

# Aspectos del daño como elemento de la responsabilidad civil

**Ramón Domínguez Aguila**

Doctor en Derecho  
Profesor Titular de Derecho Civil  
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO  
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN

Que la víctima deba probar que ha perdido algo en razón del hecho que imputa al responsable es una exigencia evidente en toda acción de responsabilidad civil. Pero ¿en qué debe consistir ese algo? Esa es la respuesta que requiere la precisión sobre el rol y el concepto de daño.

## 1. Rol del daño en la responsabilidad

Aunque pudiera pensarse que el daño es el elemento esencial de toda acción de responsabilidad, desde que ésta tiene un fin reparatorio, es lo cierto que desempeña variados objetivos, si se tienen en cuenta otros aspectos.

1.1. Desde luego, es un elemento esencial, como acaba de señalarse, y tradicionalmente es el que, según la doctrina, diferencia en forma más evidente la responsabilidad civil de la penal.<sup>1</sup> Más aún, no pocos le atribuyen el carácter de presupuesto común a todos los órdenes de responsabilidad, sea contractual o extracontractual, con la sola excepción del caso de la cláusula penal (art. 1542 C. Civil). Y hay quienes le confieren el carácter de condición de la acción reparatoria más que de elemento del acto ilícito, desde que pueden concebirse casos de ilicitudes civiles aun en ausencia de daño, como en la nulidad o en ciertos delitos civiles específicos (ej., arts. 1231

---

<sup>1</sup> Aunque hay otras diferencias, los autores señalan siempre que el fin reparatorio del daño sería el principal elemento diferenciador en cuanto a los objetivos y esa aseveración es común a los civilistas como a los penalistas y en autores tan diversos como Beling (*Esquema del Derecho Penal. La Doctrina del Delito Tipo*, págs. 8 y 9, Buenos Aires, 1944) o Novoa (*Derecho Penal*, t. 2, N° 616, Santiago 1966), para los últimos, o a Viney (*Les Conditions de la Responsabilité Civile*, N° 247, 2ª Edic. por Viney y Jourdain, París, 1998) o Alessandri (*De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*, pág. 18 y sgts., Santiago, 1943). Sin embargo esa aseveración no es tan evidente, si se tiene en cuenta que en múltiples aspectos la responsabilidad civil conserva aún fines sancionatorios, y ello sin entrar a cuestiones en torno al concepto de sanción penal, que para muchos es retributiva, como lo es la reparación civil. Vid. R. Domínguez A., *Aspectos Contemporáneos de la Responsabilidad Civil*, en Rev. de Derecho Universidad de Concepción, N° 11, págs. 107 y sgtes.

y 1768 C. Civil). De este modo, el daño es el supuesto de una de las formas de ilicitud, pero no elemento imprescindible de ésta.<sup>2</sup>

1.2. Por otra parte, debe observarse que no toda reparación de daños implica poner en ejecución la responsabilidad civil. Hay importantes formas de reparación que no acuden a la idea de acto ilícito y que se fundan en nociones de seguridad social, es decir, de reparto de riesgos en la sociedad o en ciertas actividades, y en las que la reparación se hace con cargo a fondos comunes con prescindencia de una acción de responsabilidad, como ocurre en el sistema de accidentes del trabajo de la Ley N° 16.744, en cuanto a los daños cubiertos por el sistema de seguro, y es por ello que para otros daños esa misma ley deja a salvo la acción de responsabilidad ordinaria (art. 69). Es por eso que, acertadamente, hay quienes han reclamado en contra de la tendencia a comprender dentro de la responsabilidad civil a todo deber de reparación.<sup>3</sup> Sólo hay responsabilidad civil cuando el deber de reparación se impone a un sujeto determinado que lo ha causado, sea por su culpa o dolo o por ser el creador del riesgo. Pero si hay reparación sin imponerla a un sujeto, no puede hablarse de responsabilidad. Desde ese aspecto, el daño tiene un ámbito de tratamiento jurídico mucho mayor que la sola responsabilidad.

Así, entonces, la idea de daño como elemento del acto ilícito debe ser matizada, por una parte, porque la reacción a la ilicitud se da aun sin daño, y por otra, porque la reparación del daño no se hace sólo por medio de sistemas de responsabilidad.

1.3. Cabe agregar, por último, a este respecto, que además en algunos casos es un cierto tipo específico de daño el que permite el ejercicio de la correspondiente acción. En el *Common Law* por ejemplo, en algunos *torts* y en especial en el de *public nuisances* no basta la simple alegación y aun

<sup>2</sup> La supresión del ilícito puede obtenerse por otros medios que no sean la responsabilidad civil, como ocurre con la ejecución forzada, la resolución, etc. De este modo, queda en evidencia que el daño es más bien condición de la acción reparatoria y no elemento del hecho ilícito. Sobre ello, G. Viney, *Responsabilité. Effets*, N° 25 y sgtes, París; Orgaz, *El Daño Resarcible*, pág. 18, 2ª Edic., Buenos Aires, 1960; Acuña Anzorena, en Salvat, *Tratado de Derecho Civil Argentino. Fuentes de las Obligaciones*, t. 4, pág. 72, nota 22. Hay quienes incluso ven en el daño una simple "ocasión" de responsabilidad. Así, B. Stark, *Droit Civil. Obligations*, N° 99. Hay situaciones incluso en el derecho extranjero en que, ante la imposibilidad de prueba del daño, se recurre a la presunción del mismo, fórmula técnica que en el fondo implica prescindir de su existencia para ordenar la reparación del ilícito. Tal ha ocurrido en Francia con casos de concurrencia desleal, en que se ha llegado a resolver que esos actos acarrearán necesariamente un daño (Así, Ph. Le Tourneau y L. Cadiet, *Droit de la Responsabilité*, N° 3229; G. Viney y P. Jourdain, ob. cit. N° 247).

<sup>3</sup> M. Fernández Martín-Granizo, *Responsabilidad Objetiva u Obligación Legal de Indemnizar. Notas sobre su naturaleza jurídica*, en Anuario de Derecho Civil, (Madrid) 1965, pág. 663, y *La obligación de indemnizar por parte del Estado en los supuestos daños a las personas por bandas o grupos armados*, An. de Der. Civ., 1980, págs. 85 y sgtes.

prueba de un daño general, sino que se requiere acreditar un daño especial (*special damage*) por parte del actor.<sup>4</sup> Entre nosotros, la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales de Medio Ambiente, exige un daño ambiental, precisamente definido en el art. 2° letra e), para la acción reparatoria del medio ambiente, sin perjuicio de dejar a salvo la acción civil ordinaria por daño común para los afectados (art. 53).

