

reserva, que invoca el sentido prudencial del juzgador, todo indica que los perjuicios sufridos hasta la muerte de la víctima directa son un crédito que se adquiere por transmisión y los posteriores dan lugar propiamente a daño reflejo.⁴²²

b) El mayor problema jurídico que presenta el daño reflejo es el establecimiento de sus límites: ¿qué intereses de las víctimas mediata son protegidos por el derecho? ¿quiénes son titulares de la acción? ¿cómo concurren los daños reflejos con los sufridos por la víctima directa? Estas son esencialmente cuestiones normativas que plantean difíciles preguntas prácticas, lo que explica que no haya otra materia en el derecho de la responsabilidad civil donde las respuestas del derecho comparado sean más distintas.

b. Daño patrimonial reflejo

226. Daño patrimonial reflejo en caso de que la víctima directa sobreviva.

a) Si la víctima directa del daño corporal sobrevive al accidente, la reparación de los daños patrimoniales (gastos médicos, pérdida de ingresos) debe colocarla en condiciones de hacer frente a cualesquiera cargas y obligaciones, como si no hubiese ocurrido el daño corporal.⁴²³

En consecuencia, quienes recibían apoyo económico de la víctima inmediata no disponen de acción para demandar la reparación de perjuicios patrimoniales por repercusión, porque ya ha sido indemnizada la víctima directa.⁴²⁴ En consecuencia, ese daño debe ser tenido por personal de la víctima directa y no por reflejo de quienes reciben sustento de aquella.

b) Una situación particular podría producirse cuando personas cercanas asumen la carga de cuidar gratuitamente a la víctima incapacitada; sin embargo, todo indica que en este caso el perjuicio directo es sufrido por la propia víctima, quien soporta el daño emergente equivalente a los costos de ese cuidado, y que debe ser valorado aunque sea gratuitamente prestado por quienes le son más cercanos (*supra* N° 185).

Por otro lado, surge también la posibilidad de que personas próximas a la víctima directa (cónyuge, hijos) sufran la pérdida de la ayuda que esta les prestaba en la realización de un trabajo o de una actividad profesional.⁴²⁵ sin embargo, también en este caso es necesario precisar si el reconocimiento a la víctima directa de una suma por concepto de lucro cesante no compensó suficientemente esa pérdida, pues puede presumirse que ese dinero será utilizado por el círculo familiar.

c) Discutible, aunque por diferentes razones, es la situación de los *empleadores y socios* que pierden un colaborador irremplazable y esencial o de

⁴²² Epstein 1999 458.

⁴²³ Referencias doctrinarias en el derecho chileno y comparado en notas a *supra* N° 156.

⁴²⁴ Carbonnier 2000 382.

⁴²⁵ Viney/Jourdain 1998 140.

acreedores que arriesgan el valor de su crédito en razón del accidente sufrido por la víctima directa. En general, en estos casos la pretensión reparatoria plantea dudas acerca de si hay una suficiente proximidad entre el hecho y el daño, que permita calificar este último como directo, porque el hecho del demandado no puede ser calificado como causa adecuada de la pérdida patrimonial que alega el actor (*infra* N° 256).⁴²⁶ La doctrina y jurisprudencia comparadas son en extremo reticentes a reconocer este tipo de acciones, tanto en caso de lesiones como de muerte de la víctima directa.⁴²⁷

227. Daño patrimonial reflejo en caso de que la víctima directa fallezca.

a) Si la víctima directa fallece a consecuencia del accidente, quienes sufren daños patrimoniales a consecuencia de esa muerte pueden demandar su indemnización, como ocurre con los gastos médicos y de entierro y los ingresos que dejan de percibir. Por cierto que la extensión de esta acción dependerá de si la víctima directa alcanzó o no a tener en vida acciones indemnizatorias, que luego transmitió a sus herederos, pues si éste es el caso, la acción personal por el daño patrimonial reflejo personalmente sufrido sólo corre desde la muerte de la víctima directa (*infra* N° 741).⁴²⁸

b) Con la reserva antes indicada, de que los perjuicios patrimoniales anteriores a la muerte conviene tratarlos como daño de la víctima directa (en cuya acción se sucede por transmisión), no enfrenta mayores objeciones el reconocimiento de una acción para exigir la *reparación del daño emergente por repercusión*.⁴²⁹ Éste estará usualmente representado por gastos en que un tercero ha incurrido en beneficio de la víctima o con ocasión de su funeral.

En cuanto a la reparación del *lucro cesante reflejo*, las respuestas deben ser más matizadas y dependen esencialmente del lazo que unía a la víctima

⁴²⁶ Este es el camino adoptado desde antiguo por la jurisprudencia francesa, en un caso relativo a las pérdidas que provocó a un empresario lírico el accidente de un conocido tenor (Cass. civ., 14.11.1958, Gaz. Pal. 1959 I, 31, referido en Ranieri 1999 199).

⁴²⁷ Viney/Jourdain 1998 135, a pesar de un antiguo precedente que dio lugar a la indemnización sufrida por un club de fútbol profesional por las pérdidas sufridas a causa de un accidente de tránsito sufrido por un valioso futbolista; para el derecho alemán, Palandt/Heinrichs § 249 109; en el *common law* no existe acción por muerte o lesiones a un tercero según un antiguo precedente en cuya virtud 'en un tribunal civil no se puede alegar como daño la muerte de otra persona' (*Baker v. Bolton*, 1 Camp. 493, 170 ER 1033, 1808), de modo que las acciones son reconocidas por estatutos legales especiales referidos básicamente a personas que dependían familiarmente de la víctima directa (Epstein 1999 453, Jones 2002 704). Desde una perspectiva comparada, Von Bar 1996 II 195, Ranieri 1999 155.

⁴²⁸ En el derecho norteamericano una preocupación importante es evitar que por la vía de dos acciones distintas se indemnice doblemente un mismo perjuicio (Epstein 1999 458).

⁴²⁹ Incluso en un derecho como el alemán, más bien reacciona a la concesión de acciones a las víctimas por repercusión, la procedencia de la reparación de este daño emergente a los próximos de la víctima directa resulta indiscutible (Deutsch/Ahrens 2002 200).

ma directa con el tercero. Algunos sistemas jurídicos establecen como condición para la reparación del lucro cesante reflejo la existencia de una *obligación legal alimentaria* en favor de la víctima por repercusión, que estuviera vigente y exigible a la época de la muerte, de modo que se ve interrumpida por el accidente.⁴³⁰ En otros sistemas jurídicos se ha extendido esta reparación a personas que carecían de un derecho legal alimentario, pero que *de hecho* recibían periódicamente esas sumas de parte de la víctima directa. Bajo la condición de que los hechos acrediten la razonable expectativa de que esos terceros habrían seguido recibiendo ese apoyo económico en el futuro, se entiende que la asistencia económica regular debe considerarse como una situación jurídica digna de protección,⁴³¹ de este modo, quedan protegidos los intereses serios del conviviente y de 'parientes de hecho'.⁴³²

c) En el *derecho chileno*, como se señaló, algunas leyes sociales reconocen derechos al conviviente de la víctima. También se ha llegado a reconocer como legítimo desde el punto de vista civil, al menos bajo circunstancias ordinarias, el interés del conviviente a obtener reparación (*supra* N° 144). A su vez, la jurisprudencia ha otorgado desde antiguo indemnización por perjuicios reflejos sufridos por personas que carecían de un derecho legal de alimentos, pero que tenían la seria expectativa de recibir apoyo económico en el futuro (aunque ese fin se cumpla con frecuencia utilizando la criticada técnica de incorporar el daño patrimonial en una suma global reconocida a título de daño moral).⁴³³

228. **Avaluación del daño patrimonial reflejo.** a) El *daño emergente* sufrido por el tercero no plantea otras preguntas que las de causalidad (esto es, referidas a si los gastos o pérdidas pueden ser objetivamente atribuidos a las lesiones o a la muerte de la víctima directa).⁴³⁴ Su avaluación se rige, en consecuencia, por las reglas generales de valoración de ese tipo de daño.

⁴³⁰ Así, por ejemplo en Alemania (BGB, § 844 II; Deutsch/Ahrens 2002 200) y Estados Unidos (Prosser/Keeton *et al.* 1984 907).

⁴³¹ Carbonnier 2000 383; Viney/Jourdain 1998 132.

⁴³² Así en Inglaterra (Jones 2002 704) y en España (Lacruz *et al.* 1995 483); según el reciente Código holandés de obligaciones, la reparación se extiende al daño patrimonial sufrido por el conviviente que vivía con el demandante, que tenía una relación familiar de hecho, dependía total o sustancialmente de lo que el fallecido proveía, pudiendo esperarse que así también sucedería en el futuro, y que no pueda sustentarse razonablemente por sí mismo (Cód. hol., § 6.108.1c). Éste es también el caso del derecho francés (Viney/Jourdain 1998 130). La resolución 75/7 del Consejo de Europa adopta el mismo criterio (artículo 15).

⁴³³ CS, 9.9.1946, RDJ, t. XLIV, sec. 1°, 130, que concedió indemnización del daño material por la muerte de un hijo ilegítimo que proporcionaba ayuda pecuniaria al actor; y CS, 4.8.1983, RDJ, t. XXX, sec. 1°, 524, en un caso semejante. Entre los fallos más recientes puede verse Corte de Santiago, 30.12.1999, Cj 234, 203, que indemniza el lucro cesante sufrido por una dueña de casa sostenida por su marido, quien falleció en un accidente laboral.

