

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA VALORIZACIÓN DE LOS DAÑOS EXTRACONTRACTUALES

Juan Ignacio Contardo González

Profesor de Derecho Civil
Universidad Adolfo Ibáñez

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los temas más complicados en la responsabilidad civil consiste en la valorización de los daños o de determinación del quantum indemnizatorio. Una cosa consiste en probar en juicio por parte de la víctima que ha sufrido un daño, y que es una carga suya toda vez que de no acreditarse se rechazará la demanda indemnizatoria; y, cosa distinta, es la valoración o avaluación de los daños, que queda entregada en último término, al juez y que procederá una vez que la víctima haya probado todos los elementos de la responsabilidad civil en juicio.

Señalamos que toca al juez siempre valorizarlos, no obstante el actor lo haga en su demanda, o bien lo haga el demandado, intentando reducir o limitar la indemnización. Se trata de una facultad *privativa* del juez quien, de existir una sobreestimación de los daños por parte del actor deberá rechazar la demanda indemnizatoria, a menos que se haya dejado, en la parte petitoria, la facultad de regular prudencialmente los daños al mismo. Lo anterior no significa que el juez sea completamente libre en la avaluación de los daños. De hecho, la ley contempla una orden al juez para valorizarlos en el art. 2329 CC: "Por regla general *todo daño* que pueda imputarse a malicia o negligencia de una persona debe ser reparado por ésta". El juez por tanto debe valorizar los daños de manera que la víctima del hecho ilícito quede indemne, dentro de lo posible, no mejorando su situación anterior al hecho dañoso, y no desmejorándola de manera que no se satisfaga su pretensión.

Para efectos de esta exposición dividiremos el tema en dos partes: la valorización de los daños patrimoniales, y la valorización de los daños extrapatrimoniales.

La denominación daño patrimonial alude a lo que la doctrina tradicionalmente denomina daño material. Hoy día, suele hablarse de daño patrimonial, en oposición al extrapatrimonial, ya que en doctrina se distinguen otros daños extrapatrimoniales distintos del daño moral, y por tanto, es necesario que deban clasificarse estos daños dentro de una categoría más amplia. Así los daños extrapatrimoniales, aquellos de difícil estimación pecuniaria, se subclasifican en personales, aquellos que afectan a la persona humana y sus atributos (como el daño corporal que clásicamente ha sido clasificado dentro del daño material¹), y no personales que recaen en otros intereses o atributos extrapatrimoniales².

II. VALORIZACIÓN DE LOS DAÑOS PATRIMONIALES

Tradicionalmente, se ha señalado que los daños materiales o patrimoniales, según la moderna clasificación, se dividen en daño emergente y lucro cesante. Aunque el Código Civil en el Título XXXV del libro IV no hace tal distinción, la doctrina no ve inconveniente en hacer aplicable el artículo 1556 del mismo cuerpo legal a este respecto³. Dividiremos el tratamiento en estos puntos.

1. Valorización del daño emergente

En general, se dice que el daño emergente es la pérdida efectiva del patrimonio a consecuencia del hecho ilícito. RODRÍGUEZ GREZ

¹ Vid., en este sentido, ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO, *La responsabilidad extra-contractual en el derecho civil chileno*, Tomo I, Editorial Jurídica Ediar – Conosur, Santiago de Chile, 1983, pp.221-224; DIEZ SCHWERTER, JOSÉ LUIS, *El daño extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, reimpresión de la primera edición, 1997, pp. 77-79.

² En este sentido, COURT MURASSO, EDUARDO, *Daño corporal y moral: bases constitucionales de su reparación*, en AAVV, *La constitucionalización del Derecho Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2003, pp. 105-106.

³ En este sentido CORRAL TALCIANI, HERNAN, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2003, p.148; RODRÍGUEZ GREZ, PABLO, *Responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2002, p. 290.

señala que en definitiva consiste en “la diferencia que se produce en el activo del patrimonio de una persona, como consecuencia del ilícito civil, entre su valor original (anterior al hecho que reprocha) y el valor actual (posterior al mismo hecho)”⁴.

Normalmente esta será la partida indemnizatoria más fácil de valorar y se tomarán en cuenta las pruebas presentadas en juicio apreciadas de la forma que ordene la ley. Así, por ejemplo, si una persona ha sufrido a consecuencia de un atropello el quiebre de su pierna, se tomará en cuenta los antecedentes que acrediten los gastos médicos para su curación. O bien, en un accidente de automóviles, el valor de los daños que sufrió será apreciado normalmente por peritos.

Dos interrogantes se pueden presentar en este punto.

