

AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI

Directora

# RESPONSABILIDAD CIVIL

*Liber amicorum*  
a FRANÇOIS CHABAS



**RUBINZAL - CULZONI**  
**EDITORES**

# CIENTO CINCUENTA AÑOS DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL EN CHILE

por MAURICIO TAPIA R.\*

SUMARIO: Introducción. I. Regulación del Código Civil. II. Evolución social. III. Evolución de la responsabilidad civil en el Derecho chileno. A. Culpa. I. Responsabilidad por el hecho propio. 2. ¿Presunción de responsabilidad por el hecho propio? 3. ¿Presunción de responsabilidad por el hecho de las cosas? 4. Responsabilidad por el hecho ajeno. B. Causalidad. I. Noción. C. Daño. I. Condiciones del daño reparable. 2. *Legitimidad y relevancia* del interés lesionado. 3. *Certidumbre* del daño. La *pérdida de una oportunidad* en el Derecho nacional. 4. *Carácter personal* del daño. 5. Daño patrimonial. 6. Daño moral o extrapatrimonial. 7. Evolución de la reparación del daño moral. 8. Estado actual de la reparación del daño moral en el Derecho nacional. D. Ejercicio de la acción de responsabilidad civil. I. Generalidades.

## Resumen

*El Código Civil chileno, redactado por Andrés Bello (1855), cumplió 150 años. Este artículo revisa la evolución de la responsabilidad extracontractual en el Derecho chileno, desde la promulgación de ese texto hasta nuestros días.*

## Introducción

La preparación de un libro colectivo de esta naturaleza es un justo

\* Profesor de Derecho Civil y subdirector del Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Chile; miembro de la *Société de Législation Comparée*; socio de "Estudio Correa Gubbins" (mauricio.tapia@estudioog.cl). Efectuó estudios de postgrado en Francia bajo la dirección del profesor François Chabas.

homenaje a mi querido maestro y amigo el profesor François Chabas, quien ha dedicado gran parte de su carrera académica al estudio y la enseñanza de la responsabilidad civil. La lucidez de sus ideas y la penetrante de sus juicios han enriquecido y contribuido al progreso de una disciplina de la que es, sin lugar a dudas, uno de los más grandes exponentes en el mundo.

Este estudio intenta emular una notable publicación del profesor François Chabas, aparecida en el año 2000, y que traza la evolución en cien años de responsabilidad civil en Francia<sup>1</sup>. Esta imitación, naturalmente sin el brillo y maestría del original del profesor François Chabas, describe la evolución de la responsabilidad extracontractual en el Derecho chileno<sup>2</sup>.

## I. Regulación del Código Civil

La responsabilidad civil es un juicio normativo que permite atribuir a una persona los efectos patrimoniales de un daño provocado a otra. La regla general es que cada quien soporte los perjuicios que provienen de la vida en sociedad. Sin embargo, un principio elemental de justicia (correctiva) conduce a imponer la carga de estos daños a un tercero cuando concurren ciertas circunstancias. A diferencia de la ilimitada responsabilidad moral, explicaba Jean Carbonnier, a “esa angustia que se extiende al infinito en el espacio y en el tiempo”, la responsabilidad civil es restringida, impone obligaciones limitadas, permite el olvido y es, por esto, una “gran liberadora”<sup>3</sup>. Sin embargo, como se expondrá, la responsabilidad civil ha ido expandiendo progresivamente su ámbito de aplicación durante el siglo XX en el Derecho chileno.

<sup>1</sup> *Cent ans de responsabilité civile*, Gaz. Pal., 2000, II, ps. 1399-1430, traducción en español: *Cien años de responsabilidad civil en Francia*, Van Dieren, París, 2004, traducción y notas de Mauricio Taba.

<sup>2</sup> Este artículo es parte de una investigación que realizó el autor en el marco de su colaboración en la redacción del *Tratado de responsabilidad extracontractual* de Enrique Barros (Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006). El autor agradece al profesor François Chabas, quien aportó valiosas ideas para este artículo en varias conversaciones sostenidas sobre estos temas y también mediante su conocida obra *Leçons de Droit Civil*.

<sup>3</sup> *Essais sur les lois*, 2ª ed., Répertoire du notariat Defrénois, París, 1995, p. 299.

El Código Civil chileno contiene una regla general y amplísima de responsabilidad civil por negligencia (arts. 2314 y s.y<sup>4</sup>). Esta regla es propia de la modernidad, pues en Roma, y en general en todas las civilizaciones en que la responsabilidad penal no se encontraba separada suficientemente de la civil, los ilícitos que dan lugar a reparación pecuniaria son específicos. Históricamente la responsabilidad civil siempre ha estado afectada por la *tipicidad* del Derecho Penal. Sólo el fortalecimiento del Estado, y de sus órganos represivos, pudo independizar estos dos tipos de responsabilidades, orientando la penal hacia la represión de las conductas antisociales y la civil hacia la reparación de los daños provocados por estas conductas. Una vez realizada esta separación de forma más perfecta (aunque nunca absoluta), y habiendo recibido el impulso del racionalismo (particularmente de Grocio), la formulación de un principio general de responsabilidad por culpa es propia de ese mismo espíritu de abstracción y generalidad que dio también nacimiento a la noción actual de contrato. Como se entiende, la verdadera innovación es la generalidad de la fórmula empleada y no la *culpa* o *negligencia*, que como criterio de atribución de la responsabilidad civil por algunos ilícitos específicos ya estaba presente en Roma (con una connotación, por lo demás, bastante *objetiva*, tal como la actual).

Recibiendo una formulación jurídica en las obras de Domat y Pothier, esta regla general fue recogida solemnemente en la impecable fórmula del artículo 1382 del Código Napoleón: “Todo hecho cualquiera del hombre, que causa daño a otro, obliga a quien por cuya culpa ocurrió a repararlo”. Cabe destacar que en el *common law*, donde tradicionalmente sólo ciertos tipos específicos de ilícitos dan lugar a la responsabilidad civil extracontractual (*torts*), se formó también durante el siglo XIX una regla residual y general de responsabilidad por culpa.

<sup>4</sup> En el Derecho chileno, se pueden consultar las siguientes obras generales sobre la materia: el clásico texto de Arturo Alessandri (*De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno*, Imprenta Universitaria, Santiago, 1943); Hernán Corral (*Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003); y Enrique Barros (*Tratado de responsabilidad extracontractual* cit.).

Andrés Bello, preocupado de no descuidar las referencias españolas en las fuentes del Código, afirmó que para redactar los artículos 2314 y siguientes del Código Civil tuvo presentes las normas de las Siete Partidas. Pero en esta materia las Partidas eran casuísticas, como su fuente romana, y en realidad la verdadera inspiración de las reglas del Código Civil chileno se encuentra en las normas del Código Napoleón. Así, por imitación, el Derecho chileno también sufrió una evolución en la codificación desde un sistema casuístico a una *cláusula general* de responsabilidad por negligencia.

El Código Civil entregaba, de esta forma, una amplísima herramienta para que la jurisprudencia pudiera extender la responsabilidad a muchas consecuencias nocivas de los comportamientos descuidados y maliciosos. En verdad, en el texto del Código figuran además, en normas específicas, varias de las hipótesis comunes en esa época de daños a terceros: los daños causados por la ruina de edificios (arts. 2323 y 2324) o por las cosas que caen de éstos (art. 2328); los daños provocados por animales, importantísimo cuando el transporte era efectuado esencialmente a tracción animal (arts. 2326 y 2327); los perjuicios provenientes del uso descuidado de un arma de fuego o de los trabajos que se realizan en la vía pública (art. 2329), y las imputaciones injuriosas que se efectúan contra una persona (art. 2331). Al momento de la redacción del Código Civil chileno, estos tipos específicos junto a las consecuencias patrimoniales de los ilícitos penales, constituían en esencia las hipótesis básicas de responsabilidad civil. Además, el Código Civil contiene, desde su redacción original, reglas que facilitan y regulan el ejercicio de la acción indemnizatoria: la solidaridad pasiva (art. 2317); la transmisibilidad de la acción (arts. 2316 y 2317); la definición de la imputabilidad en materia de responsabilidad civil extracontractual (arts. 2318 y 2319); la responsabilidad por el hecho de los menores, pupilos, discípulos, aprendices y dependientes (arts. 2320 a 2322); la determinación de la influencia de la culpa de la víctima en el daño (art. 2330), y la prescripción de la acción (art. 2332). Las normas de este título permanecieron inalteradas desde su redacción por Andrés Bello, a pesar de que la evolución social y la jurisprudencia transformaron radicalmente este esquema que acaba de describirse.

## II. Evolución social

Resultaría tedioso repetir los cambios sociales y económicos que tuvieron lugar en Chile desde la segunda mitad del siglo XIX. Sin embargo, en lo que importa especialmente a la responsabilidad civil, resulta relevante destacar algunas transformaciones sociales que pudieron influir decisivamente en su evolución.

