

UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Profesores Andrés Jana Linetzky – Adrián Schopf Olea

Derecho Civil V – Responsabilidad civil y enriquecimiento sin causa

Segundo semestre 2022

MATERIALES DE LECTURA III

Daño

1. ALESSANDRI, Arturo, De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno, Santiago de Chile, Editorial Jurídica, 2005 (1943), pp. 152-174.
2. BARROS, Enrique, Tratado de Responsabilidad Extracontractual, tomo I, Santiago de Chile, Editorial Jurídica, 2ª ed., 2020, pp. 223-391.
3. DOMINGUEZ, Ramón, “Consideraciones en torno a la noción de daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista”, Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, 188, LVIII, pp. 125-168.

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 eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

(43210)

346.03

A371d
SAN

ARTURO ALESSANDRI RODRÍGUEZ

Profesor Extraordinario de Derecho Civil de la Universidad de Chile y Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la misma Universidad

DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL EN EL DERECHO CIVIL CHILENO

(Título 35 del Libro IV del Código Civil)

UNIVERSIDAD ADOLFO IBÁÑEZ
BIBLIOTECA

© ARTURO ALESSANDRI RODRÍGUEZ

© EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE
Carmen 8, 4° piso, Santiago

Registro de Propiedad Intelectual
Inscripción N° 149.645, año 2005
Santiago - Chile

Se terminó de reimprimir esta primera edición
de 600 ejemplares en el mes de septiembre de 2005

IMPRESORES: Imprenta Salesianos S. A.

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ISBN 956-10-1644-3


EDITORIAL
JURÍDICA
DE CHILE

Q2951

verdaderos principios y tendría en su mano el medio de reprimir la arbitrariedad de los jueces del fondo en tan importante materia.¹

Una sentencia dictada recientemente por este alto tribunal permite creer que así ocurrirá en el futuro, pues acogió un recurso de casación en el fondo precisamente por estimar que los hechos establecidos en el fallo impugnado eran constitutivos de culpa y, por tanto, de cuasidelito, por cuyo motivo la Corte de alzada, al decidir lo contrario y denegar, por ello, la indemnización que reclamaba el demandante, violó los arts. 2314 y 2329 del C. C. con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo.²

Es también cuestión de derecho y sujeta, por lo mismo, a la censura del tribunal de casación la concerniente a la gravedad de la culpa en aquellos casos en que la ley exige una determinada especie de culpa para engendrar responsabilidad, por ejemplo, si la que se imputa al demandado es o no grave.³ Así se ha fallado.⁴

3º. EL DAÑO

137. Principio. Para que el hecho o la omisión de una persona capaz de delito o cuasidelito engendre responsabilidad delictual o cuasidelictual civil, no basta su ejecución con dolo o culpa. Es indispensable que cause *daño*. Sin él no hay responsabilidad civil; sin interés no hay acción. La obligación de reparar un daño nace precisamente de haberse causado. Los arts. 1437 y 2314 son bien explícitos al respecto (Nº 3).

El hecho doloso o culpable que no daña a otro podrá engendrar responsabilidad penal, si está penado por la ley (arts. 1º, 2º y 4º C. P.); pero de ninguna manera responsabilidad civil. El dolo y la culpa producen efectos civiles si causan daño; en caso contrario, el Derecho Civil se desentien- de de ellos (Nº 9).⁵

¹ En la sentencia publicada en Rev., tomo 25, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 435, la Corte Suprema reconoció tener esta facultad, pues desechó la causal del recurso que impugnaba la calificación de cuasidelito atribuida por la sentencia recurrida al hecho que causó el accidente, porque estimó que este hecho constituía una omisión o negligencia de los empleados de la empresa demandada (véanse los considerandos 2º, 3º y 4º).

² Rev., tomo 36, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 544.

³ PLANIOL Y RIPERT, obra citada tomo VI, Nº 553, pág. 763; SAVATIER, obra citada, tomo I, Nº 178 *in fine*, pág. 223; Nº 272 *in fine*, pág. 354; MAZEAUD, obra citada, tomo III, 2ª edición, Nº 2208, pág. 237; MARTY, obra citada, Nº 128, pág. 248. En contra: FAYE, obra citada, Nº 160, pág. 180.

⁴ Rev., tomo 23, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 577, consid. 8º (Corte Suprema). Sin embargo, este mismo tribunal ha estimado en otras ocasiones que es un hecho del pleito que los jueces del fondo establecen privativamente que el accidente se produjo por *culpa grave* de un empleado del demandado: Rev., tomo 28, 2ª parte, sec. 1ª, págs. 66 (consids. 3º y 5º) y 295 (consid. 1º).

⁵ JOSSEAND, obra citada, tomo II, 2ª edición, Nº 439, pág. 233; MAZEAUD, obra citada, tomo I, 2ª edición, Nos 208 a 210, págs. 230 y 231; DE PAGE, obra citada, tomo II, Nº 949, pág. 802; LALOU, obra citada, Nº 49, pág. 39; COLIN Y CAPITANT, obra citada, tomo II, 6ª edi-

Nuestros tribunales han aplicado este principio en múltiples ocasiones: son numerosas las sentencias que han negado la reparación solicitada porque el hecho en que se fundaba, aunque ilícito, no causó daño¹ o éste no se acreditó.²

138. Concepto del daño; lesión de un derecho; interés legítimo. *Daño* es todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creencias, etc. El daño supone la destrucción o disminución, por insignificante que sea,³ de las ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo. Su cuantía y la mayor o menor dificultad para acreditarlo y apreciarlo son indiferentes; la ley no las considera.⁴

No es necesario que el perjuicio, detrimento o menoscabo consista en la lesión o pérdida de un derecho de que la víctima sea dueña o poseedora, como sostienen algunos.⁵ El Código no lo ha exigido. Se limita a decir que el que ha inferido *daño* a otro es obligado a la indemnización (arts. 1437, 2314, 2316, 2323, 2326 a 2329) y daño, según su sentido natural y obvio, es el detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia causado a alguien.

El art. 2315 no obsta a lo dicho; se refiere exclusivamente al daño causado en las cosas⁶ para determinar quiénes pueden reclamar indemni-

ción, pág. 372; PIRSON Y DE VILLÉ, obra citada, tomo I, Nº 164, pág. 352; PLANIOL Y RIPERT, obra citada, tomo VI, Nº 542, pág. 744; DEMOGUE, obra citada, tomo IV, Nº 385, pág. 25; PLANIOL, obra citada, tomo II, 10ª edición, Nº 867, pág. 295; BAUDRY-LACANTINERIE, obra citada, tomo II, 13ª edición, Nº 707, pág. 320; GARDENAT Y SALMON-RICCI, obra citada, Nº 93, pág. 28 y Nº 94, pág. 29; BAUDRY-LACANTINERIE Y BARDE, obra citada, tomo IV, 3ª edición, Nº 2870, pág. 558; GAUDEMET, obra citada, pág. 305.

¹ Rev., tomo 32, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 419 (Corte Suprema).

² Rev., tomo 20, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 480; tomo 21, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 529; tomo 26, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 530; tomo 31, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 462; tomo 32, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 538 (todas de la Corte Suprema); tomo 39, 2ª parte, sec. 1ª pág. 203 (consid. 28 de 1ª instancia).

³ MAZEAUD, obra citada, tomo I, 2ª edición, Nº 215, pág. 235; SAVATIER, obra citada, tomo II, Nº 522, pág. 97.

⁴ PLANIOL Y RIPERT, obra citada, tomo VI, Nº 542, pág. 744; DEMOGUE, obra citada, tomo IV, Nº 386, pág. 27.

⁵ JOSSEAND, obra citada, tomo II, 2ª edición, Nos 423 y 424, pág. 220; DE PAGE, obra citada, tomo II, Nº 950, pág. 802.

En Rev., tomo 14, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 498, la Corte Suprema parece admitir este criterio, porque estimó que siendo la demandante hermana de la víctima y teniendo, por lo mismo, derecho a ser alimentada por ella (art. 321, Nº 8, C. C.), quien en el hecho cumplía con esta obligación, su muerte le irrogó un perjuicio real y efectivo, pues la demandante quedó privada de un derecho que formaba parte de su patrimonio.

⁶ Rev., tomo 11, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 157, consid. 3º (Corte Suprema); tomo 21, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 1053, consid. 24 (Corte Suprema).

zación por él, y, aplicando las reglas generales, establece que compete a todos los que resulten damnificados, cualquiera que sea la calidad en virtud de la cual gozan, de la cosa: dueño, poseedor, tenedor, usufructuario, usuario o habitador.

No se ve, por lo demás, qué razón habría para negar la reparación a quien ha sido privado injustamente de una ventaja de que gozaba, a pretexto de que no constituye un derecho. Tanto daño sufre el alimentario que a causa de la muerte del alimentante queda privado de los alimentos que éste le daba por ley, como el que los recibía por un acto voluntario de su parte: uno y otro sufren la pérdida o menoscabo de un beneficio o ventaja.¹

Este criterio, que nuestra Corte Suprema ha aceptado ampliamente,² permite acordar reparación a personas que de otro modo no podrían exigirla por carecer de un derecho, aunque experimentaren un daño manifiesto, por ejemplo, un padre ilegítimo que vive a expensas de lo que le da su hijo ilegítimo, que es muerto por un tren:³ como aquél no goza del derecho de alimentos (art. 291 C. C.), no podría reclamar indemnización por esa muerte, sin embargo del perjuicio evidente que ella le irroga. Esto basta para admitirlo, pues toda interpretación que tienda a ampliar el ámbito de la responsabilidad es preferible a la que lo restrinja.

Pero en todo caso es menester que la ventaja o beneficio de que el hecho doloso o culpable prive a la víctima sea *lícito*, esto es, conforme con la moral y las buenas costumbres, en otros términos, que aquélla pueda invocar un *interés legítimo*;⁴ la ley no puede amparar situaciones ilícitas o inmorales. Por esta razón, la concubina no podría, en nuestro concepto, demandar indemnización por el daño que pueda causarle la *ruptura del concubinato*, sea por obra de su concubino⁵ o a causa de la muerte de éste por hecho de un tercero;⁶ su acción se fundaría en la ilicitud de la situación lesionada, puesto que invocaría su propia inmoralidad, los beneficios

¹ PIRSON Y DE VILLÉ, obra citada, tomo I, N° 184, pág. 413; PERRET, *Des ayants droit à indemnité au cas d'accident mortel*, págs. 46 y siguientes; SAVATIER, obra citada, tomo II, N° 550, pág. 128.

² Rev., tomo 22, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 912 (hermanas que vivían de las pensiones que su hermano les daba por gracia o liberalidad); tomo 30, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 524 (padre ilegítimo que vivía a expensas de su hijo ilegítimo). Véase en el mismo sentido Rev., tomo 29, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 570 (Corte de Santiago) (hermanas a quienes su hermano auxiliaba pecuniariamente).

³ Rev., tomo 30, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 524 (Corte Suprema), con un comentario nuestro.

⁴ MAZEAUD, obra citada, tomo I, 2ª edición, N° 277, pág. 293 y N° 277-7, pág. 301.

⁵ En el mismo sentido SAVATIER, obra citada, tomo I, N° 122 bis, pág. 161. Pero, según este autor, la carencia del derecho de la concubina para reclamar indemnización de perjuicios del concubino que la abandona, proviene de la inexistencia de todo vínculo obligatorio entre ellos. El concubinato, por su naturaleza, implica la libertad de los concubinos; luego, ninguno puede quejarse de que el otro haya querido aprovechar esta libertad para ponerle fin.

⁶ SAVATIER, obra citada, tomo II, N° 551, pág. 129. Pero este autor funda su negativa en las razones expresadas en la nota precedente.

que le reportaba su conducta irregular.¹ En cambio, los hijos ilegítimos, aunque carezcan legalmente del derecho de alimentos, podrían demandar indemnización, por el daño que les cause la muerte de su padre ilegítimo a cuyas expensas vivían. Su acción no se funda en una situación inmoral o ilícita; por el contrario, es moral que un padre, aunque ilegítimo, subvenga a las necesidades de sus hijos.² Y lo mismo cabe decir de los padres ilegítimos que viven a expensas de sus hijos ilegítimos.³

En resumen, hay daño cada vez que un individuo sufre una pérdida, disminución, detrimento o menoscabo en su persona o bienes o en las ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que gozaba, siempre que éstos sean lícitos, aunque esa pérdida, disminución, detrimento o

¹ MAZEAUD, obra citada, tomo I, 2ª edición, N°s 278 a 284, págs. 302 a 309; PINTO ROGERS, HUMBERTO, *El concubinato y sus efectos*, memoria de prueba, 1942, N°s 67 a 78, págs. 135 a 159. En el mismo sentido, aunque por otras razones: LALOU, obra citada, N° 65, pág. 47; PLANIOL Y RIPERT, obra citada, tomo VI, N° 548, págs. 756 y 757; DE PAGE, obra citada, tomo II, N° 950, pág. 803; JOSSEAND, obra citada, tomo II, 2ª edición, N° 424, pág. 220.

PERRET, obra citada, págs. 84 a 108; BAUER, *Droits de la concubine lésée par un accident mortel survenu a son concubin*, y GIVORD, *La réparation du préjudice moral*, N°s 145 y 146, págs. 209 y 210, aunque estiman que la acción de perjuicios de la concubina es inadmisibles por las razones expresadas en el texto, la aceptan, sin embargo, cuando el origen del concubinato ha sido la seducción de la mujer.

La jurisprudencia más reciente de la Corte de Casación de Francia, innovando sobre la anterior, rechaza la acción de la concubina por el daño que haya podido causarle la muerte de su concubino. Se funda para ello en que el concubinato es una situación de hecho que no genera derechos en provecho de los concubinos y en contra de terceros: *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, tomo 36, año 1937, N° 2, pág. 817 y N° 1, pág. 826; tomo 37, año 1938, N° 7, pág. 459; tomo 38, año 1939, N° 5, pág. 463; SAVATIER, obra citada, tomo II, N° 551, pág. 129.

Nuestro Código del Trabajo permite que en determinados casos el concubino, sobreviviente pueda demandar indemnización por la muerte del otro a consecuencia de un accidente del trabajo. El art. 290 de ese Código dice que, a falta de cónyuge, de ascendientes y descendientes legítimos o ilegítimos, tendrán derecho a la indemnización las *personas, sean parientes o no*, que, a la fecha del accidente, vivían a cargo y a expensas de la víctima: la concubina se halla precisamente en este caso. Pero esta indemnización sólo procede en favor de aquellas personas que se encuentren absolutamente incapacitadas para el trabajo.

Esta disposición se explica porque en nuestras clases populares la familia está mal constituida y son millares los obreros que viven en concubinato de hecho o como resultado de un matrimonio religioso.

² MAZEAUD, obra citada, tomo I, N°s 285 a 288, págs. 310 y 311; PERRET, obra citada, págs. 79 a 81; SAVATIER, obra citada, tomo II, N° 550, pág. 128 y N° 551, pág. 131.

El art. 288 C. del T. reconoce expresamente a los *hijos ilegítimos* menores de dieciséis años el derecho de demandar indemnización por la muerte de su padre ilegítimo ocasionada por un accidente del trabajo.

³ MAZEAUD, obra citada, tomo I, N°s 289 y 290, págs. 312 y 313; PERRET, obra citada, págs. 50 y 51.

El art. 289 C. del T. establece que, a falta de hijos, tendrán derecho a indemnización por un accidente del trabajo los *ascendientes* y descendientes legítimos o ilegítimos que, a la fecha del accidente, *vivían a expensas de la víctima o que tenían derecho a reclamar de ella pensiones alimenticias*; pero los descendientes sólo hasta que cumplan dieciséis años.

menoscabo no recaiga sobre un derecho de que la víctima sea dueña o poseedora y aunque su cuantía sea insignificante o de difícil apreciación.

139. Certidumbre del daño. El daño debe ser *cierto*, es decir, real, efectivo, tanto que, a no mediar él, la víctima se habría hallado en mejor situación.¹ Así se desprende de los artículos 1437, 2314, 2315, 2318, 2319 y 2325 a 2328, que hablan del daño *inferido, causado o sufrido*, con lo cual manifiestan la necesidad de que éste se haya producido realmente.

Un daño no deja de ser *cierto* porque su cuantía sea incierta o indeterminada o de difícil apreciación.² La certidumbre del daño dice relación con su realización, con el hecho de que haya ocurrido realmente y no con su cuantía, ni con la mayor o menor facilidad para determinarla o apreciarla. Un daño cierto en cuanto a su existencia, pero incierto en cuanto a su monto, es indemnizable.³ En tales casos, quedará a la prudencia del juez fijar su cuantía tomando en cuenta su naturaleza, las circunstancias del hecho y los demás antecedentes del proceso.

Tampoco deja de serlo por la mayor o menor dificultad para acreditarlo; la certidumbre del daño dice relación con su existencia y no con su prueba. Claro está que si el demandante no acredita la existencia del daño, la demanda será rechazada.⁴

140. Daño futuro. No sólo es cierto el daño actual o presente, el ya realizado; puede serlo también el *futuro*, porque lo que constituye la certidumbre del daño, más que su realización, es el hecho de haberse producido las circunstancias que lo determinan.⁵

El daño *futuro* es cierto y, por lo mismo, indemnizable cuando necesariamente ha de realizarse,⁶ sea porque consiste en la prolongación de un estado de cosas existente –tal el daño ocasionado a una persona por la muerte de otra que la priva de la pensión alimenticia o de los recursos que

¹ MAZEAUD, obra citada, tomo I, 2ª edición, N° 216, pág. 237; DE PAGE, obra citada, tomo II, N° 1020, pág. 871; JOSSEAND, obra citada, tomo II, 2ª edición, N° 439, pág. 234; LALOU, obra citada, N° 51, pág. 40 y N° 55, pág. 42; PIRSON Y DE VILLÉ, obra citada, tomo I, N° 182, pág. 404; BAUDRY-LACANTINERIE, obra citada, tomo II, 13ª edición, N° 707, pág. 320; GARDENAT Y SALMON-RICCI, obra citada, N° 93, pág. 28; SAVATIER, obra citada, tomo II, N° 522, pág. 97.

² Rev., tomo 4, 2ª parte, sec. 2ª, pág. 139 (consid. 4º); tomo 24, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 567 (consid. 18 de la Corte de Apelaciones); SAVATIER, obra citada, tomo II, N° 522, pág. 97.

³ PLANIOL Y RIPERT, obra citada, tomo VI, N° 542, pág. 745; DEMOGUE, obra citada, tomo IV, N° 386, pág. 27; DE PAGE, obra citada, tomo II, N° 1020, pág. 871 *in fine*.

⁴ Véanse las sentencias citadas en la nota 2 de la pág. 153.

⁵ PIRSON Y DE VILLÉ, obra citada, tomo I, N° 183, pág. 405; GARDENAT Y SALMON-RICCI, obra citada, N° 99, pág. 32; DUCCI CLARO, CARLOS, obra citada, N° 234, pág. 145 y N° 245, pág. 151; SAVATIER, obra citada, tomo II, N° 523, pág. 98.

⁶ El art. 134 del Código de las obligaciones y contratos de la República Libanesa establece que, por excepción, el juez puede tomar en cuenta los daños futuros si su realización es cierta y posee los medios para apreciar desde luego su cuantía exacta.

le daba para subvenir a sus necesidades, una incapacidad permanente que disminuirá para siempre la capacidad de trabajo de la víctima¹ o porque se han realizado determinadas circunstancias que lo hacen inevitable, como la destrucción de una cosecha en vías de madurar. Si en tales casos puede ser incierta la cuantía del daño, no ocurre lo mismo con su existencia, ya que dentro de las probabilidades humanas su realización aparece evidente; pero esta incertidumbre no obsta a su reparación, tanto por las razones que dimos (N° 139), cuanto porque es preferible apreciarlo en forma aproximada que obligar a la víctima a renovar periódicamente su acción a medida que el daño se vaya realizando.²

Nuestros tribunales admiten la indemnización del daño futuro fundados generalmente en que toda indemnización comprende el daño emergente y el lucro cesante.³ De acuerdo con este criterio se ha fallado que en caso de destrucción de un coche por un cuasidelito, debe abonarse a su dueño la cantidad de cinco pesos diarios desde la notificación de la demanda hasta el día en que se le pague el valor del coche, en compensación de lo que dejó de ganar durante ese tiempo;⁴ que en caso de un abordaje, se debe abonar el lucro cesante cuya pérdida provenga directa e inmediatamente del mismo;⁵ que si la víctima pierde un brazo⁶ o se fractura una pierna⁷ a consecuencia del cuasidelito, debe abonársele lo que deje de ganar en lo sucesivo a consecuencia de su incapacidad para el trabajo; que en caso de paralización de un molino a causa del despojo de las aguas con que se movía, el autor del despojo debe abonar al dueño del molino la utilidad que habría obtenido de los trigos que hubiera molido durante el tiempo de la paralización, si ésta no hubiese existido;⁸ que en caso de muerte de una persona, cuyas actividades se referían fundamentalmente a colocar su dinero en préstamos con intereses, es indemnizable el lucro

¹ DEMOGUE, obra citada, tomo IV, N° 393, pág. 34; PLANIOL Y RIPERT, obra citada, tomo VI, N° 544, pág. 746; BAUDRY-LACANTINERIE Y BARDE, obra citada, tomo IV, 3ª edición, N° 2875, pág. 579; SAVATIER, obra citada, tomo II, N° 523, pág. 98.

En estos casos, el mejor sistema de reparación es conceder a la víctima una renta vitalicia, como lo han resuelto algunas sentencias: Rev., tomo 7, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 324; tomo 12, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 308; tomo 16, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 513; tomo 22, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 737. Es el procedimiento adoptado por el C. del T. en ciertos casos (arts. 284 a 291).

² DEMOGUE, obra citada, tomo IV, N° 391, pág. 31; JOSSEAND, obra citada, tomo II, 2ª edición, N° 439, pág. 234; DE PAGE, obra citada, tomo II, N° 1020, pág. 872; PLANIOL Y RIPERT, obra citada, tomo VI, N° 544, pág. 746; MAZEAUD, obra citada, tomo I, 2ª edición, N° 216 a 218, págs. 237 a 242.

³ Rev., tomo 26, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 234; tomo 27, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 530 (ambas de la Corte Suprema); tomo 39, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 203; Gaceta, año 1918, tomo II, sent. 500, pág. 1538.

⁴ Rev., tomo 26, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 234 (Corte Suprema).

⁵ Rev., tomo 27, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 530 (Corte Suprema).

⁶ Gaceta, año 1861, sent. 1809, pág. 1117.

⁷ Gaceta, año 1891, sent. 77, pág. 38.

⁸ Gaceta, año 1867, sent. 509, pág. 214 (consids. 12 y 13).

cesante que consiste en la diferencia que dicha persona dejará de percibir durante el tiempo que habría vivido, a no haber mediado el accidente que le ocasionó la muerte, entre el interés legal, que es lógico suponer que los herederos seguirán obteniendo, y el interés convencional que la víctima obtenía merced a sus aptitudes personales.¹

Se ha fallado igualmente que es indemnizable lo que el dueño de un fundo dejó de ganar por no haber podido explotar las canteras y arbolados existentes en él a causa de habersele impedido su explotación;² lo que una casa de comercio dejó de ganar por la menor venta de una determinada marca de automóviles, a consecuencia de ciertas publicaciones del demandado;³ los intereses de que el actor se vio privado durante todo el tiempo en que una cantidad de dinero estuvo indebidamente retenida en un banco a petición de la persona que la tenía en su poder y sobre la cual ésta debía abonar un determinado interés hasta su restitución;⁴ la utilidad que el dueño de una carreta habría podido obtener durante el tiempo en que un tercero la retuvo indebidamente;⁵ la cosecha que el dueño de una viña dejó de percibir a consecuencia del incendio de la viña⁶ o de la privación de las aguas con que se riega;⁷ las rentas de arrendamiento que el dueño de una casa deje de percibir por haber quedado ella inhabitable por culpa del demandado.⁸

141. Daño eventual. Un daño eventual, hipotético, fundado en suposiciones o conjeturas, por fundadas que parezcan, sea presente o futuro,⁹ no da derecho a indemnización. Tal es el que puede resultar para una persona de la muerte de un benefactor que la ayudaba pecuniariamente en ocasiones¹⁰ o para un comerciante o proveedor de la muerte de uno de sus clientes, por asiduo y constante que fuera;¹¹ nada permite suponer que el difunto hubiere perseverado siempre en su actitud. Se ha fallado, por eso, que no constituye un daño indemnizable el que se hace consistir en la privación de la ganancia o utilidad que la víctima habría podido obtener con su fortuna durante los años en que se presume hubiera vivido, de no haberse producido su fallecimiento, pues todos los antecedentes de que se

¹ Rev., tomo 39, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 203 (consids. 6 a 10 de 2ª instancia).

² Rev., tomo 27, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 744 (Corte Suprema).

³ Rev., tomo 25, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 501.

⁴ Gaceta, año 1878, sent. 96, pág. 52.

⁵ Gaceta, año 1885, sent. 531, pág. 307; año 1914, sent. 323, pág. 907.

⁶ Gaceta, año 1887, sent. 2956, pág. 1965.

⁷ Rev., tomo 11, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 455 (Corte Suprema).

⁸ Gaceta, año 1918, tomo II, sent. 500, pág. 1538.

⁹ DEMOGUE, obra citada, tomo IV, N° 388, pág. 29.

¹⁰ MAZEAUD, obra citada, tomo I, 2ª edición, N° 277-4, pág. 296; N° 277-5, pág. 299 y N° 287, pág. 311; JOSSEAND, obra citada, tomo II, 2ª edición, N° 439, pág. 234; DE PAGE, obra citada, N° 950, pág. 803.

¹¹ MAZEAUD, obra citada, tomo I, 2ª edición, N° 277-6, pág. 301; DE PAGE, obra citada, N° 950, pág. 803.

hacía derivar el daño eran simples conjeturas y consistían en hechos o circunstancias puramente eventuales, como la vida más o menos larga de la víctima, los negocios que pudo realizar y la forma en que habría de disponer de sus bienes,¹ y que tampoco lo constituye el daño que se hace derivar del hecho de que la víctima estuviese organizando una industria, porque faltaría por saber si este negocio habría llegado a realizarse y cuál habría sido la utilidad probable que habría dejado a la víctima, todo lo cual importa entrar en el terreno de las conjeturas.²

Igualmente, si un caballo muere durante una carrera por dolo o culpa de un tercero o el jinete que debía montarlo no llega oportunamente a causa de un hecho doloso o culpable de otra persona, lo que le impide participar en ella; si quien pretendía oponerse a un concurso no puede hacerlo por impedírselo otro, etc., el dueño del caballo o el pretendido concursante no pueden demandar como indemnización el monto del premio asignado al ganador; ni aquél tenía la certeza de que el caballo ganara, ni el pretendido concursante, que el jurado le discerniera el premio.

La privación de una simple expectativa, de una contingencia incierta de ganancia o pérdida, de un álea, aun por culpa o dolo de un tercero, no constituye, pues, un daño indemnizable por no ser cierto.³

142. Medidas destinadas a evitar un daño contingente. El legislador, sin embargo, no ha prescindido en absoluto del daño eventual. Con el propósito de evitar un daño *contingente*, esto es, que puede suceder o no, autoriza quien lo teme, siempre que sea imputable a *imprudencia* o *negligencia* de alguien, para ocurrir ante el juez a fin de que ordene hacerlo desaparecer, y si el daño amenaza a personas indeterminadas, confiere acción popular (arts. 948, 2328, inc. 2º, y 2333) (N°s 359 y 372).

Como el art. 2333 es suficientemente amplio —se refiere a *todos los casos* de daño contingente sin distinguir—, la acción que confiere puede ejercitarse cualquiera que sea la clase o naturaleza del daño que se teme. Así, quien teme un incendio por las chispas que arroja la chimenea de una fábrica vecina, puede pedir que se obligue al dueño de la fábrica a dotarla del respectivo canastillo; quien teme una inundación por el desborde o ruptura de un cauce, que se obligue al propietario a tomar las medidas para evitarla, etc.

¹ OTERO, *Concordancias y Jurisprudencia del C. de P. C.*, tomo V, 1918-1922, pág. 259, N° 14 (consids. 4º, 5º y 6º).

² Rev., tomo 39, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 203 (consid. 5º de 2ª instancia).

³ DEMOGUE, obra citada, tomo IV, N° 387, pág. 28; JOSSEAND, obra citada, tomo II, 2ª edición, N° 439, pág. 234; DE PAGE, obra citada, tomo II, N° 1020, pág. 871; SAVATIER, obra citada, tomo II, N° 523, pág. 97; PLANIOL Y RIPERT, obra citada, tomo VI, N° 543, pág. 745; BAUDRY-LACANTINERIE Y BARDE, obra citada, tomo IV, 3ª edición, N° 2870, pág. 559 y N° 2875, pág. 579; GARDENAT Y SALMON-RICCI, obra citada, N° 98, pág. 31.

MAZEAUD, obra citada, tomo I, 2ª edición, N° 219, pág. 242; LALOU, obra citada, N° 57, pág. 43; PIRSON Y DE VILLÉ, obra citada, tomo I, N° 182, pág. 404, admiten la indemnización por la pérdida de una expectativa o de una posibilidad de ganancia.

Al mismo objeto obedecen las denuncias de obra nueva (arts. 930 y 931) y de obra ruinosa (arts. 932 y 935) y las demás acciones posesorias dirigidas a precaver un daño, como las de los arts. 937 y 941, que se rigen por lo dispuesto en el título XIV del Libro II del C. C.

El juez, según las circunstancias, ordenará la paralización de la obra nueva denunciada, la destrucción o reparación del edificio o construcción ruinosos, la extracción de los árboles mal arraigados, la remoción de la cosa que de la parte superior de un edificio o de otro paraje elevado amenace caída y, en general, todas las medidas que estime conducentes para evitar el daño,¹ sin perjuicio de las prestaciones que señala el art. 2334 si la acción pareciera fundada. Pero en ningún caso podría ordenar la clausura del establecimiento o fábrica de donde emana el daño contingente, si este establecimiento o fábrica funciona debidamente autorizado por la ley o la autoridad administrativa; obstan a ello la separación de los poderes públicos y la prohibición que pesa sobre el Poder Judicial de mezclarse en las atribuciones de los otros poderes (art. 4° L. O. A. T.). A lo sumo, podría decretar la adopción de las medidas que estime necesarias para precaver el daño que se teme, siempre que no sean tales que hagan imposible la explotación; equivaldrían entonces a la clausura (N° 183).²

Tratándose de edificios que amenacen ruina o que, por el mal estado de sus cornisas, balcones u otras obras voladizas, pudieren originar la caída de materiales o elementos de la construcción, el art. 30 de la ley general de construcciones y urbanización autoriza a cualquiera persona para denunciar el hecho a la Municipalidad respectiva. Los arts. 31 a 35 de la misma ley señalan el procedimiento aplicable en tal caso.

143. Naturaleza del daño. El daño puede ser *material* o *moral*. Es *material* el que consiste en una lesión pecuniaria, en una disminución del patrimonio, y *moral*, el que consiste en una molestia o dolor no patrimonial, en el sufrimiento moral o físico.

El daño material lesiona a la víctima pecuniariamente, sea disminuyendo su patrimonio o menoscabando sus medios de acción; la víctima, después del daño, es menos rica que antes. El daño moral, en cambio, no lesiona el patrimonio, no se traduce en ninguna pérdida pecuniaria —el patrimonio de la víctima está intacto—, consiste exclusivamente en el *dolor*, *pesar* o *molestia* que sufre una persona en su sensibilidad física o en sus

sentimientos, creencias o afectos.¹ De ahí que a la indemnización que lo repare se la denomine *pretium doloris*.

144. Daño material; sus clases. El daño material puede recaer en las *personas* o en las *cosas*: no sólo es indemnizable la pérdida, deterioro, sustracción o destrucción de una cosa mueble o inmueble, corporal o incorporal, y, en general, todo daño en los bienes, cualquiera que sea su forma o naturaleza (competencia desleal, destrucción de un instrumento probatorio, privación de aguas o de los intereses estipulados, etc.),²

¹ MAZEAUD, obra citada, tomo I, 2ª edición, N° 214, pág. 234 y N° 293, pág. 315; DE PAGE, obra citada, tomo II, N° 915, pág. 804; SAVATIER, obra citada, tomo II, N° 525, pág. 101; LALOU, obra citada, N° 61, pág. 45; COLIN Y CAPITANT, obra citada, tomo II, 6ª edición, pág. 373; JOSSERAND, obra citada, tomo II, 2ª edición, N° 441, pág. 235; DEMOGUE, obra citada, tomo IV, N° 402, pág. 43 y N° 403, pág. 44; PIRSON Y DE VILLÉ, obra citada, tomo I, N° 207, pág. 504; BAUDRY-LACANTINERIE Y BARDE, obra citada, tomo IV, 3ª edición, N° 2871, pág. 559; GARDENAT Y SALMON-RICCI, obra citada, N° 95, pág. 29 y N° 96, pág. 30.

² Rev., tomo 2, 2ª parte, sec. 2ª, pág. 86, y tomo 19, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 493; Gaceta, año 1887, sent. 1919, pág. 1161; año 1895, tomo II, sent. 2778, pág. 689; año 1899, tomo I, sent. 192, pág. 154; año 1899, tomo II, sent. 506, pág. 417; año 1901, tomo I, sent. 263, pág. 229 y año 1902, tomo I, sent. 258, pág. 273 (incendio de una sementera de trigo); Rev., tomo 7, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 546; tomo 23, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 23; tomo 26, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 234; Gaceta, año 1887, sent. 849, pág. 501; año 1899, tomo II, sent. 263, pág. 230 (destrucción de un coche); Rev., tomo 27, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 530 (abordaje) y pág. 557 (incendio de una viña); Rev., tomo 28, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 747 (incendio de viña, cercos, espinos y pasto) y pág. 461 (destrucción de una góndola); Rev., tomo 32, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 93 (incendio de un edificio); Rev., tomo 18, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 164 (crédito que queda impago por pérdida de la garantía); Rev., tomo 22, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 195 (muerte de unos caballos); Rev., tomo 39, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 343 (muerte de unos novillos); Rev., tomo 3, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 60 y tomo 6, 2ª parte, sec. 2ª, pág. 3 (embargo de bienes ajenos); Rev., tomo 11, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 455 (privación de aguas de regadío); Rev., tomo 37, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 90 (inundación de un predio); Rev., tomo 36, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 199 (destrucción de un camión); Gaceta, año 1861, sent. 617, pág. 378 (destrucción de una sementera); Gaceta, año 1867, sent. 509, pág. 214 y sent. 1314, pág. 542 (privación de las aguas con que se movía un molino); Gaceta, año 1859, sent. 633, pág. 342; año 1869, sent. 1391, pág. 614; año 1877, sent. 2361, pág. 1234; año 1878, sent. 3355, pág. 1413; año 1884, sent. 1446, pág. 913; año 1885, sent. 3478, pág. 2067; año 1886, sent. 3998, pág. 2577; año 1887, sent. 1051, pág. 621 y sent. 3331, pág. 2270; año 1888, tomo II, sent. 3226, pág. 1193; año 1889, tomo I, sent. 1204, pág. 787; año 1890, tomo III, sent. 6476, pág. 791; año 1892, tomo II, sent. 3484, pág. 1205; año 1895, tomo I, sent. 1151, pág. 852; año 1897, tomo II, sent. 3869, pág. 1149; año 1899, tomo II, sent. 1490, pág. 1226; año 1900, tomo II, sent. 2050, pág. 145 (muerte de unos animales); Gaceta, año 1869, sent. 1465, pág. 649 (destrucción de cueros y mobiliario de una casa); Gaceta, año 1878, sent. 96, pág. 52 (privación de los intereses estipulados); año 1882, sent. 498, pág. 296 (desperfectos en el techo de una casa y deterioros de muebles de salón); año 1882, sent. 785, pág. 442 (deterioro de piezas de mármol); año 1882, sent. 751, pág. 425 (incendio de una sementera de cebada); año 1882, sent. 2833, pág. 1585 (cobro indebido de una letra de cambio); año 1885, sent. 194, pág. 110 y año 1887, sent. 412, pág. 225 (retención indebida de animales); año 1885, sent. 531, pág. 307 y año 1914, sent. 323, pág. 907 (retención indebida de una carreta y sus aperos); año 1887, sent. 962, pág. 563 y año 1896, tomo I, sent. 2405, pág. 1616 (anegamiento de una

¹ PLANIOL Y RIPERT, obra citada, tomo VI, N° 545, pág. 749; MAZEAUD, obra citada, tomo II, 2ª edición, N° 1045, pág. 28; tomo III, 2ª edición, N° 2307, pág. 353; SAVATIER, obra citada, tomo II, N° 523, pág. 99.

² PLANIOL Y RIPERT, obra citada, tomo VI, N° 545, pág. 750; N° 562, pág. 770; LALOU, obra citada, N° 156, pág. 103; MAZEAUD, obra citada, tomo I, 2ª edición, N° 610, pág. 577; DEMOGUE, obra citada, tomo IV, N° 500, pág. 176; COLIN Y CAPITANT, obra citada, tomo I, 7ª edición, N° 744 *in fine*, pág. 787; GARDENAT Y SALMON-RICCI, obra citada, N° 34, pág. 232; SAVATIER, obra citada, tomo I, N° 79, pág. 102 y N° 106, pág. 135.

sino también la muerte de una persona,¹ toda lesión que se le infiera (pérdida de un ojo, de un brazo, de una pierna, de una mano, fractura de un hueso, etc.)² y aun la transmisión de una enfermedad contagio-

heredad); año 1887, sent. 2956, pág. 1965 (incendio de una viña, de un cerco y de un monte de espinos); año 1890, tomo III, sent. 6476, pág. 791 (incendio de árboles, cercos y pastos y corta de árboles); año 1892, tomo I, sent. 1059, pág. 697 (incendio de pastos); año 1892, tomo I, sent. 1282, pág. 837 (desplome de una muralla y hundimiento de un edificio); año 1894, tomo I, sent. 1919; pág. 1014 (deterioro de mercaderías); año 1897, tomo II, sent. 3869, pág. 1149 (destrucción de un carretón y sus arneses y pérdida de cajones con botellas de licor); año 1914, sent. 578, pág. 1654 (aumento del costo de producción en un establecimiento minero); año 1918, tomo II, sent. 500, pág. 1538 (derrumbe de un muro y grietas en los cimientos de un edificio); OTERO, *Jurisprudencia del C. de P. C.*, 1.ª apéndice a la 2ª edición de 1910, pág. 819, N° 10 (incendio de árboles frutales, de un cerco y de una sementera de trigo). Véanse también las sentencias citadas en las notas 2 y 3 de la pág. 158.

¹ Rev., tomo 2, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 141; tomo 4, 2ª parte, sec. 2ª, pág. 139; tomo 13, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 403 (Corte Suprema); tomo 14, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 498 (Corte Suprema); tomo 19, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 378; tomo 21, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 1053 (Corte Suprema); tomo 22, 2ª parte, sec. 1ª, págs. 241 y 912; tomo 24, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 567; tomo 26, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 141; tomo 29, 2ª parte, sec. 1ª, págs. 43 y 549 (ambas de la Corte Suprema); tomo 32, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 386; Gaceta, año 1913, sent. 1052, pág. 3056.

Véanse asimismo las siguientes sentencias que han declarado indemnizable la muerte de una persona: Rev., tomo 3, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 125; tomo 29, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 570; tomo 9, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 23 y sec. 2ª, pág. 25; tomo 10, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 47; tomo 12, 2ª parte, sec. 1ª, págs. 300 y 308; tomo 16, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 513; tomo 17, 2ª parte, sec. 1ª, págs. 257 y 375; tomo 18, 2ª parte, sec. 1ª, págs. 126 y 335; tomo 19, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 383; tomo 22, 2ª parte, sec. 1ª, págs. 681 y 785; tomo 23, 2ª parte, sec. 1ª, págs. 23 y 577; tomo 25, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 435; tomo 26, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 89; tomo 27, 2ª parte, sec. 1ª, págs. 240 y 822; tomo 28, 2ª parte, sec. 1ª, págs. 66, 117, 164, 270 y 295; tomo 30, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 524; tomo 31, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 144; tomo 32, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 382; tomo 36, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 478; tomo 37, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 107; tomo 38, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 239; tomo 39, 2ª parte, sec. 1ª, págs. 79 y 203; Gaceta, año 1897, tomo I, sent. 1582, pág. 961; año 1900, tomo II, sent. 2010, pág. 97; año 1902, tomo I, sent. 846, pág. 850; sent. 990, pág. 1004; Gaceta, año 1913, sent. 290, pág. 913; sent. 592, pág. 1915 y sent. 918, pág. 2686; año 1914, sent. 5, pág. 13; sent. 215, pág. 593; sent. 533, pág. 1457; sent. 599, pág. 1731 y sent. 607, pág. 1762; año 1915, sent. 297, pág. 731; sent. 298, pág. 732 y sent. 565, pág. 1466; año 1916, tomo I, sent. 123, pág. 396; tomo II, sent. 235, pág. 803; año 1920, tomo I, sent. 70, pág. 356; tomo II, sent. 86, pág. 432; año 1922, tomo II, sent. 150, pág. 598; año 1930, tomo II, sent. 7, pág. 39; año 1939, tomo II, sent. 161, pág. 672; OTERO, *Jurisprudencia del C. de P. C.*, 1.ª apéndice a la 2ª edición de 1910, tomo I, pág. 850, N° 28; OTERO, *Concordancias y Jurisprudencia del C. de P. C.*, tomo V, 1918-1922, pág. 239, N° 5 y pág. 256, N° 13.

² Rev., tomo 3, 2ª parte, sec. 2ª, pág. 109 (pérdida de una pierna y fractura de otra); tomo 4, 2ª parte, sec. 2ª, págs. 8 (fractura de un brazo y de una pierna) y 93 (pérdida de algunos dedos de los pies); tomo 5, 2ª parte, sec. 2ª, pág. 78 (fractura de la pelvis); tomo 6, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 393 (pérdida de un brazo); tomo 7, 2ª parte, sec. 1ª, págs. 324 (pérdida de dedos de una mano y otras lesiones) y 454 (fractura de un brazo) y sec. 2ª, pág. 3 (ruptura del cráneo, hernia y otras heridas); tomo 9, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 169 (fractura de una pierna); tomo II, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 157 (pérdida de un brazo); tomo 12, 2ª parte,

sa o venérea.¹ La doctrina² y la jurisprudencia³ son uniformes al respecto.

Lejos de distinguir, la ley contempla expresamente el daño en las personas en los ejemplos citados en el art. 2329 y en el art. 44 cuando define el dolo diciendo que es la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro, y el dolo es una de las fuentes de la responsabilidad civil. No se ve por qué no ha de ocurrir lo mismo con el cuasidelito, que, al igual que el delito, es también fuente de esa responsabilidad, tanto más cuanto que el Código Penal castiga los delitos contra las personas y contra la propiedad y, en materia de cuasidelitos, casi exclusivamente los primeros, y según el art. 30 C. P. P. de todo delito o cuasidelito nace acción penal para obtener el castigo del culpable y puede nacer una acción civil para obtener la reparación del daño causado.

sec. 1ª, págs. 18 (lesiones varias en diversas partes del cuerpo), 112 (fractura de una pierna y de un brazo y luxación de las vértebras dorsales superiores) y 551 (pérdida de ambas piernas); tomo 15, 2ª parte, sec. 1ª, págs. 131 (fractura de una pierna), 226 (contusiones varias) y 514 (brazo y pierna derechos inutilizados); tomo 18, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 204 (fractura de una clavícula); tomo 21, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 119 (fractura de una pierna); tomo 22, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 987 (pérdida de un brazo); tomo 24, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 567 (lesiones varias); tomo 25, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 512 (pérdida de un brazo); tomo 32, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 10 y OTERO, *Jurisprudencia del C. de P. C.*, 1.ª apéndice a la 2ª edición de 1910, tomo I, pág. 807, N° 2 y pág. 815, N° 8 (pérdida de una pierna); Gaceta, año 1861, sent. 1809, pág. 1117 (pérdida de un brazo); año 1890, tomo II, sent. 3239, pág. 489 (lesiones en la ceja izquierda y fractura de una pierna); año 1893, tomo II, sent. 3415, pág. 933 (fractura de una pierna); año 1897, tomo II, sent. 3504, pág. 912 (pérdida de una pierna); año 1900, tomo II, sent. 2010, pág. 97 (lesiones en el rostro y mutilación de ambas manos); año 1901, tomo I, sent. 423, pág. 381 (fractura de un brazo y de una pierna); año 1901, tomo II, sent. 3025, pág. 1174 y año 1914, sent. 596, pág. 1726 (fractura de un brazo); año 1902, tomo II, sent. 2274, pág. 606 (deformidad del rostro) y sent. 2606, pág. 972 (heridas en una rodilla, en la cabeza y en los hombros); año 1906, tomo II, sent. 972, pág. 558 y año 1916, tomo I, sent. 150, pág. 485 (fractura de una pierna); año 1908, tomo I, sent. 682, pág. 1023 (quemaduras en las piernas); año 1910, tomo II, sent. 1178, pág. 924 (pérdida de una pierna y de un brazo); año 1915, sent. 102, pág. 228 y sent. 291, pág. 715 (pérdida de un pie) y sent. 297, pág. 371 (contusiones diversas).

¹ GARDENAT Y SALMON-RICCI, obra citada, N° 259, pág. 59; JOSSELAND, obra citada, tomo II, 2ª edición, N° 441, pág. 235; SAVATIER, obra citada, tomo I, N° 31, pág. 42.

² MAZEAUD, obra citada, tomo I, 2ª edición, N° 215, pág. 235; DE PAGE, obra citada, tomo II, N° 951, pág. 804; JOSSELAND, obra citada, tomo II, 2ª edición, N° 441, pág. 235; COLIN Y CAPITANT, obra citada, tomo II, 6ª edición, pág. 373; PLANIOL Y RIPERT, obra citada, tomo VI, N° 546, pág. 751; PLANIOL, obra citada, tomo II, 10ª edición, N° 868, pág. 295; DUCCI CLARO, CARLOS, obra citada, N°s 255 a 259, págs. 160 a 162.

³ Rev., tomo 11, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 157; tomo 13, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 403; tomo 21, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 1053; tomo 29, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 549 (todas de la Corte Suprema); Gaceta, año 1927, tomo II, sent. 147, pág. 656.

145. Daño moral; sus formas. El daño moral puede revestir dos formas, según tenga o no repercusiones patrimoniales.

De ordinario —y es el caso más frecuente—, el daño moral comporta a la vez un daño material. Así ocurre cuando un mismo hecho produce un perjuicio pecuniario y un dolor o sufrimiento moral: tal es el caso de una lesión o pérdida de un miembro, que hace sufrir a la víctima y le disminuye sus fuerzas o su capacidad de trabajo;¹ de las imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de un comerciante que le acarrearán un perjuicio pecuniario en sus negocios (art. 2331);² de la muerte de una persona que subvenía a las necesidades de su familia o que priva a otra de los recursos o beneficios pecuniarios que le procuraba³ o de la ayuda que le prestaba⁴ o le hubiera podido prestar.⁵ En estos casos, el daño moral es indemnizable; nadie lo discute.⁶

Pero el daño moral puede no tener ningún efecto patrimonial, ser *meramente moral*. Es así cuando consiste única y exclusivamente en la molestia o dolor que sufre una persona en su sensibilidad física o en sus sentimientos, creencias o afectos. El daño moral, ha dicho una sentencia, es aquel que proviene de toda acción u omisión que pueda estimarse lesiva a las facultades espirituales, a los afectos o a las condiciones sociales o morales inherentes a la personalidad humana: en último término, todo aquello que signifique un menoscabo en los atributos o facultades morales del que sufre el daño.⁷ Son daños de esta especie el *dolor* o *sufrimiento* que experimenta un individuo con una herida, lesión, cicatriz o deformidad, con su

¹ Rev., tomo 24, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 567; tomo 32, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 10. Pueden consultarse también las demás sentencias citadas en la nota 2 de la pág. 162.

² El art. 35 del Decreto Ley N° 425, de 20 de marzo de 1925, sobre abusos de la publicidad, se refiere expresamente a esta forma de daño moral cuando dice que la indemnización de perjuicios provenientes de los delitos de injuria o calumnia causados por algunos de los medios señalados en ese decreto ley, podrá hacerse extensiva al daño pecuniario que sea consecuencia de la depresión moral sufrida con motivo de la injuria o calumnia por la víctima su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos.

³ Rev., tomo 12, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 308; tomo 13, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 403; tomo 14, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 498; tomo 16, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 513; tomo 18, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 335; tomo 22, 2ª parte, sec. 1ª, págs. 241, 681, 785 y 912; tomo 23, 2ª parte, sec. 1ª, págs. 23 y 577; tomo 25, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 435; tomo 26, 2ª parte, sec. 1ª, págs. 89 y 141; tomo 27, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 822; tomo 28, 2ª parte, sec. 1ª, págs. 270 y 295; tomo 30, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 524; tomo 38, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 239; tomo 39, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 203; Gaceta, año 1930, tomo II, sent. 7, pág. 39, año 1939, tomo II, sent. 161, pág. 672.

⁴ Rev., tomo 12, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 300; tomo 24, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 567; tomo 38, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 239.

⁵ Gaceta, año 1915, sent. 298, pág. 732.

⁶ DEMOGUE, obra citada, tomo IV, N° 403, pág. 44 y N° 421, pág. 66; RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, N° 181, pág. 330; COLIN Y CAPITANT, obra citada, tomo II, 6ª edición, pág. 373; MAZEAUD, obra citada, tomo I, 2ª edición, N°s 294 y 295, pág. 317; PLANIOL Y RIPERT, obra citada, tomo VI, N°s 547 a 549, págs. 753 a 757; DUCCI CLARO, CARLOS, obra citada, N° 265, pág. 165 y las sentencias citadas en las tres notas precedentes.

⁷ Rev., tomo 39, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 203 (consid. 29 de 1ª instancia).

desprestigio, difamación, menosprecio o deshonra, con el atentado a sus creencias, con su detención o prisión, con su procesamiento,¹ con su rapto, violación, estupro o seducción, si es mujer, con la muerte de un ser querido y, en general, con cualquier hecho que le procure una molestia, dolor o sufrimiento físico o moral.²

146. Indemnización del daño moral. Aunque las opiniones están divididas,³ la generalidad de la doctrina⁴ y de la jurisprudencia⁵ admite la indemnización del daño *meramente moral*, del que consiste en la molestia, dolor o sufrimiento físico o moral que experimenta una persona. Participamos de esta opinión.

¹ Gaceta, año 1940, tomo I, sent. 58, pág. 271 (consid. 23).

² MAZEAUD, obra citada, tomo I, 2ª edición, N° 295, pág. 317; DE PAGE, obra citada, tomo II, N° 951 bis, pág. 805; SAVATIER, obra citada, tomo II, N° 525, pág. 101 y N°s 532 a 538, págs. 107 a 115; COLIN Y CAPITANT, obra citada, tomo II, 6ª edición, pág. 373; PLANIOL Y RIPERT, obra citada, tomo VI, N°s 547 a 550, págs. 753 a 760; PLANIOL, obra citada, tomo II, 10ª edición, N° 868 bis, pág. 296; LALOU, obra citada, N°s 62 a 64, págs. 46 y 47 y N° 67, pág. 51; PIRSON Y DE VILLÉ, obra citada, tomo I, N° 207, pág. 504 y N°s 209 a 219, págs. 508 a 529; DEMOGUE, obra citada, tomo IV, N°s 405 a 408, págs. 47 a 51 y N°s 416 a 421, págs. 56 a 73; RIPERT, obra citada, N° 181, pág. 331; GARDENAT Y SALMON-RICCI, obra citada, N° 961, pág. 30; DE RUGGIERO, obra citada, tomo II, versión española, pág. 650; Rev., tomo 31, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 462 (consid. 3º Corte de Apelaciones).

³ BAUDRY-LACANTINERIE Y BARDE, obra citada, tomo IV, 3ª edición, N° 2871, pág. 559, se pronuncian en contra de la indemnización del daño moral.

⁴ JOSSERAND, obra citada, tomo II, 2ª edición, N° 441, pág. 235 y N° 442, pág. 236; COLIN Y CAPITANT, obra citada, tomo II, 6ª edición, pág. 373; DEMOGUE, obra citada, tomo IV, N°s 402 a 415, págs. 43 a 55; DE PAGE, obra citada, tomo II, N° 951 bis, pág. 805; SAVATIER, obra citada, tomo II, N°s 527 a 538, págs. 102 a 115; PLANIOL, obra citada, tomo II, 10ª edición, N° 868 bis, pág. 296; LALOU, obra citada, N°s 62 a 64, págs. 46 y 47 y N°s 66 a 67, pág. 51; MAZEAUD, obra citada, tomo II, 2ª edición, N°s 301 a 319, págs. 322 a 336; PLANIOL Y RIPERT, obra citada, tomo VI, N° 546, pág. 751; PIRSON Y DE VILLÉ, obra citada, tomo II, N° 207, pág. 504; GARDENAT Y SALMON-RICCI, obra citada, N° 95, pág. 29; RIPERT, obra citada, N° 181, pág. 329; GAUDEMET, obra citada, pág. 305; BAUDRY-LACANTINERIE, obra citada, tomo II, 13ª edición, N° 707, pág. 320; DUCCI CLARO, CARLOS, obra citada, N°s 268 a 276, págs. 166 a 172; MINOZZI, *Studio sul danno non patrimoniale*; DE RUGGIERO, obra citada, tomo II, versión española, págs. 650 y 652; DUBOIS, *Pretium doloris*; GIVORD, *La réparation du préjudice moral*.

Sobre la procedencia de la indemnización del daño moral, véanse también las siguientes memorias de prueba: ROMERO MARTÍNEZ, RAMÓN, *Daño moral y su indemnización*, Imprenta Génova, Santiago de Chile, 1916; GUÍÑEZ GÓMEZ, OLGA, *El daño moral*, Talleres de la Dirección General de Prisiones, Santiago de Chile, 1936; VALENZUELA MATTE, AURELIO, *De la responsabilidad civil del delito y del cuasidelito*, Imprenta Arturo Prat, Santiago de Chile, 1927; MÜLLER R., LAURA, *Del delito y cuasidelito civil y especialmente de la reparación del daño*, Imprenta y Encuadernación Bellavista, Santiago de Chile, 1928; MENA RIVERA, CARLOS, *Responsabilidad civil en materia extracontractual*, párrafo III, Imprenta Electra, Santiago de Chile, 1930; BANDERAS GAETE, RENÉ, *Indemnización de los daños morales*, 1934; SÁNCHEZ DÍAZ, DANIEL, *De la indemnización a las víctimas del delito*, capítulo I, Impresiones Senda, Santiago de Chile, 1938; SANTELICES VALENZUELA, WALDO, *De la responsabilidad por los perjuicios de los animales*, N° 29, pág. 80, Valparaíso (Chile), 1941.

⁵ Véanse las sentencias citadas en las notas 2, 3 y 4 de la pág. 168.

La ley no ha hecho distinciones acerca de la naturaleza del daño. El art. 2314 se limita a decir que el que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido *daño* a otro, es obligado a la indemnización; el art. 2329 habla de que *todo daño* que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta, y la palabra *daño*, según su sentido natural y obvio, significa detrimento, perjuicio, menoscabo, molestia o dolor. Luego, no cabe distinguir entre daño material y moral, máxime cuando la ley habla de *todo* daño, expresión ésta que significa "lo que se toma o se comprende entera y cabalmente según sus partes, en la entidad o en el número".¹ Por eso, cuando el legislador quiso exceptuar de esta regla a ciertos daños morales y establecer que no son indemnizables sino en determinadas circunstancias, necesitó decirlo, como en el caso del art. 2331.²

Diversos otros preceptos demuestran asimismo que en nuestra legislación el daño moral es indemnizable: el art. 20 de la Constitución Política del Estado, que establece que todo individuo en favor de quien se dictare sentencia absolutoria o se sobreseyere definitivamente, tendrá derecho a indemnización, en la forma que determine la ley,³ por los perjuicios los efectivos o *meramente morales* que hubiere sufrido injustamente; el art. 35 del Decreto Ley N° 425, de 20 de marzo de 1925, sobre abusos de la publicidad, según el cual la indemnización de perjuicios proveniente de los delitos de injuria o calumnia causados por algunos de los medios señalados en ese decreto ley, podrá hacerse extensiva al daño pecuniario que sea consecuencia de la depresión moral que con motivo de la injuria o calumnia hayan sufrido la víctima, su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos y aun a la reparación del daño *meramente moral* que sufiere el ofendido; el art. 215 C. P., que, en caso de usurpación de nombre, a más de la pena corporal, se refiere a la que pueda corresponder al usurpador por el daño que causare en la *fama* de la persona, cuyo nombre usurpó; el art. 370 C. P., que en los casos de violación, estupro o rapto dispone que el hechor será también condenado, por vía de indemnización, dotar a la ofendida si fuere soltera o viuda.

El hecho de que la indemnización tienda, por lo general, a hacer desaparecer el daño, a restablecer en el patrimonio de la víctima el valor que de él se sustrajo o en que se le disminuyó, lo que no puede ocurrir respecto del daño moral, dada su naturaleza, no obsta a que este daño pueda ser indemnizado. Aparte de la injusticia e inconveniencia que importaría dejar sin sanción un hecho ilícito que ha inferido una molestia o dolor a

¹ La afirmación que las Cortes de Valparaíso (Rev., tomo 27, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 323, consid. penúltimo) y de Iquique (Rev., tomo 27, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 440, consid. 11) han hecho en algunas sentencias acerca de que el art. 2329 C. C. se refiere a un daño de carácter material, es evidentemente errónea.

² Rev., tomo 39, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 203 (Corte Suprema).

³ Esta ley no se ha dictado hasta la fecha, por cuyo motivo ese precepto aun no tiene aplicación. Así se ha fallado: Gaceta, año 1940, tomo I, sent. 58, pág. 271 y Rev., tomo 39, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 301 (Corte Suprema).

otro, a pretexto de que la indemnización no equivale exactamente al daño causado, cabe recordar que la indemnización no es sólo *reparadora*. También puede ser *compensatoria* o *satisfactoria* y en el hecho lo es cuando el daño por su naturaleza es irremediable, cuando consiste en la destrucción de algo que no puede restablecerse o rehacerse: la muerte de una persona, la pérdida de un brazo, la destrucción de una obra de arte, etc. Semejantes daños, aunque *irreparables* en el sentido vulgar de la palabra, porque el muerto no resucita, el brazo no se readquiere, ni la obra de arte se rehace, son, sin embargo, reparables mediante una cantidad de dinero. Otro tanto ocurre con el daño moral: el dinero que el ofensor paga a la víctima no será la representación exacta del dolor que ésta experimente; pero le servirá para *compensarlo* procurándole los medios de aliviarse de él, si es físico, o de buscar otras ventajas o satisfacciones que le permitan disiparlo, o, en todo caso, atenuarlo o hacerlo más soportable.¹ Por algo la filosofía popular dice que las penas con pan son menos.

La dificultad para apreciar pecuniariamente el daño moral no puede tampoco ser un motivo para no admitir su indemnización. Igual cosa ocurre respecto de muchos daños materiales y nadie ha sostenido que no deban ser indemnizados. La ley entrega su apreciación a la prudencia del juez, y si puede temerse su arbitrariedad, ello es preferible a rehusar la indemnización, ya que esto último significaría suponer que para el legislador son más importantes los intereses materiales que los morales, que nuestra civilización permitiría que se lesionen impunemente los más sagrados y respetables sentimientos y que mientras toda lesión patrimonial, por pequeña que sea, da derecho a indemnización, los atentados contra el honor, la libertad, los afectos y todo cuanto de máspreciado tiene el hombre quedarían impunes por la dificultad de apreciarlos en dinero y por evitar la arbitrariedad judicial. Por eso, nuestra Corte Suprema ha podido decir con razón que los inconvenientes apuntados sólo demostrarían "la insuficiencia de los medios de que el legislador puede disponer para alcanzar el completo restablecimiento del derecho; pero no que deba dejarse de aplicarse la sanción que él mismo establece como represión o reparación de los actos ilícitos".²

La indemnización del daño moral es ampliamente aceptada por nuestros tribunales. La Corte Suprema, después de haberla rechazado a propósito del daño producido con la muerte de un hijo por no ser estimable en dinero, pues en su concepto "lo que se debe reparar no es el sufrimiento moral que esa muerte ocasiona, sino el daño material efectivo, que signifi-

¹ Esta falta de equivalencia entre el daño moral y la reparación y la circunstancia de que en muchos casos ésta no lo hará desaparecer, han inducido a algunos autores a sostener que la indemnización del daño moral es más bien una *pena privada* que una reparación: RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, Nos 181 a 183, págs. 329 a 338; LALOU, obra citada, N° 66, pág. 51; PIRSON Y DE VILLÉ, obra citada, tomo I, N° 209, pág. 509; DEMOGUE, obra citada, tomo IV, N° 406, pág. 49; N° 409, pág. 51 y N° 415, pág. 55.

² Rev., tomo 21, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 1053 (consid. 27).

que disminución de renta, el aumento de gastos de subsistencia u otros equivalentes, susceptibles de una apreciación numérica",¹ once meses más tarde aceptó esta indemnización en un caso análogo en una sentencia notable por la solidez de su razonamiento.²

Esta jurisprudencia se ha mantenido, y desde entonces esa Corte³ y las Cortes de Apelaciones⁴ admiten de un modo uniforme la indemnización del daño meramente moral.

147. Daño moral causado por imputaciones injuriosas. La solución indicada en el número precedente no es del todo aplicable al daño moral que consista en el dolor o sufrimiento causado por *imputaciones injuriosas contra el honor o crédito de una persona*, es decir, por calumnias o injurias.

A su respecto, hay que distinguir si tales imputaciones se hacen o no por *algunos de los medios señalados* en el Decreto Ley N° 425, de 20 de marzo de 1925, sobre abusos de la publicidad.

En el primer caso, siguen la regla general: el daño meramente moral que sufra el ofendido es indemnizable siempre, aunque no se traduzca en un perjuicio pecuniario, y el tribunal fijará la cuantía de la indemnización tomando en cuenta las facultades del ofendido y de la víctima y cualquiera otra circunstancia que parezca digna de considerarse (art. 35 de ese decreto ley). El ofensor no podrá relevarse de responsabilidad probando la verdad de la imputación, salvo en los casos señalados en el art. 20 del referido decreto ley. En los demás, esa prueba no le es admisible. Las disposiciones de ese decreto ley prevalecen sobre el art. 2331 por ser especiales; se refieren a las imputaciones injuriosas que se hacen en determinada forma.

En el segundo, o sea, si tales imputaciones no se hacen por alguno de los medios señalados en el Decreto Ley N° 425 citado, rige lo dispuesto en el art. 2331 C. C.: el daño meramente moral no es indemnizable en dinero, sólo lo es el que se traduzca en una disminución actual

¹ Rev., tomo 21, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 529. Esta misma Corte había declarado en Gaceta, año 1900, tomo II, sent. 2010, pág. 97, que sólo son susceptibles de indemnización los daños apreciables en dinero.

² Rev., tomo 21, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 1053. Con anterioridad, la Corte de Santiago había declarado que no se divisaba por qué el sentimiento y el valor de afección debían eliminarse en absoluto de la apreciación del daño; Rev., tomo 4, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 139.

³ Rev., tomo 24, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 567 (dolor y depresión nerviosa causados con la muerte de una hija); tomo 28, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 117 y tomo 29, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 549 (muerte de un hijo); tomo 31, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 144 (muerte del marido y de un hijo); tomo 32, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 419.

⁴ Rev., tomo 26, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 141, consid. 13 (muerte del marido); tomo 31, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 462; tomo 32, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 10 (dolor producido por la pérdida de una pierna); tomo 38, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 239 (dolor producido por la muerte de un hijo); tomo 39, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 203 (dolor producido por la muerte del marido y del padre de las demandantes); Gaceta, año 1927, tomo II, sent. 147, pág. 656 (muerte de un hijo).

o futura del patrimonio. La víctima no podrá demandar *indemnización pecuniaria*, a menos de probar daño emergente o lucro cesante apreciable en dinero, como si a consecuencia de esas imputaciones hubiese sido privada de un empleo o cargo que desempeñaba o dejare de ganar o de adquirir algo, por ejemplo, un fabricante que por ellas viere disminuir la venta de sus productos. En defecto de esta prueba, no puede exigir ninguna indemnización pecuniaria por tales imputaciones, aunque causen deshonor, descrédito o menosprecio.¹ Pero ello no obsta a que la víctima pueda pedir otra reparación que no sea pecuniaria, como la publicación de la sentencia condenatoria o de un desmentido emanado del autor de la injuria o calumnia; el art. 2331 sólo niega la indemnización pecuniaria (N° 445).

Si el ofensor acredita la verdad de la imputación, la víctima no tiene derecho a ser indemnizada, aunque pruebe daño emergente o lucro cesante. Al hacerse esa imputación no se ha ejecutado ningún hecho ilícito, se ha dicho la verdad.²

148. Derecho comparado. La casi totalidad de los Códigos vigentes admite la indemnización del daño moral expresa³ o implícitamente,⁴ si bien en algunos es facultativa para el juez.⁵ Pocos son los que la consagran como regla de carácter general.⁶ Algunos han preferido enumerar los hechos

¹ Rev., tomo 25, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 501 (consider. 22 Corte de Apelaciones); tomo 32, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 419 (consider. 11 Corte Suprema).

² Rev., tomo 4, 2ª parte, sec. 2ª, pág. 108.

³ Códigos alemán (arts. 847 y 1300), suizo y turco de las obligaciones (arts. 47 y 49), de las obligaciones y contratos de la República de Polonia (arts. 157, 165 y 166), japonés (arts. 710 y 711), chino (arts. 194 y 195), de las obligaciones y contratos de la República Libanesa (art. 134), italiano (art. 2059), argentino (arts. 1078 y 1083), peruano (art. 1148), mexicano (art. 1916), brasileiro (arts. 1547 y 1550) y venezolano (art. 1196).

⁴ Códigos francés, belga, español, colombiano, ecuatoriano, cubano, uruguayo y costarricense.

La jurisprudencia y la mayoría de los autores franceses y belgas admiten la reparación del daño moral: véanse los autores citados en la nota 4 de la página 165. En Italia, antes de la vigencia del Código de 1942, las opiniones estaban divididas; DEMOGUE, obra citada, tomo IV, N° 427, pág. 79; DUBOIS, obra citada, pág. 266; MINOZZI, *Studio sul danno non patrimoniale*: este autor se pronuncia francamente en favor de la reparación del daño moral.

⁵ Códigos Civiles peruano (art. 1148) y mexicano (art. 1916), Código de las obligaciones y contratos de la República de Polonia (arts. 165 y 166) y Códigos suizo y turco de las obligaciones (arts. 47 y 49). Estos tres últimos restringen la indemnización del daño moral a los casos de lesiones corporales, de muerte de una persona o de atentado a sus intereses personales.

El art. 134 del Código de las obligaciones y contratos de la República Libanesa deja también al arbitrio del juez acordar indemnización por el interés de afección cuando éste se justifique por un vínculo de parentesco de consanguinidad o afinidad.

⁶ Código Civil japonés (arts. 710 y 711), Código de las obligaciones y contratos de la República Libanesa (art. 134) y Código Civil de Venezuela (art. 1196). El mismo criterio adopta el proyecto franco-italiano de Código de las obligaciones y contratos (art. 85).

que la hacen admisible¹ y otros, como los Códigos alemán (arts. 253, 847 y 1300) e italiano (art. 2059), sólo la admiten por excepción en los casos expresamente señalados por la ley.

En el derecho soviético el daño moral no es indemnizable.²

149. Daño directo e indirecto. Sólo es indemnizable el daño *directo*, sea inmediato o mediato. Se entiende por tal el que es una consecuencia *cierta y necesaria* del hecho ilícito.³ Tratándose de un delito o cuasidelito en las personas no sólo es indemnizable la lesión o fractura que sufra el ofendido (daño inmediato)⁴ y los gastos de curación que ella le ocasione,⁵ sino también el daño material⁶ y moral⁷ que la muerte de la víctima ocasione a un tercero (daño mediato):⁸ ambos son una consecuencia cierta y necesaria del hecho ilícito, porque sin él no se habrían producido (Nº 159). Se ha fallado que, tratándose de un abordaje, sólo es indemnizable el lucro cesante cuya pérdida provenga directa e inmediatamente del hecho perjudicial, que es el abordaje;⁹ que en el caso de desnivelarse una muralla con motivo del cauce construido a uno de sus costados, deben indemnizarse todos los perjuicios que sufra el dueño de la muralla y que sean una consecuencia necesaria de su ruina;¹⁰ que quien con motivo de la instalación de una línea telefónica deteriora el techo de una casa, debe indemnizar este deterioro y los daños que a consecuencia de él causen las lluvias en el interior de la habitación y en los muebles existentes en ella.¹¹

El daño *indirecto*, el que no deriva necesaria y forzosamente del hecho ilícito, el que se habría producido aun sin él, no es indemnizable en caso alguno, no por aplicación del art. 1558, que sólo rige en materia contrac-

¹ Códigos suizo y turco de las obligaciones (arts. 47 y 49), Códigos Civiles chino (arts. 194 y 195), brasileño (arts. 1547 y 1550), argentino (arts. 1078 y 1083) y mexicano (art. 1916), Código de las obligaciones de la República de Polonia (arts. 157, 165 y 166).

² ELEACHEVITCH, NOLDE Y TAGER, *Traité de Droit Civil et Commercial des Soviets*, tomo II, Nº 318, pág. 436.

³ MAZEAUD, obra citada, tomo II, 2ª edición, Nº 1673, pág. 518 y Nº 1674, pág. 519; PIRSON Y DE VILLÉ, obra citada, tomo I, Nº 184, págs. 405 a 412; SAVATIER, obra citada, tomo II, Nº 472, pág. 25 y Nº 521, pág. 95.

El Código de las obligaciones de la República de Polonia (art. 157) y el de las obligaciones y contratos de la República Libanesa (art. 134) consagran el mismo principio.

⁴ Véanse las sentencias citadas en la nota 2 de la pág. 162.

⁵ Gaceta, año 1861, sent. 1809, pág. 1117; año 1891, sent. 77, pág. 38; año 1897, tomo II, sent. 3504, pág. 912; año 1900, tomo II, sent. 2010, pág. 97; año 1901, tomo II, sent. 2789, pág. 925; año 1902, tomo II, sent. 1937, pág. 308 y sent. 2274, pág. 606; año 1906, tomo II, sent. 972, pág. 558; año 1915, sent. 291, pág. 715.

⁶ Véanse las sentencias citadas en las notas 1 de la página 162 y 3, 4 y 5 de la pág. 164.

⁷ Véanse las sentencias citadas en las notas 2, 3 y 4 de la pág. 168.

⁸ MAZEAUD, obra citada, tomo II, 2ª edición, Nº 1676, pág. 520; SAVATIER, obra citada, tomo II, Nº 473, pág. 29.

⁹ Rev., tomo 27, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 530.

¹⁰ Gaceta, año 1862, sent. 1673, pág. 623.

¹¹ Gaceta, año 1882, sent. 498, pág. 296.

tual, sino porque entre este daño y el hecho ilícito no hay relación de causalidad sin la cual ese hecho no puede engendrar para su autor responsabilidad delictual o cuasidelictual civil.¹ Si una persona lesionada levemente por culpa del conductor de un vehículo muere por no haberse cuidado o por un error cometido por el médico que la atendió, ese conductor sólo responderá de las lesiones que le haya inferido, pero no del daño que se cause con su muerte; la causa precisa y necesaria de ésta no fue el atropellamiento (Nº 159). Lo mismo cabe decir si un automóvil es hurtado o robado y el ladrón causa un daño con él: su dueño no es responsable de este daño, aunque su negligencia haya hecho posible el hurto o robo; el daño no deriva directa y necesariamente de esa negligencia.² Se ha fallado, por eso, que quien corta el agua con que se movía un molino no es obligado a indemnizar los gastos particulares del dueño del molino, porque no se habría justificado la relación que hubiera entre ellos y la privación del agua.³

Por consiguiente, para saber si un daño es *directo* o *indirecto* y, por lo mismo, indemnizable o no, no debe atenderse a su mayor o menor proximidad con el hecho ilícito, a si es inmediato o mediato —un daño mediato, como el que repercute en un tercero, puede ser directo—, sino únicamente a si entre el hecho ilícito y el daño hay o no relación de causa a efecto, a si el daño es o no su consecuencia *cierta y necesaria*⁴ o, como dice un autor, su *consecuencia lógica*.⁵ Claro está que mientras más alejado es el daño, menos probabilidades tiene de ser directo.⁶

La Corte de Apelaciones de Santiago ha dicho que la reparación de un daño ocasionado por un delito o cuasidelito civil comprende la indemnización de todos los perjuicios sufridos por la víctima, ya sea *directa* o *indirectamente*.⁷ Por su parte, la Corte Suprema ha expresado que el art. 2329 no distingue entre el daño *directo* e *inmediato* y el *indirecto* y *mediato* y se

¹ MAZEAUD, obra citada, tomo I, 2ª edición, Nº 215, pág. 235 y tomo II, 2ª edición, Nºs 1669 a 1676, págs. 513 a 521; GAUDEMET, obra citada, pág. 322; RIPERT, LUCIENNE, *La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle*, Nº 164, pág. 184; BAUDRY-LACANTINERIE Y BARDE, obra citada, tomo IV, 3ª edición, Nº 2880, pág. 581; SAVATIER, obra citada, tomo II, Nº 471, pág. 23 y Nº 472, pág. 25; LALOU, obra citada, Nº 28, pág. 20; PLANIOL, obra citada, tomo II, 10ª edición, Nº 869 bis, pág. 297; DE PAGE, obra citada, tomo II, Nº 952 bis, pág. 806; Nº 963, pág. 818 y Nº 1023, pág. 874; JOSSEAND, obra citada, tomo II, 2ª edición, Nº 440, pág. 234 y Nº 449, pág. 240; PIRSON Y DE VILLÉ, obra citada, tomo I, Nº 184, págs. 405 a 412; DUCCI CLARO, CARLOS, obra citada, Nºs 248 y 249, págs. 155 a 157. En contra: DEMOGUE, obra citada, tomo IV, Nº 462, pág. 123.

² SAVATIER, obra citada, tomo II, Nº 478, pág. 35.

³ Gaceta, año 1867, sent. 509, pág. 214 (consid. 7º).

⁴ MAZEAUD, obra citada, tomo II, 2ª edición, Nº 1677, pág. 521; JOSSEAND, obra citada, tomo II, 2ª edición, Nº 440 *in fine*, pág. 234; SAVATIER, obra citada, tomo II, Nº 473, pág. 28.

⁵ SAVATIER, obra citada, tomo II, Nº 472, pág. 26.

⁶ JOSSEAND, obra citada, tomo II, 2ª edición, Nº 449, pág. 240; SAVATIER, obra citada, tomo II, Nº 473, pág. 29.

⁷ Rev., tomo 11, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 157 (consid. 4º).

refiere, por el contrario, a todo daño.¹ Pero de aquí no puede concluirse que ambos tribunales estimen indemnizable el daño indirecto tal como lo hemos definido, porque en el primer caso se perseguía indemnización por la pérdida de un brazo y en el segundo, por la muerte de una persona: ambos eran daños directos, inmediato uno y mediato el otro.

150. Facultades de los jueces del fondo y de la Corte de Casación. Los jueces del fondo establecen soberanamente los *hechos materiales* que, en concepto del demandante, constituyen daño,² por ejemplo, que la víctima atendía y protegía con su trabajo a su familia;³ que el hijo del actor fue atropellado y muerto por un tranvía;⁴ que en un choque de trenes murió una persona a cuyo lado vivían sus hermanas, que carecían de recursos propios, que sólo contaban para su sostén con lo que recibían anualmente de él y que, acaecida su muerte, quedaron privadas de todo medio de subsistencia;⁵ que la víctima era una persona laboriosa, sin vicios, de vigorosa salud y que invertía todo lo que ganaba en el sostén de su mujer e hijos;⁶ que la víctima tenía poco menos de treinta años, que ganaba un determinado salario mensual, que observaba conducta intachable, que tenía buenas condiciones físicas y morales y que la demandante sólo se verá privada de una parte del producto del trabajo de aquélla;⁷ que el incendio produjo la destrucción total de una viña, de parte de la casa de un inquilino y de árboles de madera;⁸ que el accidentado era fogonero de la empresa demandada, gozaba de un determinado sueldo anual y era el único sostén de su madre;⁹ que un incendio produjo tales o cuales perjuicios;¹⁰ que no se han comprobado los perjuicios materiales y morales que se demandan;¹¹ que las demandantes resultan perjudicadas con la muerte de la víctima, porque dejarán de percibir un cinco por ciento de interés anual sobre el capital que señalan los jueces del fondo y por el tiempo que indican.¹² La Corte Suprema no podría modificar o alterar estos hechos, a menos que se hubieran violado las leyes reguladoras de la prueba.