- a) ¿Hasta que momento debe apreciarse el daño emergente como daño actual y no futuro? (lo cual no implica que el daño futuro no sea indemnizado). Un ejemplo: una persona sufre un accidente de automóviles que lo obliga a permanecer en un centro médico o rehabilitación más tiempo del que dura el juicio. Cuatro son las posibilidades: Al momento de la producción del hecho ilícito, al momento en que se produjeron los daños (que no necesariamente se presentan al mismo momento que el ilícito), a la fecha de presentación de la demanda o al momento de la sentencia. Nos inclinamos por la segunda de las opciones, esto es, el momento de la producción del daño, ya que éste es el momento en que el daño genera todas sus consecuencias⁵.
- b) ¿Qué criterio debe aplicarse en relación a la desvalorización de la cosa, no obstante su reparación? Hay dos posiciones al respecto: la desvalorización de la cosa se trata de un daño indirecto y por tanto no debe ser indemnizado, o bien, todo lo contrario: debe tenerse en cuenta al momento de valorizar los daños. Compartimos la segunda posición ya que se trata, por medio de la indemnización, de colocar a la víctima en el mismo estado como si no hubiera sufrido el daño, y obviamente la desvalorización de la cosa perjudica a la víctima, quien si quiere vender, por ejemplo, un automóvil chocado pero reparado, no

⁴ Ibidem. P. 291.

⁵ En el mismo sentido, DOMÍNGUEZ ÁGUILA, RAMÓN, *El daño en el derecho civil chileno*, en Revista Anales Derecho UC, Legis, 1, agosto 2006, p. 263.

obtendrá el mismo precio como si no hubiese sufrido tal accidente⁶.

2. Valorización del lucro cesante

A. Del lucro cesante en general.

Conjuntamente con la valoración de los daños extrapatrimoniales, este punto es de mayor interés e importancia práctica. El lucro cesante se ha definido como la “frustración de una legítima utilidad que hubiera incrementado el patrimonio de no haber sucedido el hecho dañoso”⁷. A este concepto también creemos que debe agregarse el hecho de que puede consistir el daño en la frustración de evitar una pérdida o gasto, que obviamente también es una forma de disminuir el patrimonio de una persona, y que no se ha producido.

Tradicionalmente se ha señalado que el lucro cesante se trata de un daño futuro, pero ELORRIAGA DE BONIS es de la opinión de que debe distinguirse entre daño emergente pasado y futuro⁸. El daño emergente pasado estaría constituido por las “ganancias o utilidades frustradas con anterioridad al proceso judicial, concretamente hasta antes de la sentencia”⁹; y el futuro “aquel que se produce más allá de la conclusión del proceso”¹⁰. Conuerdo con el autor, salvo en cuanto al momento de apreciación, que en nuestra opinión es la presentación de la demanda, ya que a tal momento se fija la pretensión indemnizatoria.

Respecto del elemento certeza que debe tener todo daño, la doctrina entiende que debe ser aplicado con más laxitud ya que es imposible determinar con toda exactitud los daños que en el futuro

⁶ En este sentido, ABELIUK MANASEVICH, RENÉ, *Las obligaciones*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, tercera edición, 1993. CORRAL TALCIANI, ob. cit., p. 149, cita jurisprudencia en este sentido.

⁷ CORRAL TALCIANI, ob. cit. p. 148.

⁸ Esto implica necesariamente que, al hablar de los daños patrimoniales, deban subclasificarse en daños pasados y daños futuros, y dentro de los primeros distinguir entre el daño emergente y lucro cesante pasado, quedando los daños futuros limitados al daño emergente futuro.

⁹ ELORRIAGA DE BONIS, FABIÁN, *Daño físico y lucro cesante*, en AAVV, *Derecho de Daños*, Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2002, p. 58

¹⁰ *Ibidem*.

sobrevendrán¹¹, bastando un juicio de probabilidad¹². Nuestra jurisprudencia no lo ha entendido siempre así¹³.

B. Criterios de evaluación del lucro cesante.

Ahora, ¿qué criterios pueden aplicarse para la indemnización del lucro cesante? En nuestro concepto debemos distinguir dos situaciones. En primer lugar, tratándose de privación de utilidades ciertas que se obtendrán en un tiempo determinado, debe indemnizarse el importe total de ellas. Así por ejemplo, si un sujeto a consecuencia de un accidente no puede seguir desempeñando una faena respecto de la cual se le paga por días de actividad, debe indemnizarse todos aquellos días que la víctima no pudo trabajar.