1.4. Pero además el daño es la medida del quantum de la acción reparatoria, de modo que la condena al respecto no puede exceder el daño causado y, en principio, no debe ser menor a éste: todo el daño y nada más que el daño causado son los límites impuestos al juez para la condena por responsabilidad civil. Ello determina entonces que el actor debe señalar en su demanda los daños de que se queja y cuya reparación solicita, como requisito procesal inevitable que fija la medida de la cosa pedida. De allí que, en principio, las alteraciones que aumenten el daño en el curso de la litis deberán ser objeto de una nueva acción reparatoria. Con todo, no habrá de confundirse el daño mismo –que debe ser alegado y que el juez no puede establecer en ausencia de alegación– con su medida económica, cuestión que el juez establece soberanamente. Es por ello que no resulta aceptable sostener que no puede haber condena si el demandante no ha probado el daño, entendiéndose por tal la medida o traducción económica de él, es decir, su valuación, y que sea más acertado entender que, habiéndose probado la existencia del daño, en el sentido de situación jurídica afectada, el juez puede establecer el quantum reparatorio de acuerdo a sus facultades y prudencia, aún si el actor no hubiese proporcionado la prueba exacta de su medida económica.<sup>5</sup>

1.5. Con todo, lo expresado no agota la función del daño en la responsabilidad civil. Por mucho que se sostenga la diferencia de fines entre ella y la responsabilidad penal, según hemos anotado, es lo cierto que la idea de sanción no está ausente de aquélla, incluso sin necesidad de recurrir a las ideas de penas privadas. El derecho comparado ofrece ejemplos claros al respecto, como en el *Common Law* la idea de *punitive damages*, en USA, que da lugar a una doctrina, a veces crítica de la idea, conocida y abundante, a la que no podemos aludir aquí.<sup>6</sup> Y entre nosotros, en oportunida-

<sup>4</sup> La exigencia es antigua. Por ej., en Inglaterra, en *Winterbottom v. Lord Derby*, 1867 L. R. 2 Ex. 316. Sobre ello, Prosser, *Private action for Public Nuisance*, 52, Va. L. Rev. (1966) 997; *Restatement of the Law, Torts*, 2nd Art. 821.

<sup>5</sup> Sobre ello, J. L. Diez Schwerter, *El Daño Extracontractual*, págs. 133 y 137; R. Domínguez A. y R. Domínguez B., comentario a sentencia C. Punta Arenas de 7 de abril de 1993, en Rev. de Derecho U. de Concepción, N° 192 (1993), pág. 215.

<sup>6</sup> Nos remitimos a lo expuesto en nuestro trabajo *Consideraciones en torno al Daño en la Responsabilidad Civil. Una Visión Comparatista*, en Rev. de Derecho, U. de Concepción, N° 188 (1990), págs. 129 y sgtes. y la bibliografía allí citada.

des de modo expreso,<sup>7</sup> y en otras implícitamente y aun en forma inconsciente, la idea de sanción subsiste cuando la culpa de las partes es un factor considerado por los jueces para determinar el quantum de la indemnización. Esta idea implícita es más evidente cuando se trata de la aplicación del art. 2330, que permite rebajar el monto de la reparación en caso de culpa concurrente de la víctima, caso en el cual ha sido común el considerar como elemento para determinar el monto de la rebaja la gravedad de la culpa del demandante, criterio que, en una idea de responsabilidad con fin sólo reparatorio y en la que la suma fijada como indemnización tiene como medida sólo la dimensión del daño.<sup>8</sup>

1.6. Por último, también la idea de daño y su reparación ha servido en algunas legislaciones para reconocer la existencia de un derecho. Así, la condena a una suma simbólica, aunque criticada por la doctrina y la jurisprudencia de la Corte de Casación, ha servido en Francia para establecer o decidir que una persona tiene un derecho que ha sido lesionado, como por ejemplo, que ha sufrido un daño no patrimonial.<sup>9</sup> Otro tanto sucede en el *Common Law* con los *nominal damages*, que según la definición del *Restatement of Torts* es "la suma trivial de dinero concedida a un litigante que ha acreditado una causa de acción, pero no ha probado que tiene título para obtener daños compensatorios" (art. 904).

## 2. Concepto de daño

La noción de daño fluctúa en la doctrina entre dos extremos: una noción restrictiva, que le equipara a la pérdida o atentado a un derecho subjetivo, y una amplia, que lo asimila a todo menoscabo, detrimento o disminución, sin mayor precisión. Pero resulta curioso constatar que la noción de daño no ha preocupado en demasía a la doctrina, que más bien se ha preocupado de deslindar y precisar las diversas categorías de daños y se resiste a mayores precisiones.

2.1. Para quienes entienden que el daño equivale a una pérdida de un derecho, o a un bien jurídicamente tutelado, las dificultades se plantean al momento de concebir el daño no patrimonial o moral, desde que los aten-

<sup>7</sup> Como en las sentencias de C. Suprema, 24 junio 1980, F. M. 259, pág. 168 y Rev. de Der. y Jurisp. T. 77, sec. 4º, pág. 95; 20 agosto 1973, Rev. de Der. y Jurisp., t. 70, sec.4º, pág. 91; C. Concepción, 7 noviembre 1985, Rev. de Der. y Jurisp. T. 82, sec.4º, pág. 288.

<sup>8</sup> En tal caso, el criterio lógico a considerar debería ser el de la eficacia causal de las culpas respectivas, por mucho que ello no sea de fácil medición. Sobre ello, véase R. Domínguez A., *El Hecho de la Víctima como Causal de Exoneración de la Responsabilidad Civil*, en Rev. de Der. U. de Concepción, N° 13, 1966, págs. 29 y sgtes.

<sup>9</sup> Sobre ello, M. E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, págs 128 y sgtes., París, 1974.

tados a la persona se refieren más bien a sus valores que a sus derechos, y menos si la noción de daño se limita a la infracción de derechos subjetivos. Desde luego, por ejemplo, nadie puede sostener que exista un derecho subjetivo sobre el propio cuerpo, pues éste integra la noción misma de persona como sujeto de derecho. Así, entonces, si la idea de daño se limita a la pérdida o atentado a aquellos derechos, difícil sería concebir la reparación del daño puramente corporal sin incidencias patrimoniales. Y es evidente que en el derecho actual el daño puramente corporal admite reparación con independencia y más allá de sus incidencias patrimoniales, como expresión del respeto que se debe a la persona humana, concebida en su integridad, y no sólo como esa abstracción con que el derecho civil clásico concibe a la persona natural. Además en estas concepciones aparece la idea de ilicitud ligada a la noción de daño, cuestión que ha preocupado a alguna doctrina, sin obtenerse con ello un avance en la idea de daño.<sup>10</sup>

**2.2.** Pero la noción amplia tampoco resulta libre de dificultades. Entre nosotros, la obra clásica de Alessandri entiende por daño "todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creencias, etc."<sup>11</sup> Pero tal concepto equivale a no tener ninguna y, en definitiva, dejar entregado al juez precisar cuándo hay daño, con la incertidumbre y decisiones contradictorias que ello acarrea.

**2.3.** De allí que la idea de situación jurídica afectada sea más precisa y apta, porque por una parte es más amplia que la de privación o atentado a un derecho, y por otra confiere al daño una cierta precisión, pues no se trata de cualquier menoscabo, sino de una alteración o privación de un cierto interés lícito y cierto, por tanto reconocido por el derecho, y existente. Las nociones de licitud del interés y su certeza resultan así ser esenciales en la precisión de la existencia del daño.