¹ Rev., tomo 22, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 241 (consid. 5º).

² MAZEAUD, obra citada, tomo III, 2ª edición, N° 2209, pág. 237; PLANIOL Y RIPERT, obra citada, tomo VI, N° 554, pág. 763; BAUDRY-LACANTINERIE Y BARDE, obra citada, tomo IV, 3ª edición, N° 2870, pág. 559; DEMOGUE, obra citada, tomo IV, N° 422, pág. 73; DE PAGE, obra citada, tomo II, N° 952 ter, pág. 807; JOSSERAND, obra citada, tomo II, 2ª edición, N° 447, pág. 239; GARDENAT Y SALMON-RICCI, obra citada, N° 130, pág. 246; PIRSON Y DE VILLÉ, obra citada, tomo II, N° 276 bis, pág. 106; MARTY, obra citada, N° 129, pág. 253.

³ Rev., tomo 18, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 335 (consid. 1º).

⁴ Rev., tomo 21, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 1053.

⁵ Rev., tomo 22, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 912 (consid. 6º).

⁶ Rev., tomo 26, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 141 (consid. 3º).

⁷ Rev., tomo 27, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 822 (consid. 9º).

⁸ Rev., tomo 27, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 557 (consid. 6º).

⁹ Rev., tomo 28, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 295 (consid. 1º).

¹⁰ Rev., tomo 28, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 747 (consid. 7º y 8º).

¹¹ Rev., tomo 31, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 462 (consid. 5º a 8º).

¹² Rev., tomo 39, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 203 (consid. 12º).

Pero determinar si tales hechos constituyen o no un daño material o moral, si éste es cierto o eventual, directo o indirecto, previsto o imprevisto, si se fundamenta en un interés legítimo o ilegítimo, en general, si el daño invocado da o no derecho a reparación, es cuestión jurídica sometida a la revisión de la Corte Suprema;¹ se trata de determinar los elementos del daño que puede ser reparado, lo cual es problema de calificación.² La Corte Suprema, por tanto, puede estimar con entera libertad, y contrariamente a lo resuelto por los jueces del fondo, que los hechos establecidos por éstos constituyen daño y autorizan su reparación³ o no lo constituyen.⁴

Nuestra Corte de Casación estima, sin embargo, que los jueces del fondo establecen en forma privativa que se causó un daño⁵ o que éste se halla acreditado.⁶ Pero últimamente ha variado de criterio y ha resuelto que determinar si los hechos establecidos por aquéllos causaron o no el daño moral que se alega es una cuestión de derecho sometida a su control, y como en la especie ese daño no se habría producido, invalidó la sentencia que ordenaba repararlo.⁷

Los jueces del fondo fijan también soberanamente el monto (N° 483)⁸ y la forma de la indemnización,⁹ a menos que ésta estuviere

¹ MAZEAUD, obra citada, tomo III, 2ª edición, N° 2209, pág. 237; PLANIOL Y RIPERT, obra citada, tomo VI, N° 554, pág. 763; BAUDRY-LACANTINERIE, obra citada, tomo II, 13ª edición, N° 710, pág. 321; DEMOGUE, obra citada, tomo IV, N° 422, pág. 73; DE PAGE, obra citada, tomo II, N° 952 ter, pág. 807; GARDENAT Y SALMON-RICCI, obra citada, N° 134, pág. 247 y N°s 142, 143 y 144, págs. 248 y 249; PIRSON Y DE VILLÉ, obra citada, tomo II, N° 276 bis, pág. 106; MARTY, obra citada, N° 129, pág. 253. En contra: FAYE, obra citada, N° 160, pág. 178.

² MAZEAUD, obra citada, tomo III, 2ª edición, N° 2209, pág. 238; MARTY, obra citada, pág. 253, nota 4; GARDENAT Y SALMON-RICCI, obra citada, N° 134, pág. 247.

³ Rev., tomo 21, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 1053: la sentencia recurrida había rechazado la indemnización solicitada por el demandante con motivo de la muerte de un hijo de cortos años, por no haberse acreditado el perjuicio sufrido. La Corte Suprema la invalidó, porque, en su concepto, esa muerte causó al demandante un daño moral susceptible de reparación.

En la sentencia publicada en la Rev., tomo 39, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 203, esa misma Corte invalidó una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que había declarado que el daño moral no es indemnizable. La Corte Suprema estimó que esta resolución vulneraba los arts. 2314, 2329 y 2331 del C. C., porque de ellos se infiere que, por regla general, el daño meramente moral es indemnizable.

⁴ Rev., tomo 32, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 419.

⁵ Rev., tomo 18, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 335 (consid. 3º); tomo 29, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 570 (consid. 11).

⁶ Rev., tomo 22, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 681 (consid. 6º); tomo 24, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 567 (consid. 13 a 15); tomo 28, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 117 (consid. 10).

⁷ Rev., tomo 32, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 419.

⁸ Rev., tomo 18, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 335 (consid. 4º); tomo 22, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 912 (consid. 11); tomo 24, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 567 (consid. 15); tomo 26, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 234 (consid. 4º); tomo 27, 2ª parte, sec. 1ª, págs. 530 (consid. 12) y 822 (consid. 10); tomo 28, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 117 (consid. 13); tomo 39, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 203 (consid. 14) (todas de la Corte Suprema).

señalada por la ley, en cuyo caso su decisión sería susceptible de casación.¹

4°. RELACIÓN DE CAUSALIDAD

151. Principio. Para que el hecho o la omisión de una persona capaz de delito o cuasidelito le imponga responsabilidad delictual o cuasidelictual civil, no basta que ese hecho u omisión haya sido ejecutado con dolo o culpa, ni que cause daño. Es menester que entre el dolo o la culpa, por una parte, y el daño, por la otra, haya una *relación de causalidad*, es decir, que éste sea la consecuencia o efecto de ese dolo o culpa.² De lo contrario, el autor del hecho o de la omisión no es responsable del daño sufrido por la víctima, aunque ese hecho u omisión sea doloso o culpable. Así se ha fallado.³

Este requisito está expresamente contemplado por nuestro Código Civil en el art. 2314 cuando dice que el que ha cometido un delito o cuasidelito *que ha inferido daño a otro*, es obligado a la indemnización, y en el art. 2329 al establecer que todo daño que pueda *imputarse* a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta, porque *inferir* es “inducir una cosa de otra, llevar consigo, ocasionar, conducir a un resultado”, e *imputar*, “atribuir a alguno una culpa, delito o acción”. Un delito o cuasidelito obliga, por tanto, a la indemnización cuando conduce a un daño, cuando éste es su resultado, cuando el daño se induce de él, cuando el daño puede atribuirse a la malicia o negligencia de su autor.⁴

En el mismo sentido: MAZEAUD, obra citada, tomo III, 2ª edición, N° 2209, pág. 238; PLANIOL Y RIPERT, obra citada, tomo VI, N° 554, pág. 763 y N° 682, pág. 922; DEMOGUE, obra citada, tomo IV, N° 422, pág. 73; DE PAGE, obra citada, tomo II, N° 952 ter, pág. 807; GARDENAT Y SALMON-RICCI, obra citada, N° 130, pág. 246; MARTY, obra citada, pág. 253, nota 4; SAVATIER, obra citada, tomo II, N° 609, pág. 196.

⁹ MAZEAUD, obra citada, tomo III, 2ª edición, N° 2209, pág. 238.

¹ GARDENAT Y SALMON-RICCI, obra citada, N° 135, pág. 247.

² MAZEAUD, obra citada, tomo II, N° 1417, pág. 322; COLIN Y CAPITANT, obra citada, tomo II, 6ª edición, pág. 381; PLANIOL, obra citada, tomo II, 10ª edición, N° 869, pág. 297; JOSSE-RAND, obra citada, tomo II, 2ª edición, N° 448, pág. 239; BAUDRY-LACANTINERIE Y BARDE, obra citada, tomo IV, 3ª edición, N° 2873, pág. 577; BAUDRY-LACANTINERIE, obra citada, tomo II, 13ª edición, N° 708, pág. 321; GARDENAT Y SALMON-RICCI, obra citada, N° 193, pág. 47; PLANIOL Y RIPERT, obra citada, tomo VI, N° 538, pág. 737; DEMOGUE, obra citada, tomo IV, N° 365, pág. 1; PIRSON Y DE VILLÉ, obra citada, tomo II, N° 230, pág. 5; DE PAGE, obra citada, tomo II, N° 954, pág. 807; SAVATIER, obra citada, tomo II, N° 456, pág. 3.

³ Rev., tomo 32, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 538 (véanse los consids. 7º a 14 de 1ª instancia).

⁴ La sentencia que desconozca la necesidad de este requisito o que imponga responsabilidad a una persona por un daño que no tenga por causa su dolo o culpa, violaría esos artículos y sería, por lo mismo, susceptible de casación.

152. Su extensión. La *relación de causalidad* es necesaria, sea el delito o cuasidelito o de acción o de omisión, trátase de una responsabilidad simple o compleja y aun en los casos de responsabilidad objetiva y de responsabilidad sin culpa o legal, si bien en estas dos últimas esa relación deberá existir entre el *hecho* y el *daño* y no entre éste y la culpa o el dolo, como ocurre en la responsabilidad subjetiva.¹ La ley no ha hecho distinciones y nadie puede responder sino de los daños que cause o cree.

153. Problemas en que influye la relación causal. La *relación causal* tiene más importancia de lo que parece. Son numerosas las cuestiones de responsabilidad que se relacionan estrechamente con ella o que en el fondo no son sino un problema de causalidad, tales como el daño indirecto (N° 149), las predisposiciones (N° 158), la pluralidad de daños, el daño por repercusión (N° 383), la culpa de la víctima, llamada también culpa común (N° 479), etc.

154. Distinción entre la culpa o el dolo y la relación causal. Este requisito es distinto de la culpa o del dolo: puede haber relación de causalidad sin que haya dolo o culpa, y, a la inversa, pueden existir éstos sin aquélla.

Lo primero acontece cuando una persona causa un daño sin dolo o culpa, por un acto casual. En este caso, su irresponsabilidad proviene de la ausencia de culpa o dolo y no de la falta de causalidad, puesto que el daño tuvo por causa un hecho suyo.

Hay dolo o culpa sin relación de causalidad cuando el hecho, aunque ilícito, no ha sido la causa del daño que sufre la víctima. Así, el que da veneno a una persona, a la cual otra mata de un balazo acto continuo, no es responsable civilmente de su muerte; la causa de la muerte no fue su hecho ilícito.² Por la misma razón, tampoco es responsable de la destrucción de la rueda hidráulica de un molino producida a consecuencia de haberse resecado, quien cortó el agua que le daba movimiento, si de los antecedentes del proceso resulta que esa destrucción no ha podido tener por causa la privación del agua, pues ésta ocurrió en los meses más lluviosos del invierno, sino el mal estado en que la rueda se encontraba.³ Ni lo es tampoco el automovilista que, a consecuencia de una neblina muy densa, atropella a un peatón, aunque el automóvil lleve sus faros apagados: el accidente no ha tenido por causa la carencia de luz, puesto que se habría producido aunque aquéllos hubieran ido encendidos.⁴

Igualmente, el hecho de que un conservador de bienes raíces inscriba una hipoteca sobre un inmueble que no pertenece al deudor ni sobre el

¹ MAZEAUD, obra citada, tomo II, 2ª edición, N° 1420, pág. 324 y N° 1421, nota 1, pág. 326; PLANIOL Y RIPERT, obra citada, tomo VI, N° 538, pág. 738; SAVATIER, obra citada, tomo II, N° 458, pág. 4.

² MAZEAUD, obra citada, tomo II, 2ª edición, N° 1426, pág. 328.

³ Gaceta, año 1867, sent. 509, pág. 214.

⁴ SAVATIER, obra citada, tomo II, N° 476 *in fine*, pág. 34.

ISBN 978-956-10-2561-5



9 789561 025615

Enrique
Barros
Bourie

Enrique Barros Bourie

La publicación del *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* marcó un hito en el derecho civil chileno. Se trata de la obra más completa en Chile sobre la responsabilidad civil extracontractual. La profundidad con que el autor reflexiona sobre los distintos temas, siempre poniendo atención en la estructura básica y los fines del derecho privado, ha permitido que este tratado logre una reconocida difusión en la literatura jurídica de lengua castellana. Su relevancia se muestra, sobre todo, en los incontables trabajos académicos posteriores que lo utilizan de fuente. Asimismo, es referencia doctrinaria de una abundante y cada vez más consolidada jurisprudencia.

Tras catorce años, Editorial Jurídica de Chile presenta esta segunda edición. El autor ha conservado el enfoque original de

la obra, pero la ha renovado a la luz de la evolución que ha tenido la legislación, la doctrina y la jurisprudencia chilenas. Ha actualizado de igual modo fuentes de derecho comparado que enriquecen la reflexión filosófico-jurídica en torno a las instituciones de derecho privado. El desarrollo del derecho de la responsabilidad civil ha requerido ahondar en algunos aspectos de la parte general y de los estatutos especiales de responsabilidad civil. Respecto a estos últimos, en particular, esta edición da cuenta de un tratamiento jurídico que se ha vuelto cada vez más complejo (por ejemplo, en materia de responsabilidad ambiental, productos defectuosos, directores y administradores de sociedades anónimas y manejo de datos personales).

Para favorecer la consulta de la obra, que ha aumentado su extensión con las nuevas menciones y comentarios, se ha dividido en dos tomos y se ha completado el índice analítico.

TRATADO
DE
RESPONSA-
BILIDAD
EXTRACON-
TRACTUAL

TRATADO DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

Tomo I

Tomo I

Segunda edición actualizada



@editorialjuridicadechile
#prefierocodigosoficiales



extracontractual, por el artículo 2324). A su vez, la responsabilidad de los profesionales y del primer vendedor está reglada en la Ley de urbanismo y construcciones (artículo 18) y la de las municipalidades está establecida en esa ley y en el ordenamiento que las rige (Ley de municipalidades, artículo 152). Atendida la complejidad del ordenamiento legal aplicable, la materia será objeto de un análisis especial (*infra* § 54).

140. Responsabilidad por caída de objetos desde la parte superior de un edificio. a) Como en materia de ruina de edificios, el Código Civil otorga una acción *preventiva* y otra *reparatoria*.

b) Ante todo, se contempla una *acción pública preventiva* para que se remuevan de la parte superior de un edificio u otro paraje elevado objetos que amenacen caída y daño. La acción es análoga a la querrela posesoria de denuncia de obra ruinosa, pero se dirige no solo contra el dueño, sino, indistintamente, contra este, o el arrendatario o la persona a quien pertenezca la cosa o se sirva de ella (artículo 2328 II).

c) El mismo artículo 2328 I establece la responsabilidad por daños causados por una cosa que cae o se arroja de la parte superior de un edificio, respecto de todas las personas que habitan la misma parte. Si los candidatos a responsables son varios, porque no es posible individualizar el lugar desde el cual el objeto ha caído, la indemnización se dividirá entre todos ellos. Esta regla constituye una excepción al principio de la solidaridad establecido en el artículo 2317 del Código Civil.

La excusa exige la prueba de que la caída del objeto se debe a culpa o mala intención de alguna persona exclusivamente, en cuyo caso solo esta será responsable. En otras palabras, solo se pueden liberar los candidatos a causantes del daño identificando el lugar preciso desde donde cayó o fue arrojado el objeto (esto es, probando que ellos no intervinieron en el curso causal); en consecuencia, se trata de una responsabilidad estricta.⁴⁴²

d) Una vez probado que el objeto cayó o fue arrojado desde algún lugar específico, se entiende que el daño es atribuible a malicia o negligencia de quien allí habita. Queda la duda, en tal evento, cuál es la prueba de diligencia que le puede servir de excusa suficiente; por eso, en la práctica, la responsabilidad es estricta y solo admite la excusa de fuerza mayor (véase también *infra* N° 315).

⁴⁴² En contra, Alessandri 1943 442 y 447, quien estima que la responsabilidad es por culpa presumida; en igual sentido, Corral 2013 289.

§ 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 solo son relevantes las conductas negligentes si de ellas se sigue un perjuicio para el demandante. En sede civil, la sola negligencia no es fuente de responsabilidad. 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 solo 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.¹ En definitiva, el daño es *condición necesaria bajo cualquier régimen de responsabilidad civil*.

b) Pero el daño es también *objeto del juicio de responsabilidad*, porque la pretensión del demandante es que le sean reparados los perjuicios sufridos,

¹ 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, Viney/Jourdain 1998 3, Le Tourneau/Cadiet 2002/03 N° 348).

mediante la indemnización en dinero, pero también mediante otras prestaciones reparatorias. 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.² Para efectos de mostrar la tensión entre ambas caras del daño, en este libro se ha optado por tratarlas conjuntamente en este capítulo.³

142. Fines de la responsabilidad civil y daño reparable. Atendido el lugar del daño, es natural que su análisis sea de 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 (*supra* N°s 12 y 13).⁴

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 tendrá 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* N° 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 conmensurables en dinero; en estos casos, la indemnización no es propiamente reparatoria, sino que cumple una función de *compensación* respecto de la víctima: en satisfacción por el bien del que ha sido privada, 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* N° 197).⁵

² Vicente en Reglero 2002 a 210; 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).

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

⁴ Cane 1997 116.

⁵ 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

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. La justificación económica de una regla de responsabilidad atiende a sus efectos en el bienestar general (*supra* N° 17). 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 actúa como un incentivo perfecto para que adopte los niveles óptimos de prevención.⁶

Sin embargo, hay situaciones en que se justificaría, desde un punto de vista estrictamente preventivo, que la indemnización fuera superior a los daños efectivos sufridos por la víctima. Puede ocurrir que parte importante de los daños provocados por el responsable no son indemnizados. Así, por ejemplo, los daños que se distribuyen en pequeñas porciones en incontables víctimas, que carecen de incentivo para demandar, con el resultado que la indemnización que tenga que pagar son muy inferiores en valor a los costos de prevención (*infra* N° 157); o los casos en que la causalidad es difícil de determinar, lo que también constituye un desincentivo para demandar. En 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 solo cubriera 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

a la víctima en una situación equivalente a la que tenía antes de producirse aquel (...), la indemnización por daño moral está dirigida a dar, a quien ha sufrido el daño, una satisfacción de reemplazo" (Corte de Santiago, 18.11.2002, 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 evaluada 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).

⁶ 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* N° 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).

to al momento de determinar la sanción. A ello se agregan los propósitos de *prevención general* que se atribuyen a la responsabilidad civil (*supra* N°s 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 atribuidas a la víctima a título de pena privada (*infra* N° 198).⁷ En las jurisdicciones donde se da lugar a indemnizaciones punitivas son determinantes para su reconocimiento en juicio, tanto la función vindicativa como preventiva de la suma que se establezca a título de pena civil. En Estados Unidos, por ejemplo, la doctrina judicial reconoce 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'.⁸ De este modo, la suma de dinero que se reconoce al demandante excepcionalmente puede ser determinada no solo 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.⁹

d) Por último, el titular de un derecho puede tener interés en una acción puramente *restitutoria*, cuyo objeto no es solo el daño, sino el beneficio del cual ha sido privado, aunque no haya sufrido propiamente un daño. Es el caso, por ejemplo, del uso ilícito que un tercero hace de la propiedad intelectual ajena.¹⁰ En este caso, la acción puede perseguir un *fin reparatorio* del beneficio obtenido por el demandado en razón de su ilícito (*infra* § 61).

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 justificación *compensatoria*. En algunas jurisdicciones, y en forma soterrada en la práctica judicial nacional de evaluación del daño moral, se reconoce a la responsabilidad una función *punitiva*, sea con fines disuasivos

⁷ 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.

⁸ 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 descarada 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).

⁹ 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 de debido proceso sancionador para estimar que en nuestro ordenamiento la indemnización de perjuicios solo 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).

¹⁰ Así, en CS, 15.9.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 1ª, 158, publicada también en F. del M. 490, 1885.

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 con fines solo reparatorios.¹¹

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.¹² A su vez, la justificación era típicamente retributiva, porque, dependiendo de la culpa y las circunstancias, el demandado podría ser condenado a pagar el valor de mercado de la cosa o su duplo o cuádruplo.¹³

Un concepto general de daño recién aparece en el derecho justinianeo y, en especial, en el derecho romano común del medioevo.¹⁴ En una larga evolución, en cuyo desarrollo la práctica jurisprudencial no parece haber seguido una doctrina estructurada, 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.¹⁵ En la doctrina jurídica moderna, el concepto pasa a ser formulado en la expresión general de *daño*, que recogen los artículos 2314 y 2329 del Código Civil.¹⁶

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 solo el daño anti-jurídico es objeto general de reparación, por lo general se exige la lesión de un *derecho subjetivo* para que haya lugar a la indemnización.¹⁷ 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".¹⁸

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

¹² 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 cuadrúpedo 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). A partir de esas reglas, se expandió con el tiempo la casuística de ilícitos (D. Lib.12, Tít. 2).

¹³ Inst. Gayo 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 (Coing 1985 I 504).

¹⁴ Ranieri 1999 140.

¹⁵ Coing 1985 I 505.

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

¹⁷ BGB, § 823 I; Cód. ital., artículo 2043; sobre lo superfluo del juicio de juridicidad en el derecho chileno, *supra* N° 51 y las explicaciones que siguen.

¹⁸ Escriche 1858 156, con antecedente en las Siete Partidas 7.25.1.

En el primer sentido, el daño está circunscrito por los *derechos subjetivos* que el ordenamiento jurídico protege con una acción reparatoria,¹⁹ 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 (*supra* N° 45).²⁰

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 de que gozaba".²¹ Esta idea aparece recogida en la doctrina civil francesa, muy influyente en nuestro derecho.²² La jurisprudencia nacional se ha pro-

¹⁹ La definición de daño en términos de lesión a un derecho subjetivo resulta particularmente cercana a la concepción de la responsabilidad extracontractual que la mira como un orden de reivindicación y protección de derechos subjetivos, Stevens 2007 320 a 340.

²⁰ 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 solo protegen los derechos expresamente referidos por la ley, el ámbito de la responsabilidad estaría definido por el catálogo de derechos protegidos (BGB, §§ 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 los 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 legitimidad del daño reparable (*infra* N° 144).

²¹ Alessandri 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: Abeliuk 2014 292, R. Domínguez Á. 1990 125 (con referencia a la idea de 'situación jurídica' del demandante), Corral 2013 133, Díez 1997 21. Para Fueyo 1991 364 y P. 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 N° 145 b).

²² 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".

nunciado 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".²³

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 solo 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).

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 avaluación era realizada por el juez (*utilitas o id quod interest*).²⁴ Esta formulación, sin embargo, es solo aparentemente sencilla e inequívoca, como se muestra en las innumerables preguntas que ha planteado durante la historia del derecho privado.²⁵

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.²⁶

²³ 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. LI, 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. LI, 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 ocasione 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.

²⁴ Kaser 1971 I 500.

²⁵ Ídem, Coing 1985 I 438.

²⁶ Pradel 2004 14.

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.²⁷ De hecho, una de las tendencias del derecho civil contemporáneo (especialmente en el derecho francés) ha sido la expansión más bien desbocada de los intereses protegidos por medio de acciones civiles.²⁸

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* y *significativo* para que sea digno de reparación.

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.²⁹

La legitimidad del interés no exige que este 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 demandante, “no es factor decisivo para acoger la acción, el de que no se haya justificado su calidad de heredera de la víctima”.³⁰

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.³¹ 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.³² 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.

²⁷ 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.

²⁸ Carbonnier 2000 385, Cadet 1997 39.

²⁹ Un detallado análisis histórico y sistemático del requisito de la legitimidad del interés reparable en el derecho francés, en Pradel 2004 21.

³⁰ 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 solo 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). Véanse también, CS, 23.3.2015, rol N° 22.954-2014; CS, 25.11.2015, rol N° 31.713-2014; CS, 12.5.2016, rol N° 18.821-2015; CS, 7.11.2016, rol N° 43.380-2016; CS, 21.12.2016, rol N° 62.202-2016; Corte de Concepción, 10.11.2017, rol N° 953-2016; CS, 14.12.2017, rol N° 18.982-2017.

³¹ Zannoni 1987 10.

³² Carbonnier 2000 379, R. Domínguez Á. 1990 137.

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.³³ 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.³⁴ El derecho comparado no presenta líneas unívocas en la definición del interés objeto de cautela en estos casos.³⁵

En Chile, Alessandri asumió la tendencia de su época del derecho francés y sostuvo la improcedencia de la acción del conviviente.³⁶ Sin embargo, puede asumirse (como en materia contractual) que la noción de *buenas costumbres*, entendidas como límite a los intereses legítimos que reconoce el derecho civil, ha ampliado crecientemente las formas legítimas de organización de la familia y también el ámbito de la privacidad personal. De hecho, parte importante de la sociedad chilena forma su vida familiar fuera del matrimonio.³⁷

No es extraño, entonces, que la jurisprudencia nacional haya reconocido desde hace varias décadas la convivencia como situación de hecho que produce efectos jurídicos y le atribuya algunos efectos civiles patrimoniales.³⁸ En

³³ Carbonnier 2000 379 y 389.

³⁴ Viney/Jourdain 1998 61. Es interesante constatar que la jurisprudencia francesa tiende a seguir los cambios culturales al momento de concebir las buenas costumbres, como se mostró en el reconocimiento a partir de 1970 de la legitimidad al interés del conviviente.

³⁵ 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 solo 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, tradicionalmente beneficia al cónyuge y no al conviviente (Prosser/Keeton *et al.* 1984 907); en el derecho alemán solo 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 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.

³⁶ “(...) puesto que invocaría su propia inmoralidad, los beneficios que le reportaba su conducta irregular” (Alessandri 1943 212).

³⁷ Ya en la década del 90 una cifra cercana al 40% de los hijos nacían en Chile fuera del matrimonio (un análisis sociológico en Irrazaval/Valenzuela 1993 146). Según el reporte “World Family Map” (ISBN: 0-932359-56-6), realizado por la fundación internacional “Child Trends”, en Chile el porcentaje alcanzaba el 69% en 2014 (<http://worldfamilymap.ifstudies.org/2014/eppendix/figure5>). Las cifras del registro civil, sin embargo, son algo distintas (http://www.registrocivil.cl/f_estadisticas_enfoque_de_genero.html). Un análisis sobre las nuevas formas de convivencia familiar en Carbonell 2012.

³⁸ CS, 31.7.1943, RDJ, t. XL, sec. 1ª, 89; CS, 3.5.1957, RDJ, t. LIV, sec. 1ª, 71; CS, 14.12.1970, RDJ, t. LXVII, sec. 1ª, 583; CS, 6.4.1994, RDJ, t. XCI, sec. 1ª, 30. Sobre otros efectos civiles del concubinato, Ramos 2005 620.

paralelo, la legislación también comenzó a otorgar progresivamente derechos al conviviente en diversas materias.³⁹ Más recientemente, la Ley de acuerdo de unión civil reconoce la convivencia como estado civil (artículo 2°), creando la figura de *conviviente civil*, que por expresa remisión legal es equiparado en diversos aspectos al cónyuge.⁴⁰ Asimismo, esta ley contempla expresamente la legitimación activa del conviviente civil "para reclamar las indemnizaciones derivadas de los perjuicios a que hubiere lugar por el hecho ilícito de un tercero que hubiere causado el fallecimiento de su conviviente civil o que lo imposibilite para ejercer por sí mismo las acciones legales correspondientes, sin perjuicio de las otras indemnizaciones a que tenga derecho, con arreglo a las prescripciones del derecho común" (artículo 20).

La creación del estado civil diferenciado de *conviviente civil* plantea la pregunta por la condición en materia de responsabilidad civil del conviviente de hecho, que no ha celebrado un acuerdo de unión civil. La respuesta es la misma que ya le había reconocido la jurisprudencia a la convivencia de hecho significativa y estable,⁴¹ con la diferencia de que la Ley de acuerdo de unión civil implica un pronunciamiento expreso del legislador, que también legitima la posición del conviviente homosexual.⁴²

En tales circunstancias, los convivientes 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, esto es, que haya signos claros de la seriedad de la relación.⁴³

³⁹ 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 declara al conviviente beneficiario del seguro obligatorio de accidentes de la circulación (Ley N° 18.490, artículo 31); y el Código Procesal Penal incluye al conviviente entre las víctimas de un delito con resultado de muerte, y en los casos en que el ofendido no pudiese ejercer sus derechos, lo que puede conferirle una pretensión indemnizatoria (artículos 108 II y 59).

⁴⁰ El Título VII de la ley establece modificaciones a diversos cuerpos legales, incorporando al conviviente civil en las disposiciones que se refirieran al 'cónyuge'. Así, el artículo 108 II del Código Procesal Penal, luego de ser modificado por la Ley de acuerdo de unión civil, establece una prelación a efectos de establecer quiénes cuentan como víctima, donde, en primer lugar, el conviviente civil está junto al cónyuge, y, en segundo lugar, el conviviente de hecho está pospuesto a los dos anteriores, a los hijos y a los ascendientes, pero antepuesto a los hermanos y al adoptado o adoptante. Asimismo, en materia de cuidado personal de los hijos, compensación económica, derechos hereditarios, laborales, y pensión de sobrevivencia, los convivientes civiles se encuentran en una posición idéntica a la del cónyuge. Una diferencia, sin embargo, es que el derecho de alimentos no está consagrado respecto del conviviente civil, ni tampoco este es beneficiario del seguro por accidentes y enfermedades laborales (*infra* N° 498).

⁴¹ La jurisprudencia ha reconocido que la nueva Ley de acuerdo de unión civil en nada afecta los derechos patrimoniales y morales ya reconocidos a los convivientes de hecho. Véanse CS, 21.12.2016, rol N° 62.202-2016; y CS, 7.11.2016, rol N° 43.380-2016.

⁴² Tapia 2016 41.

⁴³ Corte de Concepción, 4.12.2000, confirmada por CS [cas. fondo], 5.3.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 1°, 27, publicada también en F. del M. 496, 1. 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 solo está determinada por las convenciones sociales acerca de lo que es correcto, sino también por los derechos de la personalidad, 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 solo resulte atinente 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.⁴⁴ También en la definición de qué intereses son legítimos, y por tanto reparables, se juega la finalidad correctiva de la responsabilidad civil, que atiende a la relación de derecho privado entre el autor del daño y la víctima.

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 jurídicas en el límite de la moral, 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 consiente recibe en pago un título de crédito que sabe falsificado).⁴⁵

d) Una hipótesis distinta a las referidas plantea la víctima que se encuentra en una *situación ilícita*, pero cuyo interés lesionado es legítimo. Es el caso, por ejemplo, de quien viaja 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 *indignidad*

⁴⁴ 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 solo 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 de hecho 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 vivía con su pareja (cass. 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.

⁴⁵ Le Tourneau/Cadiet 2002/03 N° 672.

de la víctima, el interés es legítimo (lesión de la integridad 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, según sea la medida en que esta ha influido causalmente en el daño (*infra* N° 289).⁴⁶

145. El daño debe ser significativo. a) La noción de daño excluye aquellas incomodidades o molestias que las personas se causan en forma recíproca 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 solo da lugar a responsabilidad civil si es *significativo* o *anormal*.⁴⁷ Siguiendo a Carbonnier, puede decirse en materia de daño que "lo que no es serio no es jurídico".⁴⁸

b) La pregunta por el umbral a partir del cual el daño pasa a ser *significativo* se plantea principalmente en materia de *daño moral*.⁴⁹ El límite de reparación 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).⁵⁰ El daño moral, por el contrario, es con frecuencia 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.⁵¹

El problema de los límites de la responsabilidad en razón de la significancia del daño parece en particular agudo respecto de lo que genéricamente

⁴⁶ Sobre estas cuestiones, Mazeaud/Chabas 1998 602 y Chabas 2001 107.

⁴⁷ 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 2013 140. 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 (Corte de Santiago, 31.3.1970, RDJ, t. LXVII, sec. 4ª, 42).

⁴⁸ Carbonnier 2001 78.

⁴⁹ 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 2003, § 253 24).

⁵⁰ El principal correctivo al desincentivo para demandar daños pequeños son las acciones colectivas (*infra* N° 147).

⁵¹ 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 solo se reparan daños efectivamente significativos (en ese caso, inundaciones en una casa a consecuencia de trabajos municipales deficientes).

se ha llamado en el derecho francés *perjuicio de agrado* (*infra* N° 206), que puede comprender desde las molestias de una mujer que no puede usar escote durante algunos meses,⁵² 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, en el derecho comparado se ha sido reticente en expandir el perjuicio de agrado a esas molestias.

c) El problema también se plantea en relación con los daños ocasionados a *animales*, tanto en cuanto al daño emergente por su tratamiento médico o sustitución, como especialmente por el perjuicio de afecto que envuelve su muerte. El lugar que ocupa un animal en la vida de las personas puede ser muy importante, de modo que una vez acreditado ese vínculo, sea razonable entender que existe un daño moral indemnizable. Con todo, una expansión excesiva del perjuicio de afección puede llevar indemnizaciones excesivamente unilaterales desde la perspectiva del autor del daño (*infra* N° 232).⁵³

d) 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 también ha seguido con prudencia esta evolución.⁵⁴

c) Las discusiones sobre el límite de las molestias tolerables que son una consecuencia de la vida en común se plantean por lo general en conflictos de *vecindad* y, vinculadas a estos, 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 (*infra* § 55).⁵⁵ Por eso, por ejemplo, quienes por años han disfrutado de la visita espontánea de cierto tipo de pájaros o de una

⁵² Chabas 2000 b N° 85.

⁵³ Von Bar 1996 II 5, refiere la tradicional reticencia a indemnizar el daño moral por daños a animales cercanos (mascotas o animales de cuidado), con referencias a los derechos alemán, inglés, austríaco y escandinavo. Pero no parece ser esa la tendencia más de veinte años después. 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 repercusión', en tanto el animal es asimilado a un miembro de la familia; lo cierto es que desde 1962 la corte de casación ha entendido que "la muerte de un animal puede ser causa de un perjuicio de orden subjetivo y afectivo susceptible de dar lugar a indemnización" (Cass. Civ. I, 16.1.1963). En el derecho alemán se ha reconocido el daño sufrido por la pérdida de un animal como daño a un bien de propiedad, pero se ha extendido la indemnización del daño moral, atendiendo al valor de cambio del animal para el daño patrimonial y a la edad, estado y cercanía afectiva para el daño moral; con todo, el monto de las indemnizaciones se mantiene en fronteras contenidas (con indemnizaciones hasta € 1.500 (Palandt/Grüneberg 2016, § 251, 7)).

⁵⁴ 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 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). Respecto al daño moral causado por la muerte de animales, véase CS, 2.4.2015, rol N° 21.301-2014.

⁵⁵ Ley del medio ambiente, artículos 2 letra e y 11 letra e.

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.⁵⁶

En materia de *relaciones de vecindad*, la calificación de las molestias como excesivas usualmente atiende a si los inconvenientes son anormales u ordinarios (*infra* N° 212). Esta noción de *anormalidad* ha sido empleada desde antiguo para rechazar demandas de perjuicios por molestias consideradas admisibles, atendiendo a su intensidad y duración (un ruido intenso, pero ocasional, no dará derecho a la reparación, pero sí uno permanente y lacerante), y al entorno donde ocurre (hay perturbaciones normales en un barrio industrial, olores habituales en zona rural, privaciones de sol ordinarias en zonas urbanas).⁵⁷

La tesis de que solo dan lugar a reparación las molestias anormales y excesivas de vecindad ha sido asumida por la doctrina⁵⁸ y por la jurisprudencia, en especial 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".⁵⁹ 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 parti-

⁵⁶ En la materia parece haber coincidencia en el derecho comparado (Von Bar 1996 II 5).

⁵⁷ 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 Le Tourneau/Cadiet 2002/03 N° 1295 y Gordley 2010.

⁵⁸ R. Domínguez Á. 1990 128; con referencia a las soluciones análogas alcanzadas en el derecho francés e inglés, Banfi 2014 b.

⁵⁹ CS, 4.5.1983, F. del M. 294, 162; Díez 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. 382, 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, 311 (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 y Banfi 2014 b 21 a 25.

cular, 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.⁶⁰

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 esencia, a describir los atributos puramente funcionales de la personalidad (nombre, domicilio, estado civil).⁶¹ 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 el concepto de personalidad 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 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

⁶⁰ Siguiendo este criterio, el Trib. Const. en diversas ocasiones ha acogido inaplicabilidad del artículo 2331 por vulnerar el derecho a la honra (*infra* N° 405). Asimismo, en CS, 25.11.2013, rol N° 5.450-2011, la Corte Suprema reconoce los derechos constitucionales como intereses legítimos resguardados por el derecho civil.

⁶¹ La doctrina jurídica más influyente no hacía referencia a los derechos de la personalidad, sino solo 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.

que también son objeto de un análisis especial en este libro (*infra* § 45). Por último, 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 responsabilidad civil aquella 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 el daño será significativo cada vez que estos estén esencialmente comprometidos. Pero las condiciones de la reparación están dadas por el derecho civil.⁶² En otras palabras, la dignificación constitucional de estos bienes los hace objeto de cautela 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 considerar otros bienes jurídicos concurrentes (como la libertad de expresión), ni permite obtener conclusiones acerca del *quantum* indemnizatorio.⁶³

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 el derecho chileno 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.

⁶² La jurisprudencia chilena en materia de acción de protección ha mostrado que esta puede ser una acción eficaz para 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° 661).

⁶³ Una referencia al rol de la ponderación de bienes e intereses de esta clase en el juicio de culpabilidad *supra* N°s 61 y 76 b.

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.⁶⁴

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).⁶⁵

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 solo de manera imperfecta 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".⁶⁶ La jurisprudencia ha reiterado estas ideas en diversas formulaciones que expresan la amplitud de su protección.⁶⁷

⁶⁴ Sobre la bipolaridad entre el daño patrimonial y el extrapatrimonial en los derechos hispanoamericanos, Díez 2006 344.

⁶⁵ Sobre la reparación del daño patrimonial, según si se trate de un daño puramente patrimonial o de un daño derivado de una lesión a la persona o a su propiedad sobre cosas corporales, Schopf 2015.

⁶⁶ Alessandri 1943 220; en análogos términos, Meza 1988 249, Corral 2013 143. P. Rodríguez 1999, influido aparentemente por la doctrina italiana, a través de la literatura jurídica argentina, asume que el daño moral debe ser primeramente construido en una etapa de antijuridicidad del daño, que está determinada por "la lesión de un derecho subjetivo, cualquiera que sea su naturaleza" (*idem* 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" (*idem* 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).

⁶⁷ 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

De conformidad con este concepto genérico de daño moral, toda molestia o gravamen extrapatrimonial debidos 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' solo 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 carecer de significación patrimonial (daño extrapatrimonial o no patrimonial).⁶⁸ 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 los jueces, porque mal podía el Código Civil dar reglas que orientaran 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 solo 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 daños 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.

Los daños patrimoniales tienen la ventaja de ser avaluables 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

sentimientos" (CS, 10.8.1971, RDJ, t. LXVIII, sec. 4ª, 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 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. 4ª, 199); al "dolor y aflicción" que produjo la injusta detención por supuesto hurto en un establecimiento de comercio (Corte de Valdivia, 30.3.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 5ª, 105); al "sufrimiento 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 puñaladas 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 "sufrimiento o afección 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, véanse aquellos referidos en notas *infra* N° 201.

⁶⁸ Mazeaud/Chabas 1998 422, C. Domínguez 2000 79.

dan lugar a un daño emergente. Lo común es que pueden ser valorados en dinero porque se refieren a bienes comerciables.⁶⁹ 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 inconmensurables 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 inconmensurabilidad no debe impedir su *compensación*, porque desde el punto de vista de la justicia correctiva y de la prevención, es preferible una indemnización basada prudencialmente en criterios imprecisos de valoración, que dejar los daños no patrimoniales sin indemnización (*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 temporal en la forma de vida de una persona.⁷⁰ Con todo, atendida su naturaleza, 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, integridad física y psíquica de la persona (Constitución, artículo 19 N° 1).⁷¹ En verdad, es la categoría de perjuicios que genera muchos de 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 suele ser entendido como una categoría especial de daño en el derecho moderno, atendidos los particulares efectos que produce en el terreno patrimonial y extrapatrimonial.⁷²

⁶⁹ 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 daño moral.

⁷⁰ Sobre la determinación y valoración del daño moral, *infra* § 24 d.

⁷¹ 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 reticentes a la reparación del daño puramente moral, el *shock* nervioso y el daño psiquiátrico establecen el límite a los perjuicios indemnizables, porque solo resultan reparables las consecuencias del daño biológico o a la salud; es, por ejemplo, el caso del derecho alemán y del italiano (Cian/Trabuchi 1992 artículo 2059 II; BGB, § 253 II). Sobre el daño psiquiátrico y el *shock* nervioso, *infra* N°s 266 y 267.

⁷² Justificando su autonomía como categoría de daño, Vicente 1994 322.

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 efectos de lucro cesante, representado por las sumas que la víctima deja de ganar por la supresión o la disminución de su capacidad para generar ingresos.⁷³

La víctima está expuesta, por un lado, a dolor físico y a aflicciones 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*).⁷⁴

c) Además, aunque los efectos del daño corporal, sean lesiones o muerte, recaen ante todo en la víctima directa, los perjuicios se pueden extender a terceros que sufren perjuicios patrimoniales o morales a consecuencia de la muerte o incapacidad de aquella; 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 la víctima directa. 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 privacidad vulnerada, la destrucción de una cosa que no le pertenece, una lesión corporal). De ese *daño inmediato*, sin embargo, usualmente se derivan otros *daños mediatos*. Así, de la invasión a la privacidad se sigue la lesión al pudor (daño moral) o la pérdida de un secreto que tiene valor económico (daño patrimonial); de las lesiones corporales se siguen los costos médicos y la pérdida de ingresos durante la incapacidad para trabajar.

Las consecuencias dañinas pueden ser de naturaleza diferente al daño inicial. Así, la lesión de un bien ideal, como la honra, suele traer 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).⁷⁵

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 *condición* 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

⁷³ Las preguntas específicas que plantean los efectos patrimoniales del daño corporal serán especialmente tratadas *infra* § 23 f.

⁷⁴ Los efectos extrapatrimoniales del daño corporal serán analizados en *infra* § 24 e.

⁷⁵ Sobre la distinción entre la lesión y sus consecuencias dañinas, Cadiet 1997 63.

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 valorarlo.

c) La diferencia entre el daño inmediato y el mediato 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 producción de un daño mediato 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 (*infra* § 31). 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 objetivamente 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, que establece un criterio general, la responsabilidad alcanza solo a los daños que se siguen de manera directa del hecho del demandado.

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

La doctrina ha señalado que la regla solo se aplica en sede *contractual*, a diferencia de lo que ocurre con el daño directo (al que se hace referencia en la misma disposición). Con razón 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.⁷⁶ Por el contrario, 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 mediato o consecuente suele aparecer también al momento de determinar cuáles de esos daños más

⁷⁶ Alessandri 1943 49; antecedentes doctrinarios de la regla en Pothier 1761 N° 160, comentados en San Martín 2014 *passim*; en la tradición del *common law*, el análisis de Fuller/Perdue 1936 78.

remotos pueden ser calificados como directos y, en consecuencia, quedan cubiertos por la responsabilidad. Esta cuestión plantea cuestiones normativas de causalidad (*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*.⁷⁷ El requisito de certidumbre hace referencia a la materialidad del daño, a su realidad.⁷⁸ La certidumbre del daño solo puede resultar de su prueba.⁷⁹

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 este envuelve necesariamente una cierta contingencia (en especial 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 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.⁸⁰ Aunque en este libro se discute la generalidad de esta afirmación, la experiencia muestra 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

⁷⁷ El requisito proviene de la doctrina francesa (Mazeaud/Chabas 1998 416, Carbonnier 2000 378, Viney/Jourdain 1998 66).

⁷⁸ 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 *inferido a la víctima o sufrido* por esta, en lo cual concuerda la jurisprudencia (por ejemplo, CS, 16.10.1954, RDJ, t. LI, sec. 1ª, 488; Corte de Santiago, 30.5.2003, GJ 275, 97) y la generalidad de la doctrina (Alessandri 1943 213, Abeliuk 2014 288, P. Rodríguez 1999 265, Corral 2013 136, Ramos 2003 71, R. Domínguez Á. 1990 147).

⁷⁹ 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).

⁸⁰ 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. 4ª, 73).

continúe en el futuro, como ocurre con la incapacidad que se sigue de la invalidez; o puede ocurrir que el daño aún no se haya producido, pero sea probable 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 usualmente 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*.⁸¹ Lo que ocurrirá en el futuro rara vez tiene una certidumbre matemática, pero 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*.⁸² 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*,⁸³ donde la pérdida de beneficios futuros se calcula proyectando, sobre la base de una probabilidad razonable, la situación que hubiere tenido 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.

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 esta soporta, aun después del accidente, de no exponerse imprudentemente al daño (*infra* § 34 a).⁸⁴

d) Por último, 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 preverse 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 a modo de condición reparatoria, de modo que la indemnización sea reconocida solo 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 derive efectivamente en SIDA).⁸⁵ De no actuarse de ese modo, cada vez que

⁸¹ Alessandri 1943 214, Mazeaud/Chabas 1998 416, Viney/Jourdain 1998 68.

⁸² Esta es una antigua expresión, que continúa vigente, de la jurisprudencia francesa recogida en Alessandri 1943 214; véase también Rodríguez 1999 265.

⁸³ 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 Á. 1990 149, con referencia a Gatica 1959 107.

⁸⁴ Carbonnier 2000 378.

⁸⁵ 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, contagiada en una transfusión sanguínea. Se reconocen dos indemnizaciones en un mismo fallo: una, 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. Daño puramente eventual y lucro cesante reparable. a) Al daño cierto usualmente le es opuesto el *daño eventual*, el meramente hipotético, que no es objeto de reparación.⁸⁶ 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 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 futuro de la víctima 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 se tiene el daño por meramente probable y no debiera ser objeto de una reparación total. Por último, están los casos de *probabilidad remota*, atendidas las circunstancias, en cuyo caso el daño debe ser calificado de eventual y no da lugar a reparación.

Así expresado, la tarea judicial de calificar el daño parece lógicamente sencilla. El problema se presenta en la delimitación práctica de los diversos grupos de casos: ¿cuál 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? (*infra* N° 246).⁸⁷ Estas preguntas muestran el zapato chino que plantea el requisito doctrinario de la certeza si se lo toma de manera literal. Su función no es mecánica, sino la de establecer un *límite razonable* al daño reparable.

c) Por otro lado, la distinción entre daño eventual y lucro cesante no es dicotómica. Es necesario establecer judicialmente, en el caso concreto, si la

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 estos casos, la indemnización queda sujeta a la condición de que el daño futuro efectivamente se produzca.

⁸⁶ Alessandri 1943 217, Mazeaud/Chabas 1998 416, Viney/Jourdain 1998 71.

⁸⁷ Una discusión de estas premisas en R. Domínguez Á. 1990 147.

probabilidad de pérdida es tan baja que se puede tener el daño por eventual, o si es suficientemente significativa como para entender que el lucro cesante podía esperarse.

En una modalidad simple de análisis, las alternativas son que el daño que se produzca en el futuro solo pueda ser cierto o eventual. Si así fuere, el juez solo tendría las opciones de declarar que la probabilidad es suficientemente alta como para estimar que la ganancia que no se recibirá es cierta, caso en el cual debe dar lugar al total de los daños; o bien, que la probabilidad de ganancia es baja o aleatoria, de modo que el daño debe tenerse por eventual y no hay lugar a reparación alguna.⁸⁸

Ocorre, sin embargo, que el lucro cesante suele ser una probabilidad razonable de que esa ganancia se pudiere materializar. Por eso, la solución que mejor corresponde al dilema que surge entre la certeza y la eventualidad parece ser la probabilidad estimada de ocurrencia efectiva del daño, valorada prudencialmente de acuerdo con los antecedentes probatorios o de acuerdo con máximas de la experiencia. Como se verá, nada se opone, desde un punto de vista técnico, a adoptar ese camino,⁸⁹ porque el perjuicio indemnizable es función aritmética de la intensidad del daño que puede llegar a producirse y de la probabilidad de que efectivamente se produzca ($i \times p$).

El grado de certeza requerido no puede ser determinado con criterios puramente descriptivos, porque supone aplicación de una regla de razón. De ello se sigue que la cuestión es normativa y debe entenderse sujeta a control jurídico por vía de casación (*infra* N° 246).⁹⁰

155. El hecho del demandado como causa probable del daño: pérdida de una oportunidad. a) El lucro cesante usualmente se refiere a un beneficio futuro, cuya obtención es impedida por el ilícito. Pero también puede ocurrir que, una vez producido el daño, sea incierto si este es atribuible al hecho negligente del demandado. En este caso, el daño es *presente* y la pregunta concreta es si el hecho del demandado (por ejemplo, un médico omite aplicar un tratamiento prescrito por la práctica profesional) es causa necesaria de que la víctima haya sufrido el daño (la incapacidad motriz, en el mismo ejemplo). Es inevitable que en estos casos también se presenten problemas de probabilidad causal, análogos a los que plantea el lucro cesante.

De modo similar a lo que ocurre con el lucro cesante, pero a la inversa, las categorías analíticas disponibles son certeza, probabilidad y mera eventualidad. Asumiendo que la certeza y la mera eventualidad no son problemáticas, los casos relevantes son aquellos en que no se sabe con exactitud si el daño,

las categorías analíticas disponibles son certeza, probabilidad y mera eventualidad. Asumiendo que la certeza y la mera eventualidad no son problemáticas, los casos relevantes son aquellos en que no se sabe con exactitud si el daño,

⁸⁸ En el derecho alemán, como en el chileno, se ha adoptado esta posición, que es criticada por alguna doctrina relevante (Deutsch/Ahrens 2002 197, Fleischer 1999 768).

⁸⁹ *Infra* N° 246.

⁹⁰ 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. Las diferencias de apreciación del daño moral debieren ser consideradas como razón adicional para ese control, porque no es sostenible desde el punto de vista de la justicia puramente formal que casos semejantes den lugar a indemnizaciones por completo diferentes.

cierto y ya ocurrido, es atribuible al hecho del demandado. Así ocurre si el hecho del demandado *aumentó significativamente el riesgo* de daño, esto es, si provocó la *pérdida de una oportunidad* de evitar ese daño. Por eso, en este libro esas preguntas son discutidas en sede de causalidad, y no de daño (*infra* N° 246).⁹¹ A diferencia del lucro cesante, donde lo central es la ganancia que se deja de percibir, en estos casos son relevantes los cursos causales que *podrían* haber evitado el daño ya producido.

b) La *pregunta relevante* a efectos de responsabilidad civil se refiere a cuáles son los niveles de probabilidad causal del hecho culposo del demandado en el daño efectivamente sufrido por el demandante.

Sobre esa base se puede distinguir la pérdida de oportunidades de la relación causal puramente eventual. La pérdida de oportunidades se refiere a daños ya ocurridos (la muerte o enfermedad de una persona, por ejemplo), que no pueden ser causalmente atribuidos con certeza al hecho del demandado. En consecuencia, lo decisivo es el umbral entre una probabilidad despreciable o indeterminable (que debe ser calificada de eventual) y una probabilidad significativa, determinable prudencialmente, con fundamento en los antecedentes probatorios. 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.⁹²

c) En otro grupo de casos, la persona ha enfermado, pero es *probable* que estuviese 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.⁹³

⁹¹ Una lúcida 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.

⁹² La jurisprudencia francesa utiliza frecuentemente (y de forma indebida) 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* §§ 28 y 30 c, respectivamente).

⁹³ Así ha ocurrido con grupos de trabajadores mineros que contraen silicosis (una especie de neumooniosis) durante el tiempo que trabajan en las faenas mineras. Aunque no es posible establecer con certeza que dicha enfermedad se deba a las condiciones de trabajo, la exposición constante a cierta clase de metales pesados presentes en las minas sí es un factor de riesgo relevante de contraer neumooniosis. De allí que la jurisprudencia haya presumido y dado por establecido el vínculo causal entre las condiciones laborales en las faenas mineras y la silicosis, asumiendo que probablemente los trabajadores no habrían desarrollado esta enfermedad de haber trabajado en circunstancias diferentes (Corte de Valparaíso, 6.11.2015, rol N° 274-2015; Corte de Valparaíso, 13.11.2015, rol N° 1.452-2014). Sin embargo, la misma jurisprudencia ha negado vinculación causal entre estas condiciones de trabajo y otras enfermedades que han afectado a los trabajadores, como la leucemia mieloide aguda, estimada condición independiente de la silicosis y, por lo tanto, de la acción del empleador, aun habiéndose reconocido que las complicaciones del cáncer pudieron haberse enfrentado

d) Tanto en los casos de pérdida de oportunidades como de aumento del riesgo de sufrir el daño presente, la pregunta relevante se refiere retrospectivamente 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. Cuando esa probabilidad es significativa, se puede hablar de pérdida de una oportunidad (*infra* N° 246).⁹⁴

b. *Principio relativo al titular de la pretensión: el daño debe ser personal.*
¿Relativización en el derecho actual?

156. Interés personal, transmisibilidad y daño reflejo. a) La exigencia de que el daño sea *personal* significa que solo quien lo ha sufrido puede demandar su reparación. A diferencia de la responsabilidad penal, que concede acción pública para la persecución de ciertos delitos, la responsabilidad civil solo puede ser accionada por quien ha sufrido el daño, porque solo 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 en abstracto la transmisibilidad de la pretensión indemnizatoria se extiende tanto al daño patrimonial como moral, este último caso plantea serios problemas conceptuales y riesgos de doble indemnización, que serán tratados al analizar la titularidad de las acciones (*infra* N° 753).

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

mejor de no existir la silicosis (Corte de Rancagua, 10.1.2017, rol N° 3.766-2015, confirmada por CS [cas. fondo], 20.4.2018, rol N° 4.967-2017).

⁹⁴ En la literatura chilena se ha generado una curiosa discusión acerca de si la pérdida de una oportunidad constituye por sí misma un daño o si es un problema de causalidad probable, como se sostiene en este libro (Tapia 2012). La discusión es ejemplar de un intento por ontologizar preguntas jurídicas, que plantean cuestiones prácticas y no metafísicas (así, sin embargo, Ríos y Silva 2014 91 y siguientes). El problema práctico de esa ontologización es que elude el problema más serio, como es la estimación de una relación causal probable entre la negligencia y el daño. La jurisprudencia que acepta la 'teoría' de la pérdida de una oportunidad muestra como esta termina siendo un atajo para evitar la justificación de la suma reconocida como indemnizable (*infra* N° 246).

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° 752);⁹⁵ 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 atribuibles al hecho del demandado las consecuencias del mismo (*infra* § 25).

157. Intereses colectivos y difusos. a) La exigencia de que el daño sea personal es compatible con la indemnización de *daños colectivos*, esto es, de perjuicios que afectan indiferenciadamente a un número indeterminado de personas. Es típicamente el caso de daños que afectan en pequeñas porciones a numerosas personas. La noción de intereses colectivos se refiere a daños personales sufridos por muchos. El primer problema en relación a este interés es la determinación de los afectados. Además, 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 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 o de los vecinos que soportan perturbaciones ambientales 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 colectivos, que

⁹⁵ Alessandri 1943 468-469; 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 enfáticamente, P. Rodríguez 1999 366; también Bidart 1985 92, Elorriaga 1999 397 y, con matices, Corral 2013 356-359. 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 afección 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 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 *iure hereditatis* de una indemnización por la muerte del causante en el derecho español, Pantaleón 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 1986, § 823 53); el *common law* no reconoce reparación por la muerte de una persona; en el derecho inglés solo 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).

son personales, pero usualmente de poca significación respecto de cada afectado.

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.⁹⁶

Otro camino 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 colectivas* (*class actions*), que tuvieron su origen en el derecho norteamericano, pero que luego han sido recogidas por legislaciones especiales.⁹⁷

La diferencia entre los dos modelos es relevante. En el primero, la ley autoriza a ciertas personas jurídicas para representar intereses que pertenecen individualmente a muchas personas. En el segundo, la ley procesal facilita los medios para que muchos actúen en conjunto 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° 744). Nuestro sistema procesal, como ocurre en la generalidad de los sistemas jurídicos de la tradición del derecho civil, ha sido tradicionalmente reticente a las acciones colectivas; esta tendencia ha sido invertida en el último tiempo por leyes especiales, como se verá en el próximo párrafo.

c) Distintos de los daños *colectivos* son los daños *difusos*. Se trata de daños que soportan los miembros de una comunidad que participan conjuntamente de un interés indivisible. Es de este tipo el interés que se tiene respecto de *bienes públicos*, que se pueden disfrutar en común por cuanto su goce por un individuo no supone privar a otro de gozarlos (principio de no rivalidad); asimismo, son bienes cuyo goce no puede ser racionado o hacerlo resulta ineficiente (principio de no exclusión).⁹⁸ Típicamente corresponde a esta clase de interés la vida en un ambiente libre de contaminación (*infra* § 55).

⁹⁶ Así en el derecho alemán, Deutsch/Ahrens 2002 243; en el derecho francés, la defensa de intereses colectivos por personas jurídicas cuyo objeto social es protegerlos está reconocida por diferentes estatutos legales especiales, en materias de quiebras, copropiedad, sindicatos profesionales, sociedades de derecho de autor (Viney/Jourdain 1998 104); sin embargo, por lo general, para que una asociación pueda actuar sin autorización legal, la doctrina exige que lo haga por mandato y en representación de intereses personales (*idem* 112). Una crítica a la 'socialización del daño' y a que 'socializado se desencarna', en Cadiet 1997 42.

⁹⁷ 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.

⁹⁸ Estas características, en economía, se conocen como no rivalidad y no exclusión, respectivamente. La teoría económica de los bienes públicos se habría desarrollado a partir de Samuelson 1954 387.

Los intereses difusos sobre bienes públicos plantean una dificultad respecto de su provisión y protección. La teoría económica se ha ocupado de identificar los incentivos para que los individuos contribuyan al mantenimiento y protección de bienes públicos.⁹⁹ Jurídicamente, se plantea la pregunta por la legitimación para accionar en cautela de intereses difusos, es decir, por quiénes pueden demandar si esos bienes indivisibles son afectados.

Ya en el derecho romano clásico se conocieron interdictos populares dirigidos a garantizar el uso y buen estado de cosas y lugares públicos.¹⁰⁰ Eran populares en el sentido que la facultad de accionar correspondía *qui-vis ex populo*, a cualquiera del pueblo. Por influencia directa de las fuentes romanas, Bello incluyó en el Código Civil algunas acciones populares.¹⁰¹ Es característico de estas acciones que otorguen remedios preventivos frente a las situaciones de riesgo o afectación (*infra* N° 660). Asimismo, se ha ampliado la legitimación activa, característica de las acciones populares.¹⁰²

d) Los intereses colectivos y difusos han sido reconocidos positivamente en legislaciones del derecho civil.¹⁰³ En el ordenamiento chileno, la Ley de

⁹⁹ Fue pionero en esta materia Olson 1965.

¹⁰⁰ Por ejemplo, D 43.7.1: "A cualquiera se le ha de permitir que pida respecto a lo público lo que le pertenece al uso de todos, como vías públicas y caminos públicos; y por esto se da interdicto respecto a estas cosas a petición de cualquiera"; D. 43.8.2.2: "Y con él [interdicto prohibitorio de obras en lugar público] se atiende tanto a las conveniencias públicas, como a las de los particulares. Porque los lugares públicos sirven ciertamente para los usos de los particulares, a saber, por derecho de la ciudad, no como propios de cada uno; y tenemos tanto derecho para conseguirlo, como tiene cada uno del pueblo para impedirlo; por lo cual, si acaso se hiciere alguna obra en lugar público, que redunde en perjuicio de un particular, puede uno ser demandado por el interdicto prohibitorio, que para este objeto se estableció".

¹⁰¹ Se trata de la acción popular e imprescriptible por las obras que corrompen el aire y lo hacen nocidamente dañoso (artículo 937), la que pertenece a las municipalidades o cualquiera del pueblo a favor de los caminos, plazas u otros lugares de uso público y para la seguridad de los que transitan por ellos (artículo 948) y la acción popular por daño contingente cuando por imprudencia o negligencia de alguien se amenaza a personas indeterminadas (artículo 2333). Véase Delgado 2005 907 a 937.

¹⁰² La justificación de la legitimación en las acciones populares fue explorada por los romanistas alemanes en la segunda mitad del siglo XIX, con ocasión de una controversia respecto a si la condena pecuniaria al demandado debía ingresar al patrimonio del actor o a arcas fiscales. Una opinión estuvo por explicarlas a la luz del principio procuratorio, lo que suponía entender que el actor no demandaba en interés propio sino en representación de la comunidad, por lo que, en principio, las multas debían ingresar a arcas del fisco. Pero incluso si las multas ingresaban al patrimonio del demandante, ello no era otra cosa que una recompensa por sus servicios a la comunidad, pero no cambiaba la esencia procuratoria de estas acciones (T. Mommsen 1903). Otros vieron en las acciones populares el mecanismo para proteger una relación de derecho indivisible y común. Quien deduce la acción defiende su propio interés y simultáneamente el interés del resto. Su fundamento para accionar, así, se encontraba en su propio derecho, y la circunstancia que su actividad beneficiara a los demás de ninguna forma le otorgaba el carácter de representación. Así en Jhering 1852 187 y Bruns 1864 405. Esta última tesis fue adoptada por parte de la doctrina romanista italiana, que acuñó el término derecho público difuso (Scialoja 1954 475).

¹⁰³ Uno de los sistemas pioneros en esta materia fue la legislación de Brasil, que en su Código de Defensa del Consumidor de 1990 reconoce positivamente la categoría de intereses difusos (artículo 81).

consumidores contempla acciones de interés colectivo y acciones de interés difuso.¹⁰⁴

Con todo, el tratamiento conceptual y normativo ha sido erróneo, porque solo alude al mecanismo procesal (el juicio colectivo) y descuida lo sustantivo, como es diferenciar daños individuales cuya reparación se demanda colectivamente y difusos. Los primeros son individuales, pero su homogeneidad permite acumularlos por fines de economía procesal, especialmente de viabilidad económica de la acción reparatoria (acción colectiva para demandar los perjuicios resultantes de una colusión) (*infra* N° 158 a). Distinta es la situación de la acción que persigue la reparación del daño a un bien público, en que usualmente el interés final es restitutorio; la reparación del bien público afectado por el ilícito.

158. Representación corporativa de intereses colectivos y difusos en el derecho chileno. La *representación corporativa de intereses* de grupos de personas es de derecho estricto, esto es, solo 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 insolvencia y reemprendimiento (Ley N° 20.720).¹⁰⁵ En los subpárrafos siguientes serán brevemente analizados, en lo pertinente, los estatutos referidos.

a) **Protección de consumidores.** En materia de protección de consumidores la legislación presenta una importante evolución.¹⁰⁶ 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 que cumplen con ciertos requisitos pueden ejercer las acciones que representan el interés individual de los consumidores asociados a ellas o de aquellos que les otorgan un mandato en ese sentido;¹⁰⁷ pero la ley extiende esa legitimidad activa de las asociaciones de consumidores para la representación del interés difuso o colectivo de los consumidores, aunque no haya mandato de personas específicas (artículo 8° letra e).

¹⁰⁴ 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).

¹⁰⁵ En cierto sentido, la acción de protección es un eficiente instrumento cautelar de intereses difusos (*infra* N° 745 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.

¹⁰⁶ La materia se encuentra regulada en la Ley de consumidores, 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.

¹⁰⁷ La asociación debe haber sido constituida a lo menos con seis meses de anterioridad a la presentación de la demanda, y debe contar con la autorización de su asamblea para demandar (artículo 51 N° 1 b).

El Sernac también tiene una acción en protección del interés colectivo o difuso de los consumidores (artículo 51 N° 1 a), sin necesidad de acreditar representación de consumidores determinados (artículo 51 N° 4).¹⁰⁸

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.¹⁰⁹

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 VII); 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.¹¹⁰

¹⁰⁸ También tiene legitimidad para iniciar el procedimiento colectivo un grupo de cincuenta o más consumidores afectados en un mismo interés, a condición de que se encuentren debidamente individualizados (artículo 51 N° 1 c). En este caso el juicio no es propiamente colectivo, pues solo produce efectos en quienes son parte de la demanda que ejercen en conjunto (artículo 51 N° 4).

¹⁰⁹ La Ley de consumidores permite que interesados hagan reserva de sus derechos para hacer valer la responsabilidad del proveedor individualmente en un juicio distinto. La reserva de derechos puede hacerse en dos oportunidades: primero, una vez declarada admisible la demanda, dentro del plazo de veinte días hábiles contados desde la publicación del aviso que la Ley de consumidores ordena realizar al proveedor demandado (Ley de consumidores, artículo 53), y, luego, una vez dictada la sentencia ejecutoriada que declara la responsabilidad del proveedor, dentro del plazo de noventa días corridos contados desde el aviso que da a conocer la sentencia (Ley de consumidores, artículo 54 C). La Corte Suprema ha estimado que esas dos son las únicas oportunidades en que interesados pueden hacer reservas de sus derechos para no quedar comprendidos bajo el efecto *erga omnes* de la sentencia (CS, 17.5.2018, rol N° 44.484-2017).

¹¹⁰ Respecto al procedimiento para la defensa del interés colectivo o difuso de los consumidores, la Ley de consumidores establece que “[p]ara efectos de determinar las indemnizaciones o reparaciones que procedan (...) será necesario acreditar el daño y el vínculo contractual que liga al infractor y a los consumidores afectados” (Ley de consumidores, artículo 50 VII) (énfasis añadido). La exigencia de demostrar un vínculo contractual ha dado lugar a la discusión acerca de la procedencia de indemnizaciones de perjuicios bajo el procedimiento colectivo en caso de afectación al interés difuso, puesto que estos son detentados indeterminadamente por un grupo de individuos ligados por circunstancias de hecho, pero

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 de intereses difusos y colectivos 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 no hayan otorgado un mandato *ex ante*, pueden reclamar los perjuicios, acreditando su calidad de adquirentes, sin necesidad de discutir nuevamente el ilícito).

Con posterioridad al terremoto de 2010, la Ley de urbanismo y construcciones otorgó las acciones colectivas de la Ley de consumidores a juicios sobre reparación de daños provenientes de defectos y fallas de construcción (artículo 19 III). Asimismo, la ley otorga estas acciones colectivas a las entidades gremiales que agrupan a pequeñas y medianas empresas para demandar los perjuicios que sufren por el incumplimiento sistemático de deberes contractuales y plazos legales en su relación con empresas de mayor tamaño (*infra* N° 651 c).

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, de las normas dictadas por el directorio,¹¹¹ 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 colectivos o difusos, sino los de la propia sociedad por negociaciones contrarias a los intereses de esta última efectuadas por sus administradores (*infra* N° 641).

no contractualmente con el proveedor (CS, 17.5.2018, rol N° 44.484-2017). Este punto fue discutido con ocasión del conocido caso de colusión en el mercado del papel *tissue* en Chile. Luego que una empresa de *tissue* confesara su participación en acuerdos colusorios ante las autoridades encargadas de proteger la libre competencia, una asociación de consumidores presentó una demanda de indemnización de perjuicios bajo el procedimiento colectivo por afectación al interés colectivo y difuso de los consumidores. En los términos de la demanda, los clientes de productos *tissue* habrían sido afectados en su interés colectivo debido a la colusión, mientras que el grupo familiar de los clientes, también usuarios de los productos, habrían sido afectados en su interés difuso. La controversia respecto fue objeto de un avenimiento entre una de las demandadas, las asociaciones de consumidores demandantes y el Sernac. El avenimiento obligó a esa demandada a poner a disposición de los consumidores afectados una suma indemnizatoria global a ser distribuida entre ellos; fue aprobado en primera instancia y finalmente confirmada por Corte Suprema (CS, 17.5.2018, rol N° 44.484-2017). A la época de esta edición está pendiente de decisión definitiva el juicio dirigido a perseguir la responsabilidad de otra empresa sancionada por esa colusión (10° Juzg. Civ. de Santiago, rol C 29.214-2015). Un argumento de la defensa ha sido que la Ley de consumidores, al exigir un vínculo contractual para la determinación de las indemnizaciones de perjuicios en el procedimiento colectivo, excluiría la procedencia de ese remedio en casos de afectación al interés difuso.

¹¹¹ Agregado por la Ley N° 20.383, artículo 2 N° 57.

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 poder pertinente (Ley de propiedad intelectual, artículos 91 y 102).¹¹² 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 liquidador.** Hay intereses que por razones de eficacia solo 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 establezca una representación *ipso iure* de intereses colectivos en materias de insolvencia y de copropiedad inmobiliaria. De acuerdo con la Ley de insolvencia y reemprendimiento, el *liquidador* ejerce las acciones que favorecen a los acreedores en virtud de la representación legal de un interés colectivo (artículo 36 I).¹¹³

La misma ley también regula las acciones revocatorias concursales, funcionalmente análogas a la acción pauliana. Su titularidad activa pertenece a cualquier acreedor y también al liquidador o veedor. Se interponen siempre en beneficio de la masa, de modo que envuelven una representación de intereses colectivos (Ley de insolvencia y reemprendimiento, Capítulo VI).¹¹⁴

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 difusos en el régimen especial de *responsabilidad por daño ambiental* (*infra* § 55); pero, en este caso, la reparación en naturaleza ha adquirido especial importancia en la legislación, que incluso autoriza que se implemente en virtud de un plan de reparación aprobado por la Superintendencia del Medio Ambiente.¹¹⁵ Produ-

¹¹² 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.I.2001, GJ 247, 41).

¹¹³ La figura del liquidador fue introducida por la Ley N° 20.720 de 2014. Sin embargo, la representación de intereses en materia de insolvencia ha estado presente en todas las leyes nacionales sobre la materia desde el texto original del Código de Comercio de 1865 (artículo 1414). Así también la Ley N° 4.558 (artículo 21), y la Ley N° 18.175 (artículo 27 II N° 1).

¹¹⁴ Puga 2014 474.

¹¹⁵ Tras la modificación realizada por la Ley N° 20.417, la acción de reparación en naturaleza no procede si quien cometió el daño se somete voluntariamente a un plan de reparación aprobado por la Superintendencia del Medio Ambiente. Una crítica al sistema de incentivos al cumplimiento ambiental en Poklepovic 2010 192 a 195.

cido un daño ambiental, son titulares de la acción ambiental, 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 I). A diferencia de otros ordenamientos, 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, sin perjuicio del derecho de petición a la municipalidad para que la ejerza (artículo 54 II). 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). La responsabilidad por daño ambiental es analizada en una sección especial (*infra* § 55).

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 daños reparables. Sin embargo, que el daño sea directo es una exigencia que típicamente pertenece a la *relación de causalidad* (*infra* § 30).¹¹⁶

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 imputado de manera objetiva al hecho del demandado (*infra* N° 242).

Como se ha anticipado al tratar de los daños mediatos, bajo el concepto de *daño directo*, 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).¹¹⁷

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,

¹¹⁶ Asumiendo esta calificación, CS, 14.4.1953, RDJ, t. L, sec. 4°, 40.

¹¹⁷ En el derecho chileno no se discute la aplicación en materia extracontractual del requisito de que el daño sea directo (Alessandri 1943 232, Abeliuk 2014 302, Díez 1997 71, P. Rodríguez 1999 269, Corral 2013 137). 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 2011 161-162).

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 demandado*, 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 reparación. En casos de daños a las cosas o de daños corporales, lo usual es que la reparación no resulte de una actividad emprendida por el propio responsable, sino que asuma la forma de una indemnización en dinero, 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 pueda optar entre una reparación en naturaleza (en la medida que ello es posible) y una indemnización de los perjuicios sufridos.¹¹⁸ En circunstancias que, según los casos, la reparación 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° 690).

c) Si la reparación 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.

¹¹⁸ De esa opinión es Alessandri 1943 533 (denominándola 'reparación en especie'); en el mismo sentido, P. Rodríguez 1999 344 y Corral 2013 376. 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 (Viney/Jourdain 2001 54, Flour/Aubert 2011 497-498).

En ciertas ocasiones, aunque el daño sea reparado 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* § 58).

d) Además de la reparación en naturaleza y la indemnización compensatoria de los perjuicios patrimoniales o morales, la acción también podría tener por objeto la *restitución de un enriquecimiento injusto* en la medida que el hecho ilícito que genera la responsabilidad cumpla, a la vez, el supuesto normativo que da lugar a una obligación restitutoria. En este último caso 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* § 61).

§ 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 por los medios del derecho privado.¹¹⁹ De este modo, las garantías constitucionales no solo 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 una constitución solo excepcionalmente se infieren 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

¹¹⁹ BVerfG 7 198 (1958).

resultara de un mandato constitucional, aunque con posterioridad así se ha entendido (*infra* N° 405).

Por otro lado, conviene tener presente que históricamente la llamada constitucionalización del derecho privado chileno más bien reside en que la Constitución introdujo una acción general de amparo de garantías constitucionales, que los jueces de manera prudencial extendieron a relaciones de derecho privado, principalmente con fines de garantizar la oportuna aplicación del derecho e impedir el recurso a vías de hecho.¹²⁰

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.¹²¹ De ello se sigue, además, la exigencia de que los jueces, al discernir los elementos de la responsabilidad civil, interpreten el derecho privado de una manera consistente con las valoraciones constitucionales.¹²²

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.¹²³ No

¹²⁰ Barros 1996 335, Jana/Marín 1996 *passim*.

¹²¹ 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 cómo las garantías constitucionales son relevantes a efecto de dar por constituidos ilícitos civiles, en Von Bar 1996 I 546.

¹²² 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).

¹²³ 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 esta 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. Un caso típico de subprotección de una garantía constitucional fue tradicionalmente la limitación de la responsabilidad por daño moral, en especial tratándose de intervenciones de la autoridad. El Tribunal Constitucional alemán ha fallado que la detención excesiva de una persona, sin méritos para someterla a la fiscalía, es un daño moral indemnizable (BVerfGE, 29.6.2016, BvR 1717/2015).

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, se ha hablado del *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.¹²⁴ Pero, aun así, es muy discutible una extrapolación de principios de justicia política a relaciones privadas.¹²⁵

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* 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.¹²⁶ 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 provisorios 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

¹²⁴ 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 estas 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). Asimismo, se ha rechazado en forma sistemática el recurso de protección frente a problemas contractuales o civiles de lato conocimiento. Típicamente respecto a la boleta bancaria de garantía, CS, 25.5.2005, rol N° 1810-2005; Corte de Rancagua, 9.2.2007, rol N° 14-2007; Corte de La Serena, 2.10.2007, rol N° 718-2007; y CS, 4.5.2015, rol N° 4573-2015. Reconociendo esta tendencia Caprile 2002 200 (aunque admite que esta vía no siempre es improcedente), y Aedo Barrera 2008 *passim*.

¹²⁵ En el Reino Unido se ha dado esta discusión con ocasión de la sección 6 (1) de la *Human Rights Act* 1998 que establece el deber de las autoridades públicas, incluidas las cortes (sección 6 (3)), de actuar de modo compatible con los derechos consagrados en la Convención Europea de Derechos Humanos (Young 2011 16; Collins 2014 26 y siguientes; y Phillipson 1999 824).

¹²⁶ Véase, por ejemplo, la recopilación jurisprudencial de Rioseco 1996 155; se señalan tres fallos de tribunales superiores en materia de efectos de la Constitución en el derecho de la responsabilidad extracontractual: 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, 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.

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).¹²⁷

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 de manera directa algunas normas relativas a la responsabilidad por error judicial (artículo 19 N° 7 II letra i) y por actos de la Administración del Estado (artículo 38 II).¹²⁸ Sin embargo, la Constitución, atendida su generalidad, más bien sirve de sustento mediano para la construcción en concreto de los intereses cautelados por las normas de responsabilidad civil.