Pero puede suceder que se prive a la víctima de utilidades que puedan obtenerse en un tiempo indeterminado o que se prive a la víctima de la posibilidad cierta (que no se trate de las pérdidas de chances u oportunidades¹⁴) de obtener utilidades futuras y que no pueda determinarse su efectividad a ciencia cierta. En nuestra

¹¹ En este sentido DOMÍNGUEZ AGUILA, RAMÓN, *Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad. Una visión comparatista*, Revista de Derecho Universidad de Concepción, N° 188, año LVIII, Julio-Diciembre 1990, p. 148-149; ELORRIAGA DE BONIS, ob. cit., p. 63; RODRÍGUEZ GREZ, ob. cit., p. 294.

¹² En este sentido, ELORRIAGA DE BONIS, ob. cit., p. 63-66. En el mismo sentido JAIME SANTOS BRIZ (*La responsabilidad Civil*, Tomo I, Montecorvo, Madrid, España, séptima edición, 1993, pp. 290-291) expresa que "principio básico para la determinación del lucro cesante es que éste se delimite por un *juicio de probabilidad*". A diferencia del daño emergente, real y efectivo, el *lucrum cessans* se apoya en la presunción de cómo habrían sucedido los acontecimientos en caso de no haber tenido lugar el acontecimiento dañoso. Ese juicio de probabilidad plantea el problema del momento en que ha de hacerse, por quién ha de ser hecho y con qué criterio ha de hacerlo. En cuanto al primer punto, también a diferencia del daño emergente que se produce en el momento en que se causa, para el lucro cesante ha de esperarse el curso posterior de los sucesos. Este pronóstico ulterior nos ha de llevar a concretar un interés cierto del perjudicado, ya que no pueden protegerse intereses inseguros o inciertos, pero cuidando de no exigir una certeza absoluta incompatible con el concepto de «ganancia frustrada». Como dice el § 252, p. 2, del Código alemán, ha de tratarse de una ganancia frustrada que, con cierta probabilidad, fuera de esperar según el curso normal (ulterior) de las cosas o de las circunstancias del caso concreto".

¹³ Vid. *infra* 2.2.4.

¹⁴ Sobre las pérdidas de chances u oportunidades vid. CONTARDO GONZÁLEZ, JUAN IGNACIO, *La pérdida de chances u oportunidades*, en Revista de Derecho de la Empresa, Legis, Santiago de Chile, N° 4, octubre – diciembre 2005.

opinión, debemos distinguir entre el daño a las cosas y daños a las personas que afecten a la víctima la obtención de un lucro futuro.

Tratándose de daños en las cosas, como si por ejemplo un taxista que a consecuencia de un accidente de automóviles no puede desarrollar su actividad profesional ya que su herramienta de trabajo, el automóvil, resultó con pérdida total, o bien, todos los días en que el automóvil debe pasar en el taller mecánico, si sus daños son menores. No puede determinarse con exactitud cuáles serán los ingresos que obtendrá dicho taxista por concepto de su actividad, ya que son variables día a día. A priori, el único criterio aplicable a esta situación es el de la prudencia que implican dos elementos fundamentales: "el desarrollo normal de una relación causal (que determina la causa y los efectos posteriores), y la no interferencia de hechos ordinarios, conforme el curso natural y razonablemente previsible de las cosas"¹⁵. En todo caso, parecería un criterio razonable obtener un promedio de las remuneraciones diarias en un período de tiempo moderado de tiempo para poder estimar cuál ha sido el probable lucro cesante que debe ser indemnizado.

Tratándose de daños a las personas, la situación es bastante más complicada, como en el caso de lesiones físicas que impiden de forma total o parcial, temporal o perpetua (por ejemplo si la víctima resulta de un accidente parapléjica, tetrapléjica, o resultan daños graves permanentes en su motricidad, actividad cerebral, etc.), el desempeño de una actividad profesional remunerada, o bien en caso de evaluación de la indemnización que reclaman aquellos a quienes les causa perjuicio la muerte de una persona.

Se han dado varios criterios que permiten dirigir de una manera *relativamente* justa el asunto, y con *ciertos* grados de paridad.

Por una parte, puede ser aplicable el denominado *método multiplicador* que consiste en multiplicar los ingresos anuales de la víctima por el número de años que le quedan por vivir o sufrir el daño afectado. Se modera la indemnización por aquella cantidad que la víctima puede obtener por su cuenta atendido su grado de incapacidad¹⁶. Varios problemas se presentan en este punto:

- a) En primer lugar, en relación al descuento por grado de incapacidad funcional, éste no siempre incide en la capacidad

¹⁵ RODRÍGUEZ GREZ, ob. cit., p. 293.