**2.4.** En lo que concierne a la licitud del interés, se observa en el derecho contemporáneo una notable evolución, pues ella implica la introducción de las ideas morales en la apreciación del daño y, por lo mismo, la evolución que los juicios de licitud y tolerancia social experimentan en las sociedades de nuestro tiempo, lo que permite, a la vez, observar las diferencias culturales y diversas evoluciones entre sociedades más abiertas y otras menos liberales. También ello permite saber las consecuencias que tienen los cambios de juicios morales incluso en materias que pudieran parecer tan distantes, como lo es la responsabilidad civil, porque el criterio de ilicitud

<sup>10</sup> Es el caso de la doctrina uruguaya en torno al art. 1319 del C. Civil. Sobre ello, J. Peirano F., *Responsabilidad extracontractual*, N° 127 y sgtes., Montevideo, 1954.

<sup>11</sup> A. Alessandri R., *Responsabilidad Extracontractual*, N° 138, Santiago, 1943.

del interés alegado depende de esos juicios morales y no de una cualidad que fuera intrínseca a ciertos daños.

Un ligero examen de los casos en que el criterio de licitud se ha debatido y se debate en otros países, permite ilustrar esa observación. De más está volver aquí a la evolución que ha experimentado en países europeos continentales y en USA la situación del concubinato frente al perjuicio de afectación por la pérdida del concubino. Ella ha sido retrazada en otra oportunidad<sup>12</sup> y no se volverá aquí sobre el punto; pero es reveladora del modo cómo a medida que esa convivencia se hace común en ciertos países, se altera el juicio obre su licitud, primero buscando soluciones que permiten la reparación del daño sufrido por la muerte del conviviente en situaciones menos conflictivas, para terminarse con una admisión amplia y sin excepciones de la reparación de ese daño. Y otras situaciones comienzan a presentarse en el derecho comparado que expresan esos cambios en los juicios sociales. Así en países en que el aborto es admitido y aun visto como expresión de un presunto derecho al propio cuerpo, ya se ha pretendido alegar que es daño reparable un embarazo no deseado como consecuencia de errores en procedimientos anticonceptivos o abortivos. Como los cambios de juicios morales no llegan hasta ese punto, la Corte de Casación en Francia ha resuelto que "la existencia del hijo que ha concebido, no puede por sí sola constituir para su madre un perjuicio jurídicamente reparable, aun si el nacimiento se ha producido después de una intervención practicada sin éxito en vista a interrumpir el embarazo", y que "en ausencia de un daño particular que, agregado a las cargas normales de la maternidad, habría sido de tal naturaleza que permitiese a la madre reclamar una indemnización, la Corte de Apelación ha justificado legalmente su decisión".<sup>13</sup> Pero ya esa decisión deja suponer que si existiesen circunstancias particulares, tal vez la de un embarazo a consecuencia de una violación, o el nacimiento de un hijo que se sabe será limitado, la solución podría ser diversa. Por consiguiente, el juicio de ilicitud del interés alegado se mantendrá hasta que subsista la idea que una vida es preferible a una ausencia de vida, como un autor ha podido sostenerlo justamente.<sup>14</sup>

Estas situaciones podrían parecer absurdas y excesivas entre nosotros; pero ello es así en la actual realidad y si en otras materias nuestra tradición ha sido la de seguir con retardo las evoluciones de otros derechos, no hay razones para no imaginar que ello no pueda llegar a ocurrir y, en todo caso, bueno es tener en cuenta lo acontecido en otros países.

<sup>12</sup> R. Domínguez A., *Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil*, citado.

<sup>13</sup> Civ. 1<sup>ª</sup>, 25 de junio 1991, D. 1991, pág. 506, nota P. Le Tourneau; Rev. Trim. Dr. Civ., 1991, pág. 753, obs. P. Jourdain.

<sup>14</sup> J. Roche-Dahan en nota en D. 1996, pág. 36

Por otra parte, el juicio de licitud del daño puede extenderse al examen de la situación en que la propia víctima se ha colocado, de modo de considerarse como ilícito, y por tanto no reparable, el daño causado en casos en que esa víctima ha participado voluntariamente en la actividad ilícita en la que ha resultado dañada. Si bien el criterio de ilicitud puede examinarse en algunos casos bajo el supuesto de culpa concurrente o exclusiva de la víctima, y por ende como causal de exoneración del demandado, en otros casos resulta más propio aplicarlo al interés invocado y por lo tanto desestimar la acción, por el hecho de invocarse un interés que no es aceptado por el derecho. Tal el caso de quien, participando en el robo de un vehículo, sufre un daño en un accidente causado por la culpa exclusiva de un tercero. En ese supuesto, el solo examen de la causalidad no permite desestimar la acción de la víctima; pero sí lo permite el examen de la licitud del interés alegado. Es esta consideración la que permitió a la Corte de Casación francesa, cuando allí se penaba aún le emisión de un cheque sin fondos, desechar la acción civil reparatoria del que había recibido a sabiendas el cheque sin fondos, como en el caso del que lo recibe a fecha posterior, solución que perfectamente podría aplicarse entre nosotros, ya que ese supuesto acreedor ha participado con su actividad en el hecho ilícito y por ende su interés es ilícito.<sup>15</sup>

Dispone entonces el juez, con el examen de la licitud del interés alegado, de una valiosa herramienta para limitar demandas reparatorias que parezcan contrarias al juicio social o a la legitimidad de la situación en que se coloca el demandante.

2.5. En lo que dice relación con la certeza del daño, también se observa una evolución notable en el derecho actual. Mientras clásicamente se ha entendido que el daño ha de ser cierto y que, por lo mismo, no cabe reparación de daños eventuales, la doctrina actual modera el criterio de certeza para permitir la reparación a atentados en contra de situaciones jurídicas que no confieren un derecho actual, pero que tienen de todas formas un valor económico o al menos psicológico para el afectado.

Tal es lo que ha sucedido con el cambio que se ha operado en el evento de pérdida de chances o posibilidades. Mientras la doctrina tradicional enseña que es requisito del daño su certeza, cuestión en la que no cabe debate, en algunas situaciones y a raíz de una incertidumbre en la adquisición de un derecho o ventaja, no se había apreciado que esa probabilidad tiene en

<sup>15</sup> Crim. 27 de marzo de 1968, D. 1968, pág. 523 nota R. Vouin; Rev.Trim. Dr. Civ, 1968, pág. 576, obs. P. Hémar y Crim. 28 junio 1982, Bull. Crim. N° 175, etc. Pero en USA la cuestión es más discutible: Schaefer, *Uncertainty and the Law of Damages*, 1978, 19 Wil. And M. L. Rev. 719; Ken Cooper, *Assessing Possibilities in Damages Award. The Loss of a Chance and the Chance of a Loss* (1973), 37 Saskatchewan L. Rev. 193, etc.

sí un valor económico que debe ser apreciado, al momento de considerar los daños reparables. El problema residía, en esos casos, en que como la ventaja o derecho es muchas veces eventual, no tiene los caracteres de certeza exigidos por el daño para ser indemnizado; pero cuando se trata de reparar la pérdida de una chance, no se pretende que se repare ese derecho eventual en su valor, como si hubiese sido efectivamente adquirido, sino de atribuir un valor a esa posibilidad perdida. La imposibilidad de presentarse a un concurso o un examen, a una licitación, son reparables en la medida en que había una razonable y seria esperanza de obtener, porque ella tiene un valor económico y aun transable comercialmente. Por ello la pérdida de una chance es hoy en día un perjuicio reparable y la doctrina y jurisprudencia comparadas son abundantes al respecto.<sup>16</sup>

