

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea electrónico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

ENRIQUE BARROS BOURIE

TRATADO DE  
RESPONSABILIDAD  
EXTRAACONTRACTUAL

© ENRIQUE BARROS BOURIE

© EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE

Carmen 8, 4º piso, Santiago

Registro de Propiedad Intelectual

Inscripción N° 159.001, año 2006

Santiago - Chile

Se terminó de imprimir esta primera edición  
en el mes de noviembre de 2006

IMPRESORES: Productora Gráfica Andros Ltda.

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ISBN 956-10-1731-8

## § 20. EL DAÑO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL

a. *Daño y responsabilidad*

141. El daño como condición y objeto de la responsabilidad civil. a) Metafóricamente puede decirse que al comienzo de la responsabilidad civil está el daño. A diferencia de lo que ocurre en materia penal e infraccional, para el derecho civil sólo son relevantes las conductas culpables si de ellas se sigue un perjuicio para el demandante. En sede civil, la sola negligencia no es fuente de responsabilidad. Así, si un automovilista conduce por una autopista en contra del sentido del tránsito, no incurre en responsabilidad civil mientras no cause daño. El objeto de la responsabilidad civil no es expresar un juicio de reproche, sino corregir el efecto adverso que el hecho del demandado haya causado a la víctima. Su ámbito es precisamente el de la justicia correctiva (*supra* N° 13), que pretende restablecer, en la relación entre el demandado y la víctima, el orden que ha sido alterado por el daño.

Por otro lado, aunque la responsabilidad por culpa, sustentada en la idea de responsabilidad personal, constituye el régimen general y supletorio de responsabilidad civil, el derecho también reconoce estatutos de responsabilidad fundada en el sólo requisito de que el daño haya sido causado por el tercero, sin exigir que el agente haya actuado negligentemente (responsabilidad estricta u objetiva). Por eso, desde un punto de vista lógico, en el derecho de la responsabilidad civil el daño y la causalidad son categorías más generales que la culpa: mientras puede haber responsabilidad sin culpa, no puede haberla sin un daño que sea causalmente atribuible al demandado.<sup>1</sup> En definitiva, el daño es *condición indispensable bajo cualquier régimen de responsabilidad civil*.

<sup>1</sup> En Francia, donde la responsabilidad estricta tiene un lugar más extenso que en otros ordenamientos, se acostumbra ordenar la exposición de los elementos de la responsabilidad a partir del daño y la causalidad, entendidas como 'constantes de la responsabilidad' (Carbonnier 2000 367; así también Mazeaud/Chabas 1998 412; Virey/Jourdan 1998 3, Le Tourneau/Cadier 2002/03 N° 348).

b) Pero el daño es también *objeto del juicio de responsabilidad*, porque la pretensión del demandante es que le sean reparados los perjuicios sufridos, sea mediante la restitución en naturaleza de los bienes de que ha sido privado, sea mediante la indemnización en dinero. La *cosa pedida* en el juicio de responsabilidad civil es precisamente la remoción o la reparación del daño.

c) Atendida esta doble función, como condición y objeto de la responsabilidad, es usual que el daño sea tratado, primero, como uno de los elementos condicionantes de la responsabilidad (conjuntamente con la culpa y la causalidad) y, luego, como objeto de la pretensión reparatoria. En verdad, en el juicio jurídico práctico resulta imposible, por lo general, separar los momentos del daño como condición y como objeto de la pretensión.<sup>2</sup> Para efectos de mostrar la tensión que existe entre ambas caras del daño, en este libro se ha optado por tratarlas conjuntamente en este capítulo.<sup>3</sup>

**142. Fines de la responsabilidad civil y daño reparable.** Atendido el lugar del daño, es natural que su análisis presente interés desde el punto de vista de cada uno de los fines que se pueden atribuir a la responsabilidad civil (*supra* § 3, *infra* § 36).

a) La *justicia correctiva* exige que la reparación del daño sea equivalente al perjuicio causado a la víctima; por eso, los perjuicios que el demandado debe indemnizar son los daños que ha sufrido el demandante. Ello pertenece a la naturaleza correlativa de la responsabilidad civil, que resulta precisamente de esta función de justicia correctiva (*supra* Nos 12 y 13).<sup>4</sup>

Desde el punto de vista correctivo, la indemnización puede tener por objeto que el daño sea reparado en naturaleza (como ocurre cuando se indemnizan los costos de reparación de la cosa deteriorada) o que se reparen las pérdidas patrimoniales sufridas por el demandante (en el mismo caso anterior, cuando se indemniza el menor valor que tendría la cosa aun después de reparada). Para que la reparación indemnizatoria sea perfecta, la suma de dinero debe poner al demandante en la posición más cercanamente posible a la que se encontraría si no hubiese ocurrido el daño (*infra* No 163).

Tratándose de daños patrimoniales ese fin se puede cumplir, al menos con razonable aproximación, de modo que la indemnización es propiamente *reparatoria*. Distinto es el caso de los daños no patrimoniales o morales, que no son cuantificables en dinero; en estos casos, la indemnización no es propiamente reparatoria, sino que cumple una función de *compensación*.

<sup>2</sup> Vicente en Reglero 2002 a 210f: un buen indicio es que en el *common law* los daños son esencialmente analizados a la luz de la reparación (véase, por ejemplo, Fleming 1985 122).

<sup>3</sup> En el capítulo sobre las acciones que el derecho reconoce a la víctima se tratarán las pretensiones resarcitorias y de reparación en naturaleza y cuestiones técnicas referidas a la pretensión indemnizatoria (Capítulo XI).

<sup>4</sup> Cane 1997 116.

respecto de la víctima: en satisfacción por el bien del que ha sido privado, que no puede ser restituido en naturaleza ni tiene un valor de cambio en dinero, se le reconoce una indemnización que le permite obtener otras ventajas de la vida (*infra* No 197).<sup>5</sup>

b) El *análisis económico* del derecho de la responsabilidad civil ha desplazado el interés desde la relación de derecho privado, que atiende a la reparación o compensación que el autor del daño debe a la víctima, hacia la *función social preventiva* de las reglas que definen los daños indemnizables. Como se ha visto (*supra* No 17), la justificación económica de toda regla atiende a sus efectos en el bienestar general. Y desde esta perspectiva puede entenderse que una indemnización equivalente al daño causado permite que la responsabilidad civil cumpla correctamente esa función preventiva, pues la amenaza que se impone al agente de correr con los costos efectivos de los accidentes que provoca actúa como un incentivo perfecto para que adopte los niveles óptimos de prevención.<sup>6</sup>

Sin embargo, hay también situaciones en que se justificaría desde un punto de vista estrictamente preventivo, que la indemnización fuera superior a los daños efectivos sufridos por el demandante. Es lo que ocurre si parte importante de los daños provocados por el responsable no son indemnizados. Es el caso, por ejemplo, de los daños que se distribuyen en pequeñas porciones en incontables víctimas, que carecen de incentivo para demandar (*infra* No 157); o en casos donde la causalidad es difícil de determinar, lo que también constituye un desincentivo para demandar. En

<sup>5</sup> Larenz 1987 474: un análisis de las dificultades para calificar como estrictamente reparatoria la indemnización en dinero del daño moral, en Corte de Santiago, 30.5.2003, GJ 275, 97, y Corte de Santiago, 10.3.2000, GJ 237, 159. Al respecto se ha sostenido que "la indemnización no hace desaparecer el daño, ni tampoco lo compensa en términos de poner a la víctima en una situación equivalente a la que tenía antes de producirse aquél (...)", la indemnización por daño moral está dirigida a dar, a quien ha sufrido el daño, una satisfacción de reemplazo" (Corte de Santiago, 18.11.2002, GJ 269, 90); que "aunque la pérdida sufrida" por los padres de una niña de cuatro años violada y asesinada "es irreparable y la vida que se quitó no puede ser avaluada en dinero, debe fijarse, prudencialmente, una suma por el rubro objeto de la demanda" (Corte de Talca, 3.6.2000, confirmada por CS [cas. fondo], 19.12.2000, GJ 246, 122, publicada también en F. del M. 505, 4813).

<sup>6</sup> Posner 1992 435. El argumento debe completarse atendiendo a la función de la negligencia como condición de la responsabilidad: se actúa negligentemente de acuerdo con este criterio cuando el costo del daño accidental es mayor que el de las medidas para prevenirlo (*supra* No 17); bajo ese supuesto es también eficiente desde el punto de vista preventivo que la indemnización sea equivalente al daño (ídem 392). En nuestro país se ha fallado que "el ideal de un sistema de responsabilidad civil es maximizar el resarcimiento de la víctima y al mismo tiempo minimizar en la mayor medida posible el costo social, actual y futuro, del daño causado, porque cuando se decide sobre un caso de responsabilidad para determinar la persona del victimario, precisar el monto de la indemnización o la víctima de los mismos, se está resolviendo sobre cuestiones morales y socialmente relevantes, puesto que se trata nada menos de expresar cómo el ordenamiento jurídico valora a la persona humana y qué conducta espera el sistema normativo de los sujetos imperados" (Corte de Antofagasta, 15.12.2001, GJ 273, 95).

hipótesis de ese tipo, se dice que el otorgamiento de indemnizaciones punitivas cumpliría una función estrictamente preventiva (distinta de la retributiva, que se referirá enseguida), pues permite incorporar un elemento suficientemente disuasivo para que el responsable emplee el nivel de cuidado debido, lo que no se lograría si la reparación sólo alcanzara los perjuicios efectivos (*infra* N° 198).

c) Bajo diversas formas subsiste en el derecho civil, por lo general de modo latente, una *justificación vindicativa*, que atiende a la gravedad del ilícito al momento de determinar la sanción. A ello se agregan los propósitos de prevención general que se atribuyen a la responsabilidad civil (*supra* N° 11 y 18).

En algunas jurisdicciones se reconocen expresamente las llamadas *indemnizaciones punitivas*, caracterizadas porque exceden del perjuicio efectivo sufrido por la víctima y que son percibidas por el demandante a título de pena privada (*infra* N° 198).<sup>7</sup> En las jurisdicciones donde se da lugar a indemnizaciones punitivas son determinantes para su otorgamiento en juicio, a la vez, la función vindicativa y la preventiva. En Estados Unidos, por ejemplo, la doctrina da lugar a indemnizaciones punitivas como sanción al demandado 'por su conducta vergonzosa', pero, al mismo tiempo, 'para disuadirlo a él y a otro como él de tener una conducta semejante en el futuro'.<sup>8</sup> De este modo, la suma de dinero que se reconoce al demandante excepcionalmente puede ser determinada no sólo en función de los perjuicios sufridos, sino también en correspondencia con la gravedad de la acción y con los fines preventivos atribuidos a la responsabilidad civil.<sup>9</sup>

d) Finalmente, el titular de un derecho puede ser reparado mediante una acción puramente *resitutiva*, cuyo objeto es recuperar aquello de lo cual ha sido privado, aunque no haya sufrido propiamente un daño. Es el

<sup>7</sup> El concepto es una traducción literal del término *punitive damages* del derecho anglosajón; en la tradición del derecho civil se suele hablar de *pena civil*, pero en un sentido más amplio que el referido con la idea de daños punitivos. Estos últimos se refieren precisamente al monto de la indemnización que excede el perjuicio real sufrido por la víctima.

<sup>8</sup> Restatement/Torts II § 908 (1). El segundo párrafo de la misma regla acentúa el aspecto punitivo: "Daños punitivos pueden ser reconocidos por la conducta vergonzosa del demandado, porque ha actuado con mala intención o con desearada indiferencia de los derechos de los demás. Al valorar los daños punitivos el juzgador de los hechos puede considerar la naturaleza del acto del demandado; la naturaleza y extensión del daño causado o que se ha intentado causar al demandante; y la fortuna del demandado". Restatement/Torts II § 908 (2).

<sup>9</sup> Aunque más adelante se volverá sobre los daños punitivos, conviene adelantar que en el derecho chileno no se reconoce a la indemnización una finalidad puramente disuasiva o vindicativa; incluso existen razones constitucionales para estimar que en nuestro ordenamiento la indemnización de perjuicios sólo puede tener fines reparatorios o compensatorios, en los sentidos mostrados en este párrafo. Sin embargo, en la práctica jurisprudencial y en la doctrina legal, algún sesgo punitivo suele aparecer cuando se trata de valorar el daño moral (*infra* N° 198).

caso, por ejemplo, del uso ilícito que un tercero hace de la propiedad intelectual ajena.<sup>10</sup> En este caso, la acción puede perseguir un *fin resitutorio* del beneficio obtenido por el demandado en razón de su ilícito (*infra* § 60).

e) *En suma*, aunque la responsabilidad civil tiene usualmente una función *reparatoria* del daño causado, ese fin no siempre puede obtenerse, o el derecho se desvía hacia otros fines. Típicamente no puede obtenerse la reparación en el caso de los daños no patrimoniales, en cuyo caso la indemnización tiene más bien una función *compensatoria*. En algunas jurisdicciones, y soterradamente en la práctica judicial nacional de evaluación del daño moral, se reconoce a la responsabilidad una función *punitiva*, sea con fines disuasivos o retributivos (*infra* N° 198 e). Finalmente, cuando el ilícito no da lugar a un daño al demandante, sino a un beneficio ilegítimo para el demandado, no hay en estricto sentido una acción indemnizatoria, sino una puramente *resitutiva*.<sup>11</sup>

#### b. Concepto de daño en nuestra tradición jurídica

143. **Concepto jurídico de daño.** a) En el derecho romano clásico no se conoce un concepto general de daño (como tampoco de culpa), sino situaciones de hecho diferenciadas por la naturaleza concreta de los perjuicios.<sup>12</sup> A su vez, la apreciación del daño tenía un carácter típicamente retributivo, porque, dependiendo de la culpa, el demandado podría ser condenado a pagar el valor de mercado de la cosa o su duplo o cuádruplo, dependiendo de las circunstancias.<sup>13</sup>

El concepto general de daño recién aparece en el derecho Justiniano y, especialmente, en el derecho romano común del medioevo.<sup>14</sup> En un largo proceso, en cuyo desarrollo la práctica jurisprudencial parece haber estado antes que la doctrina, la sanción penal se separó de la reparación indemnizatoria, de modo que las antiguas categorías romanas del duplo y del cuádruplo pasaron a ser contradictorias con los fines del ordenamiento civil.<sup>15</sup> En la doctrina jurídica moderna, el concepto pasa a ser formula-

<sup>10</sup> Así, en CS, 15.9.1999, RDJ, t. XXVI, sec.1°, 158, publicada también en F. del M. 490, 1885.

<sup>11</sup> Una descripción muy lúcida de las finalidades reparatorias, resitutorias y punitivas que puede tener la indemnización, en Cane 1997 102.

<sup>12</sup> Kaser 1971 I 498. A este respecto conviene atender a que la *lex Aquilia* establecía, en el capítulo primero, los ilícitos de matar injustamente un esclavo o esclava ajenos, a un cuádruplo o una res (Digesto 9.2.2); y, en el segundo, de hacer daño a otro porque hubiese quemado, quebrado o roto injustamente (Digesto 9.2.27.5).

<sup>13</sup> Inst. Cayo 4.6 distinguía acciones que perseguían la reparación (*rem tantum*), la pena (*poenam tantum*) o la cosa y la pena (*rem et poenam*); la función punitiva se extiende al temprano derecho medioeval (Cohing 1985 I 504).

<sup>14</sup> Ranieri 1999 140.

<sup>15</sup> Cohing 1985 I 505.

do en la expresión general de *daño*, que recogen los artículos 2314 y 2329 del Código Civil.<sup>16</sup>

b) Si bien existe una tendencia hacia la formulación de un concepto general de daño en las codificaciones civiles, el concepto ha adquirido dos concreciones diferentes. En los sistemas jurídicos donde sólo el daño anfitriónico es objeto general de reparación, por lo general se exige la lesión de un *derecho subjetivo* para que haya lugar a la indemnización.<sup>17</sup> Por el contrario, en una definición en sentido amplio, que se remonta a las Siete Partidas, el daño ha sido definido como todo "detrimento, perjuicio o menoscabo que se recibe por culpa de otro en la hacienda [patrimonio] o la persona".<sup>18</sup>

En el primer sentido, el daño está circunscrito por los *derechos subjetivos* que el ordenamiento jurídico protege con una acción reparatoria, mientras en el segundo comprende, en general, todos los *intereses* patrimoniales o extrapatrimoniales que cumplan con ciertos requisitos mínimos para ser objeto de protección civil. En un caso, la idea de daño está limitada por los intereses que la ley califica como derechos; en el segundo, todo interés legítimo y relevante es un *bien jurídico* digno de ser cautelado.<sup>19</sup>

c) El Código Civil no contiene una definición general de daño. En materia de responsabilidad contractual, se limita a clasificar los daños patrimoniales (artículo 1556); en el título de los delitos y cuasidelitos, se hace referencia simplemente al 'daño'.

En general, la doctrina sigue un concepto de daño basado en la *lesión a un interés* del demandante, y se entiende que la hay cuando una persona sufre "una pérdida, disminución, detrimento o menoscabo en su persona o bienes o en las ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales

<sup>16</sup> Sobre la generalidad de este concepto en los ordenamientos hispanoamericanos, Díez 2006 343.

<sup>17</sup> BGR, § 823 II, Cód. ital., artículo 2043; sobre lo superfluo del juicio de juridicidad en el derecho chileno, *supra* Nº 51 y las explicaciones que siguen.

<sup>18</sup> Escrihe 1858 156, con antecedente en las Siete Partidas 7.25.1.

<sup>19</sup> Podría decirse, en el sentido amplio enunciado por R. Von Jhering, que de la protección de un interés por el derecho se *infiere* el reconocimiento de un derecho subjetivo. De este modo, los distintos conceptos de daño expresarían diferentes aproximaciones al derecho subjetivo: mientras en los ordenamientos jurídicos que sólo protegen los derechos expresamente referidos por la ley el ámbito de la responsabilidad estaría definido por el catálogo de derechos protegidos (BGR, §§ 823 y 253 II), en los sistemas jurídicos donde la responsabilidad se funda en la lesión de cualquier interés legítimo y relevante (como en Chile y en general, en la tradición del código francés), los derechos subjetivos serían tan amplios como esos intereses cautelados por las normas sobre responsabilidad (porque precisamente de la circunstancia que un interés sea cautelado se sigue el reconocimiento de un derecho subjetivo). Sin embargo, el concepto de derecho subjetivo parece exigir algo más que el mero interés protegido: supone que esté protegido por acciones, pueda ser gozado y, eventualmente, pueda ser transferido o transmitido (Larenz/Wolf 1997 275). A efectos de claridad conceptual conviene precisar, desde esta perspectiva, que los intereses cuya lesión da lugar a un daño en sentido jurídico son *bienes jurídicos*, más que derechos subjetivos. Esta calificación supone una cierta valoración de los intereses resguardados, lo que se muestra en el requisito de legalidad (*infra* Nº 144).

de que gozaba".<sup>20</sup> Esta idea aparece recogida en la doctrina civil francesa, que ha sido muy influyente en nuestro derecho.<sup>21</sup> La jurisprudencia nacional se ha pronunciado casi unánimemente en este sentido y se ha fallado que "daño es todo menoscabo que experimente un individuo en su persona y bienes, la pérdida de un beneficio de índole material o moral, de orden patrimonial o extrapatrimonial".<sup>22</sup>

De este modo, la reparación del daño no está sujeta en el derecho chileno al requisito de que el actor acredite la lesión de un derecho subjetivo. Así, por ejemplo, no sólo quien tenía un derecho de alimentos puede demandar reparación de quien provocó la muerte del alimentante, sino también quien de hecho recibía permanentemente un sustento sin título legal y puede asumirse que lo habría seguido recibiendo en el futuro (la madre que no había reconocido al hijo; el trabajador retirado, caído en la destitución económica, que recibía sustento de su antiguo empleador).

<sup>20</sup> Alessandrini 1943 213. La doctrina coincide con este concepto de daño como lesión a un interés, sin necesidad de que se afecte un derecho subjetivo en sentido estricto: Abolnik 1993 202; R. Domínguez Á. 1990 125 (con referencia a la idea de "situación jurídica del demandante), Corral 2003 138; Díez 1997 21. Para Fueyo 1991 364 y R. Rodríguez 1999 259 la infracción a un derecho subjetivo es condición de la injusticia del daño, pero no indican, sin embargo, el fundamento que esa doctrina puede tener en un sistema jurídico como el chileno, que no establece una limitación legal expresa de los daños indemnizables, como ocurre en los derechos alemán e italiano (*infra* nota en Nº 145 b).

<sup>21</sup> Característicamente, ya Capitant 1904 74 define el derecho subjetivo como "un interés de orden material o intelectual, protegido por el derecho objetivo, que otorga, a este efecto, a quien lo inviste, el poder de hacer los actos necesarios para obtener la satisfacción de este interés".

<sup>22</sup> Corte de Santiago, 3.6.1973, RDJ, t. LXX, sec. 4ª, 65, citando a los hermanos Mazeaud. Numerosas sentencias se pronuncian en el mismo sentido, refiriendo el *daño como la lesión a un interés* a modo ilustrativo: CS, 16.10.1954, RDJ, t. II, sec. 1ª, 488, que define el daño como "la violación de un interés legítimo"; CS, 6.11.1972, RDJ, t. LXIX, sec. 4ª, 181, donde se estima que la responsabilidad civil "se origina en la trasgresión de una norma jurídica que afecte al interés de una determinada persona"; CS, 10.8.1971, RDJ, t. LXVIII, sec. 4ª, 168, que recurre al sentido natural de daño según el diccionario de nuestra lengua, para el cual es "el mal, perjuicio, aflicción o privación de un bien"; y CS, 8.9.1954, RDJ, t. II, sec. 4ª, 182, donde también se expresa que "la palabra daño comprende, según el Diccionario de la Lengua, el perjuicio, dolor o molestia que se causa, por lo cual, interpretando este vocablo en su sentido natural y obvio, debe entenderse que comprende, a más del perjuicio pecuniario, el de carácter inmaterial, que se ocasiona por un acto ajeno". Pueden verse también, más recientemente, CS, 15.9.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 1ª, 158, publicada también en F. del M. 490, 1885; Corte de Santiago, 10.7.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 2ª, 83; Corte de Concepción, 28.8.2002, GJ 266, 210. En ciertas ocasiones, la jurisprudencia se refiere al daño como la *lesión de un derecho subjetivo*, pero de ello no se sigue que se descarte la idea de que basta la lesión a un interés; por ejemplo, Corte de Chillán, 5.10.1970, RDJ, t. LXVII, sec. 2ª, 85; Corte de Santiago, 13.3.1985, RDJ, t. LXXXII, sec. 2ª, 6; Corte de Santiago, 26.9.1990, GJ 123, 47; Corte de San Miguel, 23.8.2002, confirmada por CS [cas. fondo], 23.9.2003, GJ 279, 216; Corte de Antofagasta, 10.10.2002, GJ 268, 115; y Corte de Santiago, 1.9.2003, confirmada por CS [cas. fondo], 13.11.2003, GJ 281, 104.

d) La *noción de interés* como criterio determinante del daño reparable proviene del derecho romano, donde el daño expresaba el conjunto de bienes que resulta afectado por el ilícito y cuya evaluación era realizada por el juez (*utilitas* o *id quod interest*).<sup>23</sup> Esta formulación, sin embargo, es sólo aparentemente sencilla e inequívoca, como se muestra en las innumerables preguntas que ha planteado durante la historia del derecho privado.<sup>24</sup>

En definitiva, *todo sistema jurídico debe definir los intereses que resultan relevantes*. El daño en sentido naturalístico comprende desde las meras molestias de vecindad hasta los juicios despectivos que lesionan la autoestima, efectos que el derecho tolera para favorecer otros bienes o simplemente para evitar la litigiosidad excesiva. Por eso, aunque se le defina genéricamente como interés, el concepto jurídico de daño es una cuestión de derecho que no puede ser reducida a su expresión puramente natural.<sup>25</sup>

La definición del daño como lesión a un interés tiende a acercar el concepto normativo de daño a las situaciones de hecho que calificamos como molestia, menoscabo o turbación. Como se podrá comprender, el riesgo correlativo de una definición amplia de daño es la expansión sin límites controlables de la responsabilidad.<sup>26</sup> De hecho, una de las tendencias del derecho civil contemporáneo (especialmente en el derecho francés) ha sido la expansión desbocada de los intereses protegidos por medio de acciones civiles.<sup>27</sup>

e) En definitiva, cualquiera sea la amplitud del concepto de daño, el ordenamiento de la responsabilidad civil tiene que definir los límites entre las turbaciones a intereses que son *daños en sentido jurídico* y las que forman parte de los costos que debemos asumir por vivir en sociedad. En nuestra tradición jurídica, se ha entendido que el interés debe ser *legítimo* para que sea digno de reparación. La doctrina agrega el requisito de que el interés lesionado sea *significativo*.