¹⁶ ELORRIAGA DE BONIS, FABIÁN, *Configuración, consecuencias y valoración de los daños corporales*, Cuadernos Jurídicos Universidad Adolfo Ibáñez, N°1, p. 23.

para producir ingresos¹⁷. Así, una persona que ha sufrido disfuncionalidad de una o ambas piernas y su empleo consiste principalmente en estar sentado frente a un computador, no le afectará *mayormente* su incapacidad en el trabajo (en cuanto a productividad frente a dicho computador, sin perjuicio de producir otras molestias, como acudir al lugar de almuerzo, poder alcanzar ciertas repisas, entre otros). Por otro lado, hay ciertos niveles de incapacidad, que si bien no son totales, pueden hacer que la víctima no pueda desarrollarse en aquella actividad en que se desempeñaba. Así, un escultor que ha perdido ciertos elementos de motricidad, aunque no son esenciales para cualquier trabajo, imposibilitan la continuación de éste en las mismas circunstancias que antes del hecho dañoso, e incluso podrían impedir totalmente poder retomarlo. Además, debe apreciarse razonablemente el grado de incapacidad ya que muchas veces la víctima no tiene los medios o habilidades para tomar otro trabajo de acuerdo a su nueva posición, atendidos sus conocimientos y habilidades, como el de un escultor o pintor que ha perdido alguno de sus brazos, o la destreza o movilidad de ellos. En estos casos, creemos que debe tomarse una incapacidad del cien por ciento o cercana a dicho porcentaje.

- b) En segundo lugar, en cuanto a los ingresos anuales, se ha señalado que no es una medida concreta para determinar esta indemnización, ya que no todos los ingresos de una persona van destinados directamente a su familia o satisfacción personal (como si por ejemplo debe pagar gastos de oficina o es asiduo a ir al casino) y por otro lado hay ciertas labores personales de un sujeto de las cuales no recibe remuneración, pero que normalmente son pagadas, como en el caso de una persona que además de su trabajo remunerado se dedica al cuidado de su hogar o realiza tareas benéficas. También debe ser tomado en cuenta, en caso de una persona lesionada, los gastos que sobrevendrán en cuanto a su rehabilitación, medicinas, y las necesidades que se impondrán para adecuarse su nueva condición, como en el caso de un parapléjico que debe adecuar su hogar o lugar de trabajo a sus nuevas exigencias¹⁸, o en

¹⁷ Ibídem.

¹⁸ En este punto hemos seguido, con matices, a IRIBARNE, HECTOR P., *Conocimiento y cálculo matemático en la determinación de indemnizaciones por daños a la persona*, en AAVV, *Derecho de daños*, Ediciones La Roca, Buenos Aires, Argentina, 1996, p. 203.

expensas especiales si es que quiere tomar vacaciones¹⁹, que si bien no la privan de obtener un lucro legítimo futuro, implicarán, necesariamente, una disminución de su patrimonio que de no haber mediado el hecho ilícito, no deberían realizarse.

- c) Este cálculo podría implicar además tomar en consideración la expectativa de vida de una persona si las lesiones o enfermedades causadas por el hecho dañoso la reducen²⁰.
- d) Si la sentencia ordena pagar la indemnización en una sola suma, debe deducirse de ella una cantidad correspondiente al beneficio que le representa para la víctima recibir todo el importe de manera que puede aprovecharse de los intereses hacia el futuro²¹.

Un segundo método aplicable es el denominado *método matemático* en que se multiplica el porcentaje de incapacidad profesional de la víctima por su renta anual anterior al accidente²². Es muy similar al sistema anterior y se aprecian los mismos problemas.

Una tercera forma de cálculo es el método del *capital rentable*. Consiste en colocar un capital a interés o en el mercado que genere un rédito capaz de generar una utilidad equivalente a los ingresos del lesionado. Presenta varios inconvenientes, como que los cálculos matemáticos resultan más difíciles, la colocación misma del dinero en el mercado, las vicisitudes del mercado²³, y principalmente que el capital puesto a interés que es parte de la indemnización, no se amortiza²⁴. Por ello, hay sistemas que tratan de solucionar este último problema como el método matemático financiero y el método del capital presente²⁵.

¹⁹ ANDREWS, PETER, y TERRY LEE, *Catastrophic Injuries: A Practical Guide to Compensation*, Sweet and Maxwell, Londres, Inglaterra, 1997, p.176.

²⁰ *Ibidem.*, p. 102.

²¹ Sobre la situación en el derecho inglés vid., *ibidem.*, p.109 y ss.

²² ELORRIAGA DE BONIS, *Configuración...*, ob. cit., p. 24.

²³ *Ibidem.*

²⁴ ELORRIAGA DE BONIS, *Daño físico*, ob. cit., p. 97.

²⁵ Vid. *ibidem.*, pp. 97 y ss.