En primer lugar, y tal como sucedió en el resto del mundo, el desarrollo de la técnica introdujo las "máquinas" en dos ámbitos críticos en que interactúan peligrosamente con las personas: en la producción industrial y en el transporte. En tal sentido, dos hitos fundamentales son la masificación del motor a vapor y del motor a combustión interna. Las máquinas, si bien dirigidas o conducidas por el hombre, adquieren una vez puestas en funcionamiento una dinámica propia que se ha mostrado particularmente peligrosa para la integridad física de los operarios, pasajeros y transeúntes. Las torpezas humanas parecen estadísticamente multiplicarse y agravarse con la utilización de las máquinas. De ahí se explica que el *derecho de la responsabilidad civil* en Chile se comenzara a desarrollar jurisprudencialmente sobre la base de los problemas planteados por los accidentes de ferrocarriles y tranvías. En el siglo XX, la utilización de máquinas u otros instrumentos se expandió a prácticamente todas las actividades humanas y, de entre ellas, particularmente a la medicina, que utiliza técnicas que, en muchos casos, sólo han abandonado recientemente el estado experimental. Todas estas máquinas e instrumentos actúan directamente sobre las personas que los manipulan o reciben su acción. Así, la agresividad y peligrosidad que les proporciona su dinamismo afecta directamente la integridad física de los individuos. Por otra parte, debe considerarse que algunas máquinas, productos o instrumentos, y las actividades a que dieron lugar presentan una altísima peligrosidad y pueden generar daños no sólo a una persona determinada, sino provocar una catástrofe en cadena y afectar a un gran número de individuos. Este fenómeno se produce en ámbitos muy disímiles y algunos ejemplos son los siguientes: la explotación de la energía nuclear, el transporte de hidrocarburos y de sustancias peligrosas, la aplicación de los plaguicidas, las actividades de los centros de transfusión sanguínea y de las insti-

tuciones que efectúan intervenciones biológicas en seres humanos, los daños que puede provocar un producto defectuoso lanzado al mercado, etcétera.

En segundo lugar, puede mencionarse como una transformación con incidencia directa en la evolución de la responsabilidad civil la concentración de la población en las grandes ciudades. La yuxtaposición de propiedades, la circulación de vehículos motorizados por estas aglomeraciones, la proximidad entre los centros habitacionales y las grandes industrias y comercios son consecuencias de esa concentración urbana que tienen a su vez un efecto directo en la expansión de las hipótesis de responsabilidad civil.

En tercer lugar, debe señalarse un fenómeno más reciente: el desarrollo de los medios tecnológicos de comunicación social y de transmisión de información, que provoca una amenaza creciente de intrusión en la privacidad. Vinculado a esta realidad debe mencionarse el auge que tuvo en las últimas décadas la garantía constitucional de los *derechos de la personalidad*. Este fenómeno tiene varias causas (la menor resignación de los ciudadanos frente a los atropellos, la profundización de la democracia, etcétera). Tales *derechos de la personalidad* encontraron en las reglas generales de la responsabilidad por culpa una tutela residual y efectiva. Por esto, podría sostenerse que este fenómeno más bien político (el acento puesto en los derechos fundamentales) tuvo un impacto en las costumbres y, en consecuencia, en el *derecho de la responsabilidad civil*.

Finalmente, también se debe destacar una causa que podría denominarse de *psicología social*. El aumento de la riqueza y la mejora en las condiciones de vida han conducido a que las personas tengan una menor tolerancia frente a los riesgos. Esta aversión a los riesgos se refleja particularmente en tres fenómenos. En primer lugar, en la discusión que se ha planteado en varios países acerca de los mecanismos de prevención de daños (en el Derecho francés se había incluso de un *principio de precaución*), que generalmente se encuentran en tensión con las necesidades de una economía activa e innovadora. En segundo lugar, en que las víctimas (y sus abogados) no vacilan en utilizar la acción de responsabilidad civil para perseguir la reparación de los daños y también, de paso, "castigar" al responsable. En tercer lugar,

la menor tolerancia frente a los riesgos conduce también a la utilización cada vez más generalizada de los seguros de responsabilidad civil. Las técnicas actuariales permiten medir los riesgos y asignarles un valor mediante las primas, distribuyendo el costo de los accidentes entre todas las potenciales víctimas. Cabe destacar que en una economía dinámica y que pretende abrirse a nuevas inversiones, el seguro es una herramienta indispensable cuya práctica, sin embargo, se ve dificultada en el medio nacional por la falta de disciplina en el otorgamiento de las indemnizaciones, como se expone más adelante.

### III. Evolución de la responsabilidad civil en el Derecho chileno

En el Derecho chileno, así como en muchos Derechos comparados, el impacto que tuvo esta evolución social en la responsabilidad civil se debió esencialmente al trabajo de la jurisprudencia, porque el legislador sólo vino a crear algunas reglas o *seudoregímenes* especiales de responsabilidad civil (fragmentarios e incompletos) en los últimos treinta años. La evolución de la responsabilidad civil en el mundo siguió, en términos muy generales, dos corrientes expansivas distintas. Una es moderada, propia del *common law* y de otros Derechos que contemplan la antijuridicidad como condición de la responsabilidad, y que ha sufrido una expansión progresiva aunque no excesiva del número de potenciales responsables y de las categorías de daños reparables. En tales Derechos, las responsabilidades estrictas cubren sólo algunas áreas precisas de las actividades humanas, subsistiendo la responsabilidad por negligencia como principio general. Una segunda corriente, que es seguida por Francia y otros países que recibieron su influencia en materia jurídica, tendió a expandir considerablemente el número de potenciales responsables y a fragmentar las categorías de daños reparables. En estos sistemas, las responsabilidades estrictas van en aumento y, con ellas, la utilización del seguro de responsabilidad civil como mecanismo de distribución del riesgo<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Una completa descripción de esta evolución de la responsabilidad civil en Francia, orientada hacia la prescindencia de la culpa como condición de la responsabilidad y hacia la expansión de los daños reparables puede verse en CHABAS, *Cien años de responsabilidad civil en Francia* cit.

El Derecho positivo chileno, por su parte, sigue apegado a una noción de responsabilidad por negligencia y a una apreciación bastante libre de la relación de causalidad y del daño, tendencia que se ha mostrado al menos adecuada para hacer frente a las nuevas situaciones. La noción de negligencia en la jurisprudencia se objetiviza (más bien intuitivamente que en respuesta a un esquema rígido), erradicando excusas subjetivas del agente. El legislador ha aportado algunas reglas en ciertas áreas precisas, pero los problemas más graves que subsisten se vinculan a la falta de disciplina judicial en la definición y cálculo de los perjuicios reparables, que impide la comparación de las soluciones y la formación de precedentes.

Para trazar brevemente esta evolución del *derecho de la responsabilidad civil extracontractual en Chile* conviene referirse a las tres condiciones de la responsabilidad por negligencia, que constituye el régimen general en el Derecho nacional: (A) culpa, (B) causalidad y (C) daño<sup>6</sup>. Para finalizar, se efectuarán algunas observaciones sobre el ejercicio de la acción de responsabilidad civil (D).

#### A. Culpa

##### 1. Responsabilidad por el hecho propio

En el Derecho nacional la responsabilidad civil por el hecho propio se encuentra sujeta a una regla general y supletoria de responsabilidad por culpa. Esta noción se encuentra presente en varios de los principales artículos que la regulan (1437, 2284, 2314 y 2329 del Código Civil).

<sup>6</sup> Algunos Derechos, como el alemán, han introducido la "antijuridicidad" de la conducta como una condición de la responsabilidad civil (la acción debe lesionar alguno de los derechos subjetivos mencionados expresamente por la ley). Sin embargo, los graves problemas que ha presentado su aplicación jurisprudencial condujeron a que en la actualidad esta noción sea indisoluble de la conducta negligente. Parece estéril discutir sobre la existencia de este requisito de la antijuridicidad en Chile, pues la ley no lo menciona entre las condiciones de la responsabilidad y, además, en los países que la han introducido tiene una muy difícil aplicación. La antijuridicidad ha sido defendida en Chile como condición de la responsabilidad civil—sobre la base de una errada extrapolación de alguna doctrina comparada—por Pablo Rodríguez (*Responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, p. 129).

Como explica Enrique Barros, la culpa civil representa el umbral del comportamiento tolerado por el Derecho, un límite genérico de las acciones permitidas, que tiene en definitiva su fundamento en las expectativas legítimas de comportamiento recíproco que pueden existir en una sociedad<sup>7</sup>.

El dolo o culpa intencional exige la prueba de la intención del agente y, por eso, se aprecia en concreto y produce una serie de consecuencias particulares: no puede quedar cubierto por cláusulas de exención de responsabilidad (art. 1465); no constituye un riesgo asegurable; provoca la extensión de los perjuicios reparables (art. 1558), etcétera. Pero las hipótesis más corrientes de responsabilidad corresponden a la provocada por la simple negligencia, la que, por lo demás, presenta los problemas más sutiles de definición. La negligencia consiste esencialmente en que el comportamiento del agente se aparta de aquel determinado por un estándar de conducta. Tal estándar de conducta se encuentra definido en el Derecho nacional contemporáneo por el patrón abstracto del hombre diligente, del buen padre de familia. Se compara la conducta efectiva con aquello que hubiera podido esperarse de un hombre diligente colocado en las mismas circunstancias externas. Por eso, los únicos elementos subjetivos del juicio de disvalor en la responsabilidad civil corresponden a la *imputabilidad* (que no se encuentra en los menores de siete años y en los dementes, según el artículo 2319) y en la *voluntariedad de la acción* (que no existe cuando el agente no tuvo el gobierno de su conducta).

Indudablemente, la responsabilidad civil se encuentra históricamente vinculada a la responsabilidad penal. Por esta razón, originalmente tenía una marcada función retributiva y en el juicio de culpabilidad civil era frecuente considerar las aptitudes subjetivas del agente. De esta forma, la pena y la indemnización eran proporcionales a la gravedad de la culpa del agente. Pero esta apreciación *in concreto* de la culpabilidad civil fue cediendo paso a una apreciación *in abstracto*, en una lenta evolución cuyos orígenes pueden remontarse al Derecho Romano, pero que se acentuó en los últimos dos siglos. En la actualidad, como se señaló, la constatación de la negligencia se efectúa comparando

<sup>7</sup> BARROS, ob. cit.

la conducta real del agente con aquella que podía esperarse de un *buen padre de familia* (o del *hombre razonable*), colocado en una situación similar y con calificaciones similares a ese agente (no es un mismo comportamiento el que puede esperarse del médico del que no lo es, por ejemplo). La actuación diligente se define así como la que legítimamente podían esperar los terceros de un hombre razonable colocado en una situación similar. Defínido de esta forma, la jurisprudencia de desinterés del examen de las particularidades o debilidades específicas del agente (cada persona debe compensar sus debilidades con un grado de cuidado apropiado), volviendo más severo el juicio de reproche y extendiendo, en consecuencia, el número de potenciales responsables. Esta evolución se acentuó en el Derecho Comparado, y así en Francia se excluyó totalmente la *imputabilidad* como condición de la responsabilidad.