144. El interés debe ser legítimo. a) La primera exigencia del concepto jurídico de daño consiste en que sea *legítimo*. El requisito supone un juicio de valor acerca del interés invocado.<sup>28</sup>

La legitimidad del interés no exige que éste responda a una situación legalmente establecida. En otras palabras, para ser tenido por legítimo, un interés no requiere estar reconocido por la ley, con la consecuencia, por ejemplo, de que si muere quien daba sustento económico a la demandan-

<sup>23</sup> Kaser 1971 I 500.

<sup>24</sup> Ídem, Cöing 1985 I 438.

<sup>25</sup> Pradel 2004 14.

<sup>26</sup> Kötz 1991 20, con referencia al propósito de los redactores del BGB de evitar el creacionismo judicial, que en Francia había llevado a la expansión excesiva del concepto del daño, según consta en las actas de las comisiones redactoras de ese Código.

<sup>27</sup> Carbonnier 2000 385, Cadiet 1997 39.

<sup>28</sup> Un detallado análisis histórico y sistemático del requisito de la legitimidad del interés reparable en el derecho francés, en Pradel 2004 21.

te, "no es factor decisivo para acoger la acción, el de que no se haya justificado su calidad de heredera de la víctima".<sup>29</sup>

La exigencia de legitimidad es un criterio para definir los límites de los intereses cautelados. Por eso, la legitimidad no está primariamente dada por criterios positivos: son legítimos todos los intereses que no son contrarios al derecho.<sup>30</sup> En principio, todo perjuicio a un interés valioso para la víctima es considerado daño reparable, si no resulta contrario a la ley o a las buenas costumbres.<sup>31</sup> En otras palabras, el ámbito de protección no está definido de manera positiva, sino negativamente: en principio, cualquier interés es objeto de cautela, a menos que resulte ilegítimo.

b) Históricamente la exigencia de que el interés sea legítimo fue introducida por la jurisprudencia francesa para excluir la indemnización de los daños patrimoniales provocados por la muerte o incapacidad del *conviviente* que sostenía económicamente al demandante.<sup>32</sup> El requisito de legitimidad del interés ha persistido, a pesar de que esa jurisprudencia concreta fue abandonada, reconociéndose como legítima, bajo ciertas exigencias de seriedad, la pretensión del conviviente.<sup>33</sup> El derecho comparado no presenta líneas unívocas en la definición del interés objeto de cautela en estos casos.<sup>34</sup>

<sup>29</sup> CS, 9.9.1946, RDJ, t. XLIV, sec. 1ª, 131; tempranamente también se acogió la demanda de un padre por los perjuicios que le irrogó la muerte de un hijo ilegítimo (CS, 4.8.1933, RDJ, t. XXX, sec. 1ª, 524); asimismo, se ha reconocido acción en el caso de muerte de una mujer con quien el demandante se encontraba unido sólo por matrimonio religioso, sin que existiera entre ellos vínculo jurídico alguno (Corte de Santiago, 3.1.1945, G. de los T., 1945, 1ª sem., N° 46, 232, citado por Díez 1997 52).

<sup>30</sup> Zannoni 1987 10.

<sup>31</sup> Carbonnier 2000 379, R. Domínguez Á. 1990 137.

<sup>32</sup> Carbonnier 2000 379 y 389.

<sup>33</sup> Viney/Jourdain 1998 61. Es interesante constatar cómo la jurisprudencia tiende a seguir los cambios culturales al momento de concebir las buenas costumbres, como se muestra en que en Francia se haya reconocido legitimidad al interés del conviviente en 1970, como consecuencia de importantes cambios en la percepción pública de las uniones de hecho. Con posterioridad a este cambio jurisprudencial se produjo un decaimiento del requisito de legitimidad del interés invocado por la víctima; sin embargo, la doctrina tiende a revalorizarlo (referencias en Pradel 2004 133).

<sup>34</sup> Aunque el *common law* tradicionalmente negó acciones por daños que se siguen de la muerte de una persona, una ley especial inglesa sobre la materia (*Fatal Accidents Act*, 1976) reconoce acción sólo por daños patrimoniales al conviviente que mantenía una vida común con el fallecido a la época del accidente y durante los dos años anteriores (Jones 2002 704). En otros ordenamientos se ha mantenido limitada la extensión de la acción a quienes estaban en una relación de derecho con la víctima fatal: en el derecho norteamericano la acción reconocida por leyes estatales, también restringida a los daños patrimoniales, por lo general sólo beneficia al *cónyuge* y no al conviviente (Prosser/Keeton *et al.* 1984 907); en el derecho alemán sólo se reconoce acción a quienes tenían derecho legal de alimentos y por el monto de estos últimos (Kötz 1991 194); según la reciente reforma al código holandés en materia de obligaciones, la reparación se extiende al daño patrimonial (pero no moral) sufrido por el conviviente de la víctima, si tenía con ella una relación familiar de hecho, dependía total o

En Chile, Alessandri asumió la tendencia de su época del derecho francés y sostuvo la improcedencia de la acción del conviviente.<sup>35</sup> Aunque no hay jurisprudencia indiscutible en la materia, puede asumirse (como en materia contractual) que la noción de *bonas costumbres*, entendidas como límite a los intereses legítimos que reconoce el derecho civil, se ha desplazado crecientemente desde los ámbitos de la organización de la familia y de la privacidad personal hacia la conducta en los negocios. De hecho, parte importante de la sociedad chilena forma su vida familiar fuera del matrimonio.<sup>36</sup>

No es extraño, entonces, que la jurisprudencia nacional reconozca expresamente la convivencia como situación de hecho que produce efectos jurídicos y le atribuya algunos efectos civiles patrimoniales.<sup>37</sup> A su vez, la legislación laboral reconoce la calidad de beneficiaria del seguro social de accidentes del trabajo y de enfermedades profesionales a la conviviente que ha tenido hijos con el trabajador muerto (Ley de accidentes del trabajo, artículos 43 y 45). Asimismo, el legislador ha declarado al conviviente beneficiario del seguro obligatorio de accidentes de la circulación (Ley N° 18.490, artículo 31).<sup>38</sup> La tendencia ha sido completada por el Código Procesal Penal, que incluye al conviviente entre las víctimas de un delito con resultado de muerte, lo que puede darle una pretensión indemnizatoria (artículos 108 II y 59).<sup>39</sup>

En tales circunstancias, no hay razón para estimar que los convivientes no tienen un interés legítimo en la vida y salud del otro, a condición de que concurren los requisitos de estabilidad en el tiempo, reciprocidad patrimonial y auxilio y, si los hay, hijos criados en común, todo lo cual permite mostrar la seriedad de la relación.<sup>40</sup>

sustancialmente de lo que el fallecido proveía, pudiendo esperarse que así también sucedería en el futuro, y no pueda sustentarse razonablemente por sí mismo (Cód. hol., § 6:108 1c). Se comprueba que en el derecho comparado la legitimidad *jurídica* del interés no siempre es objeto de reglas tan generosas como las del derecho francés.

<sup>35</sup> "(...) puesto que invocaría su propia inmoralidad, los beneficios que le reportaba su conducta irregular" (Alessandri 1943 212).

<sup>36</sup> En una cifra cercana al 40% los hijos nacen en Chile fuera del matrimonio (un análisis sociológico en Irarrázaval/Valenzuela 1993 146).

<sup>37</sup> CS, 31.7.1943, RDJ, t. XI, sec. 1°, 89; CS, 3.5.1957, RDJ, t. LIV, sec. 1°, 71; CS, 14.12.1970, RDJ, t. LXVII, sec. 1°, 583; CS, 6.4.1994, RDJ, t. XCI, sec. 1°, 30. Sobre otros efectos civiles del concubinato, Ramos 2005 620.

<sup>38</sup> Estas leyes se refieren, respectivamente, a "la madre de sus hijos", que "hubiere estado viviendo a expensas de éste [del trabajador] hasta el momento de su muerte" y a "la madre de los hijos nublados de la víctima".

<sup>39</sup> La norma del artículo 108 II del Código Procesal Penal establece una prelación a efectos de ser considerada víctima, que sea titular de las acciones civiles, donde el conviviente está pospuesto al cónyuge, a los hijos y a los ascendientes, pero antepuesto a los hermanos y al adoptado o adoptante.

<sup>40</sup> Corte de Concepción, 4.12.2000, confirmada por la CS [cas. fondo], 5.3.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 1°, 27, publicada también en F. del M. 496, I. La Corte de Casación francesa ha estimado a partir de 1970 que la indemnización del daño reflejo no exige un vínculo jurídico entre la víctima directa y la refleja (Pradel 2004 47).

c) Más allá de la pregunta histórica de la convivencia, la pregunta por los intereses que el derecho reconoce como legítimos no sólo está determinada por las convenciones sociales acerca de lo que es correcto, sino también por los derechos de la personalidad, cautelados por la Constitución, que garantizan significativos grados de autonomía en la definición del curso que cada cual puede dar a su propia vida en estas materias. Así y todo, la exigencia de legitimidad del interés envuelve un juicio moral que exige algún grado de intersubjetividad, porque el interés cautelado no es algo que sólo resulte atincente a la víctima, sino también al tercero. En efecto, no se puede ignorar que la afirmación de que cierto interés es legítimo lo transforma en un *bien jurídico*, cuya lesión está amparada por una acción de responsabilidad en contra de ese tercero.<sup>41</sup>

En el derecho comparado, los casos más difíciles que plantean preguntas de legitimidad de los intereses en juego se refieren al nacimiento de niños que sus padres no han querido concebir, o que no habrían querido dar a luz si hubiesen sabido las graves enfermedades o deformaciones que soportaban. Precisamente en atención a lo extremo de las preguntas que plantean estos casos, serán objeto de un análisis especial (*infra* § 26).

Fuera de estos casos, que plantean preguntas morales en el límite, es en el ámbito de los negocios donde la legitimidad del interés constituye una frontera particularmente relevante del daño indemnizable. Así, por ejemplo, no invoca un interés legítimo quien demanda indemnización por el lucro cesante proveniente de una actividad económica irregular, o quien conscientemente ha participado en el acto ilícito que le causó perjuicio (por ejemplo, quien ha consentido recibir un cheque que sabía sin fondos).<sup>42</sup>

d) Una hipótesis distinta a las referidas plantea la víctima que se encuentra en una *situación ilícita*, pero cuyo interés lesionado es ilícito. Es el caso, por ejemplo, de quien vivía sin haber pagado el pasaje y reclama indemnización por los daños corporales sufridos en el transporte; o del autor de un hurto menor que demanda reparación por una reacción que sobrepasa los límites de proporcionalidad de la legítima defensa. En estos casos, de *inintegridad de la víctima*, el interés es legítimo (lesión de la integri-

<sup>41</sup> Deutsch/Ahrens 2002 195. Un extremo positivismo en la noción de interés tiene por consecuencia contradecir el supuesto de correlatividad que subyace a la responsabilidad civil, que no sólo compromete a quien desarrolla una cierta forma de vida, sino a quien debe responder por los intereses vinculados a esa forma de vida. Ello vale especialmente para el daño moral reflejo, que en importantes ordenamientos jurídicos bajo ningún respecto es objeto de reparación (*infra* § 25 c). En el extremo, resulta reprochable, desde este punto de vista, la doctrina de una corte francesa que autoriza obtener reparación a la conviviente adúltera por la muerte de su pareja y luego por la de su marido, en la medida que haya habido un 'plazo decente' entre ambas (Corte de París, 19.11.1976); y la de la Corte de Casación de ese país, que ha reconocido como legítimo el interés de la conviviente que no viva con su pareja (cas. crim. 2.3.1982). Crítico de esta evolución excesiva, Chabas 2000 b N° 91 (con indicación de fuentes de los fallos aquí referidos); véase también Viney/Jourdain 1998 62.

<sup>42</sup> Le Tourneagu/Cadiet 2002/03 N° 672.

dad corporal) y, en consecuencia, no existe obstáculo para el ejercicio de la acción; pero la responsabilidad del autor podrá ser disminuida con fundamento en el instituto de la *culpa de la víctima*, que consagra el artículo 2330, si ésta ha influido causalmente en el daño (*infra* N° 289).<sup>43</sup>

145. El daño debe ser significativo. a) La noción de daño excluye aquellas incomodidades o molestias que las personas se causan recíprocamente como consecuencia normal de la vida en común. Los beneficios de la vida en sociedad exigen inevitablemente ciertos grados recíprocos de tolerancia respecto de las turbaciones provocadas por los demás. Por eso, no toda turbación da lugar a reparación. En definitiva, el daño sólo da lugar a responsabilidad civil si es *significativo o anormal*.<sup>44</sup> Siguiendo a Carbonnier, puede decirse en materia de daño que "lo que no es serio no es jurídico".<sup>45</sup>

b) La pregunta por el umbral a partir del cual el daño pasa a ser *significativo* se plantea principalmente en materia de *daño moral*.<sup>46</sup> El límite de reparabilidad de los daños patrimoniales es más bien práctico que jurídico, pues está dado por el costo de seguir un proceso judicial por una pretensión de cuantía insignificante (por ejemplo, en caso de destrucción de una cosa de valor exiguo). El daño moral, por el contrario, es frecuentemente una lotería de valores más inciertos, en atención a la dificultad para valorarlo en dinero y la relativa dispersión de las indemnizaciones reconocidas por los jueces (*infra* N°s 191 y 201). Así se explica su fuerza expansiva ilimitada, lo que, a su vez, impone la necesidad práctica de fijar sus límites para evitar que toda molestia, frustración personal o el simple 'impacto negativo' sea transformado en un daño en búsqueda de un responsable.<sup>47</sup>

<sup>43</sup> Sobre estas cuestiones, Mazeaud/Chabas 1998 602 y Chabas 2001 107.

<sup>44</sup> Alessandri 1943 213 no acepta este criterio, que se ha asentado con posterioridad en el derecho comparado, expresando que si el interés es legítimo habrá daño reparable, "aunque esa pérdida, disminución, detrimento o menoscabo no recaiga sobre un derecho de que la víctima sea dueña o poseedora y aunque su cuantía sea insignificante o de difícil apreciación". En un sentido inverso R. Domínguez Á. 1990 128, Díez 1997 34, Corral 2003 146. En concordancia con esta tesis (aunque la calificación de insignificancia sea discutible), se ha fallado que las molestias que genera un juicio no son indemnizables (Corre de Santiago, 31.3.1970, RDJ, t. LXXVII, sec 4°, 42°).

<sup>45</sup> Carbonnier 2001 78.

<sup>46</sup> La jurisprudencia alemana habla de *daños de bagatela* y los circunscribe al daño moral consistente en turbaciones pequeñas y temporales del bienestar del demandante. Esta limitación de los perjuicios reparables incluso alcanza pequeñas heridas y privaciones de libertad por un par de horas con ocasión de redadas o de incidentes (Palandt/Heinrichs § 253 24f).

<sup>47</sup> Vicente en Reglero 2002 a 202. A pesar de que nuestra jurisprudencia suele usar expresiones muy genéricas para referirse al daño moral indemnizable (véase CS, 24.6.2003, rol N° 921-2002, comentada por Court 2004 89), la tendencia general ha sido que sólo se reparan daños efectivamente significativos (en ese caso, inundaciones en una casa a consecuencia de trabajos municipales deficientes).

El problema de los límites de la responsabilidad en razón de la significancia del daño parece en particular agudo respecto de lo que genéricamente se ha llamado en el derecho francés 'perjuicio de agrado' (*infra* N° 206), que puede comprender desde las molestias de una mujer mundana que no puede usar escote durante algunos meses,<sup>48</sup> hasta la incapacidad física total para realizar actividades que exijan algún despliegue físico. En este punto se plantean divergencias mayores entre los diversos sistemas jurídicos. Por lo general, el derecho comparado no sigue al derecho francés en la expansión del perjuicio de agrado a molestias como las referidas, ni a la indemnización del daño derivado del especial afecto que se tiene a una cosa o una mascota (*infra* N° 232).<sup>49</sup> Por eso, conviene tener claro que la determinación del umbral a partir del cual se tiene un interés por significativo es una cuestión normativa, que en cada sistema jurídico es objeto de precisión jurisprudencial. El derecho chileno ha seguido una orientación más bien moderada en la expansión de los intereses reparables.<sup>50</sup>

c) Las discusiones sobre el límite de las molestias tolerables que son una consecuencia de la vida en común se plantean usualmente en conflictos de *vecindad* y, vinculadas a éstos, respecto de las turbaciones al *medio ambiente*.

Es precisamente en materia de *daño ambiental* donde el legislador ha introducido en forma expresa el criterio de relevancia, al exigir como condición de la reparabilidad que el daño sea significativo, atendiendo a su magnitud y duración<sup>51</sup> (*infra* § 55). Por eso, por ejemplo, quienes por años han disfrutado de la vista espontánea de cierto tipo de pájaros o de una vista privilegiada, no sufren un daño ambiental relevante si por hechos del hombre los pájaros dejan de llegar al jardín o si una urbanización autorizada les priva de la vista de la que antes disfrutaban.<sup>52</sup>

En materia de *relaciones de vecindad*, la calificación de las molestias como excesivas usualmente atiende a si los inconvenientes son anormales u ordinarios. Esta noción de *anormalidad* ha sido empleada desde antiguo para rechazar demandas de perjuicios por molestias consideradas admisibles,

<sup>48</sup> Chabas 2000 b N° 85.

<sup>49</sup> Von Bar 1996 II 5, con referencias a los derechos alemán, inglés, austríaco y escandinavo. Lo mismo puede decirse del derecho italiano, que restringe la reparación del daño moral a los casos previstos por la ley (Cód. ital, artículo 2059). En España, la reparación del daño moral parece no estar sujeta a limitaciones conceptuales definidas (Pantaleón en Paz-Ares *et al.* 1991 1992; L. Díez-Picazo 1999 307, citando a Pantaleón). Refiriéndose al derecho francés, Chabas 2000 b N° 89 ironiza sobre el daño moral por la muerte de un animal tratándolo como un 'daño por percusión', en tanto el animal es asimilado a un miembro de la familia.

<sup>50</sup> Así, por ejemplo, se ha fallado que no procede la indemnización de daño moral por daño a las cosas (Corte de Concepción, 3.4.2001, confirmada por la CS [cas. fondo], 27.3.2002, con referencia a que el daño moral es "el *pretium doloris* que afecta a la integridad espiritual de la persona", GJ 261, 80).

<sup>51</sup> Ley del medio ambiente, artículos 2 letra e y 11 letra e.

<sup>52</sup> En la materia parece haber coincidencia en el derecho comparado (Von Bar 1996 II 5).

atendiendo a su intensidad y duración (un ruido intenso, pero ocasional, no dará derecho a la reparación, pero sí uno permanente y lacernante), y al entorno donde ocurre (hay perturbaciones normales en un barrio industrial, olores habituales en zona rural, privaciones de sol ordinarias en zonas urbanas).<sup>53</sup>

La tesis de que sólo dan lugar a reparación las molestias anormales y excesivas de vecindad ha sido asumida por la doctrina<sup>54</sup> y por la jurisprudencia, especialmente conociendo de recursos de protección, dirigidos a hacer cesar en naturaleza la turbación (*infra* N° 582). En un fallo, que establece una doctrina que puede ser generalizada, la Corte Suprema ha argumentado que no cabe acoger un recurso de protección respecto de molestias que obedecen a "hechos que son consecuencia e inherentes de la propiedad y de la vecindad y que los copropietarios y comuneros generalmente deben soportar", porque resulta necesaria una "tolerancia recíproca que haga posible el desenvolvimiento racional de la vida y las actividades de todos los interesados".<sup>55</sup> Debe entenderse que el mismo principio resulta aplicable a las acciones indemnizatorias.

d) En definitiva, se puede comprobar que por vía jurisprudencial, doctrinaria y legislativa se ha ido configurando la idea que el principio de que todo daño debe ser reparado encuentra su límite en que el daño sea significativo o anormal.

146. Los intereses cautelados en la forma de garantías constitucionales. a) Aunque no todo daño resulte de la lesión de un derecho (como ocurre, por ejemplo, con la muerte de un hijo, sobre cuya vida no se tiene derecho alguno), el grupo de bienes más inequívocamente cautelado por la acción de responsabilidad civil se expresa en los derechos constitucionales. En particular, resultan relevantes en materia de responsabilidad civil los *derechos de la personalidad moral*, asociados a la idea de dignidad de la persona humana y que han sido articulados como garantías en la tradición del constitucionalismo.

El derecho civil no reconoció explícitamente los derechos de la personalidad como bienes jurídicos objeto de protección. Es característico que al momento de tratar la persona las obras generales, se limitaran, en esen-

<sup>53</sup> Para apreciar la *anormalidad* no se toma en consideración ni la sensibilidad particular de la víctima ni su eventual instalación anterior en la propiedad. Sobre la responsabilidad por molestias de vecindad en el derecho francés actual: Viney/Jourdain 1998 1063 y Le Tourneau/Cadiet 2002/03 N° 1295.

<sup>54</sup> R. Domínguez Á. 1990 128.

<sup>55</sup> CS, 4.5.1983, F. del M. 294, 162; Diez 1997 34 cita, además del fallo referido, Corte de Santiago, 5.10.1989, RDJ, t. LXXXVII, sec. 5ª, 18; Corte de Santiago, 29.4.1992, RDJ, t. LXXXIX, sec. 5ª, 178; Corte de Concepción 17.7.1990, F. del M. 882, 471; Corte de Santiago, 22.1.1991, F. del M. 389, 65; Corte de Temuco, 30.8.1993, F. del M. 418, 746; Corte de Arica, 7.5.1992, F. del M. 403, 811 (todas sentencias confirmadas por la Corte Suprema). Referencias a la doctrina jurisprudencial francesa, que sigue criterios análogos en la materia, en R. Domínguez Á. 1990 128 nota 14.

cia, a describir los atributos puramente funcionales de la personalidad (nombre, domicilio, estado civil).<sup>56</sup> Sin embargo, el principio de que los derechos de la personalidad moral *deben* ser tenidos por intereses legítimos impone que también sean debidamente reconocidos por el derecho civil. Además, en el derecho contemporáneo ese reconocimiento ha corrido a parejas con la progresiva extensión de la acción de responsabilidad civil hacia la protección de bienes puramente morales.