Más delicada ha sido la consideración de la pérdida de una esperanza de curación en los tratamientos médicos. Es frecuente que a raíz de una culpa profesional médica un paciente pierda la posibilidad de sanar, al no haberse sometido a cierto tratamiento, o se limite su sobrevida, al no hacerse un diagnóstico adecuado y oportuno. La cuestión de saber si hay aquí o no pérdida de una chance o más bien un problema de causalidad ha preocupado a la doctrina; pero sin que quepan dudas que hay allí un daño reparable. Por más que se introduzcan en ella problemas de incertidumbre sobre la causalidad de la culpa profesional, es lo cierto que el paciente ha perdido una posibilidad que tiene el carácter de daño reparable.<sup>17</sup>

En relación con la certeza del daño, se ha discutido también el problema algo diverso a la pérdida de una chance, como es el de la creación o aumento de un riesgo. En ese caso, siendo la realización misma del hecho dañoso incierta, cabe más que la indemnización, la reparación mediante la eliminación de los factores que causan el riesgo, como sería reponer elementos dañados, reparar estructuras, etc. Pero en algunas hipótesis no cabe sino esperar para determinar si el daño se produce o no, y mientras tanto, no indemnizar un hecho incierto. Con todo, la cuestión resulta más delicada en la hipótesis de contagio de SIDA. Se sabe que en ese caso,

---

<sup>16</sup> Así, F. Chabas, *La perte d'une chance en droit français, en Développements récents du droit de la responsabilité civile*, Ginebra 1991, pág. 31; A. Benavent, *La chance et le droit*, París 1973; La jurisprudencia inglesa la admite desde hace tiempo: por ej. *Chaplin v. Hicks* (1911) 2 K.B. 786 (imposibilidad de presentarse a un concurso de belleza); *Mulvaine v. Joseph* (1968), 112 Sol. Jo. 927 (imposibilidad de jugar un torneo de golf), pero en USA la cuestión es más discutible: *Schaefer, Uncertainty and the Law of Damages*, 1978, 19 Wil. And M. L. Rev. 719; Ken Cooper, *Assessing Possibilities in Damages Award. The Loss of a Chance and the Chance of a Loss* (1973), 37 Saskatchewan L. Rev. 193, etc.

<sup>17</sup> Sobre ello, en Francia Civ. 17 nov. 1982, 305 y nota A Dorsner-Dolivet; G. Memeteau, *La Responsabilité Civile Médicale*, Cours McGill, 1989, Montreal 1990, N° 300 y sgtes. y G. Viney, *Les Conditions de la Responsabilité Civile*, N° 280 y 370 a 373, y para la reparación del *loss of expectation of life* en Inglaterra, G. Viney y B. Markesinis, *La réparation du dommage corporel*, N° 45, París, 1985; Markesinis y Deakins, *Tort Law*, págs. 171 y sgtes., 3ª. Edic. Oxford, 1994.



durante la sola etapa de seropositividad no hay sino un riesgo de que la enfermedad se revele; pero sería ilógico pensar que no hay por ello un daño reparable, pues es lo cierto que la contaminación altera gravemente la estabilidad psíquica de la víctima y sus condiciones de vida, perjuicios no económicos claramente reparables como daños morales.<sup>18</sup> Evidentemente, una vez que la enfermedad llegue a presentarse, se tratará de una agravación del daño ya producido, que dará derecho a una nueva acción indemnizatoria.

### 3. Daño patrimonial y no patrimonial

Pero la noción de daño debe ser complementada, para una mayor precisión, con el examen de su clasificación frente a los nuevos riesgos.

Como se sabe, la tradicional distinción entre daños patrimoniales o con contenido económico, es decir, la pérdida de intereses avaluables, y los daños no patrimoniales o morales, como es la calificación usual entre nosotros, representa la *summa divitio* en esta materia. El derecho actual la mantiene; pero su contenido se renueva por la creación de riesgos hasta hora desconocidos y por la preponderancia que adquiere en el derecho actual la noción de persona humana.

3.1. En lo que concierne a los daños patrimoniales, adquieren especial relevancia la consideración de daños frecuentes, como la pérdida del empleo, la interrupción o reducción de la actividad empresarial, los efectos de la concurrencia desleal, los daños causados por productos defectuosos y, más generalmente, los que resultan de la protección al consumidor,<sup>19</sup> las consecuencias económicas del daño corporal, la disminución de valor de los bienes. Pero más que nuevos rubros a reparar, lo que ha aumentado es la extensión de la responsabilidad, con la particular consideración de cuestiones como el incumplimiento de las obligaciones de lealtad e información, la ruptura inmotivada de tratos preliminares, la intervención de terceros en la inejecución de un contrato, de modo que daños que antes pudieron no repararse son ahora reparados no porque sean nuevos tipos de perjuicios, sino porque hay actividades dañosas que en otra época pudieron no ser consideradas.

Desde este punto de vista, la necesidad de reparar la mayor cantidad de daños posibles y de extender la responsabilidad se hace a veces mediante

<sup>18</sup> Sobre ello, Y. Lambert-Faivre, *Principes d'indemnisation des victimes post-transfusionnelles du SIDA*, D. 1993, ch., pág. 67, y *Droit du dommage corporel*, N° 145 y sgtes., 3ª edic., París, 1996.  
<sup>19</sup> Sobre ello, una aproximación en H. Corral T. *Ley de Protección al Consumidor y responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos*, Documento de Trabajo N° 13, Universidad de los Andes, 1997.

la creación técnica de nuevas obligaciones y aun la ampliación de la responsabilidad contractual, por ejemplo bajo la idea de contratos implícitos o la ampliación de la ideas de obligación de seguridad, permitiéndose así abarcar daños que, de otro modo, no se repararían bajo las nociones tradicionales. Es el caso de actividades deportivas, juegos mecánicos y más recientemente, la explotación de centros médicos, comerciales, tiendas, hospitales y otros, que al admitir clientela resultan obligados a responder por la seguridad de los respectivos recintos.<sup>20</sup>

Otra evolución importante respecto de los daños económicos dice relación con el carácter personal del daño. Esta es una existencia clásica: el que demanda reparación ha de haber sufrido el daño de que se queja. Pero en la actualidad hay actividades que son susceptibles de causar daños a un gran número de personas y aun en gran escala, como ocurre con los daños al medio ambiente o a los consumidores. Pero aún fuera de esos casos, es frecuente que un mismo acto cause daños a muchos. Los principios comunes de nuestro derecho procesal están mal adaptados a esas situaciones, pues el principio según el cual sin interés no hay acción, impide entre nosotros la admisión general de las denominadas acciones de clase, para accionar en contra de daños difusos. No existen entre nosotros acciones asociativas, salvo casos muy recientes, como en la Ley N° 19.659 sobre Protección al Consumidor, y por lo demás de un modo muy imperfecto (art. 8° letra d), que requiere por lo demás mandato de los asociados para el ejercicio de las acciones respectivas) y de ese modo no cabe sino seguir admitiendo la existencia de acciones individuales que exigen la prueba del daño personal. En el caso del daño al medio ambiente, la Ley N° 19.300 distingue entre el daño ecológico propiamente tal, tal cual se define en el art. 2° letra e) y el perjuicio personal que la acción dañosa del medio ambiente ha podido causar a una persona (art. 53). Las acciones para obtener la reparación de uno y otro son diversas. Mientras la acción medioambiental se concede a las personas naturales o jurídicas que hayan sufrido el daño y también a las Municipalidades y el Estado por intermedio del Consejo de Defensa del Estado (art. 54) y sólo para obtener la reparación del medio ambiente dañado, la segunda es propia del personalmente dañado, quien, por lo mismo, deberá probar su propio daño.

