Artículo: Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista
Revista: Nº188, año LVIII (Jul-Dic, 1990)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Nº 188
AÑO LVIII
JULIO-DICIEMBRE
1990

ISSN 0303-9986

REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Artículo: Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista
Revista: Nº188, año LVIII (Jul-Dic, 1990)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

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 futuro[1]. 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.

Artículo: Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista
Revista: Nº188, año LVIII (Jul-Dic, 1990)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

de que ésta tiene como objetivo principal —según comúnmente se admite[3]— un fin reparatorio del daño causado. El daño o perjuicio, términos que usaremos indistintamente[4], 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 inejecución 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 otras[7]. 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 civil[8].

[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*, Nº 79, pág. 35 y sgt., 3ª edic., Paris 1982; Alessandri, R., *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno*, Nº 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, Nº 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 Nº 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*, Nº 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 Anzorena, 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*, Nº 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*, Nº 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".

Artículo: Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista
Revista: Nº188, año LVIII (Jul-Dic, 1990)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

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 típicos[9]. Eso es lo que se quiere decir cuando se afirma que en esa especie de torts hay *injuria 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 carretera[11].

[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*, Nº 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; Días 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.

Artículo: Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista
Revista: Nº188, año LVIII (Jul-Dic, 1990)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

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 pecuniaria[12]. 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 bibliografía[13]. 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 francesa[14] y forma parte incluso de la norma positiva del art. 684 del Código Civil suizo[15]. 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), 653; 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, Nº 24, pág. 909, Brocklyn, 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. Blaevoet, *De l' anormal devant les hautes jurisdictions 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 coutumieres 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, Nºs 175 y sgts. esp. 185; Mazeaud y Tunc., op. cit. t.1 Nº 597, pág. 688; Ph. Le Tourneau, op. cit. Nº 1.998 y sgts., esp. Nº 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.

Artículo: Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista
Revista: Nº188, año LVIII (Jul-Dic, 1990)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

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 responsabilidad[16].

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 Nº 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.

Artículo: Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista
Revista: Nº188, año LVIII (Jul-Dic, 1990)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

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 civil[17].

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 jurisprudencial[18].

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 proceso[19].

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. Nº 16 y sgts., pgs. 27 y sgts.; Santos Briz, *Responsabilidad*, pág. 33, 3ª edic., Madrid 1981. Mazeaud y Tunc, op. cit. t.1 Nº 8 y sgts., págs. 5 y sgts.; Ph. Le Tourneau, op. cit. Nº 79, pág. 35; A. Tunc, *La responsabilité civile*, Nº 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. Reptr. 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 Brownin-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; GF. W. Bostion, Punitive

Artículo: Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista
Revista: Nº188, año LVIII (Jul-Dic, 1990)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

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 costas[20].

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 específica[21]. 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*, Nº 3.1, pág. 135, St. Paul, Minn. 1973.

Artículo: Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista
Revista: Nº188, año LVIII (Jul-Dic, 1990)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

de interés compensable y la segunda, equivalente a la suma que el demandado ha de pagar en el proceso de responsabilidad[22]. 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 indemnización[23].

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 sistema[24], 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. Civil[25].

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 prevalecido[26], 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. 522.

[23] En este sentido, Esser, Responsabilité et garantie dans la nouvelle doctrine allemande des actes illicites, en *Rev. Int. 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. tít. 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 premiere moitiée du XX siecle, 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] Esas 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, Nº 89. En cuanto al perjuicio, Demogue, *Obligations*, t. 4 Nº 371 y 342.

Artículo: Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista
Revista: Nº188, año LVIII (Jul-Dic, 1990)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

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 culpa[27].