El estándar del debido cuidado depende esencialmente de la *visibilidad* de los daños que se siguieron a la acción, declarando responsable al agente cuando se responde afirmativamente a la pregunta de si un hombre diligente, colocando en la misma situación y con calificaciones similares, habría debido prever la ocurrencia de ese daño y, en consecuencia, actuar de otra forma. Por esto, la jurisprudencia chilena define la culpa civil como "una posibilidad de prever lo que no se ha previsto"<sup>8</sup>. El hombre diligente actúa razonablemente y no puede exigiársele que conduzca su actuación dependiendo de consecuencias que no podía anticipar.

Para determinar si la conducta del agente coincide o no con la del patrón del hombre diligente algunas leyes especiales otorgan criterios aplicables a ciertos ilícitos (como ocurre en materia de urbanismo, tránsito, medio ambiente o libre competencia). Sin embargo, en la mayoría de los casos la jurisprudencia debe discernir el comportamiento diligente sobre la base de algunos criterios generales, que no se encuentran formalmente establecidos, sino que pueden inferirse de un estudio comparativo de las decisiones desde fines del siglo XIX. Estos criterios —como la intensidad del daño, su probabilidad, el valor social

<sup>8</sup> Corte Suprema, 29-3-62, *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (Chile), t. LIX, sec. 4<sup>a</sup>, p. 21.

de la acción o los costos de prevenirlos— son utilizados de forma variable y más bien intuitivamente por los tribunales para determinar el comportamiento culpable.

## 2. *¿Presunción de responsabilidad por el hecho propio?*

Fue probablemente ese mismo desinterés por el estado subjetivo del agente el que condujo al legislador, y en menor medida a la jurisprudencia, a presumir el comportamiento negligente. Las presunciones de culpabilidad tienen una larga historia (*res ipsa loquitur*) y se han aplicado tanto en el ámbito de la responsabilidad por el hecho propio (daños producidos por el manejo de armas de fuego, por ejemplo), como por el hecho ajeno (responsabilidad por el hecho de dependientes, por ejemplo). En materia de responsabilidad por el hecho propio, una antigua tesis (también presente en el Derecho colombiano que adoptó el Código de Bello)<sup>9</sup> afirma que el artículo 2329 del Código Civil establece una presunción general de responsabilidad por culpa. Una parte importante de la doctrina ha insistido en la existencia de esta presunción general de culpa por el hecho propio (como Carlos Ducci<sup>10</sup>, Arturo Alessandri<sup>11</sup> y Enrique Barros<sup>12</sup>), y la jurisprudencia, después de haber considerado inicialmente que este artículo sólo repetía la norma del artículo 2314, ha aceptado esta interpretación en algunas sentencias<sup>13</sup>. Esta presunción de culpa se aplicaría en actividades peligrosas y en otras en que el daño no pueda sino ser atribuido a la acción del agente (*res ipsa loquitur*). Es imposible detenerse aquí en esta interesante discusión, pero cabe la pregunta de la conveniencia

<sup>9</sup> Aunque la jurisprudencia colombiana parece inclinarse por la teoría de que el artículo 2356 del Código Civil colombiano (art. 2329 del Código Civil chileno) contiene una hipótesis de responsabilidad objetiva en actividades peligrosas.

<sup>10</sup> En su memoria de pruebas, *Responsabilidad civil (ex-contractual)*, tesis, El Imparcial, Santiago, 1936, p. 134.

<sup>11</sup> V. en especial, *Une nouvelle interprétation de l'art. 2329 du Code Civil chilien*, en *Etudes de Droit Civil à la mémoire de Henri Capitant*, Dalloz, Paris, 1939, p. 9; y *De la responsabilidad...* cit., p. 292.

<sup>12</sup> Ob. cit.

<sup>13</sup> Puede revisarse una sentencia reciente que ha concluido claramente en este sentido: Corte de Apelaciones de Santiago, 7-9-2000, *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (Chile), t. XCVII, sec. 2<sup>a</sup>, p. 65.

de insistir en establecer una presunción tan amplia en un medio jurisdiccional como el chileno, que se ha resistido sistemáticamente a disciplinar las condiciones de la responsabilidad civil. Su utilización extensiva podría incluso, al menos teóricamente, generalizar la inversión de la carga de la prueba a un extremo en que se podría preguntar si no se trata en verdad de una vía para crear una regla general de responsabilidad estricta. Así, pareciera preferible reservar esta supuesta presunción de responsabilidad para actividades peligrosas, no sujetas a regímenes especiales, y en lo concerniente únicamente a ciertos deberes de "seguridad" del agente sobre algunas cosas, cuya lógica responde a las *obligaciones de resultado* del ámbito contractual. Los ejemplos que contiene el artículo 2329 constituyen hipótesis típicas de estas obligaciones de seguridad. En todo caso, debe señalarse que esta presunción de responsabilidad por el hecho propio no parece consistente con los deberes de cuidado a que se sujetan los profesionales (como los médicos), cuyo incumplimiento debe ser siempre probado por la víctima.

### 3. *¿Presunción de responsabilidad por el hecho de las cosas?*

A diferencia del Código Civil francés, Andrés Bello no introdujo la fórmula general de que se es responsable de las "cosas que se tiene bajo custodia" (art. 1384). Como es sabido, a partir de esta norma del Código Napoleón la jurisprudencia francesa inició una larga evolución hacia un régimen general de responsabilidad estricta por el hecho de las cosas que se tienen bajo custodia. La evolución comenzó a gestarse desde fines del siglo XIX, con el propósito de eximir a las víctimas de accidentados del trabajo de la prueba muchas veces imposible de la negligencia del empleador, y su impulso está históricamente vinculado a los estudios de Louis Jossereand y Raymond Saleilles<sup>14</sup>. Esta evolución condujo a que en la actualidad cualquier daño producido por una cosa manejada por el agente (y en la mayoría de los accidentes así ocurre) se aplique este régimen estricto; cuestión que sólo ha sido sostenible

<sup>14</sup> JOSSEERAND, Louis, *De la responsabilité du fait de choses inanimées*, Paris, 1897, y SALEILLES, Raymond, *Les accidents du travail et la responsabilité civile: le risque professionnel dans le Code Civil*, Paris, 1898.

en Francia gracias a la masificación (en muchos casos forzada por la ley) del seguro de responsabilidad civil<sup>15</sup>. Es discutible que tal haya sido la intención original de los codificadores franceses. En todo caso, en ausencia de esta norma en el Derecho chileno, la jurisprudencia se ha mantenido en este ámbito en los márgenes de la responsabilidad por culpa. Tal vez el inciso primero del artículo 2329, que cierra en el Código de Bello las disposiciones destinadas a los daños provocados por las cosas (en particular, arts. 2326 a 2328), pueda interpretarse, como se indicó, como una presunción general de culpa por el daño proveniente de actividades peligrosas (que implican el manejo de "cosas").

### 4. *Responsabilidad por el hecho ajeno*

En cuanto a la responsabilidad por el hecho ajeno (que constituye una excelente garantía de reparación para las víctimas), la jurisprudencia nacional se ha resistido a extender las presunciones de culpa previstas en el Código Civil o a transformarlas en responsabilidades estrictas, como ha ocurrido en el Derecho Comparado<sup>16</sup>. Así, en el Derecho chileno se aplica un solo régimen de *responsabilidad por el hecho ajeno por culpa presumida*, aunque sujeto a algunos matices para los distintos casos específicos previstos por el Código Civil.

La responsabilidad por el hecho de *incapaces* (menores de siete años y dementes) afecta a quien tiene su cuidado personal (padre o madre que tenga el cuidado personal, o ambos, y curador). La jurisprudencia nacional ha concluido que la negligencia del tercero responsable por los actos del incapaz debe por regla general probarse (art. 2319). Sin embargo, existe una presunción de culpa que afecta al padre, y a falta de éste a la madre, por los actos de los hijos menores que habitan la misma casa (art. 2320, inc. 2°). En realidad, se trata en estos casos de una presunción de la propia culpa: la falta de cuidado en su educación. Por esto, el Código Civil agrega que si los actos

<sup>15</sup> V. sobre esta evolución en Francia, CHABAS, *Cien años...* cit., p. 38.

<sup>16</sup> Existen algunas excepciones en el Derecho nacional, como la responsabilidad estricta por el hecho ajeno del artículo 174 de la Ley del Tránsito (18.290), que dispone que el propietario del vehículo es solidariamente responsable por los daños que se ocasionen por el tercero que lo conduce, salvo que acredite que el vehículo fue usado sin su conocimiento o autorización.



ilícitos del menor provienen "conocidamente [...] de la mala educación, o de los hábitos viciosos que les han dejado adquirir" (art. 2321), los padres son siempre responsables (esto es, responden prácticamente bajo un esquema de responsabilidad estricta, según lo resuelto por la jurisprudencia nacional)<sup>17</sup>.

