY y MARKESINIS, ob. cit., p. 86.

<sup>119</sup> Ob. cit., pp. 453 y 454.

<sup>120</sup> VINEY, G., en *Traité de Droit Civil* (bajo la dirección de J. Chestin), *Les obligations. La responsabilité: effets*, Paris, 1988, pp. 186 y 187.

En consecuencia, si bien parece razonable priorizar la indemnización de la víctimas por rebote más cercanas por sobre las más lejanas, no cabe confundir el daño de unas con los de otras, y el perjuicio de unos no puede ser comprendido en el de otros, dado que son autónomos e independientes<sup>121</sup>. La acción de que goza cada perjudicado es independiente de la de los demás, por lo que pueden deducirse separadamente por cada uno de ellos, y la sentencia que se dicte no produce cosa juzgada en las demás. Puede incluso someterse a transacción o renunciarse, sin que ello afecte a la demás acciones, y si se ha pagado la indemnización a alguno de los perjudicados ello no extingue el derecho de los otros<sup>122</sup>.

#### 4.2. Perjudicados y no herederos

Las víctimas por rebote de un hecho ilícito ostentan el derecho a ser indemnizadas por el agente de ese daño en su calidad de perjudicadas y no como herederas del difunto que ha encontrado la muerte a consecuencia del siniestro. El perjuicio que han padecido es independiente del que sufrió la víctima inicial. No reclaman la reparación de un perjuicio ajeno sino que la compensación del menoscabo propio. Luego, cuando ellos accionan solicitando esta compensación no lo hacen en su calidad de herederos del difunto sino que en el carácter de perjudicados con el siniestro<sup>123</sup>.

De esta afirmación se desprenden consecuencias de bastante importancia en el orden práctico, entre las que cabe hacer presentes las siguientes:

En primer lugar, debe mencionarse que la víctima refleja, para obtener esta indemnización, no debe acreditar el carácter de heredero de la víctima inicial, puesto que no demanda en este carácter. Le bastará acreditar su calidad de perjudicado, acaso su parentesco en el caso del perjuicio moral y el monto y naturaleza de los daños en el supuesto de los perjuicios patrimoniales<sup>124</sup>.

En segundo lugar, habrá que concluir que cualquier indemnización que ellos obtengan por el daño que personalmente han sufrido no integra la masa hereditaria,

<sup>121</sup> Se ha resuelto que la sentencia que ordena la indemnización de la viuda por la muerte de su marido no produce cosa juzgada en el juicio que inicia la madre legítima del occiso por los daños que le ocasionó personalmente la muerte al privarla de la pensión que este le suministraba, y que la suma pagada a la cónyuge sobreviviente no extingue el derecho de la madre del difunto (cf. RDJ, T. 12, s. 1, p. 90). También se ha fallado que la indemnización concedida a la viuda por la muerte de su marido tampoco produce cosa juzgada en el pleito incoado por los hijos legítimos del difunto en el que demandan la reparación que personalmente les provocó el hecho ilícito (cf. Gaceta, 1913, s. 1053, p. 3059). Por fin se ha concedido indemnización a los hermanos del fallecido, a pesar que sobrevivían los padres de aquel (cf. RDJ, T. 53, s. 4, p. 38).

<sup>122</sup> Cf. ALESSANDRI, ob. cit., pp. 465 y 466; MAZEAUD y TUNC, ob. cit., T. II, Vol. 2, p. 529 y VINEY y MARKESINIS, ob. cit., p. 87.

<sup>123</sup> Cf. ALESSANDRI, ob. cit., pp. 470 a 473 y VINEY y MARKESINIS, ob. cit., p. 87. En España la jurisprudencia ha sido constante en señalar que están legitimados para solicitar la indemnización de perjuicios por causa de muerte, por derecho propio, los individuos, herederos o no de la víctima inicial, que resultaron personalmente perjudicados por su muerte, en la medida que dependían económicamente del fallecido o mantenían lazos afectivos con él. (STS de 17 de febrero de 1956 y 1 de julio de 1981). Por lo tanto, es el concepto de perjudicado y no el de heredero el que confiere el derecho a la reparación del daño y determinar la legitimación activa, sin perjuicio que ambas calidades concurren en una misma persona, pero el derecho a la indemnización no surge *iure hereditatis* sino como un derecho originario y propio del perjudicado (STS 4 de mayo de 1983 y 1 de octubre de 1994) (cf. esta jurisprudencia en Anuario de Derecho Civil, 1996, pp. 1809 y 1810).