⁴³⁴ *Infra* N° 252.

b) En cuanto a la avaluación del *lucro cesante reflejo*, se presentan ciertas complejidades adicionales a las planteadas respecto de la víctima directa. En efecto, en este caso el lucro cesante se encuentra sujeto a las incertidumbres relativas a la evolución de los ingresos futuros de la víctima directa y, además, a la probabilidad de que la víctima directa hubiera continuado prestando esa ayuda si el accidente no se hubiese producido (el cambio de fortuna del donante o del receptor de la ayuda; la separación de una unión de hecho; la simple cesación de una ayuda económica voluntaria). Como se podrá comprender, cualesquiera métodos de cálculo son simplemente aproximativos y se fundan esencialmente en la razonable probabilidad del monto futuro de la ayuda y de su prolongación y estabilidad en el tiempo.

Con todo, conviene ser prudente al valorar estas incertidumbres, por que el lucro cesante tiene siempre alguna contingencia, de modo que darlo por probado supone asumir un curso normal u ordinario de los acontecimientos y no una predicción por completo cierta del futuro (*supra* N° 154). Como lo muestra un estudio estadístico de sentencias civiles condenatorias por el daño reflejo que se sigue de la muerte de una persona, sólo en un bajísimo porcentaje de los casos se reconoció el lucro cesante, a pesar de que podía presumirse, por la edad y sexo de la mayoría de las víctimas (hombres entre 18 y 35 años), que en un alto porcentaje contribuían al sustento de sus hogares.⁴³⁵ Así se explica que en el derecho chileno las sumas que se otorgan por la pérdida de sustento económico que se sigue de la muerte de la víctima directa, van generalmente confundidas en una suma global con el daño moral; esta técnica dificulta el análisis de los métodos de avaluación y la comparación de los precedentes judiciales (*supra* N° 170).

c) Si se atribuye un capital como indemnización de los flujos de ingresos que se dejan de recibir, será necesario considerar una suma que razonablemente administrada sea suficiente para cubrir los beneficios de acuerdo al estándar y la posible duración de la ayuda que la víctima por repercusión tenía una razonable expectativa de recibir si la víctima directa no hubiese sufrido el accidente (*supra* N° 186 y 187).⁴³⁶

c. Daño moral reflejo o perjuicio de afectación

229. **Principales preguntas que plantean el shock nervioso y perjuicio de afectación.** a) Las particulares dificultades que plantea el daño moral reflejo o *perjuicio de afectación* se muestra en las disonancias del derecho comparado: ante todo, es discutido que sea en absoluto indemnizable; y, aceptado que lo sea, surgen delicadas preguntas respecto de las condiciones para que

⁴³⁵ Rubio 2005 N° 36 y cuadro estadístico IV 4.2, que muestra que sólo en el 2% de los casos de sentencias condenatorias ejecutoriadas en el período 1985-2004 fue reconocido lucro cesante por repercusión.

⁴³⁶ Jones 2002 705.



proceda su compensación, los criterios que deben utilizarse para valorarlo, la manera de resolver la concurrencia de pretensiones indemnizatorias de diversos actores, el grado de independencia de esta acción frente a las acciones que puedan corresponder (o haber correspondido) a la víctima directa. A su vez, estas cuestiones suelen plantearse de manera diferente respecto del daño afectivo que se sigue de la muerte de la víctima directa que respecto del que se sufre a consecuencia de sus graves lesiones.

b) Sin perjuicio de los argumentos generales para discutir la reparación de cualquier daño moral (*supra* N° 191), en el caso del perjuicio afectivo ha sido planteada la discutible moralidad de llevar a un valor económico los sentimientos hacia las personas más próximas.⁴³⁷ Ello hace que la función del juez al apreciarlo sea particularmente delicada: si concede una suma elevada, arriesga que la censurada comercialización devenga realidad; y si, en cambio, concede una suma exigua, contradice los principios de proporcionalidad en la valoración de los sentimientos humanos.⁴³⁸

Desde el punto de vista activo, podría decirse que estas acciones mantienen vivo el antiguo principio de que la reparación pacifica a la familia de la víctima, cumple la función ancestral de apaciguar las culpas y neutralizar el resentimiento y la venganza.⁴³⁹ Pero esta justificación parece discutible si se atiende a la función compensatoria de la indemnización del daño moral (*supra* N° 197), a la objetivación de la culpa, que cesa de ser un reproche a la persona del responsable (*supra* N° 43), y particularmente, a las hipótesis de responsabilidad estricta, en que la culpa ha dejado de ser siquiera condición de la responsabilidad civil.

En verdad, la crítica actualmente más pertinente a la asignación de un precio al duelo radica en los criterios de evaluación del daño, más que en el hecho de que se conceda una compensación. Pero, como ocurre con todo daño moral, la dificultad de apreciarlo y de establecer sus límites no es razón para excluir a priori su compensación; más aún si también hay razones preventivas en ese sentido.⁴⁴⁰

c) Del daño moral reflejo propiamente tal, que consiste en el perjuicio afectivo y en las cargas personales de cuidado que supone un accidente sufrido por una persona próxima, debe ser distinguido el *shock nervioso* que se sigue de un accidente. En verdad, este es un daño directo, pues se traduce en una patología psicológica, médicamente diagnosticable, a consecuencia del accidente.

También en este caso se plantean problemas acerca de los límites, porque alguna cercanía debe haber entre la víctima del accidente y quien sufre el shock para que este daño sea objetivamente atribuible al hecho inicial del demandado. El tema pertenece típicamente a la causalidad, por lo que será brevemente analizado en ese capítulo (*infra* N° 267).

⁴³⁷ En este sentido, Ripert 1948 I, Esmein 1954 113; en el derecho chileno, J.P. Vergara 2000 68.

⁴³⁸ Viney/Jourdain 1998 47.

⁴³⁹ Carbonnier 2000 385.

⁴⁴⁰ Posner 1992 191, Kötz 1991 194.

d) Aceptado que no hay inconveniente legal ni de principio para indemnizar el perjuicio afectivo, surge la pregunta adicional por la *intensidad* que debe presentar para que sea indemnizable.

Algunos sistemas jurídicos restringen la indemnización a las patologías de carácter clínico, que puedan ser calificadas como daño psiquiátrico, al que se ha hecho referencia en el subpárrafo anterior, y no como daño puramente emocional.⁴⁴¹ De este modo, queda excluida la compensación del daño puramente afectivo y solo se indemniza el shock nervioso.⁴⁴² Por el contrario, esta limitación suele no operar en los sistemas jurídicos donde el daño ha sido definido por la jurisprudencia a partir de una cláusula general, que se entiende comprensiva de cualquier tipo de perjuicio, como es el caso del derecho chileno (artículos 2314 y 2329) y, en general, en los países románicos (*supra* N° 193).

El derecho comparado tiende al reconocimiento de la indemnización del daño moral por la muerte de personas especialmente cercanas; la prueba del perjuicio afectivo suele ser mucho más exigente en caso de meras lesiones.⁴⁴³ Los criterios jurídicos de limitación del daño indemnizable están dados por los requisitos de significación del daño (sólo el perjuicio afectivo significativo es indemnizable) y de causalidad (la relación remota de la víctima principal con la reflexión hace que el daño sea indirecto). En todo sistema jurídico es tarea de los tribunales ir paulatinamente definiendo los requisitos que en concreto deben darse para que el daño afectivo pueda ser tenido, respectivamente, por *relevante* y por *directo*.

e) En el *derecho chileno* existe un amplio reconocimiento de la reparabilidad del perjuicio afectivo que se sigue de la *muerte* de una persona muy cercana. El fallo que tradicionalmente ha sido tenido por líder en materia de indemnización de daño moral se refiere precisamente al dolor causado por la muerte de un hijo menor⁴⁴⁴ (*supra* N° 194).

⁴⁴¹ Von Bar 1996 II 79; expresamente asume este daño el nuevo Código holandés, que no acepta la reparación del daño moral reflejo (Cód. hol., §§ 6.106 y 6.107).

⁴⁴² Es el caso del derecho alemán, incluso después de la reforma de 2002 (BGB, §§ 253 II y 823); sobre la doctrina tradicional en la materia, Kötz 1991 22 y más recientemente Medicus 2002 310; lo mismo rige en los derechos escandinavos (Von Bar 1996 II 189) y en el derecho inglés (Cane/Aiyah 1999 69) y derecho norteamericano, aunque leyes especiales tienden a reconocer daño moral por muerte (Prosser/Keeton *et al.* 1984 940, Abraham 2002 218, Epstein 1999 275 y 455). En Inglaterra, la Cámara de los Lores ha estimado que la víctima secundaria debe cumplir dos condiciones para tener éxito en su acción indemnizatoria: debe haber sufrido un daño psiquiátrico que sea consecuencia de la muerte que ha presenciado y debe tener un particular vínculo de amor o de afecto con la víctima (Jones 2002 167); la ley, sin embargo, reconoce a los parientes más cercanos de la víctima de muerte una suma de £ 10.000, por concepto de *bereavement* (Jones 2002 704). Una especial calificación de la relación que produce daño afectivo (lazos particulares de afecto con la víctima al momento del deceso, además de una relación conyugal o en primer grado de consanguinidad) contiene la resolución 75/7 del Consejo de Europa (artículo 19).