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 progresivo a lo largo de la historia, como es el derecho civil.¹²⁹ La influyente doctrina constitucional alemana de la *Drittwirkung* ('efecto reflejo') de los derechos constitucionales en el derecho civil pone énfasis en ese efecto indirecto. Pero en la práctica, el uso de este mecanismo interpretativo para alinear el derecho privado y los derechos fundamentales no ha resultado tan diferente de aplicar directamente estos últimos a relaciones horizontales entre privados.¹³⁰ La incorporación de reglas constitucionales por la vía de interpretación de cláusulas generales del derecho civil (buenas

¹²⁷ 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/Marín 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.

¹²⁸ 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 solo 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 268, 115; y Corte de Santiago, 1.9.2003, confirmada por CS [cas. fondo], 13.11.2003, GJ 281, 104).

¹²⁹ Barros 1996 335.

¹³⁰ Collins 2017 16.

costumbres, buena fe, culpa) poco agrega a la ya compleja consideración de circunstancias que hace la doctrina y jurisprudencia civil. Por eso, 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.¹³¹

Solo 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, que deben ser cautelados bajo un estatuto de responsabilidad civil, de ello no se sigue una regla precisa acerca del cuidado debido. Solo 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 bien, donde la legislación civil establece límites arbitrarios, las normas constitucionales pueden ser de importancia, como es el caso del artículo 2331 de Código Civil (*infra* §§ 43-45). 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.¹³²

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 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 y de la responsabilidad personal, 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 los demás fines del derecho (particularmente los referentes a la consecución de otros bienes públicos y a otras formas distributivas

¹³¹ 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, Atias 1991 435; en la doctrina chilena puede verse la crítica de Jana 2003 53.

¹³² 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, causa) 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 solo tienen un efecto indirecto en el derecho privado (Schapp 1998 918).

de justicia, que son objeto del derecho social).¹³³ Por lo mismo, el problema constitucional se plantea más bien respecto de las restricciones legales a la autonomía privada¹³⁴ 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.¹³⁵ 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.¹³⁶ 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 baremos o límites máximos a la indemnización de ese tipo de daños.¹³⁷ En tercer lugar, se ha estimado que

¹³³ 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 (distributiva) que es ajena al derecho privado (*supra* N° 19; Barros 2001 9).

¹³⁴ Medicus 1992 50.

¹³⁵ Por cierto que ello no significa, como en su momento lo entendió la Corte Suprema norteamericana, que cualquiera 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).

¹³⁶ 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).

¹³⁷ 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 incurren 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 2003, § 249 6).

la indemnización del daño moral está definitivamente sujeta a condiciones de reparación diferentes al patrimonial, pudiendo el legislador establecer criterios razonables para limitar la indemnización.¹³⁸ Por último, 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;¹³⁹ 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.¹⁴⁰

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 limita las potestades fundadas en el principio de autonomía privada.¹⁴¹

¹³⁸ Así, el Tribunal Constitucional italiano, pronunciándose acerca de la constitucionalidad del artículo 2059 del Código Civil, que establece que el daño moral solo es indemnizable en los casos que la ley lo disponga (Corte Constitucional italiana 79/87, Cian/Trabuchi 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).

¹³⁹ 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 corrección de la decisión y debida protección de los derechos del demandado (BGH, 118, 312/40, citado por Palandt/Heinrichs 2003, § 249 4).

¹⁴⁰ En Estados Unidos la Corte Suprema ha declarado contrario a la garantía constitucional que impide imponer castigos excesivos (14ª enmienda) un fallo que daba lugar a una indemnización punitiva por un valor de US\$ 145 millones, en circunstancias que la indemnización reparatoria era por US\$ 1 millón (*State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell*, 538 US 408, 2003, [01-1289]). 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 solo se justificaría 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. Gore*, 517 US 556, 1996), en orden a que los daños punitivos deben declararse en consideración al grado de represión 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.

¹⁴¹ 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, 28.3.2001). Pawlowski 2002 627 advierte los riesgos asociados a este control constitucional de relaciones de derecho privado y expresa el temor a un retroceso

Con todo, no se puede ignorar que 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,¹⁴² 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.¹⁴³ La concreción de este principio constitucional corresponde primordialmente al legislador, como ha ocurrido en materia laboral (Código del Trabajo, artículo 2°), de consumidores (Ley de consumidores, artículo 13),¹⁴⁴ y, con carácter general, en la Ley N° 20.609, que establece medidas contra la discriminación arbitraria.¹⁴⁵

a una justicia de cadí, en la medida que la justicia constitucional atienda a casos concretos, en vez de realizar un control propiamente normativo de constitucionalidad de la ley; ya Medicus 1992 48 advertía 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 revisar sentencias de los tribunales ordinarios, de modo que el control de constitucionalidad está necesariamente referido a la ley aplicable; aun así, conviene tener presentes las prevenciones anteriores, relativas a la diferencia de densidad normativa del derecho civil y constitucional, especialmente en relación a ciertas acciones de inaplicabilidad, en las que este tribunal ha resuelto como conflictos de constitucionalidad disputas que eran, en rigor, de interpretación legal, opacando el rol de la Corte Suprema y los principios del derecho civil como garantes de la correcta interpretación de la ley. En tal sentido, Trib. Const., 12.6.2007, rol N° 794-2007; y los votos de minoría en Trib. Const., 29.9.2009, rol N° 1.340-2009; Trib. Const., 30.8.2011, rol N° 1.563-2009; Trib. Const., 1.9.2011, rol N° 1.656-2009; y Trib. Const., 1.9.2011, rol N° 1.537-2009.

¹⁴² *Brown v. Board of Education*, 347 US 483 (1954).

¹⁴³ 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).

¹⁴⁴ Un interesante caso de no discriminación en materia de responsabilidad civil, con fundamento en la antigua legislación de consumidores (Ley N° 18.223, artículo 3°), en Corte de Santiago, 3.7.1995, RDJ, t. XCII, sec. 2°, 79, que tiene por antecedente la culpa infraccional de prohibir el acceso de una persona a un recinto abierto al público en razón de su origen étnico; el fallo alude, asimismo, a la naturaleza constitucional del principio de no discriminación arbitraria.

¹⁴⁵ La acción de no discriminación arbitraria es alternativa al recurso de protección y al procedimiento de tutela laboral, que busca poner fin al acto discriminatorio. La acción solo permite la cesación del acto e imponer multas, pero no da lugar a indemnización de perjuicios, ni permite tener por establecida la culpa en un eventual juicio de responsabilidad (Título II). En cualquier caso, nada debiere impedir una acción indemnizatoria si la discriminación arbitraria puede ser construida como un ilícito del que se sigue un daño reparable en términos civiles.

§ 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 esta". Aunque la regla tiene por finalidad establecer una presunción 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.¹⁴⁶ 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.¹⁴⁷

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.¹⁴⁸ A diferencia de las dificultades que suscita en materia de daño no patrimonial (*infra* N° 191), el principio de la reparación integral del daño es ampliamente aceptado en materia de daño patrimonial.¹⁴⁹

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.¹⁵⁰

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.¹⁵¹ 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 provocado. Separarse de este principio podría subvertir todo el sistema de

¹⁴⁶ 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. 1°, 567.

¹⁴⁷ En la literatura chilena más actual, véanse Díez 1997 159, Corral 2013 377.

¹⁴⁸ CS, 8.11.1971, RDJ, t. LXVIII, sec. 4°, 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. XCVII, sec. 2°, 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).

¹⁴⁹ Planteando ciertas reservas a este principio en materia de daño puramente patrimonial, Schopf 2015.

¹⁵⁰ Una nota escéptica acerca de la rigurosidad con que el principio es aplicado en la práctica, en Markesinis/Deakin *et al.* 2012 805-806, Cane/Atiyah 1999 131, Vicente en Reglero 2002 a 261; para el derecho chileno, R. Domínguez Á. 1990 135.

¹⁵¹ Von Bar II 1996 155. Dudas acerca de los efectos distributivos negativos 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 reinserción laboral de la víctima (en la medida que pueda vivir con la indemnización), en Markesinis/Deakin *et al.* 2012 804-805.

responsabilidad civil.¹⁵² 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 al interés de la víctima de ser restituida al estado anterior al daño y no al juicio de reproche respecto del autor del daño.¹⁵³ 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 consecuenciales, que se siguen del daño inicial, solo 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.¹⁵⁴ 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° 692).

Por otro lado, el principio de reparación integral está limitado en ciertos estatutos legales especiales de responsabilidad, en particular en regímenes de responsabilidad estricta (*infra* N° 331), así como por la práctica de establecer baremos que sirven de referencia para la valoración del daño moral. En Chile esta tarea ha sido asumida por la Universidad de Concepción, en colaboración con la Corte Suprema, que ha construido baremos estadísticos para la valoración del daño moral que se sigue de la muerte y de lesiones laborales (*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 el bien afectado tiene 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 económicos.¹⁵⁵ Si se descartan los inconvenientes conexos al acaeci-

¹⁵² Un lúcido desarrollo de las ideas anteriores en Cane 1996 107.

¹⁵³ Larenz 1987 423.

¹⁵⁴ Un análisis de los límites al principio de reparación integral en el derecho chileno en R. Domínguez Á. 2010 a 9.

¹⁵⁵ 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.

miento del accidente, que por lo general no son reparables (*supra* N° 145), el dinero, como medida universal de valor económico, permite asumir que la indemnización reparatoria del daño emergente y del lucro cesante 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 existía antes y después del hecho. 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 extracontractuales¹⁵⁶ y la jurisprudencia no discute que "dada la generalidad de los términos en que está concebido el artículo 1556, puede regir no solo las obligaciones derivadas de los contratos, sino también las que nacen de un delito o cuasidelito".¹⁵⁷

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".¹⁵⁸ 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 percibir ingresos por estar inmovilizada a consecuencia de un accidente, o si el hecho culpable ha impedido que la víctima se libere de una obligación.¹⁵⁹

¹⁵⁶ Alessandri 1943 547, P. Rodríguez 1999 290.

¹⁵⁷ 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.

¹⁵⁸ Digesto 46.8.13 (Paulus); la distinción tuvo relevancia en el derecho medieval (Zimmermann 1990 827). El artículo 1556 sigue al Código francés (Cód. fr., artículo 1231-2 [antiguo 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".

¹⁵⁹ Si bien la distinción entre daño emergente y lucro cesante conserva su vigencia y utilidad práctica, desde un punto de vista económico resulta discutible, en especial 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,

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 comparados 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.¹⁶⁰ 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° 695).¹⁶¹

c) Si bien el daño siempre representa una diferencia entre dos estados de cosas, el daño total no resulta de una comparación de entidades abs-

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.

¹⁶⁰ 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/Patti 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/Heinrichs 2003, § 249 50).

¹⁶¹ A lo anterior se agregan las cuestiones de causalidad cuando concurren causas hipotéticas alternativas para un mismo daño (*infra* N° 277). Críticos a la teoría de la diferencia desde esta perspectiva, MünchKomm/Grünsky 1986, § 249 78, Pantaleón en Paz-Ares *et al.* 1991 1989, Busnelli/Patti 1997 13.

tractas, sino de perjuicios concretos que se traducen en específicos daños 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.¹⁶²

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 predeterminado de manera genérica para cada tipo de daño.¹⁶³

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 devengan los intereses (*infra* N° 681).

b) También son usualmente estandarizadas las reparaciones que garantiza 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.¹⁶⁴

c) Por último, la determinación del *lucro cesante* tiene necesariamente un elemento abstracto, que supone asumir un cierto curso futuro de los acontecimientos, porque de lo contrario nunca podrá darse por probado. Esta

¹⁶² Pantaleón en Paz-Ares *et al.* 1991 1990.

¹⁶³ 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 porque 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).

¹⁶⁴ 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).

relevante concesión al principio de la determinación del daño en concreto tiene su antecedente en las dificultades que plantea el daño futuro (*supra* N° 153) y será revisada más precisamente al tratar el lucro cesante (*infra* N° 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 solo al daño inmediato sufrido por la víctima, sino también al mediato, con el límite de que no sea calificado de indirecto (*supra* N° 159). Si se atiende al bien inmediatamente dañado, el perjuicio patrimonial puede provenir del daño a las cosas, a las personas o en forma directa 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 conexo 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. 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* N° 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 intervenga 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 con frecuencia el hecho ilícito solo puede ser configurado en un horizonte de conflicto con otros bienes jurídicos; así, es necesario, por ejemplo, definir

una línea divisoria entre la competencia desleal y el ejercicio legítimo de la libertad de emprender y de competir (*infra* § 57 b).¹⁶⁵ Atendida esta particularidad, por lo general en el derecho comparado el daño puramente patrimonial es objeto de requisitos especiales para que resulte indemnizable.¹⁶⁶ 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* N° 189), como al tratar en especial algunas hipótesis de responsabilidad en el ámbito de los negocios (*infra* §§ 66, 67, 57).

e) El daño a la persona física, a las cosas y el puramente patrimonial son 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) La determinación del daño emergente no presenta dificultades conceptuales: se trata de disminuciones patrimoniales por gastos o por el menor valor de cosas corporales o incorporeales. La víctima sufre daño emergente en la medida que es más pobre en razón del hecho del demandado.¹⁶⁷

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.¹⁶⁸ En uno y otro caso, el valor tiene que resultar de hechos probados y su evaluación permite grados elevados de objetividad.

¹⁶⁵ Schopf 2015.

¹⁶⁶ 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, solo son reparables si se ha actuado 'de una manera que contraviene las buenas costumbres' (BGB, § 826 en relación con § 823; al respecto, Deutsch/Ahrens 2002 114).

¹⁶⁷ 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).

¹⁶⁸ Respecto de la diferencia entre gastos efectivos y costos estimados en el daño a las cosas, *infra* N° 176. En cuanto a la estimación de pérdidas por el menor valor de bienes incorporeales, CS, 2.12.1915 y 20.10.1919, RDJ, t. XVIII, sec. 1ª, 62, comentado en Gatica 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 esperados en forma razonable 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.¹⁶⁹ 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.¹⁷⁰

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

¹⁶⁹ Larenz 1987 512, con referencia al § 252 del BGB; en el derecho chileno, R. Domínguez Á. y R. Domínguez B. en comentario a Corte de Punta Arenas, 7.4.1993, rol N° 7.263-1992, en Rev. Concepción 192, 1992, 214; en el mismo sentido, Díez 1997 182, Elorriaga 1995 62; la idea aparece ya en Gatica 1959 108 (una investigación aún no superada sobre la indemnización de perjuicios contractuales).

¹⁷⁰ En esa línea, CS, 3.1.2012, rol N° 2.517-2011; y CS, 7.9.2015, rol N° 2.292-2015.

cálculo del lucro cesante.¹⁷¹ 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' 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.¹⁷²

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).¹⁷³

En el derecho comparado existe una tendencia bastante generalizada a considerar la *probabilidad como factor de medición del daño indemnizable*,¹⁷⁴ sin embargo, hay también sistemas jurídicos en que se ha impuesto la opinión contraria.¹⁷⁵ 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 reconocérsela al momento de dar lugar a la reparación (como es el caso de la probabilidad de ganar un juicio que se 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).

¹⁷¹ Lange 1990 341, Larenz 1987 511.

¹⁷² Sobre la prueba conducente a la evaluación del lucro cesante, Díez 1997 58; en materia de daños corporales, Elorriaga 1995 67.

¹⁷³ En este sentido, se ha distinguido entre la apreciación de la existencia del daño y su evaluación. Así, la incertidumbre respecto de la evaluación de un daño no puede obstar a su indemnización cuando hay certeza de que tal daño se ha producido (Domínguez 2009 b 663).

¹⁷⁴ Es el caso italiano (Fleischer 1999 769) y francés (Le Tourneau/Cadiet 2002/03 N° 653). En el derecho inglés luego de un antiguo precedente favorable (*Chaplin v. Hicks*, 1911, 2 KB 786), la jurisprudencia parece mostrarse más bien reticente (Markesinis/Deakin *et al.* 2012 239). 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.

¹⁷⁵ Es el caso del derecho alemán (Fleischer 1999 767).

mo en la mantención de sus instalaciones). En todo caso, corresponde a la jurisprudencia 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,¹⁷⁶ 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 "solo son reparables los daños ciertos, es decir, aquellos que son reales y efectivos" y no los "meramente eventuales".¹⁷⁷

¹⁷⁶ Díez 1997 182.

¹⁷⁷ Corte de Concepción, 23.8.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 4ª, 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 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 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, 2822; Corte de Concepción, 23.8.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 4ª, 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. 3ª, 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; Corte de Santiago, 29.8.2003, GJ 278, 282; CS, 27.5.2008, rol N° 2.049-2008; Corte de Santiago, 17.10.2011, rol N° 634-2008; Corte de Santiago, 18.7.2013, rol N° 7.140-2011; Corte de Rancagua, 4.9.2013, rol N° 114-2013 confirmada CS [cas. forma y fondo], 7.1.2014, rol N° 9.580-2013; Corte de Santiago, 4.6.2014, rol N° 1.821-2013; Corte de Valparaíso, 12.9.2014, rol N° 1.819-2013 confirmada por CS [cas. fondo], 22.7.2015, rol N° 30.182-2014; CS, 14.10.2014, rol N° 11.458-2013; Corte de Santiago, 23.8.2016, rol N° 3.552-2016; CS, 26.10.2016, rol N° 7.378-2016; Corte de Valparaíso, 25.11.2016, rol N° 1.050-2016; CS, 11.1.2018, rol N° 7.113-2017; y CS, 21.2.2018, rol N° 7.085-2017. Por las mismas razones, se ha rebajado el monto de la indemnización, Corte de Santiago, 20.1.2014, rol N° 4.169-2012.

Las extremas exigencias probatorias no se condicen con que el lucro cesante sea una categoría de daño reconocida por la ley. Si se desconoce que el lucro cesante contiene elementos fácticos y especulativos, se ignora su naturaleza. Algunos tribunales suelen imponer exigencias a la prueba del lucro cesante que han llevado 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. El camino de reconocer una reparación mayor por daño moral no es consistente con los daños efectivamente sufridos, porque los juzgadores no entran a valorar el daño patrimonial como concepto autónomo de daño.¹⁷⁸ Esa mala práctica provoca que la indemnización del daño corporal tienda a establecerse sin discernimiento separado del daño patrimonial y el moral.¹⁷⁹ Lo correcto es 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,¹⁸⁰ y, por otro, separarlo conceptual y funcionalmente del daño moral.

¹⁷⁸ 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. 2ª, 31, publicada también en GJ 262, 81 (\$ 50 millones para dos víctimas de lesiones graves en el accidente de un helicóptero, luego de desechar 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 desechar 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); Corte de Santiago, 18.7.2013, rol N° 7.140-2011 (UF 1.500 por daño moral para un trabajador que luego de un accidente sufrió fuertes mareos, dolores de cabeza, sordera y alzas de presión arterial, luego de rechazar el lucro cesante); Corte de Santiago, 4.6.2014, rol N° 1.821-2013 (\$ 7 millones por daño moral en relación a un accidente laboral que causa 15% de pérdida de capacidad al actor por artrosis post traumática de rodilla, luego de desechar el lucro cesante); CS, 26.10.2016, rol N° 7.378-2016 (\$ 90 millones por daño moral por repercusión causado por un accidente de trabajo, luego de desechar lucro cesante); Corte de Santiago, 7.11.2017, rol N° 1.437-2017 (\$ 170 millones en total por concepto de daño moral al conjunto de víctimas por repercusión de un accidente de tránsito, sin conceder lucro cesante); CS, 21.2.2018, rol N° 7.085-2017 (\$ 4 millones por accidente de tránsito que incapacitó a la víctima para trabajar por 180 días, sin conceder lucro cesante); y CS, 15.5.2018, rol N° 8.388-2017 (\$ 100 millones, en total, para las dos víctimas, por lesiones de carácter grave que causan incapacidad total, por un año, del tórax hacia abajo y lesión ocular derecha junto con múltiples lesiones de carácter grave, sin que se diera lugar a lucro cesante). Sobre la materia, Elorriaga 1995 73.

¹⁷⁹ 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 solo 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 (ídem 36).

¹⁸⁰ Así, las conclusiones de Cane/Atiyah 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;

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* esperaba recibir. A pesar de la reticencia de algunos tribunales, motivada probablemente por la dificultad de cálculo del lucro cesante, la correcta doctrina ha sido validada de manera expresa por la Corte Suprema, que ha fallado 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".¹⁸¹ Ese criterio fue seguido desde temprano por los tribunales chilenos.¹⁸²

Ante la incertidumbre, algunos tribunales han objetivado 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.¹⁸³ Esta prácti-

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 (ídem 134).

¹⁸¹ CS, 28.5.2002, GJ 263, 170. Véase también Corte de San Miguel, 20.8.2012, rol N° 56-2012; Corte de Santiago, 7.5.2014, rol N° 1.812-2013; CS, 12.9.2013, rol N° 3.852-2013; Corte de Concepción, 29.4.2015, rol N° 1.804-2014; CS, 7.9.2015, Rol 2.292-2015; Corte de Valparaíso, 1.7.2016, rol N° 748-2016; CS, 5.3.2018, rol N° 82.482-2016; CS, 23.5.1977, RDJ, t. LXXIV, sec. 4ª, 281; Corte de Santiago, 9.6.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 2ª, 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, este vio considerablemente reducidos los ingresos que lograba en período de actividad".

¹⁸² CS, 25.10.1904, RDJ, t. II, sec. 1ª, 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 de ingeniería próximo a titularse (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. En CS, 28.9.2016, rol N° 7.237-2015 se señala: "si la procedencia del lucro cesante aparece fundada en hechos ciertos, no debe ser impedimento para declararlo el que su evaluación tenga que hacerse, necesariamente, sobre la base de un cálculo de probabilidades, es decir, según la ocurrencia normal de los acontecimientos". En similar sentido, Corte de Santiago, 17.10.2011, rol N° 634-2008; Corte de Santiago, 27.11.2012, rol N° 1.246-2012; Corte de Santiago, 20.1.2014, rol N° 4.169-2012; Corte de Antofagasta, 7.1.2015, rol N° 192-2014; Corte de Concepción, 10.3.2017, rol N° 3-2017.

¹⁸³ Corte Presidente Aguirre Cerda, 14.3.1988, RDJ, t. LXXXV, sec. 4ª, 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 Á. y R. Domínguez B., en Rev. Concepción 192, 1992, 214). Véase también CS, 6.3.2013, rol N° 5.889-2010; CS, 24.11.2014, rol N° 2.547-2014; Corte de Antofagasta, 17.6.2015, rol N° 97-2015; Corte de Antofagasta, 1.9.2015, rol N° 641-2015; Corte de San Miguel, 7.10.2015, rol N° 1.059-2015 confirmada por CS [cas. fondo], 14.6.2016, rol N° 30.943-2015; Corte de Chillán, 30.6.2016, rol N° 370-2015; Corte de San Miguel, 2.12.2016, rol N° 1.407-2016; Corte de San

ca es coincidente con criterios estandarizados de valoración que al menos aseguran a las víctimas que reciban reparaciones tasadas o baremadas.¹⁸⁴

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 solo es posible sobre la base de *partidas precisas de perjuicios* y no de estimaciones en abstracto, que no correspondan a los perjuicios concretos sufridos por la víctima.¹⁸⁵ 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 solo 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 los perjuicios sufridos 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 que efectivamente sufrió, que depende 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).¹⁸⁶

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, no es razonable llevar el estándar al cuidado clínico a que puede aspirar una víctima de gran fortuna. La reparación debe observar ciertos estándares generales coincidentes con el nivel de servicio generalmente accesible, porque no se puede exigir que el demandado financie tratamientos en especial inusuales y costosos (*infra* N° 182).

Miguel, 25.1.2016, rol N° 1.074-2015; y CS, 5.3.2018, rol N° 82.482-2016. No se puede acusar a las cortes de arbitrariedad, porque parecen haber optado por un baremo mínimo inobjetable.

¹⁸⁴ Así, el proyecto francés de reforma del derecho de la responsabilidad civil, publicado para comentarios en 2017, establece que los conceptos que dan lugar a daño corporal serán valorados por actos administrativos de eficacia general. Se volverá sobre la materia al tratar los efectos patrimoniales del daño corporal (*infra* N° 181).

¹⁸⁵ Alessandri 1943 561.

¹⁸⁶ Alessandri 1943 566.

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 con 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 *estrictamente patrimonial* y la indemnización tiene por único objeto comparar los dos valores; la evaluación 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.¹⁸⁷

Solo quedan exceptuados ciertos daños que los usos excluyen de la indemnización, por tenerse por inconmensurables 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.¹⁸⁸

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

¹⁸⁷ 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).

¹⁸⁸ Palandt/Heinrichs 2003, § 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.

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 (*reparación en naturaleza*); pero también puede perseguir que se le indemnice la diferencia patrimonial que supone el deterioro o la destrucción de la cosa (*indemnización reparatoria*). En nuestra tradición jurídica no es discutido que quien sufre un daño injusto tiene una acción en naturaleza y una acción propiamente indemnizatoria.¹⁸⁹ 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 el 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.

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 quema 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

¹⁸⁹ Alessandri 1943 535, Viney/Jourdain 2001 58. En el derecho alemán, en la medida que la restitución en naturaleza sea posible, el actor dispone solo 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 a la acción que tiene por objeto indemnizar el costo de reposición de la cosa, llamado *cost of cure* (Burrows 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* § 58.

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° 669).

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:¹⁹⁰

i. El caso más obvio se presenta cuando el daño es tan severo que es técnicamente imposible la reparación (*daño total en sentido estricto*).

ii. 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 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.¹⁹¹

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;¹⁹² así, se suele entender

¹⁹⁰ 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 Medicus 2002 289, que me ha parecido especialmente clara.

¹⁹¹ Un desarrollo de esta idea desde la perspectiva del abuso de derecho en *infra* N° 447.

¹⁹² 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 solo 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

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.¹⁹³ 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.¹⁹⁴

iii. Por último, puede ocurrir que la reparación sea técnica y económicamente posible, pero que no resulte exigible a la víctima que se contente 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 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.¹⁹⁵

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.¹⁹⁶

175. Criterios para indemnizar el valor de la cosa destruida. a) La indemnización por la destrucción de una cosa solo cumple su función restitutoria

especial equipamiento, de modo que no era fácil hacerse de una embarcación equivalente (Burrows 1994 163).

¹⁹³ 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 (BGB, § 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 siempre reconocido (*infra* N° 232), el derecho se apiada (con el propietario) al momento en que se trata de salvarle la vida, aunque el costo del tratamiento exceda su costo de reposición.

¹⁹⁴ El BGB, § 251 II, autoriza pasar por alto la reparación en naturaleza cuando ella solo se puede materializar a un costo desproporcionado; una regla semejante en el Cód. ital., 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/Heinrichs 2003, § 249 23, § 251 3; Vicente en Reglero 2002 a 220).

¹⁹⁵ Un margen entre 1.000 y 3.000 kilómetros recorridos es aceptado por la jurisprudencia alemana para dar lugar a un daño total impropio (Medicus 2002 290).

¹⁹⁶ 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 transferirla en compensación al demandado).

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.¹⁹⁷ 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.¹⁹⁸

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 graven innecesariamente al responsable, la indemnización solo 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 restituir 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.¹⁹⁹

¹⁹⁷ 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 A. y R. Domínguez B. en com. a Corte de Punta Arenas, 7.4.1993, rol N° 7.263, en Rev. Concepción 192, 1992, 214).

¹⁹⁸ Palandt/Heinrichs 2003, § 249 21.

¹⁹⁹ 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 2003, § 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.

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 sustituibles.²⁰⁰

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 solo 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.²⁰¹ La doctrina y jurisprudencia chilenas son constantes en reconocer como indemnizable este menor valor.²⁰²

b) Pero también se puede presentar la hipótesis inversa, en que la cosa *aumenta de valor* luego de la reparación.²⁰³ 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 refaccionado 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

²⁰⁰ Palandt/Heinrichs 2003, § 249 7.

²⁰¹ Medicus 2002 293, Viney/Jourdain 2001 191.

²⁰² Alessandri 1943 550; ejemplos jurisprudenciales del principio en Corte de Santiago, 12.8.1943, RDJ, t. XL, 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; Corte de Concepción, 27.5.2008, rol N° 992-2006; Corte de Concepción, 5.5.2009, rol N° 360-2008; Corte de Concepción, 4.10.2010, rol N° 391-2010; Corte de Santiago, 3.1.2014, rol N° 8.639-2011 confirmada por CS [cas. forma y fondo], 23.6.2014, rol N° 7.906-2014; Corte de Concepción, 11.9.2014, rol N° 229-2014; Corte de Concepción, 10.3.2017, rol N° 3-2017; en contra, puede verse Corte de San Miguel, 19.7.1999, GJ 229, 153.

²⁰³ Un análisis general del efecto de los beneficios laterales que son consecuencia del hecho que genera la responsabilidad en *infra* § 59 g.

inexigible respecto de la víctima imponerle que financie ese mayor valor como condición para continuar usando la cosa dañada; puede resultar inicu, por ejemplo, que el demandante fuera puesto en la situación de vender la cosa para poder enfrentar el costo del mayor valor que esta adquiere 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 solo 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;²⁰⁴ en forma alternativa, se rechaza toda compensación por el mayor valor.²⁰⁵

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.²⁰⁶ En otros sistemas jurídicos el costo medio real de la defensa judicial también es incluido entre los componentes del daño emergente.

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

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

²⁰⁴ 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 requería reparaciones (Kötz 1991 174, Palandt/Heinrichs 2003, § 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.

²⁰⁵ Es el caso del derecho francés (Viney/Jourdain 2001 191).

²⁰⁶ 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 empleados (DL 825/1974 sobre impuesto a las ventas y servicios, artículo 23).

razonable y justo, entonces, que a efectos de determinar la indemnización se deduzcan del costo del arrendamiento estos componentes, de manera de depurar la cifra que corresponde exactamente al valor de uso del que ha sido privado el demandante.²⁰⁷

Más discutible es la situación si la víctima del daño no ha arrendado una cosa en sustitución de la que está dañada o destruida.²⁰⁸ Una razón de justicia parece indicar que no debe quedar en peor condición que quien ha incurrido en gastos de arriendo. Por eso, resulta correcto considerar reparable el uso frustrado de la cosa, al menos cuando la carga que la privación ha representado sea efectiva.

c) Con todo, si se atiende a que los tribunales chilenos suelen reconocer, con razón, un interés por la deuda indemnizatoria del daño patrimonial entre la fecha del daño o de la demanda y la de pago efectivo (*infra* N° 679), debe tenerse presente el riesgo de que la reparación por el uso frustrado envuelva una doble indemnización: si, por un lado, se indemniza la pérdida temporal del uso de la cosa y, por otro, se reconoce un interés por el valor de los perjuicios, se está reparando, a la vez, el valor de uso de la cosa y del dinero que representa al menos parte del valor de esa misma cosa. Para evitar estas dificultades, a falta de prueba del lucro cesante (pérdida de ingresos) o de un daño emergente (costo de arrendamiento), solo debiera reconocerse un interés calculado sobre el valor total de la cosa mientras dura la privación del uso.²⁰⁹

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

²⁰⁷ Es el caso del derecho francés y alemán, donde se entiende que deben ser descontados los valores que el demandante se ahorra, como la depreciación y los gastos de mantención (Viney/Jourdain 2001 197, Medicus 2002 294). En general, se tiene por razonable una deducción por esos conceptos de aproximadamente un 30% del costo del arrendamiento.

²⁰⁸ Las dudas se plantean en especial en sistemas jurídicos donde está limitada la reparación del daño moral, de modo que es esencial caracterizar el daño como patrimonial a efectos de que resulte reparable; en general, se ha discutido que el mero uso personal tenga un carácter comerciable, que justifique la reparación (Lange 1990 252, Burrows 1994 164).

²⁰⁹ Así ocurre en el derecho inglés (Burrows 1994 165). La fórmula es correcta en la medida que el interés se calcule sobre el valor total de la cosa, aunque se trate de una cosa meramente deteriorada, pues ese es el capital que en forma transitoria está inmovilizado por el hecho del demandado.

f. Efectos patrimoniales del daño corporal

181. Perjuicios que se siguen del daño corporal. El daño corporal puede acarrear un amplio conjunto de consecuencias dañosas, que incluso se pueden extender a terceros distintos a la víctima directa (daño reflejo). La consecuencia más inmediata del daño corporal es la pérdida de bienes personales no patrimoniales, como son la vida, la salud, la integridad física, el bienestar psicológico y el desarrollo espiritual y sensitivo de la personalidad.²¹⁰ De esos mismos daños se pueden derivar consecuencias patrimoniales, además de las morales. En esta sección se analizarán los efectos patrimoniales que se siguen para la víctima directa del accidente. Las consecuencias extrapatrimoniales serán analizadas en *infra* § 24; el daño reflejo o por repercusión patrimonial o moral en *infra* § 25.

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

b) El principal problema que plantean estos gastos se expresa en el riesgo de que se expandan más allá de lo razonable. Especialmente cuando el riesgo está asegurado, existe la inclinación a pensar que los recursos son ilimitados (imponiéndose, sin embargo, un costo injustificado al conjunto de los asegurados que financian el seguro).²¹¹

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

Los costos de salud pueden aumentar de manera exponencial, aunque se trate de tratamientos cuyas ventajas marginales son relativamente insignificantes, de modo que su reparación debe tener límites que sean *razonables* de acuerdo a un estándar generalizado de buen cuidado.²¹² Las preguntas se plantean respecto de los límites de lo razonable: en otras jurisdicciones se ha estimado que es razonable recurrir a un establecimiento privado de salud, que no sea en particular dispendioso, aunque exista disponible un servicio público de costo menor.²¹³ Pero la apreciación está necesariamente

²¹⁰ Larenz 1987 506.

²¹¹ Cane/Atiyah 1999 204.

²¹² En la materia existe expandido acuerdo en el derecho comparado: Vicente 1994 100, Deutsch/Ahrens 2002 201, Burrows 1994 192, Epstein 1999 442.

²¹³ Así, en España (Vicente 1994 102) y en el Reino Unido (Burrows 1994 193).

determinada por las prácticas curativas usuales y por la riqueza relativa de la sociedad en que la regla se aplica.

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

d) Los costos de cuidado personal deben ser indemnizados, aunque este sea asumido por el cónyuge, algún pariente u otra persona que actúa en consideración personal de la víctima. No se trata de un beneficio que sea otorgado al autor del daño, de modo que la gratuidad no puede ceder en su favor. En tal caso, la indemnización debe comprender el costo ordinario de cuidado por un tercero.²¹⁴

183. Pérdida de ingresos. a) La pérdida de ingresos corresponde al *lucro cesante que se sigue del daño corporal*. El objeto de la reparación no es propiamente la pérdida de la capacidad de trabajo o de generación de ingresos, sino la expectativa objetiva de ingresos futuros que la persona lesionada tenía al momento del accidente.²¹⁵

La indemnización comprende los ingresos netos que la víctima deja de percibir²¹⁶ y su determinación se efectúa en concreto, atendiendo a las calidades de la víctima (incluidas su edad y estado de salud).²¹⁷ Así y todo, esta determinación supone estimar lo que habría de ocurrir en el futuro de no haber ocurrido el accidente, lo que exige una mirada objetiva hacia el curso ordinario de los acontecimientos (*supra* N° 166). Por eso, la determinación de los ingresos futuros será tan en concreto como pueda serlo (considerando las particulares calidades de la víctima) y tan estandarizada como sea necesario (asumiendo ciertos supuestos de razonable probabilidad).

b) Los *problemas de determinación y prueba* del daño futuro (*supra* N° 154) y del lucro cesante (*supra* N° 170) adquieren cierta especificidad en el caso del daño corporal.²¹⁸ Sin perjuicio de lo ya desarrollado en los párrafos

²¹⁴ En verdad, la indemnización en tales casos puede ser fuente de retribución de la persona que presta el cuidado (Burrows 1994 193, con discusión de jurisprudencia inglesa).

²¹⁵ Larenz 1987 507. Esta es inequívocamente la posición adoptada por la jurisprudencia chilena, como se muestra en los requerimientos de prueba de lucro cesante que se sigue de una incapacidad física (véase jurisprudencia referida en *supra* N° 170).

²¹⁶ Vicente 1994 114, con referencias comparadas.

²¹⁷ Kötz 1991 192.

²¹⁸ En el *common law* se acostumbra distinguir la pérdida de ingresos anterior a la sentencia y los ingresos futuros, asumiéndose que los primeros suponen una mera determinación contable de los ingresos que estaba percibiendo la víctima, y admitiéndose que la determinación adquiere mayor complejidad en el caso de los ingresos futuros (Burrows 1994 192 y 197, Markesinis/Deakin *et al.* 2012 836).

referidos, a continuación se analizarán algunas preguntas específicas que plantea la determinación de ingresos futuros de quien ha sufrido lesiones corporales.

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

Esta estimación no incorpora la probabilidad que por cualesquiera circunstancias pudiera haber terminado antes su vida laboral (la muerte prematura, una enfermedad o la cesantía, por ejemplo) o que, por la inversa, haya podido generar ingresos con posterioridad al retiro. Todo indica que en atención a lo especulativas que son una y otra hipótesis, la solución más práctica, a falta de prueba que permita inferir algo diferente, es considerar los ingresos en el horizonte temporal que a la víctima le faltaba para llegar a una edad estándar de jubilación, en el tipo de actividad que realizaba antes del accidente.

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

En el fondo, la pregunta relevante se refiere a la proporción de los ingresos esperados que previsiblemente la víctima dejará de percibir en razón de sus lesiones. Las lesiones corporales que no afectan la capacidad intelectual pueden producir un efecto patrimonial insignificante en un empresario o en un profesional liberal y, por el contrario, acarrear una privación sustancial de la capacidad de trabajo en personas que desarrollan actividades físicas.²¹⁹ En otras palabras, la tasa de incapacidad que debe ser atribuida a las mismas lesiones no necesariamente es igual en todos los casos.²²⁰

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

²¹⁹ Un detallado análisis del cálculo de las tasas de incapacidad en el derecho francés, en Viney/Jourdain 2001 233. El proyecto francés de reforma del derecho de la responsabilidad de marzo de 2017 prevé una estandarización por resoluciones administrativas.

²²⁰ Estas diferencias en los efectos de una misma lesión en un arquitecto y en un artesano, por ejemplo, dificulta severamente el establecimiento de baremos de incapacidad asociados a cada tipo de incapacidad; críticos respecto de esta idea, Viney/Jourdain 2001 239.

- *Base de cálculo de los ingresos no percibidos.* Resulta inobjetable tomar como punto de partida para el cálculo de los ingresos futuros la renta que efectivamente obtenía la víctima al momento del accidente.²²¹ Sin embargo, este cálculo estático puede ignorar el desarrollo normal y ordinario de la vida laboral de una persona, que, atendidas sus circunstancias, tiene una razonable expectativa de progreso, al menos durante una parte del período del tiempo que le falta para completarla.²²²

En el caso de quien no ha iniciado aún su vida laboral, la estimación supone un factor adicional de incertidumbre, porque la determinación de sus ingresos futuros depende de los pasos que haya dado en su formación profesional y en las particulares destrezas que la víctima ya haya desarrollado; pero esa relativa indeterminación no justifica que la prueba del lucro cesante se tenga por imposible, sino que obliga a buscar un cierto estándar, por conservador que él sea (*supra* N°s 154 y 170).

- *Relativa incertidumbre.* Cualquiera sea el caso, la estimación del futuro contempla necesariamente un elemento de contingencia. Como expresó con realismo escéptico un juez inglés, “el conocimiento del futuro le está negado a los hombres, de modo que buena parte de lo que se atribuya por pérdida de ingresos o por sufrimientos futuros—en muchos casos la mayor parte de la indemnización—será casi con seguridad equivocado”, con la consecuencia de que “solo existe una certeza: el futuro probará que la indemnización es demasiado elevada o demasiado baja”.²²³ Por eso, la determinación de los ingresos futuros supone asumir algún grado razonable de incertidumbre.

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

- *Función reparatoria y no previsional.* Por último, conviene tener siempre presente que la función del derecho de la responsabilidad civil es reparatoria (correctiva del daño efectivamente causado) y no distributiva, para lo cual existen otros instrumentos (*supra* N° 9). En consecuencia, la indemnización por lucro cesante no depende de las necesidades, sino de las efectivas expectativas de ingreso de la víctima.²²⁴ Así, en el cálculo de la indemnización por pérdida de ingresos debe tenerse en consideración que su fin no es previsional (para lo cual existen otros instrumentos), sino reparador de los

²²¹ En ello parece existir un acuerdo generalizado en distintos sistemas jurídicos (Kötz 1991 192, Flour/Aubert 2011 511, Epstein 1999 442). Véanse las consideraciones generales sobre los criterios de determinación del lucro cesante en *supra* N° 170.

²²² Kötz 1991 192.

²²³ Lord Scarman, en *Lim Poh Choo v. Camden and Islington Area Health Authority* (1980), AC 174, 182, citado por Markesinis/Deakin *et al.* 2012 816. En un sentido análogo Epstein 1999 443.

²²⁴ Cane 1997 109.

daños consistentes en rentas del trabajo que no podrán ser percibidas en razón del accidente.

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

b) Como se ha visto, la renta del empresario y del profesional es usualmente más dependiente de su capacidad de discernir y decidir que de su capacidad física. Pero, más allá de ello, también está sujeta a vicisitudes diferentes que la del trabajador dependiente. Si este pierde su trabajo, es probable que pueda aspirar a otro semejante; por el contrario, la suerte del empresario depende de factores que no se pueden valorar con facilidad: ¿puede proyectarse hacia el futuro lo que ha ganado con su actividad en el pasado?; ¿cuánto del ingreso se debe en verdad al capital atribuido a un negocio y no a la gestión personal del empresario? Por eso, los ingresos que propiamente provienen de la gestión empresarial son con frecuencia imprecisos y volátiles, con la consecuencia de que no es fácil construir presunciones serias acerca de ganancias futuras que se pierden a consecuencia del accidente. Por otra parte, la indemnización no puede cubrir las rentas esperadas que se sigan de ingresos de capital, porque el accidente no tiene influencia directa en su eventual disminución (por cambios que se requieran en la administración de los negocios, por ejemplo).

Más sencilla suele ser esta tarea tratándose de profesionales liberales, donde la historia de los ingresos pasados es un buen indicio de lo que se puede esperar en el futuro. En todo caso, la prueba de los ingresos pasados, que sirven de punto de partida para la estimación de los ingresos futuros, debe ser fehaciente, mediante constancias contables, declaraciones de impuesto a la renta y las demás evidencias probatorias que resulten igualmente inequívocas.²²⁵

c) Los problemas de causalidad se refieren a la proximidad que debe existir entre el hecho del demandado y el perjuicio para que este sea calificable como daño directo (*infra* § 30). En general, la pérdida de oportunidades de negocios no puede ser tenida por daño directo, según los criterios ya desarrollados por Pothier.²²⁶

185. Trabajo no remunerado. La reparación del lucro cesante plantea una pregunta límite en el caso del trabajo del hogar y del personal asistencial no remunerado. Estos trabajos tienen valor económico aunque no sean compensados en dinero, porque evitan al patrimonio familiar o a la institución benéfica la contratación de esas tareas con terceros.²²⁷ La contribución asis-

²²⁵ Vicente 1994 115.

²²⁶ Pothier 1761 N° 167; véase también *infra* N° 254.

²²⁷ Epstein 1999 443.

tencial que se hace al incapacitado o la que se realiza sin retribución directa en el hogar es parte de una comunidad de intereses y debe ser valorada como perjuicio, en la medida que exija la contratación de otras personas para que sean realizadas las tareas que el incapacitado no puede desempeñar o, incluso, si ellas son asumidas gratuitamente por personas cercanas (según el principio de que esta liberalidad no aprovecha al autor del daño).²²⁸ En consecuencia, el daño se produce con indiferencia de que efectivamente se haya contratado un tercero, aunque la valoración de la indemnización tenga que tomar ese costo como referencia.²²⁹

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

a) **Atribución de un capital.** Esta forma de determinación de la indemnización tiene la ventaja de poner término a la relación entre las partes y elimina los riesgos de insolvencia futura del responsable. Estas razones han sido decisivas en el *common law* para persistir en la antigua doctrina de que las condenas deben ser por sumas globales.²³⁰

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

Segundo, tratándose de víctimas que carecen de *práctica en el manejo del dinero*, el otorgamiento de un capital presenta la dificultad práctica de asumir que las personas tienen la habilidad básica para administrar un capital que debe asegurarles una renta vitalicia o por un período de tiempo.²³¹

²²⁸ Kötz 1991 193; sobre las prestaciones gratuitas que terceros hacen a la víctima, *infra* N° 695.

²²⁹ Vicente 1994 119, con referencias comparadas; Viney/Jourdain 1998 140.

²³⁰ Cane 1997 106, Markesinis/Deakin *et al.* 2012 816.

²³¹ Abraham 2002 207. Se han propuesto en el derecho inglés correctivos a las dificultades que suponen las indemnizaciones en la forma de sumas globales; especialmente relevante es que se abra a los jueces la posibilidad de determinar desde luego parte de la indemnización, dejando pendiente la determinación definitiva para una fecha posterior, cuando sea conocida la extensión de la incapacidad resultante (*split trials* o *provisional damages*); de este modo se persigue compatibilizar las ventajas de la indemnización en la forma de una suma global con la corrección de las incertidumbres que supone este tipo de reparación (Markesinis/Deakin *et al.* 2012 818); ante las dificultades procesales que puede plantear esta solución en el derecho chileno, cabe que la propia sentencia señale las condiciones para que se devenguen las sumas indemnizatorias en el futuro, eventualmente con exigencia de garantías suficientes ofrecidas por el demandado.

En tercer lugar, se plantea el *problema técnico de transformar una renta en una suma global* que se entrega por anticipado. Algunas alternativas para el cálculo del capital son en extremo discutibles. La primera consiste en simplemente multiplicar el número de períodos de pago por la renta estimada, lo que trae como consecuencia que el capital pagado pueda ser sustancialmente superior al daño efectivo que ha sido reconocido, porque no considera la renta por concepto de intereses que la víctima obtendrá del capital durante el período. Una segunda alternativa consiste en entregar la moderación a la intuición del tribunal, lo que permite algún correctivo al resultado anterior, pero arriesga el peligro asociado a toda subjetividad.²³² La tercera alternativa supone calcular el capital en la forma de un valor presente, esto es, de una suma que, considerando los intereses que se puede esperar que ese capital rentará durante el período, permita hacer retiros periódicos equivalentes a la renta que el tribunal estima razonable. El cálculo contable del valor presente tiene pleno sentido económico y es relativamente sencillo para cualquier experto contable, pero tiene un componente de incertidumbre, como es la tasa de interés esperada.²³³ Si la tasa de interés efectiva termina siendo inferior a la estimada, el capital no será suficiente para pagar enteramente la renta; y si ocurre lo contrario, la víctima resulta indemnizada en exceso. Así y todo, este resulta ser el modo técnicamente más apropiado de asignar un capital como equivalente de una renta periódica.

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

Si la condena es a pagar una renta, la obligación del demandado debe prolongarse, alternativamente, hasta que cese la incapacidad, hasta la época

²³² Una reseña de las alternativas en Elorriaga 1995 91 y Vicente 1994 280, quien se inclina por el procedimiento intuitivo de determinación.

²³³ El cálculo de un capital que permita cubrir ingresos futuros supone asumir "el poderoso principio económico de que todo flujo de caja futuro debe descontarse a su valor presente" (Epstein 1999 445); así es también la práctica inglesa (Jones 2002 706). La asunción fundamental del procedimiento de cálculo del valor presente es que el capital asignado, que debe ser suficiente para cubrir los ingresos que la víctima ha dejado de percibir en razón de sus lesiones, va a generar intereses durante el período, de modo que estos intereses, sumados a la progresiva disminución del capital, serán suficientes para que el demandante perciba la renta periódica que corresponda. De lo anterior se sigue que el valor presente está en relación directa con la tasa de interés y con el número de años que cubre la renta indemnizatoria. R. Epstein propone la siguiente fórmula para su cálculo:

$$Vf = Vp (1 + t) n$$

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

en que la víctima habría cesado de producir ingresos del trabajo (edad estimada de jubilación), o hasta su muerte, según sea lo que primero ocurra.

187. Facultad de los jueces para determinar la indemnización en la forma de una renta o de un capital. En el derecho chileno se ha estimado que la indemnización se puede pagar en las formas de un capital o de una renta,²³⁴ de modo que corresponde al tribunal determinar la forma más apropiada que puede adoptar la reparación, atendidas las circunstancias. En la medida que es el demandante quien está en mejor posición de juzgar su interés, pareciera que debiera seguirse la opción que haya planteado en la demanda, a menos que ello impida, en opinión del tribunal, establecer una correcta reparación de los daños.²³⁵ Por otra parte, concurriendo diversos tipos de daños, nada debiera impedir que algunos conceptos indemnizatorios sean atribuidos como sumas globales y otros en la forma de rentas periódicas.²³⁶

g. Daño puramente patrimonial

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

A diferencia de estos casos, en que el daño patrimonial resulta del daño a la persona o a las cosas, son denominados *daños puramente patrimoniales* los que se expresan en una pérdida en dinero o en la disminución de un valor patrimonial expresado en dinero, sin la mediación de un daño a las cosas

²³⁴ Alessandri 1943 540. Tempranamente se aceptó la indemnización en la forma de una renta vitalicia (CS, 28.12.1918, RDJ, t. XVI, sec. 1ª, 513). En tiempos más recientes se ha concedido indemnización en la forma de una renta vitalicia respecto del daño moral, en especial en el caso de demandados insolventes (CS, 16.4.1998, F. del M. 473, 301). En materia de lucro cesante se debe tener en consideración que la idea de una renta vitalicia no es propiamente una forma de reparación, porque supone transformar un capital en una renta (en la medida que la indemnización no tiene una función previsional, sino reparatoria, el horizonte temporal de la indemnización no es, como se ha visto, la vida que tiene la víctima por delante, sino los ingresos del trabajo que podía esperarse que recibiera a falta del daño sufrido).

²³⁵ Alessandri 1943 541 estima que corresponde al juez la decisión, sea cual fuere la opción del demandante, sin que de ello se siga *ultra petita*. Esta posición ha sido seguida por la jurisprudencia chilena (CS, 19.6.1928, RDJ, t. XXVI, sec. 1ª, 234; CS, 2.11.1972, RDJ, t. LXIX, sec. 4ª, 173). La opción del demandante, bajo control judicial, parece ser dominante en países de la tradición del derecho civil; sin embargo, parece no ser frecuente que los sentenciadores asignen una renta en vez de un capital (Viney/Jourdain 2001 242, Kötz 1991 192).

²³⁶ Así, CS, 8.11.1971, RDJ, t. LXVIII, sec. 4ª, 274.

corporales o a la integridad física o moral de la víctima.²³⁷ Son ejemplos de responsabilidad por daños puramente patrimoniales los que afectan intangibles de un establecimiento de comercio (*good will*) a consecuencia de una competencia desleal (*infra* N° 653); por ejemplo, el deterioro de una marca por su uso abusivo por un tercero; o la pérdida de un contrato ventajoso por la inducción de un tercero a incurrir en un incumplimiento contractual.

El caso más claro de daño puramente patrimonial es el derivado de una información errónea proporcionada por un experto, que lleva al demandante a tomar una decisión de negocios equivocada;²³⁸ o el provocado por quien de mala fe lleva a cabo una negociación impidiendo así que la contraparte celebre un contrato ventajoso con un competidor; o el causado por el tercero que con su conducta hace imposible que el deudor cumpla una obligación contractual. En todos estos casos, el daño puramente patrimonial no se produce a consecuencia del daño a la persona o a una cosa, sino que recae de manera directa en el patrimonio.

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

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

189. Importancia del daño puramente patrimonial en el derecho chileno y comparado. a) En esencia, los sistemas jurídicos que aceptan esta categoría de daños persiguen establecer un límite a los daños reparables. Así, por ejemplo, en el *common law* y en el derecho civil alemán los daños puramente económicos no son objeto de reparación, salvo en los casos especiales en que se ha actuado con dolo o de una manera contraria a las buenas costumbres comerciales.²³⁹

²³⁷ Von Bar 1996 II 31, Markesinis/Deakin *et al.* 2012 140, Burrows 1994 171, Larenz 1987 479.

²³⁸ Un análisis de la responsabilidad de quien da un mal consejo en Barros/Rioseco 2015 633.

²³⁹ En verdad, ambos sistemas jurídicos llegan a ese resultado por caminos diferentes: en el *common law* existe un principio positivo de que, por lo general, los daños puramente patrimoniales no son indemnizables, salvo que se haya incurrido en los ilícitos específicos de inducción a la infracción de un contrato, interferencia en contrato ajeno o competencia desleal (Burrows 1994 179, Epstein 1999 575; un espléndido análisis de las materias que comprende el concepto de daño puramente patrimonial en Cane 1996 150 y 458); en el derecho alemán, existe un *numerus clausus* de derechos cuya lesión da lugar a responsabilidad por mera negligencia, entre los cuales no se encuentra el patrimonio (BGB, § 823 II), de modo que su indemnización solo puede obtenerse si el demandado ha actuado de una manera contraria a las buenas costumbres, de conformidad con una norma especial que otorga una

b) La exclusión de la reparabilidad del daño patrimonial se funda en que en una sociedad abierta, donde la actividad económica está regida por principios de derecho privado, es frecuente la colisión de intereses recíprocos: "la noción básica de la competencia, piedra fundacional de nuestro sistema capitalista, admite e incluso impulsa la fricción en la cual un empresario avanza a costo de otro en beneficio general de la sociedad".²⁴⁰ La consecuencia es que, en principio, no puede haber responsabilidad por el solo hecho de causar un daño puramente patrimonial a otro. Distinto es si se actúa de mala fe, infringiendo en forma consciente las reglas legales o las impuestas por las buenas costumbres.²⁴¹

Por otra parte, usualmente el daño puramente patrimonial plantea preguntas serias respecto de los destinatarios de los deberes de cuidado y de causalidad entre el hecho del demandado y el perjuicio. En principio, la opinión descuidada que de manera pública da un experto en negocios puede llevar a que un tercero haga una inversión que le genera enormes pérdidas: ¿basta que aquel haya expresado en público la opinión para que pueda ser demandado por quien confió en su buen juicio? Todo indica que hay una frontera en que la responsabilidad debe ceder, incluso en razón del interés de favorecer los flujos de información, que se verían afectados si la gente se viera expuesta a riesgos excesivos al entablar comunicación con otros (*infra* N° 835).

En el mismo caso anterior, el inversionista podría haber cautelado su interés patrimonial contratando directamente con un experto, que sea remunerado por su opinión profesional: ¿por qué debe hacerse responsable a quien realiza una recomendación en un folleto de circulación masiva, cuya finalidad no es precisamente dar a cada eventual lector una recomendación?²⁴² ¿puede decirse que quien redactó el informe, a menos que haya actuado en contra de las buenas costumbres, tenía un deber de cuidado respecto del inversionista anónimo que recibe la información? De hecho, una justificación fundamental para limitar la indemnización de daños puramente patrimoniales reside en la posibilidad que por lo general existe para la víctima de evitarlos por medio de contratos, a diferencia de lo que ocurre con la seguridad personal frente a accidentes y con los daños a cosas corporales.²⁴³

c) Todo sistema jurídico debe encontrar soluciones para definir dónde comienza efectivamente la responsabilidad en estos casos. Y lo sorprendente es que ellas tienden a ser en extremo semejantes, aunque los caminos conceptuales y las técnicas jurídicas sean diferentes.²⁴⁴ En el *common law* y en el derecho alemán (entre otros), se parte del principio de que el daño

acción reparatoria contra quienes han actuado de una manera en particular impropia (BGB, § 826; Kötz 1991 30).

²⁴⁰ Fleming 1985 215.

²⁴¹ Sobre las particularidades de los deberes de cuidado que se tienen respecto de los intereses puramente patrimoniales de otro, Schopf 2015.

²⁴² Markesinis/Deakin *et al.* 2012 143.

²⁴³ Markesinis/Deakin *et al.* 2012 142-143.

²⁴⁴ Von Bar 1996 II 33, Van Gerven 1998 252.

puramente patrimonial no es objeto de reparación y luego se construyen casos en que esa responsabilidad sí resulta posible. Así, se analizan daños específicos en los negocios, provocados por ilícitos como el otorgamiento de informaciones falsas, competencia desleal, actos en perjuicio de acreedores, intervención en el incumplimiento de un contrato ajeno o por ilícitos en los mercados de valores.²⁴⁵ Todos estos casos suponen conductas particularmente impropias.²⁴⁶

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

En un título especial serán tratados, a la luz del derecho chileno, algunos de los ilícitos más importantes del derecho de los negocios, que típicamente dan lugar a daños puramente patrimoniales (*infra* §§ 66, 67 y 57).

§ 24. DAÑO MORAL

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

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

²⁴⁵ El listado de temas de ilícitos en los negocios es análogo en los textos ingleses y alemanes y siguen aproximadamente la lista arriba referida (así los textos especializados de Weir 2002 *passim* y Cane 1996 15 y 151; y los generales de Kötz 1991 234 y Markesinis/Deakin *et al.* 2012 471).

²⁴⁶ En este sentido, Banfi 2012 c 685, y Schopf 2015 921.

conocer qué daños serán cubiertos) y de los responsables (para poder prevenir en forma razonable las consecuencias de sus actos).

b) El propio concepto de *daño moral* es equívoco. Aunque sus orígenes son romanos (*actio iniuriarum*),²⁴⁷ la denominación con que es conocido en nuestro derecho proviene de la doctrina francesa.²⁴⁸ En rigor, solo las lesiones a bienes de la personalidad constituyen un daño propiamente moral (entendido como lo concerniente al fuero interno o al respeto humano); no lo son, por el contrario, el dolor corporal, la angustia psicológica o la pérdida de oportunidades para disfrutar de una buena vida, que, sin embargo, se entienden inequívocamente pertenecientes a esa categoría.

La dificultad de expresar el alcance y contenido del daño moral se muestra en la diversidad de denominaciones en las principales tradiciones jurídicas. En el derecho del *common law* se suele hablar genéricamente de *daños no pecuniarios*, o bien de *pain and suffering* y *loss of amenities*; estos últimos conceptos son muy representativos de las principales formas que puede adoptar el daño no patrimonial.²⁴⁹ En el derecho alemán se conserva la arcaica denominación de *Schmerzensgeld* (daño por el dolor), cuyo origen se remonta a la reparación que la *Constitutio Criminalis Carolina* reconocía a quienes habían sido injustamente torturados.²⁵⁰ La doctrina suele hablar también de daños ideales, que afectan bienes de la vida carentes de valor patrimonial, como son el 'equilibrio' espiritual, la ausencia de dolor o angustia y la alegría de vivir.²⁵¹

En verdad, en el derecho de la responsabilidad civil se habla de daño moral en simple oposición al daño económico o patrimonial. Por eso, la definición más precisa de daño moral parece ser negativa: se trata de bienes que tienen en común carecer de significación patrimonial, de modo que el daño moral es el *daño extrapatrimonial* o *no patrimonial*.²⁵²

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

²⁴⁷ Kaser 1971 I 623, Carbonnier 2000 383; su reconocimiento ya estaba generalizado hacia fines del antiguo derecho común y queda luego comprendido en el concepto general de daño de Grocio (Coing 1985 II 512).

²⁴⁸ Coing 1985 I 296.

²⁴⁹ Burrows 1994 137.

²⁵⁰ Deutsch/Ahrens 2002 215.

²⁵¹ Larenz/Canaris 1994 591.

²⁵² Mazeaud/Chabas 1998 422, C. Domínguez 2000 78, Díez 1997 88. La Corte Suprema ha expresado que "el daño engendrará responsabilidad delictual o cuasidelictual cada vez que lesione intereses, tanto materiales como morales" (CS, 16.10.1970, RDJ, t. LXVII, sec. 4ª, 424); que "la lesión a los intereses patrimoniales origina un daño patrimonial o material, en tanto que el menoscabo de los intereses extrapatrimoniales hace surgir un daño extrapatrimonial o moral" (Corte de Santiago, 31.12.2002, confirmada por CS, 30.4.2003 [cas. fondo], GJ 274, 212). A veces los fallos pasan el umbral del concepto de daño en nuestra tradición jurídica (*supra* § 20 b) y conciben el daño moral como aquel que lesiona un derecho subjetivo de la víctima; así, por ejemplo, Corte de Santiago, 13.3.1985, RDJ, t. LXXXII, sec. 2ª, 6; Corte de Santiago, 26.9.1990, GJ 123, 47; Corte de Santiago, 1.7.1997, RDJ, t. XCIV, sec. 2ª, 79; Corte de Santiago, 1.9.2003, GJ 279, 115; Corte de Antofagasta, 10.10.2002, GJ 268, 115; y Corte de Santiago, 1.9.2003, confirmada por CS [cas. fondo], 13.11.2003, GJ 281, 104.

un daño que no es susceptible de medición en dinero, de modo que 'cualquiera figura para llegar a su determinación no puede ser sino artificial'.²⁵³

Ello explica que por largo tiempo, luego de la codificación, prevaleció la idea de que sería 'repugnante a la luz de la opinión común dominante colocar valores materiales en el mismo nivel que los intereses propietarios y compensar en dinero lesiones a intereses extrapatrimoniales'.²⁵⁴

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

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

191. Inconmensurabilidad de los perjuicios morales y proporcionalidad de su compensación.

a) Los daños morales son perjuicios inconmensurables en dinero, porque *no existe mercado* para la vida, la salud o el honor. Sin embargo, esta inconmensurabilidad no impide en el derecho moderno su compensación. Razones de *justicia correctiva* y de *prevención* hacen preferible reconocer una indemnización basada prudencialmente en criterios no del todo precisos, a dejar daños relevantes sin indemnización alguna.²⁵⁵

Desde el punto de vista de la justicia, se trata de bienes valiosos (a menudo los más valiosos en la escala de los bienes jurídicos), cuya lesión justifica una compensación; desde el punto de vista preventivo, la indemnización del daño moral desincentiva su generación, al establecer un 'precio sombra' a los actos negligentes que pueden provocarlos.²⁵⁶

b) El daño moral tiene también una función de *satisfacción* frente a la víctima, que recibe una cierta reparación simbólica con la condena. Este

²⁵³ Burrows 1994 136, citando a Lord Diplock en *Wright v. British Railways Board*, 2 AC 773 (1983).

²⁵⁴ Así, la sintomática expresión de las actas de la comisión para la segunda lectura del proyecto de BGB (citado en Markesinis 1997 64); sobre la resistencia de la doctrina alemana que inspiró el BGB por un concepto de daño que en Francia habría sido introducido de espaldas al *Code Civil*, Coing 1985 II 296.

²⁵⁵ Un estudio con referencias a la jurisprudencia alemana que enfatiza esta función preventiva, en Barrientos 2008.

²⁵⁶ Al definir el alcance de la indemnización del daño moral es conveniente tener presente el riesgo de expansión de la indemnización del daño moral, lo que en su momento fue el argumento más determinante para limitar su reparabilidad, atendido el riesgo de que la responsabilidad se expandiera sin fronteras definibles y de que se produjera una 'comercialización' de daños insignificantes (Larenz 1987 477).

resultado es particularmente importante en atentados contra bienes de la personalidad. Aunque el dinero no sea una medida equivalente y conmensurable al daño sufrido, en estos casos el pago de una indemnización se justifica como una forma de compensar el valor de los bienes no patrimoniales afectados.²⁵⁷

c) Es en especial interesante la justificación de la indemnización del daño moral en razones de justicia correctiva, que no necesariamente se traducen en remedios reparatorios, sino también puede significar la *restauración* moral de una situación de igualdad previa.²⁵⁸

d) De la circunstancia de que no sea posible poner precio a estos bienes, no se sigue la imposibilidad de comparar sus intensidades relativas. Así, por ejemplo, en la medida que los efectos de una invalidez permanente y de una temporal no son iguales, tanto en las tribulaciones consecuentes como en el menoscabo de la calidad de vida de una persona, es posible jerarquizar los diversos tipos de daño moral, atribuyéndoles valores que guarden una *razonable proporcionalidad*.

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

e) Los baremos indemnizatorios estadísticos desarrollados por la Universidad de Concepción, bajo la dirección del profesor Diez en colaboración con la Corte Suprema, son un avance importante respecto del estado de cosas anterior. La jurisprudencia ha asumido tradicionalmente la subjetividad radical del daño moral, de lo que se seguiría que su determinación y evaluación escapa a todo intento de objetividad. El resultado inevitable es que su estimación se haga más bien de una manera intuitiva, sobre la base de parámetros de evaluación que no son explícitos, ni consistentes con un principio formal de justicia, que exige que casos semejantes sean tratados análogamente (*infra* N° 201). Los baremos estadísticos, en especial si se extienden al daño corporal, son una importante información de referencia que debiere llevar a uniformar los criterios de valoración.²⁵⁹

192. Tipos de daño moral: dolor y pérdida de calidad de vida. a) Una de las cuestiones más delicadas que debe responder todo sistema jurídico desarrollado se refiere a las distinciones que se deben introducir para tipificar el daño moral. Distinguir las diversas formas de manifestación del daño no

²⁵⁷ Bajo una concepción no comodificada de justicia correctiva, en que la compensación en dinero se estima inconmensurable con el daño, se ha defendido la reparación de daños no patrimoniales (Radín 1993 56).

²⁵⁸ Pino 2017.

²⁵⁹ Un ejemplo de tabla altamente diferenciada de baremos estadísticos de daño moral, en la Asociación de Abogados alemana (disponible en https://www.anwaltsregister.de/Schmerzensgeldtabelle2018_Ausgabe2.pdf).

patrimonial favorece una indemnización equitativa, en el doble sentido de que sea proporcional a la entidad del daño y suficientemente igualitaria.

b) Si se revisa la literatura jurídica contemporánea, se comprueba la extrema fragmentación que en algunos sistemas jurídicos ha alcanzado el daño moral. La verdad es que el daño no patrimonial, en especial el que se sigue de lesiones corporales, puede ser objeto de tipificaciones muy sutiles, que expresan la expansión, en cierta medida descontrolada, de los intereses cautelados.²⁶⁰

La extrema fragmentación del daño moral en incontables categorías y subcategorías tiene un alto grado de artificialidad, pues los bienes extrapatrimoniales no admiten divisiones demasiado nítidas. Así, una herida sufrida en un accidente puede dejar una cicatriz (perjuicio estético), que puede afectar la vida de relación (perjuicio de sociabilidad) y eventualmente generar dificultades para encontrar pareja (perjuicio sexual) y para formar una familia (perjuicio de afecto familiar), además de los sufrimientos físicos y el deterioro de la autoestima (*pretium doloris*). Se podrá comprender que estas categorías en gran medida se superponen, con la consecuencia de que una mecánica de fragmentación trae el riesgo de una doble o triple reparación de un mismo daño.²⁶¹

Por otro lado, la transferencia de las distinciones de un sistema jurídico a otro suele pecar de ingenuidad. En otros sistemas jurídicos, las clasificaciones han surgido, por lo general, por razones ajenas al derecho civil²⁶² o en razón de limitaciones que el propio derecho civil establece a la reparación del daño moral.²⁶³ Ninguna de esas circunstancias resulta determinante en el derecho chileno.

²⁶⁰ Un panorama del daño moral en el derecho comparado en R. Domínguez Á. 1990 157 y Díez 1997 114. Viney/Jourdain 1998 28 enumeran más de 40 conceptos de daño moral, entre los que se encuentran: i) los distintos tipos de daños a la personalidad (imagen, intimidad, nombre, reputación, libertad civil y diversos atributos vinculados a la familia); ii) perjuicios que se derivan del daño corporal, que comprende la disminución de la capacidad física (perjuicio fisiológico, biológico y en el 'déficit funcional'), sufrimientos físicos y propiamente morales (perjuicio estético, de agrado, sexual, de contaminación con virus del sida, privación de las alegrías y placeres de una vida normal); iii) perjuicios de afecto (muerte o heridas a cónyuges, hijos, padres, hermanos, novios, vehículos, bienes afectos a la familia); iv) daños al medio ambiente; y v) otras categorías de daños, como los que se derivan de la violación de un derecho ajeno, el sufrimiento por un largo procedimiento, las turbaciones en las condiciones de existencia, la emoción de recibir una noticia falsa y la decepción que sigue a la creencia de una ganancia ilusoria. Los autores concluyen que "la jurisprudencia ha manifestado entonces mucha liberalidad en la definición de los intereses cuyo atentado es susceptible de justificar una acción de responsabilidad civil" (ídem 59).

²⁶¹ Viney/Jourdain 2001 267, Markesinis/Deakin *et al.* 2012 847.

²⁶² Como es el caso del derecho francés, donde la tipificación de los daños en sede de responsabilidad civil se explica porque respecto de algunos tipos de daños la víctima no tiene que reembolsar lo que reciba del personalmente responsable a los aseguradores privados o sociales (*infra* N° 706).

²⁶³ Es el caso del artículo 2059 del Código italiano, que establece la reparabilidad del daño moral solo en los casos en que la ley lo autoriza, de modo que la discusión en torno al 'daño biológico' y el 'daño a la salud' tiene la relevancia práctica de definir el daño indemnizable, en la medida que se entiende que procede reparación cuando esos bienes son

c) Más productivo parece asumir que pertenecen a la gran categoría del daño moral todas las consecuencias adversas que afectan la constitución física o espiritual de la víctima y que se expresan, por un lado, en dolor, angustia o malestar físico o espiritual y, por otro lado, en una disminución de la alegría de vivir.²⁶⁴ De ello se sigue que, en analogía con el daño patrimonial, *el daño moral puede consistir en un mal que se causa o en un bien de cuyo disfrute se priva*.

Ante todo, el daño no patrimonial se puede presentar en la forma de una *aflicción física o mental*. En ambos casos se trata de un daño positivo (como lo es el daño emergente en sede patrimonial), que aumenta instantáneamente el conjunto de males que dificultan o hacen más gravosa la existencia. En el caso del dolor físico, el daño se expresa en la aflicción que producen las heridas y en el sufrimiento asociado a los tratamientos médicos necesarios. En el caso de la aflicción mental, el dolor adquiere innumerables matices e intensidades, que se muestran en un largo catálogo de desgracias que pueden afectar nuestro bienestar espiritual (el sentimiento de disvalor producido por una incapacidad física, el pudor afectado por un atentado a la privacidad, el dolor afectivo por la pérdida de un hijo o del cónyuge).²⁶⁵ En todos estos casos, la reparación del daño no patrimonial opera propiamente como *pretium doloris*: es una compensación económica por el sufrimiento efectivo que ha afectado al demandante.²⁶⁶

Pero el daño moral también presenta una cara que no es un sufrimiento que se traduzca en un mal positivo para la víctima, sino en una privación de ciertas ventajas de la vida. Muy genéricamente este tipo de daño no patrimonial puede ser llamado *perjuicio de agrado*.²⁶⁷ El riesgo es la inabordable extensión del perjuicio de agrado, porque son innumerables y disímiles las ventajas de

dañados (Cian/Trabuchi 1992 artículo 2059 II; de Giorgi 1992 825; Busnelli/Patti 1997 43, con referencia a la expansión del 'daño a la persona'); algo semejante ocurre en Alemania luego de la reforma de 2002 al BGB, que introdujo una norma que enumera como daños morales reparables los que resultan del daño corporal, de la salud, de la libertad y de la autodeterminación sexual (BGB, § 253).

²⁶⁴ Concepto tomado de Palandt/Heinrichs 2003, § 253 15.

²⁶⁵ Burrows 1994 231 se refiere, como ejemplos de aflicción mental (*mental distress*), al malestar, la preocupación, la ansiedad, el miedo, el trastorno espiritual, la pena y el enojo; Cane/Atiyah 1999 136 agregan la incomodidad, la indignidad y la vergüenza.

²⁶⁶ En el derecho comparado la reparación de la aflicción mental está frecuentemente limitada a la víctima directa del accidente; así en el *common law* (Cane/Atiyah 1999 135, Epstein 1999 437 y 274); en el derecho alemán, donde resulta de la lesión corporal o a la salud, referida como bienes que dan lugar a indemnización, según la reforma del año 2002 (BGB, § 253 II); en el derecho italiano, donde el antecedente de la reparación es el daño a la salud, que constituye el injusto del daño como condición de la reparación, según la técnica empleada por los artículos 2043 y 2059 de ese Código (Cian/Trabuchi 1992 artículo 2043 IX, Visintini 1996 246, de Giorgi 1992 830, Forchielli 1990 17); también en el nuevo derecho de las obligaciones holandés, el daño moral resulta indemnizable, en casos de negligencia, "si el perjudicado ha sufrido una lesión corporal, se le ha dañado en el honor o buena reputación o se ha afectado o ha sido atacado de otra manera en su persona" (Cód. hol., § 6.106.1).

²⁶⁷ La denominación se ha generalizado en el derecho francés como *préjudice d'agrément* (Mazeaud/Chabas 1998 425, Viney/Jourdain 2001 260) y en el *common law*, bajo la denominación de *loss of amenities* (Burrows 1994 188, Cane/Atiyah 1999 135).

la vida que una persona pueda disfrutar y las actividades que puede desarrollar en el ámbito deportivo, artístico o en la vida de relación, incluyendo la vida sexual y familiar.²⁶⁸ Con todo, parece preferible hacer referencia a una categoría genérica de perjuicio, que presenta como característica común la pérdida de ventajas de la vida, a introducir infinitas distinciones que se superponen y que a menudo entremezclan las categorías más elementales del daño no patrimonial. La condición de reparabilidad está dada por la certidumbre y gravedad suficiente del daño y no por pertenecer a alguna subcategoría específica (*supra* N°s 145 y 152).

d) Aun así, la distinción entre el dolor y la pérdida de ventajas de la vida no es tan clara al momento de analizar los perjuicios en concreto. Eso explica la práctica judicial de valoración del daño moral en sumas globales, que expresan una apreciación holística o de conjunto de los daños, con el propósito de evitar una doble indemnización.²⁶⁹

Así se explica también la tendencia comparada en materia de valoración del perjuicio moral que se sigue del daño corporal, en orden a establecer tablas que atienden a la naturaleza objetiva de las lesiones y a características estandarizadas de la víctima (edad, sexo), sin entrar a una desagregación conceptual de los distintos tipos de padecimientos y privaciones que deberá enfrentar a consecuencia de sus lesiones (*infra* N° 208).²⁷⁰

b. Evolución de la reparación del daño moral

193. Evolución histórica y comparada de la reparación del daño moral. a) En pueblos primitivos toda sanción parece tener una justificación retributiva. Por otra parte, son difusas las fronteras del derecho penal y del civil. El derecho a la venganza era por cierto proporcional a la ofensa, de modo que era más severo en el caso de perjuicios morales derivados de lesiones a la integridad corporal y al honor.²⁷¹ Los orígenes remotos de la indemnización civil por daños se remontan a la composición privada del conflicto provocado por lesiones físicas o muerte, que son objeto de compensaciones pecuniarias voluntarias cuyo preciso fin es neutralizar la venganza.²⁷²

b) En el derecho romano, la *ley del talión* es codificada en la Ley de las XII Tablas (siglo V a. C.), reservándose, sin embargo, la posibilidad de que se convenga una solución pacífica: "si alguien rompe un miembro a otro, a no ser que se pacte con él, aplíquese talión".²⁷³ Posteriormente, la creación

²⁶⁸ En este texto se emplea el concepto de agrado en el sentido más general de carencia de ventajas de la vida; por eso, aquí carece de sentido, por ejemplo, la distinción que la jurisprudencia francesa ha hecho del 'perjuicio sexual' como una categoría independiente del 'perjuicio de agrado' (Mége Code § 1383 59).

²⁶⁹ Markesinis/Deakin *et al.* 2012 847.

²⁷⁰ El proyecto de reforma francés al derecho de la responsabilidad establece una facultad administrativa para la estandarización del daño moral (artículo 1271).

²⁷¹ Mazeaud *et al.* 1963 I N° 298.

²⁷² Dinesen 1937, capítulo 2; Evans-Pritchard 1940 162.