<sup>124</sup> Cf. RDJ, T. 87, s. 4, p. 58.

sino que forma parte del patrimonio personal del afectado. Consecuencia de lo anterior es que los acreedores del difunto no podrán hacer efectivas sus acreencias en esta indemnización, pero sí los acreedores personales de la víctima por rebote. Asimismo, al no formar parte de la herencia, la indemnización no estaría afecta al pago del impuesto a las herencias y asignaciones testamentarias.

Si los perjudicados son varios, la suma que obtengan como indemnización, se distribuirá entre ellos según el monto del daño que personalmente les afectó, y no de conformidad a las normas del Derecho sucesorio, pues en este extremo ellas son inaplicables.

Si la víctima inmediata falleció a consecuencia del incumplimiento de un contrato, por ejemplo de transporte o de prestación de servicios médicos, la víctima por rebote que reclama el daño propio no debe fundar la responsabilidad en la infracción de las normas que regulan la responsabilidad contractual, puesto que su acción no emana de su calidad de continuadores de la personalidad del causante sino que es autónoma de ella<sup>125</sup>. Dicha acción, en principio y salvo que la ley diga otra cosa, deberá sostenerse en las normas que gobiernan la responsabilidad extracontractual, con todo lo que ello acarrea, en particular la obligación de la víctima de probar la culpa del agente<sup>126</sup> y quedando sujeta su acción a la prescripción de cuatro años prevista por el artículo 2332 del Código Civil<sup>127</sup>. Vinculado a ello, habría que decir que la víctima por rebote no queda en principio vinculada en su reparación a las cláusulas limitativas de responsabilidad que pueda haber pactado la víctima inmediata, puesto que para esta tal estipulación es *res inter alios acta*.

Finalmente, y en un punto en el cual la autonomía del daño por rebote comienza a presentar fisuras importantes, habría que concluir, en teoría, que dado que el perjuicio reclamado por estas víctimas es en calidad de perjudicados y no de herederos, no cabría considerar como criterio reductor de la indemnización la exposición imprudente al daño prevista entre nosotros en el artículo 2330 del Código Civil, puesto que la víctima por rebote no se ha expuesto a este perjuicio. En otras palabras, la culpa contributiva de la víctima en el siniestro, solamente podría hacerse valer en contra de ella o en contra de los que reclamen indemnización en calidad de sus herederos, pero no en contra de los terceros que solicitan una reparación por el daño personal, puesto que ellos no se pueden haber expuesto imprudentemente al daño<sup>128</sup>.

Esta cuestión ha dado lugar a arduas y continuas discusiones tanto en la doctrina como en la jurisprudencia francesa, desencuentros que tienen su causa en los absurdos a que podría conducir una aplicación rigurosa y absoluta de la

<sup>125</sup> Cf. MAZEAUD y TUNC, ob. cit., T. II, Vol. 2, p. 531.

<sup>126</sup> Esta dificultad ha llevado a la doctrina y jurisprudencia francesa en muchas ocasiones a considerar que en el caso del contrato de transporte lleva envuelta una estipulación en favor de otro de carácter tácita, que consiste en que el transportador no solamente se obliga con el pasajero a trasladarlo en forma segura, sino que ello también obra en beneficio de las víctimas por rebote, las que pueden en tal caso accionar de conformidad a las normas que rigen la responsabilidad contractual, según las cuales el incumplimiento se presume culpable (cf. MALAURIE y AYNES, ob. cit., p. 126; VINEY y MARKESINIS, ob. cit., p. 87 y LARROUMET, CH., *Droit Civil*, T. III, *Les obligations*, Le contrat, Paris, 1990, pp. 580 a 582; 793 a 795 y 869 a 870).

<sup>127</sup> Cf. ALESSANDRI, ob. cit., pp. 472 y VINEY y MARKESINIS, ob. cit., p. 87.