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 práctica[28]. 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 sancionar[29]. 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*, Nº 1.076, pág. 344. 3ª edic. París 1982; entre nosotros, Alessandri, op. cit. Nº 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, Nº 194, pág. 684, 3ª edic. Paris 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, Nº 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 considerée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, pág. 386, Paris 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, tít. 5, edit. Rémy, t.2, pág. 94. Algo semejante sostenían Ihering, Laurent, Sourdat, etc., vid. Mazeaud y Tunc., op. cit. t. 3 Nº 2.366. En Chile ocurre lo mismo. Así, Alessandri, op. cit. Nº 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.

Artículo: Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista
Revista: Nº188, año LVIII (Jul-Dic, 1990)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

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 sentencias[30].

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 nominales[31]. 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 causados[32].

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 simbólicas[33]. 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. 4ª, pág. 95. Adde. las de *Rev. de Der.* t. 21, sec. 1ª pág. 1.053; t. 22, sec. 1ª pág. 912; t. 31, sec. 1ª 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.

Artículo: Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista
Revista: Nº188, año LVIII (Jul-Dic, 1990)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

daños, es lícito que fije un franco de indemnización[34]. 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 civilistas[35], 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. Nº 100, pág. 234; Mazeaud y Tunc. op. cit. t. 3, Nº 2.332 y sgts. págs. 657 y sgts.; Le Tourneau, op. cit. Nº 1.075. págs. 344 y sgts.; Alessandri, op. cit. Nº 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.

Artículo: Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista
Revista: Nº188, año LVIII (Jul-Dic, 1990)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

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 hechor 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 contemporáneo[39].

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 doctrinaria[40].

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. Nº 65, págs. 86 y sgts.; A. Tunc, *La responsabilité civile*, Nº 172, pág. 143, Paris, 1981.

[40] Orgaz, op. cit. pág. 37; era la doctrina de Josserand, *Droit Civil*, t. 2, Nº 423 y 424, 2ª edic. pág. 220 y de De Page, *Traité Elémentaire de Droit Civil Belge*, en su edic. de 1933, t. 2, Nº 950, pág. 802.

Artículo: Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista
Revista: Nº188, año LVIII (Jul-Dic, 1990)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

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 común[43].

[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 interet 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, Rodiere, 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.

Artículo: Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista
Revista: Nº188, año LVIII (Jul-Dic, 1990)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

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 dañarle[44].

El principio *"ex turpi causa"*, particular forma de nuestro conocido *"nemo auditur propriam turpitudimen 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 sentencias[47].

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 decisorio. 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.

Artículo: Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista
Revista: Nº188, año LVIII (Jul-Dic, 1990)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

causa al vehículo de aquél con el fin de impedirle la fuga[48]. 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 participado[49]. 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 indemnización[50].

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 matrimonial[51].

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 civil[53] 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 Cabrillac.

[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. Alvarez Núñez, "Algunas consideraciones doctrinarias, legales y jurisprudenciales sobre el concubinato", en esta Revista, Nº 143, 1968, págs. 6 y sgts. y la bibliografía allí citada. Antes, H. Pinto Rogers, *El concubinato y sus efectos jurídicos*, Santiago 1942.

Artículo: Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista
Revista: Nº188, año LVIII (Jul-Dic, 1990)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

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 proporcionaba[54]. 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 extranjeros[55].

Esta solución e incertidumbre de fundamento se prolonga hasta fines de los años '70[56], 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 Mértenier); 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. Rodiere, J.C.P. 1953, II, 7.592; el artículo de H. Mazeaud, "La lésion d' un interet 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.

Artículo: Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista
Revista: Nº188, año LVIII (Jul-Dic, 1990)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

que claramente se afectaba a una persona, aunque no a un derecho patrimonial suyo[58]. 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 indemnizatoria[60]. La solución, que significaba un vuelco jurisprudencial, volvió a generar otro río de tinta doctrinaria, por las consecuencias que tenía en las condiciones del daño[61].

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 concubinos[62], 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 autores[63], aunque admitida con reserva por otros que la fundaron en consideraciones políticas y de equidad o incluso fue abiertamente criticada por otros[64].