Con todo, las normas sobre daños al medio ambiente no bastan para cubrir la variedad de perturbaciones que por la acción ajena puede sufrir una persona en sus condiciones de vida. Un buen ejemplo lo proporciona

---

<sup>20</sup> En cuanto a la ampliación de obligaciones e seguridad, Ph. Le Tourneau, *Le développement de l'obligation de sécurité. Aspects civiles*, Gaz. Pal. 21 sept. 1997; P. Jourdain, *L'obligation de sécurité (A propos de quelques arrêts récents)*, Gaz. Pal. 1993, 2, doct. pág.1171 y sgtes., y la extensión de esa doctrina en Argentina, J. Bustamante Alsina, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, N° 959 y sgtes., 8ª edic., Buenos Aires, 1993.

entre nosotros la imposibilidad que existe para los habitantes de un barrio cualquiera de reaccionar en contra de construcciones o instalaciones que alteran las condiciones de vida de ese barrio o sector. La circunstancia que las normas de urbanismo permitan ciertas construcciones ha bastado en Chile para entender que la erección de numerosos edificios en altura que perjudican al entorno debe ser tolerada, porque estando amparada por la ley, es una actividad lícita. Sin embargo, en otros países se ha entendido que la circunstancia de existir autorización administrativa no impide obtener la reparación causada y ello se ha efectuado sea por la dictación de normas específicas, sea por el recurso a principios clásicos que están presentes en la legislación civil.<sup>21</sup>

En efecto, del conjunto de las normas del Código Civil se desprende la existencia de un principio general, de acuerdo al cual el límite del ejercicio del derecho de propiedad reside en la obligación de no causar, con su uso, perjuicio a la propiedad ajena. La definición misma del dominio del art. 582 del C. Civil lo revela; pero además toda la regulación de las acciones posesorias especiales (arts. 930 y sgtes.) y la de algunas servidumbres revela la existencia de obligaciones de vecindad que se traducen precisamente en el deber de no perturbar la propiedad ajena. Y en tales principios, presentes en otras legislaciones, se ha basado toda una construcción jurisprudencial y doctrinaria para reaccionar en contra de lo que se ha dado en llamar "*nuisances*", es decir, daños anormales o excesivos en las relaciones de vecindad. Es verdad que el hecho de vivir en comunidad impone limitaciones y ellas han de ser soportadas, porque son naturales a esas formas de vida y por lo mismo tales perturbaciones presentan un carácter de normalidad. Pero el principio ya indicado no permite que en uso aun autorizado por reglas administrativas, se causen perturbaciones que excedan esa normalidad y con un carácter de permanencia: privación de asoleamiento por una construcción, de luz, ruidos anormales, olores, luces de publicidad que dañan la oscuridad de departamentos vecinos en la noche, vibraciones, alteraciones en el curso de aguas lluvias, etc. El daño así causado tiene su fundamento en las perturbaciones de las obligaciones de vecindad y con independencia de una culpa específica y aun si existe autorización administrativa, pues ésta sólo pretende certificar que se ha dado cumplimiento a normas de urbanismo; pero no libera del cumplimiento del deber general de no perturbar el derecho ajeno.<sup>22</sup> Por otra parte, la doctrina ha entendido que el hecho de existir esas autorizaciones no

<sup>21</sup> Véanse en esta cuestión los diversos informes nacionales en *La protection du voisinage et de l'environnement, Travaux de l'Association H. Capitant*, t. XXVII, París, 1976.

<sup>22</sup> Por ejemplo, en Francia, sentencia de Civ. 3<sup>a</sup>, 24 octubre 1990, D. 1991, somm., pág. 309, obs., A. Robert; 27 junio 1973, JCP 1975, II, 18014 nota F. Jaubert y el interesante caso de construcción en altura que priva de sol a propiedades vecinas, 18 julio 1972, JCP, 1972, II, 17.203, nota Fabre.

impide considerar que la ventaja obtenida por el causante de la anomalía es en desmedro de la disminución de valor de propiedades vecinas. De este modo, se obtiene un provecho mediante la disminución de atributos del dominio ajeno, y ello no obstante la protección constitucional del derecho de propiedad. Es evidente que, entre nosotros, tales argumentaciones se opondrían a las ideas clásicas con que se ha razonado en torno al derecho de propiedad y al sistema de responsabilidad subjetivo fundado en la culpa. Pero no deja de ser interesante observar que los principios extraídos en otros países de las reglas comunes podrían perfectamente aplicarse también a nuestro Código Civil y sin necesidad de recurrir permanentemente a legislaciones especiales siempre limitativas e insuficientes. Y esas soluciones no sólo son hoy comunes en derechos codificados,<sup>23</sup> sino también en el *Common Law* en que el *tort de nuisance* ha adquirido un especial desarrollo para cubrir más que los daños puramente ecológicos.<sup>24</sup>

3.2. Pero son los daños no patrimoniales o morales los que se han desarrollado de un modo imprevisible hace algunos años. Su desenvolvimiento está muy ligado a la enorme evolución operada en el derecho contemporáneo en la consideración de la persona humana.

En efecto, en la codificación civil, por mucho que se hable del derecho de las personas, el ser humano concreto, con sus virtudes y limitaciones, no aparece. La idea de persona se desarrolla en ella bajo la noción de "personalidad", es decir, bajo la base que lo esencial en la persona es la facultad de adquirir derechos y obligaciones y en todo caso ligada a sus relaciones con la familia o el patrimonio. Pero se trata siempre más bien de una abstracción. De la persona humana misma no se trata allí y ha sido el desarrollo de la protección de la persona en los textos constitucionales y los tratados internacionales lo que ha llevado a la preocupación civilista por ella, con el desenvolvimiento de los atributos no clásicos o derechos de la personalidad.<sup>25</sup>

<sup>23</sup> Sobre "nuisances" en Francia, F. Caballero, *Essai sur la notion juridique de nuisance*, París, 1981; A. Robert, *Les relations de voisinage*, París, 1991; M.F. Nicolas, *La protection du voisinage*, Rev. Tri. Dr. Civ. 1976, págs. 675 y sgtes.

<sup>24</sup> W. Prosser, *Private Action for Public Nuisance*, 52, Va. L. Rev. (1966) 997; Harper, James y Gray, *The Law of Tort*, t.I págs. 76 y sgtes. 2ª edic., Boston, 1986.