Conviene recordar que tradicionalmente el concepto de propiedad estaba asentado en la tradición del derecho romano, en una época que desconocía la noción moderna de derechos naturales de la personalidad moral. Por eso, el cambio más importante que ha impulsado el constitucionalismo ha sido el acento en la cautela de los derechos puramente morales de la personalidad (*infra* § 22). Aunque buena parte de estos bienes han sido resguardados por el derecho civil (vida, integridad corporal, honor, intimidad), la Constitución altera el estatuto protector al consagrar las garantías constitucionales, porque se trata de intereses que devienen en derechos que no pueden ser ignorados por el derecho civil.

b) Ante todo, están cauteladas la *vida* y la *integridad corporal* (artículo 19 N° 1), que han dado lugar en el derecho civil a la categoría del daño corporal, que presenta tanto aspectos patrimoniales como puramente morales (*infra* N° 149). En segundo lugar, el derecho civil protege la *libertad personal* (artículo 19 N° 7), tanto respecto de los actos ilegítimos e injustificados de apresamiento, como en lo que afecta la autodeterminación moral de la persona. En tercer lugar, las normas de responsabilidad civil cautelan la *intimidad* y la *privacidad* (artículo 19 N° 4), que pueden verse afectadas tanto por la irrupción en la intimidad ajena por medios físicos, o por la publicidad de hechos que la persona tiene derecho a que permanezcan en secreto, como por la apropiación de obras o de atributos de la personalidad (creaciones artísticas, científicas o literarias; nombre; imagen; voz); en circunstancias que esta materia es objeto de muy finas distinciones en el derecho actual, la materia será tratada por separado (*infra* § 44). En cuarto lugar, está cautelada la *honra* (artículo 19 N° 4), cuya lesión por actos difamatorios da lugar a responsabilidad bajo condiciones que también son objeto de un análisis especial en este libro (*infra* § 45). Finalmente, bajo ciertas circunstancias debidamente acreditadas, también puede dar lugar a responsabilidad civil la lesión a las *libertades de conciencia, de asociación, de expresión* y, en general, de toda garantía cuya lesión se traduzca en un menoscabo o detrimento a los intereses no patrimoniales del demandante. En circunstancias que la libertad de expresión puede entrar en conflicto con los derechos a la honra y a la privacidad, en materia de

<sup>56</sup> La doctrina jurídica más influyente no hacía referencia a los derechos de la personalidad, sino sólo a los atributos técnicos del nombre, estado civil y domicilio al tratar la persona (véanse, por ejemplo, Coviello 1938 164; Planiol/Ripert 1926 N° 143). En el derecho chileno, el primer texto de derecho civil que trata sistemáticamente los derechos de la personalidad parece ser Ducci 1980 151.

responsabilidad civil aquélla es relevante al momento de determinar en concreto el alcance de la protección de estos derechos (*infra* N° 373).

c) Los derechos constitucionales son intereses legítimos que están resguardados por el derecho civil. Por tratarse de bienes de la más alta jerarquía en el ordenamiento jurídico, debe entenderse, además, que se trata de intereses significativos, en la medida que están esencialmente comprometidos. Pero las condiciones de la reparación están dadas por el derecho de la responsabilidad civil.<sup>57</sup> En otras palabras, la dignificación constitucional de estos bienes los hace necesariamente objeto de cautela mediante el derecho de la responsabilidad civil, pero de ello no se sigue una alteración de la lógica interna de este ordenamiento.

La lesión de la honra, por ejemplo, es objeto de protección civil por los perjuicios morales y patrimoniales que de ella se sigan, pero siempre bajo las exigencias generales de que el hecho sea culpable y esté en relación causal con el daño sufrido por el demandado. Por otra parte, aunque la dignificación constitucional de la honra exija que sea protegida como bien jurídico en sede civil, de ello no se sigue que esa protección no deba consistir en otros bienes jurídicos concurrentes (como la libertad de expresión), ni permite obtener conclusiones acerca del *quantum* indemnizatorio.

En otras palabras, las preguntas decisivas del juicio de responsabilidad civil quedan entregadas a la lógica del derecho civil, aunque se trate de bienes que tienen jerarquía constitucional. Por eso, debe mirarse con reserva la pretensión que de ese juego recíproco entre las garantías constitucionales y el derecho de la responsabilidad civil se siga una especie de 'constitucionalización' del derecho civil (*infra* § 22).

### c. Tipos de daños

147. **Daño patrimonial y daño moral.** a) En circunstancias que en el derecho chileno se acepta que todo tipo de daño resulta reparable, basta que el hecho del tercero haya producido una alteración negativa en cualquiera de los intereses legítimos y relevantes (bienes jurídicos) de otra persona para que haya un daño susceptible de ser indemnizado o reparado en naturaleza. Proporcional a la extensión de los intereses cautelados es la necesidad de introducir distinciones a efectos de definir las formas que asume su reparación.

La más amplia clasificación del daño atiende a la *naturaleza del interés* que ha sido lesionado. El concepto de daño se ha bifurcado en el derecho moderno en daños patrimoniales y daños no patrimoniales o morales.<sup>58</sup>

<sup>57</sup> La jurisprudencia chilena en materia de acción de protección ha mostrado que ésta puede ser una acción eficaz para resolver casos en que se requiere resolver con urgencia turbaciones a intereses de distinta significación, que, en algunos casos, difícilmente pueden ser tipificados como derechos constitucionales (Jana/Marín 1996 *passim*; *infra* N° 652).

<sup>58</sup> Sobre la bipolaridad entre el daño patrimonial y el extrapatrimonial en los derechos hispanoamericanos, Díez 2006 344.

b) Son *daños patrimoniales* aquellos que afectan bienes que tienen un significado económico, que se expresa en un valor de cambio. Es daño patrimonial el que se traduce en una disminución del activo (en razón de la destrucción o deterioro de una cosa, de gastos en que la víctima debe incurrir, o por cualquiera otra pérdida patrimonial), o porque el hecho del responsable ha impedido que el activo se incremente (como ocurre con la paralización de una actividad empresarial o con la incapacidad laboral). La disminución del activo da lugar a un *daño emergente*, y la imposibilidad de que se incremente, a un *lucro cesante* (*infra* N° 165).

c) Más impreciso es el concepto de *daños no patrimoniales*, que el uso ha subsumido bajo la denominación común de *daño moral*. Lo cierto es que el término 'daño moral' tiende a oscurecer la pregunta por el tipo de daños a que se hace referencia. En efecto, la idea de un daño 'moral' alude correctamente a la lesión de bienes como el honor y la privacidad, pero sólo imperfectamente expresa otros daños no patrimoniales, como, por ejemplo, el dolor físico, la angustia psicológica o la pérdida de oportunidades para disfrutar de una buena vida (*infra* N° 192).

Tradicionalmente, la doctrina ha concebido el daño moral en términos amplios, de un modo que comprende todos los intereses no patrimoniales que puedan verse afectados por el hecho de un tercero. Así, Alessandri, siguiendo a los hermanos Mazeaud, lo definía como "el dolor, pesar o molestia que sufre una persona en su sensibilidad física o en sus sentimientos, creencias o afectos".<sup>59</sup> La jurisprudencia ha reiterado estas ideas en diversas formulaciones que expresan la amplitud de su protección.<sup>60</sup>

<sup>59</sup> Alessandri 1943 220; en análogos términos, Meza 1988 249, Corral 2003 149. P. Rodríguez 1999, influido aparentemente por la doctrina italiana, a través de la literatura jurídica argentina, asume que el daño moral debe ser primeramente constituido en una etapa de antijuridicidad del daño, que está determinada por "la lesión de un derecho subjetivo, cualquiera que sea su naturaleza" (ídem 307); producida la lesión a un derecho subjetivo, que es condición de la responsabilidad, los perjuicios reparables se extienden a "la lesión de un interés extrapatrimonial, personalísimo, que forma parte de la integridad espiritual de una persona, y que se produce por efecto de la infracción o desconocimiento de un derecho cuando el acto infraccional se expande a la esfera interna de la víctima o de las personas ligadas a ella" (ídem 308). La distinción no se justifica en nuestro sistema de responsabilidad, que, a diferencia del alemán y del italiano (BGB, § 823; Cód. ital, artículos 2043 y 2059), no está construido sobre la base de la distinción entre un daño injusto, que exige la lesión de un derecho subjetivo como condición de la responsabilidad, y los perjuicios que se derivan de ese daño, que son el objeto de la reparación (*supra* N° 51).

<sup>60</sup> Así, la Corte Suprema ha señalado que "debe entenderse que el *daño moral* existe cuando se ocasiona a alguien un mal, un perjuicio o una aflicción en lo relativo a sus facultades espirituales, vale decir, cuando se ocasiona a una persona un dolor o aflicción en sus sentimientos" (CS, 10.8.1971, RDJ), t. LXVIII, sec. 4°, 168; más recientemente se ha referido al "sufrimiento, dolor, molestia que el hecho ilícito ocasiona en la sensibilidad física o en los sentimientos o afectos de una persona" (CS, 7.1.2003, GJ 271, 96). En otros fallos recientes se ha asociado el daño moral al "dolor y agobio" que produce la muerte del cónyuge e hijo (Corte de Concepción, 23.8.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 4°, 199); al "dolor y aflicción" que produjo la injusta detención por supuesto hurto en un establecimiento de

De conformidad con este concepto genérico de daño moral, toda molestia debida a la conducta negligente de otra persona (o a su mera conducta, si se trata de responsabilidad estricta) puede dar lugar a responsabilidad, con la sola reserva de que la lesión sea relevante e ilegítima, esto es, que el daño sea significativo o anormal y, a la vez, afecte un bien digno de protección por el derecho.

En el fondo, la idea de un daño 'moral' sólo tiene suficiente generalidad si el concepto es definido por oposición al de perjuicio económico o patrimonial. Por eso, la definición más precisa del daño moral parece ser la negativa: se trata de bienes que tienen en común el carecer de significación patrimonial (daño extrapatrimonial o no patrimonial).<sup>61</sup> Esta misma generalidad del concepto de daño moral obliga a la jurisprudencia a precisar los límites del perjuicio indemnizable. Esta tarea debe ser íntegramente abordada por la jurisprudencia, porque mal podía dar el Código Civil reglas que limiten y orienten en la valoración de un daño que el codificador no tenía por indemnizable (*infra* N° 193).

**148. Diferencias esenciales entre el daño patrimonial y el moral.** a) La clasificación del daño en patrimonial y moral es relativamente reciente, porque la codificación civil atendió sólo al primero. En verdad, la única referencia que el Código Civil hace a los daños morales es para excluir su reparación (artículo 2331). En el último siglo se generalizó la idea de que entre los intereses relevantes estaban incluidos los no patrimoniales, hasta llegar al estado actual en que su reconocimiento no es disputado (*infra* N° 193).

b) La diferencia esencial entre ambos daños está dada por su *relación con el dinero*. En circunstancias que la indemnización se paga en dinero, la cuestión resulta decisiva.

comercio (Corte de Valdivia, 30.3.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 5ª, 105); al "sufimiento y angustia" que produce el uso por terceros de una creación intelectual (CS, 2.11.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 1ª, 212); al "menoscabo en los atributos o facultades morales" que producen las punaladas propinadas a propósito de un robo con violencia (Corte de Valparaíso, 15.5.2001, confirmada por CS [cas. fondo], 9.10.2001, GJ 256, 144); y al "sufimiento o afectación psicológica que lesiona el espíritu, al herir sentimientos de afecto y familia", que produce la muerte del cónyuge y padre (Corte de Antofagasta, 13.12.2002, GJ 270, 183). Entre los numerosos fallos recientes pueden verse: Corte de Coyhaique, 9.5.1997, confirmada por CS [cas. fondo], 28.5.1998, RDJ, t. XCV, sec. 1ª, 57; Corte de Concepción, 13.7.1998, GJ 219, 168; Corte de Santiago, 28.10.1999, GJ 232, 195; Corte de Concepción, 7.8.2000, confirmada por CS [cas. fondo], 29.11.2000, GJ 245, 133, publicada también en F. del M. 504, 4202; Corte de Santiago, 5.10.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 2ª, 79; Corte de Concepción, 3.4.2001, GJ 261, 80; Corte de San Miguel, 23.5.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 3ª, 103; Corte de Santiago, 2.7.2002, GJ 265, 85; Corte de Santiago, 9.7.2002, GJ 275, 227; Corte de Concepción, 28.8.2002, GJ 286, 210; Corte de Santiago, 31.12.2002, confirmada por la CS [cas. fondo], 30.4.2003, GJ 274, 212 (215); CS, 3.4.2003, F. del M. 509, 387; Corte de Santiago, 30.5.2003, GJ 275, 97; y Corte de Concepción, 19.8.2003, confirmada por la CS [cas. fondo], 24.12.2003, GJ 282, 61.

<sup>61</sup> Mazeaud/Chabas 1998 422, C. Domínguez 2000 79.

Los daños patrimoniales tienen la ventaja de ser evaluables en dinero de acuerdo a criterios económicos que garantizan una cierta equivalencia entre el daño sufrido y su reparación. Por su naturaleza, tienen un valor de mercado: se trata de ventajas económicas que no se van a obtener, que constituyen un lucro cesante, o de gastos o pérdidas de valor de bienes, que dan lugar a un daño emergente. Lo común es que pueden ser valorados en dinero porque se refieren a bienes comerciales.<sup>62</sup> De ello se sigue que la indemnización pueda ser entendida como *reparatoria*, porque su objeto es poner a la víctima en una condición tan cercana como resulte posible a la situación que gozaba con anterioridad al hecho del demandado.

Los daños morales, por el contrario, son incommensurables en dinero, porque no existe un mercado para la vida, la salud o el honor, ni es legítimo poner a una persona en la situación de poner precio a esos bienes. Sin embargo, se ha impuesto la idea de que esta incommensurabilidad no debe impedir su compensación, porque desde el punto de vista de la justicia correctiva y de la prevención, es preferible una indemnización basada principalmente en criterios imprecisos de valoración, que dejar los daños no patrimoniales sin reparación (*supra* N° 142). Por otra parte, si bien no es posible poner precio a estos bienes, sí es posible comparar sus intensidades relativas, de modo que se pueden jerarquizar los diversos tipos de daño moral; así, por ejemplo, no son iguales los efectos de la invalidez permanente y de la temporalidad, el daño moral no puede ser objeto propiamente de reparación, de modo que la indemnización tiene una función *compensatoria* por los males que la víctima ha sufrido y por los bienes de que se ha visto privada.

**149. Daño corporal.** a) El daño corporal expresa la protección de los importantes bienes de la vida humana y de la integridad física y psíquica de la persona (Constitución, artículo 19 N° 1).<sup>64</sup> En verdad, el daño corporal

<sup>62</sup> Lange 1990 252, quien agrega que lo relevante es que el bien haya sido introducido de un modo general en el tráfico económico y jurídico. Así, por ejemplo, un viaje que no se puede realizar es un bien económico, cuyo valor está dado por su costo, por el contrario, que la víctima no haya podido disfrutar de sus vacaciones es un daño no patrimonial. La diferencia es relevante a efectos de la valoración del daño, en la medida que los criterios de evaluación son diferentes tratándose del daño patrimonial y del moral.

<sup>63</sup> Sobre la determinación y valoración del daño moral, *infra* § 24 d.

<sup>64</sup> Desde el punto de vista técnico-jurídico, están incluidos bajo este concepto los daños físicos propiamente tales y los daños psiquiátricos, que provienen de patologías clínicas. El elemento patológico diferencia el daño psiquiátrico del daño moral, que se traduce en dolor o aflicción. En algunas jurisdicciones, tradicionalmente relictas a la reparación del daño puramente moral, el *shock* nervioso y el daño psiquiátrico establecen el límite a los perjuicios indemnizables, porque sólo resultan reparables las consecuencias del daño biológico o a la salud; es, por ejemplo, el caso del derecho alemán y del italiano (Chian/Trabucchi 1992 artículo 2059 II, BCB, § 253 II). Sobre el daño psiquiátrico y el *shock* nervioso, *infra* Nos 266 y 267.

es la categoría de perjuicios que genera los casos más importantes de responsabilidad civil: ante todo, atendida la entidad de la vida y la integridad corporal en el orden de los bienes jurídicos; además, porque es precisamente en el ámbito de los accidentes personales donde se han expandido exponencialmente las fuentes de riesgos en la sociedad contemporánea.

b) El daño corporal tiende a transformarse en una categoría separada de daño en el derecho moderno, atendidos los particulares efectos que produce en el terreno patrimonial y extrapatrimonial.<sup>65</sup>

Del daño corporal se siguen consecuencias patrimoniales de dos tipos diferentes. Ante todo, los gastos necesarios para el tratamiento médico y el cuidado de la víctima y las demás expensas que típicamente constituyen daño emergente. Además, se siguen ciertos efectos, a menudo delicados desde el punto de vista de su apreciación, que se expresan en el lucro cesante por las sumas que la víctima deja de ganar por la supresión o la disminución de su capacidad para generar ingresos.<sup>66</sup>

Los perjuicios no patrimoniales resultantes del daño corporal también presentan peculiaridades. La víctima está expuesta, por un lado, a dolor físico y a aficciones puramente mentales y, por otro, a la privación de agrados de la vida. La indemnización respecto del primer conjunto de perjuicios compensa el dolor o aflicción (*pretium doloris*); en el segundo, compensa las oportunidades de una buena vida (que genéricamente pueden ser denominadas *perjuicio de agrado*).<sup>67</sup>

c) Por otra parte, aunque los efectos del daño corporal son ante todo las lesiones o la muerte de la víctima directa, los perjuicios se pueden extender de la víctima a terceros que sufren perjuicios materiales o morales a consecuencia de la muerte o incapacidad de aquélla; con ciertas restricciones, el derecho civil también reconoce una acción por daño a los terceros que se ven patrimonial o moralmente afectados por las lesiones sufridas por otra persona. El daño patrimonial y moral que sufren los terceros a consecuencia de la muerte o lesiones de otro es denominado por la doctrina *daño reflejo o por repercusión* (*infra* § 25).

**150. Daños mediatos e inmediatos; daños directos e indirectos.** a) El hecho del demandado da lugar a responsabilidad en la medida que cause un daño (la privación de un bien, la destrucción de una cosa que no le pertenece, una lesión corporal). De ese *daño inmediato*, sin embargo, usualmente se derivan otros *daños mediatos* (de la invasión a la privacidad se sigue la lesión al pudor o la pérdida de un secreto que tiene valor económico; de las lesiones corporales se siguen los costos médicos y la pérdida de ingresos durante la incapacidad para trabajar).

Por otra parte, esas consecuencias dañinas pueden ser de naturaleza diferente al daño inicial. Así, la lesión de un bien ideal, como la honra, suele traer

<sup>65</sup> Justificando su autonomía como categoría de daño, Vicente 1994 392.

<sup>66</sup> Las preguntas específicas que plantean los efectos patrimoniales del daño corporal serán especialmente tratadas *infra* § 23 f.

<sup>67</sup> Los efectos extrapatrimoniales del daño corporal serán analizados en *infra* § 24 e.

como consecuencia daños no patrimoniales (pérdida de consideración social) y patrimoniales (pérdida de ingresos). En otras palabras, de la naturaleza patrimonial o extrapatrimonial del daño inmediato no se sigue necesariamente que los perjuicios mediatos sean del mismo tipo: la lesión inmediata de un bien puramente ideal, como la honra, puede tener consecuencias dañinas patrimoniales (en los ingresos futuros del difamado) y extrapatrimoniales (en la apreciación que los demás hacen de su vida de relación).<sup>68</sup>

b) Es conveniente tener presente esta distinción entre daños inmediatos y mediatos a efectos de percibir la doble función del daño como fundamento y como objeto de la responsabilidad: el daño inicial es la *causación* del juicio de responsabilidad; ese mismo daño inicial, sumado a los daños que de él se siguen, son los *perjuicios indemnizables*. Aunque nuestro sistema jurídico no reconoce la distinción entre ambas caras del daño, es necesario atender a la diferente naturaleza de las preguntas para evitar las confusiones que luego se producen al momento de evaluarlo.

c) La diferencia entre el daño inmediato y el mediatos también se relaciona con una de las cuestiones más importantes del derecho de la responsabilidad civil, como es la distinción entre daños *directos e indirectos*. En la medida que un daño es mediatos, en su producción intervienen usualmente otras causas; además del hecho del demandado. Por lo general, la circunstancia de que intervengan otras causas no impide atribuir responsabilidad a quien con su hecho negligente ha intervenido causalmente en su generación. Sin embargo, el derecho debe poner un límite a los daños mediatos por los cuales se responde, porque llega un momento en que deja de ser razonable considerar que una remota consecuencia dañina puede ser imputada al hecho culpable inicial del demandado. Esta idea se expresa en el requisito, tratado a propósito de la causalidad, de que el daño sea *directo* en relación con ese hecho (*infra* § 30), porque, de acuerdo con la norma del artículo 1558, la responsabilidad alcanza sólo a los daños que se siguen directamente del hecho del demandado.

**151. Daños previsibles e imprevisibles.** a) La previsibilidad es un importante criterio para limitar el alcance de los daños indemnizables: según el artículo 1558, "si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron prevenirse al tiempo del contrato".

La doctrina ha señalado que la regla sólo se aplica en sede *contractual*, a diferencia de lo que ocurre con el daño directo (al que se hace referencia en la misma disposición). Se entiende que cuando las partes celebran un contrato, cada cual asume un ámbito determinado de riesgo, que está incluido en el valor recíproco de las prestaciones; por eso, extender la indemnización a los perjuicios imprevisibles resultaría desproporcionado con los beneficios que el deudor obtiene del contrato.<sup>69</sup> Por el contrario,

<sup>68</sup> Sobre la distinción entre la lesión y sus consecuencias dañinas, Cadet 1997 63.

<sup>69</sup> Alessandri 1943 49; antecedentes doctrinarios de la regla en Pothier 1761 N° 160; en la tradición del *common law*, el análisis de Fuller/Perdue 1936 78.

en materia *extracontractual* las obligaciones de las partes no han sido objeto de convención, de modo que se justificaría que la responsabilidad se extienda a los daños imprevisibles (esto es, a aquellos que el demandado no podía prever como consecuencia de su negligencia).

b) Aunque esta conclusión suele ser afirmada sin mayor discusión, lo cierto es que la previsibilidad del daño reaparece al tratar otros requisitos de la responsabilidad *extracontractual*. Así, la culpa atiende al cuidado debido, que es función de los riesgos previsibles que envuelve la acción emprendida o la omisión incurrida; de ello se sigue que la previsibilidad del daño inmediato es un elemento determinante del juicio acerca de la negligencia (*supra* N° 48). A su vez, la previsibilidad del daño mediano o consecuente suele aparecer también al momento de determinar cuáles de esos daños más remotos pueden ser calificados como directos y, en consecuencia, quedan cubiertos por la responsabilidad (*infra* N° 257).

#### § 21. PRINCIPIOS QUE RIGEN LA REPARACIÓN DE LOS DAÑOS

##### a. Principio relativo a la efectividad del daño: el daño debe ser cierto

**152. Certidumbre del daño.** a) La doctrina exige que el daño reparable sea *cierto*.<sup>70</sup> El requisito de certidumbre hace referencia a la materialidad del daño, a su realidad.<sup>71</sup> La certidumbre del daño sólo puede resultar de su prueba.<sup>72</sup>

b) El requisito de la certidumbre no suele presentar problemas tratándose de un daño *actual*, ya producido. En ese caso, la víctima alega que antes de la presentación de la demanda ha sufrido una pérdida (daño emergente), o que ha dejado de obtener un ingreso o una ganancia (lucro cesante). Más difícil es mostrar que es cierto el daño futuro, pues éste envuelve necesariamente una cierta contingencia (especialmente el lucro cesante). A ese respecto, el derecho da por satisfecha la exigencia de certidumbre si existe una probabilidad suficiente de que el daño se vaya a producir (*infra* N° 153).

c) Por otro lado, la certidumbre es una condición aplicable con mayor intensidad a los daños patrimoniales. El daño moral usualmente se infiere

<sup>70</sup> El requisito proviene de la doctrina francesa (Mazeaud/Chabas 1998 416, Carbonnier 2000 378, Viney/Jourdain 1998 66).

<sup>71</sup> Esta condición se infiere de diversas normas del Código Civil, en la medida que los artículos 1437, 2314, 2315, 2318, 2319 y 2325 a 2328 exigen un daño *infrido a la víctima* o *sufrido* por ésta, en lo cual concuerda la jurisprudencia (por ejemplo, CS, 16.10.1954, RD), t. II, sec. 1°, 488; Corte de Santiago, 30.5.2003, GJ 275, 97) y la generalidad de la doctrina (Alessandri 1943 213, Abeinuk 1993 200, P. Rodríguez 1999 265, Corral 2003 142, Ramos 2003 71, R. Domínguez A. 1990 147).

<sup>72</sup> Prueba que incumbe a la víctima (esto es, al demandante de los perjuicios), de acuerdo con el principio de que corresponde al acreedor probar los hechos en que se funda su pretensión crediticia (*infra* N°s 169, 170 y 214).

por medio de presunciones, e incluso la jurisprudencia dominante afirma que en los casos más típicos (daños corporales o daño reflejo por muerte de una persona muy cercana) su prueba no sería posible ni necesaria.<sup>73</sup> Aunque en este libro se discute la generalidad de esta afirmación, es evidente que la certeza del daño moral plantea problemas probatorios diferentes a los del daño patrimonial (*infra* N° 214).