C. Algunos criterios comunes.

Cualquiera sea la elección del método aplicable, es necesario tener en consideración las circunstancias siguientes:

- a) Situación de las personas que no realizan un trabajo, como los menores de edad, estudiantes universitarios, personas que han destinado un tiempo de sus vidas a beneficencia antes de salir a trabajar, cesantes, personas que realizan actividades que normalmente son remuneradas pero en el hecho no la recibe como en es el caso de las personas que trabajan en las labores del hogar: ¿Tienen estas personas derecho a reclamar lucro cesante? Si la respuesta es afirmativa, ¿qué criterio puede aplicarse a dicho cálculo? Y si la respuesta es negativa ¿tienen derecho a reclamar otra clase de perjuicios patrimoniales?

Respecto a los menores de edad, la situación como puede apreciarse es muy complicada, ya que normalmente no tienen remuneración, o si la tienen se tratará, en la inmensa mayoría de los casos, de remuneraciones, secundarias que tienen por objeto la ayuda de sus padres, tener un ingreso propio para solventar sus necesidades de recreación, ahorro, etc., pero que en ningún caso determinan con seriedad que ellas constituirán su ingreso principal futuro. Se han esbozado como respuestas tratar el tema en concreto, a la prudencia del juez atendiendo a todas las circunstancias que lo rodean, como las consecuencias del accidente, edad, sexo, condición, etc.; o bien, aplicar criterios abstractos como valores estadísticos de salarios promedio, sin perjuicio de la existencia de baremos, y no obstante la corrección que pueda hacer el juez²⁶. Nuestra posición al respecto es que, en este caso, no hay lucro cesante en estricto²⁷, lo cual no implica dejar sin indemnización a la

²⁶ ELORRIAGA DE BONIS, *Daño físico...*, ob. cit., pp. 78-79.

²⁷ A este respecto, la Corte de Apelaciones de Antofagasta, en causa sobre indemnización de perjuicios por contaminación ambiental señaló que "hay que reiterar al respecto que los padres no tienen la calidad de demandantes y se ha definido el lucro cesante como aquel incremento neto que probablemente habría tenido el patrimonio del afectado, de no haber ocurrido el hecho que genera responsabilidad. Se trata de una probabilidad que obedece a una proyección normal del curso de los acontecimientos, atendidas las circunstancias particulares de la víctima, lo que naturalmente no se da respecto de los menores ni aparece de los antecedentes probatorios allegados a la causa, que sus padres -que no son demandantes- deban dedicarse exclusivamente al cuidado de sus hijos por el lapso de 15 años, o por toda la vida". Lexisnexis, jurisprudencia online, número identificador lexisnexis 26734. [*La cursiva es nuestra*].

víctima. Si el papel de la indemnización de perjuicios consiste en intentar dejar a la víctima en el mismo estado como si no hubiese sufrido el daño, creemos que la indemnización por daño patrimonial debe cubrir todo aquello que importe la colocación en un estado "normal" a la víctima, como el pago de instituciones especiales de educación y rehabilitación, y además el costo adicional que sufre la víctima de afrontar el mercado laboral en condiciones desventajosas, siempre que el grado de incapacidad no sea absoluto y sin perjuicio de la indemnización por pérdida de una chance. En caso de imposibilidad absoluta, sólo cabría indemnización por pérdida de una chance, o bien reducir el tema al daño moral²⁸.

Un caso, al parecer, similar al anterior lo encontramos frente a la situación de los estudiantes universitarios o técnicos. La diferencia es que en estas situaciones la víctima ya ha tomado un posible camino laboral en su vida, como si una persona ha estudiado medicina, *lo normal* será que se desempeñe como médico. ZAVALA DE GONZÁLEZ²⁹, opina que el tema podría derivar a las pérdidas de chances, más que de lucro cesante, que en todo caso sería excepcionalmente procedente si la obtención del título profesional es altamente probable. A nuestro entender la situación no difiere mucho de aquellas personas que no realizan una actividad remunerada pero tienen un título profesional, aunque no se dediquen a la actividad propia de sus estudios profesionales o técnicos.

En el caso de aquellas personas que realizan actividades no remuneradas pero que normalmente lo son, como los que realizan trabajos domésticos, se han planteado básicamente dos soluciones. Por una parte aplicar el método de sustitución, esto es determinar cuánto vale dicho trabajo en el mercado; y por otra parte el coste de oportunidad que consiste en determinar el valor de lo que se percibiría en una actividad distinta remunerada, teniendo en consideración lo que se renuncia al realizar esta actividad no remunerada, como el caso de una dueña de casa que renuncia a un trabajo por dedicarse al

²⁸ Lo cual implica, lamentablemente, y como última opción acudir a una indemnización en bloque o en globo que nos referiremos en *infra* 3.