⁴⁴³ Von Bar 1996 II 76.

⁴⁴⁴ CS, 16.12.1922, RDJ, t. XXI, sec. 1°, 1053.

Más exigente ha sido tradicionalmente la reparación del perjuicio afectivo que se sigue de lesiones corporales a la víctima directa. En estos casos, la reparación del daño moral que pretenden los terceros concurre con la acción personal de la víctima. Así se explica la tendencia a exigir, en la práctica, requisitos adicionales respecto de la intensidad del dolor y de la carga emocional, como en cuanto a la prueba de su efectiva materialización.

230. Perjuicio de afección si la víctima directa sobrevive. a) El derecho civil ha sido tradicionalmente reacio a conceder compensación de los perjuicios afectivos si la víctima directa resulta lesionada, pero sobrevive al accidente.⁴⁴⁵ Se trata, esencialmente, de los sufrimientos afectivos provenientes de la contemplación de los padecimientos, del deterioro físico y de la dificultad para sobrellevar las discapacidades sufridas por una persona especialmente cercana.

b) Aunque en principio se acepte indemnizar el daño moral reflejo, hay distintas órdenes de razones para esa reticencia en el caso del perjuicio afectivo que se sigue de lesiones ajenas. Ante todo, hay una diferencia cualitativa entre estos sufrimientos psíquicos y aquellos que pueden sentirse en caso de muerte de la víctima directa. Enseguida, en este caso se produce una concurrencia de acciones de la víctima directa y de quienes alegan perjuicio afectivo, que, esencialmente, reparan el mismo daño (el sufrimiento propio de la víctima y de su entorno familiar más cercano). Adicionalmente, en estos casos resulta difícil discriminar cuáles sufrimientos morales son significativos a efectos de su indemnización: ¿se trata de cualquier sufrimiento o de aquellos que se relacionan con la convivencia diaria con una persona incapacitada a consecuencia del accidente? Finalmente, el perjuicio afectivo es aun más difícil de medir que el daño moral directo, porque no existe respecto de la víctima reflejo el patrón de intensidad del dolor físico y porque su grado depende no sólo de la mayor o menor empatía, sino muy especialmente de la cercanía cotidiana con la víctima directa.

Por eso, la concesión de una compensación por estos daños reflejos suele proceder únicamente cuando los sufrimientos morales de la víctima por repercusión alcanzan una 'gravedad excepcional', que supere la simple pena de ver sufrir a un ser querido.⁴⁴⁶

⁴⁴⁵ Viney/Jourdain 1998 139. Así, por ejemplo, en Alemania (Palandt/Heinrichs § 249 109), aunque esta solución es criticada por la doctrina, con fundamento, especialmente, en los fines preventivos de la responsabilidad civil (Kötz 1991 194). En Francia, fue la posición que tuvieron varias salas de la Corte de Casación hasta los años 60 (Chabas 2000 b N° 92).

⁴⁴⁶ Luego de vacilaciones, la jurisprudencia francesa estableció este requisito de 'excepcional gravedad', pero luego dejó de exigirlo, al menos formalmente (Viney/Jourdain 1998 140, Chabas 2000 b N° 92); la persistencia implícita del criterio se muestra en que los casos citados por la doctrina se refieren al sufrimiento que causa el grave deterioro o invalidez de un hijo o del cónyuge (Viney/Jourdain 1998 141); alguna jurisprudencia española también ha exigido la excepcional gravedad, 'que supere el simple sufrimiento de ver sufrir al ser querido' (Vicente 1994 258). Este criterio fue también consagrado por la resolución 75/7 del Consejo de Europa, cuyo artículo 13 dispone: "El padre, la madre, y el cónyuge

c) Superado el problema de su procedencia, los daños puramente afectivos plantean la cuestión de determinar los titulares de la acción: la lesión corporal de una persona puede producir aflicción en un amplio espectro de familiares y amigos. Aunque no existen reglas uniformes, la tendencia comparada es más bien a restringir el ámbito de los titulares de esta acción al círculo más cercano de la víctima, que sufren cotidianamente los padecimientos del ser querido y que, a la vez, contribuyen a su superación; aunque es una cuestión de hecho que debe probarse, usualmente la acción queda limitada a los padres respecto del hijo y viceversa, y al cónyuge, bajo el supuesto de que convivan y cuiden de la víctima directa.⁴⁴⁷

d) Aunque no se han desarrollado criterios jurisprudenciales explícitos, del análisis de la jurisprudencia se infiere que en el *derecho chileno* las indemnizaciones han sido reconocidas especialmente en dos grupos de casos. Ante todo, cuando la víctima directa resulta gravemente lesionada y existe razón para pensar que el sufrimiento será soportado por el tercero con quien aquélla está íntimamente relacionada.⁴⁴⁸ Asimismo se han reconocido indemnizaciones a los padres cuyos hijos han sido víctimas de delitos sexuales (tanto en casos en que los padres han actuado invocando un interés propio *en vez* de actuar en representación del menor, como en casos en que demandan conjuntamente con el menor).⁴⁴⁹

de la víctima que, en razón de un atentado a la integridad física o mental de esta, padezcan sufrimientos psíquicos, no pueden obtener una reparación de este perjuicio sino en presencia de sufrimientos de un carácter excepcional".

⁴⁴⁷ Como en otras materias, en este aspecto el derecho francés parece ser excepcionalmente laxo (Viney/Jourdain 1998 140).

⁴⁴⁸ Corte de Santiago, 25.5.1945, confirmada por la CS [cas. fondo], 13.6.1946, RDJ, t. XLIII, sec. 1°, 495, en que se concedió indemnización a los padres de una menor por la amargura de verla inválida para toda la vida; Corte de San Miguel, 8.8.1989, RDJ, t. LXXXVI, sec. 4°, 73, que concede indemnización por el daño moral sufrido por el cónyuge de una víctima de un atropello que le produjo lesiones graves que necesitaron tratamiento y curaciones; CS, 16.11.1998, F. del M. 480, 2334, que otorgó una indemnización de \$ 6 millones por heridas sufridas por el hijo menor de la demandante (no hay constancia de que haya demandado el hijo), aunque rechaza la indemnización del daño moral sufrido por la demandante por la muerte del padre natural de su hijo porque "no existe vínculo alguno" entre ella y el occiso; Corte de Copiapó, 6.8.1999, GJ 234, 95, publicada también en F. del M. 493, 2822, en un caso similar al anterior; Corte de Santiago, 17.4.2002, GJ 262, 81, que concedió una indemnización de \$ 40 millones por los sufrimientos de una mujer producidos por la contemplación de las gravísimas lesiones permanentes que sufrió su cónyuge a causa del accidente de un helicóptero; Corte de Santiago, 1.7.2003, GJ 277, 149, que otorga \$ 50 millones como suma global para la madre y el hijo que recibió un disparo en su pecho, resultando prácticamente inválido; Corte de Santiago, 2.10.2003, GJ 280, 138, que indemnizó el daño moral sufrido por el cónyuge de una mujer a quien erróneamente se le diagnosticó el virus del sida.

⁴⁴⁹ CS, 27.1.1998, GJ 211, 57, que otorga \$ 12 millones como suma global al padre y a un menor que fue víctima de una violación sodomítica; CS, 2.12.1998, F. del M. 481, 2737, que otorga \$ 500 mil al padre de la víctima de abusos deshonestos; CS, 7.10.1999, F. del M. 491, 2392, en que se reconocen \$ 4 millones en conjunto a la niña víctima de abusos des-

231. Perjuicio de afeción si la víctima directa fallece. Si la víctima directa fallece, se simplifica la pregunta por la reparación del perjuicio afectivo, tanto porque el daño a las personas más cercanas resulta naturalmente significativo, como porque no existe el riesgo de cúmulo de pretensiones indemnizatorias con la víctima directa. De hecho, la mayoría de los sistemas jurídicos asumen que el perjuicio afectivo que se sigue de la muerte de una persona particularmente próxima es una de las principales manifestaciones del daño moral.

Es una delicada tarea de la jurisprudencia establecer un equilibrio razonable entre los diversos intereses en juego en la reparación del daño afectivo por muerte de otra persona, sobre la base de criterios que permitan definir las preguntas críticas en la materia: *i)* quiénes pueden pretender una reparación; *ii)* cómo concurren o se excluyen las pretensiones cuando existen varios actores; *iii)* cómo se prueba el perjuicio afectivo; y *iv)* cómo se le valora.⁴⁵⁰

a) Titulares de la acción. Una de las preguntas más difíciles del daño afectivo que se sigue de la muerte se refiere a la *extensión de los titulares* de la acción de reparación.⁴⁵¹ La muerte de una persona puede provocar un sufrimiento cierto y profundo en un gran espectro de familiares y amigos. En muchos casos puede resultar incommensurable el conjunto de los terceros cercanos a la víctima que sufren un daño emocional. Por ello, y en circunstancias que no todo dolor puede resultar indemnizable, la pregunta relativa a los límites que el derecho establece al conjunto de titulares de la acción es eminentemente normativa, esto es, se trata de una cuestión de derecho y no de hecho.⁴⁵²

La jurisprudencia nacional tiende a definir los titulares de la acción de acuerdo a la cercanía que dan la relación conyugal y el parentesco, de modo que los parientes más cercanos excluyen a los más remotos. Así, al cónyuge que vivía con la víctima y a los hijos se les suele reconocer conjuntamente derecho a la indemnización; o a los padres, en especial en el caso de hijos menores. Es cierto que hay fallos que también han reconocido indemnización al hermano, pero no resulta fácil encontrar casos en que a un hermano de la víctima le sea otorgada en concurrencia con los padres, hijos o el cónyuge.⁴⁵³ Equitativamente, la jurisprudencia tiende a determi-

honestos y a su padre; CS, 27.3.2003, F. del M. 508, 198, que concede \$ 2 millones al padre y \$ 3 millones a cada niña víctima de abusos sexuales; Corte de Valparaíso, 5.9.2003, GJ 279, 196, que otorga \$ 2 millones al padre de la víctima de sodomía (no demanda el hijo).