[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, 1, 149, había expuesto la necesidad de exigir que el daño fuese no solamente cierto, sino además lícito. Lo mismo en Rodiere, *La responsabilité civile*, Nº 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' arret de la chambre mixte du 27 février 1970, le droit a réparation de la concubine et le concept de dommage réparable", J.C.P. 1971, I, 2.390, Nº 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. 1, Nº 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 licitud; G. Durry, observaciones en *Rev. Trim. Der. Civ.* 1970, 353.

Artículo: Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista
Revista: Nº188, año LVIII (Jul-Dic, 1990)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

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 poco[65].

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 adúltera[66]. Genialidades propias del espíritu jurídico francés, que buscó, aun a esta curiosa justificación, un fundamento lógico[67], 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 autores[68]

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 recientemente[69].

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. Nº 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.

Artículo: Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista
Revista: Nº188, año LVIII (Jul-Dic, 1990)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

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 aquélla 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 ambas[70]. ¿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 otras[73].

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.

Artículo: Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista
Revista: Nº188, año LVIII (Jul-Dic, 1990)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

ción y que hoy no sólo se refiere a cónyuges, sino también a hijos[74], 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 dañoso[75]. 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 salutarios en los hechores 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 sicológicas; 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 legal[79]. 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); Temblay 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 Prerrequisite?, 52 Univ. of Cincinnati *L. Rev.* (1983) 842 con una exposición general del tema; D. Meade, "Consortium Rights of the Unmarried; Time for a Reapparaisal", *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.

Artículo: Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista
Revista: Nº188, año LVIII (Jul-Dic, 1990)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

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 Yersey 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 hechores 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. Yersey, 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.; Reptr. 503 (App. 1983), 139 Cal. App. 3d. 58.

[83] Bullock v. United States, cit.

Artículo: Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista
Revista: Nº188, año LVIII (Jul-Dic, 1990)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

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 Alabama[85], 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. Reptr. 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).

Artículo: Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista
Revista: Nº188, año LVIII (Jul-Dic, 1990)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

nado derecho social y aun en el civil, a propósito de los bienes comunes adquiridos durante el concubinato[86].

Con todo, ha de tenerse en cuenta que se ha aceptado la acción indemnizatoria de un hermano natural por el daño moral sufrido[87], 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).

Artículo: Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista
Revista: Nº188, año LVIII (Jul-Dic, 1990)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

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 remoto[89].

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 hecho[90]. 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 casación[91].

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*, Nº 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).

Artículo: Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista
Revista: Nº188, año LVIII (Jul-Dic, 1990)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

riosamente, el Código francés, como el nuestro y otros que le siguen[92], admitieron siempre la indemnización del lucro cesante, no ocurría así en el Common Law en que la indemnización de pérdidas de ganancias no era admitida hasta no hace tanto tiempo. Los Tribunales sostenían que con ella podría producirse "un peligro de demandas especulativas o problemáticas"[93], es decir, justamente por estimarse que existe falta de certeza sea en su producción, sea en su monto o en ambos aspectos. No es ésa la común solución actual, desde que se admite su reparación si hay certeza razonable[94], 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 específicas[95].

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 demandado[96]. Por ello se ha resuelto que "para evaluar el lucro cesante deben proporcionarse antecedentes más o menos ciertos que permitan determinar una ganancia probable que dejó de percibirse"[97].

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

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

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

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

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

[96] S. Gatica P., op. cit. Nº 80, pág. 107.

[97] C. Santiago, 26.5.44 *Rev. de Der.* t. 41, sec. 2ª pág. 41.

Artículo: Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista
Revista: Nº188, año LVIII (Jul-Dic, 1990)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

9.1. *Pérdida de una chance*

Es éste un tema clásico cuando se trata de la certeza del daño y en todos los derechos[98].