<sup>128</sup> Cf. MAZEAUD y TUNC, ob. cit., T. II, Vol. 2, p. 531.

independencia del daño por repercusión. Podría ocurrir que la víctima directa del suceso se viera en una situación desmejorada en relación a las víctimas reflejas. Mientras aquel puede ver su indemnización reducida por haber contribuido con su negligencia al daño, no ocurriría lo mismo con los que fueron indirectamente dañados por el suceso, con lo que el principal perjudicado queda en una situación inferior a las de los menos afectados<sup>129</sup>.

La Corte de Casación francesa hasta los años sesenta y setenta se mostró partidaria de la oponibilidad de la reducción a las víctimas por rebote, con lo que la independencia de este daño respecto de la víctima inicial desapareció. Posteriormente, durante 1978, consideró que la víctima y el causante del siniestro eran coautores de él, y que ambos debían responder solidariamente ante la víctima por rebote. Sin embargo, la Asamblea Plenaria, el 19 de junio de 1981, estableció decididamente, volviendo al criterio inicial, que la culpa de la víctima era también oponible a los que lo fueran por repercusión<sup>130</sup>.

Otro tanto ha ocurrido en la jurisprudencia española, pues es constante en la práctica que se haga oponible la culpa de la víctima inicial a la víctima por rebote, reduciendo la indemnización de estas a pesar de que no han tenido culpa alguna en el suceso, solución que la doctrina ha aceptado como la menos mala<sup>131</sup>.

Nuestros tribunales y alguna doctrina<sup>132</sup>, en igual sentido, y de manera ampliamente mayoritaria, han venido resolviendo que cuando se solicita la reparación de los daños morales o materiales personales que han sufrido terceros con ocasión del hecho que afectó a la víctima inicial, cabe de todas maneras reducir la indemnización que les corresponda a aquellos si es que el directamente perjudicado se expuso imprudentemente al daño, considerando que esta culpa le es oponible a los perjudicados por repercusión como si hubiesen sido ellos los que se expusieron imprudentemente al perjuicio<sup>133</sup>. Con todo, no puede dejarse de mencionar que existen algunos pronunciamientos judiciales que han seguido un camino distinto, y en los que aplicándose de manera absoluta el principio de independencia del daño por rebote se ha considerado que a las víctimas diferentes de la inicial no les puede ser opuesto el artículo 2330 del Código Civil, en atención a que ellas no se expusieron personal y culpablemente al daño, quedando reservada esta reducción, exclusivamente, para la indemnización que deba otorgarse a la víctima directa que sí lo haya hecho<sup>134</sup>.

<sup>129</sup> Cf. MALAURIE y AYNES, ob. cit., p. 127.

<sup>130</sup> Sobre esta evolución VINEY y MARKESINIS, ob. cit., pp. 90 y 91. También VICENTE, ob. cit., pp. 253 y 254.

<sup>131</sup> Cf. VICENTE, ob. cit., p. 256.

<sup>132</sup> Cf. DOMÍNGUEZ AGUILA, R., El hecho de la víctima como causal de exoneración de la responsabilidad civil, Revista de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Concepción, N° 136, 1966, p. 50 y BIDART, ob. cit., pp. 100 a 106.

<sup>133</sup> Cf. RDJ, T. 2, s. 1, p. 141; T. 5, s. 4, p. 5; T. 61, s. 4, p. 498; T. 63, s. 4, p. 200; T. 74, s. 4, p. 281; T. 81, s. 4, p. 287. Otras sentencias, aunque aceptando esta misma tesis, son solamente de mayoría, existiendo votos disidentes: así por ejemplo, FM, N° 275, 1981, p. 480, con voto disidente del Sr. Eyzaguirre.

<sup>134</sup> Cf. RDJ, T. 87, s. 4, p. 141; GJ, N° 135, 1991, p. 95; N° 135, 1991, p. 103 y N° 148, 1992, p. 90.

##### 5. TRANSMISION DE LA ACCION INDEMNIZATORIA

Sin perjuicio de lo antes afirmado, en orden a que los perjudicados por rebote accionan a título personal y no en su calidad de herederos de la víctima primaria, nada obsta a que si además de ser perjudicados son herederos de ella, puedan deducir también las acciones que correspondían al causante y que nacieron a consecuencia del hecho que en definitiva le ocasionó la muerte. La acción indemnizatoria de la víctima inmediata, es en principio transmisible por testamento o abintestato, sea a título universal o singular, y los causahabientes, por tanto, pueden ejercitarla en la calidad que les corresponda<sup>135</sup>. Asimismo, y dado que es una acción distinta de la que les corresponde personalmente, pueden deducirlas conjunta o separadamente, ya que les corresponden ambas acciones, o bien pueden entablar solamente una sola de ellas<sup>136</sup>.