²⁷³ XII Tablas 8.2.

pretoriana extendió tales compensaciones pecuniarias a daños morales sin incidencia física, como los atentados al honor.²⁷⁴ En la época justiniana, el derecho romano admitía la indemnización del daño moral por un amplio número de conceptos.²⁷⁵

Esta tendencia se extiende al derecho medioeval, en sus versiones germánica y romanista. El tardío derecho común ya conoció una expansión de la *actio iniuriarum* romana.²⁷⁶ A su vez, el derecho germánico del temprano medioevo reconocía una compensación económica o *Wergeld*, por los daños corporales, sobre la base de distinciones bastante sutiles.²⁷⁷ Por su parte, las Siete Partidas contienen una definición amplia de daño, que parece comprender la compensación por las lesiones corporales (más allá de las alusiones a las represiones penales asociadas a esos ilícitos).²⁷⁸

Al tratar de los daños ocasionados injustamente y del deber de repararlos, Grocio expresa que "Dios dio la vida al hombre no para destruirla, sino para preservarla; asignándole con este propósito un derecho al libre disfrute de la libertad personal, reputación y al control sobre sus acciones", de todo lo cual surge el deber de reparar la pérdida o daño que se haya causado también a estos bienes.²⁷⁹

Este antiguo y continuo reconocimiento de la compensación del daño moral se suspende con la doctrina de los inspiradores de la codificación decimonónica (Domat y Pothier), quienes lo ignoraron como objeto de indemnización.²⁸⁰

²⁷⁴ Guzmán 1996 II 269, Kaser 1971 I 624, Lévy/Castaldo 2002 883.

²⁷⁵ Según las Ins. Just. 4.4.2, la *iniuria* (daño) se podía provocar no solo por actos físicos, "sino también promoviendo contra él alboroto; (...) escribiendo, componiendo, publicando un libelo o versos infamantes, o haciendo que alguno haga esto malamente; siguiendo a una madre de familia, a un joven o a una joven; atentando contra el pudor de alguno, y, en fin, por una multitud de otras acciones".

²⁷⁶ Coing 1985 I 296.

²⁷⁷ Así, por ejemplo, el *Wergeld* era más elevado si se dañaba el ojo de un tuerto que de una persona con visión normal; los pagos eran a la vez una pena y una compensación, pues una parte era entregada al tesoro real y la otra a la víctima, según una tradición que provenía de la *Busse* (especie de multa) del derecho germánico (Wesel 1997 287 y 330, Lévy/Castaldo 2002 908). La discusión sobre la reparación del daño moral fue muy intensa en la ciencia jurídica alemana anterior al BGB; este Código optó por una posición escéptica en cuanto a su reparabilidad en atención a los problemas de justificación de la indemnización y de valoración (Göthel 2005 36).

²⁷⁸ "El empeoramiento, o menoscabo, o destrucción que un hombre recibe en sí mismo o en sus cosas por culpa de otro" (Siete Partidas 7.25.1).

²⁷⁹ Grocio, *Del Derecho de la Guerra y de la Paz* 2.17.1 y siguientes; Pufendorf *Tratado de los Deberes del Hombre y del Ciudadano* 1.6.3 señala entre los bienes protegidos por deberes de cuidado "no solo los que tenemos por naturaleza, como la vida, el cuerpo, la castidad, la libertad, sino también los adquiridos sobre la base de alguna institución o convención humana", de lo cual se sigue que cualquier daño infligido injustamente a otro puede dar lugar a responsabilidad.

²⁸⁰ Mazeaud *et al.* 1963 I N° 299. En la redacción del Código Civil francés no se considera la reparación del daño moral, aun cuando no está excluida expresamente. Sin embargo, desde 1833 la Corte de Casación francesa comenzó a reconocer la procedencia de la indemnización de este daño, argumentando que sus dificultades de valoración no son una razón suficiente para rechazar la acción de la víctima (Mazeaud/Chabas 1998 424).

c) En el siglo XX, la indemnización del daño moral se consolidó con distintas intensidades en el derecho comparado; en especial respecto del perjuicio que resulta del daño corporal y de la lesión de derechos de la personalidad.²⁸¹ Sin embargo, la extensión del daño indemnizable y el monto de las indemnizaciones difieren de un sistema jurídico a otro. Por un lado, el derecho francés reconoce reparación por todo tipo de daños morales, inmediatos y por repercusión, introduciendo subdistinciones al interior de cada tipo de daño,²⁸² todo lo cual ha acarreado algunos excesos, incluyendo la doble indemnización de ciertos perjuicios por la superposición de conceptos de daño.²⁸³ En otros sistemas jurídicos se ha tenido mayor cuidado frente a esos riesgos y se ha producido una evolución más controlada y atenta a los límites del daño reparable y a los montos de las indemnizaciones; así, por ejemplo, se suele excluir la reparación del daño moral por repercusión, se limitan los tipos de daños indemnizables, se establecen límites superiores a las indemnizaciones o se estandarizan sus montos atendiendo a los diversos tipos objetivos de perjuicios.²⁸⁴

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

b) Según indica en sus notas, para discernir las normas sobre responsabilidad extracontractual Andrés Bello tuvo en cuenta esa legislación española, el *Corpus Iuris Civilis* y, sobre todo, el Código francés.²⁸⁵ En circunstancias que estos textos no contenían un desarrollo orgánico del daño moral o simplemente lo ignoraban, como ocurría con el Código francés, se explica que el Código Civil no contenga una definición de daño moral y que la única norma que indirectamente se refiere a la materia excluye su reparación

²⁸¹ Sobre el estado de la reparación del daño moral en el derecho comparado, R. Domínguez Á. 1990 154 y C. Domínguez 1998 b 29.

²⁸² Mazeaud/Chabas 1998 425 estiman que la completa enumeración de los conceptos de daño moral resulta 'fastidiosa'. Una enumeración de los tipos de daño moral reconocidos en el derecho francés en Viney/Jourdain 1998 28 (una referencia en nota a *supra* N° 192 b).

²⁸³ Críticos de esta evolución, Chabas 2000 b N° 85, Mazeaud/Chabas 1998 424, Viney/Jourdain 1998 23, Tunc 1989 143.

²⁸⁴ Al menos alguna de estas técnicas de limitación del daño moral reparable se sigue en el *common law* y en los derechos español, alemán e italiano. Un panorama del derecho europeo en Von Bar 1996 II 20; para el derecho norteamericano, Abraham 2002 212. Si bien no existe un texto general aplicable a la responsabilidad civil, la resolución 75/7 del Consejo de Europa contiene algunas recomendaciones a los estados miembros que consagran la reparación de los perjuicios morales causados por atentados a la integridad física o muerte, pero al mismo tiempo restringen el número de habilitados para demandar el perjuicio moral por repercusión. Más importantes, sin embargo, son las directivas obligatorias sobre seguro de accidentes del tránsito (Directiva 90/232, de mayo de 1990).

²⁸⁵ En sus notas, Bello cita extensamente como fuente del título de los delitos y cuasidelitos la Séptima Partida de la Siete Partidas (Proyecto de 1853, artículos 2478 a 2498), pero me parece inequívoco que la estructura del título proviene del Código francés.

(artículo 2331). En consecuencia, en nuestro derecho el daño moral fue una creación eminentemente jurisprudencial, aunque tenía antecedentes en fuentes históricas y comparadas.²⁸⁶

c) Desde la entrada en vigencia del Código Civil y hasta principios del siglo XX la jurisprudencia entendía que solo era indemnizable el daño patrimonial referido por el artículo 1556 y se mostró contraria a conceder una reparación por perjuicios morales. El principal argumento para rechazarla era la imposibilidad de apreciar pecuniariamente derechos o intereses inmateriales.²⁸⁷

Sin embargo, ello no impidió que algunas sentencias, sobre todo en materia de accidentes causados por tranvías y ferrocarriles, ordenaran indemnizar daños corporales con incidencia patrimonial y extrapatrimonial (muerte o lesiones del padre de familia o de un hijo menor), avaluándose los perjuicios en una suma global.²⁸⁸ Pero en ninguna de estas decisiones se efectúa una argumentación definitiva en favor de la reparación de

²⁸⁶ Sobre los orígenes de la reparación del daño moral en las Siete Partidas y en el derecho francés antiguo, así como en la jurisprudencia francesa del siglo XIX, que luego fue seguida de cerca por nuestra jurisprudencia, C. Domínguez 1998 b 29. En Hispanoamérica, algunos códigos civiles han sido reformados para introducir expresamente la reparación del daño moral y en general los códigos civiles dictados en el siglo XX y XXI contienen referencias a la reparación de los perjuicios extrapatrimoniales (Código argentino, modificado en 1968 y que es ampliado en un proyecto de A. Alterini de 1998, y posteriormente recodificado en 2015; Código mexicano, modificado en 1982; Código peruano de 1984, artículos 1322 y 1984; y Código brasileiro de 2002, artículos 953 y 954); donde no se ha introducido una regla legal, existe una amplia tendencia a su reconocimiento jurisprudencial; una completa relación comparada del derecho hispanoamericano en la materia en Díez 2006 349.

²⁸⁷ Una tardía reseña de estos argumentos en el voto de minoría del ministro señor Agüero en Corte de Santiago, 9.1.1946, RDJ, t. XLIV, sec. 2ª, 4.

²⁸⁸ La jurisprudencia de comienzos del siglo XX parece liberal en la prueba de los daños, que son avaluados en una suma global que se estima equitativa; véanse CS, 22.9.1905, RDJ, t. III, sec. 1ª, 124, y CS, 10.10.1906, RDJ, t. III, sec. 1ª, 412; véase también C. Domínguez 1998 b 37. En la época se reconoció indemnización por el daño sufrido a consecuencia de la "deformidad indeleble que la catástrofe dejó en el rostro de la menor", agregando que tal circunstancia "la coloca en situación de no poder aspirar sin temores y zozobras a un brillante porvenir", consideración que insinúa que se reparó un perjuicio estético por sus consecuencias futuras (Corte de Santiago, 17.6.1902, confirmada por CS [cas. fondo], 8.8.1902, G. de los T., 1ª sem., 1902, N° 2274, 606; ver H. Figueroa 1911 29). En el caso de la muerte por atropello de un menor se concluía que "la vida humana es un elemento de verdadera riqueza (...) susceptible de una apreciación material o en dinero" (Corte de Santiago, 27.7.1907, RDJ, t. IV, sec. 2ª, 139); según Díez 1997 94 y C. Domínguez 2000 33, esta es la primera sentencia que acepta la indemnización del daño moral en Chile; aunque la discusión es anecdótica, las fuentes disponibles indican que ella fue reemplazada por otra de la Corte de Santiago por motivos que no se mencionan en las publicaciones (Corte de Santiago, 25.10.1911, confirmada por CS [cas. fondo], 13.1.1922, RDJ, t. XXI, sec. 1ª, 529). En la época también se falló "que el daño moral resultante del dolor que naturalmente debe haber causado al demandante la muerte de su hija de dos y medio años (...) le da derecho a una reparación" (Corte de Valparaíso, 31.5.1915, G. de los T., 1915, 1ª sem., N° 298, 732). Existen también fallos recientes que indemnizan el daño moral y patrimonial como una única suma global: CS, 3.5.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 5ª, 87; Corte de San Miguel, 14.4.2003, GJ 274, 140; Corte de Santiago, 30.9.2003, GJ 279, 270.

este daño y, por el contrario, otros fallos contemporáneos continuaban negándola.²⁸⁹

d) El cambio definitivo de la tendencia jurisprudencial se produjo por una sentencia de la Corte Suprema de 1922, que argumenta extensamente en favor de la indemnización del daño moral y cuya relevancia es destacada por la mayor parte de la doctrina nacional.²⁹⁰ La decisión recayó en un caso de daño moral reflejo sufrido por un padre a consecuencia de la muerte de su hijo de ocho años, atropellado por un tranvía. El fallo sintetiza los argumentos tradicionales para apoyar la reparación del daño moral: i) el artículo 2329 el Código Civil prescribe que “todo daño” debe ser reparado, sin distinguir su naturaleza, comprendiendo “los de orden inmaterial o psíquico”;²⁹¹ ii) “que la consideración de que la muerte sea un mal irreparable (...) no excluye la responsabilidad establecida por la ley”; iii) que “la reparación del daño causado, no puede obtenerse en muchos casos de un modo absoluto y para alcanzar una reparación relativa, no existe otro medio que la sanción pecuniaria”; y iv) que “la falta de equivalencia entre el mal producido y la reparación concedida, y la repugnancia para estimarlo en dinero, no demuestran sino la insuficiencia de los medios” de que dispone el legislador, pero que ello no se concluye que “deba dejar de aplicarse la sanción (...) como represión o reparación de los actos ilícitos”.

Con posterioridad a la sentencia de 1922, la jurisprudencia asumió que el daño moral era indemnizable, agregando ocasionalmente nuevos argumentos.²⁹² Esta consolidación jurisprudencial se ha visto alentada por la cre-

²⁸⁹ Por ejemplo, CS, 13.1.1922, RDJ, t. XXI, sec. 1ª, 529, que rechazó la indemnización del daño moral consistente en el dolor para un padre por la muerte de su hijo de dos años. Pocos meses después la Corte Suprema en un caso análogo decidió en sentido contrario, concediendo la reparación del daño moral, en una sentencia de gran relevancia en la evolución de la reparación del daño moral en Chile (CS, 16.12.1922, RDJ, t. XXI, sec. 1ª, 1053). Por el contrario, desde temprano en el siglo XX alguna doctrina comenzó a sostener que el daño moral era indemnizable; artículos que defendiendo su procedencia en el derecho nacional se publicaron en 1910 (Fernández, Arturo, “Indemnización de perjuicios en caso de accidentes. Responsabilidad de la empresa de los ferrocarriles del Estado”, RDJ, t. VII, 1ª parte, 71) y 1920 (Butrón, Roberto, “La indemnización del daño moral en nuestra legislación”, RDJ, t. XVII, 1ª parte, 27); más tarde siguieron el mismo camino las excelentes memorias de Ducci 1936 169 y O. Tapia 1941 180; la consolidación doctrinaria se produce con Alessandri 1943 226.

²⁹⁰ CS, 16.12.1922, RDJ, t. XXI, sec. 1ª, 1053, comentada en O. Tapia 1941 186 y Alessandri 1943 229.

²⁹¹ Sobre esta interpretación del artículo 2329, Alessandri 1943 226 y la jurisprudencia citada por Díez 1997 96. Lo cierto, sin embargo, es que esa regla se sitúa entre las presunciones de culpa y de responsabilidad y su propósito no parece ser expandir el daño reparable, sino aludir a situaciones en que la culpa y la causalidad pueden presumirse a partir de la evidencia circunstancial que rodea la ocurrencia del daño (*supra* N° 91, *infra* N° 271).

²⁹² A modo ilustrativo, y sin perjuicio de las sentencias que se analizan en los párrafos siguientes, pueden consultarse las siguientes decisiones: CS, 18.12.1926, RDJ, t. XXIV, sec. 1ª, 567, señalando que los artículos 2314 y 2329 del Código Civil se refieren a todo daño; CS, 3.7.1930, RDJ, t. XXVIII, sec. 1ª, 117, que se pronuncia en el mismo sentido; CS, 3.8.1932, RDJ, t. XXIX, sec. 1ª, 549, que además hace referencia a los artículos 2317, 2329, 2284 y 44 del Código Civil, 24 del Código Penal, 30 del Código de Procedimiento Penal y 20 de la Constitución Política; Corte de Santiago, 5.5.1933, confirmada por CS [cas. fondo], 14.9.1934, RDJ,

ciente valoración de los bienes de la personalidad, tanto en el ordenamiento jurídico formal²⁹³ como en la consideración social de los intereses relevantes.

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

195. ¿Daño moral a las personas jurídicas? a) El daño moral tiene su antecedente más frecuente en la muerte y en los daños corporales, de los cuales no pueden ser víctimas las personas jurídicas, pues aún la más animista teoría de la personalidad tendría dificultades para explicar la realidad de sus padecimientos.²⁹⁴ Por otro lado, la expansión del daño moral en el derecho moderno ha sido también incentivada por un respeto creciente a la dignidad humana, esto es, a atributos inviolables de la persona natural. Es el caso de la privacidad, la honra, el nombre y los demás derechos de la personalidad. La pregunta pertinente pasa a ser entonces mucho más precisa: ¿es la lesión

t. XXXII, sec. 1ª, 10; CS, 16.12.1933, RDJ, t. XXXI, sec. 1ª, 144; CS, 24.9.1943, RDJ, t. XLI, sec. 1ª, 228; y Corte de Santiago, 26.5.1944, RDJ, t. XLI, sec. 2ª, 41. Sin embargo, la tendencia no fue unánime; así, por ejemplo, Corte de Santiago, 10.9.1940, RDJ, t. XXXIX, sec. 1ª, 203, que aludió a la doctrina de la incommensurabilidad; por algún tiempo subsistieron votos de minoría basados en la tesis de la incommensurabilidad de los daños morales (véase voto en contra del ministro señor Agüero en Corte de Santiago, 8.6.1943, RDJ, t. XL, sec. 2ª, 50).

²⁹³ El artículo 20 de la Constitución 1925 hacía procedente la indemnización de los daños *meramente morales* que hubiere sufrido injustamente un individuo, en cuyo favor se dictare sentencia absolutoria o sobreseimiento definitivo; en términos similares se refiere al daño moral la norma del artículo 19 N° 7 letra i) de la Constitución vigente. El antiguo DL 425 sobre abusos de publicidad, y los textos que lo sustituyeron (leyes N° 16.643 y N° 19.733, actualmente vigente), consideran la indemnización del daño moral que se siga de injurias o calumnias cometidos a través de ciertos medios de comunicación. Algunas disposiciones del Código Penal, condenan a indemnizar esta clase de daños (como el antiguo artículo 215, sobre el delito de usurpación de nombre, o el artículo 370, de aplicación común a los delitos de violación, estupro o abusos sexuales). La Ley de accidentes del trabajo hace expresa referencia a la indemnización del daño moral para los casos en que las lesiones del trabajador sean imputables a culpa del empleador (artículo 69). La Ley de consumidores reconoce el derecho a la “indemnización adecuada y oportuna de todos los daños materiales y morales” (artículo 3 letra e). Asimismo, luego de la reforma introducida por la Ley N° 21.081, en los juicios por afectación al interés colectivo o difuso de los consumidores se prevé la indemnización del daño moral siempre que se haya afectado la integridad física o síquica de los consumidores o su dignidad (artículo 51 II); también en la Ley de urbanismo y construcciones (artículo 19 N° 4). Por último, la Ley N° 19.628, sobre protección de datos, establece también expresamente la obligación de reparar el daño moral provocado en el tratamiento de datos o información personal (artículo 23).

²⁹⁴ En este sentido, la Corte de Santiago concluye, en términos generales, que no cabe considerar una persona jurídica como sujeto de sufrimiento, dolor o angustia o cualquier otra lesión a los sentimientos propios de una persona natural (Corte de Santiago, 16.6.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 2ª, 47); véase también Corte de Santiago, 9.6.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 2ª, 46.

de la privacidad y la reputación de una persona jurídica un daño moral indemnizable?²⁹⁵

b) En el derecho comparado son múltiples las respuestas. En el *common law*, los atentados a la reputación de una persona jurídica solo son objeto de reparación cuando tienen una incidencia económica: debe probarse que fue afectado el crédito comercial o la confianza pública en la empresa (traducible en resultados del ejercicio), o que disminuyeron las contribuciones o donaciones que recibía la persona jurídica sin fines de lucro.²⁹⁶ Por el contrario, el derecho francés acepta la indemnización de los daños morales de la persona jurídica, aun sin prueba de consecuencias patrimoniales, apelando a algunas nociones vinculadas a la proyección social del nombre: reputación o crédito, notoriedad, imagen de la marca o el secreto de sus negocios.²⁹⁷ Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, utilizando una fórmula de extremada vaguedad, ha sostenido que puede existir un daño moral reparable para una sociedad comercial, en un caso de una empresa afectada en su reputación por un proceso judicial excesivamente largo.²⁹⁸

Estas decisiones tienen a menudo un sesgo surrealista, porque tras el supuesto daño a la personalidad moral (en sentido estricto) de una sociedad comercial evitan a menudo pronunciarse respecto de un evidente perjuicio patrimonial (una disminución imperceptible o impredecible de la cifra de negocios), cuya prueba se evade invocando un daño moral; o bien el daño

²⁹⁵ Este perjuicio moral de la persona jurídica debe distinguirse del que pueden sufrir individualmente sus integrantes, respecto de los cuales aquella carece en general de facultades en el derecho nacional (*supra* Nos 157 y 158).

²⁹⁶ Prosser/Keeton *et al.* 1984 779. Elocuente en este sentido resulta la redacción del artículo 1 de la *Defamation Act* inglesa de 2013, que establece como requisito para la reparabilidad de una declaración la existencia de un *serious harm* a la reputación, el que, en el caso de entidades comerciales, solo se entiende existir cuando se haya causado o se pueda causar una pérdida financiera grave. Un análisis detallado de esta legislación, con extensas menciones al derecho comparado, en Wilcox 2016 112. En el derecho alemán, el problema del daño moral a la persona jurídica no suele siquiera plantearse, pero hay un fallo del Tribunal Supremo (BGH, 25.9.1980) que hace la distinción entre empresas comerciales, que solo pueden sufrir daños patrimoniales, y corporaciones sin fines de lucro, que eventualmente pueden sufrir un daño de equivalencia moral (Von Bar 1996 II 132).

²⁹⁷ Viney/Jourdain 1998 35, Mazeaud/Chabas 1998 708, Le Tourneau/Cadiet 2002/03 N° 387. La jurisprudencia francesa ha concedido reparación, por ejemplo, por el daño moral causado por la utilización "masiva" de la marca de una sociedad en la realización de una película pornográfica (cass. com., 6.11.1979); por la lesión de la reputación y el renombre de un establecimiento hospitalario causado por un "comando antiaborto" que impidió algunas de esas intervenciones (cass. pen., 27.11.1996, Gaz. Pal. 1997, 1); o incluso por el daño moral sufrido por un Parque Nacional en el que fueron liberados perros, atentando contra los intereses que esa persona jurídica intentaba proteger (cass. pen., 7.4.1999, JCP G 1999, IV, 2768). En todos estos casos, sin embargo, parece haber una extensión más bien irreflexiva del concepto de daño moral, porque se trata de daños patrimoniales, vinculados especialmente a bienes de la personalidad (*infra* N° 427).

²⁹⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 6.4.2000 (35382/97); principio reafirmado por las resoluciones 2.8.2001 (35972/97), 20.12.2001 (46380/99), 16.4.2002 (37971/97), 2.6.2014 (19336/04), 1.2.2016 (41246/98), 20.12.2016 (38963/08), 3.7.2017 (42911/08), 13.6.2018 (32303/13) y 17.7.2018 (21034/05).

moral a la empresa esconde las aflicciones sufridas por sus administradores o dirigentes (la angustia del gerente de la sociedad sometida a un juicio largo e injusto).²⁹⁹ Así, estas acciones de reparación del daño moral tienden a convertirse en un mecanismo para vulnerar reglas restrictivas de la legitimidad activa para demandar la reparación de perjuicios que afectan a sus miembros.³⁰⁰

En suma, todo indica que las personas jurídicas tienen acciones en naturaleza para prevenir, hacer cesar y reparar el daño que se haga a su honra o privacidad, pero no debiesen ser tenidas por titulares de un derecho a ser indemnizadas por el daño moral (a menos que esta indemnización pierda su pretensión reparatoria).³⁰¹

c) Un camino posible es distinguir las personas jurídicas que no persiguen fines de lucro de las sociedades. Las *corporaciones y fundaciones* persiguen un fin esencialmente moral y la lesión de su prestigio podría no tener consecuencias patrimoniales directas, de modo que la única manera de compensar el mal que se les cause sería mediante la indemnización del daño moral.³⁰² Atendidos sus fines, el perjuicio colectivo que sufren los asociados es también de carácter moral. Sin embargo, tampoco en este caso conviene partir de conceptos demasiado abstractos, porque también las corporaciones y fundaciones suelen sufrir perjuicios netamente patrimoniales cuando se les afecta en su reputación (lo que puede conducir a una disminución de los aportes o de los ingresos de su operación, por ejemplo).³⁰³

Los atentados a la reputación de las *sociedades* tienen un efecto patrimonial. Por eso, cabe preguntarse, en su caso, si en vez de forzar la aplicación de un concepto de daño moral, desarrollado en atención a las facultades espirituales de las personas naturales, no resulta preferible evaluar el perjuicio de acuerdo a los criterios patrimoniales del lucro cesante o del daño emergente.³⁰⁴ Después de todo, una empresa difamada no pierde en el senti-

²⁹⁹ Por ejemplo, la sentencia referida del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 6.4.2000 (35382/97), que expresamente hace referencia a la angustia y a los desagradados que debieron soportar los dirigentes de la sociedad procesada.

³⁰⁰ Una síntesis muy ilustrativa de lo absurdo e insensato de muchas de las acciones por lesiones al honor de las personas jurídicas en Yzquierdo en Reglero 2002 a 1160.

³⁰¹ Ilustrativo en este sentido es el derecho norteamericano (Prosser/Keeton *et al.* 1984 779).

³⁰² Es el camino seguido por la jurisprudencia alemana; en sentido análogo Corral 2013 147-148.

³⁰³ Expresivo de esta idea es un fallo de la Corte Suprema que, concediendo la indemnización por daño moral a una persona jurídica sin fines de lucro, señaló que eran indicios de este daño, aunque no lo constituyeran, las mermas en los aportes usualmente recibidos antes de los hechos que motivaron la demanda. CS, 9.12.2003, rol N° 4.677-1999.

³⁰⁴ En un caso resuelto por la Corte de Santiago puede apreciarse la naturaleza patrimonial de los perjuicios que puede soportar una persona jurídica. Una sociedad sufrió el embargo de un camión industrial por una deuda ajena. Luego de ser acogida la tercera de dominio, esta sociedad interpuso demanda de indemnización de perjuicios contra el embargante, por daño patrimonial y moral, al haber sido privada del uso del camión durante un periodo cercano a los seis meses. La sentencia de primera instancia concedió \$ 5.530.760 por daño patrimonial y \$ 7 millones por daño moral. La sentencia de alzada, concluyendo que la persona jurídica es una ficción legal que no puede sufrir el dolor que compensa el daño moral, efectuó un análisis detallado del lucro cesante sufrido (horas útiles de utilización perdidas multiplicadas

miento de autoestima, sino pierde clientes y oportunidades de negocios, que se traducen en lucro cesante y en un menor valor del negocio en marcha.³⁰⁵

Todo indica que no es conveniente una argumentación conceptual, que parta *a priori* de un concepto genérico de persona, para extender abstracta y mecánicamente la reparación del daño moral hacia las personas jurídicas. Por lo mismo, conviene evitar que la invocación de un daño moral por la persona jurídica se convierta en un método subrepticio de eludir las reglas de prueba de los perjuicios patrimoniales, dando lugar a los excesos generados en algunos sistemas jurídicos, que luego han provocado una acérrima crítica doctrinal, y que pueden llevar a distorsionar la función correctiva que es propia de la responsabilidad civil.³⁰⁶

d) En el derecho chileno, siguiendo la doctrina francesa que sostenía que la persona jurídica no tiene corazón, pero sí posee honor y consideración,³⁰⁷ Alessandri afirmó que solo podían demandar la reparación del daño moral por atentados contra su nombre y reputación.³⁰⁸ Esta posición ha sido generalmente aceptada en las últimas décadas.³⁰⁹

Por su parte, la jurisprudencia inicialmente afirmó que un daño moral entendido como el "precio del dolor" no podía tener como sujeto a una persona jurídica.³¹⁰

Sin embargo, en los últimos años se consolidó la tendencia a aceptar la titularidad de las personas jurídicas para reclamar este tipo de daños, en particular cuando ellos se expresan en el menoscabo de la reputación o *buena fama comercial* de la misma.³¹¹ Lamentablemente, este reconocimiento

por su valor de mercado), confirmando la sentencia de primera instancia únicamente en la reparación del daño patrimonial (Corte de Santiago, 9.6.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 2ª, 46).

³⁰⁵ El daño moral propiamente tal lo sufren las personas naturales a quienes afecta su propio nombre, en la medida que les afecta de forma refleja el prestigio de la sociedad a la que se encuentran vinculadas: por las personas jurídicas 'sienten' las personas naturales.

³⁰⁶ Este fue el caso del derecho español, cuya legislación de protección civil de derecho al honor y la intimidad presume la existencia de perjuicios frente a intromisiones ilegítimas. Una razonada crítica a tal legislación en Díez-Picazo 2008 82. En contraste, en el derecho doméstico, la Ley N° 20.609 que establece medidas contra la discriminación arbitraria, mantiene independencia entre la lesión a un derecho y el daño, al establecer una serie de medidas contra la discriminación, sin contemplar indemnización de perjuicios producto de su sola infracción.

³⁰⁷ Mazeaud *et al.* 1963 I N° 326.

³⁰⁸ Alessandri 1943 475.

³⁰⁹ Bidart 1985 168, Fueyo 1990 119 y 1991 368, Díez 1997 129, C. Domínguez 2000 719, Corral 2013 147-148, quien concluye que la indemnización es procedente cada vez que se lesionen intereses extrapatrimoniales de la persona jurídica; Pizarro 2006 145 y M. Tapia 2012 621. Un intento de fundar la responsabilidad por daño moral a la persona jurídica en las categorías generales del derecho de la personalidad en Heine 2002 *passim*.

³¹⁰ Ver, por ejemplo, CS, 2.4.1997, GJ 202, 97; CS, 5.1.2004, rol N° 3.773-2013; Corte de Santiago, 9.6.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 2ª, 46; y Corte de Santiago, 16.6.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 2ª, 47; y Corte de Santiago, 9.12.2003, RDJ, t. C, sec. 2ª, 150, confirmada por CS [cas. forma], 14.3.2005, rol N° 546-2004.

³¹¹ Uno de los primeros casos en que se dio lugar a la indemnización del daño moral a una persona jurídica, fue el de una empresa comercial por el desprestigio que le provocó la publicación en el Boletín Comercial del protesto de una letra de cambio oportunamente

no ha ido acompañado de un tratamiento adecuado de las categorías de la responsabilidad civil. Conforme a una línea jurisprudencial, la Corte Suprema ha exigido a la persona jurídica demandante acreditar que el desprestigio se haya traducido en consecuencias económicas desventajosas, lo que en verdad supone resarcir perjuicios patrimoniales, y especialmente el lucro cesante, por la vía probatoria menos exigente que supone reconocer un daño moral.³¹² En otros casos, los tribunales se limitan a recibir prueba respecto a la afeción del honor o nombre comercial de la demandante, al punto de aceptar que una 'sensación de vulnerabilidad que haya causado aflicción a los socios' de la persona jurídica constituye un daño reparable,³¹³ fijando prudencialmente el monto a indemnizar, en cuyo caso no se ve razón para que sea indemnizada la sociedad comercial.³¹⁴

A la inversa, esta confusión entre intereses morales y patrimoniales ha sido evitada en sede de protección, donde la jurisprudencia ha afirmado que el crédito o prestigio de las personas jurídicas no tiene la misma jerarquía que el honor u honra de las personas naturales, negando de esta manera su protección constitucional.³¹⁵ Sin perjuicio de la importancia de la per-

pagada (Corte de Concepción, 2.11.1989, con com. de R. Domínguez Á. y R. Domínguez B. en Rev. Concepción 190, 1991, 148, confirmada por CS [cas. forma y fondo], 7.5.1992, RDJ, t. LXXXIX, sec. 1ª, 41); el fallo concedió una indemnización de \$ 15 millones por concepto de daño moral y de \$ 10 millones por lucro cesante (a consecuencia de la pérdida de un contrato con un importante cliente). Los montos llevan a preguntarse si implícitamente la Corte quiso castigar una conducta en extremo torpe del demandado o indemnizar un lucro cesante difuso, constituido por las pérdidas derivadas de negocios futuros que la sociedad no efectuaría. En otro caso se otorgó indemnización por concepto de daño moral a una sociedad que sufrió la indebida paralización de sus obras por parte del municipio (CS, 21.6.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 5ª, 163). Véase también Corte de San Miguel, 14.6.2006, rol N° 895-2002, con com. de C. Pizarro en Rev. Fueyo 6, 2006, 145. En un caso análogo, se ha precisado que el daño moral de la persona jurídica debe traducirse en un menoscabo de su 'buena fama comercial', cuestión que no se produce si no se logra probar que el protesto haya sido publicado en el Boletín de Informaciones de la Cámara de Comercio (Corte de Santiago, 16.6.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 2ª, 47); un razonamiento similar en CS, 30.12.2006, rol N° 7-2005; CS, 30.6.2008, rol N° 5.857-2006; CS, 5.8.2008, rol N° 2.525-2006; CS, 17.6.2009, rol N° 2.734-2009; CS, 22.12.2010, rol 7.509-2008; y CS, 15.11.2011, rol N° 3.516-2009. Sobre el alcance y consolidación de esta tendencia en la jurisprudencia, Ríos y Silva 2013.

³¹² En este sentido, la Corte Suprema sostuvo que "[p]ara pretender ser indemnizado por el daño a la imagen de una empresa, es necesario demostrar que ha existido lesión a la imagen de una empresa, y acreditar, de una manera cierta, las consecuencias económicas en que se ha traducido ese desprestigio", CS, 31.10.2012, rol N° 3.325-2012.

³¹³ Corte de Talca, 2.11.2014, rol N° 674-2014, confirmada por CS [queja], 29.1.2015, rol N° 31.709-2014, con com. de R. Momberg en Rev. Fueyo 25, 2015, 279. La sentencia resulta particularmente objetable, no solo porque da lugar a la indemnización del daño moral sin requerir prueba al respecto, sino porque la compensación es otorgada por el alegado daño moral de los socios, y no de la persona jurídica.

³¹⁴ Si bien parece existir una reciente estabilización a la baja en relación a los montos concedidos, llama la atención lo exorbitante de algunas condenas. Al respecto, véase Larraín 2011 178.

³¹⁵ Un análisis de esta tendencia de los Tribunales Superiores en Larraín 2011 171. Véase también Corte de Concepción, 17.4.2002, confirmada por CS [apelación], 10.7.2002, GJ 265, 33.

sonalidad jurídica en la vida económica, el desconocimiento de categorías fundamentales en la responsabilidad civil conlleva el riesgo de confundir la ilicitud de la conducta con el daño, a lo que se suma la evidente posibilidad de amparar un enriquecimiento sin causa de la empresa.

e) Distinto parece ser el caso de las acciones que persiguen la *reparación en naturaleza* del mal causado (publicación de una sentencia absolutoria, por ejemplo) o que tienen por objeto prevenir o poner término a un daño injusto: en ese caso, el medio más razonable para proteger a la persona jurídica ilícitamente afectada es precisamente por medio de acciones preventivas o suspensivas del mal que se causa. Por lo demás, para que estas acciones sean procedentes es indiferente que el daño actual o futuro que se pretende evitar sea patrimonial o moral.³¹⁶

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

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

En otros casos, la restitución en naturaleza se puede lograr por medios más directos, que no se traducen propiamente en una indemnización. Es lo que ocurre, por ejemplo, si en caso de difamación se pretende una retractación pública, la publicación de la sentencia condenatoria del difamador o, incluso, el reconocimiento de una indemnización simbólica, por ejemplo, de un peso.³¹⁷

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

³¹⁶ Uno de los principales argumentos esgrimidos en favor del reconocimiento de esta titularidad de las personas jurídicas ha sido la cautela de sus derechos extrapatrimoniales, lo que sería conceptualmente distinto a los perjuicios patrimoniales que se sigan de la lesión (Stevens 2007 *passim*). Esta tesis pierde de vista que la responsabilidad civil no tiene por fin la cautela de los derechos. Por lo demás, las sociedades comerciales se constituyen justamente para obtener beneficios patrimoniales.

³¹⁷ Viney/Jourdain 2001 3, Deutsch/Ahrens 2002 213. Sobre la acción de restitución en naturaleza, en general, *infra* § 58; en especial, sobre la reparación en naturaleza por daños a derechos de la personalidad, *infra* § 46 c.

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

b) Según se ha analizado, consideraciones como las anteriores llevaron por mucho tiempo a rechazar la responsabilidad civil por daño moral. Por un lado, se argumentaba la perversidad de poner un valor en dinero a bienes que eran naturalmente incommensurables; por otro, se decía que, por la misma razón, la reparación carecía de criterio de valoración. Por estas razones, importantes códigos modernos establecieron que el daño moral solo era indemnizable cuando la ley así lo ordenaba,³¹⁸ y todavía se establecen severas limitaciones a los daños no patrimoniales que pueden ser reparados.³¹⁹

En la actualidad está enraizada la idea de que todo tipo de daño llama a su reparación, de modo que una función esencial del derecho de la responsabilidad es restituir, dentro de lo razonable, el orden alterado por el hecho negligente del demandado. Por eso, desde la perspectiva de la justicia no es aceptable que bienes, cualitativamente más preciosos que los patrimoniales, escapen a la protección de la responsabilidad civil, en perjuicio de las víctimas y en beneficio de los responsables.³²⁰

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

c) Aun así, la indemnización de daños no patrimoniales no puede tener carácter reparatorio. Su función es más bien *compensatoria*: la víctima recibe una indemnización que no pretende restablecer el estado de cosas anterior al daño, sino cumplir la función más modesta de permitirle ciertas ventajas, que satisfagan su pretensión legítima de justicia y la compensen por el mal recibido.³²¹

El dinero, especialmente en los casos en que la reparación en naturaleza no resulta posible, proporciona a la víctima la posibilidad de obtener satisfacciones compensatorias: mejorar el ambiente en que vive, una habitación más cómoda, distracciones que le ayuden a soportar los efectos del accidente.³²²

³¹⁸ BGB, § 253 (modificado en 2002, reconociéndose una acción general, en materia contractual y extracontractual, por el daño moral derivado de la lesión del cuerpo, de la salud, de la libertad o de la autodeterminación sexual); Cód. ital., artículo 2059 (que dio lugar a la reparación del daño moral en los casos que lo estableciera la ley).

³¹⁹ Así, hasta hoy en los derechos alemán, holandés, escandinavos y en el *common law* no se acepta la indemnización del daño reflejo puramente moral (véanse notas a *infra* N° 229).

³²⁰ Mazeaud/Chabas 1998 423, Posner 1992 189.

³²¹ Larenz 1987 475.

³²² Sobre la función de *compensación* de la indemnización del daño moral en el derecho comparado, Viney/Jourdain 2001 1, Kötz 1991 187; también las críticas de Esmein 1954 113.

Este es propiamente el fin de justicia correctiva de la indemnización del daño moral. Por esto, su función es la *compensación* del daño sufrido por la víctima. La suma de dinero no sustituye el bien afectado (como en la reparación del daño patrimonial), pero que le permitirá obtener otras ventajas de la vida.³²³ La víctima que recibe una indemnización por concepto de daño moral puede libremente utilizarla para los fines que estime convenientes.³²⁴ Como lo expresa Alessandri, "*las penas con pan son menos*";³²⁵ la indemnización del daño moral persigue hacer de nuevo la vida más liviana a quien ha soportado una carga física o espiritual atribuible al hecho culpable de un tercero.³²⁶

d) Aunque los fallos nacionales hablan con frecuencia de la reparación del daño moral, implícitamente se alude a la función compensatoria de la indemnización.³²⁷ De esta función se derivan varias consecuencias. En primer

En el derecho alemán los tribunales reconocieron al daño moral una función adicional de *satisfacción* respecto del ilícito del demandado; esta calificación ha sido discutida por la doctrina (Lange 1990 438) y deberá ser probablemente revisada a consecuencia de la reforma al BGB que entró en vigencia en 2002, que extendió, sin distinciones, la indemnización al daño moral derivado de la responsabilidad estricta (artículo 253 II).

³²³ 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, también se ha sostenido que "la indemnización no hace desaparecer el daño, ni tampoco lo compensa en términos de poner a la víctima en una situación equivalente a la que tenía antes de producirse aquel (...), la indemnización por daño moral está dirigida a dar, a quien ha sufrido el daño, una satisfacción de reemplazo" (Corte de Santiago, 18.11.2002, GJ 269, 90); y que "aunque la pérdida sufrida" por los padres de una niña de cuatro años violada y asesinada "es irreparable y la vida que se quitó no puede ser evaluada 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).

³²⁴ Así en el derecho francés (Viney/Jourdain 2001 107, Mazeaud/Chabas 1998 423). La discusión se ha planteado, por ejemplo, cuando una víctima de un accidente corporal recibe una indemnización con el propósito de que se someta a una intervención quirúrgica costosa. La víctima puede decidir utilizar el dinero con otros fines y no someterse a la operación, con el argumento de que, en tales casos, no se le puede forzar a sufrir una intervención que implica nuevos padecimientos y riesgos. En el derecho alemán, por el contrario, se considera que la víctima solo tiene disposición libre del monto indemnizatorio por el daño a las cosas, porque la reparación de gastos hospitalarios es una indemnización que solo se justifica en la medida que se cumpla el fin al que está afecta (Palandt/Heinrichs 2003, § 249 6).

³²⁵ Alessandri 1943 228. Sobre la función de la indemnización del daño moral en la doctrina nacional, Díez 1997 247, quien habla de "satisfacción", y el extenso análisis de C. Domínguez 2000 86, que concluye que se trata de una "compensación satisfactoria". En contra, P. Rodríguez 1999 313, quien, utilizando aparentemente el estricto concepto de compensación del derecho de las obligaciones, señala que la indemnización del daño moral es "satisfactiva, mas nunca compensatoria".

³²⁶ Kötz 1991 187.

³²⁷ Así, se ha fallado que la indemnización del daño moral "procura que el afectado obtenga algunas satisfacciones equivalentes al valor moral destruido" (CS, 29.5.1973, RDJ, t. LXX, sec. 4ª, 61); que "la indemnización del daño moral no tiene carácter reparatorio, ya que el pago de una indemnización en dinero no borra el daño. Si el hecho causó la muerte de un hijo, padre, conviviente o hermano no es posible volver a la situación anterior. Solo se cumple una finalidad satisfactoria en el sentido que, gracias al dinero, el que lo recibe

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

198. La indemnización como pena civil: daños punitivos. a) La responsabilidad civil asume un carácter punitivo cuando la indemnización excede la reparación del daño causado. En este caso, la indemnización es otorgada al demandante, al menos en parte, en la forma de una *pena civil*, que es *retributiva* respecto de un comportamiento particularmente impropio, y es una *sanción disuasiva*, que mira hacia el futuro, porque su finalidad es amedrentar al demandado y a los otros que estén en posición de incurrir en la conducta reprochable.³²⁸

El efecto es reconocer una indemnización en beneficio del demandante que excede los perjuicios efectivos y que se otorga en consideración a la gravedad del ilícito, y a la riqueza del demandante.³²⁹ En otras palabras, la indemnización punitiva participa de la sanción penal, en la medida que su propósito sancionador y disuasivo se logra mediante una pena que no atiende al daño efectivamente sufrido por el demandante.

b) En el derecho romano era usual que las indemnizaciones comprendieran una parte puramente compensatoria (expresada por el *quod interest*) y una multa de beneficio privado (*poena*), que en verdad era una sanción penal por el delito cometido.³³⁰ Así también en el derecho germano medieval, la

puede procurarse satisfacciones materiales y espirituales" (Corte de Concepción, 19.8.2003, confirmada por CS [cas. fondo], 24.12.2003, GJ 282, 61). Véanse ejemplarmente también: CS, 18.12.1926, RDJ, t. XXIV, sec. 1ª, 567; Corte de Santiago, 16.8.1984, RDJ, t. LXXXI, sec. 4ª, 140; Corte de Temuco, 25.6.1963, RDJ, t. LX, sec. 4ª, 290; Corte de Santiago, 22.8.1990, GJ 122, 72; Corte de Santiago, 26.9.1990, GJ 123, 47; Corte de Santiago, 9.6.1994, F. del M. 427, 344; Corte de Santiago, 12.9.1994, RDJ, t. XCI, sec. 2ª, 88; Corte de Santiago, 1.7.1997, RDJ, t. XCIV, sec. 2ª, 79; y Corte de Santiago, 18.11.2002, GJ 269, 90.

³²⁸ Sobre la función punitiva que solía tener la condena a múltiplos de los perjuicios efectivos en el derecho romano, Kaser 1971 I 156, 628; sobre el concepto de *punitive damages* en el derecho norteamericano, Prosser/Keeton *et al.* 1984 10, Abraham 2002 221; una interesante discusión crítica en Cordech en Pantaleón 2001 139; un análisis de la función punitiva de la indemnización civil, con referencias al derecho chileno y comparado, en Segura en Varas/Turner 2005 635; una referencia histórico-crítica a la función punitiva de la indemnización del daño moral en Göthel 2005 37.

³²⁹ Restatement/Torts II § 908 (2).

³³⁰ Digesto 9.2.5.1: "debemos entender aquí [en el caso de quien pudiendo prender a quien lo ataca lo mata] la 'injusticia', no como cualquier clase de ofensa, (...) sino lo que se hizo en desacuerdo con el derecho, esto es contra el derecho, es decir, si alguien hubiese matado con culpa y así concurren a veces ambas acciones: la de la ley Aquilia y la de injurias,

reparación (*Wergeld*) era a la vez una pena y una compensación, pues una parte era entregada al tesoro real y la otra a la víctima (*supra* Nos 22 y 193). Con el correr del tiempo, la reparación civil y la sanción penal adoptaron caminos diferentes y la tradición del derecho civil las ha sometido a diferentes condiciones de aplicación.³³¹

En la tradición del derecho civil no se reconocen formalmente los daños punitivos, aunque en la práctica judicial la indemnización del daño moral es con frecuencia asociada a un fin retributivo.³³² Por el contrario, el instituto de la indemnización punitiva ha subsistido en el derecho anglosajón (bajo la denominación de *punitive damages*), aunque procede declararla solo en circunstancias excepcionales: en Estados Unidos se exige que el demandado haya incurrido en una conducta ofensiva y repulsiva (*outrageous*),³³³ la que usualmente debe ser más reprochable que la culpa grave;³³⁴ en Inglaterra, por su parte, se requiere que el demandado haya actuado con cinismo oportunista, en conocimiento real o presunto de la ilicitud, esto es, con dolo o con una desconsideración temeraria de los intereses del tercero.³³⁵

c) Se ha afirmado que, bajo ciertas circunstancias, el criterio estrictamente reparatorio o compensatorio de determinación de los daños puede no tener suficiente eficacia preventiva. En especial se ha argumentado que existen "cifras negras" en la responsabilidad por daños debidos a negligencia, porque la acción no siempre es hecha valer por las víctimas (por ejemplo, porque no saben a quién atribuir la causa del daño o porque para la víctima la prueba suele ser muy difícil). Si ello es efectivo, habrá incentivos para que el agente actúe con un nivel de diligencia inferior al óptimo, porque, en la práctica, no asume todos los costos de su negligencia; este efecto disuasivo imperfecto puede ser corregido si las indemnizaciones que amenazan al autor del daño son superiores al daño efectivo. Este diagnóstico es especialmente apropiado cuando se trata de daños intencionales (cuando se ha actuado

pero habrá dos estimaciones, una la del daño, otra la de la ofensa". Sobre la distinción entre reparación y pena, Kaser 1971 I 501; sobre los orígenes de la indemnización como satisfacción, *supra* No 193.

³³¹ Sin embargo, el derecho civil conservó algunas penas privadas como sanción del fraude o la ingratitud (véanse artículos 1231, 1428 y 1768).

³³² En Alemania, el Tribunal Supremo ha reconocido una función de satisfacción a la indemnización del daño moral, que es criticada por la doctrina y, como se ha señalado, resulta ahora difícilmente compatible con la evolución de la legislación que ha extendido la reparación del daño moral a los casos de responsabilidad estricta (BGB, § 253 II, introducido en la reforma al derecho de obligaciones de 2002). En Francia, la idea de *pena privada* fue especialmente desarrollada por Ripert 1949 *passim*. Como ha ocurrido en el derecho chileno, el aspecto punitivo de la indemnización resalta en el caso del daño moral (Flour/Aubert 2011 172). Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte de Casación permanece, al menos oficialmente, muy ajustada a la idea de reparación (Viney/Jourdain 2001 8).

³³³ Así en el Restatement/Torts II § 908 (1).

³³⁴ Abraham 2002 222.

³³⁵ Burrows 1994 272, Fleming 1985 130; en el derecho inglés también se reconocen como fundamento de daños punitivos el acto de autoridad que conscientemente lesiona derechos fundamentales y el mandato legal expreso (*idem*).

con dolo directo o eventual), porque es de la naturaleza de ese tipo de conducta algún grado de engaño, que oculta la causa efectiva de los daños, lo que aumenta las probabilidades de impunidad.

A partir de estos supuestos, se plantea la *justificación disuasiva* de las indemnizaciones punitivas. Los daños punitivos vendrían a corregir esa desviación en la función preventiva de las reglas de responsabilidad al aumentar los costos del comportamiento oportunista.³³⁶

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

Ante todo, plantean problemas de *seguridad jurídica* asociados a garantías sustantivas y procesales: se trata de una sanción que tiene todas las características de una pena y que, sin embargo, no está sujeta a los rigores especiales que supone el establecimiento de la responsabilidad penal, ni a las garantías del debido proceso penal. De hecho, las mayores objeciones han tenido este fundamento. En Estados Unidos, la Corte Suprema ha revisado en numerosos casos la aplicación de daños punitivos y, si bien no ha rechazado por principio esa antigua práctica, le ha establecido límites cada vez más estrechos; en un fallo se ha llegado a señalar que atenta contra el debido proceso la imposición de una pena que exceda la suma que se reconoce a título de indemnización propiamente compensatoria.³³⁷ Así se explica que, en jurisdicciones cuya ley civil no conoce el instituto, los tribunales han estimado que sentencias extranjeras que establecen indemnizaciones punitivas no pueden ser ejecutadas precisamente porque atentan contra la reserva de orden público del derecho internacional privado, que limita la aplicación de derecho extranjero o la ejecución de sentencias extranjeras cuando con ello se atenta contra principios jurídicos fundamentales del país donde se debe aplicar.³³⁸ Puede asumirse que la pregunta se plantearía con análogos fundamentos en el derecho chileno.³³⁹

³³⁶ Cooter/Ulen 1997 445. Si se acepta que la indemnización punitiva es otorgada como un medio para hacer responsable al demandado de los daños que no fueron objeto de acciones judiciales, su justificación puede ser también *compensatoria* en un sentido amplio, porque su función sería que el demandado cubra los daños de todas las víctimas de su ilícito. Esta línea argumental ha llevado en algunos estados norteamericanos a que una parte de la indemnización punitiva pertenezca al demandante (como una especie de sanción premial) y el resto sea asignado a fondos de interés general o que beneficien a las víctimas que no han demandado en el juicio; sobre el fundamento doctrinario de este concepto, Sharkey 2003 347.

³³⁷ *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell*, 538 US 408, 2003, [01-1289]). En el caso, el jurado había aplicado daños punitivos que excedían en 145 veces la indemnización propiamente reparatoria; expresamente se señala que la *ratio* no es establecida como regla obligatoria, pero se ha consolidado la práctica de ese tribunal de que los daños punitivos no deben exceder tres o cuatro veces el valor de los compensatorios (el caso que la propia Corte Suprema considera líder en la materia es *BMW v. Gore*, 517 US 559, 1996). La regla de *State Farm* es semejante al límite que el artículo 1544 establece para que la cláusula penal sea enorme.

³³⁸ Es el caso de Alemania (BGH, 118, 312, 1992, en JZ 1993, 261) y de Japón (H.P. Manzel en JZ 1994, 618).

³³⁹ El principio de orden público internacional en el reconocimiento de sentencias extranjeras está recogido en el artículo 245 regla 1ª del Código de Procedimiento Civil.

A lo anterior se agregan *objeciones de justicia correctiva*, porque, en el margen, al demandante le son reparados daños que no ha sufrido, de modo que se traducen en un beneficio injustificado en su relación con el demandado.³⁴⁰

Finalmente, incluso en la jurisprudencia estadounidense se ha argumentado que las sanciones civiles punitivas operan como un *incentivo a la litigación especulativa*, porque se pueden reconocer montos que están fuera de toda previsión (mucho más allá de las incertidumbres propias de la valoración del daño moral), lo que favorece la expansión de las acciones financiadas mediante pactos de *quota litis* de la víctima con sus abogados.³⁴¹

e) alguna doctrina afirma que la *compensación de la víctima exige introducir factores de satisfacción* por el agravio que ha recibido.³⁴² El daño estaría agravado por la necesidad íntima de venganza. En este sentido, se ha afirmado que la responsabilidad civil también podría tener un propósito comunicativo; bajo esta idea, la indemnización del daño moral no tendría por objeto compensar a la víctima, sino reivindicar sus derechos y comunicar que estos importan.³⁴³ Sin embargo, ello es discutible por diversas razones. En primer lugar, contraviene el antiguo concepto de Windscheid en orden a que la indemnización del daño moral permite que "la sensación dolorosa sea compensada mediante una sensación agradable",³⁴⁴ que no consiste en la aplicación de un castigo al responsable (tarea que pertenece al derecho penal), sino en el reconocimiento de una compensación económica que beneficia a la víctima. Además, la función punitiva es incompatible con la extensión de la indemnización del daño moral en el ámbito de la responsabilidad estricta u objetiva, donde ni siquiera existe el factor de gravedad del comportamiento para medir la sanción.³⁴⁵ Tercero, la progresiva socialización de los riesgos

³⁴⁰ Bydlinski 2004 395.

³⁴¹ El tema fue planteado por la jueza O'Connor de la Corte Suprema de Estados Unidos: "Los daños punitivos son una poderosa arma, que impuesta sabia y contenidamente tiene el potencial demandante para avanzar en el logro de intereses públicos. Impuestos indiscriminadamente, sin embargo, tienen un poder de daño devastador. Lamentablemente, los procedimientos del *common law* para su reconocimiento caen en esta última categoría" (opinión disidente en *Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip*, 499 US 1, 1991, citado luego como doctrina del tribunal en el antes referido caso *State Farm*).

³⁴² Ripert 1949 345, con un razonamiento que no ha sentado raíces en la jurisprudencia francesa. En Alemania la jurisprudencia atribuyó a la indemnización del daño moral fines de compensación y satisfacción (BGH, 18, 149, 1955), pero la calificación es muy discutida por la doctrina y ha sido aplicada recelosamente por los tribunales (Lange 1990 435, con referencias jurisprudenciales); la reforma del derecho de obligaciones de 2002, que generalizó la reparación del daño moral que se sigue de la lesión de ciertos bienes, debería llevar a reconsiderar la calificación, porque ha pasado a ser indemnizable el daño moral que se sigue de accidentes sujetos a un régimen de responsabilidad estricta (BGB, § 253 II).

³⁴³ En la filosofía jurídica anglosajona se ha desarrollado una doctrina que ve a la responsabilidad civil como un sistema de reivindicación de derechos subjetivos (Stevens 2007 *passim*). También se ha destacado la función expresiva de la responsabilidad civil, por cuanto otorga a la víctima una acción contra su ofensor y, de esta manera, contribuye a reforzar el sentido de igualdad democrática, Goldberg y Zipursky 2010 953. Un lúcido desarrollo de estas tesis en Pino 2017.

³⁴⁴ B. Windscheid *Pandekten* II § 455 (citado por Lange 1990 435).

³⁴⁵ Medicus 2002 311.

mediante el seguro hace que esa pena privada sea soportada más bien por el conjunto de los asegurados que deben financiar el costo creciente de las pólizas. Por último, el aspecto punitivo de la reparación civil debería cesar cuando el autor del daño es sometido a una sanción propiamente penal (de lo contrario habría doble sanción punitiva por un mismo ilícito), lo que además muestra que la consideración de la indemnización como pena no observa los principios del debido proceso penal.

En definitiva, la idea de punición parece contradecir ideas directrices del derecho civil, en orden a que la responsabilidad no tiene por antecedente una especie de pecado civil y que emociones como el resentimiento, la odiosidad y la rabia no son daños indemnizables.³⁴⁶ Todo indica que es necesario hacerse cargo en la materia de que "en el derecho civil corre un viento más helado y estricto que en el derecho penal".³⁴⁷

f) En el derecho nacional, a pesar de que la jurisprudencia ha reiterado con frecuencia la naturaleza compensatoria de la indemnización,³⁴⁸ se asumen con frecuencia típicas consideraciones retributivas al momento de pronunciarse sobre la evaluación de los perjuicios.³⁴⁹ Ello se muestra en la referencia que fallos nacionales han hecho a las facultades económicas del ofensor, con la consideración explícita o implícita de que los ingresos limitados del responsable harían ilusoria una indemnización cuantiosa,³⁵⁰ y también en la estimación de la posición de la víctima.³⁵¹ Con todo, la Corte

³⁴⁶ Una síntesis de los argumentos doctrinarios en contra de calificar como punitiva la indemnización del daño moral en Lange 1990 435.

³⁴⁷ Kötz 1991 188. Por lo mismo, la utilidad que puede presentar el establecimiento de daños punitivos es materia que debe resolver el legislador de acuerdo a fines públicos determinados y en situaciones debidamente tipificadas, como concluye Segura en Varas/Turner 2005 65.

³⁴⁸ Así, se ha fallado que "se hace necesario tener presente que se trata de una reparación y no de una pena" (CS, 16.10.1970, RDJ, t. LXVII, sec. 4ª, 424). Véase también en este sentido, CS, 7.1.2003, rol N° 679-2002, comentada por E. Court en Rev. UAI 1, 2004, 85.

³⁴⁹ Una consideración explícita acerca de la proporcionalidad que debe existir entre la indemnización y las facultades del responsable en CS, 19.5.1999, F. del M. 486, 730, y Corte de Santiago, 1.9.2003, confirmada por CS [cas. fondo], 13.11.2003, GJ 281, 104; para un caso en que resulta evidente que las facultades económicas del condenado fueron determinantes en el elevado monto de la indemnización, Corte de Santiago, 1.9.2003, GJ 279, 115; para otro, en que expresamente se considera la actitud asumida por los padres de un menor que ha sido autor de cuasidelito civil para rebajar el monto de la indemnización que están obligados a pagar, Corte de Concepción, 19.8.2003, confirmada por CS [cas. fondo], 24.12.2003, GJ 282, 61. Un análisis de esta tendencia en R. Domínguez Á. 1990 133, Díez 1997 163 (con referencias jurisprudenciales), Corral 2013 168 y en especial C. Domínguez 2000 88; un juicio crítico en R. Domínguez Á. 1990 129; Díez 1997 248; y Barria 2014 519. Una tendencia semejante se muestra en la jurisprudencia francesa (Viney/Jourdain 2001 9).

³⁵⁰ En el excelente estudio estadístico de P. Rubio sobre condenas por daño moral reflejo o por repercusión se muestra que las condenas promedio al Estado son de 1.776,2 UF; las de las municipalidades 811,1 UF; las de empresas, 672,1 UF; y las de personas naturales 355,3 UF, esto es, casi cinco veces inferiores que las del Estado, por daños del mismo tipo (Rubio 2005 N° 67).

³⁵¹ Véase por ejemplo la sentencia de la Corte de Santiago, 4.10.1961, confirmada por CS [cas. fondo], RDJ, t. LIX, sec. 4ª, 25, que considera la gravedad de las ofensas cometidas contra el demandante y las facultades económicas de la demandada a efectos de determinar

Suprema también ha estimado que la capacidad económica de los litigantes es un factor ajeno a los fines correctivos de la responsabilidad civil.³⁵²

Sin embargo, muy en consonancia con consideraciones punitivas, también se ha atendido a la gravedad de la culpa o a la intensidad del ilícito.³⁵³ Por otra parte, la jurisprudencia también suele considerar la gravedad de la culpa de cada demandado para determinar la contribución a la deuda

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

³⁵² CS, 21.3.2016, rol Nº 31.061-2014, en particular en la consideración 16ª, donde se sostiene “que la decisión de los jueces de alzada de rebajar el daño moral, encuentra aparente sustento precisamente en las bases de apreciación del daño que indica, aludiendo en este sentido a elementos ajenos a dicha figura jurídica como es la situación económica del país o la capacidad económica de los litigantes, que desvirtúan su naturaleza”.

³⁵³ Se ha fallado que en la regulación de la indemnización debe considerarse “la naturaleza y extensión del daño” y “el grado de culpabilidad de los autores” (Corte de Santiago, 6.7.1925, confirmada por CS [cas. fondo], 14.4.1928, RDJ, t. XXVI, sec. 1ª, 141). Pueden consultarse además las siguientes sentencias: Corte de Santiago, confirmada por CS [cas. fondo], 18.12.1926, RDJ, t. XXIV, sec. 1ª, 567; CS, 16.12.1933, RDJ, t. XXXI, sec. 1ª, 144; Corte de Santiago, 4.10.1961, confirmada por CS [cas. fondo], RDJ, t. LIX, sec. 4ª, 25, que considera la gravedad de las ofensas dirigidas contra la honra de la víctima y las facultades económicas de la demandada; Corte de Santiago, 14.1.1963, RDJ, t. LX, sec. 4ª, 47; Corte de Santiago, 4.9.1991, GJ 135, 95; Corte de Santiago, 4.9.1991, RDJ, t. LXXXVIII, sec. 4ª, 141, que considera la extensión del daño y las facultades económicas del demandado; Corte de Talca, 29.8.1997, confirmada por CS [cas. fondo], 4.11.1997, RDJ, t. XCIV, sec. 4ª, 258; Corte de Talca, 21.10.1998, confirmada por CS [cas. fondo], 28.1.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 4ª, 71; CS, 2.12.1998, F. del M. 481, 2737; Corte de Temuco, 10.8.2000, RDJ, t. XCVIII, sec. 4ª, 27, publicado también en GJ 249, 123; Corte de Santiago, 1.9.2003, GJ 279, 115, que considera la “naturaleza del hecho culpable y del derecho agraviado”, así como las “facultades del autor”; y Corte de Santiago, 1.9.2003, confirmada por CS [cas. fondo], 13.11.2003, GJ 281, 104, en idénticos términos que el fallo anterior. Por otro lado, la Ley Nº 19.628, sobre protección de datos, establece expresamente que para fijar el monto de la indemnización (patrimonial y moral) por atentados en el tratamiento de datos o información personal, el juez debe tener en cuenta “la gravedad de los hechos” (artículo 23 III).

cuando concurren varios responsables o de la víctima cuando esta se expuso imprudentemente al daño (*infra* Nos 263 y 284). En esa misma línea, legislación reciente también introduce consideraciones punitivas al establecer criterios evaluación del daño centrados en las circunstancias de la infracción, facultando a los jueces para conceder una indemnización mayor sobre la base en la gravedad de la conducta del demandado.³⁵⁴

En verdad, diversos factores analizados en párrafos anteriores contribuyen a este estado de cosas. El más evidente es que el daño moral no sea mensurable en dinero, porque afecta bienes que no tienen valor de cambio. En definitiva, se ha entendido que la valoración del daño moral sería necesariamente subjetiva y que su proporcionalidad estaría sustraída al control jurídico, pues la facultad de evaluar el daño pertenecería al denominado poder soberano de los jueces de fondo (*infra* Nº 201).

g) Los problemas que plantean las indemnizaciones punitivas son relevantes con mayor intensidad en sede de daño moral, porque, a diferencia de lo que ocurre con los daños patrimoniales, no pueden calcularse con referencia a un monto objetivamente determinable, que exprese los perjuicios efectivamente sufridos. Por ello, resulta explicable la tensión que muestra la jurisprudencia en la materia. Por lo mismo, a pesar de las justificadas reservas doctrinarias, no es fácil eliminar de la valoración del daño moral elementos retributivos.³⁵⁵

A falta de un ordenamiento legal que tipifique de manera objetiva los daños y los valores en cada caso (como ocurrió en España con el daño moral que se sigue de ciertos daños corporales), parece preferible asumir que la indemnización tiene una función implícita de satisfacción, pero como un complemento acotado de una base objetiva de valoración. El mecanismo más eficaz, como se ha mostrado en otras jurisdicciones del derecho civil y del *common law*, es asumir en la determinación del daño moral baremos indemnizatorios informales, basados en la práctica jurisprudencial vigente, pero que admitan cierta tolerancia para considerar las circunstancias del caso. De ese modo, existiría una referencia más objetiva y menos intuitiva para el establecimiento de las indemnizaciones, cuestión que por lo demás resulta ser un imperativo de seguridad jurídica y de justicia formal (*infra* Nº 208).³⁵⁶

d. Determinación y valoración del daño moral

199. Exigencia de que el interés sea significativo. a) Se ha visto que la definición más precisa del daño moral parece ser la negativa: se trata de bienes

³⁵⁴ Así, por ejemplo, la Ley de protección de datos, cuyo artículo 23 III dispone: “El monto de la indemnización será establecido prudencialmente por el juez, considerando las circunstancias del caso y la gravedad de los hechos”; en un sentido similar, la Ley de propiedad intelectual en el artículo 85 E III dispone que para efectos de determinar el daño moral, el tribunal “considerará las circunstancias de la infracción”.

³⁵⁵ Markesinis 1997 390, con referencia a la práctica jurisprudencial alemana.

³⁵⁶ Es interesante constatar que la Ley Nº 19.996, de garantías de salud, establece criterios puramente compensatorios del daño moral, en la medida que la indemnización debe ser fijada por el juez “considerando la gravedad del daño y la modificación de las condiciones de existencia del afectado con el daño, atendiendo a su edad y condiciones físicas” (artículo 41 I).

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

b) La definición del *umbral de significancia es una cuestión de derecho* que corresponde ir precisando a la jurisprudencia. La experiencia comparada muestra desarrollos desbordadamente expansivos³⁵⁷ y otros definitivamente más moderados.³⁵⁸ En el derecho chileno los intereses morales reconocidos son generalmente significativos y son infrecuentes los fallos que conceden indemnización por molestias o turbaciones carentes de significación propia-mente 'moral'.³⁵⁹

200. La víctima de daños morales tiene derecho a una equitativa compensación. a) Se ha insistido en que a diferencia de lo que ocurre respecto del daño patrimonial, no es fácil discernir un criterio operativo de valoración del daño moral. Como se ha visto, el principio de la reparación integral del daño solo metafóricamente puede ser extendido al ámbito no patrimonial,³⁶⁰ porque simplemente se carece de un denominador común para medir el daño y la reparación, que en el caso del daño patrimonial está dado por el

³⁵⁷ Como parecen ser los casos francés y español. En Francia se denuncia una 'disolución de los caracteres del perjuicio reparable' (Cadiet 1997 39) y, ante el descontrol que ha adquirido el concepto de daño reparable, incluso se ha reclamado la intervención del legislador (Pradel 2004 469). En el derecho español se ha dado lugar a indemnización en casos en extremo discutibles como los enumerados por Pantaleón en Paz-Ares *et al.* 1991 1992: el arrendatario que aparece como incumplidor; el escultor cuya obra es atribuida a un tercero; la molestia de no poder vivir por algún tiempo en la propia casa. Sin embargo, la ley ha establecido baremos respecto del daño moral que se sigue del daño corporal.

³⁵⁸ Es el caso del derecho alemán, donde la jurisprudencia desechó desde temprano la reparación de los 'daños de bagatela', exigiendo una cierta entidad a las molestias o penas para que sean objeto de reparación; el legislador incluyó ese límite doctrinario en la reforma al BGB en materia de obligaciones (§ 253 II); en el *common law* la reparación del daño moral solo procede por daño corporal y por aflicción emocional (Restatement/Torts II § 905) y se extiende, en el derecho inglés, a la pérdida de agrados (*loss of amenities*) de cierta relevancia (Burrows 1994 188).

³⁵⁹ Sin embargo, la indefinición acerca de la relevancia del daño puede llevar a que se otorgue indemnización por daño moral en favor del arrendatario cuyas instalaciones fueron desalojadas de hecho del pequeño local que arrendaba; la flexibilidad del concepto de daño moral permite extremarlo, como en la referida situación de actuación abusiva de hecho (CS, 29.1.2002, F. del M. 498, 676).

³⁶⁰ Así, C. Domínguez 2000 713; sobre la jurisprudencia francesa, Viney/Jourdain 2001 272. Véase, además, la resolución 75/7 del Consejo de Europa que deja en claro que los efectos no patrimoniales del daño corporal no pueden ser efectivamente reparados.

valor de cambio del bien en dinero. Por lo mismo, no es posible definir una suma de dinero que exprese el punto de indiferencia para la víctima entre recibir la indemnización o preservar tales bienes.³⁶¹ La consecuencia, como se ha visto, es que el *quantum* de la indemnización no puede ser concebido como reparación del daño sufrido, a lo más se puede objetivar en términos relativos, esto es, que daños semejantes tengan una indemnización análoga y que las diferencias estén dadas por la importancia comparativa de los distintos tipos de daño.³⁶²

b) Descartada la aplicación efectiva (y no meramente retórica) del principio de la reparación integral del daño no patrimonial, la pregunta crítica de la indemnización es su valoración. Como criterio, no queda más que exigir que esta sea *equitativa*.³⁶³ El criterio de equidad, que es aceptado como regla de valoración del daño moral por códigos recientes,³⁶⁴ limita y da libertad al juez. Por un lado, le impone la carga de justificar la valoración con referencia a criterios objetivos, que atiendan a principios de justicia formal (que casos iguales sean tratados análogamente) y de justicia correctiva (que haya alguna proporción entre la entidad del daño y la indemnización); pero,

³⁶¹ Los economistas han intentado descubrir un criterio equivalente para determinar ese valor, que sería proporcional al gasto adicional que una persona está dispuesta a incurrir para disminuir en un cierto porcentaje el riesgo de perder la vida o sufrir lesiones graves (por ejemplo, incorporando accesorios de seguridad como *air bags* o frenos ABS). Se trata de un criterio observable para medir las preferencias, bajo el supuesto de que la aversión al riesgo es siempre inferior a 1, esto es, que estamos dispuestos a correr ciertos riesgos, que incluso amenazan nuestra vida, para obtener otros beneficios. Estos análisis tienen una doble dificultad: ante todo, porque los cálculos estadísticos acerca de inversión en seguridad no pueden ser extrapolados como criterio de valoración de la vida o la integridad física, en atención a que la preocupación del derecho por indemnizar a la víctima no es equivalente a los criterios de prevención de riesgos (que más bien son importantes a efectos del cuidado exigido, como se ha visto en *supra* N° 66); enseguida, porque el cálculo no concluye en un valor que exprese la 'indiferencia' entre tener la suma de dinero o a un hijo con vida (Cooter/Ulen 1997 189, Posner 1992 191, Cane/Atiyah 1999 136).

³⁶² Alessandri sostenía el principio de que el monto de la reparación depende de la extensión del daño y no de la gravedad del hecho, pero no hacía referencia separada a la evaluación del daño moral; respecto de este último decía, que "los tribunales, más por razones de equidad que jurídicas, lejos de prescindir de la culpabilidad del agente, la toman muy en cuenta, y, según sea más o menos grave, aumentan o reducen la indemnización", con el efecto de considerar en ciertos casos la reparación como pena privada (Alessandri 1943 546).

³⁶³ Los fallos frecuentemente invocan la equidad como criterio de valoración del daño; véase, por ejemplo, Corte de Concepción, 16.10.1998, GJ 225, 98, publicada también en F. del M. 484, 150; CS, 27.3.2002, GJ 261, 80; Corte de Concepción, 20.5.2002, GJ 268, 93; Corte de Santiago, 2.7.2002, GJ 265, 85; Corte de Santiago, 18.11.2002, GJ 269, 90; y Corte de Santiago, 30.5.2003, GJ 275, 97.

³⁶⁴ Así, Cód. hol., § 6.106.1 ("Por el perjuicio que no consista en daño patrimonial tiene el perjudicado derecho a una indemnización de daños a determinar según la equidad"); BGB, § 253 II, incorporado en la reforma del derecho de obligaciones que comenzó a regir en 2002 ("Si se debe indemnizar a consecuencia de una lesión del cuerpo, de la salud, de la libertad o de la autodeterminación sexual, se puede exigir una indemnización equitativa por los daños no patrimoniales"); nuevo Código civil y comercial argentino artículo 1741 ("[e]l monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas").

en contraste, también le deja espacio para corregir esa apreciación más bien objetiva, tomando en consideración las peculiaridades del caso (en particular, la gravedad del ilícito).³⁶⁵

c) En atención a que la determinación del daño no tiene una equivalencia exacta en dinero, se ha fallado que la circunstancia de no haber indicado el actor el monto de la indemnización pedida por el daño moral ocasionado por el accidente no puede causar el vicio de *ultra petita* en la sentencia que determina los perjuicios.³⁶⁶

201. Subjetividad de la determinación del daño moral en la práctica chilena.

a) La determinación del daño moral adolece en el derecho chileno de una radical *subjetividad*. Así lo acepta la jurisprudencia superior, para la cual la determinación del daño moral es objeto de una apreciación prudencial y subjetiva, de modo que se puede fundar en cualesquiera apreciaciones de hecho que los jueces de instancia estimen relevantes, escapando por completo al control jurídico por vía de casación.³⁶⁷ Esa asunción supone renunciar a todo criterio normativo de valoración.

Ese estado de cosas no solo se vincula a la imposibilidad de medir en dinero los daños no patrimoniales. También son determinantes la ausencia de información estadística acerca de las indemnizaciones reconocidas por los tribunales, la tendencia judicial a incorporar aleatoriamente elementos retributivos en la valoración³⁶⁸ y, más de fondo, la aceptación de que sería por completo inevitable que los perjuicios no patrimoniales escapen a todo

³⁶⁵ Aristóteles *Ética Nicomaquea* 5.10.

³⁶⁶ CS, 5.6.1986, F. del M. 331, 384, expresa que basta que en el petitorio de la demanda el actor indique que solicita 'se le pague la cantidad que el tribunal estime de justicia'. Anteriormente, la misma Corte Suprema había confirmado una sentencia que concedió indemnización por daño moral a la cónyuge sobreviviente e hijos de la víctima, no obstante que esta no había sido solicitada en la demanda (Corte de Santiago, 17.6.1941, confirmada por CS [cas. forma y fondo], 27.8.1942 y 3.12.1943, RDJ, t. XLI, sec. 1ª, 430). En concordancia con lo anterior, también se ha fallado que los jueces son libres para apartarse de lo solicitado por el demandante (CS, 2.11.1972, RDJ, t. LXIX, sec. 4ª, 173); en el mismo sentido puede verse Corte de Santiago, 18.11.2002, GJ 269, 90. Sin embargo, en una ocasión, la Corte Suprema casó en la forma una sentencia de la Corte de Santiago precisamente por el vicio de *ultra petita* al calcular la indemnización del daño moral (Corte de Santiago, 9.7.2002, revocada por CS [cas. forma], 12.5.2003, GJ 275, 227).

³⁶⁷ Véanse, por ejemplo, CS, 7.1.2003, GJ 271, 96, donde se señala que el monto de la indemnización es apreciado por los jueces del fondo "en atención al sufrimiento, dolor, o molestia que el hecho ilícito ocasiona en la sensibilidad física o en los sentimientos o afectos de una persona, lo que constituye una apreciación subjetiva que queda entregada solo al criterio y discernimiento de aquellos", de modo que no puede ser objeto de control por vía de casación en el fondo; CS, 27.3.2002, GJ 261, 80, que afirma que el daño moral "afecta la integridad espiritual de una persona, el que es apreciado por el juez de acuerdo a los antecedentes del proceso y la equidad"; CS, 7.5.1998, RDJ, t. XCV, sec. 1ª, 38, que afirma que la regulación de la indemnización por daño moral es facultativa del tribunal, de modo que no puede ser motivo de error de derecho; en el mismo sentido, CS, 3.5.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 5ª, 87; CS, 24.6.2014, rol N° 7.467-2013; CS, 20.8.2015, rol N° 22.835-2014; CS, 29.3.2016, rol N° 2.289-2015; CS, 2.8.2016, rol N° 34.156-2015; y CS, 23.1.2017, rol N° 82.493-2016.