⁴⁵⁰ Como en otras materias, la necesidad de una razonable prudencia en esta materia fue objeto de una correcta intuición por Alessandri 1943 464.

⁴⁵¹ Referencias al derecho comparado en C. Domínguez 2000 736.

⁴⁵² Sobre la necesidad de limitar el conjunto de titulares activos de la acción de daño moral por repercusión, véase N° 267.

⁴⁵³ Para ejemplos en que se otorga la indemnización al hermano demandante véanse Corte de Concepción, 7.8.2000, confirmada por CS [cas. fondo], 29.11.2000, GJ 245, 132, publicada también en F. del M. 504, 4202; CS, 4.4.2001, GJ 250, 151, que concede indemnización de \$ 1.000.000 por daño moral a la hermana de la víctima; y Corte de Concepción, 25.10.2005,

nar el o los titulares del derecho a la reparación atendiendo a la relación de familia en su conjunto, sin perjuicio de su distribución entre los miembros del grupo familiar.⁴⁵⁴

Estos principios han sido esencialmente acogidos por el Código Procesal Penal, que regula la titularidad activa de la acción civil de la víctima en rol N° 797-2005, confirmada por CS [cas. fondo], 5.6.2005, rol N° 6118-2005, que concede indemnización de \$ 20.000.000 a cada uno de los dos hermanos de la víctima; pueden consultarse también los casos 2, 19, 32, 33, 60, 82, 100, 106 y 116 del estudio de Rubio 2005, donde sólo en un caso el hermano concurre en la indemnización con los hijos de la víctima (caso 116). Intuitivamente, la jurisprudencia, cuando hay varios demandantes, suele preferir a los parientes más cercanos: Corte de Valparaíso, 20.10.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 2°, 96, que aplica una especie de orden de prelación, privilegiando la familia cercana (cónyuge e hijos); Corte de Chillán, 4.1.2001, confirmada por la CS [cas. forma y fondo], 12.3.2001, GJ 249, 130, que concede indemnización a la hija de la víctima fallecida, pero no a sus nietos y a su yerno.

⁴⁵⁴ Es también la conclusión de Rubio 2005 N° 63. Pueden consultarse, entre las innumerables sentencias publicadas, las siguientes:

- *Por muerte del cónyuge.* Corte de Santiago, 6.7.1925, confirmada por la CS [cas. fondo], 14.4.1928, RDJ, t. XXVI, sec. 1°, 141; Corte de Valparaíso, 10.8.1998, F. del M. 478, 1795; Corte de Valparaíso, 22.5.2001, confirmada por CS [cas. fondo], 25.9.2001, F. del M. 502, 2784; y CS, 29.1.2002, GJ 259, 17, publicada también en F. del M. 498, 660.

- *Por muerte del hijo.* CS, 16.12.1922, RDJ, t. XXI, sec. 1°, 1053, en el fallo que generalmente es aceptado como el caso líder en materia de indemnización del daño moral; CS, 18.12.1926, RDJ, t. XXIV, sec. 1°, 567; CS, 3.7.1930, RDJ, t. XXVIII, sec. 1°, 117; CS, 3.8.1992, RDJ, t. XXIX, sec. 1°, 549; Corte de Santiago, 13.4.1989, confirmada por la CS [cas. fondo], 3.8.1940, RDJ, t. XXXVIII, sec. 1°, 239; Corte de Santiago, 26.5.1944, RDJ, t. XLI, sec. 2°, 41; Corte de Santiago, 9.1.1946, RDJ, t. XLIV, sec. 2°, 4; Corte de Temuco, 25.6.1963, RDJ, t. LX, sec. 4°, 290; CS, 28.6.1966, RDJ, t. LXIII, sec. 1°, 234; CS, 22.4.1998, GJ 214, 115, publicado también en F. del M. 473, 342; Corte de Talca, 21.10.1998, confirmada por la CS [cas. fondo], 28.1.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 4°, 71; Corte de Santiago, 9.6.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 2°, 46; 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; Corte de Concepción, 3.4.2001, GJ 261, 80; CS, 13.9.2001, GJ 255, 113, publicada también en F. del M. 502, 2752; Corte de Santiago, 14.1.2002, confirmada por la CS [cas. fondo], 7.1.2003, GJ 271, 96; Corte de Santiago, 23.9.2003, GJ 279, 121; y Corte de Concepción, 25.10.2005, rol N° 797-2005, confirmada por CS [cas. fondo], 5.6.2006, rol N° 6118-2005.

- *Por muerte del hijo y del cónyuge.* Corte de Santiago, 16.9.1931, confirmada por la CS [cas. forma y fondo] 14.3.1933 y 16.12.1933, RDJ, t. XXXI, sec. 1°, 144; CS, 13.4.1999, F. del M. 485, 302; y Corte de Concepción, 23.8.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 4°, 199.

- *Por muerte del padre y cónyuge.* CS, 24.10.1968, RDJ, t. LXV, sec. 4°, 293; Corte de Valparaíso, 27.4.1998, GJ 214, 93; Corte de Santiago, 26.9.2000, GJ 243, 83; Corte de Valparaíso, 17.4.2002, GJ 265, 141; Corte de Copiapó, 28.6.2002, GJ 268, 133; y Corte de Santiago, 30.5.2003, GJ 275, 97.

- *Por muerte de uno o ambos padres.* CS, 28.12.1981, RDJ, t. LXXVIII, sec. 4°, 235; CS, 15.12.1983, RDJ, t. LXXX, sec. 1°, 128; CS, 11.4.1995, F. del M. 437, 210, caso en que los hijos de la víctima tienen tres y seis meses de edad, respectivamente; CS, 7.10.1999, F. del M. 491, 2332; y CS, 21.8.2002, F. del M. 501, 2022.

- *Por muerte de un hermano o hermana.* Corte de Santiago, 22.5.1991, GJ 131, 92; Corte de Concepción, 7.8.2000, confirmada por CS [cas. fondo], 29.11.2000, GJ 245, 132, publi-

caso de muerte del ofendido y cuando éste no puede ejercer sus derechos; a tal efecto concede acción: i) al cónyuge y a los hijos, ii) a los ascendientes, iii) al conviviente, iv) a los hermanos y v) al adoptante y al adoptado, entendiendo que entre los diversos grupos existe un orden de prelación, de manera que las personas pertenecientes a una categoría excluyen a las de las categorías siguientes (artículo 59 II en relación con artículo 108).

Despejada la pregunta acerca de la legitimidad del interés indemnizatorio del conviviente (*supra* N° 144), también se reconoce acción a quienes no tienen relaciones fundadas en matrimonio o carecen de parentesco legalmente establecido, si prueban una relación de hecho de la que se pueda inferir un perjuicio afectivo serio.⁴⁵⁵

b) **Concurrencia de pretensiones indemnizatorias.** El enfoque jurisprudencial en concreto para determinar quiénes pueden tener derecho a compensación por el perjuicio afectivo es especialmente relevante al momento de dirimir la *concurrencia de pretensiones indemnizatorias* de diversas personas, que tienen vínculos de distinta naturaleza con la víctima directa. En verdad, la determinación de quiénes tienen derecho a reclamar indemnización por la muerte de otra persona envuelve una opción respecto de quienes se posponen, como se ha visto en el subpárrafo anterior.

La pregunta no puede ser contestada mecánicamente, sobre la base de asumir que cada cual que sufre un perjuicio personal debe ser indemnizado, con las solas exigencias de que sea cierto y relevante.⁴⁵⁶ Lo cierto es

cada también en F. del M. 504, 4202; Corte de Iquique, 15.11.2000, confirmada por la CS [cas. fondo], 4.4.2001, GJ 250, 151; y Corte de Concepción, 25.10.2005, rol N° 737-2005, confirmada por CS [cas. fondo], 5.6.2006, rol N° 6118-2005.

• Por muerte de un *niño* CS, 19.10.1981, F. del M. 275, 480.

• Por muerte de un *hermano natural*: Corte de Santiago, 26.12.1983, RDJ, t. LXXX, sec. 4°, 151.

⁴⁵⁵ Por ejemplo, CS, 15.12.1983, RDJ, t. LXXX, sec. 1°, 128, donde se resuelve que el daño moral causado por el sufrimiento de la víctima inmediata, puede ser demandado por terceros "aun cuando no sean sus herederos o parientes"; Corte de Santiago, 26.6.1945, G. de los T., 1945, 1° sem., N° 45, 232, que resuelve la muerte de una mujer con quien el demandante se encontraba unido sólo por matrimonio religioso; para el caso de la conviviente, *supra* N° 144; véase también CS, 16.4.1998, F. del M. 473, 301 y Corte de Concepción, 19.8.2003, confirmada por la CS [cas. fondo], 24.12.2003, GJ 282, 61. Por el contrario, alguna jurisprudencia ha rechazado la indemnización demandada por la concubina a raíz de la muerte de su pareja sobre la base de la inexistencia de parentesco entre ambos (Corte de Concepción, 20.5.2002, GJ 270, 160).