**153. Certidumbre del daño futuro.** a) Al momento de dictarse sentencia el daño puede estar produciéndose y puede esperarse razonablemente que continúe en el futuro, como ocurre con la incapacidad que se sigue de la invalidez; o puede ocurrir que aun no se haya producido, pero sea posible que ocurra, como es el caso de la enfermedad que se sigue de una contaminación de efectos cancerígenos. A su vez, la probabilidad de que el daño se produzca puede ser cercana a la certeza o ser una mera hipótesis referida a un evento de relativa incertidumbre (como precisamente ocurre con el caso de los cancerígenos).

b) Si se trata de un daño futuro que con probabilidad cercana a la certeza va a ocurrir, la víctima no necesita esperar que se materialice y puede demandar su reparación anticipada, porque se trata de un daño suficientemente *cierto*.<sup>74</sup> Lo que ocurrirá en el futuro rara vez tiene una certidumbre matemática, por lo que el derecho se contenta con un grado de certeza razonable: se exige que el daño futuro sea la *prolongación natural de un estado actual de cosas*.<sup>75</sup> Esto ocurre frecuentemente con los gastos futuros que provoca un daño corporal (daño emergente por gastos de hospitalización o de renovación de una prótesis, por ejemplo); pero, sobre todo, sucede con el *lucro cesante*,<sup>76</sup> donde la pérdida de beneficios futuros se calcula proyectando, sobre la base de una probabilidad razonable, la situación que hubiere debido tener la víctima de no haber ocurrido el accidente (*infra* N° 170). Es el caso de los ingresos que la víctima no percibirá durante el tiempo en que no podrá ejercer la actividad lucrativa que desempeñaba al momento de sufrir las lesiones. Una razón de economía procesal justifica reparar desde luego estos daños futuros ciertos, evitando la sucesión de juicios en el tiempo.

<sup>73</sup> Así, por ejemplo, Corte de Valparaíso, 10.8.1998, F. del M. 478, 1795 y Corte de Antofagasta, 10.10.2002, GJ 268, 115. Particularmente expresiva de la tendencia jurisprudencial en materia de daño moral es la siguiente consideración: "es un hecho evidente, aceptado por la doctrina y la jurisprudencia, que las lesiones físicas y mentales de una persona producen un sufrimiento a ella misma y a los familiares más próximos que no requiere demostración" (Corte de San Miguel, 8.8.1989, RDJ, t. LXXXVI, sec. 4°, 73).

<sup>74</sup> Alessandri 1943 214, Mazeaud/Chabas 1998 416, Viney/Jourdain 1998 68.

<sup>75</sup> Esta es una antigua expresión, que continúa vigente, de la jurisprudencia francesa recogida en Alessandri 1943 214; véase también P. Rodríguez 1999 265.

<sup>76</sup> Alessandri 1943 215, con referencias jurisprudenciales; sobre el lucro cesante como expectativa de ganancia de conformidad con el curso normal de las cosas, R. Domínguez A. 1990 149, con referencia a Gatica 1959 107.

c) La reparación de daños futuros se hace a condición de que se trate de daños *inevitables*, porque, de lo contrario, corresponde que la víctima los prevenga de conformidad con la carga que ésta soporta, aun después del accidente, de no exponerse imprudentemente al daño (*infra* § 34 a).<sup>77</sup>

d) Finalmente, es posible que tratándose de daños futuros el tribunal defina las condiciones para que lleguen a ser indemnizados. Si a consecuencia de un accidente puede prevenirse como posible que se llegue a producir un daño corporal adicional al actualmente manifestado, nada debiera impedir que la incertidumbre relativa sea asumida por el fallo, de modo que la indemnización sea reconocida sólo para el evento que el daño llegue a producirse (como es la posibilidad de que el virus de inmunodeficiencia contraído por el hecho negligente de un laboratorio devenga efectivamente en SIDA).<sup>78</sup> De no actuarse de ese modo, cada vez que se reconociera una reparación por el daño futuro existiría la posibilidad de un nuevo juicio en el evento que el daño volviera a producirse o si el daño para el cual se reconoció la indemnización no se materializa.

**154. Ganancia probable y daño puramente eventual.** a) Al daño cierto usualmente le es opuesto el *daño eventual*, el meramente hipotético, que no es objeto de reparación.<sup>79</sup> Son eventuales, por ejemplo, los ingresos que la víctima habría recibido en el ejercicio de una carrera que recién comenzaba a estudiar cuando sobrevino el accidente; o el riesgo de que llegue a adquirir cáncer una persona que ha estado expuesta a contaminación. En esos casos, la reparación se rechaza, porque es excesivamente incierto lo que podría ocurrir en el futuro; o bien, porque no existe certeza razonable de que el daño se manifestará.

b) El umbral entre el daño futuro cierto y el eventual es puramente prudencial. Un juicio de probabilidad, más que de certeza, separa el lucro cesante reparable de, por ejemplo, los sueños de riqueza de la lechera que espera construir una fortuna con el producto que lleva al mercado (*infra* N° 170).

En verdad, pareciera que hay tres posibles hipótesis acerca de la ganancia futura. En un primer orden, el lucro cesante es de tan *elevada probabilidad* que puede tenerse por cierto; es el caso del ingreso de la víctima

<sup>77</sup> Carbonnier 2000 378.

<sup>78</sup> Es la práctica del derecho inglés (Burrows 1994 101). Un caso interesante de la flexibilidad que puede existir en la materia es la práctica francesa de decidir conjuntamente acerca de daños futuros ciertos y eventuales de la víctima portadora del VIH, con tagada en una transfusión sanguínea. Se reconocen dos indemnizaciones en un mismo fallo: una, que la víctima recibe inmediatamente, para reparar los perjuicios futuros ciertos derivados del solo hecho de portar el VIH (angustia por la inminencia de la enfermedad, perturbaciones de la vida personal); otra, que repara los perjuicios eventuales del sida ya declarado, cuyo pago se sujeta a la condición de que la enfermedad se manifieste. De este modo se evita el costo humano y económico de seguir un segundo juicio si el mal se declara. En esos casos, la indemnización queda sujeta a la condición de que el daño futuro efectivamente se produzca.

<sup>79</sup> Alessandri 1943 217, Mazeaud/Chabas 1998 416, Viney/Jourdain 1998 71.

que tiene un trabajo estable; de los intereses que produce el dinero; de la renta de una casa que se ha destruido; o de los ingresos básicos que se pueden esperar de un joven que aún no inicia la vida laboral y que sufre una incapacidad total y permanente. Un segundo grupo está conformado por casos en que hay una *probabilidad significativa* de que el ingreso se llegue a producir; en cuyo caso el daño que se espera es tenido por meramente probable y no debiera ser objeto de una reparación total; en su forma más típica, esta segunda hipótesis corresponde al caso del caballo que se lesiona antes de una carrera por un hecho imputable al hipódromo, cuyo dueño sufre un daño que es estadísticamente equivalente a una parte del premio de la carrera, calculada según la probabilidad que el caballo tenía de triunfar. Por último, están los casos de *probabilidad remota*, atendidas las circunstancias, en cuyo caso el daño es típicamente eventual y no da lugar a reparación.

El problema se presenta, ante todo, en la delimitación de los diversos grupos de casos: ¿cuándo la probabilidad es tan baja o remota que el daño debe ser tenido por meramente eventual?; ¿cuándo es tan alta que el daño debe ser tenido por cierto?<sup>80</sup> Estas preguntas muestran el zapato chino que plantea el requisito doctrinario de la certeza si se lo toma literalmente. Su función no es mecánica, sino la de establecer un *límite razonable* al daño reparable.

c) Por otro lado, es discutible que las únicas alternativas sean que el daño pueda ser cierto o eventual. Si así fuere, en el segundo grupo de casos el juez sólo tendría las opciones de declarar que la probabilidad es suficientemente alta como para estimar que la ganancia perdida es cierta, caso en el cual debe dar lugar al total de los daños; o bien, que la probabilidad de ganancia es baja o alcaforada, de modo que el daño debe tenerse por eventual y no hay lugar a reparación alguna.<sup>81</sup> Ocurre, sin embargo, que en esos casos el lucro cesante es precisamente función de una probabilidad de que esa ganancia se pudiere materializar; de modo que la alternativa de solución que mejor corresponde al dilema que surge entre la certeza y la eventualidad sería aplicar esa probabilidad al momento de determinar la indemnización. Como se verá, nada se opone desde un punto de vista técnico para que se adopte ese camino,<sup>82</sup> porque el perjuicio efectivo es función aritmética de la intensidad del daño que puede llegar a producirse y de la probabilidad de que efectivamente se produzca.

De la circunstancia que el grado de certeza requeriendo no pueda ser determinado con criterios puramente descriptivos, se sigue que la cuestión es normativa y debe entenderse sujeta a control jurídico por vía de casación.<sup>83</sup>

<sup>80</sup> *Infra* N° 246; una discusión de estas premisas en R. Domínguez Á. 1990 147.

<sup>81</sup> En el derecho alemán, como en el chileno, se adopta esta posición, que es criticada por alguna doctrina relevante (Deuschel/Ahrens 2002 197, Fleischer 1999 768).

<sup>82</sup> *Infra* N° 246.

<sup>83</sup> R. Domínguez Á. 1990 148, con referencia a jurisprudencia francesa que adopta este criterio, en contraste con la chilena, que parece asumir que toda pregunta relativa al daño es una cuestión de hecho.

**155. Pérdida de una oportunidad. Causalidad probable del daño.** También se presentan preguntas respecto de los límites entre certeza, probabilidad y mera eventualidad en dos importantes grupos de casos, en que el daño ya se ha producido, pero no se sabe con exactitud si es atribuible al hecho del demandado. Así ocurre si la culpa del demandado *aumentó el riesgo* de que se produjera el daño o *provocó la pérdida de una oportunidad* de impedir ese daño. Estas preguntas son discutidas en sede de causalidad (*infra* N° 246).<sup>84</sup> A diferencia del lucro cesante, no se trata de posibles ganancias, sino de cursos causales que *podrían* haber evitado el daño si el demandado no hubiese incurrido en culpa.

Conviene distinguir la pérdida de oportunidades del daño eventual. En el caso del daño eventual, la incertidumbre afecta a la materialización misma del daño; en la pérdida de oportunidades, se trata de daños ya ocurridos (la muerte o enfermedad de una persona, por ejemplo), pero que no pueden ser atribuidos causalmente con certeza al hecho del demandado, aunque sí con una conocida probabilidad. El enfermo que ha fallecido *habría tenido la oportunidad* de sobrevivir si hubiese recibido un diagnóstico oportuno (pérdida de una oportunidad de sanarse); o el mandante habría podido ganar el pleito, si el abogado no lo hubiese dejado abandonado.<sup>85</sup>

En otro grupo de casos, la persona ha enfermado de cáncer, pero es *probable* que estuviere sana si no hubiese estado expuesta a asbesto por negligencia del demandado. En otras palabras, el hecho negligente del demandado es factor de riesgo relevante, pero de eficacia causal incierta.

Tanto en los casos de pérdida de oportunidades como de aumento del riesgo, la pregunta relevante se refiere a la causa efectiva del daño. La tendencia generalizada del derecho civil es a hacerse cargo de la probabilidad de que el ilícito haya sido causa determinante del daño al momento de fijar la indemnización (*infra* N° 246).

b. *Principio relativo al titular de la pretensión: el daño debe ser personal*

**156. Interés personal, transmisibilidad y daño reflejo.** a) La exigencia de que el daño sea *personal* significa que sólo quien lo ha sufrido puede de-

<sup>84</sup> Una ligada percepción de esta dimensión causal del daño ya producido, pero que no es atribuible con certeza al hecho del demandado, en R. Domínguez Á. 1990 148.

<sup>85</sup> La jurisprudencia francesa utiliza frecuentemente (y de forma indubidua) la teoría de la pérdida de una oportunidad para ocultar sus incertidumbres acerca de la relación de causalidad. Críticos sobre esta calificación Chabas 2000 b N° 84 y Carbonnier 2000 378 y 388. Pronunciándose por la calificación de la pérdida de una oportunidad como un problema de causalidad, pero asumiendo (injustificadamente) que el mero aumento del riesgo hace asumir el total de la responsabilidad, Viney/Jourdain 1998 197; esta tesis confunde dos problemas diferentes de causalidad: la acción negligente como probable condición causal del daño y el aumento de riesgo como criterio para determinar si el daño es directo (*infra* §§ 298 y 30 c, respectivamente).

mandar su reparación. A diferencia de la responsabilidad penal, que concede acción pública para la persecución de ciertos delitos, aunque la víctima se abstenga de ejercer su propia acción; la responsabilidad civil sólo puede ser accionada por quien ha sufrido el daño, porque sólo a él pertenece la pretensión. La reparación civil no es una sanción que atienda a un fin represivo o disuasivo, sino a reparar el daño sufrido por el demandante (*supra* N° 142).

b) No constituyen excepción a esta regla la *transmisibilidad* de la pretensión a los herederos de la víctima, ni el *daño reflejo* o por repercusión.

Los *herederos de la víctima* actúan como causahabientes de la víctima fallecida, ejerciendo una acción de la que son sucesores. Se limitan a ejercer derechos patrimoniales transmisibles, que ya habían nacido en la víctima inmediata. Y como la representan en todos sus derechos y obligaciones transmisibles (artículo 1097 I), no ejercen un derecho ajeno, sino uno que les es propio en virtud de la transmisión hereditaria (*infra* N° 224). Aunque es propio en virtud de la transmisión hereditaria (*infra* N° 224). Aunque extiende tanto al daño patrimonial como al moral, esta última plantea serios problemas conceptuales y riesgos de doble indemnización, que serán tratados al analizar la titularidad de las acciones (*infra* N° 743).

Pero también nace un derecho originario y personal en el llamado *daño reflejo* o *por repercusión*. En este caso, el daño corporal o la muerte sufridos por la víctima inmediata se expande hacia un tercero, quien, a su vez, sufre un daño personal que tiene precisamente por antecedente ese daño corporal o muerte de la víctima directa. Un antiguo axioma del derecho es que la muerte no es un daño para quien la sufre (*infra* N° 742).<sup>86</sup>

<sup>86</sup> Alessandri 1943 468; C. Domínguez 2000 735, con referencias al derecho francés y español; un fallo arbitral de J. Achurra de 30.1.1998, confirmado por la Corte Suprema, se ha pronunciado en ese mismo sentido (Achurra 2005 III 193); un análisis razonado respecto de la intransmisibilidad del daño moral por muerte, en C. Pizarro en comentario a CS, 30.6.2004, rol N° 1.814-2004, Rev. Fuego 3, 2004, 161. En contra de esa idea, más bien enfatizada, P. Rodríguez 1999 366; también Bidart 1985 92; Elorriaga 1999 397 y, con matices, Corral 2003 320. La jurisprudencia asume que el daño invocado es el reflejo, personalmente sufrido por los actores; así, se ha fallado que "la producción del daño a una persona puede producir perjuicio de atención a quienes, por sus relaciones con aquella, sufren de su pérdida, de su dolor o de su estado (...); se trata aquí de un daño directo y personal" (Corte de Concepción, 19.8.2003, confirmada por la CS [cas. fondo], 24.12.2003, GJ 282, 61). El derecho comparado sigue la doctrina de que el daño por la muerte es el perjuicio personal de los que sobreviven: sobre la intransmisibilidad del daño por muerte en el derecho francés, Viney/Jourdain 2001 324; sobre la intransmisibilidad *tutae hereditatis* de una indemnización por la muerte del causante en el derecho español, Panzaleón 1991 639; en Alemania la muerte no se encuentra enumerada entre los daños morales reparables y la doctrina estima que se trataría de un daño sin sujeto, a diferencia del daño propio de los sobrevivientes (Deutsch/Ahrens 2002 223, Medicus 2002 313, MünchKomm/Mertens § 823 53); el *common law* no reconoce reparación por la muerte de una persona, en el derecho inglés sólo recientemente leyes especiales han reconocido a quienes dependían del fallecido acciones a título personal por el daño patrimonial (Burrows 1994 209, Fleming 1985 131); lo mismo vale para el derecho norteamericano (Abraham 2002 218).



pero sí puede serlo para personas que estaban ligadas patrimonial o afectivamente al difunto. Algo análogo puede ocurrir en caso de graves lesiones corporales de la víctima inmediata. En uno y otro caso, la acción de la víctima del daño reflejo es *personal*. El verdadero problema que presenta este tipo de daño es el de sus límites: ¿hasta dónde protege el derecho a las víctimas de daños reflejos? Esta es esencialmente una pregunta normativa, relativa a la extensión con que son atribuidas al hecho del demandado las consecuencias del mismo (*infra* § 25).

**157. Intereses difusos y colectivos.** a) La exigencia de que el daño sea personal limita la indemnización de *daños difusos*, esto es, de perjuicios que afectan indistintamente a un número indeterminado de personas. Es típicamente el caso de daños que afectan en pequeñas porciones a numerosas personas. Es usual en tales casos que cada porción de daño no dé lugar por separado a un daño lo suficiente significativo, no cumpliéndose con la exigencia del daño reparable. Por otro lado, aunque los afectados estén determinados y cada cual haya sufrido un daño que pueda ser tenido por significativo, usualmente no hay estímulos suficientes para hacerlos valer individualmente por separado, porque su baja intensidad no justifica los costos personales y económicos de emprender una acción. Es el caso, por ejemplo, de los miembros de una profesión que enfrentan una competencia desleal, de los vecinos que soportan un daño ambiental o de los usuarios de un servicio sanitario deficiente.

b) Dos tipos de correctivos se han ideado en el derecho para obtener reparación, en naturaleza o indemnizatoria, por estos daños que se repliecan en un número más o menos amplio de personas.

Un camino, que de preferencia se ha seguido en el derecho francés, consiste en calificar el perjuicio como un *daño colectivo*, cuya defensa puede ser asumida por personas jurídicas en representación corporativa de un interés que comparten sus asociados (por ejemplo, un colegio profesional, una asociación de consumidores, un organismo público funcional o regionalmente descentralizado). En principio, el derecho civil no autoriza que entes colectivos se subroguen en las acciones que pertenecen a sus titulares individuales, a menos que haya autorización legal o un mandato de quienes son personalmente titulares del derecho.<sup>87</sup> Un camino alternativo a las acciones de entidades corporativas que representan ciertos intereses consiste en facilitar los medios procesales para que muchas personas ejerzan en común una acción que pertenece a todos, como es el caso de las *acciones colecti-*

*vas (class actions)*, que tuvieron su origen en el derecho norteamericano, pero que luego han sido recogidas por legislaciones especiales.<sup>88</sup>

La diferencia entre los dos modelos es relevante. En el primero la ley autoriza a ciertas personas jurídicas para representar corporativamente intereses que pertenecen a muchas personas. En el segundo la ley procesal facilita los medios para que muchos actúen conjuntamente en protección de sus propios intereses. En circunstancias que las acciones colectivas (*class actions*) plantean cuestiones esencialmente procesales, que en nada afectan, desde el punto de vista sustantivo, el carácter individual de cada pretensión, serán objeto de una breve reseña en el capítulo de las acciones (*infra* N° 735). Nuestro sistema procesal, como ocurre en la generalidad de los sistemas jurídicos de la tradición del derecho civil, ha sido tradicionalmente reicente a las acciones colectivas; esta tendencia ha sido invertida en el último tiempo por leyes especiales, como se verá en el siguiente párrafo.

**158. Representación corporativa de intereses y acciones colectivas en el derecho chileno.** La *representación corporativa de intereses* de grupos de personas es de derecho estricto, esto es, sólo puede ejercerse si una norma legal así lo autoriza. En el derecho chileno son especialmente importantes en la materia la Ley de consumidores (Ley N° 19.496), la Ley de propiedad intelectual (Ley N° 17.336), la Ley de copropiedad inmobiliaria (Ley N° 19.537) y la Ley de quebras (Ley N° 18.175).<sup>89</sup> En los subpárrafos siguientes serán brevemente analizados, en lo pertinente, los estatutos referidos.

a) **Asociaciones de consumidores.** En materia de protección de consumidores la legislación presenta una importante evolución.<sup>90</sup> Las asociaciones de consumidores, constituidas con el solo fin de proteger, informar y educar a los consumidores, tienen también la potestad para "asumir la representación y defensa de los derechos de sus afiliados y de los consumidores que así lo soliciten" (artículo 5).

De este modo, las asociaciones pueden ejercer las acciones que representan el interés individual de los consumidores asociados a ellas o de aquellos que les otorguen un mandato en ese sentido; pero la ley extiende esa legitimidad activa a la representación del interés difuso o colectivo de los consumidores, aunque no haya mandato de personas específicas (artículo 8° letra e).<sup>91</sup>

<sup>88</sup> Un extenso análisis del derecho francés en Viney/Jourdain 1998: 95; una reseña y valoración crítica del régimen procesal norteamericano de las *class actions* en Fleming 1988: 240; sobre el derecho español en la materia, Reglero en Reglero 2002: a 145.

<sup>89</sup> En cierto sentido, la acción de protección es un eficiente instrumento caudelar de intereses difusos (*infra* N° 735 c). Una reseña de las acciones populares en el derecho chileno, incluidas las que se hacen valer ante la autoridad administrativa en Montenegro 2004: 304.

<sup>90</sup> La materia se encuentra regulada en la ley N° 19.496, modificada por la ley N° 19.955. Las referencias a artículos que en este subpárrafo se efectúan deben entenderse hechas a la Ley de consumidores.

<sup>91</sup> Se entienden de *interés colectivo* "las acciones que se promueven en defensa de derechos comunes a un conjunto determinado o determinable de consumidores, ligados a un proveedor por un vínculo contractual"; y son de *interés difuso* "las acciones que se interponen en defensa de un conjunto indeterminado de consumidores afectados en sus derechos" (artículo 50 V y VI).



Para el ejercicio de las acciones que persiguen un interés colectivo o difuso, la ley establece un procedimiento especial (artículos 51 y siguientes); asimismo, otorga un efecto *erga omnes* a la sentencia que establece la responsabilidad, de modo que todos quienes hayan sido perjudicados por los mismos hechos, calificados de ilícitos por el juez, puedan reclamar las indemnizaciones o el cumplimiento de las reparaciones que proceden, a cuyo efecto se ordena la publicación de la sentencia.

La protección de los consumidores pertenece típicamente a la doctrina del contrato, de modo que el objeto de las acciones civiles es anular las cláusulas abusivas, obtener la prestación de la obligación incumplida, hacer cesar el acto que afecte el ejercicio de los derechos de los consumidores, pero también obtener la debida indemnización de perjuicios o la reparación (en naturaleza) que corresponda (artículo 50 II). Las acciones indemnizatorias deben tener por antecedente un incumplimiento contractual, de modo que se exige acreditar el daño y el vínculo contractual que liga al infractor y a los consumidores afectados (artículo 50 VIII); sin embargo, muchos de los ilícitos establecidos por la ley son de naturaleza precontractual, como ocurre con la publicidad engañosa (artículo 20 letra c) o derechamente extracontractual, como es el caso de la acción directa contra el fabricante o importador del producto defectuoso (artículo 21). En consecuencia, debe entenderse que todo ilícito conexo a un contrato con consumidores queda cubierto por el estatuto protector de la ley.

Se comprueba que la Ley de consumidores ha introducido importantes alteraciones al sistema de derecho común en materia de acciones civiles; especialmente en cuanto autoriza la representación corporativa de intereses difusos y colectivos (con el efecto de hacer ejecutables intereses fraccionados que separadamente no justifican el ejercicio de una acción) y en cuanto declara el efecto *erga omnes* de las sentencias que condenan al proveedor (con el efecto de que incluso los consumidores que no forman parte de una asociación o hayan otorgado un mandato *ex ante*, pueden reclamar los perjuicios, acreditando su calidad de adquirentes, sin necesidad de discutir nuevamente el ilícito).