³⁶⁸ *Supra* Nos 142 y 198.

esfuerzo de estandarización (de modo que solo pueden ser evaluados subjetivamente).³⁶⁹

b) De hecho, del análisis de los fallos publicados se infieren criterios muy dispares de apreciación.³⁷⁰ Ante todo, como es natural desde el punto de vista de la función compensatoria de la indemnización, resultan relevantes la intensidad de la aflicción sufrida por la víctima y el valor del bien que ha sido afectado. La comparación de las indemnizaciones muestra, sin embargo, asimetrías asombrosas;³⁷¹ así, por ejemplo, la inmovilidad total y de por vida

³⁶⁹ Corte de Valparaíso, 10.8.1998, F. del M. 478, 1795, que expresa, además, que el daño moral no puede ni es necesario que se acredite; CS, 29.1.2002, GJ 259, 17, publicada también en F. del M. 498, 660, que señala que el daño moral "no tiene parámetros fijos para su apreciación"; Corte de Antofagasta, 10.10.2002, GJ 268, 115, que expresa que el daño moral no requiere ser probado; Corte de Santiago, 30.5.2003, GJ 275, 97, que manifiesta la ausencia de criterios objetivos para evaluar el daño moral. En similar sentido CS, 15.3.2010, rol N° 6-2009; Corte de Temuco, 6.3.2017, rol N° 686-2016 confirmada por CS [cas. fondo], 21.2.2018, rol N° 18.172-2017, que señala que el daño moral no requiere ser acreditado; y CS, 27.9.2017, rol N° 19.165-2017. Contra esta tendencia, véase CS, 27.1.2011, rol N° 249-2009, que señala "[q]ue en torno a la determinación y valoración del daño moral, la doctrina nacional contemporánea tiende a ser crítica respecto de la práctica subjetiva en la valoración de este y ha exhortado a la objetivación o estandarización de los criterios o factores que determinarían su evaluación, en pos de una compensación equitativa de dichos daños. Subyacente a esta idea se encuentran los principios de proporcionalidad (entre el daño y la indemnización, pues la indemnización no constituye pena), el respeto al principio de igualdad -base de al menos un criterio de justicia formal para este fenómeno, vale decir, a iguales daños, indemnizaciones semejantes-; así como también la seguridad y estabilidad de las relaciones jurídicas".

³⁷⁰ En esta sección solo se hace referencia a casos de daño moral sufrido por la víctima directa; los problemas de evaluación del daño moral reflejo son analizados en *infra* § 25 c.

³⁷¹ Esta tendencia debería ser revertida, al menos respecto a los daños causados por lesiones en contexto de accidentes del trabajo y enfermedad profesional, por el baremo jurisprudencial estadístico sobre indemnización de daño moral (disponible en <https://baremo.pjud.cl/BAREMOWEB/>). Sin embargo, respecto a los demás daños, se mantiene la tendencia a fijar indemnizaciones sin que exista un concepto subyacente de proporcionalidad, véanse, por ejemplo, CS, 11.11.1998, F. del M. 480, 2356 (\$ 500 mil por lesiones menos graves de una mujer en accidente de tránsito); Corte de Santiago, 27.11.2009, rol N° 155-2009 (\$ 2,5 millones por lesiones menos graves de una mujer en accidente de tránsito); Corte de Valparaíso, 15.5.2001, confirmada por CS [cas. fondo], 9.10.2001, GJ 256, 144 (\$ 500 mil por puñaladas y robo con violencia); Corte de Copiapó, 21.3.2001, confirmada por CS [cas. fondo], 12.11.2001, GJ 257, 121, publicada también en F. del M. 504, 4090 (\$ 500 mil por lesiones causadas en accidente de tránsito); Corte de Antofagasta, 10.10.2002, GJ 268, 115 (\$ 700 mil por tratos deshonrosos a consumidora en una farmacia, a raíz de una supuesta sustracción de un artículo); CS, 12.8.2002, F. del M. 501, 2006 (\$ 800 mil por lesiones menos graves en accidente de tránsito); Corte de Temuco, 10.8.2000, RDJ, t. XCVIII, sec. 4ª, 27, publicado también en GJ 249, 123 (\$ 1 millón por golpiza en la vía pública a un menor por parte de un adulto); CS, 6.6.2002, GJ 264, 166, publicada también en F. del M. 500, 1555 (\$ 1 millón por lesiones ocasionadas en un accidente automovilístico); Corte de Valdivia, 25.6.2001, GJ 263, 120 (\$ 1,5 millones por lesiones graves y de mediana gravedad a dos menores causadas en un atropello); CS, 4.9.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 1ª, 186 (\$ 1,5 millones por pérdida de acciones civiles y criminales por negligencia de un banco al consignar domicilio de un deudor); Corte de Concepción, 15.9.1999, confirmada por CS [cas. fondo], 10.8.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 5ª, 132 (\$ 2 millones por esguince en un tobillo y contusión en un codo en razón de caída en una vereda sin mantención); CS, 3.5.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 5ª, 87 (\$ 2 millones por anegamiento producido en una vivienda en razón de la defectuosa pavimentación de la

de un joven de 17 años recibió una indemnización idéntica a la lesión sufrida

calle frente a la cual dicho inmueble se encuentra); Corte de Santiago, 31.12.2002, GJ 274, 212 (\$ 2 millones por lesiones graves a raíz de atropello por parte de bus de locomoción colectiva); CS, 24.7.2003, GJ 277, 245 (\$ 2,5 millones por imputaciones falsas hechas por empleador para despedir a un trabajador); Corte de Concepción, 16.10.1998, GJ 225, 98, publicada también en F. del M. 484, 150 (\$ 3 millones por atropello); Corte de Valdivia, 30.3.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 5ª, 105 (\$ 3 millones por detención injustificada de la víctima por el personal de seguridad de un supermercado en razón de una supuesta sustracción de un artículo); Corte de San Miguel, 23.5.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 3ª, 103 (\$ 3 millones por pérdida de movilidad y dolor crónico en muñeca izquierda a raíz de accidente laboral); Corte de Chillán, 12.11.2001, confirmada por CS [cas. fondo], 24.12.2001, GJ 257, 126, publicado también en F. del M. 505, 4643 (\$ 3 millones por manoseos violentos y molestias sexuales en la vía pública a una mujer); CS, 3.6.2002, GJ 264, 114 (\$ 3 millones por lesión en la espalda causada por un disparo con escopeta); CS, 10.3.2003, F. del M. 508, 154 (\$ 3 millones a mujer víctima de incesto por parte de su padre de cuya relación nació un hijo); CS, 27.3.2003, F. del M. 508, 198 (\$ 3 millones a cada una de las cinco menores víctimas de abusos sexuales; también se otorgó indemnización por \$ 2 millones a los padres de dos de las menores); Corte de Santiago, 29.8.2003, GJ 278, 282 (\$ 4 millones por fractura de pierna izquierda con invalidez parcial en accidente de trabajo); Corte de Antofagasta, 15.12.2001, GJ 273, 95 (\$ 5 millones por lesiones ocasionadas en accidente automovilístico a bordo de transporte colectivo); CS, 24.11.2003, GJ 281, 80 (\$ 6 millones por lesiones en rodilla a raíz de caída en la vereda); Corte de Santiago, 10.3.2000, GJ 237, 159 (\$ 7 millones por pérdida de movilidad de extremidad inferior); Corte de Santiago, 1.6.1998, GJ 216, 195 (\$ 8 millones a trabajador accidentado en sus labores); Corte de Santiago, 11.7.2000, GJ 241, 201, confirmada por CS [cas. fondo], 16.10.2000, GJ 244, 163, publicada también en F. del M. 503, 3659 (\$ 10 millones por múltiples fracturas e invalidez total a causa de caída de un poste de alumbrado público); Corte de Concepción, 25.1.2002, confirmada por CS [cas. fondo], 7.5.2002 RDJ, t. XCIX, sec. 5ª, 104 (\$ 10 millones por corte del tendón de Aquiles derecho en razón de mal estado de la vereda); Corte de Santiago, 22.4.2003, GJ 274, 281 (\$ 10 millones por fractura encefálica con ocasión de una caída desde una altura de más de seis metros en accidente laboral); CS, 27.1.1998, GJ 211, 57 (\$ 12 millones por violación sodomítica de menor otorgada a todo el grupo familiar, incluyendo a la víctima); Corte de San Miguel, 23.8.2002, confirmada por CS [cas. fondo], 23.9.2003, GJ 279, 216 (\$ 12 millones por pérdida de dedos índice y pulgar de la mano derecha en accidente laboral); Corte de Santiago, 23.3.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 2ª, 24 (\$ 15 millones por entrega errónea de cadáver a padres de mujer fallecida); Corte de Santiago, 8.9.2003, GJ 279, 188 (\$ 15 millones por inmovilidad de por vida de un joven de 17 años); CS, 27.3.2003, F. del M. 508, 198 (\$ 15 millones por inundaciones causadas por pavimentación defectuosa de vía pública); Corte de Santiago, 7.12.1998, GJ 222, 196 (\$ 18 millones por invalidez total de trabajador a raíz de atropello en el lugar de las faenas); Corte de Santiago, 9.3.1999, GJ 225, 175 (\$ 20 millones por pérdida de un brazo); CS, 30.1.2001, GJ 247, 150 (\$ 20 millones por pérdida de aptitud visual y trauma posterior en atropello); CS, 10.1.2002, GJ 259, 114 (\$ 20 millones por lesiones ocasionadas al demandante en circunstancias que ingresaba al predio del demandado autorizado por una resolución judicial); Corte de Santiago, 2.10.2003, GJ 280, 138 (\$ 20 millones por diagnóstico errado de sida a una joven mujer casada, también se otorgaron \$ 10 millones al cónyuge); CS, 27.4.1998, F. del M. 473, 244 (\$ 30 millones por entrega errónea del mismo rol único nacional a dos personas distintas, lo que produjo finalmente la detención errónea de la víctima); Corte de Concepción, 13.7.1998, confirmada por CS [cas. fondo], 6.9.1998, GJ 219, 168 (\$ 30 millones por amputación completa de una pierna y de parte de la otra); Corte de Santiago, 2.11.2001, GJ 257, 172 (\$ 30 millones por invalidez total en accidente del trabajo); Corte de Concepción, 28.8.2002, GJ 266, 210 (\$ 35 millones por pérdida del antebrazo derecho); Corte Santiago, 17.4.2002, GJ 262, 81 (\$ 50 millones por lesiones corporales graves de dos víctimas de la caída de un helicóptero); Corte de Concepción, 20.5.2002, GJ 268, 93 (\$ 50 millones por

en un hombro a consecuencia de la caída de un tablón y muy inferior a la

amputación de una pierna a raíz de una infección intrahospitalaria); Corte de Santiago, 1.7.2003, GJ 277, 149 (\$ 50 millones por incapacidad parcial en razón de bala alojada en un pulmón); Corte de Santiago, 1.9.2003, GJ 279, 115 (\$ 50 millones a un banco que permitió apertura de cuenta corriente sin poder suficiente); Corte de Santiago, 16.12.2002, GJ 270, 96 (\$ 60 millones por perjuicio cerebral no especificado e inmovilidad de una estudiante universitaria); CS, 14.4.1999, F. del M. 485, 503 (\$ 70 millones por múltiples lesiones en el cráneo, rostro y tórax y \$ 20 millones a hermano por distintas lesiones en accidente donde además falleció el padre de las víctimas; también se otorgaron indemnizaciones a la madre y hermanas de las víctimas); CS, 16.4.1998, F. del M. 473, 301 (3 UF por el lapso de veinte años a menor víctima de apuñalamiento que además presencié el homicidio de su madre); Corte de Santiago, 30.9.2003, GJ 279, 270 (1.500 UF por pérdida de visión en ojo derecho y otras lesiones a ojo izquierdo. La misma tendencia se observa en sentencias más recientes, véanse Corte de Chillán, 7.2.2017, rol N° 322-2016 (\$ 200 mil por daño moral asociado al robo de vehículo en estacionamiento); Corte de Temuco, 19.11.2014, rol N° 817-2014 (\$ 300 mil por las molestias y estrés debido a la destrucción de un sembradío a causa de la negligencia en el cuidado de animales); Corte de Santiago, 20.7.2016, rol N° 743-2016 (\$ 300 mil por daño moral derivado de la infracción a Ley de consumidores consistente en la contradicción entre la publicidad y oferta de las condiciones de garantía de un producto); Corte de San Miguel, 29.7.2016, rol N° 889-2016 (\$ 300 mil por golpes de guardias de seguridad que causan lesiones leves); Corte de La Serena, 2.3.2018, rol N° 202-2017 (\$ 300 mil por la frustración del actor a quien no le fue respetado el valor publicitario de la venta de una camioneta); Corte de Santiago, 13.7.2018, rol N° 1.690-2017 (\$ 300 mil por el estrés post traumático causado en un accidente de tránsito); Corte de Rancagua, 23.3.2018, rol N° 92-2017 y Corte de Temuco, 6.11.2015, rol N° 676-2015 (en ambas, \$ 500 mil por el estrés causado en un accidente de tránsito); Corte de Valparaíso, 5.2.2015, rol N° 3-2015 (\$ 500 mil por el dolor asociado a lesiones en el hombro y esguince cervical causados en un accidente de tránsito); Corte de Concepción, 10.3.2017, rol N° 3-2017 (\$ 500 mil por dolor asociado a una contusión cervical de carácter leve causada en un accidente de tránsito); Corte de Concepción, 23.10.2014, rol N° 117-2014 (\$ 800 mil por fractura de peroné distal y la necesidad de usar una bota de yeso debido a la caída en la vía pública causada por el mal estado de la acera); Corte de Santiago, 11.5.2016, rol N° 261-2016 (\$ 800 mil por el dolor y aflicción causado por la sustracción de especies de un vehículo mientras este se encontraba en el estacionamiento del demandado); Corte de Santiago, 14.10.2016, rol N° 4.968-2016 (\$ 1,5 millones por lesiones de carácter leve en el rostro y daño psicológico causadas en un accidente de tránsito producido por el ingreso de un animal a la autopista); Corte de Santiago, 17.3.2016, rol N° 67-2016 (\$ 3 millones por sustracción de bicicleta de alto rendimiento desde el estacionamiento del demandado); CS, 27.9.2018, rol N° 35.796-2017 (\$ 2 millones por fractura de fémur izquierdo causada en un accidente de tránsito); CS, 21.9.2018, rol N° 6.950-2017 (\$ 3 millones por pérdida de fondos destinados a la vejez y depresión a causa del incumplimiento de deberes fiduciarios del gerente general de una empresa captadora de dineros); CS, 2.5.2018, rol N° 34.410-2017 (\$ 3 millones por daño moral asociado a cargos efectuados por el banco por el uso de una tarjeta de crédito que nunca recibió el actor); Corte de Santiago, 18.11.2015, rol N° 5.958-2015 (\$ 4 millones por detrimento en la calidad de vida debido a ruidos molestos durante dos años a causa de construcción de edificio vecino); CS, 21.2.2018, rol N° 7.085-2017 (\$ 4 millones por esguince cervical grave causados por cuasidelito de lesiones graves); Corte de Santiago, 6.2.2015, rol N° 1.308-2014 (\$ 5 millones por accidente de tránsito que causa lesiones graves y necesidad de terapia psicológica); Corte de Concepción, 1.4.2015, rol N° 703-2013 (\$ 5 millones por fractura tibial y necesidad de usar un implante de titanio en la pierna causados por accidente de tránsito); Corte de Santiago, 7.5.2015, rol N° 1.095-2015 (\$ 5 millones por contusión craneana causada por atropello); Corte de Santiago, 21.8.2015, rol N° 4.078-2015 (\$ 5 millones por acoso de terceros mediante redes sociales y amenazas de muerte tras la emisión de una entrevista de manera parcial y fuera de contexto); Corte de

concedida por el susto provocado por un diagnóstico equivocado de sida o

Valparaíso, 1.7.2016, rol N° 748-2016 (\$ 5 millones por fractura en la muñeca y la imposibilidad de realizar actividades cotidianas tras caída); CS, 8.8.2017, rol N° 97.628-2016 (\$ 5 millones por secuelas estéticas atribuibles al retardo en la atención médica tras una picadura de una araña de rincón); Corte de Santiago, 17.8.2016, rol N° 2.881-2016, confirmada CS [cas. fondo], 27.7.2017, rol N° 70.561-2016 (\$ 5 millones por fractura mandibular grave que causa incapacidad por 45 días); Corte de Valparaíso, 17.10.2017, rol N° 983-2017, confirmada CS [cas. forma], 12.6.2018, rol N° 43.601-2017 (\$ 6 millones por afectación de la calidad de vida, sentimientos de incapacidad y pérdida de independencia, dolor físico y emocional tras accidente de tránsito); Corte de Antofagasta, 17.2.2016, rol N° 878-2015 (\$ 7 millones por lesiones y estrés post traumático luego de una caída causada por el desnivel en la acera); Corte de Santiago, 23.9.2016, rol N° 911-2016 (\$ 7 millones por efecto psicológico tras un accidente de tránsito producido por ingreso de animal a la autopista); Corte de San Miguel, 18.5.2018, rol N° 2.107-2016 (\$ 8 millones de indemnización a cada actora, por conductas de acoso sexual de magistrado, en situación de superioridad jerárquica); CS, 30.10.2014, rol N° 11.857-2014 (\$ 10 millones a cada uno de los cuatro actores por diversos niveles de arsénico y plomo en su sangre a causa del depósito de residuos tóxicos); Corte de Santiago, 10.6.2016, rol N° 557-2016 (\$ 10 millones por molestias derivadas de la interposición de reclamos asociados al uso de una tarjeta bancaria hurtada); Corte de Santiago, 2.2.2018, rol N° 2.300-2017 (\$ 10 millones por asalto a los actores a causa de la negligencia de un guardia de seguridad de un condominio que permitió el ingreso del asaltante); Corte de Valparaíso, 3.11.2017, rol N° 1.638-2017 confirmada CS [cas. forma y fondo], 29.5.2018, rol N° 44.568-2017 (\$ 10 millones por fractura de brazos y muñecas en accidente en la vía pública); Corte de Santiago, 21.12.2015, rol N° 11.030-2015 confirmada por CS, [cas. forma y fondo], 7.6.2016, rol N° 16.327-2016 (\$ 15 millones contra clínica por enviar ficha médica a un tribunal de familia sin oficio que lo solicitara); CS, 25.4.2017, rol N° 34.836-2016 (\$ 20 millones por parálisis cerebral de un paciente que, en estado de gravedad, fue derivado a otro recinto hospitalario por falta de cupos); Corte de Santiago, 13.7.2016, rol N° 433-2016 confirmada por CS [cas. forma y fondo], 13.6.2017, rol N° 65.403-2016 (\$ 20 millones por lesión a la honra a causa de la divulgación de la desvinculación de un funcionario de carabineros por conexiones con banda de narcotraficantes); CS, 28.6.2017, rol N° 76.500-2016 (\$ 20 millones por rotura de matriz de agua potable que inunda la propiedad en que habitan los demandantes); Corte de La Serena, 13.4.2016, rol N° 1.620-2015 (\$ 22 millones por múltiples lesiones y un largo tratamiento médico a causa de un accidente de tránsito); Corte de Concepción, 28.3.2016, rol N° 1.574-2015 confirmada por CS [cas. fondo], 25.5.2017, rol N° 34.793-2016 (\$ 30 millones por infertilidad causada por negligencia médica en el contexto de una cesárea); CS, 18.6.2018, rol N° 18.253-2017 (\$ 25 millones por no comunicar resultado de examen de sida); Corte de Santiago, 4.12.2015, rol N° 9.614-2015 (\$ 30 millones por dolor crónico en el hombro y largo proceso de rehabilitación tras la caída en un supermercado); CS, 12.3.2018, rol N° 3.958-2017 (\$ 30 millones por invalidez a causa de una negligencia médica); CS, 13.11.2017, rol N° 99.898-2016 (\$ 35 millones por sangrado y extirpación del útero a una mujer a quien se le suministró misotrol por más del tiempo debido); Corte de Santiago, 9.12.2016, rol N° 5.267-2016 confirmada CS [cas. fondo], 16.4.2018, rol N° 10.372-2017 (\$ 35 millones por impedir a directora de sociedad anónima realizar sus labores); Corte de Santiago, 21.10.2015, rol N° 7.608-2015 (\$ 40 millones por lesiones graves causadas en un atropello mientras víctima cruzaba con luz verde); Corte de Santiago, 22.4.2016, rol N° 12.962-2015 (\$ 40 millones por sustracción de fotos íntimas de la actora debido a la falta al deber de vigilancia de un capitán del ejército); Corte de Concepción, 21.10.2016, rol N° 2.029-2015 (\$ 41 millones por lesiones graves y hospitalización de seis días tras colisión del vehículo de las víctimas con convoy de la Empresa Ferrocarriles de Estado); CS, 20.8.2015, rol N° 22.835-2014 (\$ 50 millones por divulgación de información íntima obtenida mediante interceptación de comunicaciones con una cámara oculta); CS, 28.7.2016, rol N° 1.832-2016 (\$ 50 millones por invalidez definitiva total causada en accidente de tránsito); Corte de Santiago, 23.9.2016, rol

por la pérdida de un pezón y otras heridas superficiales que se traducían en un perjuicio estético.³⁷²

A veces, las diferencias parecen tener por antecedente los aspectos retributivos que subyacen a la práctica de apreciación del daño moral. Así se explica que las indemnizaciones tiendan a ser mayores cuando el demandado es en particular solvente y que sean sustancialmente inferiores en el caso inverso;³⁷³

N° 5.067-2016 (\$ 50 millones por lesiones gravísimas causadas por atropello de bus a pasajera); CS, 11.5.2017, rol N° 47.936-2016 (\$ 50 por omisión de diagnóstico y tratamiento oportuno de una distonía en la pierna, torso y cabeza, que obligan a la paciente a jubilar por incapacidad); CS, 22.5.2017, rol N° 97.726-2016 (\$ 80 millones por la pérdida de especies incautadas durante el transcurso de una investigación penal por robo millonario de joyas que deja a la víctima en la ruina económica y una evolución hacia la demencia con estados de retraumatización); CS, 12.7.2018, rol N° 11.761-2017 (\$ 100 millones por nacimiento de una hija asfixiada y con daño cerebral grave debido a maniobras clínicas no recomendadas durante un parto); Corte de Santiago, 14.9.2018, rol N° 12.796-2017 (\$ 100 millones por pérdida de agrado o goce, la frustración de expectativas legítimas y daño estético); CS, 15.5.2018, rol N° 8.388-2017 (\$ 100 millones por causa paraplejía y lesiones de carácter grave tras accidente de tránsito); Corte de Santiago, 9.3.2018, rol N° 3.715-2017 (\$ 300 millones por lesión del buen nombre, fama, imagen y reputación comercial de una sociedad anónima a causa de la emisión de información falsa). Es sintomático del caos en la materia que la mayor indemnización haya sido reconocida por daño moral a una empresa comercial.

³⁷² Compárense, respectivamente, Corte de Santiago, 8.9.2003, GJ 279, 188 (\$ 15 millones por inmovilidad de por vida de un joven); Corte de Santiago, 8.4.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 5ª, 94 (\$ 15 millones por lesiones en el hombro a una mujer que se cayó desde un tablón); Corte de Santiago, 2.10.2003, GJ 280, 138 (un total de \$ 30 millones por diagnóstico erróneo de sida por un laboratorio); Corte de Concepción, 6.3.2002, confirmada por CS [cas. fondo], 6.3.2002, GJ 274, 59 (\$ 65 millones por pérdida de un pezón y necrosis en el tejido de una mama). Compárense también, Corte de Concepción, 1.4.2015, rol N° 703-2013 (\$ 5 millones por accidente de tránsito que causa lesiones graves, fractura tibial, y la necesidad de usar un implante de titanio en la pierna); Corte de Valparaíso, 1.7.2016, rol N° 748-2016 (\$ 5 millones por caída en casino de juegos, que causa fractura en la muñeca de la actora); CS, 18.6.2018, rol N° 18.253-2017 (\$ 25 millones por no comunicar resultado de examen de sida, lo que impidió que se diera un tratamiento paliativo de la enfermedad en su etapa temprana); Corte de Santiago, 9.12.2016, rol N° 5.267-2016 confirmada CS [cas. fondo], 16.4.2018, rol N° 10.372-2017 (\$ 35 millones por impedir a directora de sociedad anónima realizar sus labores, junto con impedirle concurrir a las sesiones de directorio).

³⁷³ De la comparación de los fallos se infiere que las condenas mayores tienen por obligado al Estado o a empresas y que, por el contrario, en casos de agresores de pocos recursos, la indemnización se tiende a fijar en el límite de sus capacidades. En el primer grupo de casos, Corte de Concepción, 25.10.2005, rol N° 737-2005, confirmada por CS [cas. fondo], 5.6.2006, rol N° 6.118-2005, en una condena al Estado por una suma total exorbitante de \$ 240 millones, por el mal estado de los cubrecantos que protegían la acera de un puente, que se levantaron a consecuencias de un choque en que el estado de la vía no tuvo incidencia causal y que tuvo resultados fatales para el pasajero de uno de los vehículos; las reparaciones totales por daño moral reflejo exceden los US\$ 450.000; esta suma sería impensable para un accidente de ese tipo en países muchas veces más ricos (que usualmente solo reconocen reparación del daño patrimonial reflejo); así, en la tablas alemanas de daño moral, la sentencia más gravosa, en un conjunto de más de 3.000 fallos, es por € 500.000 a favor de un paciente tetrapléjico de por vida (Hacks/Ring/Böhm 2004 536); en el Reino Unido, las tablas de daño moral del *Judicial Studies Board* establecen £ 322.060 para un accidente que produzca tetraplejía perpetua en la víctima (*Guidelines for the Assessment of General Damages in Personal*

y que la gravedad del ilícito y de sus circunstancias también sea explícita o implícitamente relevante.³⁷⁴

c) En definitiva, del análisis de la jurisprudencia se sigue que la apreciación del daño moral se efectúa por los jueces en la forma de sumas globales, incorporando en un conjunto diversos elementos que se aprecian subjetiva y aleatoriamente. La doctrina nacional reciente tiende a ser crítica de esta práctica subjetiva de valoración y ha instado a que al menos se describan precisamente los daños que son indemnizados y se señalen con precisión los factores que determinan la avaluación.³⁷⁵

Injuries Cases 2017, 2 a). Otros ejemplos en que el bolsillo del demandado parece determinar el monto de la indemnización en Corte de Santiago, 1.9.2003, GJ 279, 115 (\$ 50 millones a banco que permitió la apertura de una cuenta corriente sin poder suficiente); CS, 3.4.2017, rol N° 18.306-2016 (\$ 120 millones por muerte de menor de edad debido a negligencia médica); CS, 17.4.2018, rol N° 18.225-2017 (\$ 120 millones contra el Fisco por falta de alerta de maremoto); Corte de Santiago, 23.8.2016, rol N° 3.552-2016 (condena a empresa en \$ 180 millones por accidente de tránsito); CS, 12.7.2018, rol N° 11.761-2017 (\$ 100 millones por maniobras clínicas no recomendadas durante un parto); y Corte de Santiago, 9.3.2018, rol N° 3.715-2017 (\$ 300 millones a canal de televisión por emisión de información falsa). Por otro lado, en CS, 19.5.1999, F. del M. 486, 730, se estableció una indemnización de \$ 500 mil por agresión con resultado de muerte, con expresa declaración de que el monto se fija en atención a los limitados ingresos del responsable; en CS, 16.4.1998, F. del M. 473, 301 (pensión vitalicia de 3 UF en caso de homicidio de la madre y heridas a la demandante). Rubio 2005 N° 67 muestra que las condenas al Estado por daño moral que se sigue de la muerte son cinco veces mayores que las que afectan a personas naturales y casi tres veces mayores a las de empresas privadas. La revisión de los antecedentes de los casos analizados también permite intuir que las indemnizaciones son fijadas en niveles sustantivamente más bajos cuando se trata de demandados en estado de pobreza. Sobre la influencia de la condición de las partes en la valoración del daño, véase también López 1971 *passim*. La sentencia Corte de Santiago, 18.10.2016, rol N° 7.585-2015 rebaja el monto de la indemnización por daño moral de \$ 300 millones a \$ 45 tomando en consideración las facultades económicas de quien debe soportar el pago de la indemnización. Sin embargo, sentencias más recientes han tendido a negar la cuantificación de la indemnización sobre la base de la capacidad económica de los litigantes, señalando que se trataría de elementos ajenos a la responsabilidad extracontractual. En este sentido, la sentencia CS, 21.3.2016, rol N° 31.061-2014 señala que “la indemnización debe medirse por el daño causado y no por la hacienda del agente”. Véase también, Corte de Santiago, 20.10.2015, rol N° 6.832-2015; y CS, 18.1.2017, rol N° 94.958-2016. En materia contractual, se ha dicho que “transforma la función del sistema de responsabilidad, al introducir una categoría ajena a nuestro sistema, como es el daño punitivo” (Corte de Antofagasta, 12.6.2015, rol N° 1.577-2014). Un argumento a favor de considerar la capacidad económica de las partes como criterio de determinación del daño moral en Pino 2018 497.

³⁷⁴ Así se explica que se haya concedido reparación por daño moral, además del patrimonial, en el caso del comprador de un establecimiento de comercio que retiró de manera abusiva e inconsulta las instalaciones del arrendatario de un local (CS, 29.1.2002, F. del M. 498, 676), o que se haya concedido \$ 80 millones por la pérdida de especies incautadas durante el transcurso de una investigación penal (CS, 22.5.2017, rol N° 97.726-2016). Véase también CS, 12.7.2011, N° 2.765-2009; CS, 20.8.2015, rol N° 22.835-2014; CS, 6.6.2016, rol N° 35.324-2015; y Corte de Santiago, 14.2.2017, rol N° 958-2016.

³⁷⁵ Es la conclusión del estudio de C. Domínguez 2000 701; una ordenación de los criterios que la jurisprudencia utiliza para justificar la valoración del daño moral, en M. Letelier 1994 61; véase también Díez 1997 254 y Corral 2013 383-384.

202. Conveniencia de racionalizar la avaluación del daño moral. a) El postulado de la compensación equitativa de los daños no patrimoniales impone dos exigencias difíciles de cumplir, en atención a la naturaleza de estos daños. Ante todo, debe haber una cierta *proporcionalidad* entre el daño y la indemnización, porque de la circunstancia de que los daños morales no sean mensurables en dinero no se sigue la imposibilidad de comparar sus diversas intensidades. Pero, además, debe observarse el criterio básico de justicia formal, que se funde en el principio de *igualdad*,³⁷⁶ en cuya virtud a iguales daños le sean atribuidas indemnizaciones semejantes, con independencia de la condición de la víctima, porque no hay razón para que en la valoración del daño moral se atienda a su fortuna o posición social.³⁷⁷

A las anteriores consideraciones de justicia se agregan requerimientos de utilidad y de seguridad jurídica, que aconsejan estandarizar las indemnizaciones para transformar en razonablemente previsibles las consecuencias de los actos ilícitos. La indeterminación de la reparación de los perjuicios morales dificulta la posibilidad de asegurarlos y crea incentivos imprecisos al cuidado que deben emplear los agentes de riesgo. Por último, la objetivación de la avaluación produce el efecto de neutralizar la tendencia a mezclar consideraciones punitivas en la compensación del daño moral (obligando, al menos, a que estas aparezcan como correctivos explícitos de equidad, que justifican alejarse de las valoraciones estandarizadas).

b) En la práctica comparada se ha mostrado la conveniencia de formular *baremos estadísticos o técnicos* para algunas categorías de perjuicios, especialmente en materia de daño corporal.³⁷⁸ Estos baremos suelen ser confeccionados con la ayuda de expertos (médicos, jueces) o sobre la base de antecedentes estadísticos (especialmente, precedentes judiciales y transacciones de empresas aseguradoras). Las tablas son recogidas por la legislación (como para los accidentes de la circulación en España)³⁷⁹ o recogen prácticas judiciales respaldadas por publicaciones judiciales o científicas.³⁸⁰ En nuestro país ha

³⁷⁶ En la literatura chilena, véanse C. Domínguez 2000 714, Corral 2013 162, Court 2004 90.

³⁷⁷ Burrows 1994 138; Busnelli 2000 190 señala las orientaciones del grupo europeo de expertos en materia de resarcimiento del daño no patrimonial: ante todo, se planteó el desafío de poner término a la anarquía en la avaluación; enseguida, la necesidad de buscar criterios de racionalización y de garantía de igualdad; en especial se coincidió en que la reparación debía ser independiente de los ingresos de la víctima y que debía ser objeto de evaluación o, al menos, de constatación médica (*idem* 193).

³⁷⁸ “Baremo” es un galicismo aceptado por la Real Academia Española (originado en el nombre del matemático François Barrême), que consiste en un cuadro o lista de tarifas utilizados para avaluar algunos daños corporales.

³⁷⁹ Ley 30/1995, que estableció una cuantificación legal del daño moral que corresponde a cada tipo de lesiones que se siguen de accidentes de circulación (de acuerdo con el criterio del legislador, en cuanto establece criterios de valoración del daño moral, Vicente 1994 324, L. Díez-Picazo 1999 220).

³⁸⁰ En Francia, las cortes de apelaciones poseen tablas indicativas recogidas en forma periódica, entre otras, por la *Gazette du Palais*; la práctica judicial tiende a alinearse con estos criterios de valoración meramente indicativos (Le Tourneau/Cadiet 2002/03 N° 409, Viney/Jourdain 2001 133 y 199); el proyecto de reforma del derecho de la responsabilidad civil, sometido a consulta en marzo de 2017, establece la facultad de fijar baremos por acto

comenzado a recogerse la práctica de formular baremos estadísticos que permitan estandarizar en cierta medida la determinación del daño moral (*infra* N° 208 c). Asimismo, cierta legislación ha introducido explícitamente criterios de evaluación de esta clase de daño.³⁸¹

A falta de norma legal, los baremos cumplen la función de una directiva informal, que se ha mostrado muy fértil para lograr un mínimo de coherencia en la jurisprudencia. Como se expresa en la presentación de las tablas inglesas, estas tienen por función esencial 'destilar la sabiduría convencional de los fallos recogidos', quedando los jueces en libertad para valorar las circunstancias del caso, porque las directivas contribuyen como 'un punto de partida en la tarea de declarar la indemnización en cada caso particular'.³⁸² En circunstancias que los baremos son especialmente valiosos para la evaluación de las consecuencias del daño corporal, se volverá sobre la materia al tratar ese concepto de daño (*infra* N° 208).

203. Control jurídico de los criterios de evaluación. La jurisprudencia estima que la determinación del daño moral es una cuestión de hecho que no puede ser objeto de control jurídico por el tribunal de casación. Esta práctica plantea la dificultad de que no se pueden establecer estándares generales de valoración del daño. En efecto, no solo la valoración en concreto, sino

administrativo (art. 1271). En Alemania, la reparación sigue las directivas informales que se expresan en las 'Tablas de Daño Moral' (*Schmerzensgeldtabellen*) que se publican de manera periódica y que contienen estadísticas de montos reconocidos por los tribunales; entre las más influyentes, *Slizyk Beksche Schmerzensgeldtabelle*, Munich: Beck, 4ª edición, 2001; Hacks/Ring/Böhm 2004; esta última publicación privada recoge 3.029 casos de valoración de daños corporales, con descripción del daño corporal sufrido y de las precisas consecuencias médicas que de él se siguen; las indemnizaciones van desde € 50 por la herida de un centímetro, sin consecuencias posteriores, debida a la mordedura de un perro a un niño de 9 años, hasta € 500 mil por graves daños cerebrales de un niño que queda con severos defectos motores en todas las extremidades y retardo mental a consecuencia de un grave error médico; la media estadística de los tres mil casos es de aproximadamente € 6 mil. En Inglaterra, *The Judicial Studies Board* (JSB) publica periódicamente directivas para el establecimiento de perjuicios en casos de daño corporal (*Guidelines for the Assessment of General Damages in Personal Injuries*). A diferencia de las tablas alemanas, que contienen una descripción en concreto de las lesiones y de las características relevantes de cada caso, las directivas inglesas son el resultado de un trabajo de sistematización en que participan abogados y especialistas en daños corporales, bajo el patrocinio del Judicial College; las directivas están construidas a partir de una clasificación de los daños corporales en 13 capítulos. Cada capítulo comprende en detalle los tipos concretos de lesiones y atribuye a cada uno un rango indemnizatorio basado en la práctica judicial y en la estimación médica de su significación relativa.

³⁸¹ Legislación reciente que reconoce explícitamente el daño moral, contempla parámetros objetivos de evaluación. Este es el caso de la Ley de propiedad intelectual (art. 85 E III), que exige al tribunal la consideración de (i) las circunstancias de la infracción, (ii) la gravedad de la lesión, (iii) el menoscabo producido a la reputación del autor, y (iv) el grado objetivo de difusión ilícita de la obra. Herramientas como estas representan un significativo hacia la estandarización de la evaluación del daño moral.

³⁸² *Guidelines for the Assessment of General Damages in Personal Injuries*. Sin embargo, la guía no solo pretende dar lineamientos a los jueces, sino que refleja y sistematiza la labor judicial.

también los *criterios* de valoración del daño son tenidos usualmente por cuestiones de hecho, que escapan al control jurídico, aunque fallos recientes muestran que esta tendencia podría revertirse.³⁸³ Como se ha visto (*supra* N° 201), la calificación de la valoración como puramente subjetiva (esto es, ajena a todo criterio vinculante), dificulta en forma severa la homologación.

Sin embargo, la experiencia enseña que para que haya progresos en la determinación y valoración de los daños morales es necesario que exista algún control jurisdiccional.³⁸⁴ La cuestión no es menor si se atiende a que está en juego el principio de igualdad ante la ley, que, además de su expresión constitucional, es fundante de la relación de derecho privado.

De exigirse como cuestión de derecho que los jueces de instancia justifiquen la apreciación del daño moral, con debida consideración de las prácticas de valoración de los distintos tipos de daños, siguiendo el requisito de fundamentación de las sentencias impuesto por el artículo 170 N° 4 del Código de Procedimiento Civil, se podría producir una combinación de los factores que hacen posible una apreciación propiamente *equitativa* del daño. Esta plantea, por un lado, la exigencia de justicia formal de que haya una cierta igualdad y proporcionalidad relativa de las indemnizaciones y, por otro, la apreciación prudencial y explícita de las circunstancias que justifican, en el caso particular, que la indemnización sea superior o inferior a la establecida por esas prácticas judiciales. Para ello convendría distinguir entre las bases de apreciación del daño (que responden a una cuestión de derecho, revisable en sede de casación) y la apreciación en concreto de las circunstancias del caso (que es una cuestión de hecho).³⁸⁵ En definitiva, la observancia de criterios generales a ser considerados por los jueces al fijar el *quantum* de la indemnización, evita que la categoría del daño moral se transforme en un instrumento *ad hoc* que no soporte exigencias fundamentales de justicia formal: que iguales casos sean tratados igual y que diferentes sigan un patrón de evaluación.

e. Daño moral que se sigue del daño corporal

204. Consecuencias no patrimoniales del daño corporal. a) Los atentados a la integridad física constituyen la causa más frecuente de daño moral. En verdad, las potencialidades de la vida contemporánea guardan una inevitable correlación con un aumento exponencial de los riesgos cotidianos.³⁸⁶ Puede afirmarse que el desarrollo del derecho de la responsabilidad civil

³⁸³ Con referencia a la primera edición de este tratado, la Corte Suprema ha distinguido "entre bases de apreciación del daño (que responden a una cuestión de derecho, revisable en sede de casación) y la apreciación en concreto (que responden a una cuestión de hecho), correspondiendo, por tanto, las primeras a cuestiones de derecho y las segundas a cuestiones de hecho", CS, 21.3.2016, rol N° 31.061-2014.

³⁸⁴ Pantaleón en Paz-Ares *et al.* 1991 1993; véase también *infra* N° 713.

³⁸⁵ Así, la jurisprudencia española (Yzquierdo en Reglero 2002 a 1153).

³⁸⁶ Un excepcional desarrollo de esta idea, que usualmente es objeto de análisis muy triviales, en Calabresi 1985 1.

en el último siglo se explica principalmente en razón del aumento de los daños corporales que se siguen de accidentes laborales, del consumo y de la circulación.

b) A menos que haya norma especial, el daño corporal no es una categoría diferente del daño moral y del patrimonial (*supra* N° 149). Lo peculiar del daño corporal radica en los efectos específicos de naturaleza patrimonial y extrapatrimonial que se siguen de las lesiones: la invalidez, la pérdida de conciencia, la disfunción de órganos vitales, la amputación de extremidades, las cicatrices faciales y los demás efectos dañosos que se pueden seguir de un accidente que afecta la integridad física de la persona. Las consecuencias morales y patrimoniales de diversos tipos e intensidades que se derivan de esos daños deben ser valoradas por separado. La noción de daño corporal, que a veces es asumida como una categoría autónoma de daño,³⁸⁷ tiende a opacar la determinación de los perjuicios, porque arriesga disolver en un conjunto holístico daños de naturalezas típicamente patrimonial y extrapatrimonial.

c) El esquema de análisis más simple para calificar los daños morales derivados de un atentado a la integridad física distingue los males que el accidente positivamente provoca en la víctima (sus sufrimientos y aflicciones) y las eventuales privaciones del goce de ciertos bienes (la disminución de las capacidades de disfrutar de una buena vida).³⁸⁸ En el primer grupo, denominado usualmente *pretium doloris*, se incluyen los sufrimientos físicos y psíquicos que se siguen de una lesión corporal. En el segundo, denominado *perjuicio de agrado*, se incluyen las repercusiones extrapatrimoniales futuras que limitan la capacidad de la víctima para disfrutar de las ventajas de la vida (la dificultad para establecer una vida de relación, para desarrollar actividades de esparcimiento y cualesquiera otras semejantes).³⁸⁹

La experiencia nos enseña que el dolor o aflicción es mensurable con más facilidad que la pérdida de oportunidades de la vida, pues la individualidad y la complejidad de los agrados de la existencia dificultan su medición objetiva e imposibilita las comparaciones (es difícil valorar la expectativa del niño inválido que quería ser atleta o de la joven desfigurada que soñaba con ser reina de belleza). Por eso también a este respecto es necesaria una cierta objetividad, atendiendo a las expectativas de una persona que presenta las características más típicas de la víctima.

³⁸⁷ Pradel 2004 336, llega a plantear un *daño corporal puro* que pudiere ser considerado con independencia de sus efectos patrimoniales y extrapatrimoniales; otros autores subordinan estos efectos a la categoría genérica e independiente de daño corporal (Vicente 1994 *passim* y 322, Elorriaga 1995 4).

³⁸⁸ *Supra* N° 192.

³⁸⁹ Este esquema corresponde muy cercanamente a la distinción usual en el *common law* entre *pain and suffering* y *loss of amenities*. Una proposición similar, aunque contaminada por las imbricaciones del derecho civil con el régimen de asistencia social francés, en Viney/Jourdain 2001 267. En el derecho chileno se acostumbra incluir en el *pretium doloris* el dolor físico y el psicológico; así, Alessandri 1943 224 y jurisprudencia constante, ejemplarmente, Corte de Santiago, 16.12.2002, GJ 270, 96; Corral 2013 149 insinúa separarlos, pero para indemnizar el dolor físico como 'daño corporal' y el sufrimiento psíquico como 'daño moral', en una distinción que carece de sustento en las categorías de daño del derecho civil.

d) Muchos de los tipos de daños que ha desarrollado la jurisprudencia comparada presentan la característica de expresar tanto el dolor físico y psicológico, como la pérdida de oportunidades de llevar una vida de agrado. Es el caso, por ejemplo, del llamado perjuicio estético. Las heridas que dejan cicatrices causan dolor físico, disminuyen la autoestima y privan de oportunidades en la vida de relación. Más que de categorías de daños que merezcan un tratamiento separado, se trata de lesiones que típicamente producen ciertos tipos de perjuicios no patrimoniales, que se relacionan entre sí.

205. El sufrimiento como daño (*pretium doloris*). a) Ante todo, el daño moral que se sigue de lesiones corporales presenta la forma de una *aflicción física y mental*, que tiene por causa el accidente. Se trata de un daño positivo, consistente en cualquiera forma significativa de sufrimiento. Comprende, por ejemplo, el dolor que se sigue directamente de las heridas y del tratamiento médico, la pérdida de autoestima de quien está físicamente desfigurado y la conciencia de la propia incapacidad. Su intensidad está dada por la naturaleza del daño y por su duración. La indemnización de este tipo de daño expresa propiamente un *pretium doloris*.

La jurisprudencia nacional atribuyó al daño moral una acepción casi exclusivamente ligada al *pretium doloris*.³⁹⁰ En ello influyeron la experiencia comparada³⁹¹ y la circunstancia de que históricamente el único perjuicio alegado era el dolor físico (en especial con ocasión de las lesiones causadas en accidentes ferroviarios) o la aflicción por la pérdida de un familiar cercano (*infra* N° 231). A ello contribuyó también la doctrina nacional de la primera mitad del siglo XX, que consideró exclusivamente el sufrimiento actual, ignorando la otra manifestación elemental del daño, la pérdida de agrados que contribuyen a una buena vida. Aunque estudios y jurisprudencia más recientes introducen esta diferenciación, todavía existen fallos que continúan utilizando la expresión *pretium doloris* como sinónima de todo tipo de daño moral.³⁹²

³⁹⁰ Este concepto de daño moral ha sido ampliamente recogido por la jurisprudencia nacional. Por ejemplo, se ha fallado 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); "el daño moral consiste en el dolor, la aflicción, el pesar que causa en los sentimientos o afectos el hecho ilícito, ya sea en la víctima o en sus parientes más próximos" (Corte de Santiago, 3.6.1973, RDJ, t. LXX, sec. 4°, 65). En este sentido puede también consultarse, Corte de Valparaíso, 10.8.1998, F. del M. 478, 1795; Corte de Valparaíso, 20.10.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 2°, 95; Corte de Santiago, 23.3.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 2°, 24; CS, 27.3.2002, GJ 261, 80; Corte de Santiago, 17.4.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 2°, 31, publicada también en GJ 262, 81; y CS, 27.3.2003, F. del M. 508, 198.

³⁹¹ Así ocurre en la tradición francesa, pero también en la alemana, que utiliza el concepto de *Schmerzensgeld* (*pecunia doloris*) para referirse a este tipo de daños (BGB, § 253).

³⁹² En general, sin embargo, ello ocurre en el contexto apropiado de daños que consisten en sufrimiento o aflicción. En 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

b) El daño corporal puede estar asociado tanto al dolor físico como a la aflicción puramente psíquica o mental. Una herida que desfigura la cara puede no haber producido demasiado dolor físico, pero es evidente que provoca una severa angustia en una joven (la que puede estimarse significativamente superior a la que sufriría un viejo profesor de derecho). En otras palabras, el *pretium doloris* no es indiferente a la naturaleza e intensidad de los males psíquicos o mentales que a consecuencia del daño corporal sufre la víctima, atendidas su edad y su sexo y la duración de los padecimientos.³⁹³

En el derecho chileno, es usual que los fallos otorguen una compensación por la autoestima perdida como consecuencia de lesiones corporales³⁹⁴

un establecimiento de comercio (Corte de Valdivia, 30.3.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 5ª, 105); al 'sufrimiento y angustia' que produce el uso por un tercero de una creación intelectual (CS, 2.11.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 1ª, 212); al 'sufrimiento o afección 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). Véanse además 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, 132, 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 266, 210; Corte de Santiago, 31.12.2002, confirmada por CS [cas. fondo], 30.4.2003, GJ 274, 212; CS, 3.4.2003, F. del M. 509, 387; Corte de Santiago, 30.5.2003, GJ 275, 97; Corte de Concepción, 19.8.2003, confirmada por CS [cas. fondo], 24.12.2003, GJ 282, 61. En la doctrina, Alessandri 1943 224 y O. Tapia 1941 176 asimilan el daño moral al *pretium doloris*; críticos de esta generalización C. Domínguez 2000 58 y Díez 1997 82. Fallos más recientes tienden a definir el daño moral en términos más amplios, reconociendo otros intereses dentro del concepto, tales como los atributos de la personalidad, el perjuicio de agrado y el perjuicio de afección (CS, 7.8.2013, rol N° 3.582-2012; Corte de Antofagasta, 6.8.2012, rol N° 278-2012; CS, 27.11.2014, rol N° 12.048-2013; CS, 24.6.2015, rol N° 26.515-2014; CS, 20.8.2015, rol N° 22.835-2014; CS, 1.6.2016, rol N° 10.649-2015; CS, 30.11.2016, rol N° 23.978-2016; CS, 7.12.2016, rol N° 8.118-2016; CS, 27.12.2016, rol N° 33.990-2016; CS, 25.4.2017, rol N° 34.836-2016; CS, 13.11.2017, rol N° 99.898-2016; y CS, 24.1.2018, rol N° 33.865-2017). Sin embargo, ciertas sentencias mantienen la sinonimia entre *pretium doloris* y daño moral (Corte de San Miguel, 18.5.2018, rol N° 2.107-2016; y Corte de Concepción, 8.6.2018, rol N° 64-2018).

³⁹³ En Inglaterra, se señala explícitamente que las diferencias entre hombre y mujer para daños en la cara no se justifican. Sin embargo, la edad e impacto subjetivo, social, doméstico y laboral sí son criterios a tener en cuenta para determinar el monto a indemnizar por desfiguraciones faciales. (*Guidelines for the Assessment of General Damages in Personal Injuries* 2017, capítulo 9). En este sentido, la sentencia Corte de Valdivia, 17.6.2014, rol N° 234-2014 utiliza la edad de la víctima como criterio de ponderación del daño moral.

³⁹⁴ A este respecto pueden consultarse las siguientes sentencias: CS, 23.8.1951, RDJ, t. XLVIII, sec. 4ª, 186; Corte de Santiago, 17.6.1960, RDJ, t. LVII, sec. 4ª, 144; Corte de Santiago, 9.8.1960, RDJ, t. LVII, sec. 4ª, 229; CS, 28.12.1981, RDJ, t. LXXVIII, sec. 4ª, 235; Corte de Santiago, 21.3.1984, RDJ, t. LXXXI, sec. 4ª, 35; CS, 3.12.1997, RDJ, t. XCIV, sec. 3ª, 198; Corte de Santiago, 24.5.1999, GJ 227, 138; 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 Santiago, 1.7.2003, GJ 277, 149; Corte de Santiago, 30.9.2003, GJ 279, 270; CS, 24.11.2003, GJ 281, 80; CS, 27.11.2003, GJ 281, 64; Corte de Valparaíso, 15.9.2010, rol N° 227-2010 confirmada CS

o de mutilaciones de miembros,³⁹⁵ extendiendo la indemnización más allá del dolor físico sufrido.

En verdad, el sufrimiento psíquico que acompaña al daño corporal puede adoptar dos formas principales: por un lado, el dolor físico sufrido por la víctima en razón del accidente, lo que incluye malestar, insomnio, y otras manifestaciones semejantes; por otro lado, la víctima sufre daño moral en sentido más estricto, que se traduce en depresión, pérdida de autoconsideración y en otros efectos psicológicos que se derivan del accidente.³⁹⁶ La mayor dificultad radica en la imposibilidad de medir caso a caso la intensidad de estos daños (a diferencia de lo que ocurre con el daño patrimonial). Por eso, el derecho solo se limita a discriminar cuáles de estos sufrimientos son dignos de protección (*supra* N° 145), procurando que iguales lesiones tengan la misma razonable compensación. En definitiva, no es fácil para el derecho penetrar en estos sentimientos, de modo que el propósito emprendido con frecuencia por la jurisprudencia de medir la intensidad subjetiva de estos daños suele llevar por caminos muy oscuros.

Estas dificultades provocan que una cierta estandarización de los sufrimientos resulte inevitable para el derecho civil (como ocurre con el cuidado debido). Por eso, parece prudente asumir que "las lesiones o menoscabos a los sentimientos de una persona (...) deben ser producidos por actos o hechos que determinen en la generalidad de las personas tal detrimento; esto es, deben ser hechos o actos que por sí mismos puedan generar ese daño moral, y no que el menoscabo se derive de una especial sensibilidad de la víctima".³⁹⁷

206. Pérdida de oportunidades de la vida (*perjuicio de agrado*). a) Como se ha mostrado, por analogía al daño emergente y al lucro cesante, el perjuicio no patrimonial proveniente de atentados a la integridad física puede generar, a la vez, un efecto concreto de malestar o aflicción (representado por

[cas. forma y fondo], 3.12.2010, rol N° 8.088-2010; Corte de Valdivia, 22.12.2010, rol N° 676-2010; Corte de San Miguel, 28.5.2012, rol N° 82-2012; CS, 28.3.2013, rol N° 3.844-2010; Corte de Concepción, 17.4.2014, rol N° 1.630-2013 confirmada por CS [cas. fondo], 14.8.2014, rol N° 11.822-2014; Corte de Santiago, 20.6.2014, rol N° 7.221-2013; CS, 11.8.2015, rol N° 735-2015; Corte de La Serena, 26.1.2016, rol N° 185-2015; CS, 29.6.2017, rol N° 55.174-2016; y CS, 14.11.2017, rol N° 19.047-2017.

³⁹⁵ Ejemplos de esta especie de daño moral pueden encontrarse en las siguientes sentencias: Corte de Santiago, 5.5.1933, confirmada por CS [cas. fondo], 14.9.1934, RDJ, t. XXXII, sec. 1ª, 10, en un caso de daño ocasionado por la pérdida de una pierna; y Corte de Santiago, 25.5.1945, confirmada por CS [cas. fondo], 13.6.1946, RDJ, t. XLIII, sec. 1ª, 495, en un caso en que la víctima sufrió la amputación de un brazo. Véase también Corte de Santiago, 9.3.1999, GJ 225, 175; y Corte de San Miguel, 23.8.2002, confirmada por CS [cas. fondo], 23.9.2003, GJ 279, 216; y CS, 24.11.2014, rol N° 2.547-2014.

³⁹⁶ Vicente 1994 185, con amplias referencias bibliográficas al derecho español y francés.

³⁹⁷ Corte de Santiago, 5.11.1991, RDJ, t. LXXXVIII, sec. 2ª, 136. En el mismo sentido, Corte de Concepción, 12.4.2012, rol N° 226-2012; Corte de Concepción, 2.10.2016, rol N° 551-2015; Corte de Santiago, 11.5.2016, rol N° 261-2016; y Corte de Concepción, 22.9.2016, rol N° 438-2016.

el dolor físico y espiritual) y una pérdida de beneficios que ofrece la vida (representada por los planes de vida frustrados y los agrados ordinarios de que es privada la víctima del accidente). Esta última categoría representa una privación de las ventajas de la vida, que muy genéricamente puede ser llamado *perjuicio de agrado*.³⁹⁸

El perjuicio de agrado es conceptualmente diferente del dolor físico o mental. Consiste en la *privación de agrados normales de la vida*; en la pérdida de la oportunidad de disfrutar de aspectos importantes de la existencia.³⁹⁹ Son típicamente perjuicios de este orden la incapacidad para el desplazamiento y la entretención, para la lectura o la audición, para una actividad sexual normal y la procreación, para el disfrute de los sentidos, incluso del gusto, y, en general, todo aquello que perturba los disfrutes ordinarios de la vida.

b) Algunos sistemas jurídicos distinguen expresamente el perjuicio de agrado del dolor o aflicción. Como se ha visto, la distinción es asumida expresamente en el derecho inglés, que se refiere al daño no patrimonial como comprensivo de *pain and suffering* y de *loss of amenities*. Sin embargo, la doctrina es escéptica acerca del efecto de la distinción, porque si bien se trata de perjuicios conceptualmente diferentes, sus efectos se superponen, con el consecuente riesgo de que se reconozca una doble indemnización (la pérdida de autoestima y la pérdida de oportunidades en la vida de relación que se siguen de una cicatriz horrible están demasiado unidas como para que pueda atribuírseles valores reparatorios independientes);⁴⁰⁰ por lo mismo, la jurisprudencia inglesa tiende a otorgar sumas globales, atendiendo a la naturaleza del daño corporal y a circunstancias típicas de la víctima, que son comprensivas de ambos capítulos de daño, de modo que la distinción tiene un efecto más bien analítico.⁴⁰¹

En el derecho francés el perjuicio de agrado tenía originalmente una concepción más bien elitista: se indemnizaban las privaciones de ciertos agrados atendiendo a las particularidades de la víctima, que la privaban en concreto de algunas actividades sociales, artísticas o deportivas que desarrollaba antes del accidente.⁴⁰² En una segunda etapa, el perjuicio de agrado se generalizó, pasando a ser compensada la privación de los agrados o placeres normales de la existencia, sin requerir la prueba de habilidades o actividades particulares de la víctima.⁴⁰³ Más que la creación de un nuevo perjuicio, sucedió que las consecuencias extrapatrimoniales de las lesiones corporales en la forma de vida de la víctima pasaron a ser indemnizadas

³⁹⁸ La denominación se ha generalizado en el *common law* bajo la denominación de *loss of amenity* (Burrows 1994 188, Cane/Atiyah 1999 135) y en el derecho francés, como *préjudice d'agrément* (Mazeaud/Chabas 1998 425, Viney/Jourdain 2001 260).

³⁹⁹ Chabas 2000 b N° 85.

⁴⁰⁰ Markesinis/Deakin *et al.* 2012 847.

⁴⁰¹ Burrows 1994 188.

⁴⁰² Un caso extremo, ya referido, es un fallo francés de 1937 que indemnizó a una mujer de mundo por 'privación de hábitos mundanos', en razón de que no había podido durante dos meses y medio usar un vestido escotado (Tribunal de la Seine, 11.10.1937, citado por Chabas 2000 b N° 85).

⁴⁰³ Chabas 2000 b N° 85, Viney/Jourdain 1998 41.

separadamente, aislándolas del *pretium doloris*. Sin embargo, esta evolución ha estado marcada por la concurrencia de los regímenes indemnizatorios de la responsabilidad civil y de los seguros sociales, lo que ha llevado a los jueces a expandir el perjuicio de agrado (que no debe ser reembolsado a las cajas) a costa del *pretium doloris* (que sí debe serlo).⁴⁰⁴

c) El *perjuicio de agrado* tiene una *extensión inabordable*: la riqueza de la individualidad humana y la diversidad de los planes de vida hacen que las actividades de agrado que una persona puede llegar a desarrollar (en su vida espiritual, de relación, artística, profesional, deportiva, de esparcimiento, sexual, social) sean inabarcables por una resolución judicial. Por lo mismo, análogamente a lo que ocurre con el lucro cesante, la indemnización no puede construirse sobre la base de hipótesis extravagantes. Las circunstancias típicas de la vida son fácilmente comprensibles y hacen apreciable la intensidad. Y ello es consecuencia, como se ha visto, del tipo de lesiones, pero también de la edad y sexo de la víctima. Así, es razonable compensar en mayor medida, por la misma invalidez que lo afectará por el resto de su vida, a un niño (que puede incluso verse privado de disfrutar los juegos de la infancia) que a un adulto mayor (que ya ha disfrutado de buena parte de las ventajas que da la capacidad de desplazamiento).⁴⁰⁵

Por eso, todo indica que también el *criterio de valoración de estos daños debe partir de una base objetiva*, sin perjuicio de admitir correctivos marginales en atención a las particularidades de la víctima. Un criterio objetivo sacrifica la especificidad de cada individuo y de cada situación de daño en particular, pero presenta las ventajas de neutralizar la discrecionalidad judicial, de aumentar la seguridad jurídica (disminuyendo la litigiosidad) y de acercarse al ideal de justicia en sentido formal. Según se ha visto, las características propias de la víctima (como el pianista que sufre la amputación de una mano) son un correctivo, que permite hacerse cargo, dentro de ciertos rangos, de un perjuicio de agrado superior.⁴⁰⁶

d) En la práctica jurisprudencial chilena y comparada es frecuente, como se ha señalado, que el daño moral sea compensado en la forma de una *suma global*, que comprende el dolor físico o mental y el perjuicio de agrado.⁴⁰⁷ En la mayoría de los casos los perjuicios de agrado quedan comprendidos dentro de una suma global reconocida a título de *pretium doloris*.⁴⁰⁸ Asimismo, son

⁴⁰⁴ Mazeaud/Chabas 1998 425, Chabas 2000 b N° 85; *infra* N° 706.

⁴⁰⁵ Es la doctrina dominante en el derecho inglés especialmente marcado por la práctica de los baremos indemnizatorios para los distintos tipos de daño corporal (Burrows 1994 188).

⁴⁰⁶ Nuestra jurisprudencia conoce el caso de un policía que apuntó su arma y disparó directamente contra una estudiante de piano, que formaba parte de un grupo de estudiantes que participaban en una manifestación política fuera del Teatro Municipal, quien perdió por un largo período el uso de una de sus manos, y luego permaneció con otras secuelas neurológicas permanentes (Corte de Santiago, 16.12.2002, GJ 270, 96).

⁴⁰⁷ Un ejemplo en Corte de Santiago, 17.4.2002, GJ 262, 81, donde se hace una larga descripción de las repercusiones físicas y en la vida social que el accidente causó en la víctima y luego valora el daño moral en una suma global; véase también, Corte de Santiago, 28.10.1999, GJ 232, 195.

⁴⁰⁸ Por ejemplo, CS, 7.5.1947, G. de los T., 1947, 1ª sem., N° 38, 283, donde se señala que una persona sufre daño moral "cuando se le restan las posibilidades de que disfrutaba

frecuentemente indemnizados los perjuicios estéticos, en su componente de sufrimiento psíquico,⁴⁰⁹ y cualquier deterioro del normal desarrollo de la vida familiar, afectiva o sexual.⁴¹⁰

En definitiva, la distinción entre el dolor físico y moral y el perjuicio de agrado facilita el análisis de la *extensión* del perjuicio no patrimonial, pero no parece tener la precisión suficiente como para justificar una apreciación por separado, sin que se incurra en el riesgo de una doble indemnización.

207. Situación de la víctima inconsciente. En el derecho comparado se ha discutido acerca de la procedencia de la compensación del daño moral por atentados a la integridad física cuando la víctima cae en un estado de inconsciencia a consecuencia del accidente; en particular, cuando entra en un coma profundo y prolongado (estado vegetativo) o en algún estado de demencia.⁴¹¹ En el fondo, partiendo de la base de que la indemnización concedida compensa un daño que se experimenta personalmente, cabe preguntarse si debe concedérsele indemnización a una víctima que no tuvo conciencia de los padecimientos, ni tampoco podrá disfrutar de las ventajas

de alcanzar una mayor cultura o preparación intelectual, o cuando se le priva del goce de circunstancias que le proporcionaban alegría o complacencia espirituales"; Corte Presidente Aguirre Cerda, 31.12.1986, GJ 79, 54, donde se resuelve que "el plan de vida del actor en cuanto a piloto de guerra afecta gravemente sus derechos como persona humana, ya que no podrá realizarlos a causa del accidente, y esta modificación a su realización personal y profesional es un aspecto de que debe considerarse en el daño moral"; véanse también Corte de San Miguel, 27.11.1996, RDJ, t. XCIII, sec. 4ª, 279; Corte de Valparaíso, 24.8.1998, confirmada por CS [cas. fondo], 11.11.1998, F. del M. 480, 2356; Corte de Santiago, 8.4.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 5ª, 94; CS, 30.1.2001 GJ 247, 150; Corte de Concepción, 3.4.2001, GJ 261, 80; Corte de San Miguel, 23.5.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 3ª, 103; Corte de Concepción, 25.1.2002, confirmada por CS [cas. fondo], 7.5.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 5ª, 104; Corte de Santiago, 17.4.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 2ª, 31, publicada también en GJ 262, 81; Corte de Santiago, 2.7.2002, GJ 265, 85; Corte de San Miguel, 23.8.2002, confirmada por CS [cas. fondo], 23.9.2003, GJ 279, 216; Corte de Concepción, 28.8.2002, GJ 266, 210; Corte de Santiago, 31.12.2002, GJ 274, 212; CS, 7.1.2003, GJ 271, 96; Corte de Santiago, 30.5.2003, GJ 275, 97; Corte de San Miguel, 18.6.2003, GJ 276, 176; y Corte de Santiago, 30.9.2003, GJ 279, 270.

⁴⁰⁹ Corte de Temuco, 29.6.1972, RDJ, t. LXIX, sec. 4ª, 66, en que se indemniza el daño moral ocasionado a la víctima por las quemaduras en el rostro que afectaron en forma visible su estética facial, deprimiéndola y acomplejándola moralmente; Corte de Santiago, 8.8.1983, RDJ, t. LXXX, sec. 4ª, 90, en un caso de cicatrices en el rostro causadas por ataque con arma blanca; véanse también CS, 14.4.1999, F. del M. 485, 503; CS, 27.5.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 3ª, 89, publicado también en F. del M. 486, 851; Corte de Santiago, 10.10.2000, GJ 245, 169; CS, 16.10.2000, GJ 244, 61, publicada también en F. del M. 503, 3477; Corte de Santiago, 17.4.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 2ª, 31, publicada también en GJ 262, 81; y CS, 30.4.2002, GJ 274, 59.

⁴¹⁰ Sobre daño moral consistente en el impedimento para desarrollar una vida sexual durante un período más o menos prolongado de tiempo a consecuencia de lesiones físicas, CS, 24.6.1980, RDJ, t. LXXVII, sec. 4ª, 95, también publicada en F. del M. 259, 168. También pueden consultarse CS, 16.10.2000, GJ 244, 61, publicada también en F. del M. 503, 3477; Corte de Concepción, 6.3.2002, GJ 274, 59; y Corte de Santiago, 10.7.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 2ª, 83.

⁴¹¹ Viney/Jourdain 1998 44 y Burrows 1994 189. Estos casos no comprenden la situación de los daños producidos a niños de muy baja edad, en la medida que estos algún día adquieran conciencia de sus efectos (Carbonnier 2000 384).

futuras que le pueda proporcionar el dinero. La discusión no se refiere al daño patrimonial conexo, en la medida que los estados de inconsciencia requieren de tratamientos y de equipamientos médicos, sino al daño propiamente moral sufrido por la víctima.

En principio, la pregunta es eminentemente conceptual. Si se asume una noción subjetiva del daño moral, donde lo que se compensa es un dolor efectivo sufrido por la víctima, es evidente que no procede indemnizarla si queda en estado de inconsciencia.⁴¹² Por el contrario, si se asume la tendencia a la objetivación del daño moral, puede afirmarse que la víctima en estado vegetal o de inconsciencia sufre objetivamente un perjuicio de agrado, porque en verdad los placeres y las alegrías de una vida normal son bienes a los que ya no tendrá acceso.⁴¹³

Una grave aberración indemnizatoria se presenta cuando el daño moral de la víctima inconsciente concurre con daños reflejos o por repercusión de familiares de la víctima directa, como ocurre en la tradición chilena (*infra* N° 230), porque el efecto tiende a ser que estas víctimas reflejas reciban una doble indemnización por el mismo daño (una por cuenta de la víctima directa inconsciente y otra a título personal).

208. Baremos indemnizatorios como directivas de valoración del daño corporal. a) El *pretium doloris* y el perjuicio de agrado muestran características comunes que dificultan su apreciación en concreto. Ante todo, se trata de experiencias subjetivas irrepetibles, pues todos tenemos susceptibilidades diferentes frente al sufrimiento; y las expectativas de una buena vida también difieren sustancialmente. Además, como se ha visto, a menudo se superponen, de modo que no es posible atribuir sumas diferentes por cada concepto. Por otro lado, como ocurre en otros ámbitos, los jueces carecen de instrumentos analíticos para medir la subjetividad de las sensaciones.⁴¹⁴ Finalmente, razones de justicia y seguridad jurídica también se oponen a una extrema individualización en la valoración del daño no patrimonial. Por ello, en materia de daño corporal es en especial importante encontrar criterios para objetivar su valoración (*supra* N° 202).

b) Sobre la base de generalizaciones legales o de información estadística, la apreciación de los dolores sufridos y los agrados impedidos a consecuencia de lesiones corporales puede ser *estandarizada* respecto de cada tipo de lesiones corporales (pérdida de un brazo, quebradura de una pierna, cicatrices y así sucesivamente). Es usual que la amputación de un dedo produzca menos

⁴¹² Corral 2013 149, plantea que la indemnización del *pretium doloris* no procedería en favor de víctimas que se encuentren en estado de coma; aunque después agrega que sí procedería si se lesionan derechos de la personalidad.

⁴¹³ Así se ha fallado en Inglaterra en *West v. Shepard*, 1964, AC 326, pero ese criterio ha sido criticado por ajeno a la realidad subjetiva más elemental del *loss of amenity* (Burrows 1994 189). En Francia, por el contrario, se ha entendido que el daño es objetivo y no depende de la representación que de él se haga la víctima (Chabas 2000 b N° 87).

⁴¹⁴ Por eso, cuando la jurisprudencia habla de apreciación subjetiva del daño moral, la subjetividad debe entenderse referida al juzgador más que a la particular sensibilidad de la víctima del daño.

dolor y suponga privaciones de agrados futuros menores que el corte de la mano completa, y esta, a su vez, menores que la pérdida de ambas piernas. Por esto, en las más diversas jurisdicciones de la tradición del derecho civil existe la tendencia a conformar escalas de 'intensidades' de estos daños corporales, sistematizando los sufrimientos y privaciones morales que provienen de los distintos tipos de daño corporal.⁴¹⁵

De este modo, los jueces disponen de criterios básicos que les permiten valorar el daño moral de origen corporal sobre la base de estándares conocidos. Si se asume que las lesiones producen dolores físicos comparables y sus efectos en la calidad de vida son relativamente típicos, ¿por qué no tratar igual a las víctimas frente a daños iguales como pueden ser la pérdida de una extremidad, una parálisis corporal o una desfiguración facial? Como se ha visto, las diferencias típicas relevantes entre las víctimas también pueden ser estandarizadas: el daño estético no es igual en una joven universitaria que en una abuela que ya ha vivido gran parte de su vida. Por lo demás, como se ha referido, un sistema de estándares es compatible con su adaptación en concreto a características de la víctima del daño moral, en la medida que se expresen las circunstancias del caso particular que justifican una indemnización superior o inferior.⁴¹⁶

c) La práctica nacional ha mostrado por mucho tiempo la conveniencia de contar con estándares indemnizatorios del daño moral. En un intento por aportar criterios objetivos y homogéneos de evaluación del daño moral por muerte y lesiones laborales, la Corte Suprema y la Universidad de Concepción elaboraron baremos estadísticos a partir de un análisis de sentencias dictadas en causas civiles desde 1993, y en causas penales tramitadas bajo el nuevo sistema procesal penal desde su entrada en vigencia. Las variables que fueron consideradas para elaborar los baremos fueron (i) el sexo y edad de la persona fallecida; (ii) la relación del demandante con la víctima; (iii) si el demandante vivía con la víctima o no; (iv) la edad del demandante al momento de la muerte de la víctima; (v) si la causa se tramitó en sede civil

⁴¹⁵ Sobre los baremos informales en el derecho francés, inglés y alemán, véanse las notas en *supra* N° 202 b. En Inglaterra, las *Guidelines for the Assessment of General Damages in Personal Injuries* clasifican los daños corporales en trece grupos; cada uno de estos tipos se descompone en daños más específicos. La práctica médica en Francia ha establecido una escala de 0 a 7 para estos dolores: muy leve, leve, moderado, medio, bastante grave, grave, muy grave. Estas escalas de intensidades, susceptibles de aplicarse solo a los dolores físicos, se fundan en la observación científica de la reacción usual frente a las lesiones dependiendo de la edad de la víctima y constituyen un elemento importantísimo para comparar los diferentes daños morales y asignarles una compensación mediante baremos. En Alemania la práctica es en extremo empírica, pues se exige de los jueces una precisa descripción de las lesiones sufridas por la víctima, así como de los factores que en opinión del sentenciador son relevantes para aumentar o disminuir el estándar indemnizatorio; esos criterios son expuestos sistemáticamente en publicaciones prestigiadas, como las citadas en la nota antes referida, y son tomadas como referencia por los tribunales de instancia. En Estados Unidos, la determinación de los perjuicios es facultad de los jurados, pero los jueces pueden excepcionalmente corregir las decisiones en especial desproporcionadas, para lo cual resulta relevante la información estadística (Epstein 1999 441).

⁴¹⁶ Cane/Atiyah 1999 140; *supra* N° 198 g.

o en sede penal; y (vi) si la sentencia fue pronunciada por un tribunal de primera instancia, por una Corte de Apelaciones o por la Corte Suprema.⁴¹⁷

De esta manera se ha avanzado en una dirección que hace posible la comparación y favorece la satisfacción del principio de justicia más elemental, como es que casos similares sean tratados de manera también semejante. Aunque estos baremos no sean imperativos, se trata de directivas implícitas que favorecen la coherencia de la jurisprudencia. Aunque la apreciación del daño no está sujeta a un control jurídico que uniforme al menos la forma como debe construirse por los jueces de instancia, esa valoración, al menos si no respeta los estándares que se infieren de los baremos, puede dar lugar a control jurídico formal de la fundamentación de la sentencia (*supra* N° 203).⁴¹⁸

f. Daño moral por lesiones a derechos de la personalidad

209. Derechos de la personalidad y responsabilidad civil. Como se ha mostrado al tratar los intereses protegidos por la acción de responsabilidad civil, los derechos de la personalidad son *per se* objeto de cautela en esta sede (*supra* N° 146).

Los derechos de la personalidad han tenido importancia en la expansión de los intereses morales cautelados, especialmente en los ordenamientos jurídicos donde la acción general de responsabilidad civil está limitada a la lesión de un derecho subjetivo específico.⁴¹⁹ En el derecho chileno, como en la generalidad de las democracias constitucionales, la Constitución ha consagrado como garantías los intereses que condicionan o suponen el respeto de la dignidad de la persona. Si bien los intereses que representan estas garantías son naturalmente objeto de protección por el derecho civil (en la medida que la responsabilidad no exige la lesión de un derecho), el constitucionalismo ha producido el efecto adicional de enunciar y atribuir una especial jerarquía a los bienes vinculados a la personalidad moral.

210. Honra, honor y privacidad como intereses cautelados por la acción de responsabilidad civil. Los derechos a la honra y al honor y a la privacidad

⁴¹⁷ Baremo jurisprudencial estadístico sobre indemnización del daño moral por muerte, Departamento de Informática de la Corporación Administrativa del Poder Judicial, Santiago: Maval, 2017; Baremo jurisprudencial estadístico sobre indemnización del daño moral por lesiones derivadas de infortunios laborales. Departamento de Informática de la Corporación Administrativa del Poder Judicial, Santiago (Undurraga 2018). Esta herramienta se actualiza semestralmente, incorporando el análisis de la jurisprudencia más reciente. Puede consultarse en: <https://baremo.pjud.cl/BAREMOWEB/>.

⁴¹⁸ El proyecto francés de reforma de la responsabilidad civil ha previsto un régimen estandarizado de orden público para la indemnización del daño corporal patrimonial y extrapatrimonial, que es establecido por vía de decisiones administrativas (arts. 1267-1272: http://www.justice.gouv.fr/publication/dp_responsabilite.civile_20170310.pdf).

⁴¹⁹ Es el caso del derecho alemán, donde los derechos de la personalidad fueron incorporados en el conjunto de los 'otros derechos' cuya lesión es condición de responsabilidad según el § 823 del BGB; una descripción histórica de este reconocimiento, que se inició tempranamente en el siglo XX, pero cuya consolidación se produjo por su reconocimiento constitucional en Larenz/Canaris 1994 491.

plantean preguntas críticas en el derecho de la responsabilidad civil, especialmente en razón del conflicto latente con las libertades de opinión y de expresión.

Atendida la especificidad de los intereses que se derivan de estos derechos y las particularidades que plantea en su caso la construcción del ilícito civil (juicio de culpabilidad), el honor, la honra y la privacidad serán objeto de un desarrollo detallado en el *Capítulo VIII*.

g. *Responsabilidad por daños derivados de relaciones de vecindad*

211. Definición de los deberes de cuidado en relaciones de vecindad. a) Para definir los deberes de cuidado que plantea la vecindad conviene recordar el estándar del hombre prudente y diligente, que desarrolla su plan de vida de un modo que resulte consistente con las legítimas expectativas de sus vecinos.

En un famoso fallo inglés se expresan estas ideas de un modo particularmente lúcido: "La regla de que usted debe amar a su vecino deviene en el derecho que usted no debe dañar a su vecino", lo que se expresa, "por un lado, en el deber de tener cuidado, y, por el otro, en el derecho a que se tenga cuidado de uno".⁴²⁰ La vecindad es la situación más típica en que se plantean deberes de cuidado con fundamento en usos normativos que definen lo que recíprocamente tenemos derecho a esperar (y a no esperar) de los demás. En pocos ámbitos de la vida de relación cobra una más decisiva importancia el criterio empírico de 'lo normal', porque la vecindad exige tolerar lo que 'se debe' soportar (una fiesta de cumpleaños de 'normal' nivel de ruidos) e impone evitar aquello que "no se debe" imponer a los demás (*supra* N° 57).

b) Por cierto que el derecho administrativo ayuda a definir estos deberes. Por eso, el camino más corto para determinar el ilícito en las relaciones de vecindad está dado por las regulaciones urbanísticas, las ordenanzas municipales y los reglamentos de copropiedad. La culpa infraccional tiene la ventaja de la precisión que puede tener el derecho formalmente promulgado. Por lo demás, las normas urbanísticas establecen grados de tolerancia mayores en zonas de desarrollo industrial y comercial, que en las estrictamente residenciales.⁴²¹ De ello se sigue que los conflictos de vecindad están en gran medida dirimidos por esas regulaciones.