⁴⁵⁶ Al respecto se podría argumentar, por ejemplo, que el artículo 2929 ordena indemnizar todo daño que haya sufrido cualquiera víctima, de modo que si éstas son numerosas, como puede ocurrir en el caso de una familia extensa, cada una tendría derecho a título personal a una indemnización total del perjuicio sufrido. Esa línea de argumentación es contradictoria con la reticencia que el Código Civil mostró respecto de la indemnización del daño moral y extrapola una norma, que tiene por función establecer una presunción de responsabilidad, hacia una doctrina acerca de la extensión del daño.

que el daño moral afectivo expresa, en un sentido muy potente, la *fortaleza del grupo familiar*.⁴⁵⁷ Por otra parte, su explosión incontrolada amenaza aumentar más allá de lo previsible los riesgos asociados a las más diversas actividades.⁴⁵⁸

Los sistemas jurídicos comparados muestran una extrema dispersión en la materia, que es indicio de los problemas normativos que plantea la pregunta: algunos asumen una actitud radicalmente escéptica, que desconoce toda acción por el perjuicio puramente afectivo sufrido por los deudos;⁴⁵⁹ otros reducen el perjuicio afectivo indemnizable al círculo familiar restringido, evitando que los titulares se multipliquen, para lo cual usualmente la titularidad activa está determinada por las normas sobre sucesiones;⁴⁶⁰ en el otro extremo, no existe criterio general alguno para limitar el conjunto de beneficiarios ni los requisitos de procedencia de la reparación.⁴⁶¹

Cualquiera solución jurisprudencial es necesariamente *de lege ferenda*, como lo fue en su momento el reconocimiento de la reparación del daño moral. Para ello es necesario, alternativamente, establecer como indemnización una suma global para el grupo familiar en su conjunto, o establecer

⁴⁵⁷ Carbonnier 2000 385.

⁴⁵⁸ Viney/Jourdain 1998 48, con énfasis, además, en los efectos en los costos ordinarios de los seguros.

⁴⁵⁹ Es el caso de Alemania (Medicus 2002 810) y, en general, de los países germánicos, incluidos los escandinavos (Von Bar 1996 II 189). El *common law* tradicionalmente negó toda acción en caso de muerte de la víctima (Prosser/Keeton *et al.* 1984 940). Por eso, el desarrollo de acciones por *wrongful death* pertenece esencialmente al derecho legislado; en Inglaterra, bajo la *Fatal Accidents Act* de 1976, un cónyuge puede reclamar una indemnización de £ 10.000 por la muerte del otro o los padres por la de sus hijos menores; la ley no reconoce acción por daños corporales de terceros (Críticos Cane/Ayiah 1999 74). En Estados Unidos la situación es difícil de comprender, porque la legislación estatal ha reconocido acciones hereditarias (que comprenden el daño moral sufrido por la víctima), acciones directas (que se refieren al daño moral personal de las personas más cercanas) o ambas a la vez (Prosser/Keeton *et al.* 1984 945); en general, los beneficiarios son quienes tienen título de heredero y, a diferencia de Inglaterra, las indemnizaciones, por lo general, no están fijadas por la ley, aunque a veces se fijan límites máximos (Abraham 2002 219).

⁴⁶⁰ Como es el caso español (Vicente en Reglero 2002 a 256, Pantaleón 1989 646), y de la resolución 75/7 del Consejo de Europa, que los limita al padre, madre, cónyuge, novio e hijos de la víctima (artículo 19). Criterio análogo sigue el Código Procesal Penal (artículo 59 II en relación con artículo 108).

⁴⁶¹ Es específicamente el caso del derecho francés, donde la jurisprudencia ha eliminado la exigencia de sufrimientos de carácter excepcional en la víctima de repercusión y ha extendido la titularidad activa de la acción de responsabilidad de una manera que la doctrina estima descontrolada (Viney/Jourdain 1998 172, Chabas 2000 b N° 91). El problema que plantea la pregunta se muestra en los numerosos lugares en que una obra, que ha sido influyente en la progresiva transformación de la responsabilidad civil en una deuda de reparación del daño en el derecho francés, se refiere a las dificultades que plantea la concurrencia de pretensiones indemnizatorias por perjuicio afectivo (Viney/Jourdain 1998 26, 49, con referencia al principio *non bis in idem*, advirtiendo que no debe expandirse en cuanto a los titulares y a la cantidad; y argumentando que si se ejerce por muchos la indemnización se reparte, *idem* 146).

un orden de prelación en que los familiares más cercanos excluyen a los más remotos.⁴⁶² Estos criterios de limitación son consistentes con alguna legislación especial en materia previsional y muy especialmente en las normas referidas del Código Procesal Penal,⁴⁶³ asimismo, cuentan con respaldo jurisprudencial en los derechos chileno⁴⁶⁴ y comparado.⁴⁶⁵ En el fondo, de acuerdo con este criterio generalizado de determinación del perjuicio afectivo, se atribuye a su indemnización una función compensatoria respecto del grupo de personas más cercanas a la víctima, aunque el total sea descompuesto en partidas individuales de daño.

c) **Prueba del perjuicio afectivo.** Los tribunales tienden a inferir el perjuicio afectivo de la cercanía del parentesco o de la relación conyugal,

⁴⁶² Así debe entenderse la invocación a las órdenes de sucesión en CS, 29.11.2000, GJ 245, 132; con referencia expresa a la familia nuclear como beneficiarios de la reparación por daño reflejo, Corte de Valparaíso, 22.3.2005, GJ 300, 147.

⁴⁶³ Código Procesal Penal, artículo 59 II en relación con artículo 108.

⁴⁶⁴ Así, Corte de Valparaíso, 20.10.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 2ª, 95, con referencia a legislación especial de las leyes N° 16.643 y 16.744, que siguen el criterio de que debe existir un orden de prelación entre los parientes, encontrándose en primer lugar el cónyuge y los hijos; el fallo fue confirmado por la Corte Suprema con expresa referencia a que las indemnizaciones no debían acumularse indefinidamente y que deben estimarse titulares de la acción quienes conforman el círculo de vida más cercano del difunto, como la cónyuge y los hijos (CS, 29.5.2002, rol N° 4784-2000). Un criterio similar se sigue en Corte de Concepción, 4.11.1997, F. del M. 481, 2600. En numerosos fallos se ha establecido una indemnización por el daño afectivo sufrido por varios demandantes en la forma de una suma global para todos ellos: CS, 27.1.1998, GJ 211, 57; Corte de Valparaíso, 10.8.1998, F. del M. 478, 1795; Corte de Santiago, 25.9.1998, RDJ, t. XCVI, sec. 4ª, 48; Corte de Concepción, 23.8.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 4ª, 199; Corte de Santiago, 28.10.1999, GJ 232, 195; Corte de Santiago, 17.1.2000, GJ 235, 199; Corte de San Miguel, 3.4.2000, confirmada por la CS [cas. forma y fondo], 24.1.2001, GJ 247, 134; Corte de Talca, 3.6.2000, confirmada por la CS [cas. fondo], 19.12.2000, GJ 246, 129, publicada también en F. del M. 505, 4813; Corte de Concepción, 7.8.2000, confirmada por la CS [cas. fondo], 29.11.2000, GJ 245, 132, publicada también en F. del M. 504, 4202; Corte de Chillán, 10.8.2000, confirmada por la CS [cas. fondo], 24.10.2000, GJ 244, 98, publicada también en F. del M. 503, 3498; Corte de Santiago, 26.9.2000, GJ 243, 83; Corte de Chillán, 4.1.2001, confirmada por la CS [cas. forma y fondo], 12.8.2001, GJ 249, 130; CS, 6.1.2002, GJ 271, 186; Corte de Valparaíso, 17.4.2002, GJ 265, 141; Corte de Copiapó, 28.6.2002, GJ 268, 133; y Corte de Antofagasta, 13.12.2002, GJ 270, 183.