Existen otras hipótesis específicas de responsabilidad por el hecho ajeno previstas por el artículo 2320: tutor y curador por el pupilo que vive bajo su cuidado; jefes de colegios por sus discípulos; artesanos por los aprendices; y, empresarios por el hecho de sus dependientes (arts. 2320 y 2322). El mismo artículo 2320, inciso 1º establece una especie de *presunción general de responsabilidad por el hecho ajeno*, basada en la autoridad y cuidado que se tiene sobre otra persona. Fundándose en la norma del Código Napoleón que fue el antecedente de este artículo, la jurisprudencia francesa ha extendido la responsabilidad estricta por el hecho ajeno a casos distintos a los específicamente mencionados<sup>18</sup>. Sin embargo, la jurisprudencia chilena no ha seguido ese camino.

Pero sin duda entre las responsabilidades por el hecho ajeno es la responsabilidad del empresario por el hecho de sus dependientes la que tiene mayor importancia práctica y la que ha despertado el mayor interés en la doctrina nacional<sup>19</sup>. Fundada en dos normas de redacción bastante anacrónica (arts. 2320 y 2322, que se refieren a "criados" y "sirvientes"), y a pesar de algunas vacilaciones jurisprudenciales, se puede concluir que en el Derecho nacional existen en el presente dos regímenes básicos de responsabilidad del empresario: una responsabilidad por el hecho propio sujeta a la prueba de la culpa (por actuaciones

17 V. por ejemplo, Corte de Apelaciones de Santiago, 21-8-1940, *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (Chile), t. XXXIX, sec. 2ª, p. 55.

18 En efecto, en Francia la denominada *responsabilidad general por el hecho ajeno* (el famoso *arrêt Bieck* de 1991) se aplica a situaciones tan disímiles como la responsabilidad de los centros de adaptación social por el hecho de sus pacientes o de los clubes deportivos por las violencias excesivas cometidas entre jugadores. V. CHABAS, *Cien años...* cit., p. 51.

19 En particular, los estudios de Pedro Zelaya, entre los que se destacará el principal: *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente. Naturaleza y requisitos*, Aranzadi, Pamplona, 1995.

de los órganos y representantes), y un estatuto de responsabilidad presunta por el hecho de sus dependientes, que sólo puede desvirtuarse si se prueba que ejerciendo la autoridad y cuidado debidos no habría podido impedir el daño<sup>20</sup>. En el Derecho Comparado, sin embargo, existe una tendencia hacia la responsabilidad estricta del empresario por el hecho de sus dependientes (responsabilidad vicaria), que tiene varias justificaciones: garantizar el pago de la indemnización a la víctima (el trabajador generalmente no es solvente); obligar al que está en mejores condiciones para prevenir el daño a tomar las medidas adecuadas; impulsar a los empresarios a distribuir el costo de los accidentes mediante el seguro, etcétera. Si bien formalmente en el Derecho nacional la excusa de la diligencia del empresario sigue siendo admitida, la jurisprudencia, como afirma Enrique Barros, ha interpretado tan extensivamente las condiciones de aplicación de la presunción, así como restrictivamente sus posibles excusas<sup>21</sup>, que puede sostenerse que no se está muy lejos de un esquema de responsabilidad estricta. Por lo demás, las fallas anónimas en la organización empresarial son con frecuencia tratadas por la jurisprudencia como si fueran presunciones de responsabilidad por negligencia por el hecho propio<sup>22</sup>. Una noción de *culpa difusa*, que no exige singularizar el acto ilícito particular que provocó el daño, y que puede ser entendida como una de las principales innovaciones jurisprudenciales nacionales en materia de responsabilidad civil<sup>23</sup>.

En todo caso, de forma similar al Derecho Comparado, la jurisprudencia nacional exige para la aplicación de la responsabilidad del

20 Varias sentencias han efectuado una aplicación indistinta de ambos preceptos. V. por ejemplo, Corte de Apelaciones de Concepción, 10-8-2000, confirmada por la Corte Suprema, 24-1-2002, *Gaceta Jurídica* (Chile), N° 259, 2002, p. 38.

21 Para descargarse de la presunción de responsabilidad por el hecho del dependiente se debe probar que aun usando la diligencia debida por un "empresario diligente" no habría podido impedir el daño. La jurisprudencia juzga muy estrictamente estas condiciones, y así se ha fallado que es necesario acreditar que el empresario efectuó actos "positivos y concretos" dirigidos a impedir el hecho culpable del dependiente. V. Corte Suprema, 29-9-1942, *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (Chile), t. XI, sec. 1ª, p. 212.

22 Ob. cit.

23 V. por ejemplo, una antigua sentencia sobre esta materia: Corte Suprema, 30-11-1923, *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (Chile), t. XXII, sec. 1ª, p. 681.

empresario por el hecho ajeno: una relación de dependencia entre el empresario y el agente del daño (la capacidad de "dar instrucciones" que se acredita usualmente con el contrato de trabajo); que el daño se produzca estando el dependiente bajo la vigilancia del empresario o en sus funciones (puede ser "con ocasión de las funciones", según la jurisprudencia); y, que se acredite por la víctima un hecho culpable del dependiente que esté en relación de causalidad con el daño provocado. Si bien el Derecho nacional no ha sufrido los traumáticos cambios jurisprudenciales sobre las condiciones de la responsabilidad del empresario como ha ocurrido en otros países<sup>24</sup>, puede sostenerse que la definición de criterios claros en este ámbito parece ser una condición necesaria para que un régimen de responsabilidad estricta o semiestricta genere incentivos adecuados de prevención de riesgos en la empresa y de distribución de sus costos.

## B. Causalidad

### 1. Noción

La causalidad es una condición común a la responsabilidad por negligencia y estricta. A pesar de no encontrarse expresamente mencionada en el Código Civil, puede inferirse de algunos artículos (arts. 1437, 2314 y 2329) y, en todo caso, constituye un imperativo mínimo de justicia: sólo puede hacerse responsable a alguien de las consecuencias que provienen de su acción. A diferencia de lo que ha ocurrido recientemente en el Derecho Comparado<sup>25</sup>, en el Derecho nacional esta noción ha planteado más discusiones doctrinales que problemas prácticos<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> La responsabilidad del empresario ha tenido una tortuosa historia en el Derecho francés (sobre todo por la noción de "abuso de función" como excusa del empresario), que François Chabas sintetiza en su obra *Cien años...* cit., p. 57.

<sup>25</sup> Existen algunas discusiones modernas en el Derecho Comparado acerca de nuevos perjuicios indemnizables que plantean problemas serios de causalidad. Tal es el caso del denominado perjuicio de nacer o de nacer discapacitado, en que las negligencias que se le imputan al médico que impidió el recurso al aborto a la madre muchas veces no están en relación directa con los perjuicios provocados al hijo (como es el caso del famoso *arrêt Perruche* en Francia). Lo mismo ocurre con la reparación de simples pérdidas de una oportunidad.

<sup>26</sup> En el Derecho nacional, el estudio de la relación de causalidad ha dado origen

La causalidad es una noción proveniente de las ciencias exactas, que el Derecho vuelve bastante aproximativa. La jurisprudencia no siempre respondió a las teorías elaboradas por la doctrina (*equivalencia de las condiciones*, *causalidad adecuada*, etcétera), conformándose con una relación *necesaria* y *directa* entre acción y daño. En gran medida estas dos nociones (*necesaria* y *directa*), como explica Enrique Barros, aluden a las dos funciones de la causalidad: como condición de la responsabilidad la causalidad responde a una relación *necesaria* (en el sentido físico) entre la acción y el daño; y, como medida de la responsabilidad, la causalidad atiende a una noción normativa *directa*, que exige una apreciación de qué daños el Derecho considera atribuibles a una acción, elegidos de entre las muchas consecuencias inmediatas y mediatas que puede provocar un accidente.

En efecto, una revisión exhaustiva de los fallos nacionales en materia de causalidad permite concluir que la jurisprudencia considera que debe probarse que el hecho que se imputa al agente es una condición *necesaria* del daño. Pero esto no es suficiente, sino que el daño debe también poder atribuirse normativamente a la acción de la agente, para lo cual no existen respuestas categóricas, sino algunos criterios de argumentación. Entre estos criterios pueden mencionarse los fines protectores de la norma (importante sobre todo en hipótesis de culpa infraccional), que permiten excluir de la reparación las consecuencias ignoradas por los propósitos de tales reglas. Pero sin duda el criterio más importante es la noción de *daño directo*, previsto en el Código Civil para la responsabilidad contractual (art. 1558), que la jurisprudencia estima también aplicable a la responsabilidad extracontractual. La precisión de este concepto de *daño directo*, que contribuye a res-ponder a la pregunta sobre qué consecuencias deben atribuirse a la

a varios artículos y libros. Entre éstos se destacan: ARAYA, Fernando, *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, LexisNexis, Santiago, 2003; BARAONA, Jorge, *La causa del daño en la jurisprudencia reciente*, en *Revista Chilena de Derecho*, 2003, N° 30, p. 345; DOMÍNGUEZ A., Ramón, *Aspectos de la relación de causalidad en la responsabilidad civil con especial referencia al Derecho chileno*, en *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, Universidad de Concepción (Concepción, Chile), 2001, N° 209, p. 7, y VELOSO, Paulina, *La previsibilidad es un requisito de la culpa y no de la relación causal*, en MARTÍNIC, Marcia Dora (coord.), *Nuevas tendencias del Derecho*, LexisNexis, Santiago, 2004, p. 249.

acción del agente, se logra esencialmente en el Derecho nacional mediante algunas conclusiones extraídas de la teoría de la *causalidad adecuada*, examinando el requisito de la previsibilidad del daño y pesando los riesgos que provoca la actividad del agente.

Puede así sostenerse que la jurisprudencia nacional considera (aunque no sistemáticamente) que la víctima debe probar que el daño es una consecuencia necesaria de la acción del agente, y que éste, para descargarse de la responsabilidad, debe probar que su acción está en relación de causalidad *indirecta* con los perjuicios provocados.