²⁹ ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, *Resarcimiento de daños*, tomo 2^a, Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, tercera reimpresión de la segunda edición, 1996, p. 334.

cuidado del hogar³⁰. La primera opción nos parece la más correcta, en el entendido que si a consecuencia de un hecho dañoso la persona no puede seguir realizando dicha actividad (temporal o perpetuamente, total o parcialmente), deberá contratar otra persona o personas que realicen la misma actividad, avaluándose la indemnización de acuerdo a las características propias de dicha actividad, y que en último término consistirá en la pérdida futura de una parte de su patrimonio. La otra posición implicaría indemnizar daños hipotéticos o eventuales³¹.

- b) Determinación de la base de cálculo respecto de aquellas personas que no tienen una remuneración fija, como en el caso de los trabajadores independientes, profesionales liberales, aquellos que reciben comisiones, o empresarios. En todos estos casos, en que la remuneración es variable, el criterio aplicable debería ser el promedio de sus remuneraciones dentro de un espacio razonable de tiempo, como el año anterior al hecho que produjo el daño.
- c) Tratándose de lesiones que causan daños permanentes no recuperables, o bien de muerte ¿cual es el período de tiempo que debe tomarse en consideración? Si se trata de un hecho que causa incapacidad temporal, debe tomarse necesariamente el tiempo que dura esa incapacidad. Pero el problema se presenta cuando el daño es de carácter permanente. Una posible solución consiste en basar la indemnización atendiendo la vida útil productiva de la víctima, asociado a la edad de jubilación. Otro criterio consiste en basar el lucro cesante en la *esperanza* de vida productiva de la víctima, que puede ser mayor o incluso menor al de jubilación³². Nos inclinamos, por la aplicación de un criterio uniforme, que consista en la vida útil consagrada por la legislación, esto es, la edad de jubilación. Lo normal es que las personas laboren hasta dicha edad, sin perjuicio de aquellas personas que en razón de su oficio la ley las obligue a jubilar anticipadamente. Lo contrario implicaría suponer que una persona tendrá vida laboral más allá de lo normal, suposición que es más extrema que conjeturar sobre el supuesto de que la víctima no llegará efectivamente a vivir

³⁰ VICENTE DOMINGO, ELENA, *Los daños corporales: Tipología y valoración*, José María Bosh editor, Barcelona, España, 1994, p. 288.

³¹ En el mismo sentido, *ibidem*. p. 290.

³² Vid. ELORRIAGA DE BONIS, *Daño físico...*, ob. cit. pp. 89-91.

todos esos años³³, cuestión que al momento de la sentencia no puede apreciarse a priori. Además, en caso de muerte de la víctima a consecuencia del hecho dañoso, cabría solamente suponer, que ella habría trabajado hasta dicha edad, que es lo normal.

Ahora, ¿y si reclama la indemnización aquellas personas que tienen legitimación activa para ello distintas de la víctima? Hay que tener en consideración algunas circunstancias especiales. En primer lugar, es necesario atender a la dependencia económica del actor respecto de la víctima. Sólo lo que recibía de la víctima constituirá su lucro cesante. En segundo lugar, debe tenerse en consideración los presuntos gastos propios del occiso³⁴. En tercer lugar, la edad de los actores. Si son mayores que la víctima, debe tenerse en consideración la expectativa de vida de los demandantes³⁵. Ahora si son menores, como el caso de los hijos, un criterio aplicable sería determinar la edad respecto de la cual pueden pedir alimentos legales³⁶.

D. Jurisprudencia chilena reciente.

En Chile, la jurisprudencia ha sido, en general, renuente a otorgar indemnizaciones por lucro cesante. Pasaremos a comentar algunas sentencias recientes.

Un juez de primera instancia de Rancagua en una causa en que los demandantes, herederos de la occiso, víctima de accidente del tránsito, de 32 años de edad, mediante el método multiplicador solicitan al tribunal, por lucro cesante, la cantidad de \$106.500.488, fallando en definitiva que *“sin embargo, resulta excesivo extender el lucro cesante a 33 años, ya que nada garantizaba que podía mantener su trabajo por tal lapso e incluso vivir durante el mismo tiempo,* de manera que tomando en consideración dichas circunstancias y además el haberse expuesto imprudentemente al daño, sólo cabe regular una indemnización por lucro cesante con la suma de \$ 3.310.896 esto es, por un año de trabajo, a razón de \$ 275.908,00

³³ Teniendo en consideración que la expectativa de vida de las personas ha aumentado progresivamente durante el último siglo, y se presume que seguirá aumentando, atendidos los avances de la ciencia.

³⁴ Vid. ELORRIAGA DE BONIS, *Daño físico...*, ob. cit., p. 87

³⁵ *Ibidem*, p. 81.