<sup>25</sup> Para probar lo que se dice en el texto, bastará leer las obras clásicas entre nosotros que tratan del derecho de las personas y los contenidos de los programas de enseñanza. En ellos aparece que la noción de persona se desarrolla en torno a los atributos de la personalidad; pero por tales se consideran sólo la nacionalidad, el domicilio, el nombre, el estado civil y el patrimonio. La capacidad de goce se define de tal modo que es casi sinónima de la noción de personalidad. Pero no figuran allí el derecho a la vida misma, a la integridad física y psíquica de la persona, la consideración al cuerpo humano, el derecho al honor y a la intimidad, el derecho a la propia imagen, ni la vida de relación, o el derecho de la persona al desarrollo de un proyecto de vida ni a todo aquello que es esencial al ser humano considerado en su valor como tal y no en sus relaciones. El aporte del derecho público a ese respecto es esencial. Vid. R. Domínguez A., *Aspectos de la Constitucionalización del Derecho Civil*, en Rev. de Der. y Jurisp, primera parte, T. 93.

Gracias a esa preocupación por la persona concreta, el daño moral ha evolucionado en su concepción desde la consideración de los solos sufrimientos o molestias y de su confusión con el *pretium doloris*, aún común entre nosotros, hasta la idea de comprender en él todo atentado a los intereses no económicos de la persona y los derechos de la personalidad. No es esta la oportunidad de internarnos en la noción de daño moral y su teoría. Sobre el punto, bastará remitir a una obra reciente de la profesora Carmen Domínguez Hidalgo.<sup>26</sup>

Pero sí cabe recordar que la noción de daño moral cubre hoy en día un amplio ámbito de intereses, situaciones y derechos de la persona y no se agota con la sola reparación del "dolor, sufrimiento y molestias", o con el hecho de haber sido "emocionalmente impactado", ni con la circunstancia que el hecho haya herido a la persona "en sus propios sentimientos o afectos", frases comunes en nuestras sentencias y que revelan una concepción limitada y aún imperfecta del daño no patrimonial, según veremos. El derecho comparado ofrece una variedad de intereses no económicos que resultan amparados por la noción de daño moral.

Así, todo atentado o limitación a las formas de vida de la persona, en sus agrados, en los placeres normales que la vida proporciona, es una variedad de daño moral que se distingue del mero sufrimiento que una lesión puede causar. Es el *loss of enjoyment of life* del derecho norteamericano o el *préjudice d'agrément* del derecho francés, o el perjuicio de pérdida del agrado de la vida en la doctrina española o argentina, que ha recogido esa idea.<sup>27</sup>

3.2.1. Las lesiones a los derechos de la personalidad reciben amplia reparación y aun más, reconocimiento por la vía del daño moral. De ellos, el derecho al honor requiere de una particular mención, porque en la práctica de nuestros tribunales el art. 2331 del C. Civil es aún invocado como limitación a la reparación de ese daño. Es verdad que numerosas sentencias, ante lo absurdo que resulta en la hora actual pretender que existan trabas para reparar civilmente uno de los mayores atributos de la persona, que recibe incluso la calidad de garantía constitucional (art. 19 N° 4 Constitución Política), busca interpretar la regla restrictivamente.<sup>28</sup> Se olvida, sin embargo, que el razonamiento interpretativo de nuestros días debe hacerse conforme a la Constitución.<sup>29</sup> Si ésta reconoce el derecho a la honra

<sup>26</sup> Carmen Aída Domínguez Hidalgo, *El Daño Moral*, 2 tomos, Edit. Jurídica de Chile, Stgo., 2000.

<sup>27</sup> Sobre ello, R. Domínguez A., *Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil*, págs. 159 y 161.

<sup>28</sup> Es el caso de la sentencia de la Excma. Corte de 2 de abril de 1996, Rev. de Der. y Jurisp. t. 93, sec. 4º, pág. 77; pero otras veces se le invoca para rechazar una reparación, como en sentencia de C. Suprema, 16 diciembre 1996, Rev. de Der. y Jurisp. t. 93, sec. 1º, pág. 168.

<sup>29</sup> Nos remitimos a nuestro artículo *Aspectos de la Constitucionalización del Derecho Civil*, N° 3.1, en Rev. de Der y Jurisp., T. 93, primera parte, págs. 107 y sgtes., y la bibliografía allí referida.

como una garantía constitucional, es evidente que no puede subsistir una regla de inferior jerarquía y anterior a la Constitución que limite la reparación del daño moral que causan expresiones injuriosas o lesivas del honor. Nos basta recordar que la Ley N° 16.643, sobre Abusos de Publicidad, contiene regla diversa al art. 2331 referido (art. 31). Más allá, debe tenerse en cuenta que, como lo ha reconocido la propia Corte Suprema, hoy en día por medio del reconocimiento de algunas garantías constitucionales, especialmente las del art. 19 N° 1 y 4, la reparación del daño moral es un principio constitucional. Si esa ha sido la doctrina para eliminar todo obstáculo a la reparación del daño moral contractual, no se ve la razón para que ella no rija también frente al art. 2331, que o bien ha de considerarse derogado por la regla superior constitucional, o bien ha de interpretarse como reconociendo en el caso de atentados al honor el derecho a perjuicios patrimoniales, si se les prueba, sin por ello impedir la reparación del daño moral, como ya lo ha dicho alguna sentencia.<sup>30</sup>

Incluso, y más allá del daño al honor, aunque a veces en relación con él, el nombre de la persona puede recibir protección por medio de la indemnización del daño moral, cuando se trata del uso indebido del nombre ajeno y sin perjuicio de las consecuencias patrimoniales que pueda tener. El art. 1° de la Ley N° 17.344 establece el derecho a usar el nombre, y por lo mismo su carácter personal, de lo que se derivará la acción para impedir el uso del nombre propio por otro sin autorización, principio que se deduce también del art. 20 letra c) de la Ley N° 19.039, sobre Propiedad Industrial. De este modo, deberemos considerar que el solo uso del nombre ajeno es ilícito y por ende da lugar a reparación más allá del establecimiento de culpa en el hecho. Por algo es un atributo de la persona y todo atentado a él es un daño, porque implica una limitación a uno de los elementos de la concepción integral de la persona.

3.2.2. En relación a las garantías constitucionales, ha de mencionarse también el derecho a la intimidad y, en relación a él, el derecho a la propia imagen, un tiempo desconocido por la jurisprudencia nacional; pero que hoy no cabe discutir y al que hay que aplicar también lo que se acaba de señalar con respecto al nombre. El solo uso de la imagen ajena, sin su autorización, es un daño que debe repararse y con independencia de si en ello hubo o no culpa, porque ésta queda demostrada con el hecho mismo de utilizar la imagen ajena, aunque pudiera pretenderse que se ha captado en un lugar público.