En el fondo, despojada de las pretensiones científicas que quisieron darle algunas teorías, la causalidad es una condición de la responsabilidad que tiene directa relación con aquello que socialmente se considera que debe soportar el agente, de entre las múltiples consecuencias nocivas que puede acarrear su acción. Y esa valoración social es evolutiva y depende de varias consideraciones: el nivel de riqueza de la sociedad, la importancia que se le otorgue al emprendimiento individual (que implica la asunción de riesgos), la generalización del seguro en algunas áreas, etcétera. En efecto, en una inmensa mayoría de los casos la relación de causalidad *necesaria* se presenta con tal evidencia entre la acción del agente y el daño, que resulta muy difícil sostener que sin aquélla éste de todas maneras se habría producido. Por esto, el discernimiento de la relación causal relevante para el Derecho, y en definitiva la distinción entre los daños que debe reparar el responsable y aquellos que deben quedar a cargo de la víctima, es una decisión que no puede adoptarse únicamente con instrumentos técnicos.

En realidad, los problemas que plantea la causalidad en la práctica nacional son más bien excepcionales. Estos problemas se presentan en materias tales como la determinación de la influencia causal de un tercero que interviene en la producción del daño; la definición del rol atribuible a las predisposiciones de la víctima o a su acción negligente; la obligación y la contribución a la deuda en caso de que varios agentes hayan provocado el daño, etcétera. Por lo demás, la pregunta de qué consecuencias mediatas, de entre las muchas que produce el accidente, deben ser atribuidas a la acción del agente, se trata en la jurisprudencia nacional como un problema de determinación del *daño reparable*.

## C. Daño

### 1. Condiciones del daño reparable

El daño es una condición común a todas las responsabilidades civiles (por culpa y estricta) y constituye al mismo tiempo el objeto del juicio de responsabilidad. La producción de un daño es uno de los fundamentos y al mismo tiempo es la medida de la reparación. La determinación de la noción y de la extensión del daño reparable es una decisión que cada sistema jurídico adopta según sus costumbres y el grado de desarrollo económico. El daño relevante para el Derecho no siempre coincide exactamente con la totalidad de las molestias y perjuicios sufridos por la víctima como consecuencia del acto ilícito. Como se expuso, la evolución social en materia de responsabilidad civil ha conducido a una progresiva, aunque no muy sistemática, expansión del daño reparable. Ahora bien, como el examen del daño reparable ha dado lugar en el Derecho chileno a interesantes estudios en el último tiempo<sup>27</sup>, en los párrafos siguientes sólo se intentará efectuar una rápida referencia a la evolución que ha tenido esta noción en el Derecho Privado nacional, deteniéndose en algunas cuestiones que se consideraran particularmente relevantes.

Siguiendo a la jurisprudencia francesa, la jurisprudencia nacional considera que constituye un daño toda lesión a un interés legítimo de la víctima, ya sea de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial (y no solamente a sus derechos subjetivos)<sup>28</sup>. De esta forma, para que sea susceptible de repararse (o compensarse) mediante la indemnización de perjuicios, el interés lesionado debe ser *legítimo y relevante*. Así-

<sup>27</sup> Entre los que se destacan los siguientes: DIEZ S., José Luis, *El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997; DOMÍNGUEZ A., Ramón, *Consideraciones en torno a la noción de daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista*, en *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, Universidad de Concepción (Concepción, Chile), 1990, N° 188, p. 125; DOMÍNGUEZ H., Carmen, *El daño moral*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000; y JANA, Andrés y PEÑA, Carlos, *Reparación del daño extracontractual, edición, jurisprudencia y doctrina*, texto preparado con la participación de los ayudantes Claudio Gutiérrez y Francisca Román, Universidad de Chile, Santiago, 2002.

<sup>28</sup> V. por ejemplo, Corte de Apelaciones de Santiago, 3-6-73, *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (Chile), t. LXX, sec. 4°, p. 65.

mismo, es necesario que el perjuicio provocado a estos intereses sea *directo* (que es un requisito vinculado a la *relación de causalidad*, como se expuso), *cierto* y que afecte *personalmente* a la víctima. Por su importancia, se analizarán brevemente estas condiciones del daño reparable y, en seguida, las dos categorías principales de daño: patrimonial y moral.

## 2. "Legitimidad y relevancia" del interés lesionado

Siguiendo una corriente del Derecho francés, Arturo Alessandri justificó en esta regla de la *legitimidad* del interés el rechazo de la acción de indemnización en beneficio de la concubina, pues ésta se opondría a las buenas costumbres<sup>29</sup>. Pero dada la evolución que ha tenido el concepto de buenas costumbres y el mayor reconocimiento legal del concubinato, producto de las transformaciones sociales en materia de familia, aunque no puede identificarse una tendencia jurisprudencial categórica en este sentido, algunos fallos han aceptado recientemente la indemnización del daño provocado al conviviente por la muerte de su pareja<sup>30</sup>. En el Derecho Comparado los casos más complejos de legitimidad del interés provienen en la actualidad de la reparación del denominado *perjuicio de nacer o de nacer discapacitado*.

En cuanto a la exigencia de que el interés lesionado debe ser *significativo* para dar lugar a la reparación, la jurisprudencia nacional lo ha acogido expresamente como criterio para excluir a las molestias *normales* en materia de vecindad y el legislador lo incluyó como requisito del daño ambiental<sup>31</sup>. Pero las preguntas más difíciles en esta materia se presentan al tratar de discernir la relevancia del daño moral (sobre todo del perjuicio de agrado) como condición de su indemnización.

En todo caso, la consagración constitucional de los *derechos de la personalidad* y su expansión en las últimas décadas provocó un au-

<sup>29</sup> De la *responsabilidad...* cit., p. 212.

<sup>30</sup> Corte de Apelaciones de Concepción, 4-12-2000, confirmada por la Corte Suprema, 5-3-2002, *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (Chile), t. XCIX, sec. 1<sup>a</sup>, p. 27.

<sup>31</sup> Ley 19.300, sobre bases generales del medio ambiente (arts. 2<sup>o</sup>, letra c y 11, letra e).

mento considerable del número de intereses legítimos y relevantes que se protegen por la acción de responsabilidad (lo que influyó sobre todo en la expansión del daño moral).

## 3. "Certidumbre" del daño. La "pérdida de una oportunidad" en el Derecho nacional

La exigencia de la *certidumbre* del daño ha sido utilizada por la jurisprudencia nacional para excluir la reparación de daños puramente hipotéticos. El problema se presenta particularmente en los daños *fortuitos*, respecto de los cuales se exige generalmente una probabilidad razonable de ocurrencia, esto es, que el daño sea la prolongación natural del estado de cosas (como ocurre con el lucro cesante). Por esto, la determinación de la *certidumbre* del daño es una cuestión prudencial y aproximativa, cuya definición es entregada a los jueces sobre la base de la valoración de la probabilidad de la realización del daño. En el Derecho nacional se tiende a considerar que la denominada *pérdida de una oportunidad* constituye un daño eventual y, por tanto, excluida de la reparación en virtud del requisito de la *certidumbre*. La *pérdida de una oportunidad* es la frustración de una expectativa de obtener una ganancia o de evitar una pérdida. Es un perjuicio que se encuentra entre el daño cierto y el daño eventual<sup>32</sup>. La hipótesis es de una víctima que tenía oportunidades de obtener un bien ilícito, destruyó ese potencial de oportunidades. Un ejemplo típico es la imposibilidad de acceder a una profesión cuando la víctima, con estudios avanzados, tenía oportunidades serias de ejercerla<sup>33</sup>. Como en este daño interviene un fuerte elemento aleatorio, su reparación es siempre *parcial*, es decir, no puede ser igual al valor de la ganancia esperada o de la pérdida sufrida, sino a una suma que se obtiene multiplicando el monto de esa ganancia o

<sup>32</sup> Su reparación es admitida ampliamente por la doctrina y jurisprudencia francesa. V. CHABAS, *Cien años...* cit., p. 76.

<sup>33</sup> V. en el Derecho chileno, justificando la indemnización de la *pérdida de una oportunidad* en caso de estudiantes muertos en un accidente: JANA y PEÑA, ob. cit. Acerca de la pérdida de una oportunidad en materia médica, v. TAPIA, Mauricio, *Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales*, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, 2003, vol. XV, p. 104.

pérdida por el porcentaje de oportunidades que tenía la víctima. En la jurisprudencia chilena la pérdida de una oportunidad es una noción tratada implícita y vagamente, en gran medida producto de la confusión de la doctrina. Citando a autores franceses de la primera mitad del siglo XX, que rechazaban o ignoraban esta teoría, Arturo Alessandri sostuvo que la privación de una expectativa no es un daño indemnizable por no ser cierto<sup>34</sup>. Pero esta opinión, en esa época (1943) estaba lejos de ser unánime (como el mismo autor reconoce) y se funda en supuestos equivocados. En primer lugar, para Arturo Alessandri en estos casos no habría una certeza de obtener la ventaja; pero evidentemente si tal certeza existiese correspondería no sólo reparar la pérdida de una oportunidad, sino la integridad del daño. En segundo lugar, los fallos citados por el autor para sostener su posición son las típicas hipótesis en que se rechaza la reparación de la *pérdida de una oportunidad* por existir una probabilidad demasiado baja de obtener la ganancia (como conjeturas sobre una posible vida profesional futura). Por último, el error principal es sostener que en estos casos la víctima tiene derecho a demandar la totalidad de la ganancia perdida, pues la reparación de la *pérdida de una oportunidad* es siempre parcial, corresponde sólo a un porcentaje de la ganancia esperada. Y esta solución parece ser la más adecuada, porque la reparación completa del daño sufrido o la ausencia total de reparación pueden implicar una solución excesivamente injusta para alguna de las partes.