212. Criterio de la anormalidad de la turbación. a) Es inevitable que la convivencia cada vez más cercana entre personas genere frecuentemente desagradados y molestias. Por cierto, la vida en común exige cierta tolerancia y que cada cual deba aceptar sus inconvenientes ordinarios y poco significativos. Pero si las molestias son excesivas, transformándose en insoportables para una persona de sensibilidad ordinaria, se califican como inconvenientes *anormales* de vecindad y pueden dar lugar a acciones en naturaleza (para

⁴²⁰ Lord Atkin en *Donoghue v. Stevenson*, 1932, AC 562.

⁴²¹ Véanse artículo 32 Ley de copropiedad inmobiliaria; y artículos 41 y siguientes de la Ley de urbanismo y construcciones.

que cese la turbación) e indemnizatorias (para que se compense el daño no patrimonial sufrido).⁴²²

El requisito de *anormalidad*, como concreción en esta materia de la exigencia que el daño sea significativo (*supra* N° 145), ha sido empleado para rechazar demandas de perjuicios por molestias de vecindad que son consideradas ordinarias, atendiendo a su intensidad y duración (un ruido intenso, pero ocasional, no dará derecho a la reparación; pero sí uno molesto y recurrente) y al entorno donde ocurre (hay perturbaciones normales en un barrio industrial, olores habituales en zona rural, privaciones de sol frecuentes en zonas urbanas).⁴²³

b) En el derecho nacional, se ha afirmado la necesidad de reparar solo las molestias de vecindad excesivas,⁴²⁴ sin consideración, a ese respecto, de la sensibilidad particular del demandante, ni de las ventajas de que gozaba que no estaban amparadas en un derecho (como el vecino que soporta la construcción de un edificio en el jardín colindante). En verdad la anormalidad es un criterio suficientemente objetivo para determinar cuándo se ha lesionado el interés de la víctima. En tal sentido, los deberes de cuidado también permiten ser configurados en torno a este concepto de lo normal, pues solo habrá falta de cuidado en la medida que sean previsibles daños significativos o extraordinarios.

A falta de regla formal que defina los ilícitos, el deber de cuidado debe ser definido por el juez de conformidad con los criterios generales para su construcción (*supra* N° 58). Alguna jurisprudencia ha invocado innecesariamente la doctrina del abuso de derecho para establecer los límites entre el derecho propio a disfrutar de la propiedad y el ajeno a que no se afecte su calidad de vida,⁴²⁵ pero los resultados son análogos a los que se siguen de la doctrina de las turbaciones anormales (*infra* N° 447 c). Así, se ha rechazado un recurso de protección en razón de que las molestias "obedecen a hechos que son consecuencias inherentes de la propiedad y de la vecindad y que los copropietarios y comuneros generalmente deben soportar", siendo indispensable a su respecto una "tolerancia recíproca que haga posible el desenvolvimiento racional de la vida y las actividades de todos los interesados".⁴²⁶ Este mismo principio debe entenderse aplicable a la acción de indemnización de perjuicios.⁴²⁷

⁴²² Un amplio desarrollo de las acciones en naturaleza desde la teoría de las inmisiones, en Amunátegui 2012 y Amunátegui 2013 a. Respecto a la relación entre las acciones en naturaleza y la acción indemnizatoria, aunque con diferencias con este libro, Amunátegui 2013 b.

⁴²³ 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 1068.

⁴²⁴ R. Domínguez Á. 1990 128, Díez 1997 34 y Banfi 2014 b.

⁴²⁵ Barros 1999 11.

⁴²⁶ CS, 4.5.1983, F. del M. 294, 162, que rechaza un recurso de protección porque "las molestias y temores que dicen experimentar los recurrentes, obedecen a hechos que son consecuencia e inherentes de la propiedad y de la vecindad y que los copropietarios y los comuneros generalmente deben soportar".

⁴²⁷ Una aplicación implícita, tratándose de una acción de indemnización del daño moral proveniente de las molestias importantes y prolongadas que sufrieron propietarios por la

c) Aunque las relaciones de vecindad presentan típicos caracteres de conflicto de intereses, ocasionalmente son calificadas desde la perspectiva del abuso de derecho. En este libro se entiende que ello supone extremar en exceso este instituto excepcional (*infra* N^{os} 444 y 447 c).

213. Daños por turbaciones al medio ambiente. Desde el punto de vista civil, las turbaciones al medio ambiente presentan caracteres análogos a las turbaciones de vecindad. En la materia, el legislador ha introducido expresamente el criterio de *relevancia*, al exigir a efectos de la reparabilidad que el daño patrimonial y moral sea significativo, atendiendo a su magnitud y duración.⁴²⁸ Así, quienes por años han disfrutado de cierto tipo de pájaros o de una vista privilegiada no sufren un daño ambiental reparable si por cambios ambientales los pájaros dejan de llegar al jardín o si por una urbanización autorizada se ven privados de la vista de que antes disfrutaban.⁴²⁹ Las particularidades de las condiciones de la responsabilidad por daños al medio ambiente y de las acciones de restitución en naturaleza y de indemnización del daño ambiental serán analizadas en *infra* § 55.

h. Prueba del daño moral

214. Dificultades que plantea la prueba del daño moral. En principio, como todo supuesto de hecho de la responsabilidad civil, *el daño moral debe ser probado* por quien lo alega (*supra* N^o 152).⁴³⁰ Sin embargo, resulta obvio que su naturaleza impone severas restricciones probatorias. Las limitaciones del lenguaje nos impiden transmitir nuestras sensaciones internas de pena, de aflicción física o de frustración.⁴³¹ A lo más accedemos a lo que los otros sienten porque nosotros mismos nos hemos visto en situaciones semejantes o porque hemos descubierto por la experiencia en qué circunstancias ellas suelen manifestarse en signos exteriores. Por eso, la prueba del daño moral

construcción de un edificio vecino cuyas obras invadieron su inmueble, en Corte de Santiago, 10.11.1998, RDJ, t. XCV, sec. 2^a, 78, publicada también en F. del M. 492, 2480.

⁴²⁸ Ley del medio ambiente, artículo 2 letra e y artículo 11 letra e; sobre el daño ambiental, *infra* § 55 d 3.

⁴²⁹ En la materia parece haber coincidencia en el derecho comparado (Von Bar 1996 II 5).

⁴³⁰ Existe acuerdo en la doctrina chilena en esta materia, aunque no necesariamente en la forma como enfrentar la prueba: Alessandri 1943 514 y 564-565, refiriéndose a la exigencia genérica de daño y a la proporcionalidad entre la extensión del daño y la indemnización; Fueyo 1990 107, exigiendo la prueba de los hechos materiales que lo acrediten; C. Domínguez 2000 152, nota 133, aludiendo a "una atenuación de la carga probatoria en aquellos casos en que el perjuicio es manifiesto y ostensible", pero recomendando "particular prudencia para no llegar al extremo de establecer presunciones extremas"; Díez 1997 142, con un excelente análisis jurisprudencial y concluyendo que el daño moral debe probarse, especialmente por medio de informes psiquiátricos (en el caso del dolor) o de presunciones; Corral 2013 157, expresando que el daño moral puede probarse por cualquier medio, pero concluyendo que la prueba será usualmente por medio de presunciones.

⁴³¹ Wittgenstein *Investigaciones filosóficas* 656 y 659.

efectivamente sufrido por la víctima tiene algo de la pretensión de rasguñar un vidrio. Con todo, esa dificultad no puede ser tenida por impedimento de una prueba que permita inferirlo de los hechos de la causa.⁴³²

215. El daño moral se puede probar mediante presunciones judiciales. a) En circunstancias que el daño moral no puede ser objeto de una prueba directa, como el patrimonial, sino solo puede ser *inferido*, el único medio de prueba disponible son las *presunciones judiciales*. En definitiva, de la circunstancia de que la prueba directa no sea posible, no se sigue que la prueba en lo absoluto no sea posible ni necesaria. Las presunciones tienen precisamente por antecedente ciertos hechos que permiten inferirlas.

Esta parece ser la situación probatoria típica del daño moral. Si alguien sufre la pérdida de sus piernas o su honra es afectada por una difamación, no le será posible mostrar al tribunal la sensación que ha experimentado, pero el juez sabrá que de esos hechos típicamente se sigue dolor físico o moral y que, en distintos grados, se puede ver afectada la capacidad de la víctima para disfrutar la vida. La presunción se basa en la experiencia compartida acerca de las fuentes del dolor y la decepción.

b) La cuestión se plantea en términos análogos respecto del *daño reflejo*, esto es, del dolor que se sufre por la muerte o las graves lesiones de un padre o hijo o de aquel con quien se convive. Con todo, también aquí hay una cuestión de grados. Los afectos no se pueden dar por presumidos con la misma simplicidad en las líneas colaterales que respecto de los hijos y de los padres (ya por determinación biológica, por ejemplo, el afecto por los hijos resulta ser más intenso que por los padres).

En consecuencia, asumir una presunción general de daño por el solo hecho del parentesco resulta en extremo discutible respecto de sobrinos, primos e incluso de hermanos. En estos casos, la prueba también deberá necesariamente hacerse por medio de presunciones, cuya construcción requiere partir de evidencia acerca de la relación afectiva real del demandante con la víctima. El requisito de prueba del lazo afectivo real resulta ser aún más estricto en el caso del daño reflejo que tiene por antecedente las lesiones de una víctima directa que sobrevive (*infra* N^o 230).

c) Aunque sea normal que de la muerte del hijo o del padre se siga un perjuicio afectivo para quien sufre la pérdida, bien puede ocurrir que en el pleito se allegue prueba que muestre, por ejemplo, que el padre fallecido vivía en el abandono o la destitución material o afectiva;⁴³³ o que se pruebe que la persona cuya honra ha sido afectada ya tenía su prestigio severamente deteriorado. En otras palabras, aunque el daño moral se pueda inferir de los hechos más directos de la causa, esa presunción siempre debe ser tenida por provisoria, como es típico de las presunciones legales y judiciales.⁴³⁴

⁴³² Burrows 1994 36.

⁴³³ En un caso de este tipo, la Corte Suprema revocó en sede de recurso de queja un fallo que no daba lugar a la acción (CS, 26.12.1983, RDJ, t. LXXX, sec. 1^a, 128); juicios críticos en Fueyo 1990 115, R. Domínguez Á. 1990 156, nota 131 y C. Domínguez 2000 153, nota 133.

⁴³⁴ Díez 1997 149; sobre el carácter provisorio de esta presunción, CS, 16.3.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 4^a, 64, publicada también en F. del M. 496, 284.

216. Prueba pericial de la intensidad del daño. A pesar de que los daños no patrimoniales no pueden ser reparados en su valor en dinero, sí pueden ser comparados en su intensidad relativa. El aporte pericial de especialistas médicos puede ser relevante al momento de determinar el dolor que se sigue de diversos tipos de daños, especialmente en el caso del daño corporal. De esta estimación no se sigue, en consecuencia, una valoración absoluta del daño, sino de la intensidad relativa, pregunta esencial en la evaluación equitativa del perjuicio moral sufrido por el demandante.⁴³⁵

217. La prueba del daño moral en la jurisprudencia chilena. La jurisprudencia tiende a presumir la existencia del daño de acuerdo a máximas de la experiencia. En la materia, lo normal es lo que se presume y lo extraordinario lo que debe ser probado. Un antiguo fallo expresa esta idea con soberana simplicidad: “una de las razones que justifican en derecho la indemnización por el daño moral es el efecto de la disminución de la capacidad para el trabajo, la depresión de salud o de las energías, fenómenos naturales y ordinarios que, por ello, no necesitan ser especialmente probados, ya que la comprobación de su realidad va incluida en la existencia misma de la desgracia”.⁴³⁶

Según la opinión dominante, basta que la víctima acredite la lesión de un bien personal de aquellos que ordinariamente producen aflicción o deterioran el goce de la vida, para que se infiera el daño. Sin embargo, no

⁴³⁵ Es interesante atender a los métodos que se emplean en otros sistemas jurídicos para allegar información científica acerca de la intensidad del daño: en el caso francés, las tablas son elaboradas administrativamente, con participación de médicos y otros expertos; en el derecho alemán, la prueba se produce en el propio juicio, lo que permite que la sentencia haga una referencia precisa a las lesiones sufridas y a sus efectos médicos y conductuales, cuestiones que son recogidas por los resúmenes jurisprudenciales que luego retroalimentan a la jurisprudencia; en el derecho inglés, las directivas son elaboradas con descripción precisa de los daños y de los rangos en que se conceden indemnizaciones (véanse notas en *supra* N° 202 b). Sobre la prueba pericial como medio de acreditar el *pretium doloris*, Díez 1997 147.

⁴³⁶ CS, 8.11.1944, RDJ, t. XLII, sec. 1°, 392; más recientemente se ha fallado que “la violenta muerte de un hermano, dada la cercana relación filial, tiene que haber provocado un sentimiento de aflicción, menoscabo, desánimo, depresión y angustia” (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); que acreditada que sea alguna afectación a la integridad física o moral, nace la obligación de indemnizar (Corte de Copiapó, 21.3.2001, confirmada por CS [cas. fondo], 12.11.2001, GJ 257, 121, publicada también en F. del M. 504, 4090); véase también CS, 4.9.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 1°, 186, que implícitamente apela a la experiencia al afirmar que en nuestro derecho se presume lo normal y es la situación anormal la que debe probarse. En un sentido similar, CS, 18.3.2010, rol N° 3.383-2009; Corte de San Miguel, 26.5.2010, rol N° 419-2009; Corte de Santiago, 8.9.2010, rol N° 5.322-2009; CS, 27.11.2014, rol N° 12.048-2013; CS, 20.4.2017, rol N° 16.594-2016; Corte de Concepción, 28.3.2016, rol N° 1.574-2015 confirmada por CS [cas. fondo], 25.5.2017, rol N° 34.793-2016; CS, 20.4.2017, rol N° 16.594-2016; CS, 21.2.2018, rol N° 7.085-2017; CS, 27.9.2018, rol N° 35.796-2017; CS, 1.10.2018, rol N° 44.325-2017; y CS, 2.7.2018, rol N° 30.264-2017.

es poco frecuente que los tribunales ponderen informes psicológicos⁴³⁷ y prueba testimonial⁴³⁸ para acreditarlo.

Aunque alguna jurisprudencia señala que el daño moral no puede ser objeto de prueba,⁴³⁹ ello resulta discutible, porque todo daño moral debe darse por producido sobre la base de los antecedentes que permitan presumirlo:⁴⁴⁰ de la quebradura de una pierna y del tiempo de hospitalización e inmovilidad o de la pérdida de un hijo se *infiera* por la experiencia un cierto daño moral.⁴⁴¹ En otros casos, todo indica que deben ser identificadas las molestias

⁴³⁷ Hacen referencia a informes psicológicos o peritajes para dar por acreditado el daño moral: Corte de Santiago, 10.6.2016, rol N° 557-2016; CS, 28.6.2017, rol N° 76.500-2016; CS, 21.8.2017, rol N° 10.332-2017; CS, 12.9.2017, rol N° 11.701-2017; CS, 9.11.2017, rol N° 5.987-2017; CS, 9.11.2017, rol N° 4.669-2017; CS, 2.4.2018, rol N° 37.129-2017; Corte de San Miguel, 18.5.2018, rol N° 2.107-2016; CS, 1.10.2018, rol N° 44.325-2017 (la que, sin embargo, señala que los vicios procesales en el peritaje no afectan lo dispositivo del fallo, puesto que el daño moral puede ser presumido a partir de los hechos de la causa); CS, 13.6.2018, rol N° 37.438-2017; y Corte de Santiago, 13.7.2018, rol N° 1.690-2017 (que, al ponderar el informe pericial conforme a las reglas de la sana crítica, rebaja el monto concedido a título de daño moral, considerando que las lesiones físicas sufridas fueron de mínima importancia). Con todo, informes psicológicos que afirmen la inexistencia de daño psicológico, no descartan *a priori* la procedencia del daño moral (CS, 13.6.2018, rol N° 37.438-2017). En la sentencia Corte de Santiago, 20.10.2015, rol N° 6.832-2015, se señala que, aun sin informes psicológicos, la aflicción se puede probar por testigos o por la misma entidad del daño. Por otro lado, informes psicológicos que indiquen algún tipo de aflicción no siempre son suficientes para dar por acreditado el daño moral (Corte de Santiago, 10.12.2014, rol N° 4.923-2013).

⁴³⁸ Hacen referencia a declaraciones testimoniales para dar por acreditado el daño moral: CS, 28.9.2016, rol N° 7.237-2015; CS, 14.12.2015, rol N° 9.458-2015; CS, 26.1.2016, rol N° 18.463-2015; Corte de Santiago, 11.5.2016, rol N° 261-2016; CS, 28.7.2016, rol N° 1.832-2016; CS, 2.8.2016, rol N° 16.002-2016; Corte de Santiago, 14.10.2016, rol N° 4.968-2016; Corte de Concepción, 10.3.2017, rol N° 3-2017; CS, 18.10.2017, rol N° 9.196-2017; Corte de Concepción, 28.2.2018, rol N° 692-2017; CS, 12.3.2018, rol N° 3.958-2017; CS, 18.6.2018, rol N° 18.253-2017; CS, 5.7.2018, rol N° 31.974-2017; CS, 12.7.2018, rol N° 11.761-2017; y CS, 3.5.2018, rol N° 147-2018. Con todo, se ha fallado que, sin otros antecedentes que permitan verificar la existencia del daño, o al menos presumirlo, la declaración de testigos puede no ser suficiente para dar por acreditado el daño moral (Corte de Concepción, 8.6.2018, rol N° 64-2018).

⁴³⁹ Véase comentario de E. Court a CS, 3.4.2003, rol N° 839-2002; y CS, 27.11.2003, rol N° 4.680-2002, en Rev. D. UAI 1, 2004, 89.

⁴⁴⁰ Afirman que el daño moral debe ser probado: CS, 22.4.2013, rol N° 11.614-2011; CS, 25.11.2014, rol N° 25.716-2014; CS, 8.4.2015, rol N° 25.359-2014; CS, 31.12.2015, rol N° 25.049-2015; Corte de Santiago, 16.5.2016, rol N° 125-2016; CS, 27.10.2016, rol N° 14.331-2016; CS, 17.10.2017, rol N° 79.217-2016; y Corte de Valparaíso, 12.12.2014, rol N° 605-2014.

⁴⁴¹ Así, nada se puede objetar cuando se falla, en materia de daño reflejo, que “probada la muerte de esos hijos en las trágicas circunstancias conocidas y el grado de parentesco, queda probado el daño” (CS, 28.6.1966, RDJ, t. LXIII, sec. 1°, 234). Entre numerosos fallos más recientes que infieren directamente el daño moral pueden verse: Corte de Concepción, 13.7.1998, GJ 219, 168; Corte de Valparaíso, 10.8.1998, F. del M. 478, 1795; Corte de Concepción, 16.10.1998, GJ 225, 98, publicada también en F. del M. 484, 150; Corte de Santiago, 28.10.1999, GJ 232, 195; Corte de Santiago, 17.1.2000, GJ 235, 199; Corte de Valdivia, 30.3.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 5°, 105; Corte de Santiago, 10.3.2000, GJ 237, 159; CS, 16.3.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 4°, 64, publicada también en F. del M. 496, 284; Corte de Valdivia, 30.3.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 5°, 105; 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; Corte de Santiago, 14.8.2000, GJ 242,

serias sufridas (como ocurre, por ejemplo, con la publicación errónea de un protesto de un título de crédito). Algo semejante puede decirse respecto de los elementos de *valoración* del daño moral, porque para apreciarlo son relevantes las circunstancias de hecho que permiten inferir su gravedad.⁴⁴² Las objeciones doctrinarias a esta manera de pensar adolecen de la dificultad de no entregar caminos alternativos razonablemente transitables.⁴⁴³

i. *Excurso: la reparación del daño moral contractual*

218. Daño moral contractual y extracontractual. a) El incumplimiento de obligaciones contractuales puede causar un daño moral al acreedor, como se muestra en el caso del transportista que provoca lesiones al pasajero o del médico que incurre en negligencia que causa un grave daño al paciente. A pesar de ser una materia propia de la responsabilidad contractual (porque se refiere a los efectos de un incumplimiento contractual), hay razones para

155; Corte de Santiago, 26.9.2000, GJ 243, 83; Corte de Santiago, 23.3.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 2ª, 24; Corte de Valparaíso, 15.5.2001, confirmada por CS [cas. fondo], 9.10.2001, GJ 256, 144; 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 Antofagasta, 10.10.2002, GJ 268, 115; Corte de Santiago, 31.12.2002, GJ 274, 212; CS, 10.3.2003, F. del M. 508, 154; CS, 3.4.2003, F. del M. 509, 387; CS, 27.11.2003, GJ 281, 64; Corte de La Serena, 8.5.2014, rol N° 365-2013; CS, 11.8.2015, rol N° 735-2015; CS, 28.9.2016, rol N° 7.237-2015; CS, 11.4.2016, rol N° 5.609-2016; Corte de Concepción, 21.10.2016, rol N° 2.029-2015; Corte de Santiago, 25.10.2016, rol N° 14-2016; CS, 18.5.2017, rol N° 14.325-2016; CS, 22.5.2017, rol N° 97.726-2016; CS, 21.6.2017, rol N° 25.921-2016; CS, 29.6.2017, rol N° 55.174-2016; CS, 5.9.2017, rol N° 12.216-2017; CS, 12.9.2017, rol N° 11.701-2017; CS, 18.10.2017, rol N° 9.196-2017; CS, 26.12.2017, rol N° 11.526-2017; CS, 21.2.2018, rol N° 7.085-2017; CS, 4.4.2018, rol N° 12.176-2017; CS, 15.5.2018, rol N° 8.388-2017; CS, 16.5.2018, rol N° 2.378-2018; CS, 12.7.2018, rol N° 11.761-2017; Corte de Santiago, 13.7.2018, rol N° 1.690-2017; y CS, 1.10.2018, rol N° 44.325-2017.

⁴⁴² Así se ha fallado desde antiguo que "si bien es efectivo que la naturaleza del daño moral ofrece dificultades para su apreciación pecuniaria, los jueces están facultados para regularlo prudencialmente tomando en cuenta el modo como se produjo el delito o cuasidelito y todas aquellas circunstancias que influyen en la intensidad del dolor o sufrimiento" (Corte de Santiago, 26.5.1944, RDJ, t. XLI, sec. 2ª, 41). Por su parte, la Corte Suprema ha señalado que "su monto debe regularse atendiendo a la condición y circunstancias personales de la ofendida, a las consecuencias del accidente de que fue víctima (...) a los prolongados sufrimientos que naturalmente han debido producirle tales circunstancias, y al estado precario de salud en que deberá vivir el resto de su existencia" (CS, 23.8.1951, RDJ, t. XLVIII, 4ª, 186). Véanse también Corte de Santiago, 9.3.1999, GJ 225, 175; Corte de Santiago, 16.12.2002, GJ 270, 96; Corte de La Serena, 15.4.2016, rol N° 1.395-2014; Corte de Talca, 18.3.2016, rol N° 2.710-2015; CS, 6.6.2016, rol N° 35.324-2015; CS, 19.10.2016, rol N° 49.707-2016; CS, 1.12.2016, rol N° 65.408-2016; CS, 12.1.2017, rol N° 89.677-2016; CS, 2.5.2018, rol N° 28.036-2017; Corte de Santiago, 4.5.2018, rol N° 8.677-2017; CS, 18.6.2018, rol N° 18.253-2017; y Corte de Santiago, 5.9.2018, rol N° 5.561-2017. También se ha fallado que, para que el tribunal de apelación aumente el monto indemnizatorio por daño moral, es necesario que se especifiquen los hechos que se dieron por probados para hacerlo procedente (CS, 19.1.2017, rol N° 41.101-2016).

⁴⁴³ Una ordenada reseña de la situación jurisprudencial en materia de prueba del daño moral de la víctima directa y por repercusión, en Díez 1997 142.

referirse aquí a la materia: ante todo, porque por mucho tiempo el daño moral perteneció privativamente a la responsabilidad extracontractual; además, porque, por lo general, los incumplimientos contractuales que dan lugar a daño no patrimonial también pueden ser calificados como ilícitos extracontractuales en virtud de un concurso de responsabilidades (*infra* § 68).

b) Por otra parte, conviene tener presente que buena parte de los daños morales que se siguen de un incumplimiento contractual provienen de deberes que no han sido negociados expresamente y que son atribuidos a las partes como elementos de la naturaleza del contrato (artículos 1444 y 1546). En otras palabras, por lo general el daño es resultado de la inobservancia de deberes contractuales de cuidado que se dan por establecidos implícitamente por el derecho, de una manera que en poco se diferencia de la determinación judicial de la culpa extracontractual. De ello se sigue que, por lo general, no es sustancialmente diferente la obligación de cuidado que tiene un transportista respecto de pasajeros vinculados por contrato que respecto de terceros que no lo están (*infra* N° 788).⁴⁴⁴

219. Especialidad del riesgo contractual. a) Los límites de la reparación del daño moral por incumplimiento de contrato están dados por la *especialidad de la institución del contrato*. El contrato establece obligaciones para las partes en un horizonte conocido y delimitado de intereses en cuya protección las partes convergen.

b) La primera pregunta que es necesario contestar se refiere a la *naturaleza de los intereses cautelados por el contrato*. Como se verá, la argumentación para negar lugar a la reparación del daño moral por incumplimiento contractual se funda en un concepto radicalmente patrimonial de la institución del contrato. Esta calificación es coincidente con la referencia que hace el artículo 1556 a la indemnización de los perjuicios contractuales del daño emergente y del lucro cesante.

Sin embargo, de la circunstancia de que el contrato tenga un contenido patrimonial no se sigue que todas sus obligaciones tengan un objeto económico. En consecuencia, el contrato no contiene una diferencia específica respecto de la responsabilidad extracontractual, porque también por convención se pueden contraer obligaciones que tienen por objeto cuidar de bienes extrapatrimoniales. Si se atiende a los deberes de cuidado del deudor que tienen por objeto estos bienes no patrimoniales, se concluye que el incumplimiento contractual puede dar lugar a daños morales, que comprometen la responsabilidad del deudor.

c) En la medida que se acepte desde un punto de vista conceptual que el daño moral *puede* ser objeto de la responsabilidad contractual, surge una segunda cuestión, relativa a las condiciones de ese reconocimiento.

⁴⁴⁴ Carbonnier 2000 520 insistía en que es un artificio hacer entrar en el ámbito contractual 'brazos quebrados o la muerte de hombres', que típicamente pertenecen al ámbito extracontractual; esta es una buena razón para aceptar en estos casos la opción de responsabilidades (*infra* N° 844).

Un par de ejemplos permitirán adelantar las ideas que se plantean en esta sección. La entrega oportuna de una casa por el constructor tiene un significado económico definido: si no cumple la prestación en el plazo convenido, tendrá que cubrir los costos que ello irroga al propietario. Por la misma razón, sin embargo, no pertenece al ámbito de las obligaciones y riesgos contractuales del constructor que se atrase el daño moral que sufre la hija del propietario, quien no puede realizar su fiesta de matrimonio en la casa que se pretende inaugurar para esa ocasión. Por el contrario, puede sostenerse que la lesión a la integridad corporal del pasajero o del paciente son incumplimientos contractuales que generan responsabilidad bajo reglas contractuales o extracontractuales que son idénticas entre sí (a menos que el contrato incluya una convención modificatoria de responsabilidad válida).

d) Todo indica que lo determinante para que proceda la reparación del daño moral por incumplimiento contractual es el *ámbito de intereses cautelados por el contrato*. Por lo mismo, la discusión acerca de la procedencia del daño moral en materia contractual conduce a una pregunta clásica de la responsabilidad contractual: ¿pertenece ese daño preciso al ámbito de riesgo del contrato?; o, lo que es lo mismo, ¿pudieron las partes, al tiempo del contrato, prever razonablemente que del incumplimiento se derivarían para el acreedor los perjuicios morales que ahora demanda? (*infra* N° 795).

220. Panorama del derecho comparado. a) La pregunta conceptual más fuerte se muestra en dos tendencias del derecho comparado. La primera considera la compensación del daño moral con independencia de su fuente, de modo que se reconoce lugar a la indemnización por infracción de contrato del mismo modo como ocurre con los deberes generales de cuidado que dan lugar a responsabilidad extracontractual. La segunda posición asume que el contrato contiene deberes de cuidado delimitados por su objeto, que usualmente es estrictamente patrimonial, de modo que no se responde del daño moral que se sigue de un incumplimiento contractual, a menos que el daño caiga dentro del ámbito de cuidado que pertenece al deudor de acuerdo con la convención.

En el derecho francés, se ha concluido en la extensión de la responsabilidad contractual al daño moral, sobre todo luego de que la jurisprudencia ha entendido que ciertas relaciones contractuales llevan implícitas ciertas obligaciones de seguridad: el deber del transportista y del establecimiento clínico de preservar la integridad del acreedor en los contratos de transporte de personas y contrato médico, por ejemplo.⁴⁴⁵ Con posterioridad, sin embargo, la responsabilidad por daño moral que se sigue del contrato se ha expandido en términos que la doctrina no hace distinciones entre la reparación del daño moral en materia extracontractual y contractual,⁴⁴⁶ lo

⁴⁴⁵ Sobre las obligaciones de seguridad en el derecho francés, Chabas 2000 b N° 70.

⁴⁴⁶ Carbonnier 2000 297, con referencia a que los daños contractuales han seguido el modelo de la responsabilidad delictual; Viney/Jourdain 1998 24, con expresa mención de que la jurisprudencia no hace diferencia respecto a la materia entre la responsabilidad contractual y la extracontractual.

cual es consistente con la tendencia a la unificación de los regímenes de responsabilidad civil en la doctrina civil francesa.

En el *common law*, por el contrario, la reparación del daño moral contractual enfrenta serias reservas. En principio no se responde por daño moral en contratos típicamente comerciales. Se acostumbra justificar esta regla en que los contratos se vinculan a intereses económicos y no a sentimientos, que los eventuales daños morales originan incertidumbres por su difícil evaluación y que una indemnización del daño moral podría ser fuente de una compensación desproporcionada.⁴⁴⁷ A su vez, desde un punto de vista económico, el riesgo de incurrir en responsabilidad por daños inconmensurables en dinero produce una incertidumbre que entorpece la fluidez de los intercambios. Sin embargo, en la práctica, la diferencia no es tan profunda, porque se reconoce la excepción respecto de hechos que son a la vez incumplimientos contractuales y de deberes generales de cuidado, cuya infracción da lugar a responsabilidad extracontractual, como ocurre con los daños corporales causados por negligencia médica o del empleador. También los jueces reconocen una excepción, y dan lugar a indemnización por perjuicio de agrado, cuando el fin del contrato era producir un placer o disfrute y liberar de aflicción espiritual.⁴⁴⁸ Generalizando, puede sostenerse que en el *common law* los denominados contratos personales, que atienden a intereses de naturaleza no patrimonial (contratos médicos, de transporte de personas, de vacaciones, funerarios) dan lugar a la reparación de daños no pecuniarios; cuestión que no ocurre en los contratos comerciales, en que predominan los intereses pecuniarios (como un contrato de compraventa o de promesa).⁴⁴⁹

b) El análisis comparado muestra que el dilema en materia de reparación del daño moral que se sigue del incumplimiento contractual no reside en saber si procede indemnizarlo, sino más bien en las condiciones de su compensación. Y todo indica que es preferible contestar esta pregunta de un modo suficientemente diferenciado, que atienda al tipo de obligaciones y riesgos que asumen las partes en cada tipo de contrato, en vez de dar una respuesta puramente mecánica.

⁴⁴⁷ Atiyah 1989 440; una explicación de los principios que rigen la materia en el derecho inglés y norteamericano en Jana/Tapia 2004 N° 10.

⁴⁴⁸ Willmott/Christensen/Butler 2001 718, Atiyah 1989 437. En un importante precedente del derecho inglés, se concedió una suma de £ 2.500 como indemnización por el perjuicio de agrado (*loss of amenities*) que significó para el demandante la construcción de una piscina con medidas inferiores a las acordadas con el demandado. Con todo, es relevante tener presente que en ese caso la Cámara de los Lores decidió rechazar la indemnización del daño patrimonial, por cuanto el costo de reemplazo de la piscina resultaba excesivo y el valor del inmueble no resultaba afectado por una piscina de menor tamaño, *Ruxley Electronics v Forsyth* [1996] AC 344 (HL).

⁴⁴⁹ Jana/Tapia 2004 N° 10. En el derecho alemán el daño moral está sujeto a un requisito de antijuridicidad que lo hace indemnizable solo cuando se lesionan el cuerpo, la salud, la libertad o la autodeterminación sexual (BGB, § 253 II); determinante para que proceda la indemnización es que el deudor haya infringido un deber que emane de la relación obligatoria (BGB, § 280), de modo que la reparación del daño moral está sujeta a que se haya incumplido un deber contractual precisamente dirigido a proteger alguno de los bienes enunciados por el § 253 II.

221. Reconocimiento del daño moral contractual en el derecho chileno. a) La jurisprudencia chilena negó lugar a la reparación del daño moral emanado del incumplimiento contractual durante el primer siglo de vigencia del Código Civil. Luego, comenzó a reconocer acciones indemnizatorias, con fuente jurisprudencial o legal, en casos de incumplimiento de obligaciones contractuales cuyo objeto fuera o comprendiera la seguridad corporal del acreedor. En una tercera etapa, se reconoció más ampliamente la reparación del daño moral a condición de que este fuera previsible, en los términos del artículo 1558.⁴⁵⁰ Todo indica que la tendencia actual es la expansión de la indemnización por daño moral en sede contractual,⁴⁵¹ de modo que debe advertirse respecto del riesgo de que un conceptualismo metodológico vacío lleve desde una situación inicial, en que se rechaza *per se* la reparación del daño moral, a una situación de signo inverso, que no se haga cargo de la especialidad del riesgo contractual.⁴⁵²

b) En general, la jurisprudencia fue reacia tradicionalmente a reconocer una acción reparatoria por los daños morales que se siguen del incumplimiento de un contrato.⁴⁵³ En ello contaban con el soporte implícito de la doctrina, que diferenciaba la responsabilidad contractual de la extracontractual precisamente en atención a los perjuicios indemnizables.⁴⁵⁴

El argumento principal era estrictamente literal: mientras el Código Civil ordena en materia extracontractual la reparación de *todo daño* (artículo 2329), en sede de incumplimiento de contratos solo se refiere al *daño emergente* y al *lucro cesante* (artículo 1556), conceptos que poseen históricamente una clara connotación patrimonial.⁴⁵⁵

⁴⁵⁰ La indemnización del daño moral en la responsabilidad contractual ha sido exhaustivamente estudiada por C. Domínguez 2000 167 (que le dedica una parte importante de su obra sobre el daño moral); un lúcido análisis dogmático en Rojas 2002 *passim*; un comprensivo comentario a CS, 5.11.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 1ª, 234 (también publicada en GJ 257, 39), que declaró la responsabilidad civil de un laboratorio que informó erradamente un diagnóstico de sida, en Jana/Tapia 2004.

⁴⁵¹ Un análisis de la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema en esta materia, en De la Maza 2016.

⁴⁵² *Supra* N° 219; *infra* N°s 223 y 796.

⁴⁵³ C. Domínguez 2000 329; para una referencia a algunas tesis jurisprudenciales minoritarias, ídem 334.

⁴⁵⁴ Jana/Tapia 2004 N° 7 destacan que Alessandri 1943 49 se limitaba a señalar que en materia contractual el "daño moral no es indemnizable, a lo menos en el estado actual de la jurisprudencia". En verdad, todo indica que Alessandri no toma una posición dogmática en la materia, pero acepta que la extensión de la reparación plantea una diferencia sustancial entre la responsabilidad contractual y la extracontractual; claramente en contra de la reparación del daño moral que se sigue del contrato, Gatica 1959 144 y Abeliuk 1993 35 y 732 (sin embargo, en la última edición de esta obra se acepta la procedencia de la indemnización por daño moral en sede contractual con ciertas reservas, véase Abeliuk 2014 1027 y 1473); un análisis de la doctrina en Rojas 2002 112.

⁴⁵⁵ Corte de Santiago 13.8.1935, confirmada por CS [cas. fondo], 8.6.1936, RDJ, t. XXXIII, sec. 1ª, 331; y CS, 18.4.1950, RDJ, t. XLVII, sec. 1ª, 127; un análisis de esta jurisprudencia en C. Domínguez 2000 330. Tardíamente y asumiendo el mismo argumento, Corte de Santiago, 26.10.2004, GJ 292, 17, y Corte de Santiago, 11.5.2006, GJ 311, 147.

c) Un cambio interpretativo se produjo cuando la jurisprudencia comenzó a aceptar que en algunos contratos el deudor asume una *obligación de seguridad* respecto de la persona del acreedor.⁴⁵⁶ No es extraño, en consecuencia, que sean el contrato de transporte y el de trabajo los que lideraron la evolución. Tímidamente, se aceptó que el daño moral producido por un accidente ocurrido en un medio de transporte afectaba la psiquis de la víctima, repercutiendo en su capacidad laboral y, por consiguiente, en sus facultades económicas.⁴⁵⁷ Pero luego se abandonó este atajo patrimonial en la calificación del daño moral contractual y se aceptó que son previsibles los daños morales y patrimoniales sufridos por el pasajero.⁴⁵⁸

La ley de accidentes del trabajo de 1968⁴⁵⁹ también asumió que el empleador tenía respecto del trabajador una obligación de seguridad que da lugar a la reparación de daños patrimoniales y morales si se le puede imputar negligencia (*infra* § 51 c).⁴⁶⁰ A su vez, la Ley de consumidores ha extendido la protección al daño moral provocado por el incumplimiento de disposiciones de ese ordenamiento (artículo 3 letra e); en la práctica, la regla tiene el

⁴⁵⁶ Sobre las obligaciones contractuales de seguridad que tienen por objeto prevenir daños corporales, Carbonnier 2000 517; para el derecho chileno, Pizarro 2003 b 166. En diversas ocasiones la Corte Suprema ha aceptado la indemnización de daño moral por el incumplimiento de obligaciones de seguridad emanadas de distintos tipos contractuales. Por ejemplo, respecto de un contrato de trabajo, CS, 7.7.2009, rol N° 3.143-2009; respecto de un contrato de educación, CS, 22.11.2016, rol N° 58.852-2016; respecto de un contrato de provisión de servicios eléctricos, CS, 19.10.2010, rol N° 7.076-2010.

⁴⁵⁷ Corte de Santiago, 3.7.1951, RDJ, t. XLVIII, sec. 1ª, 252.

⁴⁵⁸ CS, 14.4.1954, RDJ, t. LI, sec. 1ª, 74, donde se concluye que "el problema de la procedencia de la indemnización del daño moral se concreta a saber si este es o no previsible para las partes al momento de celebrarse el contrato", y que "si se admite, como ocurre en la especie, que el daño moral es indemnizable cuando proviene de un cuasidelito, es ilógico rechazarlo si se le funda en el contrato [de transporte]"; un análisis de esta evolución jurisprudencial en C. Domínguez 2000 335.

⁴⁵⁹ DO 23.1.1968.

⁴⁶⁰ Ley de accidentes del trabajo, artículo 69; a su vez el artículo 184 del Código del Trabajo establece expresamente una obligación de seguridad para el empleador, que ha sido reforzado por las reformas introducidas por las leyes N°s 20.123 y 20.308. Para fallos que declaran la indemnización del daño moral en sede contractual por incumplimiento del deber de seguridad del empleador: CS, 16.6.1997, RDJ, t. XCIV, sec. 3ª, 94; Corte de Santiago, 7.12.1998, GJ 222, 196; Corte de Santiago, 28.10.1999, GJ 232, 195; Corte de Santiago, 10.3.2000, GJ 237, 159; Corte de Santiago, 2.7.2002, GJ 265, 85, que se funda en la mencionada ley especial y concluye al mismo tiempo que el artículo 1556 no hace ninguna distinción entre el daño moral y el daño patrimonial; Corte de Santiago, 9.7.2002, GJ 275, 227; Corte de Concepción, 28.8.2002, GJ 266, 210, que también se funda en la ley especial y concluye que el artículo 1556 no prohíbe la compensación del daño moral; y Corte de Antofagasta, 13.12.2002, GJ 270, 183. Véanse también, Corte de Copiapó, 16.4.2014, rol N° 9-2014; Corte de San Miguel, 27.8.2014, rol N° 205-2014; Corte de Santiago, 25.9.2014, rol N° 530-2014, que declara la indemnización del daño moral en sede contractual por incumplimiento del artículo 184 del Código del Trabajo, pero reduce el monto por la culpa concurrente de la víctima sobre la base del artículo 2330; Corte de Santiago, 2.10.2014, rol N° 511-2014; Corte de San Miguel, 23.10.2014, rol N° 297-2014; Corte de Puerto Montt, 12.2.2016, rol N° 914-2015; CS, 28.9.2017, rol N° 24.915-2017; y Corte de San Miguel, 14.2.2018, rol N° 515-2017.

efecto principal de cautelar los deberes de seguridad de productos y servicios (Título III párrafo 5).⁴⁶¹

Finalmente, la jurisprudencia ha reconocido obligaciones de seguridad en los contratos de prestaciones médicas, con la consecuencia de que la responsabilidad de médicos y hospitales tiene una extensión idéntica si se funda en el contrato o en el ilícito extracontractual (*infra* N° 470).⁴⁶²

El reconocimiento de estas acciones evita la aberración axiológica de que el tercero que no está ligado por contrato pueda demandar la reparación del daño moral que se sigue del daño corporal y, en cambio, esté impedido de hacerlo quien tiene un derecho contractual a exigir prestaciones de seguridad respecto de quien negligentemente lo ha provocado.

d) Luego, el reconocimiento de indemnización por daño moral que se sigue del incumplimiento de contrato se ha expandido más allá de los contratos que imponen típicamente obligaciones de seguridad (entendidas en sentido estricto, como cautelares de la vida y la integridad física). Ello ha ocurrido especialmente en el caso de incumplimiento de obligaciones que producen efectos en la honra, como ocurre con el descrédito que se sigue de protestos erróneos⁴⁶³ o de un despido que injustificadamente invoca una causal infamante.⁴⁶⁴ Asimismo, se ha entendido que el incumplimiento de una prestación contractual puede dar lugar a responsabilidad si por su naturaleza puede producir un daño puramente moral a la contraparte, como ocurre con un errado test de sida que por tres años mantiene en el error a la víctima.⁴⁶⁵ Por el contrario, resulta muy discutible que los tribunales hayan aceptado daño moral por incumplimiento de obligaciones contractuales de

⁴⁶¹ Interesante es un fallo del Juzgado de Policía Local de Providencia, 12.4.2000, referido en Jana/Tapia 2004 N° 9, que sanciona por daño moral, de conformidad con la Ley de consumidores, a una empresa de arriendo de automóviles que cobró dos veces un servicio, obligando al cliente a realizar gestiones y aclaraciones para evitar el daño a su prestigio. Conceden indemnización por daño moral en materia de protección de derechos del consumidor, Corte de Santiago, 8.7.2016, rol N° 650-2016; Corte de Santiago, 20.7.2016, rol N° 743-2016; Corte de Talca, 15.12.2016, rol N° 3.108-2016; Corte de Concepción, 3.1.2017, rol N° 572-2016; Corte de Valdivia, 12.1.2018, rol N° 266-2017; Corte de Talca, 14.12.2018, rol N° 115-2018; Corte de Temuco, 25.4.2019, rol N° 95-2018; Corte de Valparaíso, 7.6.2019, rol N° 130-2019; Corte de San Miguel, 20.6.2019, rol N° 175-2019; y Corte de Antofagasta, 12.7.2019, rol N° 188-2018.

⁴⁶² Véase Corte de Concepción, 20.5.2002, confirmada por CS [cas. forma], 29.10.2002, GJ 268, 93; Corte de Santiago, 2.10.2003, GJ 280, 138 (donde se reconoce daño moral reflejo al cónyuge de una mujer a quien erróneamente se le diagnosticó sida). La relativa indiferencia de la calificación contractual o extracontractual de la responsabilidad médica ha sido reconocida por la Corte Suprema en CS, 21.3.2016, rol N° 31.061-2014.

⁴⁶³ Así, Corte de Santiago, 6.8.1996, RDJ, t. XCIII, sec. 2ª, 100 y reiterada jurisprudencia posterior, CS, 11.4.2011, rol N° 7.957-2009; y CS, 30.3.2012, rol N° 2.560-2011.

⁴⁶⁴ Corte de Concepción, 12.12.1997, rol N° 698-1997, comentada en R. Domínguez Á. 1998. Una posición contraria en CS, 12.7.2001, GJ 253, 169; sobre esta materia, Court 2002, Gamonal 2000 *passim*, y Gamonal 2012. En CS, 7.10.2014, rol N° 2.746-2014, señala que nada obsta a solicitar indemnización por daño moral en un procedimiento donde, se persiguen los resarcimientos que contemplan los artículos 162, 163 y 168 del Código del Trabajo.

⁴⁶⁵ CS, 5.11.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 1ª, 234, también publicada en GJ 257, 39, comentada por R. Domínguez Á. en Rev. Concepción 209, 2001, 233 y Jana/Tapia 2004.

contenido puramente patrimonial, y que no producen efectos en la honra ni en la seguridad del acreedor.⁴⁶⁶ No se ve razón suficiente para extender la reparación del daño moral a la mera aflicción que ocasiona una pérdida de ganancia o la frustración de no obtener el beneficio contractual.⁴⁶⁷ El ámbito de riesgos que cubre la economía del contrato no puede ser razonablemente estirada a esos extremos.

222. Fundamento jurídico de la reparación del daño moral en sede contractual. a) Por mucho tiempo, la norma del artículo 1556 fue tenida por una barrera insalvable para la reparación del daño moral,⁴⁶⁸ porque solo da lugar a la indemnización del daño emergente y del lucro cesante. Por el contrario, una lectura literal del artículo 2329 permitía inferir que en sede extracontractual no regía esa limitación.

Para evitar esta dificultad, la jurisprudencia ha seguido diversas estrategias. Ante todo, ha afirmado que la norma del artículo 1556 no debe entenderse como excluyente del daño moral, porque no contendría una enumeración exhaustiva de los daños indemnizables, como se muestra en diversas disposiciones legales que aceptan la reparación del daño moral.⁴⁶⁹ Luego, se ha ido un paso más allá, y se ha señalado que el daño moral es una forma de daño emergente.⁴⁷⁰ Finalmente se ha estimado que no hay razón para excluir la indemnización, porque dentro de la escala de bienes jurídicos

⁴⁶⁶ Por ejemplo, se ha aceptado indemnización de daño moral por el incumplimiento de un contrato de depósito a plazo bancario, consistente en que el banco entregó los fondos en depósito a un tercero que se presentó con un mandato falsificado otorgado por escritura pública (CS, 11.4.2011, rol N° 6.937-2009). También se ha aceptado daño moral por la elaboración negligente de un estudio de títulos consistente en no haber representado la necesidad de que el marido de la vendedora, casada bajo régimen de sociedad conyugal, autorizara la compraventa (CS, 19.1.2011, rol N° 3.992-2009).

⁴⁶⁷ Así, la Corte Suprema ha sostenido: “[q]ue, frente a lo anotado corresponde dilucidar si el incumplimiento atribuido a la entidad bancaria ha importado un menoscabo de tipo moral al actor, resultando palmario al efecto que la determinación del demandado –referido a la entrega del dinero que era de propiedad del actor a un tercero y posterior negativa a su restitución– le ocasionó a este sin duda, aflicción, amargura, ansia y preocupación, razón por la cual el daño moral demandado debe ser acogido, el cual se estimará en la suma de diez millones de pesos” (CS, 11.4.2011, rol N° 6.937-2009). En un sentido similar, CS, 19.1.2011, rol N° 3.992-2009.

⁴⁶⁸ Gática 1959 144 y 149.

⁴⁶⁹ En este sentido, Tomasello 1969 157 y Rojas 2002 143. Algunas sentencias han concluido también que el artículo 1556 no prohíbe la compensación del daño moral: CS, 20.10.1994, RDJ, t. XCI, sec. 1ª, 100; Corte de Santiago, 28.10.1999, GJ 232, 195; Corte de Concepción, 20.5.2002, GJ 268, 93; Corte de Santiago, 2.7.2002, GJ 265, 85; y Corte de Concepción, 28.8.2002, GJ 266, 210.

⁴⁷⁰ CS, 5.11.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 1ª, 234, también publicado en GJ 257, 39, agrega como argumento que el concepto de *daño emergente* que emplea el artículo 1556 del Código Civil comprende no solo el daño pecuniario, sino también el moral, tesis que solo puede entenderse como una interpretación *de lege ferenda* de una norma que históricamente tiene un sentido patrimonial inequívoco. En verdad estas sentencias tienen la virtud de desestimar uno de los principales argumentos para negar la reparación de este daño en sede contractual, esto es, el texto del artículo 1556 (véase comentario de R. Domínguez Á. y R. Domínguez B. a CS, 20.10.1994, rol N° 18.647, en Rev. Concepción 196, 1994 155).

protegidos, los bienes extrapatrimoniales tienen un rango superior a los patrimoniales.⁴⁷¹ De este modo, la jurisprudencia superior se hace cargo de una generalizada posición doctrinal favorable a la indemnización del daño moral en sede contractual.⁴⁷²

El derecho privado es un sistema abierto, donde los conceptos son instrumentos para dar forma a las exigencias de justicia y eficiencia que plantea la vida de relación. En ese marco, pareciera que el propósito subyacente de la jurisprudencia es atender, a la vez, a la lógica del contrato (que establece un horizonte limitado a las consecuencias por las cuales el deudor puede ser hecho responsable) y de justicia conmutativa o correctiva (que ordena reparar los daños que surgen de un incumplimiento contractual).

b) La tendencia jurisprudencial al reconocimiento de que *puede ser* indemnizado el daño moral que se sigue del incumplimiento de un contrato debe tenerse por asentada.⁴⁷³ Con todo, una vez que se acepta que el daño moral sea indemnizado en sede contractual, la dificultad radica en saber *cuándo* es razonable y justo que ello ocurra. En nuestro sistema jurídico esta pregunta, que es la verdaderamente decisiva si se atiende a lo expuesto respecto del derecho comparado, solo se puede resolver atendiendo a la exigencia de que el daño moral sea *previsible* para las partes al momento de contratar, a menos que intervenga dolo del deudor (artículo 1558).

223. Límite a la reparación del daño moral contractual: intereses cautelados por el contrato. a) Las reglas sobre responsabilidad contractual del Código Civil tienen su antecedente doctrinario en Pothier, para quien una preocupación principal era definir los límites de la responsabilidad del deudor. En ese contexto se plantea el requisito de la previsibilidad en la responsabilidad contractual.⁴⁷⁴

⁴⁷¹ CS, 20.10.1994, RDJ, t. XCI, sec. 1ª, 100, comentado por R. Domínguez Á. y R. Domínguez B. en Rev. Concepción 196, 1994, 155.

⁴⁷² Fueyo 1991 375 y Ramos 2004 243, entre las obras generales; los exhaustivos estudios monográficos de Tomasello 1969 y C. Domínguez 2000 (partes II y III); los artículos y comentarios de sentencias de Illanes 1994, R. Domínguez Á. y R. Domínguez B. en Rev. Concepción 196, 1994 155, R. Domínguez Á. en Rev. Concepción 209, 2001, 233 y Jana/Tapia 2004 N° 11 (que analizan profundamente los razonamientos del fallo referido); y las memorias de N. Rodríguez, J. G. Palma y C. Aedo, referidas en Rojas 2002 129. Una exposición de los argumentos que ha dado la Corte Suprema favorables a la indemnización del daño moral en sede contractual en CS, 24.9.2007, rol N° 4.103-2005; CS, 25.7.2011, rol N° 3.929-2010; CS, 3.1.2012, rol N° 2.517-2011; CS, 13.6.2012, rol N° 2.220-2011; CS, 12.12.2012, rol N° 3.591-2010; y CS, 2.10.2013, rol N° 8.607-2012.

⁴⁷³ En especial luego del fallo antes referido, relativo a un erróneo examen que daba por establecido la tenencia del virus del sida (CS, 5.11.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 1ª, 234 también publicado en GJ 257, 39, comentada por R. Domínguez Á. en Rev. Concepción 209, 2001, 233, y Jana/Tapia 2004). En un sentido contrario, en el período inmediatamente anterior, pueden citarse los siguientes fallos que rechazan la reparación del daño moral en materia contractual: Corte de Concepción, 19.1.1990, confirmada por CS [cas. fondo], 27.8.1990, GJ 122, 31, fundado en el texto del artículo 1556 del Código Civil; Corte de Santiago, 25.9.1996, RDJ, t. XCIII, sec. 2ª, 115; Corte de Santiago, 8.12.1999, rol N° 5.303-1996; y CS, 3.1.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 1ª, 1. Tardía y aisladamente, Corte de Santiago, 26.10.2004, GJ 292, 17.

⁴⁷⁴ Pothier 1761 N° 160, luego de establecer el principio de reparación de "la pérdida que uno tiene, o la ganancia que uno deja de hacer", expresa que "es necesario, sin embargo, no

Por eso, la pregunta acerca de las condiciones para la indemnización del daño moral contractual solo puede ser contestada de modo coherente a la luz del criterio de previsibilidad que informa la responsabilidad contractual. La responsabilidad contractual por culpa se limita al ámbito de riesgo asumido por el deudor.⁴⁷⁵ Usualmente ese ámbito de riesgo está definido por la naturaleza de la relación (artículo 1546), que determina, a falta de texto legal o convencional expreso, las expectativas que razonablemente puede hacerse cada parte respecto de los deberes que asume la contraparte.⁴⁷⁶

b) Existen algunos *contratos que naturalmente comprenden la protección de intereses extrapatrimoniales*, de modo que resulta previsible que su incumplimiento puede provocar perjuicios morales. Es el caso de la obligación de seguridad de los contratos de trabajo, de transporte de personas y de servicios médicos.⁴⁷⁷ En algunos contratos se tiende a reconocer una obligación implícita de resultado, como puede ser llevar sano y salvo al pasajero al destino, que el trabajador no sufra un accidente predecible, que el enfermo no adquiera una enfermedad intrahospitalaria. Pero también pueden surgir daños morales indemnizables en el marco de obligaciones de medios, como es el caso típico de los contratos de servicios médicos.⁴⁷⁸

someter el deudor a indemnizar al acreedor de todas las pérdidas indistintamente que le haya ocasionado el incumplimiento de la obligación, y menos todavía a todas las ganancias que el acreedor hubiese podido hacer", a cuyo efecto, si no se puede imputar dolo, "el deudor no está obligado más que a los daños y perjuicios que se han podido prever cuando el contrato, que el acreedor podría sufrir de la inejecución de la obligación". Ese texto es el antecedente del artículo 1150 del Código francés y del artículo 1558 de Código chileno.

⁴⁷⁵ Con énfasis correcto en la idea de riesgo asumido por el deudor como criterio definitivo de los perjuicios previsibles, Jana/Tapia 2004 N° 13.

⁴⁷⁶ Así ocurre con el incumplimiento por instituciones financieras de deberes de cuidado respecto de sus clientes, que provocan daños a su honra (*infra* N° 410). Algo análogo vale respecto de los deberes de una compañía aérea con sus pasajeros, que quedan en situación de afección en la esfera psíquica, a consecuencia del abandono y desinformación de que son objeto por más de diez horas, circunstancia que fue considerada como generadora de un daño moral indemnizable por el Tribunal Supremo español (31.5.2000, comentado por de Verda 2005 69, aludiendo a la nulidad de la cláusula de exoneración en el billete, de conformidad a las reglas de protección de los consumidores); el daño pertenece típicamente al ámbito de riesgos que la compañía aérea debe enfrentar con diligencia, de modo que mostrada su culpa, los daños morales significativos resultantes son indemnizables.

⁴⁷⁷ Sobre estas obligaciones de seguridad, accesorias al contrato de transporte, que dan origen a la reparación de daños morales en el derecho francés, Chabas 2000 b N° 70, Viney/Jourdain 1998 398; en el derecho chileno, Pizarro 2003 b 166; en el derecho alemán fueron concebidas como obligaciones complementarias, que podían dar lugar a incumplimiento contractual (*positive Vertragsverletzungen*), entre las cuales la jurisprudencia incluyó los deberes de protección o seguridad respecto de la contraparte (Palandt/Heinrichs 2003, § 275 11); el desarrollo jurisprudencial se ha materializado en la reciente reforma al derecho de obligaciones, que establece como categoría central del derecho de contratos el concepto de "infracción de un deber que nace de la relación obligatoria" (BGB, § 280 I), con lo que se alude a las obligaciones principales y complementarias y a las explícitas e implícitas.

⁴⁷⁸ Asumir que algunos contratos suponen naturalmente obligaciones de seguridad, que se entienden incorporadas implícitamente (transporte, hotelería, cuidado de menores, por ejemplo) no significa que el obligado adquiere con ello una obligación de garantía respecto

Por el contrario, los *contratos netamente comerciales* (o, más precisamente, de contenido puramente patrimonial) tienen por naturaleza una mera función de intercambio de bienes y servicios. Por eso, resulta ajeno a la naturaleza y a los riesgos tenidos en vista por las partes al tiempo de contratar, que el incumplimiento tenga consecuencias extrapatrimoniales.

c) Estas consideraciones debiesen explicar por qué algunos fallos recientes aceptan la indemnización del daño moral en materia contractual y otros la rechazan de manera categórica.⁴⁷⁹ Pero lamentablemente, no siempre se razona de manera suficientemente diferenciada. En definitiva, la pregunta pertinente no es si procede en términos absolutos la indemnización del daño moral por incumplimiento contractual, sino en qué tipos de contratos *la lesión de intereses extrapatrimoniales pertenece al tipo de riesgos que el deudor asumió expresamente o en razón de la naturaleza del contrato*.⁴⁸⁰ Saltarse esa barrera de los daños que pertenecen a la naturaleza del contrato afecta severamente dicha institución, cuyo objeto es precisamente definir un ámbito conocido de riesgo (*infra* N° 795); por el contrario, dibujar la línea divisoria más acá de ese límite, negando la reparación de perjuicios no patrimoniales que naturalmente pertenecen al ámbito de cuidado del deudor, supondría dejar desprotegidos legítimos y significativos intereses no patrimoniales del acreedor, que suelen formar parte inequívoca del acuerdo contractual.

§ 25. DAÑO REFLEJO O POR REPERCUSIÓN

a. Introducción

224. Noción. a) El *daño reflejo o por repercusión es el sufrido por víctimas mediatas*

de la contraparte; las obligaciones de seguridad dan lugar a obligaciones de medio o resultado, según sea la naturaleza del deber que envuelven (Carbonnier 2000 521).

⁴⁷⁹ Así, por ejemplo, al analizar un contrato de representación para la venta de armas en el extranjero en que se demandó el daño moral proveniente del incumplimiento del pago de comisiones del representante; la Corte Suprema concluyó que el acreedor enfrentaba el simple resultado de una situación de negocios, esencialmente incierta y eventual (CS, 3.1.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 1ª, 1, con comentario de R. Domínguez Á. en Rev. Concepción 207, 2000, 173). En todo caso, aunque hubiese sido previsible un daño de esta naturaleza, es necesario que el incumplimiento contractual haya originado un perjuicio de una cierta entidad para dar lugar a la reparación. Por ello, la decepción de un comprador a quien no fue entregada la cosa a tiempo no puede dar lugar a reparación por ser un perjuicio moral exorbitante al ámbito de riesgos propio del contrato y que debe ser soportado por el acreedor, quien dispone de las acciones indemnizatorias por el daño patrimonial sufrido (sin perjuicio de las cláusulas penales que válidamente pueden pactarse por el retraso).

⁴⁸⁰ Un voto de minoría de la Corte Suprema adopta este criterio: "En efecto, esta clase de resarcimiento procede únicamente en eventos en que la convención extiende su ámbito al resguardo o protección de bienes extrapatrimoniales o cuando comprende intereses que claramente ya no conciernen al patrimonio sino a la personalidad moral del sujeto, como su afectividad, su estabilidad emocional, su integridad moral, etc." (CS, 11.12.2008, rol N° 2.367-2007).

de un hecho que ha causado la muerte o lesiones a otra persona.⁴⁸¹ Los efectos de las lesiones o de la muerte sufridos por la víctima inmediata se pueden expandir hacia terceros, que sufren personalmente un daño patrimonial o moral a consecuencia de esa muerte o lesiones. Aunque la muerte sea tenida por el mayor de los males, no puede conceder acción a quien la sufre, pues se trataría de un derecho carente de un sujeto que esté legitimado para alegar un interés personal;⁴⁸² pero sí puede serlo para personas que estaban ligadas patrimonial o afectivamente a ella. Algo análogo puede ocurrir en casos de graves lesiones corporales de la víctima inmediata.

b) El daño reflejo o por repercusión puede ser *patrimonial o moral*. En las siguientes secciones se tomará esta distinción como base del análisis, en razón de las preguntas que plantea el daño moral reflejo o *perjuicio de afectación*. En uno y otro caso se distinguirá entre el daño reflejo que se sigue de la muerte y de las lesiones de la víctima directa.

225. Naturaleza de la acción y de los perjuicios. a) La acción que surge del daño reflejo pertenece *personalmente* a quien lo sufre. El daño invocado es el perjuicio propio y no el de la víctima inmediata. Si esta ha muerto en el accidente, los terceros cercanos pueden disponer de dos acciones: ante todo, una *acción transmitida* por la víctima inmediata para perseguir la reparación de los perjuicios que esta ha soportado en vida; y, además, una *acción personal* por los perjuicios morales y patrimoniales sufridos personalmente a consecuencia del accidente de la víctima inmediata.

Ambas acciones, concedidas a título personal y como herederos de la víctima directa, son diferentes, pero su concurrencia suele ser mirada con escepticismo en el derecho comparado en razón del riesgo de que conduzca a una doble indemnización de un mismo perjuicio (sobre los problemas de transmisibilidad del daño moral, *infra* N° 753). Con esta 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.⁴⁸³

b) El mayor problema jurídico que presenta el daño reflejo es el establecimiento de sus *límites*: ¿qué intereses de las víctimas mediatas 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 disímiles.

⁴⁸¹ Alessandri 1943 457 y 463 trata el daño reflejo a propósito de daño patrimonial y moral a las personas; P. Rodríguez 1999 360 lo trata a propósito del daño que se sigue de la muerte; otros autores siguen el camino de Alessandri; un cuidadoso análisis del daño reflejo en el derecho chileno en Elorriaga 1999 *passim*.

⁴⁸² *Supra* N° 156 b, con nota sobre antecedentes doctrinarios y comparados.

⁴⁸³ Epstein 1999 458.

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.⁴⁸⁴

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.⁴⁸⁵ 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;⁴⁸⁶ 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 gastado en el círculo familiar más cercano.

c) Discutible, aunque por diferentes razones, es la situación de los *empleadores y socios* que pierden un colaborador irremplazable y esencial o de 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).⁴⁸⁷ 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.⁴⁸⁸

⁴⁸⁴ Referencias doctrinarias en el derecho chileno y comparado en notas a *supra* N° 156.

⁴⁸⁵ Carbonnier 2000 382.

⁴⁸⁶ Viney/Jourdain 1998 140.

⁴⁸⁷ 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).

⁴⁸⁸ 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 2003, § 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

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 este es el caso, la acción personal por el daño patrimonial reflejo personalmente sufrido solo corre desde la muerte de la víctima directa (*infra* N° 751).⁴⁸⁹

b) Con la reserva 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*.⁴⁹⁰ Este 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 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.⁴⁹¹ 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;⁴⁹² de este modo, quedan protegidos los intereses serios del conviviente y de parientes de hecho.⁴⁹³

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.

⁴⁸⁹ 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).

⁴⁹⁰ Incluso en un derecho como el alemán, más bien reacio 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).

⁴⁹¹ Así, por ejemplo, en Alemania (BGB, § 844 II; Deutsch/Ahrens 2002 200) y Estados Unidos (Prosser/Keeton *et al.* 1984 907).

⁴⁹² Carbonnier 2000 383, Viney/Jourdain 1998 132.

⁴⁹³ 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). Este es también el caso del derecho francés (Viney/Jourdain 1998 130), y del nuevo Código civil y comercial argentino (artículo 1745 b). La resolución 75/7 del Consejo de Europa adopta el mismo criterio (artículo 15).

c) En el *derecho chileno*, la ley reconoce al conviviente civil de la víctima derechos equivalentes a los del cónyuge en diversos tipos de intereses (*supra* N° 144 b). Aunque, a diferencia del cónyuge, el conviviente civil no es un alimentario, ello no obsta a una adecuada reparación. Así, la jurisprudencia ha reconocido como legítimo, al menos bajo circunstancias ordinarias de una relación permanente, el interés del conviviente de hecho 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).⁴⁹⁴

228. Evaluación 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).⁴⁹⁵ Su evaluación se rige, en consecuencia, por las reglas generales de valoración de ese tipo de daño.

b) En cuanto a la evaluación 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.

En circunstancias que el lucro cesante tiene siempre alguna contingencia, 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, solo 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.⁴⁹⁶ Así se explica que en el derecho chileno las

⁴⁹⁴ CS, 9.9.1946, RDJ, t. XLIV, sec. 1ª, 130, que concedió indemnización del daño material por la muerte de un hijo ilegítimo que proporcionaba ayuda pecuniaria al actor; y CS, 4.8.1933, RDJ, t. XXX, sec. 1ª, 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.

⁴⁹⁵ *Infra* N° 252.

⁴⁹⁶ Rubio 2005 N° 36 y cuadro estadístico IV 4.2, que muestra que solo en el 2% de los casos de sentencias condenatorias ejecutoriadas en el período 1985-2004 fue reconocido lucro cesante por repercusión.

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 evaluación 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°s 186 y 187).⁴⁹⁷ La indemnización debiere comprender un capital suficiente para cubrir esos gastos por un cierto lapso de tiempo. La técnica contable del valor presente o el costo de una renta vitalicia contratada con una compañía de seguros son aproximaciones muy apropiadas para ese cálculo.

c. Daño moral reflejo o perjuicio de afección

229. Principales preguntas que plantean el shock nervioso y perjuicio de afección. a) Las particulares dificultades que plantea el daño moral reflejo o *perjuicio de afección* 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 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 como discutible moralidad llevar a un valor económico los sentimientos hacia las personas más próximas.⁴⁹⁸ 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 entendidos como intereses protegidos por el derecho.⁴⁹⁹

Desde el punto de vista activo, podría decirse que estas acciones mantienen vivo el principio de que la reparación pacifica la familia de la víctima, cumple

⁴⁹⁷ Jones 2002 705.

⁴⁹⁸ En este sentido, Ripert 1948 1, Esmein 1954 113; en el derecho chileno, J.P. Vergara 2000 68. Acerca de los límites de relevancia de este tipo de daños, con énfasis en aquellos que emanan de los propios elementos de la responsabilidad civil en Mejías 2015 873.

⁴⁹⁹ Viney/Jourdain 1998 47.

la función ancestral de apaciguar las culpas y neutralizar el resentimiento y la venganza.⁵⁰⁰ Sin embargo, una justificación antropológica resulta discutible en el terreno del derecho civil, porque no todos los sentimientos pueden ser objeto de escrutinio por el derecho.

En verdad, la crítica 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 (*supra* § 24 c).⁵⁰¹

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).

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;⁵⁰² de este modo, queda excluida la compensación del daño puramente afectivo y solo se indemniza el shock nervioso.⁵⁰³ Por el contrario, esta limitación suele no operar en los sistemas jurídicos donde el

⁵⁰⁰ Carbonnier 2000 385.

⁵⁰¹ Posner 1992 191, Kötz 1991 194.

⁵⁰² 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).

⁵⁰³ 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 Medicus 2002 310; lo mismo rige en los derechos escandinavos (Von Bar 1996 II 189) y en el derecho inglés (Cane/Atiyah 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).

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.⁵⁰⁴ Los criterios jurídicos de limitación del daño indemnizable están dados por los requisitos de significación del daño (solo el perjuicio afectivo significativo es indemnizable) y de causalidad (la relación remota de la víctima principal con la refleja hace que el daño sea indirecto). 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 menor⁵⁰⁵ (*supra* N° 194).

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.⁵⁰⁶ 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, en esencia, 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

⁵⁰⁴ Von Bar 1996 II 76.

⁵⁰⁵ CS, 16.12.1922, RDJ, t. XXI, sec. 1ª, 1053.

⁵⁰⁶ Viney/Jourdain 1998 139. Así, por ejemplo, en Alemania (Palandt/Heinrichs 2003, § 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).

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? Por último, el perjuicio afectivo es aun más difícil de medir que el daño moral directo, porque no existe respecto de la víctima refleja el patrón de intensidad del dolor físico y porque su grado depende no solo 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 solo 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.⁵⁰⁷

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 de manera cotidiana 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.⁵⁰⁸

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 en especial en dos grupos de casos. Ante todo, cuando la víctima directa resulta lesionada de gravedad y existe razón para pensar que el sufrimiento será soportado por el tercero con quien aquella está íntimamente relacionada.⁵⁰⁹ Asimismo se han reconocido indemniza-

⁵⁰⁷ 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 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".

⁵⁰⁸ Como en otras materias, en este aspecto el derecho francés parece ser excepcionalmente laxo (Viney/Jourdain 1998 140).

⁵⁰⁹ Corte de Santiago, 25.5.1945, confirmada por CS [cas. fondo], 13.6.1946, RDJ, t. XLIII, sec. 1ª, 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. 4ª, 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 al 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;

ciones 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).⁵¹⁰

231. Perjuicio de afección 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.⁵¹¹

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.⁵¹² 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 inconmensurable 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

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.

⁵¹⁰ 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, 2332, en que se reconocen \$ 4 millones en conjunto a la niña víctima de abusos deshonestos 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).

⁵¹¹ Como en otras materias, la necesidad de una razonable prudencia en esta materia fue objeto de una correcta intuición por Alessandri 1943 464 y, más recientemente, fue recogida en Mejías 2015.

⁵¹² Referencias al derecho comparado en C. Domínguez 2000 736.

es eminentemente normativa, esto es, se trata de una cuestión de derecho y no de hecho.⁵¹³

La jurisprudencia nacional tiende a definir los titulares de la acción de acuerdo a la cercanía que dan el parentesco y las relaciones conyugal o de convivencia, de modo que la familia más cercana excluya los más remotos.⁵¹⁴ 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 es menos frecuente encontrar casos en que a un hermano de la víctima le sea otorgada en concurrencia con los padres, hijos o el cónyuge.⁵¹⁵ En los casos que se reconoce este tipo de indemniza-

⁵¹³ Sobre la necesidad de limitar el conjunto de titulares activos de la acción de daño moral por repercusión, *infra* N° 267.

⁵¹⁴ Los baremos jurisprudenciales, consultados en febrero de 2019, confirman este criterio (<https://baremo.pjud.cl/baremoweb>). En primera instancia, de un total de 407 sentencias que declaran la responsabilidad civil de un tercero a favor de un padre por la muerte de su hijo o hija, alrededor de un 48% conceden un monto de indemnización superior a 1.000 UF. En el caso de la madre, de un total de 558 sentencias, un 36% le otorga una indemnización igual o superior a 1.385 UF. Las indemnizaciones son menores y menos frecuentes para parientes más lejanos del fallecido. De un total de 235 sentencias que reconocen indemnización a hermanos, solo el 20,4% otorga un monto superior a 1.115 UF. Considerablemente menos frecuentes son las sentencias que otorgan indemnización a los abuelos. De un total de diez sentencias que les reconocen derecho a indemnización, solo tres superan las 1.200 UF. Más escasas aún son las sentencias que otorgan indemnizaciones a los tíos de la víctima; solo hay tres y ninguna de ellas supera las 338 UF. Si se efectúa el mismo ejercicio respecto de casos que llegaron a conocimiento de la Corte Suprema, se repite un patrón similar. Con todo, parece no haber sentencia que haya otorgado indemnización a tíos o abuelos.

⁵¹⁵ 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, rol N° 737-2005, confirmada por CS [cas. fondo], 5.6.2005, rol N° 6.118-2005, que concede indemnización de \$ 20 millones 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 solo 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 Santiago, 10.6.2015, distingue entre el núcleo familiar más cercano (cónyuge e hijos), cuya aflicción tiene por evidente, menos cercano (padres) que debe aportar ciertos antecedentes para dar por probado el perjuicio y finalmente un vínculo más débil (hermanos) que debe ser excluido en razón de preterir a los primeros; Corte de Valparaíso, 20.10.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 2ª, 95, que aplica una especie de orden de prelación, privilegiando la familia cercana (cónyuge e hijos); Corte de Chillán, 4.1.2001, confirmada por 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. Un examen de los baremos indemnizatorios muestra que 39 sentencias (tres de las cuales son de la Corte Suprema) concedieron indemnización a los hermanos del fallecido en conjunto con sus padres. La gran mayoría de estas sentencias otorga una indemnización menor a los hermanos que a los padres (Corte de Concepción, 28.6.2013, rol N° 1.675-2011; CS, 12.7.2013, rol N° 5.693-2012; Corte de Talca, 8.1.2014, rol N° 470-2013; y Corte de Puerto Montt, 27.2.2018, rol N° 421-2017). Solo siete sentencias conceden un monto idéntico para padres y hermanos (por ejemplo, Corte de Concepción, 9.1.2013, rol N° 2.126-2012).

ción, la jurisprudencia tiende a determinar 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.⁵¹⁶

⁵¹⁶ Es también la conclusión de Rubio 2005 N° 63. Pueden consultarse, entre las innumerables sentencias publicadas, las siguientes:

- *Por muerte del hijo*: CS, 16.12.1922, RDJ, t. XXI, sec. 1ª, 1053, en el fallo que generalmente es aceptado como un precedente clave en materia de indemnización del daño moral; CS, 18.12.1926, RDJ, t. XXIV, sec. 1ª, 567; CS, 3.7.1930, RDJ, t. XXVIII, sec. 1ª, 117; CS, 3.8.1932, RDJ, t. XXIX, sec. 1ª, 549; Corte de Santiago, 13.4.1939, confirmada por CS [cas. fondo], 3.8.1940, RDJ, t. XXXVIII, sec. 1ª, 239; Corte de Santiago, 26.5.1944, RDJ, t. XLI, sec. 2ª, 41; Corte de Santiago, 9.1.1946, RDJ, t. XLIV, sec. 2ª, 4; Corte de Temuco, 25.6.1963, RDJ, t. LX, sec. 4ª, 290; CS, 28.6.1966, RDJ, t. LXIII, sec. 1ª, 234; CS, 22.4.1998, GJ 214, 115, publicado también en F. del M. 473, 342; Corte de Talca, 21.10.1998, confirmada por CS [cas. fondo], 28.1.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 4ª, 71; Corte de Santiago, 9.6.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 2ª, 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 CS [cas. fondo], 7.1.2003, GJ 271, 96; Corte de Santiago, 23.9.2003, GJ 279, 121; Corte de Concepción, 25.10.2005, rol N° 737-2005, confirmada por CS [cas. fondo], 5.6.2006, rol N° 6.118-2005; Corte de Rancagua, 21.3.2012, rol N° 1.172-2011, confirmada por CS [cas. fondo], 8.4.2013, rol N° 4.233-2012; Corte de Santiago, 18.12.2009, rol N° 2.073-2009; Corte de Santiago, 31.01.2012, rol N° 5.184-2010; Corte de Rancagua, 6.11.2013, rol N° 1.049-2013, confirmada por CS [cas. fondo], 6.1.2014, rol N° 16.191-2013; Corte de Santiago, 2.12.2013, rol N° 5.467-2012; Corte de Santiago, 20.1.2014, rol N° 4.169-2012; Corte de Antofagasta, 22.8.2014, rol N° 60-2014, confirmada por CS [cas. forma y fondo], 1.12.2015, rol N° 26.698-2014; Corte de Santiago, 4.11.2014, rol N° 3.013-2014, confirmada por CS [cas. fondo], 19.5.2015, rol N° 717-2015; Corte de Santiago, 10.12.2014, rol N° 10.191-2013, confirmada por CS [cas. forma y fondo], 12.7.2015, rol N° 2.265-2015; Corte de Concepción, 18.6.2015, rol N° 363-2015; y Corte de Rancagua, 26.1.2017, rol N° 116-2016, confirmada por CS [cas. forma y fondo], 09.08.2017, rol N° 10.254-2017.