3.2.3. Otro ámbito preferencial del daño moral en la actualidad es la reparación del daño estético, y más ampliamente, del daño corporal y el daño

<sup>30</sup> C. Suprema, 2 de abril de 1996, citada.



a la salud, así como el perjuicio sexual. Tanto así, que en alguna doctrina comparada se tiende a separar este daño como una categoría específica, diversa al moral y al patrimonial. El caso de la doctrina italiana es el más notorio, tal vez porque de ese modo se puede sortear sin dificultad el obstáculo que pone el art. 2059 del Código Civil italiano a la reparación amplia del daño moral.<sup>31</sup>

Anotemos que las consecuencias patrimoniales del daño corporal han sido desde siempre reparadas entre nosotros. Pero aquí se trata del daño corporal en sí mismo, teniendo en cuenta que toda lesión, mutilación, enfermedad, implica atentar en contra del soporte corporal de la persona, es decir, en contra de su vida y su integridad, que la Constitución considera como la primera de las garantías (art. 19 N° 1). La dignidad del cuerpo humano ha sido desde siempre reconocida en todas las culturas. San Pablo, cuando quiere resaltar la indivisibilidad de la Iglesia y de sus miembros, pone como símil justamente la integridad del cuerpo humano. Pero no es común que las sentencias de nuestros tribunales, cuando tratan de la reparación del daño moral, se refieran específicamente a este daño, independientemente del dolor o aflicción que provocan lesiones o enfermedades, y debería considerarse que, más allá del dolor, la pérdida de la integridad del cuerpo es en sí misma un daño diverso que requiere de especial reparación, por las evidentes limitaciones que acarrea en la vida y en la estabilidad psíquica de la persona.

Dentro de esa categoría de daño, debe también insistirse en la especificidad del daño estético, como lo recomienda a los países miembros, la Resolución 75-1 del Comité de Ministros del Consejo de Europa (art.11), porque tiene particulares consecuencias psíquicas en quien lo sufre.

3.2.4. Es imposible abarcar en estas líneas la complejidad considerable de la actual teoría del daño moral y sólo hemos querido indicar algunos ejemplos que revelan la insuficiencia de la doctrina jurisprudencial chilena y sus enormes limitaciones. Pero se han hecho avances. El caso más evidente es la reparación del daño moral en la responsabilidad contractual, cuestión que, como se sabe, fuera discutida en la doctrina y frecuentemente negada en la jurisprudencia, incluso reciente; pero que hoy, según entendemos, después de algunas importantes sentencias de la Corte Suprema, que invocan el asiento constitucional de la reparación del daño moral y otras argumentaciones de texto, han terminado definitivamente con el debate.

<sup>31</sup> La bibliografía italiana sobre este daño es copiosa. Sólo a vía de ejemplo, Alpa, *Il danno biologico. Percorso di una idea*, Padova 1987; G. Giannini, *Il danno a la persona come danno biologico*, Milán, 1986. Pero también este daño recibe particular atención en Francia, donde la obra esencial es la de M. Yvonne Lambert-Faivre, citada. En España y Argentina también hay numerosas obras y artículos dedicados a él.

La cuestión ha sido analizada recientemente y por ello no volveremos sobre el punto, aunque debe destacarse.<sup>32</sup> Con todo habrá de advertirse que esa admisibilidad no significa entender que toda infracción contractual, por sí sola, genera daño moral. Es evidente que el incumplimiento de un contrato siempre ocasiona molestias y desagradados. Pero ellos no han de confundirse con un daño moral, en la medida en que son propios de todo incumplimiento de índole patrimonial y no significan un particular y diverso atentado a algún derecho fundamental de la persona. El daño moral contractual se origina sólo si, al tiempo de la celebración del contrato es previsible que su infracción origine tales infracciones a la persona por la naturaleza misma del contrato, su objeto, contenido y fines perseguidos por las partes o por una de ellas con conocimiento de la otra.

3.2.5. Pero la doctrina del daño moral no se agota con la extensión que ha adquirido. Dos otras cuestiones son importantes de mencionar por razones prácticas. Por una parte, la determinación del carácter subjetivo u objetivo de esta especie de daño, y por otra su evaluación.

En cuanto a lo primero, si se considera que el daño moral requiere de una conciencia de pérdida que la víctima experimenta, se estará frente a una concepción subjetiva. Para quienes así lo entienden, el daño moral está en relación con el dolor o pérdida experimentado, con la posibilidad de entender y sufrir las limitaciones que significa, sea una lesión, una pérdida de goce de la vida, una deshonra. Es por ello que se ha pretendido, dentro de esta noción, que las personas jurídicas no pueden ser víctimas de daños morales y más de alguna sentencia así lo ha resuelto.

Pero esa concepción tiene como resultado lógico impedir que una persona imposibilitada de sentir reciba reparación. Es el caso de quienes, a consecuencia de un accidente quedan en estado vegetativo o de un niño de pocos meses. ¿Cómo justificar entonces la reparación del daño moral? Esas dos hipótesis llevan a concluir que el daño moral debe concebirse objetivamente. Se trata de un daño a la persona valor en sí misma, con independencia de lo que ella pueda sentir. La integridad del ser humano, su vida, su estabilidad psíquica, se protege porque es un valor para toda la sociedad y no porque sea una pertenencia propia sólo de una u otra persona. Volvemos así a la idea que San Pablo expresaba sobre el cuerpo humano y a que hemos aludido. Una importante sentencia de la Corte

---

<sup>32</sup> Además de la obra de la profesora Carmen Domínguez Hidalgo ya citada, véase nuestro comentario a las sentencias de la Corte Suprema de 20 de octubre de 1994, con Ramón Domínguez Benavente, en Revista de Derecho, Universidad de Concepción, N° 196 (1994) págs. 155 y sgtes; y C. de Santiago de 8 de septiembre de 1992, misma revista, N° 193 (1993), págs. 159 y sgtes.



Suprema se ha inclinado, tal vez sin que sus redactores hayan pretendido formular una teoría del daño moral, por una concepción objetiva, en una situación que les pareció obvia.<sup>33</sup>

Es esa concepción objetiva la que permite también salvar el obstáculo puesto a la reparación del daño moral a la persona jurídica. Si es evidente que una abstracción no puede sentir, cosa que no requiere de demostración, la realidad de la persona jurídica, manifestación del derecho a organizarse de las personas (art.19 N° 15 de la Constitución), implica que tenga atributos independientes de los de sus miembros. Es claro que no todo tipo de daño moral le es aplicable. Pero sí algunos, y entre ellos pueden recibir reparación los atentados a su prestigio y a su privacidad. No nos parece convincente sostener, como a veces se ha dicho, que la garantía constitucional del derecho a la honra y a la vida privada sea sólo aplicable a las personas naturales, invocándose para ello el viejo argumento de la redacción de la norma, sin acudirse a la de los principios constitucionales que fundan la regla y a la concordancia del ordenamiento. Pero aun sin el argumento constitucional, desde el momento que se reconoce la existencia de la persona jurídica, su acción ha de ser protegida contra atentados de terceros, y de allí que más de alguna sentencia ha reconocido el derecho a la reparación del daño moral contra el prestigio de ella.<sup>34</sup> Será posible sostener tal vez que para algunas personas jurídicas el atentado a su prestigio tiene carácter patrimonial, porque se traduce en afectar a sus negocios; pero esa argumentación es sólo posible para las que persiguen fin de lucro. Una universidad, por ejemplo, puede ser gravemente afectada por la imputación de acciones delictuales por parte de sus órganos y ello es más evidente para una iglesia y para otras corporaciones. Y no vemos la razón para no aplicar las mismas ideas a órganos del Estado o servicios públicos que son emanación de la personalidad de aquél cuando por particulares se afecta su integridad en el accionar.