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 avaluación, 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 certeza[100]; pero que, de no mediar el hecho del demandado se habría abierto un restaurante y se ganaría dinero con él no[101].

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 rezonable probabilidad de ocurrencia, bajo la base de lo que algunos jueces han calificado de una probabilidad de ocurrencia mayor que el "cincuenta-cincuenta" por ciento[102]. 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] Valivslis 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.

Artículo: Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista
Revista: Nº188, año LVIII (Jul-Dic, 1990)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

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 competente[104].

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 avaluación 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 razonable[105].

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 casos[107].

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 aprobarlo[108]. 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 especulativa[109]. O bien, la chance de ganar un recurso se indemniza, aunque no en la suma que habría significado ganar el juicio[110].

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.

Artículo: Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista
Revista: Nº188, año LVIII (Jul-Dic, 1990)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

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 experimentado[111]. 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 substancias 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 considerados[112]. 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.

Artículo: Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista
Revista: Nº188, año LVIII (Jul-Dic, 1990)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

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

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

Los casos son variados. Como ejemplo: una mujer da a luz en un hospital y es enviada a su casa al tercer día del alumbramiento, no obstante presentar una hemorragia. Fallece un mes más tarde. El alta prematura es una probable causa de la muerte; pero ésta ha podido también eventualmente tener otra causa. Los jueces deciden que los profesionales que atendieron a la víctima, al enviarla a casa tan pronto, le privaron, no de la vida, sino de una chance de supervivencia[113]. Los ejemplos pueden multiplicarse; pero siempre en situaciones de incertidumbre parecida[114].

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 solución[115], otros-la han criticado con firmeza[116].

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 imposible[117]. 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. Nº 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 sana l' avoir causé?, D. 1970, 123, esp. par. II, pág. 124.

Artículo: Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista
Revista: Nº188, año LVIII (Jul-Dic, 1990)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

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 esencial[118].

La crítica pareció afectar a los jueces, porque una sentencia de la Corte de Casación de 17 de noviembre de 1982[119] 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 historia[120]. No ha sido así, sin embargo, porque sentencias posteriores han vuelto a aplicar la idea de pérdida de una chance a situaciones parecidas[121].

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 indemnizable[122].

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 mayor[123].

[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 espacar 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*.

Artículo: Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista
Revista: Nº188, año LVIII (Jul-Dic, 1990)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

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 ete 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 presume[126]; no requiere de prueba: "Es un hecho evidente, aceptado por la doctrina y jurisprudencia, que las lesiones físicas y mentales de una persona producen un sufrimiento a ella misma y a los familiares más próximos que no requiere de demostración y que debe ser indemnizado por quien los provocó, tomando en cuenta los antecedentes reunidos y apreciándose equitativa y razonablemente por el Tribunal"[127].

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

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

[125] C. Temuco, 9 de junio de 1987, *Rev. de Der.* t. 84, sec. 4ª pág. 131. En contra de esta solución, F. Fueyo, *Instituciones de Derecho Civil Moderno*, Nº 15, págs. 105 y sgts.

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

[127] C. San Miguel, 8 de agosto 1989, *Rev. de Der.* t. 86, sec. 4ª pág. 73. Curiosamente no se indica en la sentencia autor alguno que mantenga esa doctrina. Antes, la misma sentencia ha dicho que "el actor civil se encuentra en la obligación de comprobar la existencia, naturaleza y monto del daño que pretende", de lo que parece exceptuarse el daño moral, cuestión en la que no existe, contrariamente a lo afirmado por el fallo, doctrina constante. Para prueba, F. Fueyo, op. y loc. cit. A. 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 (Nº 483) o para su *apreciación* (Nº 146); pero manteniendo que la víctima debe *probar la existencia del daño* (Nº 424). La idea se repite comúnmente en las sentencias. Por ej.: "Basta la lesión del derecho subjetivo que corresponde al ofendido, para

Artículo: Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista
Revista: Nº188, año LVIII (Jul-Dic, 1990)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

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 accidente[129]. 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 parientes[130], 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 destruida[131]. En alguna ocasión se ha confundido el daño moral con la lesión a los bienes extrapatrimoniales[132].