⁴⁶⁵ Para el sustento doctrinario de este criterio, Mazeaud *et al.* 1963 I N° 243, Viney/Jourdain 1998 172. En España, como se ha señalado, la jurisprudencia ha tomado el camino de restringir el universo de titulares de la acción aplicando las reglas del derecho sucesorio, lo que conceptualmente es criticado por la doctrina (Vicente en Reglero 2002 a 256, Pantaleón 1989 646); sin embargo, lo decisivo a estos efectos es la tendencia implícita a reconocer como titular del derecho de reparación a la familia, en el sentido amplio comprensivo de la familia de hecho (Vicente 1994 228), estableciéndose un orden de prelación que, sucesivamente, comienza por el cónyuge y los hijos y concluye con los hermanos (Pantaleón en Paz-Ares *et al.* 1991 2000). El mismo criterio es seguido por códigos europeos contemporáneos, como el griego, que reconoce acción a la familia de la víctima directa, y el portugués, que establece un orden de precedencia para los titulares de la acción análoga al del derecho sucesorio.

a menos que haya prueba en contrario.⁴⁶⁶ Todo indica que a medida que el parentesco se distancia del primer grado, la prueba de la relación afectiva y existencial del demandante con la víctima directa debe sostenerse en hechos y no en presunciones que se siguen de la mera relación de parentesco. En el caso de la relación conyugal, resulta determinante para construir la presunción que esté acompañada de una convivencia efectiva. En los demás casos, los problemas probatorios del daño afectivo son los que han sido analizados en general respecto del daño moral (*supra* § 24 d).

d) **Avaluación del perjuicio afectivo.** En la avaluación del daño afectivo se plantean las dificultades generales de avaluación del daño moral, que han sido analizadas con detalle al tratar en general de los daños no patrimoniales (*supra* § 24 d): la subjetividad de la avaluación, el carácter punitivo de la indemnización (que se muestra en la consideración de la fortuna del obligado y de la gravedad de la culpa) y la ausencia de criterios formales o informales que permitan una comparación objetiva de las sumas asignadas a título de indemnización.⁴⁶⁷

A estas dificultades se agrega, en el caso del perjuicio que se sigue de la muerte de una persona, que la indemnización del daño moral también suele cumplir, en la práctica, una función compensatoria de los perjuicios patrimoniales de la víctima de repercusión, en la medida que su valoración da amplia libertad al juez, de conformidad con las prácticas vigentes, mientras la prueba del lucro cesante es sometida a fuertes exigencias probatorias (*supra* N° 170).

En consecuencia, no es fácil la comparación mecánica de las indemnizaciones que la jurisprudencia reconoce por el perjuicio afectivo que se sigue de la muerte de una persona. Así y todo, resulta evidente que la dispersión es comparable con la que se produce respecto del daño moral por las lesiones corporales sufridas por la víctima directa (*supra* N° 201).⁴⁶⁸

⁴⁶⁶ Para ejemplos en que el daño moral simplemente se asume del matrimonio o parentesco: CS, 14.4.1999, F. del M. 485, 503; CS, 16.3.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 4ª, 64, publicada también en F. del M. 496, 284; Corte de Concepción, 7.8.2000, confirmada por la CS [cas. fondo], 29.11.2000, GJ 245, 132, publicada también en F. del M. 504, 4202; Corte de Santiago, 26.9.2000, GJ 243, 83; Corte de Iquique, 15.11.2000, confirmada por CS [cas. fondo], 4.4.2001, GJ 250, 151; Corte de Santiago, 28.3.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 2ª, 24; CS, 13.9.2001, GJ 255, 113, publicada también en F. del M. 502, 2752; Corte de Santiago, 10.7.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 2ª, 83; Corte de Santiago, 7.8.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 2ª, 96; Corte de Santiago, 1.12.2003, GJ 282, 222; y Corte de Concepción, 19.8.2003, confirmada por la CS [cas. fondo], 24.12.2003, GJ 282, 61. Incluso, se ha negado lugar a la demanda precisamente porque no se acreditó el parentesco que permitiera presumir el daño moral (CS, 4.8.1998, RDJ, t. XCV, sec. 4ª, 120, publicado también en GJ 218, 96, y F. del M. 477, 1423; Corte de Concepción, 20.5.2002, GJ 270, 160).

⁴⁶⁷ Una ordenación de fallos en atención a los criterios de valoración del perjuicio afectivo en M. Letelier 1994 72.

⁴⁶⁸ Así, la jurisprudencia publicada muestra, en un período de cinco años (1998-2003), que se han concedido indemnizaciones por el perjuicio de afectación por las sumas que se indican:

• Por muerte de hijo: CS, 13.9.2001, GJ 255, 113, publicada también en F. del M. 502, 2752, \$ 2 millones en homicidio en ríña en zona rural; CS, 16.3.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 4ª, 64, publicada también en F. del M. 496, 284, en una violación y homicidio de un menor se con-

Cualesquiera sean las justificaciones concretas que en cada caso se siguen de los hechos de la causa (especialmente el bolsillo del demandado y la gravedad de los hechos),⁴⁶⁹ las diferencias abismales entre las indemnizaciones concedidas en relaciones de parentesco semejantes son difíciles

dena a tres de los cuatro demandados a pagar cada uno a ambos padres \$ 2 millones y al cuarto \$ 3 millones; Corte de Concepción, 3.4.2001, GJ 261, 80, \$ 5 millones en accidente de tránsito; Corte de Santiago, 11.11.1997, confirmada por CS [cas. fondo], 16.4.1998, F del M. 473, 324, \$ 5 millones para cada uno de los padres de una mujer fallecida en un accidente del tránsito y \$ 15 millones para su cónyuge y sus dos hijos, individualmente; Corte de Concepción, 3.4.2001, confirmada por la CS [cas. fondo], 27.3.2002, GJ 261, 80, \$ 5 millones para los padres de un joven muerto en un accidente y la misma suma para la madre de otra víctima; Corte de Concepción, 19.8.2003, confirmada por la CS [cas. fondo], 24.12.2003, GJ 282, 61, \$ 5 millones para cada uno de los padres de un joven muerto por el disparo de un carabiniere en una aglomeración pública, también se otorgaron \$ 7 millones a su conviviente, \$ 13 millones a su hija y \$ 1 millón a cada uno de sus cinco hermanos; CS, 22.4.1998, GJ 214, 115, publicado también en F del M. 473, 342, \$ 7 millones por muerte en un accidente del tránsito; Corte de Chile, 10.8.2000, confirmada por CS [cas. fondo], 24.10.2000, GJ 244, 98, publicada también en F del M. 503, 3498, \$ 10 millones por accidente del trabajo, otorgados a todo el grupo familiar; CS, 6.6.2002, GJ 264, 166, publicada también en F del M. 500, 1555, \$ 10 millones en accidente de tránsito, también se otorgaron \$ 2 millones a cada uno de los dos hermanos, además se otorgó \$ 1 millón a la víctima de lesiones; Corte de Santiago, 10.7.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 2°, 83, \$ 10 millones a ambos padres en un caso de muerte de un recién nacido; Corte de Talca, 21.10.1998, confirmada por la CS [cas. fondo], 28.1.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 4°, 71, \$ 20 millones en un caso de negligencia médica; CS, 23.12.2002, F del M. 505, 4452, \$ 25 millones por la muerte de un hijo en un accidente de tránsito causado por exceso de velocidad; Corte de Santiago, 6.5.2002, GJ 263, 194, \$ 26 millones para el padre de un joven fallecido en un accidente del trabajo; Corte de Antofagasta, 15.12.2001, GJ 273, 95, \$ 30 millones en un accidente del tránsito, otorgados a ambos padres como suma global; Corte de Santiago, 14.1.2002, confirmada por la CS [cas. fondo], 7.1.2003, GJ 271, 96, \$ 30 millones en muerte por inmersión en piscina municipal, otorgados al padre demandante; Corte de Santiago, 1.12.2003, GJ 282, 222, \$ 30 millones otorgados a ambos padres de un joven asesinado; CS, 15.4.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 4°, 95, publicada también en F del M. 485, 449, \$ 40 millones otorgados a la madre de una mujer embarazada víctima de un homicidio; Corte de Santiago, 23.9.2003, GJ 279, 121, \$ 50 millones en un caso donde un carabiniere disparó en el cráneo a un detenido que se encontraba esposado e inmovilizado; 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, \$ 100 millones en violación y homicidio de hija de cuatro años de edad, otorgados a ambos padres como suma global; y Corte de Concepción, 25.10.2005, rol N° 737-2005, confirmada por CS [cas. fondo], 5.6.2006, rol N° 6118-2005, \$ 100 millones a cada uno de los padres en accidente de tránsito ocurrido por el mal estado de un puente.

⁴⁶⁹ Especialmente relevante parece ser el primer criterio, como se muestra en que la menor suma concedida (\$ 500 mil por la muerte del padre) tiene por antecedente un homicidio cometido por un trabajador manual de ingresos limitados, como expresa la propia sentencia (CS, 19.5.1999, F del M. 486, 730); mientras que el mayor (\$ 80 millones a la cónyuge y \$ 30 millones para cada uno de las dos hijas) se originó en un accidente del trabajo del que se tuvo por culpable a la empresa demandada, a pesar de la expresa declaración de culpa concurrente de la víctima (Corte de Valparaíso, 27.4.1998, GJ 214, 93).

mente compatibles con la idea de justicia correctiva, que atiende objetivamente a la gravedad del daño, y de justicia en sentido formal, que exige que casos análogos sean fallados de manera semejante. Lo dicho acerca de la necesidad de compatibilizar una cierta objetivación del parámetro de