Con excepción de un lúcido comentario de Ramón Domínguez A.<sup>35</sup>, la doctrina chilena moderna no ha contribuido demasiado a disipar las confusiones de la jurisprudencia, que asimila la pérdida de una oportunidad al lucro cesante para rechazar totalmente su reparación<sup>36</sup>. Esto

<sup>34</sup> De la responsabilidad... cit., p. 218.

<sup>35</sup> Consideraciones en torno a la noción de daño... cit., p. 150.

<sup>36</sup> Algunos estudian la *pérdida de una oportunidad* como si fuese un tipo de lucro cesante: v. Pablo Rodríguez, que transcribe, en el capítulo que dedica al lucro cesante, el comentario de Ramón Domínguez A. sobre la pérdida de una oportunidad (*Responsabilidad extracontractual* cit., p. 292). Por su parte, José Luis Díez se refiere a este daño, afirmando que es una noción desconocida actualmente para los tribunales chilenos (*El daño*... cit., ps. 60 y s.). Finalmente, Hernán Corral alude brevemente a algunas reglas de la reparación de este daño formuladas por la doctrina francesa (*Lecciones*... cit., 142).

es un error. Ambos son daños futuros, pero la *pérdida de una oportunidad*, a diferencia del lucro cesante, involucra siempre un fuerte elemento aleatorio y, por esto, justifica la reparación parcial y no completa de la ganancia perdida. Razonando en términos de lucro cesante, como hace la jurisprudencia chilena, se termina inevitablemente por negar a la víctima toda reparación<sup>37</sup>.

#### 4. Carácter "personal" del daño

Sólo la víctima del daño puede demandar la reparación de los perjuicios. Esta regla no excluye la posibilidad que tienen los herederos de la víctima o las víctimas por rebote de exigir la reparación, pues en el primer caso se trata de la misma acción de la víctima y, en el segundo, se está demandando una lesión a un interés personal (el *perjuicio de afección*). Esta regla del daño personal permite excluir la reparación de daños *difusos*, que afectan a un número indeterminado de personas. Para demandar la reparación de estos intereses difusos existen dos modelos en el Derecho Comparado: entregar legalmente la representación de los intereses a algún organismo (sindicatos, asociaciones de consumidores, etcétera), o permitir que las propias víctimas se organicen para exigir la reparación (es el mecanismo de las *célebres class actions*). El Derecho Privado nacional ha sido reacio a reconocer la representación colectiva de intereses y, más aún el mecanismo de las *class actions*, y la regla del carácter personal del interés para exigir la reparación era absoluta hasta hace algunos años. Sin embargo, recientemente el legislador incorporó dos importantes excepciones.

En primer lugar, en la responsabilidad por daño ambiental se ha reconocido en favor de organismos públicos (municipalidades y Estado)

<sup>37</sup> Así, en el caso de un joven y destacado estudiante muerto en un accidente, se demandaron los ingresos que habría recibido trabajando (le faltaban dos años de estudios), tomando en cuenta sus capacidades, relaciones sociales y la esperanza promedio de vida. Una Corte de apelaciones rechazó la reparación de ese *lucro cesante*, por considerar que se trataban de *meras conjeturas*, faltando antecedentes ciertos sobre su capacidad de trabajo y sus posibles actividades futuras. Corte de Apelaciones de Santiago, 26-5-1944, *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (Chile), t. XLJ, sec. 2, p. 41.

una acción para perseguir la reparación del daño causado a la *naturaleza* en general (art. 54, ley 19.300). Pero la acción indemnizatoria por los daños ambientales causados a una persona en particular sigue sometida a las reglas generales de la responsabilidad personal.

En segundo lugar, la reforma de la ley del consumidor (ley 19.955, actuales arts. 50 y s. de la ley 19.496) introdujo un derecho en favor del Servicio Nacional del Consumidor, de las asociaciones de consumidores y de grupos de consumidores (superiores a cincuenta), para entablar acciones en protección del interés de los consumidores de carácter *colectivo* (que afectan derechos de un grupo determinado o determinable de consumidores unidos a un proveedor por un vínculo contractual) o *difuso* (que afectan los derechos de un grupo indeterminado de consumidores).

Finalmente, existen algunas reglas aisladas en leyes especiales que facultan la representación de los intereses colectivos de un grupo de personas para entablar la acción de indemnización, pero su fundamento se encuentra más bien en la figura del *mandato voluntario* (expreso o tácito). Tal es el caso de la representación que puede ser ejercida por las entidades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual (ley 17.336, arts. 96 y 101), por la administración de la quiebra (ley 18.175, art. 67) o por la administración de un condominio (ley 19.537, art. 23).

##### 5. Daño patrimonial

En la práctica nacional se ha generalizado el denominado principio de *reparación íntegra del daño*, de inspiración francesa, y que justifica la indemnización de todos los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales, con el objeto de colocar a la víctima en la situación probable en que se encontraría de no haberse producido el acto ilícito<sup>38</sup>. Este principio presenta varias dificultades de aplicación en materia de daño moral, aunque relativamente pocas tratándose del daño patrimonial. La responsabilidad civil persigue ante todo compensar en dinero la

<sup>38</sup> Este principio fue tempranamente invocado por la jurisprudencia, v. por ejemplo, Corte Suprema, 18-12-1926, *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (Chile), t. XXIV, sec. 1ª, p. 567.

pérdida patrimonial sufrida por la víctima, y a este daño se refieren en esencia las disposiciones del Código Civil.

Según la regla del artículo 1556 del Código Civil —que la jurisprudencia estima categóricamente aplicable a la responsabilidad extracontractual—, el daño patrimonial puede definirse como aquel que tiene valor de mercado, *presente*, en el caso del deterioro o de la destrucción de una cosa corporal y de los gastos incurridos con motivo del accidente (daño emergente) o *futuro*, cuando se pierden ganancias esperadas (lucro cesante). Su determinación se efectúa apreciándolo *in concreto*, analizando el estado anterior y el posterior del patrimonio de la víctima. La indemnización de estos daños patrimoniales está sujeta a una serie de reglas técnicas que la jurisprudencia nacional ha establecido de un modo más bien implícito. Sin embargo, existen también algunos problemas en la práctica nacional respecto de su determinación. Uno importante se refiere al lucro cesante. La jurisprudencia somete con frecuencia la indemnización del lucro cesante a una prueba prácticamente de certidumbre absoluta, lo que termina por excluir injustamente toda reparación a la víctima (o a indemnizarla mediante una noción genérica de daño moral)<sup>39</sup>. Otra pregunta complicada se refiere al *daño puramente patrimonial*, que consiste en pérdidas en dinero directas sin que se haya provocado un daño a un bien o a la integridad física de la víctima. Es el caso de un daño provocado por una información errónea que lleva a adoptar una decisión de negocios equivocada, o los generados por una negociación contractual conducida de mala fe para impedir al otro contratante aprovechar una oportunidad de negocio. La reparación de este daño presenta serias objeciones en el Derecho Comparado, particularmente en los sistemas que no prevén el principio de reparación íntegra del Derecho francés. El argumento es que en una sociedad abierta y competitiva el daño puramente patrimonial parece ser más bien la consecuencia natural de la actuación de los agentes económicos. El límite naturalmente se encuentra impuesto por la intención dolosa o por la vulneración de las buenas prácticas comerciales (que puede entenderse implícita en el concepto

<sup>39</sup> Por ejemplo, entre los innumerables fallos, Corte de Apelaciones de Concepción, 23-8-99, *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (Chile), t. XCVI, sec. 4ª, p. 199.

de buenas costumbres). En la práctica nacional, fundada en la *cláusula general* de responsabilidad prevista por el Código Civil, existen algunas herramientas que puede utilizar la jurisprudencia para limitar la reparación de estos daños. Así ocurre con la exigencia de la certidumbre del daño y el requisito de que éste se encuentre en relación directa con la actividad ilícita del agente.

Pero sin dudas los mayores problemas teóricos y prácticos se plantean en materia de daño moral.

#### 6. Daño moral o extrapatrimonial

La definición amplia de daño reparable del Derecho nacional provocó que la discusión acerca de la reparación del daño moral, así como de los límites de su reparación, haya tenido una evolución bastante tortuosa. El daño moral afecta aspectos de la personalidad no avaluables en dinero, aunque susceptibles de ser comparados entre sí para establecer sus valores relativos. Por esto, la indemnización que se concede a la víctima de un daño moral sólo puede lamentablemente compensar las consecuencias muchas veces irreversibles del accidente con otras satisfacciones que le pueda brindar el dinero. Así, la determinación de los parámetros de valoración del daño moral resulta indispensible desde el punto de vista de los responsables (para medir las consecuencias de sus actos y adoptar las medidas preventivas) y de las víctimas (para conocer los daños que serán cubiertos y poder efectuar gastos en vistas de su recuperación).

La cuestión de la reparación del daño moral ha sido particularmente examinada por la doctrina comparada y nacional en las últimas décadas<sup>40</sup>. Para los fines de este artículo sólo se mencionarán aquí los aspectos más relevantes de su evolución en el Derecho positivo nacional y del estado actual de su tratamiento en la jurisprudencia.