---

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 4° 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 Fueyo 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, 4° 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. Fueyo, 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*.

Artículo: Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista
Revista: Nº188, año LVIII (Jul-Dic, 1990)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

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 justificada[133].

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 Francia[134].

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 superada[136].

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 osteomelitis 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.

Artículo: Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista
Revista: Nº188, año LVIII (Jul-Dic, 1990)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

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 comúnmente[138].

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 compensación[139].

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 *sufrimientos 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 sentencias[140].

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*, Nº 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.

Artículo: Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista
Revista: Nº188, año LVIII (Jul-Dic, 1990)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

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 citada[142]. 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 total[143].

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

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

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

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

Artículo: Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista
Revista: Nº188, año LVIII (Jul-Dic, 1990)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

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 titulares[146]. 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 animal[147].

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 Routiere*, Nº 49, pág. 44, París 1966, se refiere a algunos notables excesos en la materia; A. Coudeyville, *Le pretium affectionis: un piege pour le juge administatif*, 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, 1, 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 Rodiere; 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.

Artículo: Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista
Revista: Nº188, año LVIII (Jul-Dic, 1990)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

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 indemnización[148].

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 aspectos[149].

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 especulativo[151]; 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 psíquicos. 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. Pearon, Hedonic Damages: A separate Element in Tort Recoveries? 56 Def. Counsel J. (1989) 436; Smith, Hedonic Damages in Wrongfuld Death Cases, A.B.A. J. sept. 1988; J.A. Williamson, Hedonic Damages in Section 1983 Actions: a Remedy for The Inconstitutional Deprivation of Life, 44 *Wash. and Lee L. Rev.* (1987) 321; Harper, James y Gray, op. cit. t. 4 par. 25. 10. A, págs. 573 y sgts.

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

Artículo: Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista
Revista: Nº188, año LVIII (Jul-Dic, 1990)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

mún[152], 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 separada[153].

La dificultad es evidente: cuando hay lesiones importantes, se producen dolores a la víctima, que pueden intelectualmente separarse de las limitaciones que se experimentarán en la vida futura, pero cuando la víctima fallece, entonces no es posible concebir que la muerte misma pueda separarse de los goces de la vida perdidos, porque la vida no es más que los goces que ella permite: realizar proyectos, seguir un destino, tomar del mundo lo bueno y, desde este ángulo, compensarlo en caso de muerte es tanto como compensar la pérdida de la vida misma. Para ello es preciso atribuir la suma no a la víctima —que ha fallecido— sino a quienes sobreviven. En USA, esa atribución se hace a la herencia, concebida como la representación del fallecido, lo que entre nosotros equivale a otorgarla a los herederos como representantes del causante. Esta transmisibilidad ha sido discutida en USA[154]. 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 Isgett v. Seaboard Coast Line R.Co. 332 F. Supp. 1.127 (D.S.C. 1971); Mc.Neil v. United States, 519 F. Supp. 283 (D.S.C., 1981); Fraysier v. United States, 566 F. Supp. 1.085 (S.D. Fla. 1983). En 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.

Artículo: Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista
Revista: Nº188, año LVIII (Jul-Dic, 1990)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

ción entre sufrimiento y dolor y pérdida de los goces de la vida[155], 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 inglés[156], presentándose entonces un dilema semejante al ya evocado en el Derecho francés[157].

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 repará rsele por ello, no se le restituiría en su integridad.