Cuando los herederos del causante accionen en contra del responsable de la muerte invocando esta calidad, se producirán las consecuencias inversas a las delineadas para el evento en que ellos demandan por el daño que personalmente han sufrido con el hecho ilícito. Deberán acreditar su carácter de herederos, la suma indemnizatoria pasará a integrar la masa de la herencia, estará además sujeta al impuesto correspondiente, se distribuirá entre ellos en proporción a sus derechos hereditarios y los acreedores hereditarios podrán ejercitar sus acreencias sobre ella. Si existía contrato entre el agresor y la víctima, la demanda deberá sujetarse a las normas que rigen la responsabilidad contractual y si hubo culpa parcial de parte de la víctima, esta, claramente, será sólo oponible a los herederos de ella, ya que teóricamente son los continuadores legales de su personalidad.

Esta transmisión de la acción indemnizatoria no ofrece mayor dificultad si lo que se pretende es la reparación del daño material. Los bienes dañados que pertenecían al causante forman parte de la masa hereditaria, de allí que sus herederos estén perfectamente legitimados para solicitar esta reparación. Por lo demás es la solución contemplada en forma expresa por el artículo 2315 del Código Civil, según el cual puede pedir la indemnización no sólo el que es dueño o poseedor de la cosa que ha sufrido el daño, sino que también su heredero. Con ello se puede concluir que si lo que se demanda es el daño emergente ocasionado a la víctima inicial, habría que alegar necesariamente el carácter de heredero de ella, puesto que es la manera de justificar el legítimo derecho a esta indemnización. Desde esta perspectiva cualquier persona, incluso una jurídica, podría solicitar la reparación del daño causado invocando su calidad de heredero de la víctima directa<sup>137</sup>.

El problema se complica muchísimo más a la hora de examinar la posibilidad de la transmisión de la acción de perjuicios tratándose del daño a las personas que han fallecido, precisamente, a consecuencia del hecho ilícito. En principio esta acción es transmisible a los herederos del causante, puesto que representan a la persona del difunto y le suceden en todos sus derechos y obliga-

<sup>135</sup> Cf. ALESSANDRI, ob. cit., p. 467; BIDART, ob. cit., p. 77; MALAURIE y AYNES, ob. cit., pp. 124 y 125 y MAZEAUD y TUNC, ob. cit., T. II, Vol. 2, p. 533.

<sup>136</sup> Cf. MALAURIE y AYNES, ob. cit., p. 126.

<sup>137</sup> Así se ha resuelto que la indemnización por los daños causados al automóvil del occiso debe ser entregada a quienes acrediten el carácter de herederos (cf. RDJ, T. 87, s. 4, p. 58).

ciones transmisibles, y el derecho de demandar perjuicios no ha sido declarado por la ley intransmisible. Así se ha resuelto desde antiguo por la jurisprudencia<sup>139</sup>.

Sin embargo, la doctrina nacional tradicional, a este respecto, ha precisado que tal solución solamente puede aceptarse en el caso de que el derecho a la acción haya ingresado en el patrimonio del causante, fenómeno que sólo acontecería en el caso de que el difunto no haya muerto en el acto del hecho ilícito, pues si falleció inmediatamente nada habría adquirido. Si el occiso falleció instantáneamente no habría alcanzado a incorporarse en su patrimonio este derecho a la indemnización, y, por tanto, no pudo transmitirlo a sus herederos<sup>140</sup>. Ellos solamente podrían intentar la acción que les corresponde como personalmente perjudicados. Explica Alessandri que un hijo legítimo cuyo padre muere instantáneamente en un choque de trenes, no puede demandar perjuicios como heredero suyo; sólo podrá pedir la reparación del daño moral que la muerte le irrogó y la del daño material que haya podido causarle, por ejemplo, si el hijo, por ser inválido o menor, vivía a sus expensas<sup>141</sup>. Esta tesis ha sido aceptada en alguna ocasión por la jurisprudencia, declarando que si la víctima falleció de inmediato, su padre no puede solicitar como heredero lo que ella dejó producto del deceso, puesto que a esa fecha no se le había reconocido derecho alguno a la víctima<sup>142</sup>.