#### 7. Evolución de la reparación del daño moral

En el Derecho Romano, la *ley del talión* fue codificada en la Ley de las XII Tablas, reservándose, sin embargo, la posibilidad de que se

<sup>40</sup> V. en particular, DOMÍNGUEZ H., *El daño moral* cit. En el Derecho francés, v. la excelente síntesis de CHABAS, *Cien años...* cit., p. 79.

convirtiera una solución pacífica mediante una compensación pecuniaria. El Derecho pretoriano extendió tales compensaciones pecuniarias a daños morales sin incidencia física y en la época justinianea ya se admitía la indemnización del daño moral por un amplio número de perjuicios. Como se indicó, las Siete Partidas contienen una definición amplia de daño, que parece comprender la compensación de las lesiones corporales. Sin embargo, los inspiradores de la codificación decimonónica (Domat y Pothier), tal vez sobre la base de un conocimiento imperfecto de las fuentes romanas, ignoraron el daño moral y lo mismo ocurrió en los códigos civiles<sup>41</sup>.

En el siglo XX, la indemnización del daño moral se consolidó en el Derecho Comparado. En algunos sistemas jurídicos se produjo una evolución controlada y atenta a los límites del daño reparable y a los montos de las indemnizaciones, excluyendo el daño moral por rebote, estandarizando los montos de las indemnizaciones, etcétera<sup>42</sup>. Sin embargo, el Derecho francés y varios de los países que han seguido su *principio de reparación integral* conceden indemnización por todo tipo de daños morales, inmediatos y por rebote, introduciendo subdistinciones al interior de cada tipo de perjuicio<sup>43</sup>.

En el caso chileno, el Código Civil no contiene una definición de daño moral y la única norma que indirectamente se refiere a la materia excluye su reparación (art. 2331). Siguiendo a la práctica francesa, en nuestro Derecho el daño moral fue una creación eminentemente jurisprudencial. Desde la entrada en vigencia del Código Civil y hasta principios del siglo XX la jurisprudencia entendía que sólo era indemnizable el daño patrimonial del artículo 1556 y se mostró contraria a

<sup>41</sup> En el Código Civil francés no se considera la reparación del daño moral, aun cuando éste no es excluido expresamente. Sin embargo, desde 1833 la Corte de Casación francesa comenzó a reconocer la procedencia de la indemnización de este daño.

<sup>42</sup> Como ha ocurrido, con varios matices, en el *common law* y en los Derechos español, italiano y alemán.

<sup>43</sup> La lista de daños reparables en el Derecho francés comienza a volverse surrealista cuando se considera que también se ha reparado el sufrimiento moral de una empresa sujeta a un largo proceso, el impacto emocional de recibir una noticia falsa, la decepción que sigue a la creencia de una ganancia ilusoria, el perjuicio de afección por la pérdida de un "animal querido", etc.

conceder una reparación por perjuicios morales (por la imposibilidad de apreciar pecuniariamente derechos o intereses inmateriales). Sin embargo, ello no impidió que algunas sentencias, sobre todo en materia de accidentes causados por tranvías y ferrocarriles, indemnizaran daños corporales con incidencia patrimonial y extrapatrimonial (muerte o lesiones del padre de familia o de un hijo menor), evaluándose los perjuicios en una suma global. El cambio definitivo de la tendencia jurisprudencial se produjo por una sentencia de la Corte Suprema de 1922, que argumenta extensamente en favor de la indemnización del daño moral y cuya relevancia es destacada por la mayor parte de la doctrina nacional<sup>44</sup>. Con posterioridad, la jurisprudencia asumió que el daño moral era indemnizable, agregando ocasionalmente nuevos argumentos. Asimismo, esta corriente jurisprudencial se ha visto atendida por la creciente valoración de los bienes de la personalidad.

En la actualidad, no está en discusión la procedencia de la indemnización del daño moral (incluso en materia contractual), salvo en lo que respecta al que puedan sufrir las *personas jurídicas*. Una sentencia solitaria de la Corte de Concepción (1989) dio lugar a la indemnización del daño moral (honra) de una persona jurídica<sup>45</sup>. Pero la misma Corte

<sup>44</sup> La decisión recayó en un caso de daño moral reflejo sufrido por un padre a consecuencia de la muerte de su hijo de ocho años, atropellado por un tranvía. El fallo sintetiza los argumentos tradicionales para apoyar la reparación del daño moral: a) El artículo 2329 el Código Civil prescribe que "todo daño" debe ser reparado, sin distinguir su naturaleza, comprendiendo "los de orden inmaterial o psíquico"; b) "Que la consideración de que la muerte sea un mal irreparable [...] no excluye la responsabilidad establecida por la ley"; c) Que "la reparación del daño causado, no puede obtenerse en muchos casos de un modo absoluto y para alcanzar una reparación relativa, no existe otro medio que la sanción pecuniaria"; y, d) Que "la falta de equivalencia entre el mal producido y la reparación concedida, y la repugnancia para estimarlo en dinero, no demuestran sino la insuficiencia de los medios", de que dispone el legislador, pero que por ello no se concluye que "deba dejar de aplicarse la sanción [...] como represión o reparación de los actos ilícitos". Corte Suprema, 16-12-1922, *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (Chile), t. XXI, sec. 1ª, p. 1053.

<sup>45</sup> *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, Universidad de Concepción (Concepción, Chile), 1991, N° 190, p. 148. Se trataba del daño moral que sufrió una empresa comercial por el desprestigio que le provocó la publicación en el Boletín Comercial del protesto de una letra de cambio oportunamente pagada. La sentencia parece haber querido castigar una conducta en extremo torpe del banco o indemnizar un lucro cesante difuso.

afirmó, posteriormente, que el crédito o prestigio de las personas jurídicas no tiene la misma jerarquía que el honor u honra de las personas naturales y que no queda protegido por la garantía constitucional<sup>46</sup>. Es imposible detenerse en este punto, pero cabe preguntarse si en vez de forzar la aplicación de un concepto de daño moral desarrollado en atención a las facultades espirituales de las personas naturales, no resulta preferible evaluar el perjuicio de la persona jurídica de acuerdo a los criterios patrimoniales del lucro cesante o de la *pérdida de una oportunidad*. Después de todo, una empresa difamada no pierde en el sentimiento de autoestima, sino que pierde clientes y oportunidades de negocios, que se traducen en lucro cesante y en menor valor de su explotación.

#### 8. Estado actual de la reparación del daño moral en el Derecho nacional

Al menos respecto de las personas naturales, la evolución descrita produjo que en el Derecho nacional se indemnice en la actualidad una amplia variedad de perjuicios extrapatrimoniales. En efecto, la jurisprudencia comenzó a indemnizar el daño moral (década de 1920) sobre la base de una definición próxima al *pretium doloris*, que ha tendido a mantenerse. Esta asimilación no ha impedido, sin embargo, que se conceda ocasionalmente indemnización por daños morales denominados en la práctica comparada (particularmente francesa): *perjuicios estéticos* (como las quemaduras en el rostro o las cicatrices de intervenciones transformadas en necesarias por el accidente), *pérdida de los goces de la vida* o *perjuicio de agrado* (privación de la posibilidad de acceder a estudios, placeres normales, etcétera) y *perjuicio sexual* (imposibilidad, transitoria o permanente, de mantener relaciones sexuales). Por otra parte, varias sentencias consagran implícitamente el denominado *daño corporal*, que constituye más bien una categoría funcional utilizada para agrupar las consecuencias patrimoniales y extrapatrimoniales de atentados a la integridad física o psíquica (para efectos de facilitar su evaluación o su cobertura por seguros). Asimismo-

<sup>46</sup> Corte de Concepción, 17-4-2002, confirmado por la Corte Suprema, *Gaceta Jurídica* (Chile), N° 265, p. 33.



mo, diversos atributos de la personalidad (como la honra, la intimidad, la vida privada o la imagen) o intereses relacionados con la calidad de vida en general (ruidos molestos, malos olores o daños ecológicos) dan también lugar a la reparación. Finalmente, a esta lista debe agregarse el *daño por rebote*, esto es, la reparación del daño patrimonial y moral que sufren los parientes cercanos de la víctima directa lesionada o muerta en el accidente.

En todo caso, la utilización de un concepto de *pretium doloris* de contornos imprecisos, la escasa argumentación de los fallos y la práctica de asignar una indemnización global sin atribuir un valor separado a los distintos perjuicios, provoca que en el Derecho nacional estas categorías resulten en la mayoría de los casos implícitas y que sólo un examen atento de los hechos de la causa permita inferir que se repararon diversos tipos de perjuicios. Por esto, la doctrina nacional contemporánea, deplorando la imprecisa concepción del daño moral de la jurisprudencia, ha instado a que se declare explícitamente cada una de las categorías de daños que se reparan y su evaluación, siguiendo en gran medida la práctica francesa. Esto con el propósito de obtener una argumentación más acabada y una valoración más "objetiva" del daño, obstaculizada por la práctica jurisprudencial de otorgar una indemnización global<sup>47</sup>.

En efecto, una mayor *ventilación* de las categorías de daños que se reparan y su justificación en los hechos de la causa permitiría una comprensión más acabada de las razones que fundan la decisión; facilitaría la construcción de precedentes que tiendan a garantizar una cierta igualdad de tratamiento entre las víctimas; incentivaría los controles de la adecuación de la indemnización al daño; facilitaría la comparación y la normalización de los montos de indemnización; y, finalmente, conduciría a una previsión razonable de los costos de determinados accidentes, estimulando así la reducción de las primas y la expansión del seguro.