**b) Sociedades anónimas.** La Ley de sociedades anónimas ha introducido una acción de los accionistas minoritarios en contra de los directores y gerentes que hayan causado un perjuicio a la compañía a consecuencia de la infracción de la ley, de los estatutos sociales o de disposiciones administrativas. La acción es ejercida en nombre y beneficio de la sociedad por accionistas que representen a lo menos el 5% de las acciones emitidas o por cualesquiera directores de la sociedad (Ley de sociedades anónimas, artículo 133 bis). Es evidente que la norma no tiene por objeto proteger intereses difusos, sino los de la propia sociedad por negociaciones contrarias a los intereses de esta última efectuadas por sus administradores (*infra* N° 641).

**c) Propiedad intelectual.** Un régimen particularmente eficaz de representación de intereses colectivos, que sigue el principio del mandato voluntario, ha otorgado la legislación sobre *propiedad intelectual*, autorizando a 'entidades de gestión colectiva' para representar judicialmente a cualesquiera asociados, estableciendo formalidades mínimas para acreditar el po-

der pertinente (Ley de propiedad intelectual, artículos 91 y 102).<sup>92</sup> Este estatuto legal ha sido muy eficiente para cautelar derechos de autor frente al uso comercial no autorizado de grabaciones musicales, obras literarias, cinematográficas y otras obras protegidas por ese estatuto de propiedad.

**d) Representación de la masa de acreedores por el síndico.** Hay intereses que por razones de eficacia sólo pueden ser ejercidos conjuntamente, de modo que la ley establece potestades para que las decisiones afecten colectivamente a muchos. Así se explica que la ley establece una representación *ipso iure* de intereses colectivos en materias de quiebras y de copropiedad inmobiliaria. De acuerdo con la Ley de quiebras, el *síndico de la quiebra* ejerce las acciones que favorecen a los acreedores en virtud de la representación legal de un interés colectivo (Ley de quiebras, artículo 27 II N° 1).

**e) Copropiedad inmobiliaria.** En principio, y salvo que el reglamento de copropiedad establezca algo diferente, también tiene la representación legal de un interés colectivo el *administrador de un condominio*, en lo que concierne a la conservación y administración de los bienes comunes, lo que puede entenderse comprensivo de las acciones civiles que interesan a los copropietarios (Ley de copropiedad inmobiliaria, artículo 23).

**f) Daño ambiental.** La ley ha previsto una defensa de intereses colectivos en el régimen especial de *responsabilidad por daño ambiental* (*infra* § 55); pero, en este caso, la acción está limitada a la reparación en naturaleza y se reconoce exclusivamente a órganos públicos. Producido un daño ambiental, son titulares de la acción, además de las personas que personalmente hayan sufrido el daño, las municipalidades (por los hechos ocurridos en sus comunas) y el Estado (Ley del medio ambiente, artículo 54). De este modo, la ley ha evitado que la acción de defensa del medio ambiente quede entregada a asociaciones que persiguen la protección ambiental y la ha sometido a los órganos públicos que representan el interés general (*infra* N°s 580 y 585). En circunstancias que esta acción ambiental tiene como único fin reparar el medio ambiente dañado, la acción indemnizatoria del derecho común se reserva a la persona directamente perjudicada (artículo 53).

#### c. Principio relativo a la relación causal: el daño debe ser directo

**159. El requisito de que el daño sea directo como problema de causalidad.** El requisito de que el daño sea directo ha sido tradicionalmente tratado como una característica del daño indemnizable. En ello influye que el artículo 1558 se refiera al daño directo en una disposición dedicada a los

<sup>92</sup> En el caso de un juicio seguido contra una discoteca por el uso de fonogramas sin pago de derechos, incluso se ha fallado que la cautela de la propiedad intelectual por la Sociedad Chilena del Derecho de Autor está favorecida por una doble presunción de titularidad de la acción: ante todo, porque lo ordinario es que las obras no pertenezcan al patrimonio cultural y, además, porque es usual que estén incorporadas al conjunto de derechos que representa esa entidad (CS, 15.1.2001, C[ 247, 41).

daños reparables. Sin embargo, que el daño sea directo es una exigencia que típicamente pertenece a la *relación de causalidad* (*infra* § 30).<sup>93</sup>

El derecho exige que entre el hecho por el cual se responde y los daños cuya reparación se pretende exista una relación causal en un doble sentido: ante todo, el hecho del demandado debe ser causa necesaria, en su sentido natural, del daño que se alega; pero, además, entre el hecho y el daño debe haber una relación suficientemente cercana, como para que este pueda ser objetivamente imputado al hecho del demandado (*infra* N° 242).

Como se ha anticipado al tratar de los daños mediatos, bajo el concepto de *daño directa*, que nuestro Código Civil ha tomado del francés y más remotamente de Pothier, se hace referencia precisamente a la pregunta acerca de cuáles consecuencias de un hecho que genera responsabilidad deben ser incluidas en la reparación. La materia será tratada en detalle en el capítulo sobre la relación de causalidad (*infra* § 30).<sup>94</sup>

d. *Principio relativo a las acciones que puede ejercer la víctima del daño: acción en naturaleza y acción indemnizatoria*

**160. La víctima dispone de acciones en naturaleza e indemnizatoria.** a) Desde el punto de vista de las pretensiones que puede hacer valer el demandante, el concepto de daño presenta en el derecho civil dos caras diferentes. Ante todo, el daño se expresa concretamente en la cosa deteriorada o destruida o en el bien corporal o puramente moral que resulta afectado por el hecho del tercero. Pero también atiende al efecto patrimonial del hecho del demandado; o a la compensación económica equitativa, si se trata de perjuicios no patrimoniales.

Ambas caras del daño dan lugar a acciones diferentes. Desde la perspectiva del bien lesionado, el objeto de la pretensión es que sea restituido en naturaleza al estado anterior al hecho que genera la responsabilidad; en la segunda dimensión, se pretende que se indemnice el efecto patrimonial o se compense el perjuicio moral que se sigue del daño producido.

b) *La reparación en naturaleza* puede obtenerse en la forma de una *prestación directa del demandada*, que tiene por objeto restituir a la víctima a la situación anterior al daño, o de una *suma de dinero* que permita al actor incurrir en los gastos necesarios para efectuar por sí mismo la restitución. En casos de daños a las cosas o de daños corporales, lo usual es que la restitución no resulte de una actividad retributiva emprendida por el propio responsable, sino que asuma la forma de una indemnización en dine-

<sup>93</sup> Asumiendo esta calificación, CS, 14.4.1953, RDJ, t. L, sec. 4°, 40.

<sup>94</sup> En el derecho chileno no se discute la aplicación en materia extracontractual del requisito de que el daño sea directo (Alessandri 1943 232, Abelink 1993 208, Díez 1997 71, P. Rodríguez 1999 269, Corral 2003 143). Como en la doctrina nacional, en el derecho francés se sigue haciendo referencia al requisito de que el daño sea directo al tratar el daño, pero se acepta que la pregunta pertenece en verdad a la relación de causalidad (Carbonnier 2000 379, Mazeaud/Chabas 1998 416, Flour/Aubert 2003 172).

ro, calculada de modo que permita a la víctima la curación de su daño corporal o la reparación o sustitución de la cosa dañada o destruida.

En materia contractual no existe duda que el acreedor puede ejercer una acción de ejecución forzada de la obligación, a cuyo efecto el Código de Procedimiento Civil regula en detalle las acciones ejecutivas para obligaciones de dar (artículos 434 y siguientes) y de hacer y no hacer (artículos 530 y siguientes). Aunque en materia extracontractual no existe una regla expresa en la materia, se acepta que la víctima puede optar entre una restitución en naturaleza (en la medida que ello es posible) y una indemnización de los perjuicios sufridos.<sup>95</sup> En circunstancias que, según los casos, la restitución en naturaleza se logra mediante una cosa que el deudor debe dar, hacer o no hacer, la condena se puede hacer efectiva de acuerdo con las reglas aplicables a la ejecución de esos tipos de obligaciones, según corresponda (*infra* N° 661).

c) Si la restitución en naturaleza es imposible o si el demandante opta por obtener una reparación de su pérdida patrimonial neta, la indemnización se calcula en consideración al *daño puramente patrimonial* (*infra* N° 188). Así ocurre, por ejemplo, cuando se ha usado indebidamente la propiedad intelectual o industrial, o cuando se han realizado actos de competencia desleal. En estos casos, ya que no será posible restituir la situación al estado de cosas anterior, la indemnización se determina comparando los valores patrimoniales que tiene efectivamente la víctima luego del hecho del demandado con los que habría tenido si ese hecho no hubiese ocurrido.

En ciertas ocasiones, aunque el daño sea restituido en naturaleza (por ejemplo, que el auto chocado sea reparado), habrá perjuicios patrimoniales adicionales, que deben ser igualmente indemnizados (disminución del valor comercial del auto luego de la reparación; valor de uso del auto mientras estuvo en reparaciones). Al tratar de los distintos tipos de daños, así como al analizar las acciones que puede interponer la víctima del daño, se hará una referencia más detallada a la acción de reparación en naturaleza (*infra* § 57).

d) Además de la restitución en naturaleza y la indemnización compensatoria de los perjuicios patrimoniales o morales, la acción también puede tener por objeto la *restitución de un enriquecimiento injusto* que se ha seguido del hecho ilícito que genera la responsabilidad: la pretensión no tiene por objeto que se repare un daño sufrido por el demandante, sino que se restituya una ganancia ilegítima que ha hecho suya el demandado a consecuencia de su hecho ilícito. Así ocurre, por ejemplo, si alguien usa para sí un bien ajeno sin autorización del propietario y sin que medie daño al demandante (*infra* § 60).

<sup>95</sup> De esa opinión es Alessandri 1943 533 (denominándola 'reparación en especie'); en el mismo sentido, P. Rodríguez 1999 344 y Corral 2003 336. Así se ha reconocido también en el derecho francés, donde la situación legal es análoga al derecho chileno, reservándose al juez facultades para apreciar la manera como la reparación en naturaleza debe ser reconocida a efectos de satisfacer el interés primario del demandante (Vinay/Jourdain 2001 54, Flour/Aubert 2003 371).

## § 22. EXCURSO: ¿CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO?

**161. Planteamiento.** a) Como se ha visto, las garantías constitucionales fueron tradicionalmente ajenas al sistema doctrinal del derecho privado. Ninguna referencia sustancial se acostumbraba hacer a ellas en las obras de derecho civil. Sin embargo, la mayoría de esas garantías adquirieron tempranamente la forma de intereses protegidos bajo el amplio concepto de daño del derecho civil. La diferencia relevante es que ahora aparecen a la conciencia jurídica contemporánea en la forma de un orden de bienes y valores que se concreta en el derecho privado por los medios de que éste dispone.<sup>96</sup> De este modo, las garantías constitucionales no sólo son derechos que deben ser juzgados aisladamente, sino que expresan valoraciones generales del sistema jurídico (*supra* N° 146).

Sin embargo, conviene mirar con reservas la afirmación de que existiría un proceso histórico de *constitucionalización del derecho privado*. Ante todo, desde un punto de vista sustantivo, de la Constitución sólo excepcionalmente se inferen efectos normativos en el derecho de la responsabilidad civil, como se aprecia en la evidencia empírica de la jurisprudencia civil chilena y comparada. Enseguida, porque, como se ha visto, los bienes que cautelan las garantías constitucionales son, en todo caso, intereses jurídicos legítimos y relevantes de acuerdo con el concepto civil de daño (*supra* N°s 144 y 145). En tercer lugar, no es la constitucionalización del derecho privado el factor determinante de la expansión de la responsabilidad, sino la propia evolución del derecho civil, especialmente en materia de reparación del daño moral; la consecuencia ha sido que los bienes de la personalidad han sido cautelados con acciones civiles de responsabilidad, sin necesidad de que ello resultara de una imposición constitucional.

Por otro lado, conviene tener presente que la llamada constitucionalización del derecho privado más bien reside en que la Constitución ha introducido una acción general de amparo de garantías constitucionales, que los jueces de manera prudencial han extendido a relaciones de derecho privado, principalmente con fines de garantizar la oportuna aplicación del derecho.<sup>97</sup>

b) Las normas constitucionales actúan en el derecho civil sobre la base de dos principios concurrentes. Ante todo, la Constitución al consagrar derechos también define bienes jurídicos, de lo que se sigue un efecto reflejo en el derecho privado: los derechos que reconoce la Constitución son necesariamente bienes o intereses legítimos en sede de responsabilidad civil.<sup>98</sup> De ello se sigue, además, la exigencia de que los jueces, al

<sup>96</sup> BVerfG 7 198 (1958).

<sup>97</sup> Barros 1996 335, Jana/Marín 1996 *passim*.

<sup>98</sup> Un excelente análisis de los derechos fundamentales en esta dimensión en Jana 2003 53 y Jana/Tapia 2004 N° 8. Un análisis comparado de la manera como las garantías constitucionales son relevantes a efecto de dar por constituidos ilícitos civiles, en Von Bar 1996 I 546.

discernir los elementos de la responsabilidad civil, interpreten el derecho privado de una manera que se haga cargo de la protección de los bienes y derechos comprometidos.<sup>99</sup>

c) Aun dentro de este ámbito limitado de eficacia, queda abierta la pregunta de si el destinatario del mandato constitucional es el legislador o el juez civil. En general, los civilistas más reflexivos temen que el derecho privado pierda su forma, adquirida por la acumulación de experiencia y de razón, a consecuencia de la aplicación judicial directa de normas constitucionales, cuyas condiciones concretas de aplicación permanecen indeterminadas; por lo mismo, asumen que la tarea de concreción del programa constitucional en normas de derecho privado pertenece esencialmente al legislador.<sup>100</sup> No corresponde a los jueces civiles, de conformidad con esta doctrina, aplicar directamente las normas constitucionales a la resolución de conflictos de derecho privado. Por eso, sólo existe acuerdo en el *efecto indirecto de la Constitución*, en cuya virtud los institutos de derecho privado deben ser comprendidos en una dirección coincidente con los derechos y bienes que la Constitución consagra.<sup>101</sup>

**162. Influencia de la Constitución en el desarrollo del derecho de la responsabilidad.** En verdad, la llamada 'constitucionalización del derecho privado' alude en la discusión doctrinal chilena usualmente a tres cuestiones diversas.

a) Ante todo, como se ha dicho, se hace referencia a la expansión que tuvo el *recurso de protección en materias civiles* en la década de 1980 (cuando los estados de excepción constitucional habían dejado inoperante *ab initio*

<sup>99</sup> La libertad de expresión es un caso típico en que una garantía constitucional puede actuar en el derecho civil determinando el grado de culpa por el cual se responde en atención al valor social que el derecho reconoce a la conducta (*supra* N° 61). En el derecho comparado, las garantías constitucionales han sido también invocadas para establecer un límite a la imposición de responsabilidad civil, si de ello se sigue para el responsable una restricción excesiva del derecho a desplegar libremente la personalidad (*infra* N° 373).

<sup>100</sup> La discusión ha sido particularmente ardua en Alemania, en especial por la importancia político-jurídica que ha asumido el Tribunal Constitucional. Aun así, su influencia en el derecho civil ha sido restringida, en parte por razones formales (porque el BGB es derecho anterior a la Constitución), pero también en razón del cuidado que supone interferir un ordenamiento que tiene su propia lógica interna y que ha mostrado suficiente capacidad de adaptación y unidad. Un desarrollo de la idea de dejar un espacio para la aplicación judicial de la Constitución en los límites del derecho privado, mediante los principios de la 'prohibición de exceso' (que impediría que el derecho civil imponga cargas excesivas a las garantías constitucionales) y de la 'prohibición de subprotección' (que impediría omitir protección civil donde ésta es necesaria para la realización de alguna garantía), en Canaris 1999 37 y 74; decididamente críticos sobre esa pretendida expansión de la Constitución al ámbito del derecho privado, Medicus 1997 35 y Diederichsen 1998 257.

<sup>101</sup> El efecto indirecto de la Constitución ha sido reconocido por la jurisprudencia de la Corte Suprema, que se niega a acoger recursos de casación en el fondo por infracción de normas constitucionales, en la medida que éstas se limitan a consagrar principios o garantías de orden genérico, que tienen el correspondiente desarrollo en disposiciones legales (CS, 7.7.2005, Rol N° 4.261-2004).



la acción constitucional de amparo en su núcleo más esencial, dirigido contra actos abusivos de la Administración del Estado). Sin embargo, no debe valorarse en exceso el efecto sustantivo que esta acción ha tenido en la evolución del derecho civil.<sup>102</sup> El efecto, más importante ha sido expandir las acciones que requieren de un pronunciamiento urgente en materias civiles. En analogía con la concesión de alimentos provisionales en el juicio de alimentos (artículo 327), la acción de protección ha devenido en un camino legal eficaz para lograr que se reconozca un derecho cuya urgencia no puede esperar la conclusión de un juicio ordinario (como cuando se rechaza el financiamiento de servicios médicos, a los cuales el recurrente tiene *prima facie* un derecho indubitado), o cuando se altera unilateralmente una situación de hecho (como ocurre cuando un arrendador impide la entrada del arrendatario al inmueble arrendado, sin seguir el juicio de desahucio). Se trata de acciones que sustantivamente son civiles, pero que exigen, aun a costa de ciertas impropiedades conceptuales, invocar la Constitución por razones de admisibilidad de la acción cautelar, en atención al catálogo definido de derechos amparados con la acción de protección (Constitución, artículo 20).<sup>103</sup>

b) Además, la Constitución reconoce en un nivel jerárquico superior los bienes jurídicos que deben inspirar el desarrollo jurisprudencial del derecho civil, lo que se ha mostrado especialmente fértil en materia de derechos de la personalidad (*infra* N°s 209 y 373). En forma excepcional, la Constitución chilena establece directamente algunas normas relativas a la responsabilidad por error judicial (artículo 19 N° 7 II letra j) y por actos de la Administración del Estado (artículo 38 II).<sup>104</sup> Sin embargo, la Constitución, atendida su generalidad,

<sup>102</sup> Véase, por ejemplo, la recopilación jurisprudencial de Riosco 1996 155; se señalan tres fallos de tribunales superiores en materia de efectos de la Constitución en el derecho de la responsabilidad extrac contractual: el primero se refiere a responsabilidad del Estado; el segundo, a la emergencia provocada por excavaciones que amenazaban la propiedad, donde la protección opera como una especie de denuncia de obra ruinosa; la tercera se refiere a la aplicabilidad directa de la Constitución a efectos de declarar imprescriptible la acción de responsabilidad contra el Estado (precisamente porque la Constitución carece de una norma expresa en la materia), en una jurisprudencia que ha perdido vigencia (*infra* N° 371). Ninguna influencia directa de la Constitución sobre el ordenamiento de la responsabilidad civil se infiere de esos fallos.

<sup>103</sup> Barros 1996 332; Jana, Tapia 2004 *passim*; un completo y ejemplar desarrollo doctrinario y jurisprudencial de la acción de protección en el ámbito civil contractual en Jana/Marrin 1996 *passim*; en general, sobre el carácter cautelar de la acción de protección, Cea 1993 407; crítico respecto de los efectos de la justicia constitucional en el derecho chileno, Correa 2005 161.

<sup>104</sup> Con fundamento en estas normas, se ha afirmado que la indemnización del daño moral tiene reconocimiento constitucional, primando sobre la norma del artículo 1556 que se refiere sólo a los derechos patrimoniales (C. Domínguez 2000 360; Ramos 2003 74); siguiendo los argumentos de este párrafo, discrepo de esos autores en esa inferencia, reconociendo que la interpretación de las normas del derecho privado de conformidad con la Constitución lleva al mismo resultado (así, Jana, Tapia 2004 N° 8 comentando CS, 5.11.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 1°, 234). Por su parte, alguna jurisprudencia también ha afirmado (innecesariamente) el origen constitucional de la indemnización del daño moral (Corte de Antofagasta, 10.10.2002, GJ 208, 115; y Corte de Santiago, 1.9.2003, confirmada por CS [cas. fondo], 13.11.2003, GJ 281, 104).

más bien sirve de sustento mediano para la construcción en concreto de los intereses cautelados por las normas de responsabilidad civil.<sup>105</sup>

Sólo excepcionalmente el derecho civil es espejo del ordenamiento de bienes que establece la Constitución. El caso más visible es el conflicto entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad. Aunque el ejercicio de dicha libertad pueda afectar esos derechos, siendo éstos intereses que deben ser cautelados bajo un estándar de responsabilidad civil, de ello no se sigue una regla precisa acerca del cuidado debido. Sólo excepcionalmente el sopesamiento de bienes constitucionales resultará determinante al momento de establecer los deberes de cuidado que pueden dar lugar a responsabilidad civil. El conflicto entre libertad de expresión y privacidad y honra es uno de los casos más nítidos de relevancia de normas constitucionales en el derecho civil. Más allá de esas situaciones en que la definición del ilícito civil supone consideraciones de derecho constitucional, la pregunta es si corresponde a la jurisdicción constitucional definir las condiciones precisas de protección civil de los bienes que la Constitución consagra. Lo cierto es que la generalidad de las disposiciones constitucionales requiere para su concreción de los conceptos e institutos del derecho privado.<sup>106</sup>

c) Finalmente, no es usual que las normas del derecho privado estén en conflicto con el ordenamiento constitucional. Ante todo, porque el derecho constitucional tiene históricamente por función limitar el poder, de

<sup>105</sup> Más allá del reconocimiento de derechos constitucionales, que son transformados por el derecho civil en intereses protegidos por la acción de responsabilidad, la Constitución tiene un efecto reflejo limitado en materias civiles. En general, no se acepta que la Constitución tenga una textura normativa lo suficientemente desarrollada como para que pueda ser objeto de una aplicación directa por los jueces civiles. En verdad, ello amenaza devenir en una forma de vulgarismo que podría producir un efecto disolutivo en una disciplina de desarrollo refinado a lo largo de la historia, como es el derecho civil (Barros 1996 335). La doctrina constitucional alemana de la *Driftwirkung* ('efecto reflejo') de los derechos constitucionales en el derecho civil pone énfasis en ese efecto indirecto; y la doctrina civil mira con desconfianza que el Tribunal Constitucional deba asumir un rol protagónico en configurar relaciones de derecho privado mediante la aplicación directa de preceptos constitucionales (para la doctrina constitucional alemana, Maunz/Dürig *et al.* 1989 artículo 3 I § 510; para la doctrina civil, Medicus 1992 121 y Diederichsen 1998 234; en Francia, Añas 1991 435; en la doctrina chilena puede verse la crítica de Jana 2003 53).

<sup>106</sup> Por eso, reiteradamente se ha fallado que la infracción de normas constitucionales no da lugar al recurso de casación en el fondo, porque ellas consagran principios de orden general, en la medida que "dichos principios o la materia que abordan tenga desarrollo en preceptos de ley, entendida en la acepción que entrega el artículo 1° del Código Civil" (CS, 2.7.2002, rol N° 4.262-2000). Aun a falta de ley especial en la materia, es lo que también ha terminado reconociendo la jurisprudencia en materia de responsabilidad por hechos de la Administración del Estado: por mucho que la responsabilidad tenga consagración constitucional (artículo 38 II), las reglas relativas a las condiciones de su aplicación (daño, causal) y a la extinción de la acción, se rigen por el derecho supletorio y general de la responsabilidad civil (*infra* N° 342). Esa doctrina es consistente con el principio de que las normas constitucionales sólo tienen un efecto indirecto en el derecho privado (Schapp 1998 918).



modo que su función es por completo coherente con la orientación básica del derecho privado; el derecho civil es esencialmente el derecho de la autonomía privada, la cual se articula en un conjunto de reglas que rigen las relaciones interpersonales a la luz de ese principio regulador. Además, porque si bien el derecho civil parte de un concepto de la persona que es coherente con la tarea de dar forma a la libertad, hay otras áreas del derecho que pueden cumplir con ventaja las demás fines del derecho (particularmente los referentes a la consecución de otros bienes públicos y a otras formas distributivas de justicia, que son objeto del derecho social).<sup>107</sup> Por lo mismo, el problema constitucional se plantea más bien respecto de las restricciones legales a la autonomía privada.<sup>108</sup> Y a la responsabilidad personal. En otras palabras, son las limitaciones legales a los principios del derecho privado, y no estos últimos, las que usualmente plantean cuestiones de constitucionalidad.