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

- *Por muerte del hijo, cónyuge y hermano*: Corte de Concepción, 18.7.2011, rol N° 1.722-2010, confirmada por CS [cas. forma y fondo], 2.10.2012, rol N° 8.747-2011.

- *Por muerte del hijo, padre y cónyuge*: Corte de Concepción, 16.9.2009, rol N° 446-2009.

- *Por muerte de hijo, padre, cónyuge y hermano*: Corte de Antofagasta, 25.11.2014, rol N° 570-2014.

- *Por muerte del padre y cónyuge*: CS, 24.10.1968, RDJ, t. LXV, sec. 4ª, 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; Corte de Santiago, 30.5.2003, GJ 275, 97; Corte de Santiago, 26.9.2012, rol N° 2.124-2011; Corte de Santiago, 27.12.2012, rol N° 5.036-2011, confirmada por CS [cas. fondo], 14.5.2013, rol N° 2.464-2013; Corte de San Miguel, 9.6.2014, rol N° 126-2014; Corte de Concepción, 3.11.2014, rol N° 705-2013, confirmada por CS [cas. fondo], 4.5.2015, rol N° 578-2015; Corte de Santiago, 28.5.2015, rol N° 2.289-2015, confirmada por CS [cas. fondo], 3.11.2015, rol N° 8.666-2015; Corte de Copiapó, 28.10.2015, rol N° 321-2014 confirmada por CS [cas. fondo], 19.5.2016, rol N° 32.268-2015; y Corte de Santiago, 14.3.2017, rol N° 3.657-2016, confirmada por CS [cas. forma y fondo], 6.12.2017, rol N° 27.940-2017.

- *Por muerte de uno o ambos padres*: CS, 28.12.1981, RDJ, t. LXXVIII, sec. 4ª, 235; CS, 15.12.1983, RDJ, t. LXXX, sec. 1ª, 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,

Estos principios han sido esencialmente acogidos por el Código Procesal Penal, que regula la titularidad activa de la acción civil de la víctima en caso de muerte del ofendido y cuando este no puede ejercer sus derechos; a tal efecto concede acción: *i)* al cónyuge o conviviente civil y a los hijos, *ii)* a los ascendientes, *iii)* al conviviente de hecho, *iv)* a los hermanos y *v)* al adoptante y al adoptado, entendiéndose 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.⁵¹⁷

b) Concurrencia de pretensiones indemnizatorias. El enfoque jurisprudencial en concreto para determinar quiénes pueden tener derecho a com-

2332; CS, 21.8.2002, F. del M. 501, 2022; Corte de Santiago, 7.12.2009, rol N° 730-2008; Corte de Arica, 13.11.2009, rol N° 405-2009, confirmada por CS [cas. fondo], 8.7.2010, rol N° 973-2010; Corte de Concepción, 14.4.2011, rol N° 1.750-2010; Corte de Valparaíso, 15.10.2013, rol N° 1.274-2013; Corte de Santiago, 8.7.2014, rol N° 6.673-2013, confirmada CS [cas. fondo], 22.6.2015, rol N° 23.889-2014; y Corte de Santiago, 6.11.2014, rol N° 4.847-2014, confirmada por CS [cas. fondo], 24.6.2015, rol N° 32.830-2014.

• *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, publicada también en F. del M. 504, 4202; Corte de Iquique, 15.11.2000, confirmada por CS [cas. fondo], 4.4.2001, GJ 250, 151; Corte de Concepción, 25.10.2005, rol N° 737-2005, confirmada por CS [cas. fondo], 5.6.2006, rol N° 6.118-2005; Corte de Santiago, 4.10.2016, rol N° 10.116-2015, confirmada por CS [cas. fondo], 20.1.2017, rol N° 97.729-2016; y Corte de Concepción, 15.11.2010, rol N° 870-2010.

• *Por muerte de hijo y hermano:* Corte de Concepción, 11.8.2011, rol N° 474-2011, confirmada por CS [cas. fondo], 13.5.2013, rol N° 9.369-2011; CS, 17.3.2014, rol N° 9.431-2013; Corte de Antofagasta, 25.8.2014, rol N° 200-2014; Corte de Concepción, 31.3.2015, rol N° 980-2014, confirmada por CS [cas. fondo], 1.9.2015, rol N° 7.264-2015; y Corte de Puerto Montt, 22.7.2015, rol N° 238-2015, confirmada por CS [cas. fondo], 30.11.2015, rol N° 12.876-2015.

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

⁵¹⁷ Por ejemplo, CS, 15.12.1983, RDJ, t. LXXX, sec. 1ª, 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, 1ª sem., N° 45, 232, que resuelve la muerte de una mujer con quien el demandante se encontraba unido solo 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 CS [cas. fondo], 24.12.2003, GJ 282, 61. Por el contrario, alguna jurisprudencia ha rechazado la indemnización demandada por la conviviente 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). El baremo de jurisprudencia muestra que de un total de 78 sentencias de primera instancia que conceden indemnización por el fallecimiento del conviviente, en alrededor de un 36% de los casos se concedió un monto que superó las 1.066 UF. Cuando el demandante era cónyuge de la víctima, de un total de 446 sentencias, en un 43% se concedió una indemnización igual o superior a 1.473 UF.

pensación 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.⁵¹⁸ Lo cierto es que el daño moral afectivo expresa, en un sentido muy potente, la *fortaleza del grupo familiar*.⁵¹⁹ Por otra parte, su explosión incontrolada amenaza aumentar más allá de lo previsible los riesgos asociados a las más diversas actividades.⁵²⁰

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;⁵²¹ 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;⁵²² en el otro

⁵¹⁸ Al respecto se podría argumentar, por ejemplo, que el artículo 2329 ordena indemnizar todo daño que haya sufrido cualquiera víctima, de modo que si estas 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.

⁵¹⁹ Carbonnier 2000 385.

⁵²⁰ Viney/Jourdain 1998 48, con énfasis, además, en los efectos en los costos ordinarios de los seguros. Un argumento basado en la relevancia de la previsibilidad respecto a la culpa y la causalidad en Mejías 2015 880 y 883, respectivamente.

⁵²¹ Es el caso de Alemania (Medicus 2002 310) 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/Atiyah 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).

⁵²² 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), y el nuevo Código civil y comercial argentino (artículo 1741), que permite la reparación a los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con la víctima recibiendo trato familiar ostensible. Sobre la transmisibilidad del daño moral de la propia víctima y su concurrencia con el daño reflejo de los familiares, *infra* N°s 752 y 753).

extremo, no existe criterio formal que limite el conjunto de beneficiarios ni los requisitos de procedencia de la reparación.⁵²³

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 un orden de prelación en que los familiares más cercanos excluyen a los más remotos.⁵²⁴ Estos criterios de limitación son consistentes con alguna legislación especial en materia previsional y muy especialmente en las normas referidas del Código Procesal Penal;⁵²⁵ asimismo, cuentan con respaldo jurisprudencial en los derechos chileno⁵²⁶ y comparado.⁵²⁷ En el fondo, de acuerdo con este

⁵²³ 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, influyente en la progresiva transformación de la responsabilidad civil francesa en una deuda de reparación del daño, 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, ídem 146).

⁵²⁴ 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.

⁵²⁵ Código Procesal Penal, artículo 59 II en relación con artículo 108.

⁵²⁶ Así, Corte de Valparaíso, 20.10.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 2ª, 95, con referencia a legislación especial de las leyes N°s 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° 4.784-2000). 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 CS [cas. forma y fondo], 24.1.2001, GJ 247, 134; 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, 7.8.2000, confirmada por 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 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 CS [cas. forma y fondo], 12.3.2001, 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.

⁵²⁷ 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 impli-

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 o de convivencia civil, a menos que haya prueba en contrario.⁵²⁸ 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. También puede verse afectada una persona que no tenga relación legal con la víctima, pero formaba parte esencial de su entorno afectivo inmediato y permanente.⁵²⁹ 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

cita 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.

⁵²⁸ 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 Santiago, 10.6.2015, []; 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; 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, 23.3.2001, 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 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).

⁵²⁹ Es el caso del Código civil y comercial argentino, que hace referencia a la familia más cercana (ascendientes, descendientes y cónyuge), e incluye a quien 'recibe trato familiar ostensible' (art. 1741). Como es usual en el lenguaje de ese Código, el concepto tiene un sentido muy amplio, que puede ser funcional a una delegación demasiado amplia en la jurisprudencia.

informales que permitan una comparación objetiva de las sumas asignadas a título de indemnización.⁵³⁰

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).⁵³¹ Los baremos estadísticos que resultan de la colaboración de la Universidad de Concepción y la Corte Suprema en materia de daño moral por muerte e infortunios laborales debieren contribuir a contener la dispersión (*supra* N° 208).

La necesidad de compatibilizar una cierta objetivación del parámetro de valoración del daño moral, con una cierta 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. Se puede constatar una tendencia jurisprudencial en algunos sistemas jurídicos a expandir con liberalidad el 'objeto de la afección lesionado'. La reparación del daño moral por muerte o sufrimiento de animales habría resultado asombrosa cuando comenzó a discutirse si el daño moral era indemnizable. En el derecho contemporáneo se ha entendido que es reparable el dolor que se siente por la muerte de animales queridos.⁵³² Esta tendencia, primeramente minoritaria en el derecho comparado, se ha expandido con prudencia en cuanto a los montos indemnizables. En el derecho chileno existen casos jurisprudenciales aislados en el mismo sentido.⁵³³ Esta expansión del perjuicio afectivo contradice

⁵³⁰ Una ordenación de fallos en atención a los criterios de valoración del perjuicio afectivo en M. Letelier 1994 72.

⁵³¹ 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. Las sentencias publicadas en los baremos indemnizatorios confirman este criterio (*supra* N° 231 a).

⁵³² 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 tuerto; también Viney/Jourdain 1998 51.

⁵³³ 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

el antiguo principio de los juristas más reflexivos, en orden a que el problema de la responsabilidad está en definir sus límites.⁵³⁴ Todo con la reserva de que hay razones para pensar que el ilícito intencional amplía la responsabilidad, especialmente en el caso de animales cercanos (*supra* N°s 99, 102).

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

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. 1ª, 85). También se ha concedido indemnización por el quiebre emocional causado a la víctima, no solo 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). De manera similar, se ha concedido indemnización por daño moral a un taxista por el dolor y aflicción que le produjo verse imposibilitado de trabajar luego de que su taxi fuese dañado (Corte de Concepción, 28.2.2018, rol N° 692-2017); y también se ha concedido indemnización por la preocupación y aflicción causada por la pérdida total de un automóvil (CS, 10.11.2015, rol N° 30.456-2014), o por tener que acudir reiteradamente a la reparación de un vehículo (Corte de Santiago, 8.4.2014, rol N° 2.050-2013). En el caso de los animales, es razonable entender que exista una afección especial, sin embargo parece desproporcionado un fallo reciente que concedió la suma de un millón de pesos a título de daño moral por 'aflicción psicológica' a la dueña de un perro que fue mordido por otro perro en una pata trasera durante su paseo diario (Corte de Santiago [causa de fuero], 9.9.2019, rol N° 13-2018). 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. 4ª, 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 consternación producida por la lesión del derecho de propiedad (Corte de Santiago, 10.11.1998, RDJ, t. XCV, sec. 2ª, 78). En un caso de despojo ilegal se concedió indemnización por daño moral por la angustia, aflicción o padecimiento del demandante consistente en no poder enfrentar sus necesidades durante un lapso prolongado de tiempo (CS, 25.8.2014, rol N° 432-2014). A un deportista de alto rendimiento, le fue concedida indemnización por el pesar ocasionado por la sustracción de su bicicleta de competencia (Corte de Santiago, 17.3.2016, rol N° 67-2016). Asimismo, se ha dado lugar a la indemnización del daño moral causado por animales que ingresan a un predio y destruyen el sembradío del demandante generando molestia y estrés (Corte de Temuco, 19.11.2014, rol N° 817-2014); y por la pérdida parcial de especies incautadas con ocasión de la investigación de un robo millonario de joyas (CS, 22.5.2017, rol N° 97.726-2016). En definitiva, los casos en que se han reconocido efectivamente daños morales por daños a las cosas son excepcionales. Lo usual es que se niegue la indemnización por no considerar de suficiente gravedad la afección. En este último sentido, Corte de Valparaíso, 9.3.2018, rol N° 40-2018; y Corte de Santiago, 15.3.2016, rol N° 1.751-2015.

⁵³⁴ Conviene recordar, una vez más, a Pothier 1761 N° 160.

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;⁵³⁵ y que la responsabilidad será de carácter extracontractual, aunque la relación entre el agente del daño y la víctima inmediata sea contractual.⁵³⁶

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° 753).

c) Una cuestión 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 debiere 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).⁵³⁷ La jurisprudencia no ha mostrado un criterio consistente al respecto.⁵³⁸ En definitiva, la idea de que el daño afectivo sea personal no permite inferir dócilmente, mediante simples ejercicios deductivos, que las condiciones de la responsabilidad son por completo independientes de las aplicables a la víctima directa. El conceptualismo es en particular ingenuo en materia de responsabilidad civil. 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 solo podría hacer valer en su descarga la culpa en juicio seguido por la víctima directa que sobrevive al accidente.

⁵³⁵ Corte de Santiago, 29.3.1951, RDJ, t. XLVIII, sec. 4ª, 32, y Corte de Concepción, 19.8.2003, confirmada por CS [cas. fondo], 24.12.2003, GJ 282, 61; véase también la jurisprudencia referida en materia de accidente del trabajo (*infra* § 51 c).

⁵³⁶ 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).

⁵³⁷ Una aplicación reciente en Corte de Valparaíso, 27.4.1998, GJ 214, 93; CS, 29.1.2002, GJ 259, 17; Corte de Santiago, 7.8.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 2ª, 96; Corte de Santiago, 30.5.2003, GJ 275, 97; y CS, 10.12.2003, GJ 282, 155.

⁵³⁸ Se ha descartado la aplicación del artículo 2330 si los demandantes son víctimas por rebote en Corte de Concepción, 19.7.2007, rol N° 2.882-2006; y, recientemente, Corte de Santiago, 10.11.2017, rol N° 5.122-2017. Por el contrario, la Corte Suprema se ha pronunciado a favor de reducir la indemnización en caso de culpa de la víctima directa en CS, 7.6.2012, rol N° 8.937-2009 (decisión adoptada con un voto de disidencia).

§ 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 más 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 disfrutaban 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 embarazo y el nacimiento no deseado de un niño o por el nacimiento de un niño con alguna enfermedad o discapacidad que pudo ser detectada *in utero*. Esta situación comprende dos problemas distintos, y que han adoptado respuestas también diversas por parte de la jurisprudencia: el perjuicio que significa para los padres tener un hijo no deseado o con minusvalías que no desean aceptar, que se ha caracterizado como *wrongful birth*, o como *wrongful conception*, cuando ha habido alguna esterilización mal practicada; y el perjuicio que supone para el propio hijo o hija el llegar a existir en estas mismas condiciones, denominado *wrongful life*. 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 asépticas.

En verdad, en pocos ámbitos del derecho contemporáneo de la responsabilidad civil se generan preguntas más en el límite que las referidas a nacimientos no deseados. Desde un punto de vista jurídico, la pregunta se refiere a la *legitimidad del interés* invocado por los actores. Estos temas plantean inevitablemente otras cuestiones acerca de los límites del derecho privado con

la moral. Aunque es ingenuo (e ideológico) intentar que casos de este tipo queden inmunizados del discernimiento moral, aquí se evitará en lo posible adoptar un enfoque filosófico. El propósito de este apartado es ordenar las preguntas que surgen en las hipótesis referidas y analizar las soluciones y argumentos que se suelen manejar en el derecho comparado. El análisis se referirá asimismo a las conclusiones que se pueden obtener en el derecho chileno.

234 bis. Evolución en el derecho comparado. a) La titularidad para demandar ciertos daños derivados de un embarazo y nacimiento no deseados ha sido reconocida progresivamente, pero de manera no uniforme, en los diferentes ordenamientos jurídicos.

a) Los orígenes de la discusión sobre *wrongful birth* y *wrongful life* como tipos especiales de daño, se encuentran en el derecho norteamericano. La primera demanda de este tipo tuvo lugar en el caso *Gleitman v. Cosgrove*, en 1967.⁵³⁹ Un niño había nacido con malformaciones como consecuencia de que la madre había contraído rubéola durante el embarazo, lo cual no había sido informado por el médico. Tanto el niño como sus padres intentan acciones de perjuicios en contra del médico. La Corte Suprema de Nueva Jersey rechazó la demanda intentada por el hijo (*wrongful life*), argumentando que no era posible comparar el padecimiento de una enfermedad con la no existencia y que, aun si fuera posible calcular el daño, no podía concederse la indemnización pues era una cuestión de orden público considerar la vida como un bien. Tampoco se acogió la acción de los padres (*wrongful birth*), por la dificultad de medir el daño sufrido.

Casi una década después, la jurisprudencia derivada del caso *Gleitman v. Cosgrove* dio un giro a favor de los demandantes. En el caso *Jacobs v. Theimer* también se demanda a un médico que no informó a la mujer embarazada que tenía rubéola, por el nacimiento de un niño con malformaciones. La Corte Suprema de Texas estimó que sí había una relación de causalidad entre la omisión negligente de entregar la información por parte del médico y la pérdida de la oportunidad de decidir abortar de la madre, agregando que los gastos económicos por la enfermedad debían ser indemnizados.⁵⁴⁰ El mismo año, la Corte Suprema de Wisconsin acogió una demanda de indemnización por *wrongful birth* en un caso idéntico, también argumentando que la omisión en la entrega de información le habría impedido a la madre abortar.⁵⁴¹ Desde entonces se ha consolidado la jurisprudencia que acepta como daños indemnizables los derivados de una enfermedad o discapacidad del hijo, pero no del hecho de que este haya llegado a existir.⁵⁴²

b) Siguiendo un camino similar, la primera demanda por *wrongful birth* en Reino Unido también fue intentada por una mujer cuya hija nació con serias discapacidades físicas y cognitivas a causa de la rubéola que había contraído durante el embarazo, contra el médico y el laboratorio que ha-

⁵³⁹ 49 N.J. 22 (1967).

⁵⁴⁰ 519 S.W.2d 846 (1975).

⁵⁴¹ 69 Wis. 2d 766 (1975).

⁵⁴² Epstein 1999 284.

bían descartado la enfermedad. La demanda fue rechazada en atención a dos consideraciones: (i) si bien el médico tiene un deber de no provocarle daños al feto, en este caso los daños fueron ocasionados por la rubéola y no por el médico o el laboratorio; lo alegado como daño no es la discapacidad, sino el hecho de haber nacido, cuestión que no puede ser apreciada por los jueces; y (ii) para alegar que el nacimiento constituye un daño es necesario sostener un deber del médico de impedir el nacimiento, pero aquel tiene únicamente el deber de informar a la madre, de quien la decisión de abortar es exclusiva; a su vez, ella tampoco tiene un deber de impedir el nacimiento de un niño o niña con discapacidad.⁵⁴³

Posteriormente, la jurisprudencia inglesa adoptó una posición similar a la estadounidense, aceptando la indemnización por los costos de la enfermedad o discapacidad previsible que no fue informada, aun si no había un vínculo causal entre la negligencia del médico y la enfermedad del hijo. Sin embargo, no se consideran daños indemnizables el hecho del nacimiento o la existencia del niño.⁵⁴⁴ Esta posición se ha mantenido, ampliándose la discusión a quién debe asumir los costos de una enfermedad que es parte de los riesgos normales del embarazo, a propósito de un caso en que el hijo de la demandante nació con hemofilia, en circunstancias que la madre no habría continuado con el embarazo de haber sabido que era portadora de dicha enfermedad.⁵⁴⁵

c) En Francia, tanto la Corte de Casación como el Consejo de Estado originalmente rechazaban demandas por *wrongful birth*, aunque ambos admitían que el nacimiento podría constituir un daño de haber 'circunstancias o situaciones particulares' que hicieran más pesadas las cargas normales de la maternidad, circunstancias dentro de las cuales estaría el nacimiento de un niño con discapacidad o malformación. Este razonamiento dio lugar

⁵⁴³ [1982] 2 All ER 771.

⁵⁴⁴ Paradigmáticos en tal sentido fueron los casos *McFarlane v. Tayside Health Board* ([2000] 2 AC 59) y *Hardman v. Amin* ([2001] P.N.L.R. 11). La consecuencia de lo afirmado en estos fallos es que, aun si el embarazo y nacimiento del hijo se deben a negligencia médica (como un error en el procedimiento de esterilización), ello no puede considerarse como un perjuicio, razón por la cual la indemnización es improcedente, y los costos de criar al niño sano deberán ser en todo caso asumidos por los padres. Así se falló en *Rees v. Darlington Memorial Hospitals NHS Trust* [2003] UKHL 52; [2004] 1 AC 309. Esto último es sin perjuicio de reconocer reparación a la madre por los perjuicios sufridos durante el embarazo (Jones 2002 189).

⁵⁴⁵ [2017] EWHC 2990 (QB). En este caso, la madre sospechaba ser portadora de hemofilia por circunstancias familiares. Descartada erróneamente por el médico la presencia del gen relevante, esta continuó con el embarazo. El niño no solo nació con hemofilia sino también con autismo. La hemofilia no provocó ni hizo más probable el desarrollo del autismo, pero este último sí dificultó sustantivamente el tratamiento de la hemofilia. Las partes acordaron que todos los costos derivados de la hemofilia debían ser asumidos por el sistema nacional de salud, por lo que la cuestión se circunscribió a los costos del autismo. El tribunal decidió que el riesgo de autismo era común a todos los embarazos, y no había sido producido ni incrementado por la actividad negligente del médico. El fallo rechazó la demanda porque, aun si la diligencia del médico hubiera tenido por resultado probable la interrupción del embarazo, no es parte del ámbito de protección de la norma que obliga al médico a informar a la madre que es portadora de hemofilia la evitación de otras enfermedades o condiciones que constituyen riesgos normales del embarazo.

al reconocimiento de las acciones entabladas por los padres por *wrongful birth*.⁵⁴⁶

La acción por *wrongful life* también fue rechazada en un comienzo por el Consejo de Estado, pero a partir del año 2000 la Corte de Casación adoptó una posición favorable al reconocimiento de esta acción.⁵⁴⁷ En este contexto, el parlamento francés aprobó una ley que regula precisamente las acciones por *wrongful birth* y *wrongful life*, acogiendo las primeras aunque acotadas a los daños sufridos por los propios progenitores y rechazando las segundas.⁵⁴⁸

d) En España también se han acogido demandas de indemnización por *wrongful birth*. El Tribunal Supremo en 1997 acogió la demanda presentada por una mujer que dio a luz a un niño con *síndrome de Down*,⁵⁴⁹ debido a que se le comunicó que el feto presentaba dicha condición con posterioridad al vencimiento del plazo legal para interrumpir el embarazo. En cambio, un par de años después el mismo Tribunal Supremo rechazó una demanda de indemnización por *wrongful birth* debido a que entendió que de la despenalización del aborto no puede derivarse el reconocimiento de un derecho a abortar,⁵⁵⁰ que el nacimiento con enfermedades o deformidades no puede ser esgrimido como daño, y que tampoco puede acreditarse que, de haber contado con toda la información relevante, la mujer habría abortado.⁵⁵¹ Más recientemente, el Tribunal Supremo ha reconocido la responsabilidad del médico que por un actuar negligente priva a la mujer de la posibilidad de abortar, obligándolo a indemnizar este daño como pérdida de una chance,⁵⁵² lo que hace difuso y más maleable el cálculo de la indemnización; también ha acogido la demanda de indemnización del daño moral, del daño emergente y del lucro cesante que se siguen del nacimiento de un hijo con malformaciones o enfermedades.⁵⁵³

b. Planteamiento: hechos alegados como fuente de responsabilidad

235. Lesiones causadas durante el embarazo o el parto. Ante todo, el niño puede nacer con alguna discapacidad porque durante su período de gestación o con ocasión del parto ha sido objeto de un tratamiento equivocado o de una manipulación que le ha causado lesiones. La situación es análoga respecto de drogas administradas a la madre durante el embarazo. Estos casos no presentan calificaciones especiales y pueden ser subsumidos bajo las reglas generales de la responsabilidad médica: se trata de lesiones corporales que son atribuibles causalmente al defecto negligente en el diagnóstico o en el tratamiento (*infra* § 50).

⁵⁴⁶ Cass. civ. I, 26.3.1996, referida en Macía Morillo 2009 97.

⁵⁴⁷ Macía Morillo 2009 98.

⁵⁴⁸ Macía Morillo 2009 98.

⁵⁴⁹ Trib. Supr., rol N° 3.999/1997.

⁵⁵⁰ Trib. Supr., rol N° 679/1999.

⁵⁵¹ Una crítica de esta jurisprudencia en Vicente 1994 250.

⁵⁵² Trib. Supr., rol N° 5.536/2008.

⁵⁵³ Trib. Supr., rol N° 1.136/2013.

236. Nacimiento no deseado a consecuencia de una esterilización frustrada o de una prevención errada (*wrongful conception*). La esterilización y la contracepción son medios para evitar la concepción, sea con fines de prevención de deficiencias congénitas o simplemente de planificación familiar. En uno y otro caso el derecho acepta, con exigencias variables, el acto voluntario de prevenir embarazos. En consecuencia, son lícitos los contratos de prestación de servicios que tienen por objeto esas finalidades.⁵⁵⁴

Practicada la cirugía de esterilización o aplicado otro método de prevención, puede ocurrir que fracasen y que la mujer quede embarazada. La frustración del propósito preventivo puede deberse a error quirúrgico o a la ineficacia de los instrumentos preventivos recetados. En uno y otro caso habrá usualmente una infracción a un deber de cuidado del cirujano, del médico o incluso del farmacéutico (que entrega una droga equivocada) y existirá un antecedente de responsabilidad con fundamento en esa negligencia.

Pero también puede fracasar la prevención porque la cirugía emprendida o la contracepción recomendada no aseguran los resultados, de modo que el solo hecho del embarazo no es necesariamente indicio de negligencia médica. En este caso, sin embargo, el embarazo no deseado puede deberse a la desinformación de la paciente, caso en el cual la responsabilidad tiene por fundamento la omisión negligente de los deberes generales del médico de ilustrar al paciente acerca de los riesgos de la indicación (*infra* N° 483).⁵⁵⁵

⁵⁵⁴ Usualmente la esterilización será aceptada bajo indicación médica. En el derecho chileno, será necesario, además del consentimiento libre e informado del paciente, la consejería del profesional de la salud y una declaración formal de voluntad, la que siempre podrá ser dejada sin efecto antes de la intervención por la simple declaración del paciente (Resolución Exenta N° 2.326/2000 del Ministerio de Salud, que fija directrices para los servicios de salud sobre esterilización femenina y masculina); al respecto, G. Figueroa 2001 180. También en el derecho comparado se suele exigir justificación especial; en Alemania, por ejemplo, se exige que la esterilización sea recomendada por razones médicas, genéticas o de condición económico-social (Lange 1990 328).

⁵⁵⁵ La Corte de Apelaciones de Antofagasta conoció de un caso en que una mujer se sometió a una operación de esterilización defectuosa, tras lo cual quedó embarazada de gemelas con *síndrome de Down*. La mujer demandó al médico tratante por los daños derivados de la frustración de la operación de esterilización, incluyendo daño emergente, lucro cesante y daño moral. La Corte tuvo por acreditada la negligencia del médico, pues este no habría practicado la operación en la forma acordada y no habría informado a la paciente que la operación no había sido exitosa. Sin embargo, al analizar la relación de causalidad entre el hecho y los daños demandados, señaló que solo podían entenderse como daños directos aquellos derivados de la operación de esterilización y del parto de las hijas, pero no aquellos correspondientes a atenciones, exámenes y enfermedades de las hijas de la paciente, así como tampoco podía entenderse como un daño directo del incumplimiento por parte del médico que las hijas tuvieran *síndrome de Down*. Asimismo, la Corte otorgó indemnización por concepto de daño moral, pues el daño causado habría producido consecuencias negativas en la vida afectiva y emocional de la paciente y trastornos en su vida familiar, pero rechazó a su vez la indemnización de lucro cesante, por no acreditarse qué ingresos la paciente habría dejado de recibir como consecuencia del nacimiento de sus hijas. (Corte de Antofagasta, 2.5.2012, rol N° 373-2011). En otro caso, fallado en primera instancia por un juez de letras de Castro, una mujer demandó al Servicio de Salud de Chiloé tras dar a luz a su hija diagnosticada con braquicefalia no sindrómica, en circunstancias que había solicitado ser esterilizada quirúrgicamente luego de dar a luz un hijo anterior. En el proceso, se tuvo por acreditado que el

237. Aborto frustrado y 'pérdida de la oportunidad de abortar' (*wrongful birth*). a) El derecho positivo comparado establece diversas condiciones de admisibilidad para el aborto: la primera excluye del ámbito de control jurídico la decisión de la mujer de abortar, declarando que el derecho de privacidad de la mujer es "suficientemente amplio como para comprender la decisión de la mujer de terminar o no su embarazo" (derecho norteamericano);⁵⁵⁶ la segunda alternativa consiste en declarar admisible el aborto, si se cumplen ciertos requisitos, más o menos estrictos, pero sin reconocer un derecho al aborto (como ocurre, en general, en los sistemas jurídicos europeos);⁵⁵⁷ la tercera es una variante de la anterior, que permite excluir, bajo ciertas condiciones, la responsabilidad penal, pero aun así se considera que el aborto es civilmente ilícito, salvo indicación médica o social en contrario (derecho alemán).⁵⁵⁸

b) En el derecho chileno, la ley ha autorizado el aborto por tres causales: (i) si la mujer se encuentra en riesgo vital y el aborto evita un peligro para su vida; (ii) si el embrión o el feto posee un defecto originario o adquirido incompatible con la vida extrauterina y en todo caso letal; y (iii) en caso de violación, si no han transcurrido más de doce semanas de gestación o catorce semanas en el caso de una menor de 14 años (Ley N° 21.030, que modificó el artículo 119 del Código Sanitario). Fuera de estos casos, el aborto es ilícito penal, cualquiera sea su motivación y sus circunstancias.

c) Desde luego que la pregunta por el *aborto frustrado* está en íntima relación con la doctrina constitucional y penal aceptada en la respectiva jurisdicción. Donde el aborto es considerado un derecho de la mujer, el médico que lo practica impropriamente, dejando persistente el embarazo, o no proporciona a la mujer la información necesaria y suficiente para que esta decida si practicarse

procedimiento de esterilización solicitado por la demandante no le fue practicado. La sentencia de primera instancia indica que "la demandante fue víctima de una grave vulneración a su derecho a decidir sobre su propio cuerpo, siendo este derecho debidamente informado como consta en autos, pero que finalmente no fue respetado y acatado como fue su voluntad", y le concedió una indemnización por daño moral de \$ 15.000.000, consistente en "el detrimento, angustia, dolor, sufrimiento, aflicción o menoscabo psicológico que experimentó la actora a causa de no someterla a la esterilización deseada". Para la estimación del daño moral, el juez de primera instancia tuvo en cuenta "las condiciones económicas escasas de la madre" y la circunstancia de que esta era la única fuente de sustento familiar (Juzgado de Letras de Castro, 20.11.2014, rol N° 1.719-2012). La Corte de Puerto Montt confirmó el fallo de primera instancia, aumentando la indemnización a \$ 35.000.000 (Corte de Puerto Montt, 4.8.2015, rol N° 446-2015, confirmada por CS [cas. fondo], 29.1.2016, rol N° 13.544-2015).

⁵⁵⁶ *Roe v. Wade*, 410 US 113, 153 (1973), confirmada con calificación en fallos posteriores.

⁵⁵⁷ Así, en el derecho francés (Viney/Jourdain 1998 16).

⁵⁵⁸ El Código Penal alemán sanciona el aborto (§ 218), pero no está sujeto a pena si es emprendido por un médico, previo consejo recibido por la interesada y dentro de las primeras doce semanas de embarazo (§ 218 a I). De ello no se sigue, sin embargo, que el aborto practicado bajo esas condiciones de inimputabilidad penal sea civilmente lícito; solo lo es si, además, es "objeto de indicación médica otorgada bajo consideración de las circunstancias de vida presentes y futuras de la embarazada, con el fin de evitar un peligro a la vida o de una grave lesión del estado de salud corporal o espiritual, y ese peligro no puede ser evitado de otra manera" (§ 218 a II).

un aborto, comete un acto contrario a derecho bajo el estatuto legal aplicable, sea contractual o extracontractual. Por el contrario, si el estatuto jurídico aplicable declara ilícito el aborto bajo cualquiera circunstancia, jamás podrá haber responsabilidad por haberse frustrado el propósito abortivo (a lo más podrá haberla, como se ha visto, si se ha producido daño corporal a la mujer o se ha dañado el feto). En los órdenes intermedios de regulación puede ocurrir que el aborto no sea penalmente sancionado, pero que cuando se frustra no dé lugar a responsabilidad civil, porque de ello no se sigue su licitud, salvo en los casos especiales en que resulte excepcionalmente admisible.⁵⁵⁹ Este último es el caso en el derecho chileno vigente.⁵⁶⁰

d) Aún más delicada que la responsabilidad que se sigue del aborto frustrado es la que se pretende de un diagnóstico equivocado o de una omisión médica en detectar e informar un defecto de conformación del embrión. En este caso, al médico se le puede imputar que su error fue determinante en que la mujer no tomara oportunamente la decisión de solicitar un aborto terapéutico, bajo las condiciones de admisibilidad del respectivo ordenamiento positivo.⁵⁶¹ En el extremo, se ha discutido si la acción también puede pertenecer, en este caso, al hijo que nace con un grave defecto que compromete su calidad de vida (*wrongful life*), ya sea que la acción se dirija en contra del médico o en contra de los padres (*infra* N° 240). En las relaciones de los padres con el médico rige lo expresado respecto del aborto frustrado.

c. Naturaleza de los daños y titularidad de la acción

238. El caso del niño sano que no era deseado. El derecho comparado tiende a ser restrictivo en reconocer indemnización si a consecuencia de la frustración del aborto nace un niño perfectamente sano. Aun prescindiendo de la cuestión moral que envuelven estos casos, surgen preguntas acerca de la existencia y naturaleza del daño. La evolución del derecho inglés es significativa en la materia. Luego de haberse reconocido acción por los gastos de crianza (*supra* N° 234 bis b), el tribunal supremo negó lugar a esa acción, con fundamento, entre otras razones, en que los beneficios de disfrutar de un hijo no pueden ser descontados de los costos de crianza; en definitiva, resulta injusto que el médico corra con los gastos y los padres gocen de las ventajas del nacimiento del niño; en que el derecho debe tratar al hijo como una bendición y no como una carga; y en que no es razonable descargar a los padres de la carga de cuidar de su hijo.⁵⁶² La tendencia a considerar que el niño no puede ser un daño, ni dar lugar a un daño, es generalizada en el derecho comparado (*supra* N° 234 bis).

⁵⁵⁹ Por ejemplo, esa es la doctrina consolidada en Alemania (Lange 1990 330, Palandt/Heinrichs 2003, § 249 48b).

⁵⁶⁰ Sobre la posibilidad de accionar por *wrongful birth* en el ordenamiento chileno, Etcheberry 2018 817.

⁵⁶¹ A su vez, el efecto perverso de esta regla es que incentive a los médicos a anticipar los menores riesgos, favoreciendo por esta vía el aborto (Viney/Jourdain 1998 16).

⁵⁶² *McFarlane v. Tayside Health Board*, 3 WLR 1301 (1999), citado por Jones 2002 188.

239. El caso del niño discapacitado. a) Los efectos más severos de la responsabilidad por nacimiento no deseado se producen en el caso de niños que nacen enfermos o discapacitados. Si el orden jurídico admite el aborto terapéutico, la madre tiene derecho a tomar la decisión acerca de si va dar a luz a un hijo que posea severas limitaciones intelectivas o sensoriales. Sin embargo, la hipótesis de daño no solo se refiere a situaciones en que podría haberse producido un aborto terapéutico, sino también para la esterilización y la prevención que frustradamente se ha intentado en razón del riesgo biológico de que nazcan hijos discapacitados.

b) Para los padres el nacimiento de un niño enfermo o discapacitado suele ser fuente de angustias, de privación de agrados de la vida y de gastos significativamente superiores a los que irroga un niño sano. En contraste, y más allá de la concepción moral o religiosa que los padres tengan respecto de esa vida, el niño discapacitado también es fuente de alegría y de afectividad.⁵⁶³

El problema del nacimiento no querido se plantea a consecuencia de una intervención médica que tiene por objeto impedir la concepción de un niño enfermo o discapacitado, o bajo los supuestos de que el ordenamiento jurídico acepte el aborto terapéutico y de que la madre decida practicárselo (en el caso del aborto frustrado) o pueda suponerse que lo habría solicitado (en el caso de un error de diagnóstico acerca de la constitución del embrión). En ese entendido, el derecho comparado tiende a reconocer un derecho a reparación en estos casos, sobre la base de que el daño reparable no es el hijo, sino, por lo general, los costos extraordinarios de mantención y crianza, que exceden lo que cuesta criar un hijo sano.⁵⁶⁴ También se ha llegado a sostener que, cuando ha habido un error de diagnóstico, los padres podrían demandar los perjuicios consistentes en el sufrimiento y la tensión psíquica que representa el nacimiento de un hijo con malformaciones, daño que se ve aumentado por el hecho de no haber conocido los defectos del hijo con anterioridad.⁵⁶⁵

c) Más recientemente se ha planteado que, con independencia de los costos médicos y de crianza, en los ordenamientos que admiten el aborto terapéutico el daño también se configura por la pérdida de oportunidad de decidir de los progenitores, y en particular de la madre. En efecto, si la conducta negligente del médico consiste en realizar un diagnóstico erróneo o en la omisión de detectar e informar una enfermedad, condición o

⁵⁶³ Así, el argumento, en el caso norteamericano *Berman v. Allan*, 404 A.2d 8 (NJ 1979), citado por Epstein 1999 283, donde se negó indemnización a los padres de un niño nacido con *síndrome de Down* en juicio seguido contra el obstetra que omitió exámenes que podrían haber llevado a un aborto terapéutico; la Corte estimó que los padres también reciben beneficios de niños discapacitados.

⁵⁶⁴ Así en el derecho francés (Viney/Jourdain 1998 16) y en el inglés (Jones 2002 189); en el derecho alemán se ha reconocido el derecho al total de los costos de mantención (Palandt/Grüneberg 2016, § 249 72); en España, el Tribunal Supremo ha entendido que la omisión de información sobre el *síndrome de Down* podía dar lugar a indemnización del daño moral sufrido por los padres (Vicente en Reglero 2002 a 253).

⁵⁶⁵ Mondaca/Aedo/Coleman 2015 40.

discapacidad del embrión, ese error provoca que la mujer no cuente con información relevante para decidir si continuar su embarazo o interrumpirlo, menoscabando la autonomía que le es reconocida por el ordenamiento jurídico en este ámbito (*infra* N° 246). Dicho menoscabo es, por sí mismo, una lesión a un interés legítimo y significativo, de modo que constituye un daño indemnizable de acuerdo a los principios generales de la responsabilidad civil.⁵⁶⁶

240. ¿Acción del niño por haber nacido con una discapacidad? (*wrongful life*). a) En un caso que provocó gran revuelo, la Corte de Casación francesa decidió que el hijo, a cuya madre no le fue diagnosticada una rubéola durante el embarazo, con la consecuencia de haber nacido con serias afecciones neurológicas, tenía derecho a demandar, del médico que había errado el diagnóstico a su madre, los perjuicios sufridos por su propia condición discapacitada. La asamblea plenaria dictaminó que “desde el momento que las faltas cometidas por el médico y el laboratorio en la ejecución de los contratos existentes con la señora Perruche han impedido a esta ejercer su opción de interrumpir su embarazo con el fin de evitar el nacimiento de un hijo aquejado de una discapacidad, este último puede demandar la reparación de los perjuicios resultantes de esta discapacidad, causados por las culpas referidas”.⁵⁶⁷

El hijo, cuya gestación no fue interrumpida, demandó argumentando que, si su madre hubiera sido informada acerca de su condición, ella habría ejercido su opción a abortar, liberándolo del costo de sobrellevar una existencia afectada por su limitación. El caso generó intensas discusiones. Por un lado, se argumentó acerca del absurdo que significa reconocer una reparación al demandante por el hecho de haber llegado a nacer (¿su propia vida como daño?).⁵⁶⁸ A favor de la tesis del fallo se expresan los argumentos, en parte

⁵⁶⁶ En los ordenamientos que permiten el embarazo terapéutico, la regla que obliga al médico a entregar a la mujer la información sobre posibles malformaciones del feto no tiene por finalidad evitar el nacimiento de niños enfermos o con malformaciones, sino resguardar la autonomía reproductiva de la mujer, de modo que esta tenga toda la información relevante a la vista, sea para continuar su embarazo o para interrumpirlo (este es el argumento de Macía Morillo 2009 200). En el derecho francés, la desinformación de los padres acerca de la malformación del embrión o del feto en razón de una negligencia inequívoca del médico da lugar a una indemnización de su propio perjuicio. La seguridad social se hace cargo del hándicap sufrido por el niño (*Code de l'action sociales et des familles*, art. 114-5).

⁵⁶⁷ Cass. plen., JCP 2000, II, 10438 (se encuentra disponible en línea, en <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007041543>). La doctrina del fallo fue ratificada con posterioridad: “el niño nacido discapacitado puede demandar la reparación del perjuicio resultante de su incapacidad si este último está en relación de causalidad directa con la culpa incurrida por el médico en la ejecución del contrato con su madre y que han impedido a esta última ejercer su opción de interrumpir el embarazo” (cass. plen., JCP 2001, II, 10601).

⁵⁶⁸ Markesinis 2001 79 resume los argumentos en contra de la indemnización reclamada por el propio hijo afectado: imposibilidad de evaluar el daño; la vida es preferible a la no vida, de modo que no puede darse por establecido un daño; el médico no podía tener un deber de cuidado respecto del feto para favorecer su propio aborto; de no haber existido la negligencia, el niño no habría tenido una mejor condición, sino que no habría existido

basados en una moral de compasión, en orden a que la indemnización solo tiene por fin cuidar del niño disminuido, y en parte técnico-jurídicos, en orden a que su objeto no es asumir que la vida sea un daño, ni responder la pregunta metafísica por el sentido de la vida, sino hacerse cargo de los costos de sobrevivencia de una persona incapacitada.⁵⁶⁹ A ello se agrega el argumento de que para el discapacitado es preferible tener una indemnización a título personal y no derivado, por medio de la reparación que obtengan sus padres.⁵⁷⁰ Pero, aun dejando en suspenso preguntas acerca de la naturaleza del daño y de la legitimidad del aborto en estos casos, subsiste el problema jurídico consistente, en saber si es correcto atribuir ese costo a un médico que erró un diagnóstico, pero no actuó causalmente en provocar la discapacidad.⁵⁷¹ Más aún, incluso de tenerse por acreditado el nexo causal entre la conducta negligente del médico y el nacimiento del hijo (esto es, asumiendo que la mujer hubiese interrumpido el embarazo de saber que el feto tenía malformaciones), la posibilidad de imputar objetivamente el daño al médico es discutible. El fin protegido por la norma que obliga al médico a informar a la mujer sobre eventuales malformaciones es la autonomía reproductiva de esta última (*supra* N° 239 c), y no evitar el nacimiento de niños con malformaciones.⁵⁷²

Por otra parte, si el fundamento de la pretensión indemnizatoria del niño es un derecho a haber sido abortado, la acción podría ser dirigida también contra sus progenitores, en caso que estos hubieran incurrido en negligencia. Pero para sostener tal negligencia sería necesario afirmar que los padres, y en particular la madre, tienen una especie de deber de interrumpir el embarazo al enterarse de la presencia de alguna malformación o discapacidad grave del feto, cuestión que no es compatible con una comprensión del aborto como un *derecho* de la mujer embarazada, y todavía menos con la configuración del aborto como hecho punible. En cualquiera de estos casos, no es posible construir un derecho del hijo a no haber nacido, ni un deber de los padres de evitar el nacimiento, con lo que la indemnización se queda sin sustento.

en absoluto. Corral 2013 155-156 muestra las dificultades que plantean las fronteras de lo jurídico y lo moral en estos casos en el límite, estimando que la decisión francesa expresa el desquiciamiento a que se puede llegar cuando el derecho deja de reconocer al ser humano y a su dignidad, porque "un ser humano, aunque limitado y enfermo, es siempre una persona que incrementa la bondad y belleza del mundo".

⁵⁶⁹ Es la tesis de Markesinis 2001 81, 84, 89, 94, en un artículo que en mi opinión ha sido sobrevalorado. Asumiendo la responsabilidad civil como un estatuto social basado en la compasión, no considera las consecuencias correlativas de su tesis. Me parece que si sus argumentos son correctos, el remedio coherente para corregir el mal de una vida que carece de valor de vivirse sería la eutanasia y no la indemnización por el hecho de haber nacido como consecuencia remota de un error de un diagnóstico médico.

⁵⁷⁰ Un desarrollo de esta tesis, sostenida por ese jurista desde hace varias décadas, en Deutsch 2000 2361; una idea semejante en Viney/Jourdain 1998 17; una crítica vehemente a la ley que dejó sin efecto la jurisprudencia *Perruche* en P. Jourdain "Loi anti-Perruche: une loi démagogique" en *Recueil le Méga Code* 11, 2002, 891.

⁵⁷¹ F. Chabas, en *Droit et patrimoine*, febrero 2001, 107, citado por M. Tapia 2003.

⁵⁷² Macía Morillo 2009 200.

Por último, se presenta el problema de si el argumento de la compasión no introduce una justificación que no es propia de la responsabilidad civil, sino de la seguridad social.⁵⁷³

En definitiva, bajo presión de una opinión pública adversa y del aumento de precio que los fallos impusieron a los seguros médicos, el legislador francés determinó que "nadie se podrá prevaler de un perjuicio del solo hecho del nacimiento", poniendo término a la breve jurisprudencia iniciada por el fallo *Perruche*.⁵⁷⁴ Así terminó el breve período 'del camino especial francés' en la materia.⁵⁷⁵

b) En verdad, la tendencia generalizada del derecho comparado es a no reconocer acción indemnizatoria por el hecho de haber llegado a existir (*wrongful life*).⁵⁷⁶ Aunque la indemnización tenga por función práctica compensar el costo de sobrellevar la propia incapacidad, en el trasfondo permanece el fantasma de que ese daño es consecuencia de asumir otro daño más inmediato, del cual aquel se deriva, como es que el descuido del demandado haya provocado que el demandante llegara a vivir. Al derecho civil no le corresponde dirimir disputas acerca del sentido de la vida y de la muerte, sino atribuir los costos de una negligencia, dicen algunos; al tomar esa distancia, uno se puede preguntar si así no terminan haciéndose radicalmente difusas para el derecho las antiguas fronteras valóricas entre el significado moral de la vida y la muerte.⁵⁷⁷

⁵⁷³ Vicente en Reglero 2002 a 254.

⁵⁷⁴ *Code de l'action sociales et des familles*, art 114-5 I.

⁵⁷⁵ Así fue denominada por Winter 2002 330, desde una perspectiva comparada, la jurisprudencia de la Corte de Casación francesa en el caso *Perruche*.

⁵⁷⁶ Así en el derecho español (Vicente en Reglero 2002 a 253), inglés (Jones 2002 65), alemán (Palandt/Heinrichs 2003, § 249) y norteamericano (Epstein 1999 283, con referencia *Gleitman v. Cosgrove*, 227 A.2d 689, NJ 1967).

⁵⁷⁷ Es significativo el encuentro de opiniones que ha existido en la materia en Alemania entre una sala del Tribunal Constitucional que ha declarado que 'la vida jamás puede ser tenida por daño' (NJW 98, 317) y el Tribunal Supremo que ha dado lugar a la indemnización a los padres por el nacimiento de un hijo discapacitado con el argumento de que no se repara la vida, sino el costo de mantenerla (BGH 124, 136). En el caso líder norteamericano sobre *wrongful life*, el jurado se vio enfrentado con la pregunta de calcular los daños sobre la base de la diferencia entre la ventaja de estar muerto y la desventaja de estar vivo (*Gleitman v. Cosgrove*, 227 A.2d 689, NJ 1967); la jurisprudencia ha seguido el camino de un discreto rechazo de tales acciones, asumiendo, en opinión de Epstein 1999 283, el criterio escéptico del juez Weintraub de que "el hombre, que nada conoce sobre la vida o la nada, no está en situación de ponerle precio a la 'no vida'".

N° 188
AÑO LVIII
JULIO-DICIEMBRE
1990

ISSN 0303-9986



REVISTA DE DERECHO

**UNIVERSIDAD DE
CONCEPCION**

**Facultad de
Ciencias Jurídicas
y Sociales**

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

RAMON DOMINGUEZ AGUILA
Prof. Derecho Civil
Universidad de Concepción

I ROL JURIDICO DEL DAÑO

A. EL DAÑO COMO ELEMENTO DE LA RESPONSABILIDAD

1. En los derechos civilistas

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

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

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

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

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

de que ésta tiene como objetivo principal —según comúnmente se admite³— un fin reparatorio del daño causado. El daño o perjuicio, términos que usaremos indistintamente⁴, es incluso algo más que un mero elemento de la responsabilidad: es el *presupuesto común* a todos los órdenes de responsabilidad civil, sea ésta contractual o extracontractual. Sólo es posible exceptuar la hipótesis en que se ha pactado una cláusula penal, pues ésta no tiene únicamente un fin reparatorio, sino también el rol de garantía, por lo cual "habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inexecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio", (art. 1.542 C. Civ.)⁵.

De allí que algunos autores, al estudiar la responsabilidad civil, prefieran el calificativo de "responsabilidad por daños" o de "derechos de daños"⁶.

Se ha sostenido, sin embargo, desde otro punto de vista, que el daño no es un elemento esencial del acto ilícito, sino sólo *condición* de la acción por daños y perjuicios, puesto que existen hipótesis de sanción al acto ilícito aun en ausencia de todo daño, como ocurre en el caso de la nulidad de los negocios jurídicos ilícitos y en otras⁷. El daño sería un supuesto de una de las sanciones de la ilicitud; pero no elemento imprescindible de ésta, punto de vista que tiene especial asidero en aquellos países en los que sus códigos civiles ponen acento en el hecho ilícito y en la ilicitud como elemento de la responsabilidad civil⁸.

³ Esta aseveración se encuentra en las obras clásicas sobre responsabilidad civil, para distinguirla de la responsabilidad penal. Así, por ej., Mazeaud y Tunc, *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*, t. 1, N°s 9 y 10, págs. 5 y sgt., 6ª edic., Paris 1965; Ph. le Tourneau, *La Responsabilité Civile*, N° 79, pág. 35 y sgt., 3ª edic., Paris 1982; Alessandri, R., *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno*, N° 9, págs. 18 y sgts., Santiago 1943. También se encuentra en la doctrina penal. Así, por ej., en autores tan diversos como Beling, *Esquema del Derecho Penal. La doctrina del Delito-Tipo*, págs. 8 y 9, Buenos Aires 1944 y E. Novoa, *Derecho Penal*, t. 2, N° 616, Santiago 1966. Sin embargo, es lo cierto que la distinción entre los dos órdenes de responsabilidad, en este aspecto, no es tan evidente, si se considera que la idea de sanción no ha abandonado totalmente al Derecho Civil y además frecuentemente se pide a la reparación que tenga también un carácter preventivo. Si a ello se agrega que para muchos la sanción penal es retributiva, como lo es la reparación civil, las diferencias se hacen menores.

⁴ Se sabe que el Código Civil usa indistintamente los sustantivos "perjuicios" y "daños", aunque aquél preferentemente para materias contractuales (arts. 1.489, inc. 2; 1.548, 1.553 N° 3, 1.556, 1.557, 1.558, etc...) o familiares (arts. 189, 201, etc.); y cuando se refiere al ámbito delictual o cuasidelictual, usa el sustantivo "daños" (ej. arts. 921, 2.314, 2.316, 2.323, 2.324, 2.329, etc...), aunque no exclusivamente, puesto en el art. 934 prefiere el término "perjuicio", aunque poco antes ha usado el de "daño" (art. 921). Ello mismo prueba que los términos son sinónimos, por mucho que se haya pretendido darles distinto alcance. Sobre ello ver S. Gatica Pacheco, *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato*, N° 68, pág. 91, Santiago 1959, quien concluye también por la identidad de los términos.

⁵ La regla aparece también en otras codificaciones, por ej. art. 1.599 C. Colombia, 686 de Argentina, 1.382 inc. 2 de Italia (sin embargo, vid. art. 714 del C. Civ. de Costa Rica). No aparece en el Código francés; pero la misma conclusión se impone visto el texto del art. 1.152 del C. Civ.

⁶ Así, por ejemplo, Santos Briz, *Derecho de daños*, Madrid 1962; Mosset Iturraspe, *Responsabilidad por daños*, Buenos Aires 1985.

⁷ Acuña Anzorrena, en Salvat, *Tratado de Derecho Civil argentino, fuentes de las obligaciones*, t. 4, pág. 74, nota 22, Buenos Aires; Orgaz, *El daño resarcible*, pág. 18, 2ª edic., Buenos Aires 1960. Además, vid. Chironi, *Culpa extracontractual*, t. 1, págs. 37 y sgts. Incluso sin la intervención de la ilicitud hay quienes ven en el daño sólo una "ocasión" de responsabilidad, más que un elemento de ella. Así, B. Stark, *Droit Civil, Obligations*, N° 99, pág. 49, Paris 1972.

⁸ Tal sucede por ejemplo en el Código del Uruguay, cuyo art. 1.319 señala que "todo hecho ilícito del hombre que causa daño a otro, impone a aquel por cuyo dolo, culpa o negligencia ha sucedido, la obligación de repararlo" (inc. 1). Sobre ello, J. Peirano Facio, *Responsabilidad extracontractual*, N° 127 y sgts., págs. 235 y sgts., Montevideo 1954. Lo mismo en el C. Suizo de las Obligaciones, art. 41 que se refiere a "aquel que causa, de un modo ilícito, un daño a otro".

En todo caso, en una u otra posición es claro que, al menos en la letra de los códigos, para aplicar esa especial reacción del ordenamiento jurídico que es la responsabilidad civil, se requiere de daño, aunque sea evidente que ella no abarca todo el ámbito de la ilicitud civil. Sea pues el daño, elemento de la responsabilidad, como aparece en el análisis más clásico, sea sólo condición del resarcimiento, establecida que sea la ilicitud, el daño aparece al centro del análisis de la responsabilidad y ésta no tendría sentido sin él.

2. En el Common Law

En los países del Common Law, la noción de daño desempeña un rol algo más complejo.

Desde luego, en cuanto a la función que tiene el daño en la responsabilidad, cabe tener presente que en numerosos casos la alegación y ocurrencia de una particular especie de daños es requerida para la existencia de ciertos "torts", aunque más tarde, ya en el ámbito de la reparación, el demandante pueda recibir compensación por esos daños y por cualquier otro que sea la consecuencia causal del hecho. En otros términos, para usar conceptos usuales entre nosotros, en algunos "torts" cierta clase de daños constituye un verdadero requisito procesal, para que la víctima pueda acceder a la acción. En estos casos, el daño particular es un elemento del "tort", aunque en definitiva el quantum indemnizatorio pueda ser diverso, por ocurrir además otros daños no típicos⁹. Eso es lo que se quiere decir cuando se afirma que en esa especie de torts hay *injury cum damno*.

Tal ocurre, por ejemplo, con el tort de "public nuisances"¹⁰, en que el demandante, para tener derecho a la acción, requiere alegar y probar que no solamente ha existido una interferencia o acto dañoso en general, sino que él por ese acto ha sufrido un daño propio, diverso al que el hecho causa a los demás. En otros términos, se requiere la alegación y prueba de lo que se denomina "daño especial" (special damage). Así, si alguien por su actividad destruye o deteriora una carretera, es indudable que todos cuantos transitan por allí resultan dañados; pero ese daño común no es accionable en forma individual. Para que alguien pueda demandar reparación, ha de alegar y acreditar que ese hecho le produjo un daño específico diverso al inconveniente que esa destrucción o deterioro causa a todos los que ocupan la carretera¹¹.

⁹ Así, P. Catala y A. Weir, *Delict and Torts: A Study in Parallel*, 37 *Tulane L. Rev.* (1963), 573, 666.

¹⁰ Usaremos el término inglés, porque la traducción a "daños públicos" no es totalmente exacta. El "tort de nuisance" se refiere a la reparación de daños de variadas especies; pero siempre en relación con el medio ambiente u otros aspectos semejantes, aunque resulta casi imposible de definir. Así, Prosser y Keeton on *The Law of Torts*, N° 86, págs. 616 y sgts., 5ª edic., St. Paul, Min., 1984. Existen "private nuisance" y "public nuisance". Esta última ha sido definida como un hecho "que obstruye o causa inconveniente o daño al público en el ejercicio de derechos comunes a todos los súbditos de Su Majestad" (Stephen, *General View of the Criminal Law of England*, pág. 105, 1890). En este caso, hay algunas acciones del Estado o colectividades públicas; pero si un particular quiere accionar por "public nuisance", debe alegar daños especiales.

¹¹ *Winterbottom v. Lord Derby*, 1867 L.R. 2 Ex. 316. En el caso se dijo que "para permitir a una parte mantener una acción de este carácter, ella debe demostrar un daño particular resultante de o sufrido por ella, distinto y más allá del que natural o necesariamente ocurriría o se sufriría por o para todos los sujetos de S.M." (321, 322 per L. Kelly). Se trataba de una acción en que el demandante se quejaba de la destrucción de un sendero, lo que le obligaba a dar un largo rodeo. En USA, en casos parecidos, se ha resuelto que "un individuo que busca reparación en contra de una perturbación pública debe demostrar un daño distinto de aquel que sufre el público en general". Sobre ello, vid. Prosser, "Private Action for Public Nuisance", 52, *Va. L. Rev.* (1966) 997; Harper, James y Gray, *The Law of Tort*, t. 1, par. 1.23, págs. 76 y sgts. 2ª edic., Boston 1986; Díaz y Markesinis, *Tort Law*, pág. 330, 2ª edic. Londres 19; Winfield y Jolowicz on *Tort*, pág. 378, 12ª edic. por Rogers, Londres 1984. Así lo dispone por lo demás el Restatement of the law, *Torts*, 2nd., art. 821 c.

Lo mismo ocurre en el tort de "slander" (defamación). En éste, salvo casos del uso de términos que son dañosos *per se*, se requiere no solamente que el autor haya pronunciado palabras difamatorias, sino también la alegación que ello ha causado a la víctima, bajo prueba clara y específica, un daño especial, normalmente de naturaleza pecuniaria¹². Probado ese daño, existe el "tort" respectivo y el demandante tendrá derecho a su reparación y también a la de todo otro perjuicio que resulte de ese hecho.

Es verdad que esa exigencia no ocurre en el más común de los "torts", que es el de negligencia, el que más se acerca a nuestro sistema de responsabilidad; pero es importante tener en cuenta la situación de aquellos "torts" particulares, porque en ellos, como se ha dicho, la existencia de una cierta categoría de daños tiene una incidencia más importante que la de un simple elemento de la responsabilidad.

Sin perjuicio de entender que esta exigencia de daños especiales se relaciona con aspectos procesales que tanta importancia tienen en la concepción del sistema de "torts", ella no es completamente desconocida en países de derecho romanista. En Francia, por ejemplo, particularmente en derecho administrativo, es frecuente que los tribunales no se contenten con una simple afectación a intereses, sino que exija la presencia de daños "anormales" o especiales para acordar la reparación, lo que ha dado lugar a una abundante bibliografía¹³. La exigencia de daños especiales para alcanzar el derecho a la reparación subsiste incluso en algunos casos de derecho civil, como ocurre en las perturbaciones propias de la vecindad. No se puede demandar reparación por aquellas molestias o incluso daños que son propios de las relaciones ordinarias entre vecinos. El hecho de vivir en comunidad y de tener vecinos obliga a soportar limitaciones que son la contrapartida de dicha forma de vida. Por lo tanto, sólo admiten reparación aquellos daños que exceden esa medida. Este criterio es hoy uniforme en la jurisprudencia francesa¹⁴ y forma parte incluso de la norma positiva del art. 684 del Código Civil suizo¹⁵. Es lo que se

¹² Por ejemplo, el hecho que una persona se dirija a otra diciéndole: "Tú, maldito hijo..., tú, piojoso ladrón; maldito bastardo", no constituye el uso de términos que por sí mismos impliquen la comisión de un tort de slander, sin la prueba de un daño especial, en *mishkin v. Roreck*, 202, Misc. (1952), 633; 115 N.Y.S. 2nd, 269. El uso del calificativo bastardo tampoco es un *slander per se* en Inglaterra, como se dijo por ejemplo en *Alla v. Thaba* (1939) N.P.D. 231. En la obra de E. Speelman, *The Law of Libel and Slander in the State of New York*, vol. 2, par. 1, N° 24, pág. 909, Brooklyn, N.Y. 1964, se contiene una lista de términos que no han sido considerados difamatorios por sí mismos y que exigen la alegación de daños particulares. Vid. además, *Gatley on Libel and Slander*, págs. 201 y sgts., 6ª edic. por R. Mc. Ewen y Ph. Lewis; P. Carter-Ruck, *Libel and Slander*, pág. 178, Londres 1972.

¹³ Sobre ello, Morange, *La spécialité du préjudice indemnisable en droit administratif*, Dalloz 1953, ch. pág. 165; C. Blaevot, *De l'anormal devant les hautes juridictions civiles et administratives*, J.C.P. 1946, I, 560; vid. C.E. Ass. 22 octubre 1971, J.C.P. 1973, II, 17.301 y las conclusiones Guillaume.

¹⁴ Sobre ello, J.B. Blaise, "Responsabilité et obligations coutumières dans les rapports de voisinage", en *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1965, págs. 261 y sgts.; la nota de Raymond en Dalloz 1965, pág. 261; y en especial la interesante tesis de F. Caballero, *Essai sur la notion juridique de nuisance* Paris 1981, N°s 175 y sgts. esp. 185; Mazeaud y Tunc., op. cit. t. I N° 597, pág. 688; Ph. Le Tourneau, op. cit. N° 1.998 y sgts., esp. N° 2.015. Así, el ruido normal de una caldera no da derecho a indemnización, Aix, 19 abril 1966, Dalloz 1966, com. 118; pero sí el ruido constante y considerable, más allá de lo común, causado por unos niños, Civ. 24 de mayo 1971, J.C.P. 1971, IV, 174; o los malos olores persistentes y repetidos, Civ. 6 de junio 1972, J.C.P. 1972, IV, 192. Especialmente interesante, para nuestra realidad, es el caso resuelto por la Corte de Casación el 18 de julio de 1972, J.C.P. 1972, j. 17.203, con el informe Fabre, en el cual se considera un daño anormal el causado por la construcción de un edificio en altura que priva totalmente de sol a la propiedad vecina.

¹⁵ Esta regla establece la responsabilidad del propietario si su acción va más allá de "los límites de la tolerancia que se deben los vecinos teniendo en cuenta la costumbre local, la situación y naturaleza de los inmuebles". En el mismo sentido, art. 906 C. Civ. alemán.

conoce por "*nuisance*", término francés; pero también, como se ha visto, acogido en el derecho angloamericano para significar conceptos muy similares. Otro tanto ha de decirse de los daños relativos al medio ambiente, porque es imposible concebir que la actividad humana no haya de causar, en alguna medida, perturbación ecológica; pero es la que supera esa medida natural a la vida social, la que genera responsabilidad¹⁶.

Esta cuestión no surge aún entre nosotros; pero no nos merece dudas que si no por la vía de la responsabilidad civil aún, al menos por la del recurso de protección constitucional ella se plantea, al hacerse frecuentes los reclamos por invasiones al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (art. 19 N° 8 Constitución Política) o aún al de propiedad.

B. FUNCIONES DE LA CONDENA A PAGAR DAÑOS: REPARACION, SANCION, RECONOCIMIENTO DE UN DERECHO

3. Daño y reparación

En nuestro derecho, las nociones de reparación o compensación y la de daño o perjuicio, son equivalentes, en el sentido que la función atribuida a la responsabilidad civil es la de obtener el resarcimiento del interés afectado por el hechor. De allí que, en principio, el acreedor o víctima obtendrá una suma de dinero (salvo hipótesis de cumplimiento en especie) juzgada como equivalente al valor de ese interés. Ello es incluso verdad, según se afirma, en el daño meramente moral, porque si entonces es imposible obtener una medida patrimonial de la indemnización que coincida con la del interés afectado, al menos se trata de conceder una satisfacción, ciertamente distinta; pero que en alguna medida compense la pérdida sufrida. La equivalencia es entonces imposible, no porque la responsabilidad varíe de objetivo, sino porque existe imposibilidad física de restituir por equivalencia en exacta medida la pérdida experimentada.

Todos los textos clásicos insisten en lo que se acaba de decir y es inoficioso ahondar en ello, desde que se trata de una cuestión que nos parece lógica y de principios, al existir una separación neta entre responsabilidad civil y penal.

4. Daño y sanción

De lo que se acaba de recordar resultaría que la responsabilidad civil, distinta en ello a la penal, no podría concebir fines sancionatorios y, de este modo, utilizar la condena a pagar una suma de dinero a título de daños, como una pena para el autor del hecho perjudicial. Si existe, a la vez que perjuicio civil, daño a un interés protegido penalmente, se habrá producido, para un mismo hecho, la correspondencia entre delito penal y delito o cuasi-delito civil, no porque sean idénticos, sino porque la misma conducta llena los requisitos de uno y otro. Incluso cuando ello sucede y la ley procesal admite que ambas figuras sean conocidas en un mismo proceso, ésta se encarga de anotar que la acción penal se dirige a "sancionar, en su caso, el delito" y la civil a "reparar los efectos civiles del hecho punible" (art. 10 Cód. Proc. Penal).

¹⁶ Sobre la noción de "*nuisance*", vid. la tesis Caballero, citada.

Sanción y reparación son pues dos cuestiones diversas, para las que existen también dos disciplinas jurídicas separadas. He allí una afirmación que encabeza todo texto que trate de la responsabilidad civil¹⁷.

No ocurre otro tanto en el Common Law. Este utiliza abiertamente la condena a pagar una suma de dinero por daños, no solamente como modo de reparación, sino también como forma de *sanción y disuasión*. Así ocurre con los llamados daños punitivos (*punitive damages*) que consisten en una suma mandada pagar, incluso más allá del daño compensatorio o aún sin éste y para castigar al demandado y hacer de él un ejemplo que desaliente a otros de igual conducta, cuando ésta es especialmente grave, sea por existir malicia o culpa caracterizada en la interferencia de derechos ajenos. Estas sumas pueden adquirir cuantía considerable e incluso imposible de concebir para nuestra práctica jurisprudencial¹⁸.

La justificación de estos daños así como su constitucionalidad están siendo objeto de arduos debates en la actualidad y muy recientemente la Corte Suprema de los Estados Unidos ha debido pronunciarse sobre ello. Se ha sostenido, por ejemplo, que esos daños violan la Octava Enmienda de la Constitución, de acuerdo a la cual no se podrán imponer multas excesivas, argumento que el máximo tribunal ha desestimado, sin que el debate haya quedado concluido, pues resta aún determinar si la condena a tales daños está o no de acuerdo con la garantía constitucional al debido proceso¹⁹.

Con todo, la práctica de condenar a tales daños es común y de este modo, los *punitive damages* permiten agravar la responsabilidad, o más exactamente, el peso económi-

¹⁷ Alessandri, op. cit. N° 16 y sgts., pgs. 27 y sgts.; Santos Briz, *Responsabilidad*, pág. 33, 3ª edic., Madrid 1981. Mazeaud y Tunc, op. cit. t.1 N° 8 y sgts., págs. 5 y sgts.; Ph. Le Tourneau, op. cit. N° 79, pág. 33; A. Tunc, *La responsabilité civile*, N° 49 y sgts., págs. 47 y sgts. Paris 1981. La responsabilidad es resarcimiento, no pena y no ha de existir desproporción entre menoscabo y reparación dice el Tribunal Supremo de España (sentencia de 20 febrero de 1988, comentario en An. Der. Civ. 1989, pág. 233; sentencia 6 octubre 1982, comentario en An. Der. Civ. 1983, pág. 649).

¹⁸ En *Bankers Life and Casualty Co. v. Crenshaw*, 483 So. 2d. 254 (Miss. 1985) el demandado fue condenado a pagar US\$ 1.6 millones. La aseguradora se negó a pagar de mala fe la indemnización al asegurado y ello motivó la condena. Apelada la sentencia su recurso fue desestimado. En *Browning Ferris Industries of Vermont, Inc. v. Kelco Disposal Inc.*, 109 S. Ct. 2.909, 106 L. Ed. 2d. 219 (1989), la Suprema Corte no acogió la inconstitucionalidad de una condena a daños punitivos de US\$ 6 millones. En *Grimsher v. Ford Motor Co.*, 119 Cal. App. 3d. 757, 821-24; 174 Cal. Repr. 348, 389-391 (1981) el jurado había ordenado una condena por US\$ 125 millones; pero el tribunal de apelación la rebajó a US\$ 3,5 millones. Sobre lo excesivo que pueden ser estas condenas, ver D.D. Ellis, "Fairness and Efficiency in the Law of Punitive Damages" 56 South Cal. L. Rev. (1982) 1 y sgts.

¹⁹ Llevada la cuestión a la Corte Suprema, ésta ha resuelto que la Octava Enmienda dice relación únicamente con multas en causas criminales y no con condenas a daños punitivos en causas entre particulares, por mucho que en tales casos los fines sancionatorios civiles sean idénticos a los penales; pero la sentencia sólo se adoptó por mayoría de votos y dejando abierta la puerta para que se plantee la cuestión del debido proceso, que no fue planteada acertadamente por el recurrente. Se agregó por el tribunal supremo que no existen reglas para fijar el quantum de los daños punitivos. Así, en *Browning-Ferris Industries of Vermont, Inc. v. Kelco Disposal, Inc.*, ya citado. En *Bankers Life and Casualty Co. v. Crenshaw*, 108 S. Ct. 645 (1988) ya se había desestimado un recurso semejante, pero por cuestiones más bien formales. La cuestión de la constitucionalidad bajo la garantía del debido proceso deberá ser resuelta próximamente.

La constitucionalidad de tales daños ha sido objeto de amplio debate doctrinario. Así, sosteniendo la inconstitucionalidad, L.F. Bittel, *Punitive Damages and the Eight Amendment: An Analytical Framework for Determining Excessiveness*, 75 Cal. L. Rev. (1987) 1.433 y sgts.; C.R. Massey, *The Excessive Fines Clause and Punitive Damages: Some Lessons From History*, 40 Vand. L. Rev. (1987) 1.233; G.F. W. Bostion, *Punitive*

co que cabe al demandado doloso o autor de culpa grave. Con ello, el interés por distinguir entre simple negligencia y dolo o culpa grave, que entre nosotros sólo tiene importancia respecto de la responsabilidad contractual, adquiere también interés en materia de *torts*.

Esta práctica obedece, indudablemente, al hecho que el Common Law atribuye a la responsabilidad no solamente fines reparatorios, sino también de sanción o castigo, prevención, preservación de la paz e incluso compensación por daños que, de otro modo no podrían ser reparados. Por este medio, es posible que el demandante obtenga el pago de los honorarios de sus abogados, ante la carencia de un sistema regulado de atribución de costas²⁰.

Ello no quiere decir que el Common Law no atribuya a la condena a pagar daños un rol eminentemente compensatorio. Esta es, generalmente, su función primordial: ser una reparación por equivalencia de una pérdida, considerada compensable por el derecho, allí donde no es posible una reparación específica²¹. Pero, como se ha señalado, el rol que en esta tradición jurídica se asigna a la responsabilidad no es únicamente reparatorio y de allí que la noción de daño no pueda asimilarse, como tiende a hacerse en nuestro sistema, a la de pérdida o interés compensable, o no pueda afirmarse que perjuicio y daño sean términos equivalentes. Primero porque el Common Law carece, como es propio a su estructura, de un concepto genérico aplicable a cualquier interés o derecho para calificarle de daño, de modo que en cada "*tort*" habrá de verificarse cuáles son los intereses que se protegen. Pero, además, porque la condena a pagar una suma de dinero a título de daños no siempre y necesariamente se dicta con objeto de compensación, sino también de sanción y prevención. De allí que, gráficamente, se afirme que haya de distinguirse entre "*daño*" y "*daños*", siendo el primer término equivalente a nuestra idea

Damages and the Eight Amendment: Application of the Excessive Fines Clause, 5 *Cooley L. Rev.* (1988) 677; J.C. Jeffries, A Comment on the Constitutionality of Punitive Damages, 72 *Va. L. Rev.* (1986) 139; la nota The Constitutionality of Punitive Damages Under The Excessive Fines Clause of the Eight Amendment, 85 *Mich. L. Rev.* (1987) 1.699. En contra, B.J. Ennis, Punitive Damages and the U.S. Constitution, 25 *Tort & Ins. L.J.* (1990) 587.

Es curioso anotar que mientras la Corte Suprema de USA sostiene que la Octava Enmienda sólo dice relación con causas y multas penales, entre nosotros la Corte Suprema bajo el imperio de la Constitución de 1925, ha asimilado toda multa a los principios constitucionales, cualquiera sea su origen y aunque no provengan de leyes penales, sino civiles u otras. Así, C. Suprema, 27 diciembre 1965, *Rev. de Der.* t. 62, sec. 3ª pág. 114; 5 de julio de 1966, *Rev. de Der.* t. 63 sec. 3ª, pág. 88 y 12 julio 1966, *Rev. de Der.* t. 63, sec. 3ª, pág. 92; pero en la sentencia de 5 de julio de 1966 no extendió la misma idea a indemnizaciones legales fijadas para hechos anteriores a la ley respectiva.

²⁰ En ese sentido se ha dicho que "reconocemos que los daños punitivos son otorgados como un ejemplo y advertencia a los demás y deben ser concedidos con prudencia y dentro de límites estrechos. Ejemplares o punitivos son aquellos que, por supuesto, se otorgan en adición a los actuales o compensatorios", en *Standard Life Insurance Co. of Indiana v. Veal*, 354 S.O. 2d. 239 (Miss. 1978). En caso de infracción contractual se otorgan por "malicia, intencional, fraudulenta u opresiva, o activa imprudencia o con excesiva desatención para los derechos del demandante", en *Kueffer v. Kueffer and St. Fe Design Ass. Inc.* 791 P. 2d. 461 (N.M. 1990). Se otorgan en caso de "malicia actual o implícita", en *Transfer Products, Inc. and L.J. Kaiser Co. v. Texpar Energy, Inc.* 788 S.W. 2d. 713 (Texas App. 1990) y sin relación con los daños efectivos, ya que dependen de cada caso, en *First National Bank of Missouri City v. Gittelman*, 788 S.W. 2d. 165 (Texas App. 1990). Sobre la crítica a estos daños y sus propósitos de castigo, prevención, preservación de la paz y otros, vid. D.D. Ellis, "Fairness and Efficiency in the Law of Punitive Damages", págs. 1 y sgts.

²¹ D.B. Dobbs, *Remedies*, N° 3.1, pág. 135, St. Paul, Minn. 1973.

de interés compensable y la segunda, equivalente a la suma que el demandado ha de pagar en el proceso de responsabilidad²². Ambas nociones generalmente coinciden, en el sentido que el principio de compensación integral impone compensar el daño causado; pero ésa no es una regla absoluta, porque a veces esa suma es mayor que el perjuicio, como ocurre con los daños sancionatorios a que se ha aludido o también menor, como ocurre con los daños nominales de que se tratará más abajo.