Varias razones prácticas detienen una evolución en ese sentido en nuestra jurisprudencia. En primer lugar, la Corte Suprema deja a los

<sup>47</sup> Es la conclusión, por ejemplo, del extenso estudio de DOMÍNGUEZ H., *El daño moral* cit., p. 701.

jueces de fondo la facultad de avaluar libremente los daños morales, prescindiendo incluso de cualquier prueba. De esta forma, no existen incentivos para que las jurisdicciones justifiquen y disgreguen las categorías de daño reparable, pues tienen la certeza de la ausencia de control sobre ese aspecto. En segundo lugar, aquellas jurisdicciones de fondo que ocasionalmente optan por fundar y disgregar el daño reparable artesgan una censura de sus resoluciones al exponer sus fundamentos, cuestión que genera, evidentemente, incentivos a redactar fallos lacónicos. En efecto, con demasiada frecuencia tales jurisdicciones avalúan el perjuicio (sobre todo el daño moral) teniendo en cuenta no sólo la medida del daño, sino que también y de forma indebida: la gravedad o la ligereza de la culpa, los recursos económicos de las partes, la voluntad de ejemplificar, la existencia de un seguro, el simple recurso a la equidad, etcétera. Por lo demás, una escueta resolución esconde muchas veces las dudas de los jueces acerca de la existencia de una relación causal relevante. Más aún, la elevada complejidad técnica de algunos casos de responsabilidad conduce a algunas jurisdicciones a omitir extensas justificaciones que la expongan a cometer errores, contentándose con avaluar globalmente, sobre la base de una mal entendida equidad, la totalidad del perjuicio. En todos estos casos, una acabada justificación y la disgregación de los daños reparados dejaría en evidencia las falencias y haría procedente la causalización del fallo como se indicó.

Según la experiencia comparada, pareciera que la forma más adecuada de disipar estas reticencias y generar incentivos a una mayor justificación y fragmentación de los daños reparables es estimular el uso de *baremos* para algunas categorías de perjuicios<sup>48</sup>. Confeccionados con la ayuda de expertos (médicos, jueces, etcétera) y sobre la base de ciertos antecedentes (precedentes judiciales, pólizas de seguro, etcétera), los *baremos* permiten una cierta valoración objetiva de los daños (sobre todo de los daños corporales). Estas tablas son recogidas por la legislación (como para los accidentes de la circulación en España)

<sup>48</sup> "Baremo" es un galicismo aceptado por la Real Academia (con origen en el nombre del matemático François Barrême), que consiste en un cuadro o lista de tarifas utilizados para avaluar algunos daños (sobre todo corporales).

o constituyen prácticas judiciales respaldadas por publicaciones científicas (como es el caso francés, donde las Cortes de apelaciones poseen tablas indicativas recogidas periódicamente, entre otras, por la *Gazette du Palais*). En ambos casos, los *baremos* obligan a desglosar en las sentencias las categorías de daños reparados y el valor que se les otorga, contribuyendo a la obtención de las ventajas ya descritas (en particular, a una mayor igualdad entre las víctimas, a volver razonablemente previsibles los costos de los accidentes y a estimular el seguro). Evidentemente, su utilización debe acompañarse de una obligación legal o autorización oficial, pues de lo contrario al fallo podría objetarse el recurrir a antecedentes exógenos al mérito de la causa. Con todo, la utilización de *baremos* tiene ciertas limitaciones: la incommensurabilidad de los bienes de la personalidad que se intenta evaluar, la complejidad y la diversidad de los diversos casos de responsabilidad, y el consiguiente riesgo de arbitrariedad.

Por otra parte, debe tenerse también presente que la fragmentación del daño moral en diversas categorías y subcategorías tiene un grado de artificialidad, pues los bienes de la personalidad, a diferencia de los patrimoniales, poseen una naturaleza que impide divisiones demasiado categóricas<sup>49</sup>. Es así que una citafriz (*perjuicio estético*) se puede traducir esencialmente en una pérdida de la autoestima (*perjuicio de agrado*) y en sufrimientos físicos y morales (*perjuicio doloris*); que la mutilación de un órgano sexual (*perjuicio sexual*) genera sufrimientos (*perjuicio doloris*) y perturba el desarrollo social del individuo (*perjuicio de agrado*); etcétera. De esta forma, el riesgo que se corre, una vez asumida la práctica de fragmentar el daño, es que su aplicación excesivamente formalista conduzca a la reparación de un daño que ya ha sido en virtud de otra categoría, vulnerando el principio que prohíbe conceder una indemnización por un daño ya reparado y generando también otros efectos negativos (como el desincentivo de ciertas actividades, el aumento del costo de los seguros o el retiro de las aseguradoras de algunas áreas). Este fenómeno puede constatarse claramente en la noción de *perjuicio de agrado*. En Francia, por ejemplo,

<sup>49</sup> Una crítica a esta fragmentación en MAZEAUD, Henri, Léon y Jean, y CHABAS, François, *Leçons de Droit Civil. Obligations. Théorie générale*, 9ª ed. de François Chabas, Montchrestien, Paris, 1998, t. 2, vol. 1, p. 425.

una tendencia jurisprudencial ha expandido las fronteras de este perjuicio (todos los placeres normales de la vida), a tal punto que su noción ha llegado a absorber casi por completo al daño corporal<sup>50</sup>. Aunque esta evolución se inspire en Francia en las particularidades de su régimen de cobertura social, muestra de todas formas el nivel de elasticidad de estos conceptos y la cercanía entre las diversas categorías de daño<sup>51</sup>. Por esto, en el Derecho chileno, Enrique Barros, acentuando la artificialidad de esta fragmentación, ha propuesto distinguir —de una manera bastante original y con el propósito de reducir el espectro de daños reparables— el daño moral derivado del daño corporal en dos categorías esenciales, emulando lo que ocurre en materia patrimonial: la aflicción física y moral, y la pérdida de los placeres de la vida<sup>52</sup>.

La práctica de los *baremos* mencionada, al asignar tarifas a perjuicios precisamente descritos (un brazo roto, un dedo cortado, etcétera), permite disminuir el riesgo de doble indemnización. Sin embargo, la principal herramienta para evitar este riesgo sigue siendo la adecuada justificación de las decisiones judiciales, que permite verificar la singularidad de los daños reparados, comparar su valoración y posibilitar su control por instancias superiores.

#### D. Ejercicio de la acción de responsabilidad civil

##### 1. Generalidades

Las tres nociones descritas (culpa, causalidad y daño) determinan las condiciones de aplicación de la responsabilidad civil. Sin embargo, el ejercicio de la acción de responsabilidad civil también ha sido objeto de varios cambios en estos ciento cincuenta años de historia, que han

<sup>50</sup> V. CHABAS, *Cien años...* cit., p. 79.

<sup>51</sup> Según una ley francesa (1973) la víctima, aun recibiendo prestaciones de terceros pagadores (seguros o cajas sociales), conserva una acción para perseguir al responsable sobre la parte del perjuicio de carácter "personal". Para aumentar las posibilidades de reparación de la víctima, la jurisprudencia ha interpretado cada vez más extensivamente ese perjuicio "personal", en particular, su componente de contornos más ambiguos: el *perjuicio de agrado*.

<sup>52</sup> Ob. cit.

sido detenidamente estudiados en las obras generales sobre la materia<sup>53</sup>. Esta evolución ha afectado también a dos acciones vinculadas con la acción de indemnización: la destinada a prevenir un daño contingente y la que persigue reparar en naturaleza el perjuicio sufrido.

En cuanto a la prevención del daño, debe tenerse presente que junto a las antiguas acciones posesorias y a la acción por daño contingente que concede el Código Civil (arts. 939, 932, 2333 y 2334), el recurso de protección ha constituido en la actualidad una herramienta adicional para prevenir o evitar el agravamiento de un daño, manteniendo el estado de cosas hasta el pronunciamiento de fondo de los tribunales. Varios han hecho presentes los excesos en la utilización del recurso de protección en materia civil, y cómo su empleo se explica por la ausencia en el Derecho nacional de una acción de urgencia adecuada para estas situaciones. En todo caso, es importante destacar el rol del recurso de protección en la prevención de daños en el Derecho actual, que en gran medida responde a una preocupación presente también en el Derecho Comparado.

En cuanto a la reparación en naturaleza, sólo debe destacarse que ésta es una opción de la víctima en el Derecho nacional, no importando que su realización sea significativamente más gravosa para el agente que la indemnización de perjuicios (el solo límite podría encontrarse en el *abuso de derecho*).

Finalmente, en cuanto a la acción de indemnización de perjuicios, la legislación nacional no contempla ni la reajustabilidad ni la producción de intereses por la deuda de reparación. Originalmente, sin los graves problemas de inflación del siglo XX, este vacío no resultaba tan grave. La evolución económica condujo a la jurisprudencia, desde la década de 1970 y fundada en el principio de reparación integral, a conceder reajustes e intereses por la deuda de reparación. Sin embargo, la jurisprudencia ha tenido serios problemas para fijar el momento preciso en que éstos comienzan a devengarse y en el instante en que se detienen. En cuanto a la fecha de inicio, se han sostenido como criterio: la época del ilícito, la presentación o notificación de la de-

<sup>53</sup> V. por ejemplo, ALESSANDRI S., *De la responsabilidad...* cit., p. 451; DIEZ, *El daño...* cit., p. 151; CORRAL, *Lecciones...* cit., p. 315.

manda, la dictación del fallo de instancia o de alzada, el momento en que queda ejecutoriada la sentencia, etcétera. En cuanto a la fecha de término, se afirma que ella corresponde a la del fallo definitivo, al día de la liquidación por el secretario del tribunal, al momento del pago efectivo, etcétera. Frente a estas vacilaciones, pareciera preferible distinguir entre los daños patrimoniales y los morales para los efectos del cálculo. En términos muy generales, la naturaleza de los primeros puede servir de argumento para que comiencen a devengarse desde su requerimiento y la de los segundos justifica que corran desde que son evaluados judicialmente por la sentencia; corriendo unos y otros hasta el pago efectivo<sup>54</sup>.

<sup>54</sup> V. Sobre estas cuestiones el análisis de DIEZ S., *El daño...* cit., p. 192 y 258.