Por eso, la importancia relativa que han tenido las constituciones en materia de responsabilidad civil ha sido más bien para sustentar principios del derecho privado, calificando de inconstitucional la legislación especial que no responde a esos principios.<sup>109</sup> En un primer orden de materias, se ha declarado que la libertad está asociada de tal manera a la responsabilidad, que el legislador no puede excluir la responsabilidad civil derivada de la culpa del autor del daño.<sup>110</sup> En segundo lugar, en alguna jurisdicción se ha declarado que el legislador no puede limitar la indemnización del daño patrimonial y que debe observar el principio de reparación integral, no siéndole admitido, en caso de responsabilidad por culpa, establecer

<sup>107</sup> Así, por ejemplo, si el derecho civil no reconoce acción contra un cierto tipo de riesgo, el tribunal con jurisdicción constitucional puede entender que esa protección mínima debe darse en la forma de un fondo social o de un seguro de daños. En mi opinión, una jurisprudencia constitucional de este tipo, más allá de las dificultades que plantea cualquiera asignación por los jueces de fondos públicos, responde a una función normativa (dis-tributiva) que es ajena al derecho privado (*supra* N° 19; Barros 2001 9).

<sup>108</sup> Medicus 1992 50.

<sup>109</sup> Por cierto que ello no significa, como en su momento lo entendió la Corte Suprema norteamericana, que cualquier limitación a la libertad de contratación (como ocurre con las normas del derecho laboral) o a la propiedad (como es el caso de la legislación urbanística) es candidata cierta a ser inconstitucional. El ámbito jurídicamente posible de regulación económica por la Administración del Estado pertenece al derecho constitucional y no al derecho privado (que, dentro de los marcos de libertades que garantiza la Constitución, tiene, en consecuencia, una dimensión relativa variable).

<sup>110</sup> En Francia, el Consejo Constitucional declaró en 1982 que si bien el legislador podía delimitar el ámbito de lo lícito e ilícito, no podía sustraer de responsabilidad los daños que se derivan del hecho culpable a menos que se estableciera un fondo u otro régimen alternativo para proteger a las víctimas (Cons. Const. 22.10.1982, Chabas 2000 b N° 83, Viney/Jourdain 2001 561). Una sentencia posterior estableció que la responsabilidad por culpa derivaba del principio constitucional de la libertad para actuar sin causar daño a otro (Cons. Const. 9.11.1999, Chabas 2000 b N° 83, Viney/Jourdain 2001 566).

baremos o límites máximos a la indemnización de ese tipo de daños.<sup>111</sup> En tercer lugar, se ha estimado que la indemnización del daño moral está definitivamente sujeta a condiciones de reparabilidad diferentes al patrimonial, pudiendo el legislador establecer criterios razonables para limitar la indemnización.<sup>112</sup> Finalmente, en algunas jurisdicciones el control constitucional ha impedido que sean reconocidos fallos que establecen daños punitivos, en la medida que para la aplicación de una pena no se han observado en el proceso civil los requisitos sustantivos y procesales del proceso penal,<sup>113</sup> y en el derecho norteamericano, donde no se discute la constitucionalidad *per se* de la idea de pena civil, se ha limitado el monto que puede ser declarado por ese concepto.<sup>114</sup>

<sup>111</sup> En España el Tribunal Constitucional ha declarado que en la responsabilidad por culpa la reparación del lucro cesante que deriva de un daño corporal no puede ser limitada en la forma de baremos por el legislador, a diferencia de lo que ocurre con el daño moral (Trib. Const. español 29.6.2000, Vicente en Reglero 2002 a 273). En el derecho francés, el Consejo Constitucional ha sido más tímido en establecer criterios respecto del daño reparable que en el establecimiento de la responsabilidad por culpa; sin embargo, puede estimarse que ha aceptado el principio de la reparación integral precisamente en ese tipo de responsabilidad (Cons. Const. 9.11.1999, Viney/Jourdain 2001 567). En el derecho alemán se ha estimado que los resguardos del derecho concursal son garantía suficiente para menores que incurran en responsabilidad civil y se transforman en deudores de una obligación de cuantía exorbitante (evitando que queden con una deuda por vida), de modo que ningún principio constitucional asociado al libre desarrollo de la personalidad obsta a la aplicación del principio de la reparación total del daño patrimonial (Palandt/Heinrichs § 249 6).

<sup>112</sup> Así, el Tribunal Constitucional italiano, pronunciándose acerca de la constitucionalidad del artículo 2059 del Código Civil, que establece que el daño moral sólo es indemnizable en los casos que la ley lo disponga (Corte Constitucional italiana 79/87, Cian/Trabucchi 1992 artículo 2059 II). En España se ha fallado que el daño moral puede ser objeto de indemnización predeterminada en la forma de baremos establecidos por la ley (Trib. Const. español 29.6.2000, Vicente en Reglero 2002 a 273).

<sup>113</sup> En Alemania el Tribunal Supremo ha estimado que fallos norteamericanos que condenan a daños punitivos no pueden ser admitidos a ejecución en el proceso de *exequatur*, porque atentan contra el orden público de derecho internacional privado en la medida que su función punitiva y disuasiva atenta contra el principio de la proporcionalidad que subyace a la idea de compensación; mientras que la sanción punitiva y la disuasión son tareas privativas del Estado, lo que a su vez exige garantías de conexión de la decisión y debida protección de los derechos del demandado (BGH, 1.19. 312/40, citado por Palandt/Heinrichs § 249 4).

<sup>114</sup> En Estados Unidos la Corte Suprema ha declarado contrario a la garantía constitucional que impone imponer castigos excesivos (14<sup>a</sup> enmienda) un fallo que daba lugar a una indemnización por US\$ 1 millón (*State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell*, 538 US 408, 2003, [01-13891]). La Corte estimó que la razón de 145 veces el monto de los daños efectivos (que en su opinión ya tenían un componente punitivo) estaba fuera de los rangos de razonabilidad y proporcionalidad; estimó que en el caso sólo se justificaba una condena a daños punitivos por el mismo monto que se reconoció a título de reparación. La regla no pretende ser aritmética, pero se reiteró un precedente anterior (*North America, Inc. v. Gonz*, 517 US 556, 1996), en orden a que los daños punitivos deben declararse en consideración al grado de responsabilidad que merece el ilícito, al monto del daño efectivamente sufrido por el demandante y a los precedentes en la materia. Sobre los daños punitivos se volverá en *infra* N° 198.

d) De mayor relevancia puede resultar la expansión hacia el derecho privado del derecho constitucional a la *igualdad*, entendido como igualdad mínima de oportunidades y a la no discriminación arbitraria. La eventual evolución en tal sentido plantea dudas sustantivas, porque es de la naturaleza del derecho privado que las decisiones que cada cual adopta pertenezcan a su ámbito exclusivo de discreción. El riesgo es que el derecho constitucional devenga en una forma imprecisa de orden público que limite las potestades fundadas en el principio de autonomía privada.<sup>115</sup>

Con todo, no se puede ignorar que, al menos en casos extremos, el principio de igualdad puede establecer limitaciones a la autonomía privada. En el derecho civil clásico hay ejemplos (protección de acreedores, asignaciones forzosas). Lo novedoso es que ellas sean inferidas como expresión de garantías constitucionales. El ejemplo más notable de expansión hacia el derecho privado del principio constitucional de no discriminación arbitraria, se produjo a partir de mediados del siglo pasado en el derecho norteamericano. Desarrollando el antiguo precedente que prohibió la discriminación racial en las escuelas,<sup>116</sup> la jurisprudencia ha controlado prácticas contractuales privadas, procurando que no se incurra en discriminación por razones raciales, de sexo u otras que no resulten justificadas. De este modo, con fundamento constitucional, se ha creado un ilícito civil que puede dar lugar a responsabilidad.<sup>117</sup> La concreción de este principio constitucional corresponde primordialmente al legislador, como ha ocurrido en materia laboral (Código del Trabajo, artículo 2º) y de consumidores (Ley de consumidores, artículo 13).<sup>118</sup>

<sup>115</sup> El Tribunal Constitucional alemán, con fundamento en la garantía de igualdad del artículo 3.3.2 de la constitución alemana ("nadie puede ser discriminado en razón de su impedimento"), ha fallado que las escuelas deben tener facilidades de infraestructura para impedidos (BVerfG 96, 288, 1997) y que el arrendador de un departamento no puede oponerse a la construcción de un ascensor que facilite el acceso a la pareja impedida de uno de los arrendatarios (BVerfG, 283, 2001). Pawlowski 2002 627 advierte los riesgos asociados a este control constitucional de relaciones de derecho privado y expresa el temor a un retroceso a una justicia de *cadí*, en la medida que la justicia constitucional atiende a casos concretos, en vez de realizar un control propiamente normativo de constitucionalidad de la ley; ya Medicus 1992 48 advierte acerca del riesgo de que una teoría expansiva del efecto mediato de los derechos constitucionales amenazaba transformar la jurisdicción constitucional en una especie de última instancia de casi cualquier proceso civil. En el derecho chileno, el Tribunal Constitucional carece de atribuciones para calificar sentencias de los tribunales ordinarios, de modo que su control de constitucionalidad está necesariamente referida a la ley aplicable; aún así, conviene tener presentes las prevenciones anteriores, relativas a la diferencia de densidad normativa del derecho civil y constitucional.

<sup>116</sup> *Brown v. Board of Education*, 347 US 483 (1954).  
<sup>117</sup> Así, por ejemplo, diversas compañías automotrices llegaron a un acuerdo extrajudicial para pagar perjuicios a miles de demandantes afroamericanos y latinos por haber sido discriminados en las condiciones en que les eran otorgados créditos para la compra de automóviles (*The Wall Street Journal*, 30.1.2004).

<sup>118</sup> Un interesante caso de no discriminación en materia de responsabilidad civil, con fundamento en la antigua legislación de consumidores (Ley Nº 18.223, artículo 3º), en Corte de Santiago, 3.7.1995, RDJ, t. XCII, sec. 2º, 79, que tiene por antecedente la culpa infracción de prohibir el acceso de una persona a un recinto abierto al público en razón de su raza; el fallo alude, asimismo, a la naturaleza constitucional del principio de no discriminación arbitraria.

## § 23. DAÑO PATRIMONIAL

## a. Principio de la reparación integral del daño

163. Principio: la víctima tiene derecho a ser restituida a la situación patrimonial que tendría si no hubiese sufrido el daño. a) El artículo 2329 dispone que "todo daño que pueda ser atribuido a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta". Aunque la regla tiene por finalidad establecer una responsabilidad de responsabilidad por el hecho propio (*supra* § 14), la jurisprudencia también ha entendido que expresa el principio de la reparación integral del daño: todo daño debe ser reparado y en toda su extensión.<sup>119</sup> Por discutible que sea el fundamento legal invocado, este principio está asentado como el más general de los criterios de determinación del alcance de la indemnización.<sup>120</sup>

De conformidad con este principio, la reparación tiene por objeto poner al demandante en la misma situación en que se encontraría si no hubiese sido víctima del daño causado por el hecho del demandado.<sup>121</sup> A diferencia de las dificultades que suscita en materia de daño no patrimonial (*infra* Nº 191), el principio de la reparación integral del daño es ampliamente aceptado en materia de daño patrimonial.

b) Dos efectos se siguen del principio: el primero es el deber de reparar el total de los daños; de acuerdo con el segundo, que se deriva del anterior, la reparación no depende del grado de culpa del demandado.<sup>122</sup> Estos efectos han planteado algunas críticas, aun en el ámbito de la responsabilidad por culpa. En el extremo, quien incurre en una leve negligencia que causa un enorme daño, asume una carga indemnizatoria que puede resultar desproporcionada.<sup>123</sup> El principio de la reparación integral del daño se relaciona, sin embargo, con la idea de justicia correctiva, en cuya virtud quien es responsable de un daño debe reparar el entuerto

<sup>119</sup> El argumento aparece en las primeras sentencias que justificaron la reparación del daño moral, véase, por ejemplo, CS, 18.12.1926, RDJ, t. XXIV, sec. 1º, 567.

<sup>120</sup> En la literatura chilena más actual véanse Díez 1997 159, Corral 2003 336.

<sup>121</sup> CS, 8.11.1971, RDJ, t. LXVIII, sec. 4º, 274. En sentido análogo se ha dicho en relación con el daño emergente que su indemnización no puede constituir una fuente de enriquecimiento injusto (Corte de Santiago, 5.10.2000, RDJ, t. XCIV, sec. 2º, 79); también se ha sostenido que "la indemnización del daño material debe ser integral, pero no puede constituir ocasión de ganancia para su beneficiario, principio que no puede omitirse a la hora de computar el eventual perjuicio derivado del lucro cesante" (Corte de Santiago, 2.11.2001, GJ 257, 172).

<sup>122</sup> Una nota escéptica acerca de la rigurosidad con que el principio es aplicado en la práctica, en Markesinis/Deakin *et al.* 2003 794, Cané/Añibah 1999 131, Vicente en Reglero 2002 a 261; para el derecho chileno, R. Domínguez Á. 1990 135.

<sup>123</sup> Von Bar II 1996 155. Dudas acerca de la distributividad negativa del principio (en la medida que la indemnización por daño a las cosas o lucro cesante depende de la riqueza de la víctima) y de los estímulos negativos que produce para la reinscripción laboral de la víctima (en la medida que pueda vivir con la indemnización), en Markesinis/Deakin *et al.* 2003 793.

provocado. Separarse de este principio podría subvertir todo el sistema de responsabilidad civil.<sup>124</sup> La finalidad del sistema de responsabilidad civil no es retributiva, sino reparatoria. Es cierto que el derecho exige, por lo general, que el demandado haya actuado con culpa para que haya lugar a la reparación; pero una vez cumplidos los requisitos de la responsabilidad, la idea de reparación está orientada por completo al interés de la víctima de ser restituida al estado anterior al daño y no al juicio de reproche respecto del autor del daño.<sup>125</sup> El interés del autor del daño en que su obligación indemnizatoria tenga un límite, es reconocido en sede de causalidad: el demandado responde de los daños consecuentes, que se siguen del daño inicial, sólo si pueden ser objetivamente imputados al hecho del demandado, en la medida que el daño indirecto no es reparable (*infra* N° 254).

c) Una y otra vez en la doctrina y legislación comparadas surge la pregunta acerca de si el principio no debiera ser moderado, cuando de su aplicación se siguen consecuencias que resulten inequitativas. En principio, una obligación indemnizatoria puede comprometer toda la vida futura de trabajo de un joven que ha causado un accidente grave por su negligencia leve. El derecho privado dispone, sin embargo, de correctivos a situaciones de este tipo, que serán analizados en conjunto con los diversos límites a la obligación indemnizatoria (*infra* N° 683).

Por otro lado, el principio de reparación integral está limitado en ciertos estatutos legales especiales de responsabilidad, especialmente en regímenes de responsabilidad estricta (*infra* N° 331), así como por la práctica legal o jurisprudencial comparada de establecer baremos indemnizatorios respecto del daño moral (*infra* N° 208).

#### b. *Concepto, tipos y determinación del daño patrimonial*

**164. El daño patrimonial como diferencia entre dos situaciones patrimoniales.** a) Lo común a todos los daños patrimoniales es que tienen un valor de mercado: se trata de gastos o pérdidas de valor, que constituyen un daño emergente, o de ventajas económicas, que constituyen un lucro cesante. Y ambos pueden ser valorados en dinero porque se refieren a bienes comerciables.<sup>126</sup> Si se descartan los inconvenientes conexos al acceramiento del accidente, que por lo general no son reparables (*infra* N° 145), el dinero, como medida universal de valor económico, permite asumir que la indemnización reparatoria del daño emergente y del lucro cesante

<sup>124</sup> Un juicio desarrollo de las ideas anteriores en Cane 1996 107.

<sup>125</sup> Larenz 1987 423.

<sup>126</sup> Lange 1990 252, quien agrega que lo relevante es que el bien haya sido introducido de un modo general en el tráfico económico y jurídico. Así, por ejemplo, un viaje que no se puede realizar es un bien económico, cuyo valor está dado por su costo; por el contrario, que la víctima no haya podido disfrutar de sus vacaciones es un daño no patrimonial. En nuestro sistema jurídico, la diferencia es relevante a efectos de la valoración del daño, en la medida que se indemniza, en general, el daño patrimonial y el moral.

tiene por efecto que la situación patrimonial del demandante sea equivalente a la que tenía antes de sufrir el daño.

b) En su expresión más sencilla, el daño expresa la diferencia entre dos estados de cosas: el que exista antes y después del daño. Por sencillo que parezca este postulado, su aplicación práctica plantea diversas preguntas, que son objeto de este capítulo.

**165. Tipos legales de daño patrimonial: daño emergente y lucro cesante.** La más generalizada clasificación del daño patrimonial atiende a la forma como el hecho del demandado afecta el patrimonio del actor, a cuyo efecto se distingue entre *daño emergente* y *lucro cesante*. El artículo 1556 introduce esta clasificación fundamental del daño patrimonial; aunque referida a los contratos, como ocurre, en general, con las normas del título sobre los efectos de las obligaciones, la doctrina está de acuerdo en que se aplica en materia de daños extracontractuales.<sup>127</sup> y la jurisprudencia no discute que "dada la generalidad de los términos en que está concebido el artículo 1556, puede regir no sólo las obligaciones derivadas de los contratos, sino también las que nacen de un delito o cuasidelito."<sup>128</sup>

La distinción entre daño emergente y lucro cesante proviene de una breve referencia en el Digesto, donde se entiende por daño "lo que he perdido o dejado de lucrar".<sup>129</sup> Si ocurre una disminución patrimonial (por pérdida de valor de los activos o aumentos de los gastos o pasivos), se dice que se ha producido *daño emergente*. Así, es daño emergente la destrucción de una cosa por el hecho ajeno o si se debe incurrir en gastos de hospital para la curación de una herida sufrida en un accidente. Si el daño consiste en que se impidió un efecto patrimonial favorable (porque no se produjo un ingreso o no se disminuyó un pasivo), el daño es calificado de *lucro cesante*. Hay lucro cesante, en consecuencia, si una persona deja de recibir ingresos por el hecho de estar inmovilizada a consecuencia de un accidente, o si el hecho culpable ha impedido que la víctima se libere de una obligación.<sup>130</sup>

<sup>127</sup> Alessandri 1943 547, P. Rodríguez 1999 290.

<sup>128</sup> CS, 19.6.1928, RDJ, t. XXVI, sec. 1°, 234. Por lo general, la aplicabilidad de esa disposición ya no es objeto de justificación en la jurisprudencia; referencias jurisprudenciales más recientes en Díez 1997 164.

<sup>129</sup> Digesto 46.8.13 (Paulus); la distinción tuvo relevancia en el derecho medioeval (Zimmernann 1990 827). El artículo 1556 sigue al Código francés (artículo 1149), que, a su vez, sigue la sencilla definición de Pothier 1761 N° 159: "Se llama daños y perjuicios la pérdida que uno tiene, o la ganancia que uno deja de hacer".

<sup>130</sup> Si bien la distinción entre daño emergente y lucro cesante conserva su vigencia y utilidad práctica, desde un punto de vista económico resulta discutible, especialmente en el derecho de los negocios. Así, bajo el supuesto de que un acto de competencia desleal genere una pérdida de utilidades futuras para una empresa, el daño puede ser calificado como lucro cesante; sin embargo, la práctica más frecuente de valoración de una empresa es precisamente un múltiplo de las utilidades o de los flujos netos de caja que la empresa previsiblemente puede producir, de modo que la disminución de utilidades o de flujos también puede ser calificada, sin mayores dificultades, como un daño emergente (pérdida de valor de la empresa). De hecho, esta calificación es la que mejor responde en este caso la pregunta por la magnitud efectiva de los daños en ese tipo de casos.



166. La determinación del daño patrimonial se efectúa en concreto. a) En la medida que los perjuicios indemnizables expresan la diferencia entre el estado de cosas anterior y el posterior al hecho del demandado, el principio de la reparación integral del daño patrimonial exige que sean compensados ambos estados de cosas.

b) La más general de las preguntas relativas a la determinación del daño patrimonial se refiere al objeto de la comparación. De acuerdo con un *concepto abstracto de daño*, desarrollado por la doctrina alemana del siglo XIX, el daño indemnizable resulta de la comparación del valor del patrimonio antes y después del hecho del demandado. La comparación no considera el valor de los bienes individualmente afectados, sino es puramente contable, porque se refiere a la universalidad del patrimonio en su conjunto.<sup>131</sup> Este concepto abstracto de daño ha sido criticado porque su generalidad dificulta hacerse cargo de los problemas concretos de valoración.

En verdad, el concepto abstracto de daño presenta dos problemas insuperables. Ante todo, plantea el riesgo de que se diluyan los conceptos precisos de daño en una evaluación general, que no responde (por escasez o por exceso) al principio de la reparación integral. Por eso, la sentencia condenatoria debe expresar el resultado de la suma de daños específicos, no resultando suficiente una valoración global de la diferencia patrimonial. Además, puede haber un daño indemnizable aunque no haya disminución objetiva del patrimonio. Es el caso, por ejemplo, de quien tenía contratado un seguro contra el propio daño corporal por accidente (es un seguro de daños propios y no de responsabilidad, que produce efectos diferentes); se trata de un contrato oneroso, que cubre cualesquiera riesgos que recaigan en su persona. En razón de ese seguro, la víctima no sufre disminución patrimonial por la suma cubierta, pero todo indica que ese contrato no puede ceder en beneficio del que causó negligentemente el accidente (*infra* N° 686).<sup>132</sup>

c) Si bien el daño siempre representa una diferencia entre dos estados de cosas, el daño total no resulta de una comparación de entidades abstractas, sino de perjuicios concretos que se traducen en específicos daños.

<sup>131</sup> El concepto proviene de F. Mommsen, *Zur Lehre von dem Interesse* (1855), para quien el daño consiste en la diferencia entre el patrimonio actual de una persona, tal como ha quedado luego del hecho dañino, y el valor que tendría ese patrimonio sin la intervención de ese hecho en el momento en que se realiza la valoración (citado por Lange 1990 29). Hay razones para pensar que la doctrina fue adoptada por el BGB. Asimismo, ha tenido influencia en Italia y España, pero parece encontrarse en retirada (Pantaleón en Paz-Ares *et al.* 1991 1989, Busnelli/Parí 1997 12). También en Alemania la indemnización por daño a las cosas se calcula en concreto, de modo que "lo determinante es la disminución patrimonial efectiva (*damnum emergens*) y el aumento patrimonial omitido (*lucrum cessans*)", considerando "el completo interés patrimonial del dañado" (Palandt/Henrichs § 249 50).

<sup>132</sup> A lo anterior se agregan las cuestiones de causalidad cuando concurren causas hipotéticas alternativas para un mismo daño (*infra* N° 246). Críticos a la teoría de la diferencia desde esta perspectiva, MünchKomm/Crunsky § 249 78, Pantaleón en Paz-Ares *et al.* 1991 1989, Busnelli/Parí 1997 13.

emergentes o lucros cesantes. De acuerdo con este *concepto concreto de daño*, su determinación se efectúa sobre la base de los factores individuales de daño, cada uno de los cuales debe ser considerado y justificado de acuerdo a su propio mérito.<sup>133</sup>

En consecuencia, el cálculo en concreto del daño exige que sea *individualizado*, atendiendo a los perjuicios específicos sufridos por el demandante. Su cálculo supone ponderar los intereses realmente afectados. En este sentido, la evaluación en concreto del daño patrimonial se opone a la apreciación *estandarizada*, en que el valor está predeterminedo genéricamente para cada tipo de daño.<sup>134</sup>

167. Excepciones: determinación del daño patrimonial en abstracto. a) La más importante excepción al principio de que el daño se mide en concreto está establecida por la ley respecto de la privación del goce del dinero: según el artículo 1559, el daño producido por el no pago de una suma de dinero (como ocurre, por ejemplo con el pago de la propia indemnización) se expresa en intereses corrientes. El daño está valorado por la ley, de modo que el demandante no es oído si alega que perdió oportunidades de negocios de valor superior a los intereses correspondientes a la suma que se le debe; ni el demandado lo será si esgrime que el demandante es un avaro que guarda los billetes en una caja de fondos, de modo que no habría ganado los intereses. Las únicas preguntas abiertas se refieren al momento desde el cual se devengaran los intereses (*infra* N° 672).

b) También son usualmente estandarizadas las reparaciones que garantizan el derecho social bajo la forma de responsabilidad estricta o de seguros obligatorios. El monto está fijado de antemano y no es objeto de medición en concreto, de un modo que permita considerar, por ejemplo, las expectativas de progreso de la víctima en su trabajo. Por el contrario, si el daño es atribuible a culpa del demandado, rige sin restricciones el principio de la reparación integral.<sup>135</sup>

c) Por último, la determinación del *lucro cesante* tiene necesariamente un elemento abstracto, que supone asumir un cierto curso futuro de los

<sup>133</sup> Pantaleón en Paz-Ares *et al.* 1991 1990.