• *Por muerte de cónyuge*: CS, 13.4.1999, F del M. 485, 302, \$ 3 millones para la cónyuge y \$ 1 millón para cada uno de los tres hijos de víctima de accidente de tránsito; CS, 3.6.2002, GJ 264, 114, \$ 5 millones en homicidio, también se otorgaron \$ 3 millones a víctima de lesiones del mismo hecho; Corte de Valparaíso, 10.8.1998, F del M. 478, 1795, \$ 8 millones para el cónyuge demandante en un caso de accidente del tránsito; Corte de Valparaíso, 22.5.2001, confirmada por CS [cas. fondo], 25.9.2001, F del M. 502, 2784, \$ 10 millones para el cónyuge demandante en un caso de homicidio; CS, 29.1.2002, GJ 259, 17, publicada también en F del M. 498, 660, \$ 10 millones para cónyuge de víctima de una accidente; Corte de Chile, 10.8.2000, confirmada por CS [cas. fondo], 24.10.2000, GJ 244, 98, publicada también en F del M. 503, 3498, \$ 10 millones como suma global para la cónyuge e hijos de víctima de accidente del trabajo; Corte de Santiago, 11.1.1997, confirmada por CS [cas. fondo], 16.4.1998, F del M. 473, 324, \$ 15 millones para su cónyuge y cada uno de sus dos hijos y \$ 5 millones para cada uno de los padres de una mujer fallecida en accidente del tránsito; Corte de Santiago, 30.12.1999, GJ 234, 203, \$ 10 millones para la cónyuge e hijo de una víctima de accidente del trabajo; Corte de Santiago, 26.9.2000, GJ 243, 83, \$ 15 millones para hijos y cónyuge de mujer fallecida por negligencia de hospital, otorgados como suma global; Corte de Santiago, 30.5.2003, GJ 275, 97, \$ 20 millones para la cónyuge y \$ 10 millones para cada uno de los tres hijos de una víctima de falta de servicio municipal; CS, 6.1.2002, GJ 271, 186, \$ 30 millones en accidente del trabajo otorgados a la cónyuge e hijos; Corte de Copiapó, 28.6.2002, GJ 268, 133, \$ 30 millones en infección intrahospitalaria, otorgados a cónyuge e hijos como suma global; CS, 14.4.1999, F del M. 485, 503, \$ 50 millones a cónyuge en accidente de tránsito, también se otorgaron \$ 20 millones a cada uno de los tres hijos y \$ 70 millones a otro hijo que sufrió lesiones en el accidente; Corte de San Miguel, 3.4.2000, confirmada por CS [cas. forma y fondo], 24.1.2001, GJ 247, 134, \$ 30 millones para el cónyuge de la víctima de un accidente del tránsito causado por exceso de velocidad e influencia alcohólica, y \$ 30 millones para los hermanos de otra víctima, como suma global para ambos; Corte de Antofagasta, 13.12.2002, GJ 270, 183, \$ 50 millones para la cónyuge y los dos hijos de un trabajador muerto en un accidente; Corte de Valparaíso, 17.4.2002, GJ 265, 141, \$ 80 millones como suma global para la cónyuge y los tres hijos de una víctima de un accidente del tránsito causado por un conductor ebrio; Corte de Concepción, 10.8.2000, confirmada por la CS [cas. forma y fondo], 24.1.2002, GJ 259, 38, \$ 70 millones para el cónyuge y \$ 40 millones para cada uno de los hijos, en un caso de responsabilidad de un hospital público; Corte de Valparaíso, 27.4.1998, GJ 214, 93, \$ 80 millones para la cónyuge y \$ 50 millones para cada una de las hijas de una víctima de un accidente; Corte de Santiago, 7.8.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 2°, 96, 1.500 UF para cónyuge e hijos en accidente laboral.

• *Por muerte de padre*: CS, 19.5.1999, F del M. 486, 730, \$ 500 mil para el hijo de una víctima de homicidio; CS, 13.4.1999, F del M. 485, 302, \$ 1 millón para cada uno de los tres hijos y \$ 3 millones para la cónyuge de la víctima de un accidente del tránsito; Corte de Santiago, 11.11.1997, confirmada por CS [cas. fondo], 16.4.1998, F del M. 478, 324, \$ 15 millones para cada uno de los dos hijos y el cónyuge, y \$ 5 millones para cada uno de los padres de una mujer fallecida en un accidente del tránsito; Corte de Santiago, 30.12.1999, GJ 234, 203, \$ 10 millones para el hijo y la cónyuge de una víctima de un accidente del trabajo; Corte de Concepción, 19.8.2003, confirmada por la CS [cas. fondo], 24.12.2003, GJ 282, 61, \$ 13 millones para la hija por disparo de un carabiniere en aglomeración pública, también se otorgaron \$ 7

valoración del daño moral, con la tolerancia a la consideración justificada de las circunstancias del caso, también vale para el perjuicio afectivo que se sigue de la muerte (*supra* N°s 202 y 208).

232. Extensión del perjuicio de afección a animales y cosas. Finalmente, en materia de daño moral de afección es necesario referirse a una tendencia jurisprudencial que en algunos sistemas jurídicos ha expandido con liberalidad el "objeto de la afección lesionado". El resultado ha sido que la compensación de este perjuicio haya llegado a límites que habrían resultado asombrosos cuando comenzó a discutirse si el daño moral era indemnizable. Así, incluso se ha entendido que es reparable el

millones para la conviviente, \$ 5 millones para cada uno de sus padres, y \$ 1 millón a cada uno de sus cinco hermanos; Corte de Santiago, 26.9.2000, GJ 243 83, \$ 15 millones para hijos y cónyuge de mujer fallecida por negligencia de hospital, otorgados como suma global; Corte de Santiago, 30.5.2003, GJ 275, 97, \$ 10 millones para cada uno de los tres hijos y \$ 20 millones para la cónyuge de una víctima de una falta de servicio municipal; CS, 6.1.2002, GJ 271, 186, \$ 30 millones en accidente del trabajo otorgados a la cónyuge e hijos; Corte de Copiapó, 28.6.2002, GJ 268, 133, \$ 30 millones en infección intrahospitalaria, otorgados a cónyuge e hijos como suma global; Corte de Concepción, 20.5.2002, GJ 270, 160, \$ 40 millones en un caso de socorro; CS, 14.4.1999, F. del M. 485, 503, \$ 20 millones a cada uno de los tres hijos de una víctima de un accidente de tránsito, también se otorgaron \$ 50 millones a la cónyuge y \$ 70 millones a otro hijo que sufrió lesiones en el accidente; Corte de Antofagasta, 13.12.2002, GJ 270, 183, \$ 50 millones para la cónyuge y los dos hijos de un trabajador muerto en un accidente; Corte de Valparaíso, 17.4.2002, GJ 265, 141, \$ 80 millones como suma global para la cónyuge y los tres hijos de una víctima de un accidente del tránsito causado por un conductor ebrio; Corte de Concepción, 10.8.2000, confirmada por la CS [cas. forma y fondo], 24.1.2002, GJ 259, 38, \$ 40 millones para cada uno de los hijos y \$ 70 millones para el cónyuge de una mujer fallecida en un hospital público; Corte de Valparaíso, 27.4.1998, GJ 214, 93, \$ 50 millones para cada una de las hijas y \$ 80 millones para la cónyuge de una víctima de un accidente; Corte de Santiago, 7.8.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 2°, 96, 1.500 UF a cónyuge e hijos en accidente laboral.

• *Por muerte de hermano:* Corte de Santiago, 25.9.1998, RDJ, t. XCVI, sec. 4°, 48, \$ 1 millón para la hermana de la víctima de un homicidio; Corte de Iquique, 15.11.2000, confirmada por la CS [cas. fondo], 4.4.2001, GJ 250, 151, \$ 1 millón en homicidio; Corte de Concepción, 19.8.2003, confirmada por la CS [cas. fondo], 24.12.2003, GJ 282, 61, \$ 1 millón a cada uno de los cinco hermanos de la víctima de un disparo de un carabiniere en una aglomeración pública, también se otorgaron \$ 13 millones a la hija, \$ 7 millones al conviviente y \$ 5 millones para cada uno de sus padres; CS, 6.6.2002, GJ 264, 166, publicada también en F. del M. 500, 1555, \$ 2 millones a cada uno de los dos hermanos de una víctima de un accidente de tránsito, también se otorgaron \$ 10 millones a la madre, además se dio \$ 1 millón a la víctima de lesiones; Corte de Concepción, 7.8.2000, confirmada por CS [cas. fondo], 29.11.2000, GJ 245, 132, publicada también en F. del M. 504, 4202, \$ 4 millones en homicidio; Corte de San Miguel, 3.4.2000, confirmada por CS [cas. forma y fondo], 24.1.2001, GJ 247, 134, \$ 30 millones como suma global para los dos hermanos de la víctima de un accidente de tránsito causado por exceso de velocidad e influencia del alcohol, y \$ 30 millones para la cónyuge de otra víctima; y Corte de Concepción, 25.10.2005, rol N° 737-2005, confirmada por CS [cas. fondo], 5.6.2006, rol N° 6118-2005, \$ 20 millones a cada uno de los dos hermanos de la víctima, también se otorgaron \$ 100 millones a cada uno de los padres del fallecido.



dolor que se siente por la muerte de animales queridos⁴⁷⁰ o los sufrimientos por la pérdida de algunos bienes patrimoniales apreciados. Esta tendencia, con todo, es muy minoritaria en el derecho comparado (con mayor razón que respecto del daño reflejo propiamente tal). En el derecho chileno existen casos jurisprudenciales aislados en el mismo sentido.⁴⁷¹ Esta expansión del perjuicio afectivo contradice el antiguo principio

• *Por muerte de conviviente:* Corte de Concepción, 19.8.2003, confirmada por la CS [cas. fondo], 24.12.2003, GJ 282, 61, \$ 7 millones por el disparo de un carabiniere en una aglomeración pública, también se otorgaron \$ 5 millones para cada uno de sus padres, \$ 13 millones a su hija y \$ 1 millón a cada uno de sus cinco hermanos; Corte de Santiago, 28.10.1999, GJ 232, 195, \$ 15 millones como suma única para conviviente de víctima de un accidente del trabajo y al hijo de ambos.