³⁶ *Ibidem*, p. 82.

mensuales". En lo tocante al lucro cesante, la sentencia quedó incólume en los tribunales superiores³⁷. Habiendo comentado algunas líneas atrás los problemas que presenta la determinación del lucro cesante a través del método multiplicador, en este caso el tribunal también acude a él, pero sólo por un año de vida útil disminuyendo la indemnización por aplicación del artículo 2330 del Código Civil ya que el occiso manejaba su motocicleta a exceso de velocidad y en estado de ebriedad. No se entiende cuál es el parámetro al que acude el tribunal para rebajar o "regular" la indemnización solicitada bajo este concepto, más allá de citar el referido precepto.

En una sentencia recaída en juicio laboral por accidente del trabajo el tribunal de primera instancia señala que "oportuno es consignar que la determinación del lucro cesante debe corresponder u obedecer a criterios objetivos y comprobados, y en la especie, si bien es cierto se ha establecido la entidad de las lesiones sufridas por el actor, no lo es menos que no se ha rendido prueba alguna en orden a acreditar, por lo menos, el grado de incapacidad o invalidez que como secuela del accidente se habría producido al actor y por ende una disminución de su capacidad de ganancias, no resultando útiles al efecto las pretensiones basadas en posibilidades. Por lo expuesto, se rechazará la petición por concepto de lucro cesante". No obstante lo anterior, consta en el considerando vigésimo primero de la sentencia de primera instancia que la demandante rindió prueba pericial en que se concluyó que el trabajador presentó una discapacidad de 20% para su trabajo específico, y que las lesiones sufridas serían de carácter permanente³⁸.

En otra causa, que también versaba sobre lesiones causadas en accidente del tránsito, el Tribunal de Letras de Chañaral, luego de dar por acreditada la circunstancia que la víctima quedaría de por vida postrada en una silla de ruedas y que se le ha causado "incapacidad laboral permanente y el completo trastorno de su condición humana, tanto en lo íntimo y personal como en su relación marital y familiar, con inmensa pena y sufrimiento que ello natural y necesariamente, acarrea para sí y su entorno familiar", avalúa los daños de la siguiente manera: "en el carácter de lucro cesante, en la suma de

³⁷ Lexisnexis, jurisprudencia online, número identificador lexisnexis 30157.

³⁸ Lexisnexis, jurisprudencia online, número identificador lexisnexis 26018. No obstante en este juicio se demandó en sede contractual, el criterio aplicado por el juzgador de primera instancia es el que nos parece interesante comentar. La sentencia de segunda instancia rechaza en todo caso la indemnización por lucro cesante ya que las indemnizaciones por lucro cesante están establecidas en la ley 16.744.

\$20.000.000.- y los segundos, en el carácter de daño moral en la suma de \$100.000.000" (considerando decimoséptimo). El actor había solicitado por lucro cesante la cantidad de \$187.200.000, calculados a razón de \$600.000 pesos mensuales por el resto de vida laboral útil que le restaban, esto es, 26 años. El tribunal únicamente dio por acreditados ingresos mensuales por \$400.000 de acuerdo a las probanzas del juicio. Al menos, la sentencia de primera instancia alude para el cálculo del lucro cesante la "incapacidad laboral permanente" de la víctima. Pero el fallo de segunda instancia "regula" la indemnización en los siguientes términos: "en relación a las indemnizaciones de lucro cesante y daño moral, se hará una *regulación prudencial* de ambas con estricto apego a los *antecedentes aportados al proceso, tomando en cuenta las graves secuelas que debió sufrir el demandante*", condenando a los demandados a las sumas de "ocho millones de pesos por concepto de lucro cesante y treinta y dos millones de pesos de indemnización por daño moral"³⁹. No se entiende porqué el fallo de segunda instancia hace una "regulación prudencial" del daño sin haber dado más fundamentos a ello. El artículo 170 números 4 y 5 del Código de Procedimiento Civil ordenan a los jueces de segunda instancia tratándose de sentencias modificatorias contener en la sentencia las consideraciones de hecho y de derecho que sirven de fundamento a la sentencia, y la enunciación de las leyes o los principios de equidad con arreglo a las cuales se pronuncia el fallo. En esta sentencia, se echa de menos una determinación de las consideraciones de hecho que importan la disminución de la suma a título de lucro cesante, o de una forma un poco más exhaustiva por lo menos, que permita tanto a la parte demandante como al público en general, saber cuál es el criterio que tiene el tribunal para valorar los daños, específicamente para disminuir la indemnización otorgada por el tribunal de primera instancia. Este fallo no es aislado, y la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema ha incurrido en el mismo error⁴⁰. A mayor abundamiento, y como ya se ha expuesto en algunas líneas anteriores, no obstante no existen normas en el Código Civil de carácter general sobre la evaluación del lucro cesante (artículos 4 y 13 Código Civil), el tribunal que deba dictar la sentencia debe enunciar

³⁹ Lexisnexis, jurisprudencia online, número identificador lexisnexis 23515. [*La cursiva es nuestra*].