<sup>134</sup> Lo contrario parece ser lo recomendable en materia de daño moral, donde la estandarización se justifica tanto por razones de justicia formal (que iguales daños sean valorados de igual manera, sin consideración de aspectos subjetivos de la víctima), como por que la indemnización del daño moral no puede ser reparatoria del daño efectivamente sufrido. La diferencia entre los instrumentos de valoración del daño moral y patrimonial se muestra en la sentencia del Tribunal Constitucional español, que declaró contraria a la Constitución de ese país una norma legal que estandarizaba la reparación del lucro cesante, pero sostuvo lo contrario respecto del daño moral (Trib. Const. español 29.6.2000, Vicente en Reglero 2002 a 273).

<sup>135</sup> Véanse, por ejemplo, las prestaciones que garantiza el Título V de la Ley de accidentes del trabajo. Una regla distinta vale, desde luego, cuando la reparación se rige por el derecho común de la responsabilidad civil por negligencia (Ley de accidentes del trabajo, artículo 69).

acontecimientos, porque de lo contrario nunca podrá darse por probado. Esta relevante concesión al principio de la determinación del daño en concreto tiene su antecedente en las dificultades que plantea el daño futuro (*supra* Nº 153) y será revisada al tratar el lucro cesante (*infra* Nº 170).

*c. Fuentes de daño emergente y lucro cesante*

**168. Daño inmediato a las personas, a las cosas y puramente patrimonial.** a) Se ha visto que la reparación alcanza no sólo al daño inmediato sufrido por la víctima, sino también al mediato, con el límite de que no sea calificado de indirecto (*supra* Nº 159). Si se atiende al bien inmediatamente dañado, el perjuicio patrimonial puede provenir del daño a las cosas, a las personas o directamente al patrimonio.

b) El efecto patrimonial inmediato del *daño a las cosas* es el costo de reposición o de reparación de la cosa destruida o deteriorada. Sin embargo, a ese costo se pueden sumar otros daños. Así, por ejemplo, el propietario de un auto chocado debe incurrir en gastos para obtener un medio de transporte sustitutivo mientras es reparado; además, mientras se repara, puede dejar de percibir ingresos o de obtener el beneficio de su uso. En otras palabras, el daño a las cosas se descompone usualmente en diversas partidas de daño patrimonial, algunas referidas a la cosa destruida o dañada, otras estrictamente patrimoniales (como el lucro cesante conexas a la improductividad temporal de la cosa dañada).

c) El daño a las personas puede presentarse en la forma de un *daño corporal* o de un *daño psicológico o ideal* (como ocurre, respectivamente, con las lesiones sufridas en un accidente y con el menoscabo a la honra que se sigue de una difamación). En ambos casos los efectos mediatos de la lesión al bien personal inmediatamente afectado suelen ser patrimoniales y no patrimoniales a la vez. En materia patrimonial, las lesiones corporales se traducen, por ejemplo, en gastos y en pérdidas de ingresos, y en dolor físico o pérdida de oportunidades de la vida; y el atentado al honor suele estar asociado, además del daño puramente moral, al lucro cesante que se sigue de la pérdida de la fama (*infra* Nº 181).

d) Además del daño a las personas y a las cosas, el daño patrimonial puede adoptar la forma de un *daño patrimonial puro*, cuando el hecho del demandado produce un efecto de significado patrimonial, sin que inter venga lesión alguna a una cosa corporal o a la persona de la víctima. Así ocurre, por ejemplo, si mediante un acto de competencia desleal se desprestigia un producto fabricado por el demandante, si un tercero interfiere en una relación contractual ajena, impidiendo al deudor cumplir su obligación, o si un informe errado de auditores hace incurrir en pérdidas a los inversionistas.

Aunque este daño patrimonial puro puede ser calificado sin dificultades de acuerdo a las categorías del daño emergente y del lucro cesante, su reparación plantea especiales preguntas en sede de culpa, porque frecuentemente el hecho ilícito sólo puede ser configurado en un horizonte de conflicto con otros bienes jurídicos; así, es necesario, por ejemplo, definir una línea diviso-

ria entre la competencia desleal y el ejercicio legítimo de la libertad de emprender y de competir (*infra* § 67 b). Atendida esta particularidad, por lo general en el derecho comparado el daño puramente patrimonial es objeto de requisitos especiales para que resulte indemnizable.<sup>156</sup> Aunque estas limitaciones no rigen en el derecho chileno (que sigue en esto el concepto genérico de daño del derecho español y del francés), en este libro se pondrá especial atención a las peculiaridades de este daño patrimonial puro, tanto en este capítulo de daño (*infra* Nº 189), como al tratar en especial algunas hipótesis de responsabilidad en el ámbito de los negocios (*infra* §§ 65, 66, 67).

e) El daño a la persona física, a las cosas y el puramente patrimonial son suficientemente típicos como para que sean objeto de un estudio por separado. Por eso, luego de concluir en la sección siguiente una revisión general del daño patrimonial (*sección d*), se analizarán el daño a las cosas corporales (*sección e*), el efecto patrimonial del daño corporal (*sección f*) y el daño puramente patrimonial (*sección g*). Los daños patrimoniales reflejos, que se siguen de la muerte o lesiones a otra persona, serán analizados en conjunto con los extrapatrimoniales en § 25 b.

*d. Determinación y prueba del daño patrimonial*

**169. Determinación y prueba del daño emergente.** a) Conceptualmente, la determinación del daño emergente no presenta dificultades: se trata de disminuciones patrimoniales por gastos o por el menor valor de cosas corporales o incorporales. La víctima sufre daño emergente en la medida que es más pobre en razón del hecho del demandado.<sup>157</sup>

b) Respecto del *daño ya ocurrido*, la valoración puede efectuarse sobre la base de los gastos efectivamente incurridos por el demandante para eliminar el daño o de la estimación prudencial de los costos o de las pérdidas incurridas.<sup>158</sup> En uno y otro caso, el valor tiene que resultar de hechos probados y su evaluación permite grados elevados de objetividad.

<sup>156</sup> Von Bar 1996 II 30. Es especialmente el caso del *common law* (Burrows 1994 171, Weir 2002 173, Epstein 1999 575) y del derecho alemán, donde los intereses puramente patrimoniales, que no suponen lesión corporal de un derecho de la personalidad o de la propiedad, sólo son reparables si se ha actuado 'de una manera que contravenga las buenas costumbres' (BGB, § 826 en relación con § 823; al respecto, Deutsch/Ahrens 2002 114).

<sup>157</sup> Se ha fallado que "el daño emergente es el empobrecimiento real y efectivo padecido por quien pide que se le indemnice" (Corte de Santiago, 7.12.1984, RDJ, t. LXXXI, sec. 4ª, 266). Por su parte, la Corte Suprema ha señalado que este tipo de daño consiste en un "desmedro real y efectivo en su patrimonio" (CS, 2.3.1977, F. del M. 220, 25).

<sup>158</sup> Respecto de la diferencia entre gastos efectivos y costos estimados en el daño a las cosas, *infra* Nº 176. En cuanto a la estimación de pérdidas por el menor valor de bienes incorporales, CS, 2.12.1915 y 20.10.1919, RDJ, t. XVIII, sec. 1ª, 62, comentado en Cacia 1959 107; se trataba de una obligación restitutoria de unas acciones que no fue efectuada oportunamente por el banco encargado de hacerla, a cuya consecuencia el banco fue condenado a pagar la diferencia entre el valor bursátil de las acciones al momento en que esa restitución debió ser efectuada y el de la restitución efectiva.

c) Mayor dificultad presenta el *daño emergente futuro*, como el cuidado profesional requerido por un inválido, por un tiempo indefinido o por el resto de su vida; aunque sea cierto que va a necesitar de esos cuidados, suelen ser inciertos el tiempo de supervivencia y el costo futuro de esos servicios (*infra* N°s 182 y 185). En otras palabras, la certidumbre del daño no se extiende al período de tiempo, al monto y a la suma global que puede estimarse necesaria para cubrirlos en el tiempo (*infra* N° 186). En este caso, la prueba no puede sino recurrir a antecedentes estadísticos (expectativas de supervivencia, costos de mantención), que permitan construir presunciones acerca del monto estimado de los daños. Alternativamente, el otorgamiento de la indemnización en la forma de una renta (en vez de una suma global) permite hacerse cargo de estas incertidumbres.

d) La prueba del daño corresponde al demandante, en aplicación de la regla general de que corresponde probar los hechos en que se funda la existencia de una obligación a quien la alega (artículo 1698). Por lo mismo, si se pretende invocar presunciones, el demandante debe probar los hechos que permitan al juez construirlas.

**170. Determinación y prueba del lucro cesante.** a) A diferencia de lo que usualmente ocurre con el daño emergente, el lucro cesante tiene siempre un elemento contingente, porque se basa en la hipótesis, indemostrable por definición, de que la víctima habría obtenido ciertos ingresos si no hubiese ocurrido el hecho que genera la responsabilidad del demandado. El lucro cesante siempre plantea la pregunta, analizada a propósito del requisito de certidumbre del daño, acerca de los límites entre la ganancia probable y el daño puramente eventual (*supra* N° 154).

b) En verdad, la determinación de una ganancia o de un ingreso futuro exige asumir ciertos supuestos. Por eso, el cálculo del *lucro cesante* comprende normalmente un componente típico (en oposición a concreto e individual), que alude a los ingresos netos (descontados los gastos) que pueden ser razonablemente esperados por una persona *como* el demandante, de conformidad con el normal desarrollo de los acontecimientos. La prueba difícilmente puede determinar con certeza si el daño habría ocurrido, ni la suma precisa de los beneficios que la víctima habría obtenido.<sup>138</sup> La necesidad de recurrir a estimaciones de base objetiva surge de la naturaleza del daño, porque envolviendo todo lucro cesante un factor de incertidumbre, la prueba en concreto de su materialización impone condiciones imposibles de satisfacer.

En estos casos, un criterio de valoración objetivo tiene importantes efectos probatorios, porque hace posible a la víctima mostrar un procedimien-

to de cálculo del lucro cesante.<sup>140</sup> Como toda objetivación, el criterio lleva a prescindir de las circunstancias más detalladas que podrían afectar los ingresos futuros de la víctima. La presunción del curso ordinario de las cosas<sup>1</sup> alcanza a todas las circunstancias que permiten proyectar un ingreso futuro sobre la base de los hechos mostrados en el juicio (ingresos del trabajo, margen de venta del comerciante sobre el costo de los productos y otras semejantes), y de la experiencia general acerca de lo que puede tenerse por ese desarrollo ordinario de los acontecimientos.<sup>141</sup>

c) Fuera de los casos en que el lucro cesante puede ser inferido de un curso ordinario de los acontecimientos, su determinación a menudo plantea preguntas relativas a la *probabilidad* de su producción y a su monto específico. Como se ha reiterado, el lucro cesante se mueve a menudo en el difuso rango entre el daño cierto y el eventual. En muchos casos se podrá concluir que el daño puede ser tenido por cierto, según un criterio objetivo de determinación; pero, en otros, su determinación plantea una cuestión hipotética de probabilidad, que no puede ser ignorada por el derecho bajo el espejismo de que no hay más alternativa que el todo o nada, que resulta de clasificar todo daño como cierto o eventual (*supra* N° 154).

En el derecho comparado existe una tendencia bastante generalizada a considerar la *probabilidad* como *factor de medición del daño indemnizable*,<sup>142</sup> sin embargo, hay también sistemas jurídicos en que se ha impuesto la opinión contraria.<sup>143</sup> En contra de la aceptación ha pesado el riesgo de juicios temerarios contruidos sobre una base precaria de causalidad; a favor, se puede argumentar que la probabilidad conocida no es certeza ni eventualidad, de modo que debe reconocerse al momento de dar lugar a la reparación (como es el caso de la probabilidad de ganar un juicio que el abogado ha perdido por la omisión negligente de una oportunidad procesal o de la ganancia del premio por un caballo de carrera lesionado por la negligencia del hipódromo en la manutención de sus instalaciones). En todo caso, corresponde a la jurisprudencia

<sup>140</sup> Lange 1990 341, Larenz 1987 511.

<sup>141</sup> Sobre la prueba conducente a la avaluación del lucro cesante, Díez 1997 58; en materia de daños corporales, Elorriaga 1995 67.

<sup>142</sup> Es el caso italiano (Fleischer 1999 769) y francés (Le Tourneau/Cadjet 2002/03 N° 653). En el derecho inglés luego de un antiguo precedente favorable (*Chadlin v. Hicks*, 1911, 2 KB 786), la jurisprudencia parece mostrarse más bien reticente (Markesinis/Dekim *et al.* 2003 198). El lucro cesante presenta una evidente analogía con la responsabilidad por pérdida de una oportunidad (el paciente muere y *pudo* haberse salvado si el médico no hubiese errado el diagnóstico) y con el *incremento de riesgo* de un daño ya producido (la enfermedad *pudo* deberse a la exposición a una fuente contaminante), que suelen tratarse en sede de causalidad (*infra* N° 246); en uno y otro caso, la valoración de la probabilidad es determinante al momento de establecer si hay lugar a la responsabilidad y el monto de la indemnización. Sin embargo, la doctrina y la práctica jurisprudencial chilena y comparada tienden a tratar el lucro cesante a la luz del criterio de certidumbre del daño, entendiendo que la pregunta es alternativa: si hay suficiente certeza, es reparable por completo; si no la hay, el daño se tiene por eventual y no da lugar a reparación.

<sup>143</sup> Es el caso del derecho alemán (Fleischer 1999 767).



definir el umbral mínimo de probabilidad que separa una mera eventualidad de una expectativa seria de ingresos futuros.

d) Con frecuencia, la jurisprudencia es muy exigente en la prueba del lucro cesante,<sup>144</sup> con fundamento en el requisito doctrinario de la certidumbre del daño. Ese rigor resulta a veces excesivo. Así se muestra en un fallo que negó el lucro cesante a una viuda cuyo marido fallecido tenía trabajo estable, en razón de que la pérdida de sustento futuro no constituye un daño cierto, mientras que en el derecho "sólo son reparables los daños ciertos, es decir, aquellos que son reales y efectivos" y no los "meramente eventuales".<sup>145</sup>

Las extremas exigencias probatorias que los tribunales chilenos imponen a la prueba del lucro cesante han llevado con frecuencia a cumplir por equivalencia con el requerimiento de justicia para con la víctima, al momento de fijar el monto de la indemnización a título de daño moral. En definitiva, la indemnización concedida a este último título es comprensiva implícita-

<sup>144</sup> Díez 1997 182.

<sup>145</sup> Corte de Concepción, 23.8.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 4<sup>a</sup>, 199, la sentencia, en cambio, reconoce una suma global por concepto de daño moral: en idéntico sentido, Corte de Santiago, 11.11.1997, confirmada por la CS [cas. fondo], 16.4.1998, F. del M. 473, 324, donde se afirma que no puede determinarse el lucro cesante de una persona fallecida, porque no puede preverse con algún grado de certeza los años que habría podido vivir la occisa, lo que es necesario para efectuar un cálculo, multiplicando lo que ella percibía por una cantidad de años. Asimismo se ha fallado que "no existe evidencia en orden a vincular a la parte demandada como empleadora del nombrado (...) durante toda su vida laboral, por cuanto no parece posible que la relación de dependencia que los ligaba al momento del accidente, hubiere necesariamente de perdurar de por vida" (Corte de Santiago, 11.7.2000, GJ 241, 201, confirmada por la CS [cas. fondo], 16.10.2000, GJ 244, 163, publicada también en F. del M. 503, 3659); que "para acreditar la certidumbre del daño, debe proporcionarse al juez antecedentes que le permitan determinar la ganancia probable dejada de percibir por el acreedor, sin que sea suficiente, para tal fin, intentar apoyar esa pretensión en lo que la víctima del accidente pudo percibir, por concepto de remuneraciones, durante el resto de su vida laboral útil" (Corte de Santiago, 2.11.2001, GJ 257, 172); que "el lucro cesante es susceptible de indemnización, cuando el perjuicio ha consistido en la privación de una ganancia cierta, y no de la eventualidad de obtener ciertas sumas de dinero en el largo tiempo, ya que es evidente que los contratos de trabajo y sus particulares condiciones se encuentran sujetos a múltiples contingencias, que como en el caso de autos, no pueden deducirse sobre la base de un simple cálculo respecto de una hipotética sobrevivencia laboral del trabajador" (Corte de Santiago, 6.9.2002, confirmada por CS [cas. fondo], 8.4.2003, F. del M. 509, 560). También pueden verse Corte de Santiago, 11.11.1997, confirmada por CS [cas. fondo], 16.4.1998, F. del M. 473, 324; CS 14.4.1999, F. del M. 485, 503; Corte de San Miguel, 19.7.1999, GJ 229, 153; Corte de Copiapó, 6.8.1999, GJ 234, 95, publicada también en F. del M. 493, 2829; Corte de Concepción, 23.8.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 4<sup>a</sup>, 199; Corte de Santiago, 7.9.1999, GJ 231, 135; Corte de Santiago, 28.10.1999, GJ 232, 195; Corte de Santiago, 10.3.2000, GJ 237, 159; CS, 30.1.2001 GJ 247, 150; Corte de Valparaíso, 15.5.2001, confirmada por CS [cas. fondo], 9.10.2001, GJ 256, 144; Corte de San Miguel, 23.5.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 3<sup>a</sup>, 103; Corte de Santiago, 11.3.2002, GJ 273, 229; CS, 27.3.2002, GJ 261, 80; Corte de Concepción, 28.8.2002, GJ 266, 210; CS, 13.11.2002, GJ 269, 39, publicada también en F. del M. 504, 3702; y Corte de Santiago, 29.8.2003, GJ 278, 282.

tamente de un daño patrimonial que los juzgadores no entran a valorar.<sup>146</sup> Esa práctica provoca que la indemnización del daño corporal tienda a establecerse sin discernimiento separado del daño patrimonial y el moral.<sup>147</sup> Mejor sería reconocer, por un lado, que el principio de indemnización total del lucro cesante está necesariamente moderado por consideraciones prudenciales, que se resisten a cálculos matemáticos muy precisos,<sup>148</sup> y, por otro, separarlo conceptual y funcionalmente del daño moral.

En verdad, la mínima garantía que puede tener el demandante de que obtendrá una justa reparación es que se consideren, por un cierto lapso de tiempo, los ingresos que en el *curso normal de los acontecimientos* razonablemente esperaba recibir. Esta doctrina ha sido validada expresamente por la Corte Suprema, que ha expresado que la incapacidad laboral da lugar a un lucro cesante, estimado como la "disminución de ganancia (...) que, de acuerdo al curso normal de las cosas habría obtenido con el desempeño de su oficio, de no mediar el hecho del accidente".<sup>149</sup> Ese criterio fue seguido desde temprano por los tribunales chilenos.<sup>150</sup>

<sup>146</sup> Véanse, por ejemplo, Corte de Santiago, 2.11.2001, GJ 257, 172 (\$ 30 millones para un trabajador totalmente inválido a causa de un accidente laboral, sin que se diera lugar al lucro cesante); Corte de Santiago, 17.4.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 2<sup>a</sup>, 31, publicada también en GJ 262, 81 (\$ 50 millones para dos víctimas de lesiones graves en el accidente de un helicóptero, luego de desear la prueba del lucro cesante); Corte de Concepción, 28.8.2002, GJ 266, 210 (\$ 35 millones por daño moral por pérdida de antebrazo luego de no dar por acreditado el lucro cesante); Corte de Antofagasta, 13.12.2002, GJ 270, 183 (\$ 50 millones para la cónyuge y dos hijos de un trabajador muerto en un accidente laboral, luego de desear la prueba del lucro cesante); Corte de Santiago, 1.7.2003, GJ 277, 149 (\$ 50 millones por concepto de daño moral con consideración de que la víctima quedó impedida de trabajar). Sobre la materia, véase también Elorriaga 1995 73.

<sup>147</sup> Un riguroso estudio estadístico de sentencias ejecutoriadas condenatorias por daños derivados de la muerte de una persona en el período 1986-2004 muestra que en el 94% de los casos se reconoció daño moral y sólo en el 2% se dio lugar a lucro cesante (Rubio 2005 N° 28); en circunstancias de que la mayoría de las víctimas eran personas de sexo masculino en edad laboral, la autora asume que las exorbitantes exigencias probatorias explican este resultado por completo contrario a la experiencia (idem 36).

<sup>148</sup> Así, las conclusiones de Cane/Adyah 1999 131 respecto de la indemnización de perjuicios futuros que se siguen del daño corporal, lo que entienden que no debe llevar a una revisión de las cantidades efectivamente reconocidas, porque, en la práctica, i) el daño moral usualmente se suma a los perjuicios patrimoniales formando una suma global significativa; ii) existen diversos mecanismos sociales que llevan a una doble indemnización, y iii) no es posible inyectar más dinero en el sistema de responsabilidad civil, en circunstancias que una proporción mayor de accidentes de efectos similares no están cubiertos por este sistema de reparación (idem 134).

<sup>149</sup> CS, 28.5.2002, GJ 263, 170. Véase también CS, 23.5.1977, RDJ, t. LXXIV, sec. 4<sup>a</sup>, 281; Corte de Santiago, 9.6.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 2<sup>a</sup>, 46; y Corte de Santiago, 22.4.2003, GJ 274, 281, que sostiene que "es indudable que después de ocurrido el hecho, y no obstante los subsidios percibidos por el actor, éste vio considerablemente reducidos los ingresos que lograba en período de actividad".

<sup>150</sup> CS, 25.10.1904, RDJ, t. II, sec. 1<sup>a</sup>, 141, que estimó acreditado el lucro cesante de una madre viuda por la muerte de su hijo estudiante que había sido admitido por sus méritos en la Escuela Militar. En el sentido inverso, se ha estimado que es "improductivo" un egresado

En el extremo de la incertidumbre, los tribunales han objetado el umbral más elemental del lucro cesante que se sigue del daño corporal mediante la técnica razonable de fijar la base de la indemnización, a falta de otra prueba suficiente, en el salario mínimo u otro parámetro semejante.<sup>151</sup> Se volverá sobre la materia al tratar los efectos patrimoniales del daño corporal (*infra* N° 181).

e) Con las calificaciones precedentes, el peso de la prueba recae sobre el demandante, porque el daño, así como los demás hechos que determinan el nacimiento de la obligación indemnizatoria, deben ser probados por quien la alega, de conformidad con la regla general del artículo 1698.