El estudio estadístico de P. Rubio 2005 respecto a las sentencias civiles condenatorias ejecutoriadas por daño derivado de muerte entre 1986 y 2004 muestra una mediana estadística de \$ 6,26 millones (354,7 UF), pero con diferencias de 4 veces entre el percentil 25 y el 75 (3,34 millones y 13,6 millones, respectivamente); asimismo, muestra que las indemnizaciones están muy determinadas por el grado de cercanía con la víctima, estableciéndose, por lo general, los valores más altos en favor de los padres por la muerte de un hijo; en los percentiles 25 y 75 de la muestra, el padre recibe 300,5 UF y 1.336 UF, respectivamente; la madre, 302,3 UF y 1.231,7 UF; el cónyuge, 153,7 UF y 580,2 UF; y el hermano 59,1 UF y 335,9 UF.

⁴⁷⁰ Como ha ocurrido en el derecho francés, donde "el animal es asimilado a un miembro de la familia" (Chabas 2000 b N° 89), y se concede reparación por la muerte de un perro querido o incluso por el espectáculo de presenciar una pelea con otro perro que termina por dejarlo muerto; también Viney/Jourdain 1998 51.

⁴⁷¹ En pocos casos se muestra con mayor nitidez la expansión descontrolada del concepto de daño moral que en las indemnizaciones reconocidas por daños a cosas corporales. Así, se ha resuelto el caso de una persona que sufrió la destrucción de un vehículo que había comprado con el fruto de toda una vida de trabajo, la sentencia ordenó indemnizarlo por la depresión, dolor y sufrimiento en que lo sumió dicha pérdida (CS, 10.6.1969, RDJ, t. LXVI, sec. 1°, 85). También se ha concedido indemnización por el quiebre emocional causado a la víctima, no sólo por las lesiones que sufrió a raíz de un accidente, sino "por las pérdidas materiales ocasionadas al vehículo que explotaba como medio de transporte de pasajeros, y que constituía su fuente de trabajo" (Corte de Santiago, 23.8.1990, GJ, 122, 68); más justificadamente en razón del dolo que caracterizaba el hecho, se concedió indemnización por el daño moral ocasionado por el embargo y posterior remate de ciertos bienes del demandante, en un proceso iniciado en su contra con un título falsificado (Corte de San Miguel, 13.6.1991, RDJ, t. LXXXVIII, sec. 4°, 72); y a los dueños de un predio que sufrieron una privación parcial de su uso y goce a consecuencia de construcciones ejecutadas indebidamente por una empresa constructora en el predio vecino, en la medida que el acto ilícito "ha debido producir un sufrimiento de carácter psicológico a los demandantes, que sabiendo que se estaba invadiendo su propiedad y reclamando siempre de ese acto, han pasado años soportando este detrimento en el uso y goce de su propiedad, hecho externo que necesariamente ha afectado la integridad física y moral de aquellos", donde pareciera que la indemnización tuvo por objeto reparar las molestias sufridas personalmente por las víctimas, más que la mera constatación producida por la lesión del derecho de propiedad (Corte de Santiago, 10.11.1998, RDJ, t. XCV, sec. 2°, 78). En definitiva, los casos en que se han reconocido efectivamente daños morales por daños a las cosas son excepcionales.



de los juristas más reflexivos, en orden a que el problema de la responsabilidad está en definir sus límites.⁴⁷²

233. Independencia de la acción de la víctima por repercusión. a) Como se ha expuesto, la acción que se concede a las víctimas por repercusión es conceptualmente diversa de aquella que pueden ejercer estos terceros como herederos de la víctima fallecida por el hecho del demandado.

Sin embargo, se presentan problemas de concurrencia de acciones que, atendida la naturaleza compensatoria (y no estrictamente reparatoria) del daño moral, pueden conducir a que un mismo daño sea indemnizado más de una vez. La independencia del perjuicio afectivo se muestra en que la acción de las víctimas por repercusión no necesita fundarse en la calidad de heredero;⁴⁷³ y que la responsabilidad será de carácter extracontractual, aunque la relación entre el agente del daño y la víctima inmediata sea contractual.⁴⁷⁴

b) Por otra parte, pueden surgir problemas de concurrencia de acciones *iure hereditatis* y *iure proprio*, si se reconoce la transmisibilidad de las acciones que podrían haber correspondido a la víctima inmediata y a las víctimas por repercusión. Hay muchas razones para mirar con cautela la transmisibilidad de las acciones indemnizatorias de daño moral, si se reconoce, como en el derecho chileno, una acción de daño moral reflejo, que incluye razonablemente en la indemnización reconocida a las personas más cercanas, el dolor que pueda haber sufrido la víctima que fallece (*infra* N° 743).

c) Una cuestión particularmente delicada se plantea a propósito de si la culpa de la víctima directa puede ser oponible a las víctimas por repercusión. Como se mostrará en el capítulo de causalidad, la pregunta tiende a resolverse en un sentido afirmativo, esto es, que el demandado puede oponer a la víctima de daño reflejo la culpa de la víctima directa (*infra* N° 291).⁴⁷⁵ En definitiva, la idea de que el daño afectivo sea personal no permite inferir fácilmente, mediante simples ejercicios deductivos, que las condiciones de la responsabilidad son por completo independientes de las aplicables a la víctima directa. Aquí se muestra lo particularmente ingenuo

⁴⁷² Conviene recordar, una vez más, a Pothier 1761 N° 160.

⁴⁷³ Corte de Santiago, 29.3.1951, RDJ, t. XLVIII, sec. 4°, 32, y Corte de Concepción, 19.8.2003, confirmada por la CS [cas. fondo], 24.12.2003, CJ 282, 61; véase también la jurisprudencia referida en materia de accidente del trabajo (*infra* § 51 c).

⁴⁷⁴ En el derecho francés, sin embargo, las acciones de las víctimas por repercusión por accidentes de transporte de la víctima directa están sujetas a unas mismas restricciones, particularmente, en cuanto a los límites de indemnización (Viney/Jourdain 1998 147); en general, esta doctrina parece correcta, porque no hay razón para que las condiciones de responsabilidad cambien si la víctima inmediata subsiste o muere (*infra* N° 502).

⁴⁷⁵ Una aplicación reciente en Corte de Valparaíso, 27.4.1998, CJ 214, 93; CS, 29.1.2002, CJ 259, 17; Corte de Santiago, 7.8.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 2°, 96; Corte de Santiago, 30.5.2003, CJ 275, 97; y CS, 10.12.2003, CJ 282, 155.

que resulta en materia de responsabilidad civil el conceptualismo que no atiende a las funciones de las reglas legales y jurisprudenciales, pretendiendo derivar conclusiones lógicas de conceptos que han sido formulados con fines prácticos muy diferentes. Así ocurre en este caso, donde la calificación del perjuicio reflejo como 'personal' lleva mecánicamente a distinguir la acción que se tiene por transmisión de la víctima directa y la de quienes sufren un perjuicio de afección, de lo cual no se sigue que el demandado sólo podría hacer valer en su descarga la culpa en juicio seguido por la víctima directa que sobrevive al accidente.

§ 26. EXCURSO: PERJUICIO DE NACER Y PERJUICIO DE VIVIR

a. Planteamiento del problema

234. Preguntas que plantea el nacimiento no deseado atribuible al error de un profesional de la salud. a) La prevención del embarazo y la tolerancia del aborto han provocado, con distintas intensidades según sea esa tolerancia, preguntas sobre daños inquietantes, que se expresan en las ideas de *perjuicio de nacer* (*wrongful birth*) y el *perjuicio de vivir* (*wrongful life*).

Algunos ejemplos pueden introducir a los tipos de casos que usualmente son tratados en el derecho comparado bajo estos epígrafes. Un matrimonio con dos hijos toma la decisión de no tener nuevos hijos, para lo cual el marido conviene una intervención de esterilización, que resulta defectuosa, a cuya consecuencia queda la mujer embarazada: ¿puede ser considerado daño el hijo que llega sin haberlo esperado? ¿está bien planteada la pregunta anterior, en la medida que el daño reclamado no es el niño, sino el costo de crianza de un niño no deseado? ¿es justo que el médico deba hacerse cargo de la crianza, en circunstancias que los padres disfrutan de los bienes de la paternidad? ¿cambia la situación si se trata de una familia que vive en la miseria? Al mismo caso anterior se pueden agregar calificaciones: ¿es distinta la situación si la prevención del embarazo estaba fundada en un alto riesgo de una enfermedad invalidante genéticamente determinada? La cuestión se complica aún más en órdenes jurídicos que toleran el aborto convencional o terapéutico: ¿qué ocurre si el médico tratante no descubre una patología detectable en el embrión, cuya inexistencia los padres querían comprobar? finalmente, en ese caso, ¿tiene acción el propio niño que nace inválido a reclamar perjuicios por el dolor de haber llegado a existir?

b) La pregunta por la responsabilidad surge con ocasión del nacimiento no deseado de un niño o por el nacimiento de un niño minusválido. La naturaleza de este 'daño' inicial, del cual se siguen consecuentemente los demás perjuicios cuya reparación se demanda, motiva que la pregunta no sea discernible en un terreno estrictamente técnico-jurídico. En definitiva, como se muestra en el derecho comparado, el cruce de bienes impide que las soluciones sean moralmente asepticas.