En lo que concierne a la evaluación del daño moral, las dificultades son considerables, porque como en este caso la suma mandada pagar por el juez no tiene un fin indemnizatorio propiamente tal, sino meramente compensatorio, ante la imposibilidad de restituir el interés afectado, no es posible medir el quantum de la indemnización por relación al monto del daño sufrido. Si para el daño patrimonial la medida económica de la indemnización resulta relativamente fácil de medir por el valor de mercado que tiene el interés afectado y al tiempo en que el daño se causa, la consecuencia de la reparación integral del daño no puede regir de ese modo

<sup>33</sup> C. Suprema, 11 abril 1995, F. M. 437, pág. 210. Véase nuestro comentario a ella en Rev. de Der. U. de Concepción, N° 198 (1195), pág. 196.

<sup>34</sup> Por ej., en ese mismo sentido, F. Fueyo, ob. cit., pág. 119.

para el daño moral. De allí que haya quienes, como el recordado profesor Fernando Fueyo, sostienen que ésta es una cuestión que debe quedar entregada a la prudencia del juez.<sup>35</sup>

Mas el criterio de la prudencia del juez equivale, en definitiva, a señalar que no existe criterio alguno en esta materia y que, no siendo posible establecerlo, el juez verá en cada caso lo que estima prudente como compensación. Esa ha sido la posición constante de la jurisprudencia nacional, que se niega a expresar sobre qué bases y con qué criterio se fija una cierta indemnización, de lo que resultan las más diversas reparaciones para situaciones semejantes, sin mayor explicación. Basta recorrer las revistas jurídicas para verificar las sumas tan diversas que se manda pagar por la muerte de una persona. Y como la dignidad del ser humano es propia a su naturaleza y no a su posición social o económica, no parece posible aceptar esas enormes diferencias.

La búsqueda de criterios equitativos y que tengan un carácter objetivo para esta cuestión, es constante en el derecho comparado, a veces con resultados absurdos, como ha ocurrido en algún tiempo en Estados Unidos con la doctrina *per diem* para la medición del dolor, pretendiéndose atribuir, en caso de lesiones, por ejemplo, una suma por día de sufrimiento.<sup>36</sup> En otros países se ha adoptado el criterio de dar la mayor publicidad posible entre los jueces y el ambiente judicial a las sentencias que fijan sumas reparatorias, para que así se vayan formando, poco a poco, criterios comunes. Pero ha sido la idea de fijar baremos o tasas preestablecidas al daño moral, la que ha atraído especial atención y ha generado amplio debate.

En Argentina, a propósito del proyecto de nuevo Código Civil, la cuestión ha sido arduamente debatida. La propuesta adopta el criterio de limitar cuantitativamente la indemnización de los daños morales cuando se trata de responsabilidades objetivas, siguiendo el criterio del profesor Atilio Aníbal Alterini.<sup>37</sup> La limitación en algunos casos es de hasta trescientos mil pesos argentinos (US\$ 300.000) por cada damnificado directo en las hipótesis de daños causados por cosas riesgosas, residuos industriales y radiactivos y actividades peligrosas; pero cesa la limitación si el demandado actuó sin diligencia o si razonablemente debió haber asegurado el riesgo y no lo hizo (art. 1634).

<sup>35</sup> F. Fueyo, *Instituciones de Derecho Civil Moderno*, págs. 109 y 110, Santiago, 1990.

<sup>36</sup> Sobre ello, véase nuestro artículo *Consideraciones en torno al daño como elemento de la responsabilidad civil*, citado.

<sup>37</sup> A. Alterini, *La limitación cuantitativa de la responsabilidad civil*, pág. 116, Buenos Aires, 1997. Esa proposición es apoyada por varios autores argentinos, entre ellos el profesor M. López Cabana, *Limitaciones Cualitativas y Cuantitativas de la Indemnización*, comunicación a Seminario sobre responsabilidad civil, organizado por el CNR y la Universidad Tor Vergata de Roma, en publicación.

Las propuestas para someter a baremos el daño moral son ampliamente discutidas y en muchos casos de dudosa constitucionalidad, como lo hemos destacado en otra oportunidad,<sup>38</sup> y hay una notoria resistencia a su admisión por un sector doctrinario.<sup>39</sup> Pero es lo cierto que difícilmente podrían funcionar sistemas de responsabilidad objetiva, y menos aún en base a seguros o fondos de reparación, sin una tasación de tales daños. Con todo, la admisión de esas tasas queda limitada a esos regímenes de responsabilidad y no a los de responsabilidad subjetiva. Además, en aquéllos queda siempre libre a la víctima el perseguir daños por sobre los baremos si prueba culpa o dolo del hechor.

Mayor acogida tiene en doctrina la formulación de algunos criterios a que ha de sujetarse el juez en la fijación de esos daños. Y esos criterios varían según el tipo de daño moral de que se trate. Pero al menos habrá de tenerse en cuenta la intensidad del dolor en algunos casos, la duración de los tratamientos en otro, el carácter permanente o transitorio de una lesión o afección, el modo en que resulta afectada la vida normal de la personal, la edad de la víctima, su profesión o actividad. Más discutidos son otros factores, como el del patrimonio del demandado, pues mientras para algunos jamás la indemnización debe llevar hasta arruinar al deudor, otros consideran que este factor no habrá de considerarse, desde que sólo el daño es la medida de la reparación. Se recordará que, en el primer sentido, el art. 1069 del Código Argentino, en la redacción que le diera la Ley N° 17.711, facultó a los jueces para "considerar la situación patrimonial del deudor, atenuándola si fuere equitativo", salvo dolo de su parte.<sup>40</sup>

Lo cierto es que en esta materia es imposible fijar criterios objetivos y generales; pero al menos deberá tenderse a unificar los criterios jurisprudenciales para situaciones similares y entendemos que nada mejor para ello que una adecuada publicidad de todas las sentencias, y además la exigencia a los jueces para que fundamenten pormenorizadamente las sumas que atribuyen por daño moral, eliminándose el común sistema de fijar una cantidad para todos los daños posibles sin otra explicación.

<sup>38</sup> R. Domínguez A., *Reparación del Daño Moral por Despido Injustificado*, comentario a sentencia en Rev. Chilena de Derecho, vol. 25, 1998, págs. 431 y sgtes., esp. pág. 441.

<sup>39</sup> En España, por ej., F. Pantaleón Prieto, *Los Baremos Indemnizatorios en la Valoración de los Daños a las Personas*, en "Coloquios sobre la Responsabilidad del Automóvil", Bilbao, 1994; J.A. Xiol Ríos, *El Proyecto de Establecimiento de Criterios Tasados por la Fijación de la Responsabilidad Civil por Daños Corporales*. Ponencia al 2° Congreso Nacional sobre Valoración del Daño Corporal, Bilbao, 1993.

<sup>40</sup> Ya en las Segundas Jornadas Nacionales de Derecho Civil, en Corrientes, 1965, se había recomendado que existiendo sólo culpa, el juez tuviera en cuenta la situación patrimonial de las partes, y en ello la doctrina argentina está de acuerdo. Por ej., H. Masnata, *Responsabilidad y Riqueza*, en J.A., 1954, t. 3, pág. 8, doct.; J. Llambias, *Estudio de la Reforma al Código Civil. Ley 17.711*, Buenos Aires, 1969; G. A. Borda, *La Reforma de 1968 al Código Civil*, Buenos Aires, 1971, pág. 229, etc.