La tesis anterior parece poco convincente en un extremo. Descansa sobre la base de que la muerte haya o no sido instantánea, criterio que no parece ser verdaderamente efectivo e ilustrador de una solución correcta. En primer lugar, y dejando el arduo conflicto de determinar cuándo acontece la muerte de una persona, puede ser sumamente difícil, tal vez imposible, determinar si la muerte fue o no inmediata, bastaría un par de segundos de agonía para que el derecho de la indemnización se incorporara al patrimonio del causante. Ello con el agregado de que la muerte instantánea, según la doctrina especializada, es una ficción que se ha construido sobre un argumento puramente retórico<sup>143</sup>. Por lo demás, resultaría llamativo que el agresor quedara beneficiado si logró eliminar inmediatamente a la víctima, ya que en tal evento no se habría devengado la obligación de indemnizar en su contra; los herederos tendrían que invocar un daño personal pero no podrían alegar los de su causante. De seguirse este criterio, los herederos, invocando esta calidad, no podrían demandar el lucro cesante que experimentó el causante, ya que en términos rigurosos, ese derecho no habría alcanzado a ingresar a su patrimonio; producida la muerte instantánea se acabó su personalidad y cualquier posibilidad de adquirir derechos. Estos herederos

<sup>138</sup> Cf. ALESSANDRI, ob. cit., pp. 467 y 468.

<sup>139</sup> Cf. RDJ, T. 3, s. 1, p. 412; T. 9, s. 2, p. 25; T. 27, s. 1, p. 822; Gaceta, 1913, sentencia 592, p. 1915; 1916, T. 1, sentencia 123, p. 396; 1920, T. 1, sentencia 96, p. 467 y 1926, T. 2, sentencia 114, p. 513.

<sup>140</sup> Cf. ABELIUK, ob. cit., p. 202 y ALESSANDRI, ob. cit., p. 468. El mismo criterio ha seguido la jurisprudencia española (cf. LÓPEZ, ob. cit., pp. 1568 y ss. y VICENTE, ob. cit., pp. 240 y ss.).

En semejante sentido señala el parágrafo 847.1 del Código Civil alemán: "Pretium doloris: En caso de lesión en el cuerpo o en la salud, así como en caso de privación de libertad, el lesionado a causa del daño, que no sea daño patrimonial, puede pedir también una equitativa indemnización en dinero. La acción no es transmisible y no pasa a los herederos, a no ser que haya sido reconocida por contrato (acuerdo o transacción) o devenga en litispendencia".

<sup>141</sup> Ob. cit., pp. 468 y 469.

<sup>142</sup> Cf. RDJ, T. 45, s. 1, p. 526.

<sup>143</sup> Cf. VICENTE, ob. cit., p. 241.

tendrían que invocar su propio lucro cesante, y demostrar cómo la pérdida del fallecido los ha privado de ingresos o ventajas económicas concretas y reales<sup>144</sup>.

De allí que esta solución haya sido criticada fuertemente por algún sector doctrinal<sup>145</sup>. Se estima que la muerte de una persona la lesiona en lo más elemental de su personalidad, en el bien más preciado de todos, el que le es arrebatado a consecuencia del hecho ilícito. Lo priva de su integridad corporal, intelectual, de su honor y le ocasiona, por breve que sea, un sufrimiento moral. Dado lo anterior, el derecho de la víctima a solicitar la indemnización de los daños materiales y morales que la muerte le ocasiona, aunque no pueda hacerlo materialmente, sería indisputable<sup>146</sup>. De modo que fallecida esta "sus herederos, a quienes el derecho se transmite, pueden deducir la acción de indemnización que competía a la víctima. Aunque la muerte sea instantánea, adquiere la víctima el derecho a ser indemnizada del daño sufrido por esta y transmite este derecho a sus herederos" (...) Por consiguiente, los herederos están jurídicamente habilitados para demandar, por una parte, la indemnización cuando el daño produce la muerte de la víctima y, por otra, para demandarla en relación con todas las ganancias pecuniarias que la víctima habría podido obtener mediante su trabajo si no hubiera mediado el daño"<sup>147</sup>.