[156] Winfield, op. cit. pág. 625; Días y Markesinis, op. cit. págs. 553 y sgts. Así en H. West and Son Ltda. v. Shephard (1964), A.C. 326. En este caso la víctima quedó absolutamente privada de comunicación a consecuencia de las lesiones sufridas en un accidente del tránsito, perdiendo la casi totalidad de sus sentidos. Recibió una suma que consideraba su pérdida de amenidad. Los 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 Ltda. (1937) 2 All. E.R. 60: un trabajador sufrió la amputación de sus dos manos. La Corte dice que "tenemos que considerar el hecho que, aún si le fuesen colocados miembros artificiales, será por el resto de sus días un hombre sin manos, incapaz de hacer el trabajo común que todo hombre o joven requiere hacer: vestirse a sí mismo, desvestirse solo y hacer las varias cosas que son necesarias aún en plena salud. Debemos también considerar no sólo el sufrimiento que tuvo inmediatamente después del accidente sino el que tendrá durante toda su vida futura: la necesidad de requerir constante asistencia en las varias cosas que tiene que hacer para sus propios fines, aparte de ganar dinero. También el hecho que el goce de la vida se habrá ido de él. No puede conducir una bicicleta, no puede golpear con la mano una pelota de fútbol y si puede hacerlo, no puede tomarla. No podrá tener ninguna de las formas de recreación normales que se ofrecen al común hombre saludable, aunque con posible ayuda podrá ir a un campo de fútbol y mirar cómo otros juegan". ¿Qué mejor modo de describir la pérdida del goce de la vida que acudir al ejemplo del más popular de los deportes inventados por los ingleses? He aquí un buen ejemplo del indudable sentido de la realidad y del típico sabor de un buen fallo inglés.

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

[157] Vid. n. y cita.

Artículo: Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista
Revista: Nº188, año LVIII (Jul-Dic, 1990)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

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 agrados[158], 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 económicamente[159], 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 límites[160].

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 ínfimos[161]. 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 económicos[162]. 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 Levte 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.

Artículo: Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista
Revista: Nº188, año LVIII (Jul-Dic, 1990)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

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 víctima[163]. 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 sumas[164]. Los tribunales han tenido muy diversa receptividad para dicho sistema[165]. 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 enfermedad[167], el temor a una muerte próxima[168], la ansiedad o angustia que sigue a lesiones físicas[169],

[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 Repraisal 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: Arguin Per Diem Damages in Summation", 11 *Setton Hall L. Rev.*(1961) 461 atendida su variabilidad.

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

[167] Vid. P. Faulkner y K. Woods, "Fear of Future Disability. An Element of Damage in a Personal Injury Action", 7 *Western New England L. Rev.* (1985) 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).

Artículo: Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista
Revista: Nº188, año LVIII (Jul-Dic, 1990)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

humillaciones y vergüenzas[170], 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 lesión[171], 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 demandado[172]. Esta tesis ha sido abandonada por muchos tribunales[173]; 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 reparación[174].

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 sufrimiento[175].

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

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

[170] Por ej., por desfiguración facial, Clark v. Johnston, 492 S.W. 2d. 447 (Ky. 1973); Peembrook Management Inc. v. Cosaboon, 157 Ga. App. 675; 278 S.E. 2d. 100 (1981); Gassman v. United States 589 F. Supp. 1.534 (1984), etc...; o por la pérdida del cabello sufrida por una mujer, Wilson v. Redken Laboratories, Inc., 562 S.W. 2d. 633 (Ky. 1978).

[171] Así, Lejeune v. Rayne Bransh Hospital, 556 So. 2d., 559 (La. 1990). En este caso de Lousiana, 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 Autority, 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 Meotional 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.

Artículo: Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista
Revista: Nº188, año LVIII (Jul-Dic, 1990)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

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 marital[176]. 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 ellos[177], 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 marido[178] 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 estados[179]. Y, poco a poco, se ha abierto la acción incluso a los concubinos, como se ha visto antes[180].

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. Guthie, "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.

Artículo: Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista
Revista: Nº188, año LVIII (Jul-Dic, 1990)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

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).