Nuestro derecho desconoce los *punitive damages*, como es lógico. El daño es aquella pérdida o afectación de una situación jurídica, según se dijo antes y, por lo mismo, todo pago a que se obliga al demandado debe ser *compensatorio*. Condenar a pagar daños y perjuicios es pues, teóricamente, establecer la obligación del demandado, causante del hecho perjudicial, a reponer la pérdida que ha originado. La responsabilidad es así, como decimos una vez más, eminentemente reparatoria.

Cabe destacar, no obstante, que el fin reparatorio como el único propio a la responsabilidad civil no es compartido, ni por todos los derechos, ni resulta de la práctica en los diversos países. Baste destacar que en Alemania, para algunos autores, la responsabilidad civil tiende primero a la prevención y luego a la indemnización²³.

Sería también un error pensar que la idea de *sanción* está absolutamente ausente en nuestra responsabilidad civil. Si bien nuestro sistema jurídico sostiene la distinción entre las esferas penales y civiles, de hecho los fines sancionatorios permanecen en la responsabilidad de diversas maneras.

La idea de sanción, como se ha demostrado por autorizados exponentes, subyace siempre de diversos modos en nuestro sistema²⁴, aunque sin la presencia de una categoría especial de daños o sin que la lógica del sistema reconozca la atribución del juez para sancionar, salvo en algunas particulares ocasiones en que la presencia de dolo acarrea una clara pena civil de carácter económico, como ocurre en las hipótesis de los arts. 1.231 y 1.768 del C. Civil²⁵.

Se ha sostenido incluso que la gravedad de la culpa no solamente determina el monto de la reparación, sino aún los demás elementos de la responsabilidad, tesis que no ha prevalecido²⁶, pues proviene de criterios más bien preformados.

No consideraremos aquí la situación especial tratada entre nosotros en el art. 1.556, sobre la distinción entre dolo y culpa en materia contractual, en cuanto se traduce en una diferencia en el alcance de la reparación. Aquí, en presencia de dolo, se indemnizan todos los perjuicios directos, sean o no previstos, mientras que en caso de culpa, que no sea grave, sólo se ordena reparar los perjuicios directos previstos. Es evidente que la gra-

²² Días y Markesinis, op. cit. pág. 322.

²³ En este sentido, Esser, *Responsabilité et garantie dans la nouvelle doctrine allemande des actes illicites*, en *Rev. Ins. de Dr. Comp.*, 1961, págs. 481 y sgts.

²⁴ Sobre ello, la importante tesis de E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, Toulouse, 1973, publicada en París 1974, esp. tit. 1, Primera Parte, págs. 37 a 128 y la obra clásica de L. Hugueney, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, Dijon 1904 y *Le sort de la peine privée en France dans la première moitié du XX siècle*, in *Etudes Ripert*, t. 2, págs. 249 y sgts.; B. Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris, 1947; para Santos Briz, *Responsabilidad*, pág. 159, no deja de haber elementos de pena o expiación en esta materia..

²⁵ En las hipótesis se contienen en otras legislaciones. Así, arts. 801, 792 y 1.477 C. francés; 1.102 C. de España; 1.288 C. de Colombia; 3.363 inc. 2 C. argentino (mod. Ley 17.711), etc.

²⁶ Por ejemplo, la causalidad o el perjuicio mismo: así, H. Hugueney, *L'idée de peine privée*, cit. pág. 241; L. Ripert, *La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle*, tesis, Paris 1933, N° 89. En cuanto al perjuicio, Demogue, *Obligations*, t. 4 N° 371 y 342.

vedad del acto determina el monto de la indemnización; pero aun así, ésta será siempre reparatoria, aun el caso de dolo. Lo que aquí ocurre es que en presencia de dolo la reparación es integral, mientras no lo es en el caso de culpa²⁷.

Este es el único caso evidente en la letra de la ley en que la consideración de la gravedad del hecho tiene incidencia en la reparación; pero estamos lejos de los *punitive damages* del Common Law.

Pero en la práctica, aunque no sea directamente, la misma idea que en el Common Law funda los *punitive damages*, se hace cuando la consideración de la gravedad de la culpa es determinante para fijar el monto de la reparación.

Raramente ello se hará en forma directa. La lógica formal que dirige nuestra forma de razonamiento jurídico ordenará que siempre el juez dé a la condena por daños un carácter reparatorio; pero en la práctica, tiene importancia demostrar la existencia de una culpa caracterizada y, mejor aún, de dolo, para los efectos de obtener una mayor indemnización, particularmente si se trata de un daño moral. De más está recordar que en éste el juez goza de amplia atribución para fijar su *quantum*.

Por más que se insista en que el monto de la reparación no depende de la culpabilidad, de hecho esa consideración existe explícitamente o implícitamente en la práctica²⁸. Nada se obtiene con afirmar que cuando el juez considera la gravedad de la culpa para determinar el monto de la reparación, lo que hace es atenuar la responsabilidad en caso de culpa y no en el de dolo en que otorga una reparación integral, como sucede en caso de responsabilidad contractual. Cuando así se argumenta, en el fondo sólo se pretende mantener, incurriendo en una petición de principios, el principio formal que manda, en materia civil, sólo reparar y no sancionar²⁹. La verdad es que, aun bajo la idea de reparación es casi inevitable que criterios de sanción y aun la idea de hacer escarmiento se introduzcan en la sentencia. No otra explicación tiene el hecho que para iguales daños el

²⁷ Todos los autores clásicos en la materia insisten en el principio que la reparación sólo ha de abarcar el daño producido y todo dicho daño, sin que al respecto influya la gravedad de la culpa. Así, por ej., Mazeaud y Tunc, op. cit. t. 3, 2.359, 2.360, 2.364; Ph. Le Tourneau, *La responsabilité civile*, N° 1.076, pág. 344, 3ª edic. París 1982; entre nosotros, Alessandri, op. cit. N° 455, pág. 545.

²⁸ Ha de reconocerse, a pesar de todo, la influencia que la consideración de la gravedad de la culpa tiene en la práctica para determinar el monto a pagar. Así, Carbonnier, *Droit Civil*, t. 2, N° 194, pág. 684, 3ª edic. París 1962, quien anota que ello es notorio en materia de daño moral, caso en el cual la indemnización toma fácilmente el carácter de una pena privada. Mazeaud y Tunc, op. cit. t. 3, N° 2.365, pág. 717, que estiman que en Francia la jurisprudencia afirma frecuentemente el principio de la no proporcionalidad del daño a la culpa; pero para poder violarlo mejor. En el mismo sentido, B. Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, pág. 386, París 1947. La proporcionalidad del monto de la reparación a la gravedad de la culpa ha sido incluso una tesis defendida en numerosos autores, aunque no contemporáneos. Ya Domat decía que "de cualquier naturaleza que sea el daño, y cualquiera sea la causa que pueda tener, aquel que está obligado a él debe repararlo por una indemnización proporcionada, o a su culpa, o a su delito o a otra causa de su parte". *Les Lois Civiles*, Liv. 3, tit. 5, edit. Rémy, t. 2, pág. 94. Algo semejante sostenían Ihering, Laurent, Sourdat, etc., vid. Mazeaud y Tunc., op. cit. t. 3 N° 2.366. En Chile ocurre lo mismo. Así, Alessandri, op. cit. N° 455, pág. 546 y sentencias citadas, nota 30.

²⁹ Para M.E. Roujou de Boubée, op. cit. pág. 123, en el Derecho francés no se dan casos en que la gravedad de la culpa lleve a atribuir más indemnización que el monto del daño efectivo. Pero nos parece que en aras de probar un principio que se quiere absoluto, se desconoce lo que sucede de hecho. Es evidente que ningún juez, en Francia como en Chile, dirá abiertamente que, para sancionar al hechor, le condena a pagar una mayor indemnización. El formalismo del sistema civil se lo impediría. Pero en ausencia de un control sobre el *quantum* de la reparación por la vía del recurso de casación les basta a los jueces señalar un cierto monto al que atribuyen carácter sancionador.

monto de la reparación varíe, en especial cuando se trata del daño moral.

En Chile, por ejemplo, no es extraño que, a pesar de los dogmas doctrinarios que sostienen la imposibilidad de considerar —para los efectos de la fijación de la indemnización en materia extracontractual— la gravedad de culpa, en los jueces pese esa consideración, incluso abiertamente, como resulta de algunas sentencias³⁰.

5. La condena a daños como modo de reconocimiento de un derecho

En el Common Law existe aún una tercera función que desempeña la condena a pagar una suma de dinero a título de daños: el reconocimiento de un derecho que, de otro modo, no sería reivindicado. Tal es el propósito más común de los denominados *nominal damages*, que el Restatement define como "la suma trivial de dinero concedida a un litigante que ha establecido una causa de acción; pero no ha acreditado que tiene título para obtener daños compensatorios" (art. 904).

Se trata entonces de ordenar el pago de una suma nominal, 1 dólar o 10 dólares, que evidentemente, no tiene en sí misma ninguna función indemnizatoria. Pero sirve para establecer que el demandante tenía un derecho y, por lo mismo, lo reivindica o bien, al reconocer su derecho, impide que el demandado lo adquiera.

Tal sucede hoy en día en aquellos "*torts*" que son accionables *per se*, sin requerir la prueba de daños específicos y en los cuales el demandante, si no prueba perjuicio efectivo, obtendrá al menos daños nominales³¹. Por ejemplo, en el caso de invasión o entrada sin autorización a la propiedad ajena, que en nuestro derecho sería objeto de alguna acción posesoria, en el Common Law se tratará como un caso de "*tort*" denominado "*trespass*", que dará lugar a daños nominales, aunque no se haya causado perjuicio alguno, como modo de afirmar y demostrar la existencia del derecho afectado. Pero también, en casos en que el demandante, habiendo alegado daños efectivos, no logra acreditarlos con certeza, el tribunal podrá acordarle daños nominales como un modo de demostrar que tenía una causa de acción, aunque no pudo acreditar el monto de perjuicios causados³².

Por otra parte, tampoco los países en que impera el sistema civilista desconocen el uso de la responsabilidad civil para efectos otros que la mera reparación. En Francia, por ejemplo, no son raros los casos en que se pronuncian condenas a un franco de indemnización, aunque se sostenga que los jueces no tienen atribución para ordenar condenas simbólicas³³. Se ha resuelto que con tal que el juez señale que en esa suma aprecia los

³⁰ Así, por ejemplo, se ha resuelto que la reducción de la indemnización ha de hacerse en relación con la entidad de la imprudencia de la víctima, Corte Suprema, 24 de junio 1980, Fallos del Mes N° 259, pág. 168, *Rev. de Der.* t. 77, sec. 4°, pág. 95. Adde. las de *Rev. de Der.* t. 21, sec. 1° pág. 1.053; t. 22, sec. 1° pág. 912; t. 31, sec. 1° pág. 1.

³¹ Sobre estos daños, Harper, James y Gray, op. cit. t. 4 N° 25.1. pág. 492; Días y Markesinis, op. cit. pág. 524; Winfield y Jolowicz, op. cit. pág. 616; B. Dobbs, op. cit. N° 3.8, pág. 191; H. Stoll, "Consequences of Liability: remedies", Int. Enciclop. Comp. Law, vol. 2, cap. 8, N° 84 y sgts.

³² En *Huntington Corp. v. Inwood Const. Co.* 472 S.W. 2d. 804 (Texas, Civ. App. 1971) se resuelve que hay daños efectivos causados; pero al no haber sido demostrados con certeza suficiente, se condena a US\$ 10 como daños nominales.

³³ Así, Civ. 28 noviembre 1962, Dalloz 1963. 77; Trib. G. Inst. París, 8 diciembre 1971, Gaz. Pal. 17 octubre 1970, J.C.P. 1970, II, 16.545 bis; Crim. 8 julio 1975, J.C.P. 1976, II, 18.369 y la nota Caleb.

daños, es lícito que fije un franco de indemnización³⁴. Este es común cuando el juez pretende más bien establecer el derecho a una reparación que la reparación misma, lo que es frecuente, por ejemplo, en casos de daño moral.

II

EL PRINCIPIO DE LA COMPENSACION INTEGRAL

6. El Principio

En materia extracontractual, el art. 2329 del Código Civil señala: "Por regla general *todo* daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta" (inc. 1).

La disposición consagra en forma positiva un principio que, aun en ausencia de regla expresa, es admitido en todos los sistemas: la reparación ha de ser integral. En otros términos, la indemnización ha de comprender todo el daño.

Es éste un principio que parece tan evidente que basta con su enunciación, sin que parezca necesario justificarle, ya que se presenta como una conclusión lógica de la idea de responsabilidad civil y reparatoria. Su admisión es unánime en los sistemas civilistas³⁵, como en el Common Law y ya sea bajo ese nombre o el de *restitutio in integrum*³⁶, la indemnización ha de comprender tal suma, que "coloque a la parte que ha sido dañada en la misma posición en que estaría si no hubiese sufrido el hecho dañoso por el cual ahora está obteniendo compensación"³⁷.

Con todo, cabe advertir que este principio sufre una grave limitación en materia contractual, porque aquí, salvo hipótesis de dolo o culpa grave, la víctima sólo obtendrá reparación del daño directo previsto, como regla general (art. 1.556)³⁸.

Por otra parte, el principio es más bien un simple enunciado de un cierto propósito; pero no la constatación de lo que sucede en realidad. De hecho, no dice mucho ya que una compensación será íntegra cuando repara todos los daños producidos por el hecho perjudicial; pero saber si en un cierto sistema se reparan todos los daños, requiere primero determinar qué se entiende por daño en ese sistema, es decir, saber si la noción admi-

³⁴ Así, puede fijarse un franco de indemnización; pero siempre que se señale que esa cifra repara todo el daño. Por ej., Crim. 16 de mayo de 1974, Dalloz 1974. 513, rapp. Dauvergne. Un franco de indemnización recibe Brigitte Bardot en Civ. 27 de febrero 1967, Dalloz 1967, j. 450, nota J. Foulon-Piganiol.

³⁵ G. Viney, op. cit. N° 100, pág. 234; Mazeaud y Tunc, op. cit. t. 3, N° 2.332 y sgts. págs. 657 y sgts.; Le Tourneau, op. cit. N° 1.075. págs. 344 y sgts.; Alessandri, op. cit. N° 439 y sgts. págs. 533 y sgts.

³⁶ Días y Markesinis, op. cit. pág. 529; Winfield y Jolowicz en *Torts*, pág. 622; Ph. James, *General Principles of the Law of Torts*, pág. 428, 4ª, edic. Londres 1978.

³⁷ *Livingstone v. Rawyards Coal Co.* (1880) 5 App Cas. 25, 39 per Lord Blackburn. Entre nosotros también se ha afirmado que "la reparación debe ser completa, igual al daño que fuera ocasionado, de modo que permita reponer las cosas al estado en que se encontraban a la fecha del ilícito". C. Suprema, 27 octubre 1983, *Rev. de Der. T.* 80, sec. 4ª pág. 121; también en fallo de 9 de mayo 1984, *Rev. de Der. t.* 81, sec. 4ª. pág. 67. El principio es afirmado en múltiples ocasiones para insistir en el reajuste de la suma a pagarse. Así, por ej., C. Suprema, 10 de enero 1985, *Rev. de Der. t.* 83, sec. 4ª pág. 4.

³⁸ De este modo, se afirma que en materia contractual el principio subsiste en caso de dolo y se atenúa en caso de culpa por consideración al contenido del contrato que se supone ha de abarcar, lo que es previsible para las partes.

tida cubre efectivamente todas las alteraciones a la situación existente antes del hecho dañoso. De este modo, determinar si un sistema repara íntegramente a la víctima vuelve a plantear el concepto mismo de daño y sus requisitos. Aún así, luego deberá constatarse si *cuantitativamente*, en el hecho, se reparan todos los daños sufridos, es decir, si en equivalencia monetaria se hace pagar al hecho la integridad de aquello que en un cierto sistema se considera que son daños.

Es evidente que, puestas así las cosas, en la mayoría de los derechos este principio no pasa de ser un ideal porque, sea por defectos en los modos de cálculo, sea por limitaciones queridas por el legislador, por imposibilidad económica o de hecho, jamás la reparación es integral, al menos si nos referimos a la compensación *cualitativa*. Aun si nos limitamos a los aspectos cuantitativos, tampoco la reparación llega a ser siempre integral.

Por otra parte, el principio, tanto en aspecto cualitativo, como cuantitativo, viene siendo discutido desde hace algún tiempo y ha sufrido y sufre importantes limitaciones en el derecho contemporáneo³⁹.

7. Limitaciones en el aspecto cualitativo.

Los requisitos o elementos del daño

¿Qué es un daño? ¿Cuándo existe perjuicio? Si exceptuamos el caso de los denominados *punitive damages* del Common Law, la idea de daño va unida a la de pérdida, de alteración de una cierta realidad o de su futura evolución, aunque preferimos la de pérdida, ya que a veces una situación puede cambiar para mejor.

Pero no cualquier pérdida es daño. Cada individuo tiene intereses diferentes, preferencias, expectativas, cualidades, sentimientos que son de variable importancia tanto objetiva como subjetivamente. Sería imposible sujetar un sistema de reparación a todas esas variables, para considerarlas todas, de tal forma que cada sujeto obtenga reparación integral. Ello mismo indica que el principio en examen sólo puede ser una aspiración y no una exigencia absoluta. Para poder construir un sistema reparatorio que pueda ser usado en la práctica, será menester fijar criterios generales que determinen cuáles de todas aquellas pérdidas serán calificadas como daños.

La primera cuestión que el sistema de reparación enfrenta es la de saber entonces si la idea de daño ha de abarcar la pérdida de cualquier interés, o sólo la pérdida de derechos. Es ésta una cuestión clásica, al menos en los países de derecho civil, más inclinados a la fijación de criterios sistematizadores.

Como se sabe, para una cierta concepción, sólo hay daño en presencia de la privación o menoscabo de un derecho subjetivo o facultad concedida. Esta es la concepción admitida por el art. 1.068 del C. Civil argentino y defendida por una importante corriente doctrinaria⁴⁰.

Pero predomina hoy en día la que considera que hay daño en presencia de la lesión o menoscabo de un simple interés, aunque no sea un derecho subjetivo. El daño es así entendido como un *hecho* y caben en él las lesiones a sentimientos, las alteraciones a si-

³⁹ Vid. G. Viney, op. cit. N° 65, págs. 86 y sgts.; A. Tunc, *La responsabilité civile*, N° 172, pág. 143, París, 1981.

⁴⁰ Orgaz, op. cit. pág. 37; era la doctrina de Jossierand, *Droit Civil*, t. 2, N° 423 y 424, 2ª edic. pág. 220 y de De Page, *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*, en su edic. de 1933, t. 2, N° 930, pág. 802.

tuaciones de hecho, etc.⁴¹. Con todo, es imposible, incluso en esta concepción amplia, admitir que cualquier situación lesionada o menoscabada haya de aceptar reparación. Así, se introducen de nuevo limitaciones desde, al menos, dos ángulos: el de la licitud del interés invocado y el de la certeza de dicho interés.

8. *Licitud*

Que el daño reparable haya de corresponder a un interés lícito parece conclusión de simple lógica. El Derecho no está para amparar la ilicitud, por mucho que ella represente algún valor para quien pierde una situación existente, aunque ilícita. Pero esta simple afirmación ocasiona enormes dificultades cuando hay que precisarla en el hecho, ya que resta determinar cuándo habrá de considerarse ilícito el daño y, en especial, si esa ilicitud ha de referirse al daño mismo o a la situación de que arranca.

La cuestión ha sido planteada en diversos países a partir del caso de la concubina que pretende reparación del daño que le causa la muerte de su concubino. Ella recibía de éste mantención y su desaparición le hace perder dicho sustento. Por otra parte, sufre de la pérdida misma, al privársele de la compañía y el afecto de aquél con quien vivía.

El concubinato no es una situación jurídica admitida legalmente, en el sentido de equipararla al matrimonio. Pero el juicio moral que sobre él existe es variable, según los tiempos y los lugares. Esto ha perjudicado el análisis de la licitud como requisito del daño. En efecto, a medida que la situación de convivencia es tolerada y disminuye su juicio moral condenatorio (al menos para algunas de sus formas), tiende a admitirse la indemnización del daño que causa su término. Sin embargo, para hacerla posible, se debilita la exigencia de la licitud, en lugar de plantear la cuestión en forma clara y directa, como sería la de reconocer que, en muchos lugares, ha desaparecido el juicio social condenatorio en contra del concubinato, a medida que se pierden los valores tradicionales.

De allí que la cuestión del concubinato será analizada más adelante, luego que examinemos con más detención la licitud en términos generales.

Haciendo pues abstracción de aquel caso particular, la exigencia de la licitud ha de referirse a la situación de que proviene el interés afectado por el hecho dañoso. Si bien la responsabilidad ha de reparar "todo daño", ha de entenderse: todo daño proveniente de una situación lícita. Si en otras materias, como la teoría de la causa, la regla positiva exige la conformidad del móvil con la ley, las buenas costumbres y el orden público, el mismo principio ha de extenderse al ámbito de la responsabilidad, admitiéndose únicamente la protección de situaciones lícitas.

La acción indemnizatoria debe pues desestimarse, en las palabras de H. Mazeaud, "cuando la situación lesionada no está conforme con los principios generales de derecho y de la moral"⁴². Y en ello parece existir uniformidad en la doctrina civilista más común⁴³.

⁴¹ Alessandri, op. cit. Nº 138, pág. 210, para quien basta la privación de cualquier ventaja o beneficio; Peirano Facio, op. cit. Nº 200, págs. 359 y sgts.; A. Zannoni, op. cit. Nº 8 y sgts. págs. 24 y sgts.; etc.

⁴² H. Mazeaud, "La lésion d' un intérêt légitime juridiquement protégé, condition de la responsabilité civile" en Dalloz 1954, chr. pág. 43.

⁴³ H. Mazeaud, *chron.*, citada; Le Tourneau, op. cit. Nº 275; Carbonnier, *Droit Civil*, t. 2, Nº 88 pág. 364, etc. Sin embargo, Rodière, nota a Civ. 21 octubre 1952, J.C.P. 1953, II, 7.592 abandona esa exigencia para sostener una apreciación del daño en el hecho.

En el Common Law la cuestión no ha podido plantearse en términos similares, en atención a la forma especial que adopta la consideración del daño, tanto para definir ciertos *torts*, como para determinar la indemnización y en que están ajenos criterios generalizadores tan propios del razonamiento jurídico nuestro. Con todo, no cabe dudas que la noción de licitud del interés aducido por el demandante surge en los hechos, por medio de la frecuente aplicación del principio "*ex turpi causa non oritur actio*" o negando la existencia de un deber del demandado para con el demandante y que le haya exigido no dañarle⁴⁴.

El principio "*ex turpi causa*", particular forma de nuestro conocido "*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*", tiene en el dicho anglosajón un alcance más amplio que el de la mera cuestión de la licitud del daño y dice más bien relación con la culpa de la supuesta víctima; pero en todos aquellos casos en que, aludiendo a ella, se ha negado acción al demandante, se ha tomado en cuenta la ilicitud en que éste se ha colocado.

Así, en *Ashton v. Turner*⁴⁵ tres jóvenes, luego de una noche de juerga cometen un robo y huyen en un automóvil manejado por uno de ellos. Pero el chofer comete una infracción de tránsito que causa un accidente en el cual resulta herido uno de sus acompañantes. Este pretende ser indemnizado por su compañero de fechorías y por el dueño del vehículo, que ha permitido su uso sin estar debidamente asegurado. La demanda es desestimada porque "la ley se basa en una conveniencia pública y su aplicación depende de la consideración de todos los hechos" y vistos todos ellos en el caso, no resulta la existencia de un deber de reparación de los demandados ya que "el derecho de Inglaterra puede, en ciertas circunstancias, no reconocer la existencia de un deber de cuidado por uno de los partícipes en un crimen hacia otro de los partícipes"⁴⁶. La cuestión de la licitud de la situación o del interés aducido no resulta así planteada directamente; pero la demanda es rechazada por considerársele particularmente contraria a los principios de interés general, tesis seguida en muchas otras sentencias⁴⁷.

Situaciones semejantes han sido planteadas con frecuencia a la Corte de Casación francesa y ésta tiene siempre en cuenta la licitud de cada situación como criterio decisivo. Así, el agresor de una mujer no puede obtener indemnización por el daño que ella

⁴⁴ Días y Markesinis, op. cit. pág. 715; A. Weir, in Catala y Weir, op. cit. pág. 715.

⁴⁵ *Ashton v. Turner* (1981) 1 Q.B. 137.

⁴⁶ *Ashton v. Turner* (1981) 1 Q.B. 137 per Ewbank at 146.

⁴⁷ Así, por ej. en *Meah v. Creamer* (1986) 1 All E.R. 943, el demandante pretendió reparación por el daño sufrido al tener que indemnizar a dos mujeres a las que había atacado sexualmente debido a un accidente previo en el cual, por los daños sufridos, había experimentado una transformación de la personalidad. El tribunal además de hacer notar la falta de causalidad en la alegación, agregó que "sería contrario a la conveniencia pública que el demandante fuese indemnizado por sus crímenes" (per Woolf, at pág. 950). Situación muy parecida en *Gray v. Barr* (1971) 2 All E.R. 949. En *National Coal Board v. England* (1954) A.C. 403 Lord Asquith alude expresamente a la máxima "*ex turpi causa*". Es curioso anotar que en Francia, la Primera Cámara Civil de la Corte de Casación en sentencia de 14 de diciembre 1982, *Rev. Trim.* 1983, pág. 342, obs. Durry, sostiene no ser aplicable la máxima *nemo auditur* al concubino que, para evitar dificultades con el seguro vende simuladamente su vehículo a su amante; pero sigue conduciéndolo y en tal estado vuelve a accidentarse. El asegurador pide la nulidad del contrato de seguro por reticencia dolosa y el conductor a su vez demanda a los herederos de su amante por los daños que le causa la reticencia cometida por ella. La Corte de Apelación, junto con aceptar la nulidad del seguro niega la demanda del conductor por aplicación de la máxima. Es esta parte de la sentencia que la Corte de Casación censura, terminando por dividir la responsabilidad por concurrencia de culpas del hechor y de su amante.

causa al vehículo de aquél con el fin de impedirle la fuga⁴⁸. Del mismo modo, aunque interviniendo en el caso complejos problemas procesales, se ha estimado que el que acepta un cheque sin fondos, a sabiendas, no puede obtener indemnización por el delito en el cual, de cierta forma, ha participado⁴⁹. Tan sólo podría citarse, como curiosidad, el caso en que, en una singular sentencia, la Corte de Casación reconoció a una prostituta el derecho a demandar reembolso de las sumas pagadas por sus servicios en contra de su sostenedor y a título de indemnización⁵⁰.

8.1. *La ilicitud y el concubinato*

El concubinato no es una creación social contemporánea, como es más que sabido. Lo que sí es una cuestión relativamente reciente, es su cada vez mayor consideración jurídica, a medida que en muchos sectores va perdiendo una connotación inmoral. No es que, en definitiva, ninguna sociedad actual lo considere absolutamente moral, en el sentido de igualarlo al matrimonio; pero es indudable que el tradicional juicio ético de reprobación ha dejado de hacerse en muchos sectores y no solamente en sociedades desarrolladas, sino aun entre nosotros, a medida que se incrementa el individualismo y decrece la estabilidad matrimonial⁵¹.

Incluso en un país como USA, en que es tan frecuente que los juicios morales no coincidan exactamente con las realidades, los tribunales han tenido que reconocer que "los años recientes han visto surgir una abundancia de casos que han desafiado la tradicional concepción del Common Law sobre las relaciones extramaritales... Del mismo modo, la concepción legal de las relaciones maritales no ha quedado inmune al reexamen"⁵².

Tal evolución ha repercutido en variados ámbitos del Derecho y en especial en el derecho civil⁵³ y dentro de éste en la responsabilidad.

⁴⁸ Civ. 10 de junio 1970, *Rev. Trim.* 1971, pág. 146.

⁴⁹ Crim. 27 de marzo 1968, Dalloz 1968, §23, nota Vouin; 22 de abril 1950, Dalloz 1950, 432; pero antes, el 7 de agosto 1944, Dalloz 1945, som. 5, se aceptó la acción indemnizatoria, aunque no la de cobro de suma igual a la del cheque, igual que en Crim 8 de diciembre 1953, Dalloz 1954, 437, nota Vouin, J.C.P. 1954, II, 8005, nota Cabrilac.

⁵⁰ Crim. 7 junio 1945, Dalloz 1946, 149 nota Savatier que critica severamente la sentencia, al igual que L. Mazeaud en *Rev. Trim.* 1946, pág. 30; pero la defiende Hemard, en nota J.C.P. 1946, II, 2.955.

⁵¹ En algunos círculos sociales chilenos es frecuente la aceptación de los matrimonios en "Uruguay" o en otro país o aun isla exótica que, si bien no válido en Chile, por estar uno de los cónyuges ya casado, confiere al concubinato una exterioridad que permite a la concubina ser tratada como "señora de". Son las curiosidades de una realidad que, por una parte no admite, legalmente, el divorcio con disolución del vínculo, por otra lo admite en una de sus más amplias versiones, como el de común acuerdo, bajo las formas de "nulidad matrimonial" y, por otra, debe permitir, para casos que no pueden ser anulados, esos curiosos matrimonios en el extranjero. Así, casi todos quedan satisfechos: los no divorcistas, porque no hay divorcio; los que logran darse cuenta que ya no hay matrimonio real, porque lo anulan; y los que han de vivir en concubinato, creando la apariencia de matrimonio.

⁵² Bulloch v. United States, 487 F. Supp. 1.078 (D.N.J. 1980).

⁵³ El concubinato es, desde hace mucho tiempo, un tema de amplia bibliografía. Sólo por vía de ejemplo, vid. entre nosotros, C. Álvarez Núñez, "Algunas consideraciones doctrinarias, legales y jurisprudenciales sobre el concubinato", en esta Revista, N° 143, 1968, págs. 6 y sgts. y la bibliografía allí citada. Antes, H. Pinto Rogers, *El concubinato y sus efectos jurídicos*, Santiago 1942.

8.1.1. *Derecho francés*

En Francia, como es sabido, el problema de indemnizar los daños causados a la concubina o a sus hijos por la pérdida de su conviviente, sea el material, significado por el sustento que éste le aportaba, sea el moral, por la pérdida de afección, ha preocupado desde antiguo a doctrinadores y tribunales, hasta el punto que la cuestión ha oscurecido por mucho tiempo en ese país la consideración de los requisitos del daño y, en especial, de su licitud. Es en torno al caso del concubinato que la Corte de Casación creó, como requisito del daño, la exigencia de que éste fuese "lesión de un interés legítimo jurídicamente protegido". Un examen, aunque somero de esta cuestión, es pues interesante desde una perspectiva comparatista, porque revela, como pocas, la lenta adecuación de las soluciones jurídicas a los nuevos juicios morales de la sociedad y a sus hábitos.

Cuando la cuestión se plantea a los tribunales, hacia los años 30, la primera reacción de la Corte de Casación es negar firmemente a la concubina el derecho a obtener reparación del autor de la muerte de su concubino, por las ayudas económicas que éste le proporcionaba⁵⁴. La negativa no siempre fue claramente fundada, porque no siempre resultó evidente si se basaba en que la concubina no esgrimía la pérdida de un derecho o en el carácter ilícito de la situación jurídica invocada. Todo ello bajo fórmulas tan inciertas como resolver que la concubina no esgrimía "un interés legítimo jurídicamente protegido", lo que podía conducir a una u otra conclusión e incluso a la invocación de las tesis de Ihering, en un país siempre reacio a fundar sus soluciones en autores extranjeros⁵⁵.

Esta solución e incertidumbre de fundamento se prolonga hasta fines de los años '70⁵⁶, causando mayores confusiones en otros casos en que la ilicitud no existía, pero que eran afectados por la necesidad sentida de negar a la concubina su derecho a reparación. De allí las abundantes críticas de la doctrina a la exigencia de un "interés legítimo jurídicamente protegido"⁵⁷. Como bien lo decía un autor, mejor era una antigua solución que lisa y llanamente exigía la licitud como condición del daño, porque de ese modo se impedían las acciones de las concubinas; pero sin perjudicar otras situaciones en

⁵⁴ Crim. 13 febrero 1937, D.P. 1938, 1, 5; Civ. 27 julio 1937, Sirey 1938, 1, 321 y nota G. Marty; J.C.P. 1937, II, 466, nota Dallant, D.P. 1938, 1, 5, nota Savatier (sentencia Métenier); Crim. 8 abril 1938, D.H. 1938, 310; Civ., 28 noviembre 1938, D.H. 1939, 97; Crim. 6 noviembre 1940, D.H. 1940, 210; Civ. 22 febrero 1944, D.H. 1945, 293, nota Flour, entre otras.

⁵⁵ Las diversas fórmulas usadas por la Corte de Casación y en especial aquella del "interés legítimo jurídicamente tutelado" dieron lugar a amplio debate doctrinario, particularmente en notas jurisprudenciales que ya son clásicas. En especial, la magnífica nota de quien fuera nuestro maestro en Toulouse, G. Marty, en S. 1938, 1, 321 y, antes en relación a las condiciones del daño, S. 1931, 1, 145; Savatier, nota en D.P. 1938, 1, 5 y luego en D. 1946, 149; J. Flour, nota en D.H. 1945, 293, con una clara exégesis de las fórmulas jurisprudenciales; R. Rodière, J.C.P. 1953, II, 7, 592; el artículo de H. Mazeaud, "La lésion d'un intérêt légitime juridiquement protégé" *condition de la responsabilité civile*, D. 1954, chr. 39, entre otros.

⁵⁶ Otros casos, Civ. 22 febrero 1944, D.H. 1945, 293, nota Flour.

⁵⁷ La circunstancia de exigir que el daño fuese lesión a un interés jurídico, podía concluir en pensar que se exigía que el daño consistiese en la lesión a un derecho adquirido, con lo cual, aunque en situación perfectamente lícita, se negaba por ejemplo acción indemnizatoria a la novia, incluso en casos en que hasta la fecha del matrimonio estaba fijada. Como los esponsales no generan ningún derecho, su acción le era negada, como repercusión de la negativa a concederla a la concubina, bajo la exigencia puesta de alegación de un "interés jurídico". Así, por ej. en Civ. 22 febrero 1944, D.H. 1945, 293, nota Flour, se hace expresa referencia a esta situación; Civ. 19 de octubre 1943, J.C.P. 1945, II, 2, 893. V. H. Mazeaud, artículo citado, pág. 40.

que claramente se afectaba a una persona, aunque no a un derecho patrimonial suyo⁵⁸. De allí que otra jurisprudencia, por ejemplo del Consejo de Estado, negaba más tarde derecho a la concubina bajo la base que "no se encontraba en una situación jurídicamente protegida"⁵⁹.

Poco a poco el concubinato se hace socialmente admisible, lo que lleva a la Corte de Casación a distinguir entre concubinatos adulterinos y los que no lo son. Para los primeros, la negativa sigue vigente; para los segundos, si hay una cierta estabilidad, la acción se hace posible. La sentencia de la Corte de Casación, reunida en Cámara Mixta el 27 de febrero de 1970, uniformó el criterio en este sentido, poniendo fin a las diferencias producidas entre la Cámara Criminal y la Civil inclinándose por el criterio de aquélla: el art. 1.382 del C. Civil no exige una relación de derecho entre el difunto y la víctima que demanda indemnización por la muerte de aquél. Por lo mismo, en caso de concubinato, basta con que la relación tenga cierta estabilidad y no sea adulterina, para admitir la acción indemnizatoria⁶⁰. La solución, que significaba un vuelco jurisprudencial, volvió a generar otro río de tinta doctrinaria, por las consecuencias que tenía en las condiciones del daño⁶¹.

En efecto, esta nueva solución que por lo demás no hacía sino uniformar la jurisprudencia en materia de responsabilidad con la que ya era antigua en la cuestión de liberalidades entre concubinos⁶², resolvía que el concubinato no es ilícito en sí. Para numerosos aspectos la ley lo considera jurídicamente, por ejemplo para efectos previsionales. La ilicitud queda así reducida, según esa jurisprudencia, a los actos contrarios a las buenas costumbres, al orden público o prohibidos por la ley. Si no hay matrimonio de uno de los concubinos, puesto que la situación no es ilegal, es lícita.

Esta doctrina fue aprobada por algunos autores⁶³, aunque admitida con reserva por otros que la fundaron en consideraciones políticas y de equidad o incluso fue abiertamente criticada por otros⁶⁴.

⁵⁸ V. nota Rodiere, J.C.P. 1953, II, 7.592. Con anterioridad a la tesis del "interés jurídico legítimamente protegido" la Corte de Casación lisa y llanamente había negado en una oportunidad la indemnización a la concubina por la ilicitud de la situación, Crim, 27 abril 1934, D.H. 1934, 302. G. Marty, en su nota en el S. 1931, I, 149, había expuesto la necesidad de exigir que el daño fuese no solamente cierto, sino además lícito. Lo mismo en Rodiere, *La responsabilité civile*, N° 1.604, Paris 1952.

⁵⁹ Cons. Etat, 21 octubre 1955, D. 1956, 139, concl. Guionin, nota Morange; 18 noviembre 1960, *Rev. de Der. Public*, 1961, p. 1.068, nota Waline.

⁶⁰ Ch. Mixte, 27 febrero 1970, J.C.P. 1970, II, 16.305, concl. Lindon, nota Parlange; D. 1970, 201 nota Combaldieu.

⁶¹ Quedaba cuestionada la exigencia de "interés jurídico legítimamente protegido", para ser únicamente el daño, lesión a un interés; también se ampliaba así el número de titulares activos de la acción de indemnización, tanto de daño patrimonial como moral, porque ya no se exige un lazo o unión jurídica entre víctima directa e indirecta.

⁶² Vid. J. Vidal, "L'arrêt de la chambre mixte du 27 février 1970, le droit à réparation de la concubine et le concept de dommage réparable", J.C.P. 1971, I, 2.390, N° 20.

⁶³ Desde luego, el abogado general R. Lindon, en su informe previo a la sentencia, J.C.P. 1970, II, 16.305, quien llega a afirmar que "el concubinato estable y no manchado de adulterio no es contrario a las buenas costumbres de nuestros días". En comentario a un fallo posterior, el prof. A. Tunc adhiere a la idea que el concubinato no adulterino no es inmoral en sí, D. 1975, 679 y antes en Mazeaud y Tunc, op. cit. t. I, N° 279 nota 1.

⁶⁴ Vid. los comentarios críticos de A. Besson en *Rev. Gén. Assurances Terrestres*, 1970, 193; H. Solus, *Le rapport de la Cour de Cassation*, J.C.P. 1971, I, 2.373, nota 12; y el importante artículo a J. Vidal, en J.C.P. 1971, I, 2.390 citado, que acepta la solución, pero bajo fundamentos diversos, como los de equidad, pero no de lícitud; G. Durry, observaciones en *Rev. Trim. Der. Civ.* 1970, 353.

Se abrió así la acción a la concubina y, al mismo tiempo, al poder de los jueces de distinguir ellos, entre casos lícitos e ilícitos, de modo que incluso en concubinatos adulterinos, bajo consideraciones de estabilidad, de abandono del primer cónyuge y otros que llaman al sentimiento, se admitió la acción poco a poco⁶⁵.

Por último, la Cámara Criminal, siempre más abierta en esta materia que la Civil, encontró un último argumento para solucionar el problema: el autor de la muerte del concubino no puede invocar la ilicitud de la relación entre la víctima directa fallecida y su concubina, porque se trata de una cuestión privada. En efecto, la relación adulterina es un delito, pero de aquellos de acción privada, de forma que la única con título para cuestionar el adulterio es la cónyuge y no el tercero causante de la muerte del concubino. He aquí el Derecho Procesal Penal que viene por último en auxilio de la concubina, incluso adúltera⁶⁶. Genialidades propias del espíritu jurídico francés, que buscó, aun a esta curiosa justificación, un fundamento lógico⁶⁷, aunque, por otra parte, todo tratado de la responsabilidad civil que se precie de completo se inicia por una profunda exposición sobre las diferencias entre delito civil y penal.

El art. 17 de la ley de 11 de julio de 1975 eliminó el delito de adulterio en el Código Penal. Se cierra así la evolución, al menos bajo los fundamentos precedentes: no existe ya razón para negar a la concubina, o al concubino, aun adúltero, el derecho a la indemnización, según los autores⁶⁸.

Nosotros, con temor ante tan largo, imponente y sabio debate, tenemos aún la duda de si la idea de licitud corresponde exactamente con la falta de sanción penal o aún de prohibición legal. Licitud y legalidad, o si se quiere moralidad y legalidad, no son términos equivalentes y las relaciones entre el poder moral y el poder legal son complejas, como para hacerlos equivalentes, tal cual lo ha mostrado un sabio autor recientemente⁶⁹.

Más lógico nos parecería reconocer abiertamente que el concubinato, siendo en algunos países y tal vez en la mayoría de los que adhieren a la llamada "cultura

⁶⁵ Vid. posteriormente a la sentencia de la Cámara Mixta de 1.070, las cuatro sentencias de la C. de París, 16 de mayo de 1970, 8 de julio 1971, C. Amiens, 12 febrero 1971 y del Trib. Grd. Instance de Bordeaux 8 julio 1971, J.C.P. 1971, II, 16.936, nota J. Vidal, en que ya comienza a aceptarse, en el primero de los casos citados, la indemnización en caso de concubinato adulterino, porque era estable y la situación aparecía más razonable ya que el concubinato comenzó siete años después de la ruptura matrimonial. En sentencia de 20 de abril de 1972, la Cámara Criminal de la Corte de Casación censura el fallo precedente de la Corte de Amiens y acepta la indemnización de una concubina, bajo la base que el carácter ilícito no resulta acreditado, ya que hacía treinta y seis años que había sido abandonada, sin poder encontrar a su marido. J.C.P. 1972, II, 17.278 con nota J. Vidal. Sobre ese fallo, además, F. Chabas, *Le coeur de la cour de cassation*, en D. 1973, chr. 211.

⁶⁶ Cass. Crim. 19 junio 1975, D. 1975, J. 679 con la nota aprobatoria de A. Tunc que la defiende por variadas razones, entre ellas técnicas; Gaz. Pal. 21 agosto 1975, nota R.C. que también la aprueba. Con todo, vid. la nota crítica desfavorable de G. Durry en *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1975, 709.

⁶⁷ Vid. las notas Tunc y R.C. ya citadas.

⁶⁸ Un caso "fin de serie" decía G. Durry en comentario ya citado, al señalar que la ley luego de la sentencia de 19 de junio de 1975 había despenalizado el aborto. Vid. G. Viney, op. cit. N° 272, págs. 333 y sgts. Sin embargo con posterioridad una mujer demandó la indemnización estando ella casada y viviendo en concubinato, por la muerte de su concubino. La C. de París decide que no es admisible una indemnización por la muerte del marido y del concubino; pero tampoco es admisible que no se reciba ninguna indemnización. En este caso se admite la indemnización porque había certeza del daño por la duración del concubinato. Hay así, buenos y malos concubinatos adulterinos, aún después de la ley de 1975. C. París, 10 de noviembre 1976, D. 1978, 458, nota J. Bosquet-Denis.

⁶⁹ Ph. Jestaz, *Pouvoir Juridique et Pouvoir Moral*, en *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1990, págs. 625 y sgts. y esta misma revista y número.

occidental", un hecho frecuente, por múltiples razones, los jueces perciben que la condena social en su contra no existe o tiende a desaparecer y, por ende, no les parece equitativo impedir la indemnización en ese evento, particularmente cuando los hechos de las causas son extremadamente justificables para la concubina y sus hijos. Pero si ello es así, más vale la pena reconocer derechamente que, en tal o cual lugar, el concubinato ya no es socialmente reprobado, en lugar de buscar complejas argumentaciones técnicas, porque se corre el riesgo que la ilicitud del daño aparezca como una exigencia inútil e infundada, ya que a iguales razonamientos técnicos pueden acudir otras personas colocadas en situaciones aún claramente inmorales o contrarias a los fundamentos básicos de la sociedad. La solución francesa no ha dejado así de acarrear curiosas consecuencias, como aquella producida ante la Corte de Riom en que ésta dio lugar a la acción indemnizatoria de la concubina, de la cónyuge y de los hijos de ambas⁷⁰. ¿Y por qué no la de concubinas de dos o más varones, como ya alguna vez se dejó entrever?⁷¹. Resulta así que circular en Francia puede tener impensadas consecuencias, si se llega a causar un accidente, pues vaya uno a saber si las víctimas viven con una o varias "compañeras", término que habrá que aceptar como comprensivo de cónyuges y no cónyuges.

Las soluciones a que ha llevado el concubinato no conforman a todos porque, indudablemente, ponen en cuestión la exigencia de la licitud, como condición del daño, sea porque se asimila la ilicitud con la sola prohibición legal, sea porque se impide a terceros alegarla, si se entiende que la situación ilícita es, de algún modo, de resorte privado. Se abre así la puerta a nuevas futuras ampliaciones de supuestas víctimas, a las que no será fácil, andando el tiempo, negar la reparación de sus alegados daños. Tal el caso de convivencias homosexuales que, desde otros aspectos legales, ya han querido ser invocadas como "concubinatos"⁷² y aún es posible imaginar otras⁷³.

8.1.2. *Derecho norteamericano*

Es interesante confrontar ahora las soluciones francesas con las que, en casos semejantes, han tenido los tribunales norteamericanos. En efecto, para un observador extranjero, en especial si se encuentra influenciado por la visión que de los Estados Unidos da su cine y televisión, podría parecer que la frecuencia y admisibilidad social del concubinato no ha de ser menor que la que tiene en Francia y que, enfrentados los tribunales a situaciones parecidas, en especial si se piensa que los jueces de los Estados Unidos siguen de cerca la evolución social, las decisiones han de ser aún más liberales.

La cuestión se ha planteado en USA a propósito de una particular especie de daño que, en nuestro sistema, calificaríamos de moral o, al menos, no patrimonial y que es el denominado "*loss of consortium*": el derecho a indemnización por la circunstancia de perder al cónyuge y no contar ya con él para las atenciones físicas y morales, así como la pérdida de la vida común. Esta especie de daño, que ha tenido una interesante evolu-

⁷⁰ Riom, 9 noviembre 1978, J.C.P. 1979, II, 19.107, obs. J. Almairac.

⁷¹ Crim. 27 abril 1934, D.H. 1934, 302.

⁷² Se ha pretendido obtener, por ejemplo, beneficios de seguridad social para una convivencia homosexual, aunque hasta ahora los tribunales se han negado a aceptar que haya allí "concubinato", porque éste es convivencia entre un hombre y una mujer. Vid. Rennes, 27 noviembre 1985 y París 11 octubre 1985, D. 1986, j. 380 nota D. Denis.

⁷³ Así, vid. G. Viney, op. cit. Nº 272, pág. 336.

ción y que hoy no sólo se refiere a cónyuges, sino también a hijos⁷⁴, ha requerido, tradicionalmente, desde que se ha admitido su reparación, la existencia de un matrimonio válido.

Hasta no hace mucho sólo podía accionar por él quien estaba casado al tiempo del hecho dañoso⁷⁵. La doctrina de las cortes era que "una causa de acción por '*loss of consortium*' sólo existe allí donde hay relaciones maritales..." y que se habla de "amistad conyugal, siendo conyugal lo relacionado con personas casadas"⁷⁶; que "la causa de la acción es relativa a las relaciones del matrimonio y que no puede existir sin él". En un caso, relativamente reciente, se ha dicho incluso que "se ha sugerido que, porque muchas parejas viven hoy en día juntas, sin el beneficio del matrimonio, esta Corte debería reconocer las tendencias sociales emergentes, observando más la relación actual en lugar de asirse a la anticuada regla del Common Law que requiere que las partes estén casadas. Anticuada puede ser; pero el matrimonio ha sido la base de nuestra vida familiar nacional"⁷⁷. Se ha sostenido además, que "en opinión de la Corte, aceptar que el concubino demande, no tendría efectos salutaris en los hechos de los actos dañosos y en lugar de ello, alentaría las relaciones meretrices"⁷⁸.

Siendo la aparición del "*loss of consortium*" una causa de daño relativamente reciente, sorprende, a primera vista, la firme insistencia en su admisibilidad únicamente en caso de matrimonio válido en una sociedad que, como dijimos, hacia el exterior aparenta mantener una fragilidad de la institución matrimonial, por no decir un descrédito de la misma, considerable. No somos nosotros quién para juzgar una sociedad y menos para hacer observaciones sociológicas o psicológicas; pero no deja de existir la tentación de comparar esta situación con aquella otra, curiosa para ojos extranjeros, en que la opinión pública norteamericana exige una conducta intachable aparente a sus líderes políticos, aunque la sociedad tolere esa misma conducta para otros efectos.

La solución precedente se ha venido alterando poco a poco, ya que el reconocimiento al concubinato es, en otras materias, cada vez más amplio. Como ocurre en otros países, el número creciente de personas que conviven sin matrimonio obliga a reconocer que en muchos casos se trata de uniones formales, aunque sin la observancia del vínculo legal⁷⁹. De allí que se haya llegado a afirmar que "la prevalencia de relaciones no mari-

⁷⁴ Sobre "*loss of consortium*" vid. más adelante, pág. 166 y las notas 176 y sgts.

⁷⁵ Así, por ejemplo en *Domany v. Otis Elevator Co.*, 369 F.2d. 604 (1966) y más recientemente, *Chiesa v. Rowe*, 486 F. Supp. 236 (W.D. Mich. 1980); *Angelet v. Shivar*, 602 S.W. 2d. 185 (Ky. App. 1980); *Tremblay v. Carter*, 390 So. 2d. 816 (Fla. 1980); *Weaver v. G.D. Searle and Co.* 558 F. Supp. 720 (N.D. Ala. 1983), etc... Sobre esta cuestión existen numerosas notas, artículos y comentarios. Para reducirnos sólo a los más recientes, vid. Lloyd T. Wilson Jr. *Loss of Consortium Claims by Unmarried Cohabitants: The Roles of Private Self-Determination and Public Policy*, 57 Indiana L.J. (1982) 605 y sgts.; S. Demidovich, "Loss of Consortium: Should Marriage be Retained as a Prerequisite?", 52 Univ. of Cincinnati L. Rev. (1983) 842 con una exposición general del tema; D. Meade, "Consortium Rights of the Unmarried: Time for a Reappraisal", 15 *Family Law Quarterly* (1981) 223; nota "Loss of Consortium and Unmarried Cohabitants: arguments before the Courts", 25 *Journal of Family Law* (1987) 743.

⁷⁶ *Chiesa v. Rowe*, cit., si bien el caso no se refiere exactamente a concubinos sino al tiempo anterior al matrimonio, durante el cual la víctima directa sufre el daño, al igual que en *Angelet v. Shivar*.

⁷⁷ *Tremblay v. Carter*, cit.

⁷⁸ *Weaver v. Searle and Co.*, cit.

⁷⁹ Meade, op. cit. págs. 231 y sgts., con referencias a aspectos en que en países del Common Law se ha dado reconocimiento a quienes viven como familia, aunque sin matrimonio, así como las razones que llevan al aumento de la cohabitación.

tales en la sociedad moderna y la aceptación social de ellas, señalan a ésta como una época en que nuestras Cortes no deberían aplicar, de ningún modo, la doctrina de la ilegalidad de las así llamadas relaciones meretrices al caso en examen"⁸⁰, y que "datos del censo y estudios sociológicos confirman la idea, sentida por muchos, que el matrimonio no es la institución sacrosanta que fue y que las relaciones extramaritales no constituyen el anatema que antes constituyeron"⁸¹.

Al igual que en Francia, pero con la diferencia que se hace en forma directa y no con fórmulas y soluciones técnicas, el concubinato pierde, poco a poco, la calificación ilícita que le era connatural. Sin embargo, como decimos, la cuestión se presenta de modo mucho más claro, porque liberados los jueces norteamericanos, en esta materia, del peso del razonamiento lógico formal dentro de la ley a que, con grados variables, son obligados los jueces del sistema civilista, pueden afirmar directa y claramente lo que los jueces franceses sólo dicen en tinta invisible, tras los argumentos aparentemente jurídicos.

Es así como algunas cortes ya han llegado a admitir que una demanda por "*loss of consortium*" no está supeditada a la existencia de un matrimonio válido, porque "el Derecho no es, ni debiera ser estático... y el Common Law es un cuerpo de leyes siempre cambiante y maleable, que se distingue por su habilidad para adaptarse a los tiempos cambiantes y sus problemas"⁸². El caso inicial, según los observadores, ha sido *Bullock v. United States*⁸³. Al igual que en Francia, en que las primeras soluciones fueron siempre en casos que llevaban a los jueces a considerar las especiales circunstancias, éste fue peculiar: Los demandantes, David y Edith Bullock, habían estado casados por más de 25 años, se divorciaron y volvieron a convivir, proyectando volver a casarse. Tenían dos hijos de su matrimonio. A raíz de un grave accidente, el Sr. Bullock quedó afectado de una impotencia total. El Tribunal que conoció del caso, analizando la cuestión, conduce argumentos que más de algún autor francés suscribiría, porque están en la misma línea que los que se han sostenido por los comentaristas galos: la Corte comparte la opinión que "el matrimonio es una institución socialmente beneficiosa" y que "la estructura de la sociedad depende, en amplia medida, de la institución del matrimonio"; pero que aquí la cuestión es otra, porque "no se negará remedio judicial a las personas sólo porque cohabitan... y las Cortes de New Jersey simplemente entienden que no hay razón para permitir al autor del hecho dañoso beneficiarse de políticas que favorecen al matrimonio y que, en último análisis, sólo los autores de hechos dañosos beneficiarían de la exigencia del matrimonio como condición del daño"... "las Cortes favorecen una visión realista de la situación del demandante, por sobre principios legales abstractos... y reconocer una acción por "*loss of consortium*", en circunstancias como las del caso sólo significa que los hechos compensarán más plenamente por el daño actual que causan. Esto no significa que la relación marital sea desvalorizada. Mientras muchas razones pueden llevar al matrimonio, dudo que muchos decidan casarse porque desean tener una acción por "*loss of consortium*" y... tanto los casados, como los no casados y que sólo cohabitan, sufren el daño, cuando sucede".

⁸⁰ *Marvin v. Marvin*, 18 Cal. 3d. 660, 663; 557 P. 2d. 106, 122 (1976). *Adde Kozlowski v. Kolowsky*, 80 N.J. 378, 385, 387 (1979); 403 A. 2d. 902.

⁸¹ *Bullock v. United States*, 487 F. Supp. 1078 (Dist. C.N. Jersey, 1980). Se señala en la sentencia que de acuerdo a datos de la Oficina de Censos del Departamento de Comercio, ya en marzo de 1979 había 2,7 millones de personas viviendo en situaciones de cohabitación. En 1970 eran sólo 523.000.

⁸² *Butcher v. Superior Court of Orange County*, 188 Cal.; Repr. 503 (App. 1983), 139 Cal. App. 3d. 58.

⁸³ *Bullock v. United States*, cit.

Con posterioridad y en casos más claros, por existir clara cohabitación, la doctrina de *Bullock v. United States* se ha ido abriendo paso, para admitir la acción por "*loss of consortium*" para no casados en California, en especial luego de *Butcher* y *Superior Court of Orange County*⁸⁴. Aquí se trataba de un claro concubinato, ya que Paul y Cindy Forte habían vivido juntos durante once años y procreado dos hijos; pero sin contraer matrimonio. Forte fue severamente herido en un accidente por el vehículo conducido por Ralph Butcher. La Corte admite la acción por "*loss of consortium*" de la conviviente. Debe agregarse que los convivientes hacían vida familiar normal, en todo lo demás, dado que incluso tenían cuenta corriente común, declaraban tributos conjuntamente y, en todo, se consideraban marido y mujer. Es decir, vivían en lo que algunos en USA prefieren llamar "*Common Law Marriage*" en lugar del término aún despectivo de concubinato. La sentencia se contenta, para admitir la acción, con que exista una relación estable y significativa.

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

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

8.1.3. *Derecho chileno*

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

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

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

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

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

9. Certeza

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

⁸⁶ Nuestros tribunales no admiten, derechamente, que el concubinato de por sí genere obligaciones o relaciones patrimoniales que de alguna manera lo asimilen a un matrimonio; sino que aceptan la existencia de una comunidad de bienes cuando ha existido convivencia porque ha habido un trabajo conjunto. Es pues la comunidad de trabajo la que funda la posibilidad de aceptar que se haya producido una comunidad simple y no la sola existencia del concubinato. Vid. C. Alvarez N., op. cit. pág. 22; C. Suprema, 16 diciembre 1953, *Rev. de Der.* t. 50, sec. 1ª pág. 470; C. Temuco, 9 noviembre 1960, *Rev. de Der.* t. 58, sec. 1ª pág. 450. Ya con anterioridad se había resuelto que el trabajo común hace nacer una sociedad de hecho, aún si no hubiere mediado matrimonio religioso: C. Santiago, 9 noviembre 1892, *Gaceta* 1892. t. 2, Nº 2.096, pág. 390; C. Talca, 15 septiembre 1928, *Rev. de Der.* t. 32, sec. 1ª pág. 1. Por ello si a pesar del concubinato los bienes se han adquirido con el trabajo independiente de uno de los concubinos, no hay comunidad: C. Suprema, 25 de julio 1989, *Rev. de Der.* t. 86, sec. 1ª pág. 105, la que para existir requeriría haber puesto bienes en común: C. Suprema, 3 de mayo 1957, *Rev. de Der.* t. 54, sec. 1ª pág. 71. Pero la sola participación de la mujer en tareas del hogar es contribución suficiente para generar la comunidad: C. Suprema, 31 julio 1943, *Rev. de Der.* t. 41, sec. 1ª pág. 89. Con todo, jamás la jurisprudencia nacional se ha detenido en el examen de la licitud o ilicitud del concubinato en tales situaciones, lo que revela una cautela frente al problema. Vid. J. Bidart Hernández, *Sujetos de la acción de responsabilidad extracontractual*, págs. 71 y 72, Santiago, 1985. En otra situación, sin embargo, se ha dicho que la convivencia es un mal ejemplo para los hijos, que inhabilita a la madre para la tuición de los hijos habidos en matrimonio anterior: C. Santiago, 5 de mayo 1989, *Rev. de Der.* t. 86, sec. 2ª pág. 30.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁹⁰ Crim. 7 julio 1967, J.C.P. 1967, II, 14.943; Soc. 20 octubre 1971, Dalloz 1972, somm. 69.

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

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

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

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

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

⁹² C. francés, art. 1.149 (ganancias de las que ha sido privado); C. español, art. 1.106 (ganancias que haya dejado de obtener); C. portugués art. 364 ("...beneficios que el lesionado dejó de obtener..."); C. argentino, art. 519 ("la utilidad que haya dejado de percibir").

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

⁹⁴ En Inglaterra, en materia contractual son recuperables las pérdidas de ganancias que, en la previsión de las partes, era razonable esperar: Victoria Laundry (Windsor) Ltd. v. Newman Industries Ltd. (1949) 2 K.B. 528; 63 T.L.R. 274; 93 S.J. 371; (1949) 1 All. E.R. 997. En USA, aunque aún con algunas reticencias a veces, se admite la indemnización de la pérdida de ganancias si hay certeza razonable, existiendo la cual no es lícito al tribunal henarla: Piciano v. Olympic Construction Comp. Inc. 492 N.Y.S. 2d. 476 (AD. 3 App. 1985); Kaczowski v. Bohubasz (1980) 491 Pa. 561, 421 A 2d. 1.027, 1.030, 21 ALR 4th. 1 y los casos allí citados; Independence Tube Corp. v. Copperweld Corp. 691 F 2d. 310, 328 (7th. Cív. 1982).

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

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

⁹⁷ C. Santiago, 26.3.44 *Rev. de Der.* t. 41, sec. 2ª pág. 41.

9.1. *Pérdida de una chance*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁰³ K. Cooper, op. cit. pág. 195.

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

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

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

¹⁰⁷ *Domine v. Grimsdall* (1937), All E.R. 110 (K.B.); *Mulvaine v. Joseph* (imposibilidad de competir en torneo de golf) (1968), 112 Sol. Jo. 927; 118 New L.J. 1.078 (Q.B.); *Yardley v. Coombes* (abogado negligente que impide obtención posible de indemnización) (1963) Sol. Jo. 575 (Q.B.); *Hawkins v. New Mendip Engineering Ltds.* (1966) 1 W.L.R. 1.341; (1966) 3 All E.R. 228.

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

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

¹¹⁰ *París*, 30 marzo 1989, D. 1989, somm.; 25 de mayo 1981, D. 1989, somm. 71. Pero no hay lugar a indemnización si no existía chance alguna de ganar el recurso no presentado por negligencia del abogado, *Ass. Plen.* 3 junio 1988, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1989. 81, obs. Jourdain. Para un contador que hace perder oportunidades a su cliente, *París* 29 enero 1989, D. 1989. I.R. 43.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹¹⁴ Grenoble, 24 octubre 1962, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1963, obs. A. Tunc.; Civ. 14 diciembre 1965, J.C.P. 1966, mII, 14.753 nota Savatier; *Rev. Tri. Dr. Civ.* 1967, m 181; D. 1966, 453; Civ. 18 de marzo 1969 y 27 de enero 1970, J.C.P. 1970, II, 16.422, nota A. Rabut; D. 1970, somm. 70; *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1969, 797, obs. G. Durry; Civ. 17 noviembre 1970, D. 1971, somm. 46; Civ. 25 de mayo 1971, J.C.P. 1971, II, 16.859; Civ. 27 de marzo 1973, J.C.P. 1974, II, 17.463 nota Savatier; D. 1973, 595, nota J. Penneau; Civ. 20 de julio 1988, J.C.P. 1988, IV, 351; *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1989, 85, obs. Jourdain; Civ. 18 de marzo 1989, D. 1989, somm. 315; Civ. 7 junio 1989, D. 1989, I.R. 199, entre otras.

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

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

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

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

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

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

III ALGUNOS ASPECTOS DEL DAÑO MORAL

10. En Chile

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹²⁷ C. San Miguel, 8 de agosto 1989, *Rev. de Der.* t. 86, sec. 4ª pág. 73. Curiosamente no se indica en la sentencia autor alguno que mantenga esa doctrina. Antes, la misma sentencia ha dicho que "el actor civil se encuentra en la obligación de comprobar la existencia, naturaleza y monto del daño que pretende", de lo que parece exceptuarse el daño moral, cuestión en la que no existe, contrariamente a lo afirmado por el fallo, doctrina constante. Para prueba, F. Fuyo, op. y loc. cit. A. Alessándri, op. cit., a quien se sigue tradicionalmente, desde que es el único en haber tratado la responsabilidad en forma más comprensiva, sostiene que los jueces gozan de amplias atribuciones para fijar el monto de la indemnización (N° 483) o para su apreciación (N° 146); pero manteniendo que la víctima debe probar la existencia del daño (N° 424). La idea se repite comúnmente en las sentencias. Por ej.: "Basta la lesión del derecho subjetivo que corresponde al ofendido, para

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

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

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

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

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

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

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

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

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

11. *Derecho español*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

12. *Derecho francés*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

de dedicarse a ciertas actividades normales de agrado"¹⁴⁴, y se ha agregado que "la privación de los agrados de una vida normal, distinta del perjuicio objetivo resultante de la incapacidad constatada, justifica el otorgamiento a la víctima de una indemnización personal cuyo monto los jueces aprecian soberanamente"¹⁴⁵.

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

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

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

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

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

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

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

¹⁴⁶ A. Tunc, *La Sécurité Routière*, Nº 49, pág. 44, París 1966, se refiere a algunos notables excesos en la materia: A. Coudeyville, *Le pretium affectionis: un piège pour le juge administratif*, D. 1979, chrn. 273. Mientras en 1931 la Corte de Casación había limitado los titulares a ciertos parientes (Req. 2 febrero 1931, D.P. 1931, I, 38), hoy en día la lista de titulares es larga: padres, hijos legítimos, cónyuge, hermana, hermano, hijo adulterino, abuelos naturales, madre natural, nuera, hijos naturales de una hermana, novia, sobrina, tutor, niño recogido por la víctima, persona que ha criado un niño, concubina y concubino, dueño de un animal, etc.... Vid. Ph. Le Tourneau, op. cit. Nº 538 y sgts. págs. 179 y sgts.; G. Viney, op. cit. Nº 266 y sgts. págs. 327 y sgts. Es ésta una de las razones que ha conducido a limitar la indemnización de estos perjuicios en materia de accidentes de la circulación.

¹⁴⁷ Civ. 7 enero 1962, D. 1962, 199, nota Rodière; J.C.P. 1962, II, 12.557, nota Esmein, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1962, 316, obs. A. Tunc. Trib. G. Inst. Caen, 30 octubre 1962, D. 1963, pág. 92; J.C.P. 1962, II, 12.954, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1963, 93, obs. A. Tunc.

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

13. *En el Common Law*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

al ser humano de un privilegio existente o de un goce definitivo de la vida, priva al individuo de un derecho cuya pérdida es compensable". Luego de considerar que tocar el violín era para el demandante todo en su vida, agrega: "Decir que la pérdida de tal goce y del consuelo que del él resulta para el ser humano, no es compensable con suma alguna no llama a mi sentido de justicia". En el mismo sentido de no ser compensable este daño, *City of Columbus v. Strassner*, 124 Ind. 482, 25 N.E. 65 (1890), por ser imposible de medir en términos monetarios; *Locke v. International and G.N.R. Co.*, 25 Tex. Civ. App. 1.456, 60 S.W. 314 (1901), por ser demasiado vago; *Northern Indiana P.S. Co. v. Robinson*, 106 Ind. App. 21, 18 N.E. 2d. 933 (1939). Ver nota en 38 *Mic. L. Rev.* (1939) 97.

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

¹⁵³ La cita textual es de *Willinger y Catholic Medical Center of S.P.*, Pa. 393 A. 2d. 1.188 (1978). En este caso el jurado había recibido la siguiente instrucción, en un caso en que un menor había fallecido por negligencia del anestesista: "Leonard tenía un interés legal en la continuación de su vida... No estamos hablando de la pérdida de la vida como tal, porque esa pérdida no es compensable. De lo que estamos hablando es acerca de la pérdida de los placeres de la vida... Un individuo tiene derecho de gozar de la vida, de casarse, si quiere, de trabajar, de gozar cazando, de la pesca, mirando los juegos de pelota, de todas esas clases de cosas. Y si de ello fue privado por el acto negligente de uno o de ambos demandados, que es su causa próxima, Uds. pueden atribuir a la sucesión de Leonard una suma por tal concepto". Es esta instrucción la que no es aceptada por el tribunal superior. En semejante sentido *Corcoran v. Mc.Neal*, 400 Pa. 14, 161 A. 2d. 367 (1960) *Tymisky v. United States*, 481 F. 2d. 157 (1973); *Mc. Donald v. United States* 555 F. Supp. 935 (1983); *Cantu v. Del Carmen Pena* 650 S.W. 2d.906 (Tex. App. 1983), entre otros.

Sin embargo en otros casos cada vez más frecuentes se acepta como un rubro separado de indemnización. Además de casos citados en cita 152, adde *Isgert v. Seaboard Coast Line R.Co.* 332 F. Supp. 1.127 (D.S.C. 1971); *Mc.Neil v. United States*, 519 F. Supp. 283 (D.S.C., 1981); *Fraysier v. United States*, 566 F. Supp. 1.085 (S.D. Fla. 1983). En *Ice v. Chesapeake and Ohio Ry. Co.* 305 F. Supp. 1.167 (Mich. 1969) se concedió una suma porque la víctima a consecuencia del hecho dañoso ya no podría tocar instrumentos, contrariamente al caso *Hogan* citado en cita 151.

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

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

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

Berry, 629 F. Supp. 159 (N.D. Ill. 1985), confirmado en fallo 827 F. 2d. 195 (1987); Bello v. City of Milwaukee 746 F. 2d. 1.205 (1984); Bass v. Wallenstein, 769 F. 2d. 1.173 (1985), etc. Es claro que para acoger esta última tesis hay que llevar a su extremo la ficción técnica, admitida en el derecho anglosajón, que la herencia es el causante y, en definitiva, se concluye, como lo critica la tesis contraria, en que por esta vía los herederos obtienen sumas importantes que, sin esa ficción, no obtendrían.

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

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

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

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

¹⁵⁷ Vid. n. y cita.

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

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

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

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

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

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

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

¹⁶⁰ En sucesivas leyes, diversos estados han limitado su monto: Colorado a US\$ 250.000 y a US\$ 500.000 si hay pruebas claras y concluyentes; Florida a US\$ 450.000; Idaho a US\$ 400.000, etc.... Vid. D.W. Leebron, *op. cit.* pág. 135, nota 8. Sin embargo en *Smith v. Department of Insurance* 507 So. 2d. 1.080 (Fla. 1987), la Corte Suprema de Florida dijo que ese límite viola el derecho constitucional de la víctima de acceder a la justicia. En *Socorro v. Orleans Leve Board*, 561 So. 2d. 739 (1990) el tribunal de apelación no estimó exagerada una condena por US\$ 3.500.000 por dolor y sufrimiento respecto de una víctima confinada de por vida a una silla de ruedas y cuadrapléjica a los 46 años.

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

¹⁶² El análisis económico en relación con los torts es tema que hace bibliotecas en USA. Sólo como un ejemplo en este punto, la nota "An Economic Analysis of Tort Damages for Wrongful Death", 60 *New York Univ. L.R.* (1985) 1.113; y más generalmente, G. Calabresi, *The cost of accidents: A legal and Economic Analysis* (1970) traducida al español por Joaquín Bisbal, Barcelona, 1984.

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

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

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

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

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

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

¹⁶⁷ Vid. P. Faulkner y K. Woods, "Fear of Future Disability. An Element of Damage in a Personal Injury Action", 7 *Western New England L. Rev.* (1985) 865 y sgts. Por ejemplo, el temor a un futuro cáncer por el acto negligente del demandado de exponer a la víctima a radiación u otros medios químicos, *Weatherill v. University of Chicago*, 565 F. Supp. 1.553 (N.D. Ill. 1983); en *Dartez v. Fibre Board Corp.* Docket N°s 83-2.504 (1985) temor al cáncer por exposición a asbestos; *Berry v. Monroe* 439 So. 2d. 465, cert. den. 443 So. 2d. 597, temor a nuevos ataques epilépticos; *Bychinski v. Sentry Ins.* 144 Wis. 2d. 17; 423 N.W. 2d. 178, temor a una futura operación. Todo ello sin el temor es razonable y si existe también una razonable probabilidad de la enfermedad.

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

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

humillaciones y vergüenzas¹⁷⁰, etc.

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

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

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

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

¹⁷⁰ Por ej., por desfiguración facial, *Clark v. Johnston*, 492 S.W. 2d. 447 (Ky. 1973); *Peembrook Management Inc. v. Coraboon*, 157 Ga. App. 675; 278 S.E. 2d. 100 (1981); *Gassman v. United States* 589 F. Supp. 1.534 (1984), etc.; o por la pérdida del cabello sufrida por una mujer, *Wilson v. Redken Laboratories, Inc.*, 562 S.W. 2d. 633 (Ky. 1978).

¹⁷¹ Así, *Lejeune v. Rayne Bransh Hospital*, 556 So. 2d., 559 (La. 1990). En este caso de Louisiana, se argumentó bajo la base del art. 2.315 del C. Civil de dicho estado, según el cual: "Todo acto cualquiera del hombre que cause daño a otro debe ser indemnizado", con una argumentación muy semejante a la usada en Chile para otorgar indemnización por el daño moral extracontractual, en base a los arts. 2.314 y 2.329 de nuestro C. Civil. En igual sentido, *Rickey v. Chicago Transit Authority*, 457 N.E. 2d. 1 (Ill. 1983); *Capelouto v. Kayser Foundation Hospital*, 500 P. 2d. 880 (1972), siempre que los padres, por esa angustia sufran actual lesión física. Pero hay lugares donde una lesión meramente emocional en accidentes por muerte ilícita de terceros no da derecho a indemnización, por ej. *Norwell v. Oregon Episcopal School* 787 P. 2d. 502 (Or. App. 1990); *Demars v. Erde*, 55 Or. App. 863; 640 P. 2d. 635 rev. den. 293 Or. 146, 651, P. 2d. 143 (1982); *Hammond v. Central Lane Communications*, 792 P. 2d. 440 (Or. App. 1990).

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

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

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

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

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

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

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

¹⁷⁶ D.B. Dobbs, op. cit. par. 8.11, pág. 587; Prosser y Keeton, par. 125 pág. 931.

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

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

¹⁷⁹ Si en Massachusetts: *Ferriter v. Daniel O'Connell's Sons*, 413 N.E. 2d. 690 (1980); Iowa: *Weitt v. Moes*, 311 N.W. 2d. 259 (1981); Michigan: *Berger v. Weber*, 411 Mich. 1, 303 N.W. 2d. 424 (1981); Alaska: *Hibpshman v. Prudhoe Bay Supply, Inc.* 734 P. 2d. 991 (1987), sobre el cual vid. el comentario de D.L. Dionne, en 18 *Cumberland L. Rev.* (1988) 473; también en Indiana, Ohio, Vermont, Washington, Wisconsin. Pero otros estados niegan la acción a los hijos, como California o Indiana, bajo la base del conocido argumento que es imposible que el dinero repare tal daño y que ello aumentaría el número de demandas, o incluso bajo la base que el litigio lesionaría a los hijos ya que los abogados defensores tenderían a demostrar que no han tenido buenas relaciones con sus padres. Ej. *Deadborn Fabricating and Engineering Corp. v. Wickham*, W.L. 35.624 (Indiana) N.E. 2d. (1990), Maine, sobre el cual, la nota N. Wanderer Mackenzie, "Maine Refuses to Recognize a Cause of Action For Parental Consortium", 41 *Maine L. Rev.* (1988) 185; Carolina del Norte, sobre el cual, E.T. Mac Parland, "North Carolina's Refusal to Extend Recovery to the Infant Secondary Tort Victim", 66 *North Carolina L. Rev.* (1988) 1.337. También la niega el Restatement of The Law, Torts, 2d. art. 707 A (1977). Vid. J.S. Bainbridge Jr., "Loss of Consortium Between Parent and Child", *ABA Journal*, oct. 1985, págs. 47 y sgts. y la nota G.A. Guthrie, "Should Pennsylvania Recognize a Cause of Action for Loss of Parental Consortium?" 28 *Duquesne L. Rev.* (1990) 697 y sgts.; T. Van Doan, "Loss of Parental Consortium" 8 *Journal of Juvenile Law* (1984) 457 y sgts.; y en forma más amplia, pero favorable a la acción, la nota M.S. Duncan "Davis v. Elisabeth General Medical Center: Loss of Consortium in The Parent-Child Relationship", 43 *Arkansas L. Rev.* (1990) 405. Hemos confundido en una misma cita tanto la acción de los padres por sus hijos, como la de los hijos por sus padres. En cuanto a los padres por sus hijos, es importante la sentencia afirmativa en *Schockley v. Prier*, 66 Wis. 2d. 394, 225 N.W. 2d. 495 (1975), por su especial examen de la cuestión. En *Frank v. Superior Court* 150 Ariz. 228, 722 P. 2d. 955 (1986) se concedió incluso la acción a los padres por la lesión a un hijo mayor de edad, ampliando así la acción por "loss of consortium", vid. su comentario por P.K. Charlton, 29 *Arizona L. Rev.* (1987) 541.

¹⁸⁰ Vid. n.

legislatura hacer cambios en la ley si una regla del Common Law ya no se amolda a las realidades sociales de los tiempos presentes... En la mayoría de las situaciones familiares los hijos ya no son una pertenencia económica, sino, por el contrario, son normalmente fuente de grandes gastos para los padres... Compañía y vida común entre los padres y sus hijos están más cercanos del ideal familiar actual que el derecho de los padres a la capacidad productiva de los hijos durante su menor edad, que parecía tan importante cuando el Common Law fue establecido originalmente"¹⁸¹.

Como ha dicho otra sentencia, *loss of consortium* cubre la pérdida de "sociedad, servicios, relaciones sexuales y afecto conyugal, lo que incluye la compañía, asistencia, amor y consuelo"¹⁸².

¹⁸¹ Vid. cita 179.

¹⁸² *Clouston v. Remlinger Oldsmobile Cadillac Inc.* 22 Ohio St. 2d. 65, 258 N.E. 2d. 230, 231 (1970).