Sin embargo, en Chile, un reciente y muy importante fallo arbitral confirmado por la Corte Suprema, ha venido a ratificar entre nosotros la tesis de que el daño moral que experimenta la víctima inicial con ocasión de un hecho ilícito no se transmite a sus herederos<sup>148</sup>. Se trata del lamentable caso del accidente que afectó al avión Boeing 737 perteneciente a la Compañía de Aviación Faucett, mientras volaba entre Lima y Tacna el día 29 de febrero de 1996, y en el que perecieron numerosos chilenos. El asunto fue sometido al arbitraje de don Juan Achurra Larraín, quien, por sentencia de fecha 30 de enero de 1998, acogió la demanda de los actores, pero negó la pretensión de ser indemnizados por el daño moral que experimentaron las víctimas directas, el que, según los demandantes, se había transmitido a sus herederos<sup>149</sup>. Se lee en el considerando 57 de la referida sentencia que "siempre debe existir una persona que sufra el daño. Ahora bien, del claro tenor de lo dispuesto en el artículo 78 del Código Civil chileno

<sup>144</sup> En los hechos muchas veces los familiares más cercanos de la víctima, su cónyuge e hijos, solicitan la indemnización de las tres partidas tradicionales: el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral. Las sentencias no niegan directamente el derecho que les asiste a ser indemnizados en el lucro cesante, pero si ordinariamente niegan la indemnización por no estar suficientemente acreditada la existencia y entidad de esta capítulo indemnizatorio (cf. RDJ, T. 87, s. 3, p. 167 y T. 87, s. 4, p. 138). De esto podría colegirse, aunque no haya resolución expresa en este sentido, que los herederos podrían reclamar, en esa calidad, el lucro cesante que experimentó la propia víctima, a pesar de lo difícil que pueda resultar la prueba. Otras sentencias directamente han acogido el lucro cesante de la víctima invocado por sus herederos (cf. RDJ, T. 3, s. 1, p. 412 y Gaceta, 1913, s. 592, p. 1915 y 1916, T. 1, s. 123, p. 396).

<sup>145</sup> Cf. MAZEAUD y TUNC, ob. cit., T. II, Vol. 2, pp. 540 y ss.; VICENTE, ob. cit., pp. 240 y ss. y BIDART, ob. cit., pp. 93 y ss.

<sup>146</sup> La jurisprudencia francesa ha aceptado la transmisión incluso del derecho del causante para solicitar la indemnización de su daño moral, a pesar de su carácter personal (cf. MALAURIE y AYNES, ob. cit., pp. 124 y 125).

<sup>147</sup> BIDART, ob. cit., p. 97. En términos muy semejantes MAZEAUD y TUNC, ob. cit., T. II, Vol. 2, p. 543.

<sup>148</sup> La sentencia se encuentra en la actualidad ejecutoriada, dado que la Ilustrísima Corte Suprema rechazó los recursos de queja que interpusieron las partes.

que dice la persona termina con la muerte natural, y del artículo 61 del Código Civil peruano, que señala que la muerte pone fin a la persona, la personalidad, y los derechos que de ella emanan, se extinguen con la muerte. Entonces, resulta imposible establecer que deba ser indemnizado el daño moral de la víctima que fallece, originado precisamente por el hecho de su muerte. En esto, la doctrina de los hermanos Mazeaud citada por los demandantes es absolutamente minoritaria y este Arbitro no la comparte, siguiendo en esto, además, a don Arturo Alessandri Rodríguez, quien en la obra citada más arriba<sup>149</sup>, afirma que en los casos de muerte instantánea, la acción que pudo corresponder (a la víctima) no alcanzó a incorporarse a su patrimonio y no pudo, por lo mismo, transmitirla". Agrega la sentencia, en el mismo considerando, que "además de la improcedencia del daño moral propio de la víctima basado en los fundamentos jurídicos antes señalados, el Arbitro estima que si el daño moral sufrido por los padres y herederos va a ser adecuado y justamente reparado por la sentencia, resultaría inequitativo que se sume en favor de los mismos herederos el pago de otro daño moral, cuya naturaleza y monto serían, por otra parte, difíciles de establecer en razón precisamente del fallecimiento instantáneo de los pasajeros".

<sup>149</sup> Ob. cit., p. 468.