**171. Neutralidad en la determinación del daño patrimonial.** a) Atendidos los principios de la reparación integral y de la determinación en concreto de los perjuicios, la estimación del daño patrimonial sólo es posible sobre la base de *partidas prácticas de perjuicios* y no de estimaciones en abstracto, que no correspondan a los perjuicios concretos sufridos por la víctima.<sup>152</sup> Ello no impide la prueba mediante presunciones, que, como se ha visto, resultan usualmente inevitables respecto del lucro cesante; sin embargo, también ellas deben ser construidas sobre la base de razonamientos explícitos, que cumplan con los requisitos formales de argumentación de los artículos 1712 del Código Civil y 426 del Código de Procedimiento Civil; de lo contrario, la sentencia no cumple con la exigencia del artículo 170 N° 4 de ese ordenamiento y es susceptible de ser anulada por vía de casación en la forma (artículo 768 N° 5).

b) En principio, la indemnización sólo atiende al daño sufrido por la víctima y es ciega a la condición de las partes y a la gravedad del ilícito. Desde un punto de vista estrictamente lógico, es necesario separar la culpa y el daño como condiciones de la obligación indemnizatoria. En virtud del principio de reparación integral del daño patrimonial, *la indemnización considera objetivamente las pérdidas sufridas por la víctima, con prescindencia de la gravedad de la culpa del autor del daño.* En la medida que la indemnización debe poner al demandante en la condición en que se encontraría si no hubiese sufrido el daño, se tiene que considerar el daño efectivamente sufrido, que depende

de ingenuidad próximo a titubarse (Corte de Concepción, 27.5.1964, Rev. Concepción 136, 1966, 85); la idea ha sido expresada en un fallo conceptualmente preciso, que alude a que el lucro cesante exige que los ingresos o utilidades sean 'probables' y no simplemente 'posibles' (Corte de Concepción, 28.8.2002, GJ 266, 210). Sobre la imposibilidad de probar la pérdida de ingresos de un estudiante de derecho accidentado, CS, 14.4.1999, F. del M. 485, 503.

<sup>151</sup> Corte Presidente Aguirre Cerda, 14.3.1988, RDJ, t. LXXXV, sec. 4°, 26; un fallo de la Corte de Punta Arenas estima ese umbral en la base de cálculo del subsidio de cesantía (Corte de Punta Arenas, 7.4.1993, rol N° 7.263, con comentario favorable R. Domínguez A. y R. Domínguez B., en Rev. Concepción 192, 1992, 214). No se puede acusar a las cortes de discrecionalidad, porque parecen haber optado por un baremo mínimo inobjetable.  
<sup>152</sup> Alessandri 1943 561.

naturalmente de las condiciones de vida de la víctima (no es lo mismo chocar un auto nuevo y valioso que otro viejo y en mal estado).<sup>153</sup>

Sin embargo, en la práctica los estándares de la reparación suelen tener una cierta generalidad. Así, por ejemplo, en el caso del costo de recuperación de quien ha sufrido lesiones corporales,<sup>154</sup> no es razonable flexibilizar el estándar hasta llegar al cuidado clínico a que puede aspirar una víctima de gran fortuna. La reparación debe observar ciertos estándares más o menos generales, porque no se puede exigir que el demandado financie tratamientos especialmente inusuales y costosos (*infra* N° 182).

#### e. Daños a las cosas corporales

**172. Aplicación práctica del principio de reparación integral del daño a cosas corporales.** a) El choque de automóviles más usual muestra los diversos conceptos por los que se pueden producir daños patrimoniales en ocasión del daño a una cosa. Si se atribuyen al responsable los costos de la reparación del auto chocado, *la indemnización hace posible la restitución en naturaleza*; el responsable se hace cargo de los gastos necesarios para que el auto del demandante sea repuesto al estado más cercano al que tenía antes del accidente (*supra* N° 163). Pero existe otra medida para el mismo daño: el perjuicio puede ser medido como la diferencia de valor del auto antes y después del accidente. En este caso, la estimación del daño es *puramente patrimonial* y la indemnización tiene por único objeto comparar los dos valores; la avaluación del daño es contable, esto es, patrimonial en sentido estricto.

b) Al daño sufrido por la cosa suelen agregarse otros daños conexos, que tienen efectos patrimoniales. Ante todo, aunque haya sido perfectamente reparado (de modo que su valor de uso sea idéntico), suele ocurrir que por el hecho de ser chocado y luego reparado tenga un valor comercial inferior al que tenía antes del accidente, de modo que debe ser contabilizado a menor valor. Por otra parte, mientras se efectuaba la reparación, el demandante no pudo disfrutar del valor de uso del automóvil. Asimismo, puede ocurrir que el demandante sufra un daño en razón de la destrucción o deterioro de una cosa de que goza a título personal (como arrendatario, por ejemplo). Más extremo es el caso de la cosa que el demandante estaba adquiriendo por medio de un contrato de *leasing*, en cuyo caso puede ocurrir que pierda la opción de adquirirlo a un bajo precio al finalizar el período de financiamiento (*infra* N° 175 b). Todos esos efectos patrimoniales forman parte del daño reparable en virtud del principio de la reparación integral del daño patrimonial.<sup>154</sup>

<sup>153</sup> Alessandri 1943 566.

<sup>154</sup> La mayor dificultad de apreciación del daño se produce cuando concurren pretensiones del propietario con un tercero que tiene un derecho real (usufructo, por ejemplo) o tiene un derecho personal de uso, porque la valoración no debe jamás llevar a una doble indemnización de un mismo daño. En tal caso, es determinante distinguir cuáles perjuicios pertenecen a cada uno de los actores, lo que eventualmente supone incluir en el análisis las reglas contractuales que suelen desplazar el riesgo hacia el propietario (véanse, por ejemplo, artículos 1950 N° 1 y 2000).

Sólo quedan exceptuados ciertos daños que los usos excluyen de la indemnización, por tenerse por incommensurables o no significativos, como ocurre con el tiempo que el demandante debe dedicar a la restitución patrimonial al estado anterior al accidente. Por el contrario, es usual en el derecho comparado que los costos profesionales (abogados, tasadores) formen parte de los daños reparables.<sup>155</sup>

**173. Acciones que pueden surgir del daño a cosas corporales.** a) Como se ha mostrado en el caso introductorio, el daño a las cosas corporales da lugar a acciones indemnizatorias que persiguen dos fines diferentes. Ante todo, el demandante puede pretender que se repare la cosa dañada o que se le reponga con una cosa equivalente a la destruida (*restitution en natura leza*); pero también puede perseguir que se le indemnice la diferencia patrimonial que supone el deterioro o la destrucción de la cosa (*indemnization reparatoria*). En nuestra tradición jurídica no es discutido que quien sufre un daño injusto tiene una acción en naturaleza y una acción propiamente indemnizatoria.<sup>156</sup> Ambas tienen por antecedente el mismo daño, pero sus finalidades son diferentes.

b) La acción dirigida a la restauración de la cosa dañada o a la sustitución de la destruida tiene por fin *reparar en naturaleza al daño causado*. La indemnización debe ser suficiente para que el demandante obtenga una cosa equivalente a la que tenía, sea mediante la reparación de la dañada o mediante el reemplazo de la destruida. Por eso, la medida de la indemnización es el costo de reparación o de adquisición de una cosa con características semejantes.

La acción que persigue la *indemnización del daño estrictamente patrimonial* tiene por fin reparar la pérdida neta de valor. En este caso la indemnización se calcula comparando el valor de la cosa antes y después del accidente; se trata de un cálculo contable fundado en estimaciones. Entre ese valor venal de la cosa reparada (precio de venta) y el de reposición (precio de adquisición) suele haber una diferencia, de modo que, ya por ese concepto, la opción entre una u otra pretensión indemnizatoria no es indiferente a efectos del monto de la indemnización.

<sup>155</sup> Palandt/Heinrichs § 249 38, la inclusión de estos costos como daño se justifica porque son gastos significativos (daño emergente) y además, su reparación es un fuerte incentivo para no litigar de mala fe.

<sup>156</sup> Alessandri 1943 535, Viney/Jourdain 2001 58. En el derecho alemán, en la medida que la restitución en naturaleza sea posible, el actor dispone sólo de esa acción; sin embargo, en la práctica, ella se expresa en la suma de dinero que pone al demandante en situación de cubrir los costos de reposición o reparación (BGB, §§ 249 a 251). Por el contrario, en el *common law*, por regla general, no se dispone de acciones en naturaleza, ni siquiera en materia contractual, de modo que lo usual es que se reconozca una indemnización por la diferencia de valor patrimonial; pero la regla no es absoluta y parece extenderse la acción que tiene por objeto indemnizar el costo de reposición de la cosa. Hamado *cost of cure* (Buttrows 1994 156, respecto de daños a la propiedad inmueble; ídem 160, respecto de otro tipo de cosas). En particular, sobre la acción de reparación en naturaleza, *infra* § 57.

c) En principio, la acción para obtener la restitución a la situación anterior al hecho del responsable es independiente del daño patrimonial contable que el demandante haya sufrido. En el extremo, puede ocurrir que la destrucción de una cosa no disminuya el patrimonio de su propietario, como sería el caso si se quemara una edificación deshabitada en un terreno destinado a la construcción de un nuevo edificio. En principio, la reparación en naturaleza no está sujeta a limitaciones, de modo que en tal caso el actor puede reclamar que se le indemnice el costo de restitución de las construcciones; a menos que la acción sea tenida por abusiva, de acuerdo con los principios aplicables (*infra* § 48).

d) Es interesante recalcar que en el derecho chileno de las obligaciones se reconoce como regla general que la base de la indemnización está dada por el precio de la cosa destruida. Así se infiere de la norma, usualmente desatendida, del artículo 1672, que establece que en caso de destrucción de la cosa imputable a culpa del deudor, este está obligado "al precio de la cosa y a indemnizar al acreedor". En mi opinión, debe entenderse que esta regla establece un principio en materia de determinación del daño, en cuya virtud la indemnización por destrucción de cosas corporales no puede ser inferior a su valor de mercado.

Sin embargo, en el derecho comparado se han desarrollado correctivos para evitar el abuso en casos como el referido; en circunstancias que los principios relevantes son los mismos, debe entenderse que también son aplicables en el derecho chileno (*infra* N° 660).

**174. Tipos de daños a las cosas: deterioro y destrucción.** a) La distinción entre el deterioro y la destrucción de la cosa tiene efectos prácticos. El deterioro da lugar a una pretensión en dinero equivalente al costo de la reparación (restitución) o al menor valor que tiene la cosa luego del daño (reparación de la pérdida patrimonial). En el caso de la destrucción, la indemnización es equivalente al costo de reposición (si se pretende restitución) o al valor venal que tenía la cosa (si la pretensión tiene por objeto la pérdida patrimonial neta).

b) La distinción entre la reparación y la destrucción suele ser pacífica, pero puede ocurrir que el demandante estime que *la cosa debe tenerse por destruida* a pesar de que podría ser reparada. La doctrina ha distinguido tres grupos de razones para que se pueda hablar de destrucción:<sup>157</sup>

- El caso más obvio se presenta cuando el daño es tan severo que es técnicamente imposible la reparación (*daño total en sentido estricto*).
- También puede ocurrir que la reparación sea tan cara y desproporcionadamente mayor respecto del valor de reposición, que la cosa se tiene por destruida, a pesar del interés del demandante de que sea reparada en especie (*daño total en sentido económico*). Aunque en principio se reconozca a la

<sup>157</sup> Los grupos de casos son análogos en los diversos sistemas jurídicos y concuerdan con las buenas prácticas en materia de seguros; la tipología que aquí se sigue es la de Médicus 2002 289, que me ha parecido especialmente clara.

víctima el derecho a exigir la reparación de la cosa específica de su propiedad, esa pretensión puede ser abusiva, lo que ha llevado a que esta 'imposibilidad económica' sea en general reconocida en el derecho comparado.<sup>158</sup>

En general, existen dos criterios para apreciar si la reparación más costosa que la reposición es exigible al responsable. Ante todo, se suele calificar el motivo de la pretensión del demandante, de modo que si existe una *justificación razonable* para exigir la reparación, que descarte el mero capricho o el abuso, se entiende que se ejerce un derecho legítimo,<sup>159</sup> así, se suele entender que el afecto por un animal puede ser una justificación especialmente fuerte para exigir un tratamiento veterinario que le salve la vida, aunque exceda en mucho el precio de otro animal de la misma raza.<sup>160</sup> El segundo criterio restrictivo, que parece más general, es que no haya una *diferencia exorbitante* entre el costo de reparación y de reposición: ante un exceso sustancial, el interés por una genuina reparación en naturaleza (esto es, que la cosa sea reparada), cede frente al interés legítimo del demandado de que la indemnización guarde alguna relación objetiva de valor con el daño.<sup>161</sup>

• Finalmente puede ocurrir que la reparación sea técnica y económicamente posible, pero que no resulte exigible a la víctima que se contenta con la cosa reparada, de modo que la indemnización deba comprender el costo de reposición (*daño total impropio*). Es el caso del auto recién salido

<sup>158</sup> Un desarrollo de esta idea desde la perspectiva del abuso de derecho en *infra* N° 447.

<sup>159</sup> En la jurisprudencia francesa existen opiniones divergentes entre las diversas jurisdicciones acerca de si hay acción por el costo de reparación de la cosa dañada si este excede al valor de reposición; igual divergencia existe en la doctrina, pero se ha delineado una posición en el sentido de que la decisión del demandante de exigir la reparación sólo debe ser reconocida cuando está especialmente justificada (Viney/Jourdain 2001 187). En el derecho inglés se reconoce como legítimo el interés de reparar la cosa cuando es difícil encontrar un bien que lo reemplace; así, por ejemplo, en el caso de un barco que tenía un especial equipamiento, de modo que no era fácil hacerse de una embarcación equivalente (Burrows 1994 163).

<sup>160</sup> En el derecho alemán existe una regla expresa en orden a que se puede reclamar el costo de tratamiento veterinario de un animal, aunque sea sustancialmente superior al precio de reposición (BGR, § 251 II). En el derecho inglés se dio lugar a la acción del propietario de un auto chocado para que se le indemnizara el costo de reparación, a pesar de que excedía en un 50% el valor de sustitución, en atención a que el demandante le había dedicado por largo tiempo un cuidado especial e incluso le tenía un apodo (Burrows 1994 162). Aunque el daño moral por la muerte de animales no sea en general reconocido (*infra* N° 232), el derecho se aprueba (con el propietario) al momento en que se trata de salvarle la vida, aunque el costo del tratamiento exceda su costo de reposición.

<sup>161</sup> El BGR, § 251 II, autoriza pasar por alto la reparación en naturaleza cuando ella sólo se puede materializar a un costo desproporcionado; una regla semejante en el Código, artículo 2058 II. La jurisprudencia alemana estima que resulta desproporcionada una diferencia de más del 30% entre el costo de reparación de un vehículo motorizado y el costo de su sustitución; tratándose de otras cosas se atiende a la legitimidad del interés; los tribunales españoles han estimado que es excesiva una desproporción parecida (Palandt/Henrichs § 249 23, § 251 3; Vicente en Reglero 2002 a 220).

de fábrica que es chocado por hecho imputable a un tercero, en cuyo caso se estima legítimo el interés del dueño de tener un auto nuevo.<sup>162</sup>

c) En cualquiera de los casos anteriores, el obligado a pagar el valor de reemplazo de la cosa deteriorada tiene derecho a que esta le sea transferida, porque de lo contrario habría un enriquecimiento (y un empobrecimiento) injusto. Por otro lado, tampoco es justo que el demandado tenga derecho a exigir que la víctima del accidente quede en poder de la cosa que se tiene por destruida, y que el valor residual se deduzca de la indemnización, porque eso significaría que la víctima del accidente asume el riesgo y la carga de enajenarla.<sup>163</sup>

175. **Criterios para indemnizar el valor de la cosa destruida.** a) La indemnización por la destrucción de una cosa sólo cumple su función restitutoria en la medida que permita al demandante adquirir una cosa de igual valor económico. Esta regla es coherente con el principio de nuestro sistema de responsabilidad por daño a las cosas que establece el precio, esto es, el valor de reposición, como base para la indemnización de una cosa destruida.<sup>164</sup> Para estimar el valor de reposición de la cosa debe tomarse como punto de partida su costo de adquisición a un comerciante serio, que comercie cosas como la destruida (por ejemplo, un comerciante conocido de autos usados).

b) Aunque usualmente la pérdida de la cosa esté asegurada, plantea particulares dificultades la reparación del daño causado a quien está adquiriendo la cosa destruida mediante un *leasing*. En la relación interna del tenedor de la cosa con la empresa de *leasing*, el valor de reposición del automóvil o de la otra cosa que se tenga bajo ese régimen contractual debe ir en beneficio del titular del derecho de opción en proporción al valor ya pagado mediante los cánones periódicos; la solución inversa radicaría el daño en el tenedor de la cosa, lucrándose injustamente la empresa de *leasing*. La pérdida de beneficios tributarios que la destrucción de la cosa pueda irrogar al titular de la opción, es también un daño atribuible al hecho del demandado y debe ser indemnizado de conformidad con el principio de reparación integral.<sup>165</sup>

<sup>162</sup> Un margen entre 1.000 y 3.000 kilómetros recorridos es aceptado por la jurisprudencia alemana para dar lugar a un daño total impropio (Medtrichs 2002 290).

<sup>163</sup> Viney/Jourdain 2001 188; para el derecho chileno, Alessandri 1943 554 y Díez 1997 171, con jurisprudencia que asume que el valor residual de la cosa debe ser deducido de la indemnización (en vez de establecerse el deber de transferencia en compensación al demandado).

<sup>164</sup> En nuestro sistema jurídico, la acción que tiene por objeto que el responsable restituya al afectado a la situación de hecho anterior al accidente, tiene por objeto una obligación de hacer, que se puede ejecutar indistintamente mediante apremio, indemnización o autorización al acreedor para que haga ejecutar lo debido por cuenta del deudor (artículo 1553); la indemnización equivalente al costo de reparación o de reemplazo es del todo coherente con esta última opción que la regla reconoce al actor; véase Corte de Valparaíso, 18.6.1976, en Rev. de Ciencias Jurídicas de Valparaíso 5, 1975, 35 (referido por R. Domínguez Á. y R. Domínguez B. en com. a Corte de Punta Arenas, 7.4.1993, rol N° 7.263, en Rev. Concepción 192, 1992, 214).

<sup>165</sup> Palandt/Henrichs § 249 21.



### 176. Criterios para determinar la indemnización del costo de reparación.

a) La indemnización de los costos de reparación tiene dos posibles bases de cálculo: la primera corresponde a los gastos de reparación efectivos; la segunda, a los gastos estimados. En circunstancias que la víctima tiene la carga de actuar en términos que no gravan innecesariamente al responsable, la indemnización sólo cubre los gastos en que habría incurrido una persona que piensa y actúa razonablemente. Por eso, a menos que el demandado acepte la factura de costos presentada por el demandante, será necesaria una estimación de ese valor de acuerdo con las reglas generales que rigen la prueba. El principio de evaluación considerará el *costo medio necesario* para resituir la cosa a su estado anterior, atendiendo a la manera como actuaría esa persona razonable en consideración a la naturaleza, antigüedad y estado del bien deteriorado.<sup>166</sup>

b) El costo de reparación medio y necesario debe ser indemnizado, aunque el demandante realice la reparación por sí mismo; si bien la indemnización se calcula sobre la base del costo de reparación, el demandante no está obligado a destinar su monto al fin preciso de efectuar la reparación, porque se trata de una obligación de dinero y este sirve a fines esencialmente sustitubles.<sup>167</sup>

**177. Menor o mayor valor comercial de la cosa luego de reparada.** a) Es usual que la reparación de la cosa dañada restituya al demandante en el valor de uso que ella tenía antes del hecho del demandado. Sin embargo, especialmente si el daño ha sido significativo, la cosa suele tener después de la reparación un *valor comercial inferior* al que tenía antes de ser dañada. Es cierto que este menor valor sólo se actualiza si el dueño la vende (y lo más probable es que la diferencia vaya disminuyendo a medida que la cosa se deprecie por el uso y el tiempo); sin embargo, se trata de un daño patrimonial conexo, porque, el activo del patrimonio representado por la cosa reparada pesa menos que cuando estaba intacta. Por eso, este menor valor es una forma de daño emergente y se acepta que sea indemnizado.<sup>168</sup> La doctrina y jurisprudencia chilenas son constantes en reconocer como indemnizable este menor valor.<sup>169</sup>

<sup>166</sup> Así la jurisprudencia francesa (Viney/Jourdain 2001 187). En el caso de los automóviles la jurisprudencia alemana ha estimado que el valor está dado por un taller especializado en la marca (Palandt/Heinrichs § 249 14); esa regla debe ser moderada tratándose de automóviles y de otras cosas antiguas, según los usos públicos y notorios, que muestran que en tales casos las reparaciones son encargadas a talleres no especializados.

<sup>167</sup> Palandt/Heinrichs § 249 7.

<sup>168</sup> Medicus 2002 293, Viney/Jourdain 2001 191.

<sup>169</sup> Alessandri 1943 550; ejemplos jurisprudenciales del principio en Corte de Santiago, 12.8.1943, RDJ, t. XI, sec. 2ª 33; Corte de Santiago, 27.5.1993, RDJ, t. XC, sec. 4ª 106; Corte Presidente Aguirre Cerda, 29.9.1995, RDJ, t. XCII, sec. 2ª 125; Corte de Santiago, 7.9.1999, GJ 231, 135; CS, 2.5.2002 RDJ, t. XCIX, sec. 1ª 67; en contra, puede verse Corte de San Miguel, 19.7.1999, GJ 229, 153.

b) Pero también se puede presentar la hipótesis inversa, en que la *cosa aumentada de valor* luego de la reparación.<sup>170</sup> Es el caso del auto al que se le debe cambiar un motor desgastado por uno nuevo (o más nuevo), de la máquina industrial que queda tecnológicamente actualizada luego de la reparación y, muy especialmente, del edificio réfraccionado o reconstruido luego de un incendio del que es responsable un tercero.

A diferencia de lo que ocurre con el menor valor comercial, existen serias dudas en la doctrina y jurisprudencia comparadas acerca de si la indemnización debe ser disminuida por este concepto. En favor de la deducción del mayor valor, se puede argumentar que habría un enriquecimiento injusto, porque el demandante, a costa del demandado, recibiría más que el daño efectivamente sufrido. Sin embargo, ese mayor valor tiene por causa determinante el hecho del autor del daño y es una consecuencia necesaria de ese hecho, por el cual debe responder. A ello se agrega que puede resultar inexistente respecto de la víctima imponerle que financie ese mayor valor como condición para continuar usando la cosa dañada; puede resultar inícuo, por ejemplo, que el demandante fuera puesto en la situación de vender la cosa para poder enfrentar el costo del mayor valor que esta adquiera a consecuencia de la reparación. Por eso, en el derecho comparado se suele reconocer ese derecho de deducción por el mayor valor que tenga la cosa reparada o repuesta sólo cuando de la sustitución se sigue un beneficio económico real y demostrable, pero teniendo siempre en consideración que el demandante no se vea en la situación forzosa de incurrir en un gasto que no se le puede equitativamente exigir.<sup>171</sup> Alternativamente, se rechaza toda compensación por el mayor valor.<sup>172</sup>

**178. Otros gastos conexos.** La indemnización completa de los costos de reparación comprende los gastos conexos, tales como los presupuestos de reparación (en la medida que sean remunerados), los informes de tasadores y el impuesto al valor agregado que se cargue por el taller de reparación o por el comerciante que vende la cosa que se adquiriera en reemplazo de la destruida, en la medida que deba ser efectivamente soportado por el demandante.<sup>173</sup> En otros sistemas jurídicos el costo medio real de la defensa judicial también es incluido entre los componentes del daño emergente.

<sup>170</sup> Un análisis general del efecto de los beneficios laterales que son consecuencia del hecho que genera la responsabilidad en *infra* § 58 g.

<sup>171</sup> Así lo ha resuelto la jurisprudencia alemana a falta de norma que resuelva la materia; por ejemplo, generalmente se reconoce la deducción en el caso de una edificación que evidentemente requiera reparaciones (Kötr. 1991 174, Palandt/Heinrichs § 249 146) o cuando el demandante va a obtener un beneficio económico de la mejora, como sería el caso de una máquina nueva que agrega eficiencia a la operación (Lange 1990 289). En el mismo sentido, comentando jurisprudencia inglesa que ha negado la deducción porque no se había acreditado beneficio, Burrows 1994 121.

<sup>172</sup> Es el caso del derecho francés (Viney/Jourdain 2001 191).

<sup>173</sup> Ese no es el caso si el propietario del bien dañado es un empresario que tiene créditos suficientes para compensar el impuesto que pague por los servicios de reparación y por las piezas o materiales empleadas (DL 825/1974 sobre impuesto a las ventas y servicios, artículo 23).