⁴⁰ Al respecto, Vid. comentario de FABIÁN ELORRIAGA DE BONIS acerca de la determinación del quantum a indemnizar en Revista de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez, Legis, Santiago de Chile, 2005, pp. 141 y ss.

sus criterios de equidad con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo. Por lo menos, en lo que respecta al fallo citado, no los encontramos.

Otra sentencia, más peligrosa aún, emanada por la Corte de Apelaciones de Rancagua en causa sobre delito de manejo en estado de ebriedad con resultado de muerte señala que no puede acogerse la petición de indemnización por lucro cesante “por no existir ningún parámetro objetivo comprobado *ni comprobable* que permita seguir los cálculos de los actores, *ni formular tampoco ninguno que los sustituya*. Toda estimación sobre el tiempo de vida útil que hubiera restado al fallecido, o sobre los ingresos que éste hubiera obtenido en el curso de su vida, de no haber sobrevenido el delito que analizamos, responde a simples conjeturas cuyos supuestos son imposibles de establecer ni siquiera por la vía de las presunciones”⁴¹.

Una sentencia reciente dictada por la Corte Suprema en causa sobre accidentes del trabajo es, por lo menos, más alentadora en su fundamento: “tratándose del lucro cesante, entendido por la jurisprudencia relativa a la materia, como lo que se ha dejado de percibir o pagar a consecuencia del hecho ilícito, *si bien no es posible afirmar con certeza absoluta que en lo sucesivo el demandante tendrá tales ganancias y a cuánto ascenderá su monto, lo que se exige para repararlo es acreditar la existencia del daño, es decir, en la especie que el accidente del trabajo y la incapacidad laboral sufrida por el actor, le produjo una disminución de la ganancia percibida a esa fecha,*

⁴¹ Lexisnexis, jurisprudencia online, número identificador lexisnexis 24015. [*La cursiva es nuestra*]. Otra sentencia reciente, en el mismo sentido expresa “que, en cuanto a la suma otorgada por el fallo que se revisa a título de lucro cesante, debe señalarse que, como en forma reiterada han fallado los tribunales de segunda instancia, para que el lucro cesante sea indemnizable *debe tratarse de la privación de una ganancia cierta*, más no de las posibilidades de obtener ciertas sumas de dinero en el largo del tiempo, puesto que los contratos de trabajo y sus condiciones se encuentran sujetos a múltiples contingencias que, como en el caso de autos, no pueden deducirse del simple cálculo de una eventual sobrevida laboral del trabajador, por lo cual procede desechar el fundamento del cobro demandado por dicho concepto”. Gaceta Jurídica, N° 273. [*La cursiva es nuestra*]. Otra sentencia, un poco más razonable expresa lo siguiente: “con esos dos antecedentes, es posible otorgar un lucro cesante de cantidad indicada, pero siempre que hubiere certeza de que el causante hubiere vivido 17 años más y que hubiere conservado el empleo en la Corporación de la Iglesia Mormona.”

Por eso los sentenciadores de alzada estiman razonable reducir el período de sobre-vida a sólo diez años, o sea, ciento veinte meses”. Lexisnexis, jurisprudencia online, número identificador lexisnexis 24495.

la que, de acuerdo al curso normal de las cosas habría obtenido con el desempeño de su oficio, de no mediar el accidente”⁴².

Del contraste de las últimas dos sentencias se aprecia un gran problema que debe afrontar la jurisprudencia: diferenciar entre la prueba del lucro cesante, y en general de daño futuro, y su evaluación. Como expresa DOMÍNGUEZ ÁGUILA siguiendo a SANTOS BRIZ “lo que ocurre es que en la mayor parte de los casos se confunde la existencia del daño con su modo de reparación o forma de cálculo de la indemnización... y debiendo el demandante acreditar fehacientemente la existencia del daño, se le niega la reparación, porque no ha suministrado pruebas precisas de las ganancias esperadas”⁴³. El actor en juicio indemnizatorio lo único que debe probar es que ha sufrido un daño, y tratándose del daño futuro el *medio o la forma* en como repercutirá en el futuro, que en el caso de las lesiones personales se traduce, tal como expresa el último fallo citado, en el grado de incapacidad. El resto, esto es, la evaluación, corresponde, en nuestro sistema jurídico por lo menos, ya que no existe un sistema de baremos o tablas de responsabilidad, a un juicio *discrecional* en base, únicamente, a las probanzas del juicio, teniendo en consideración a las circunstancias *normales* de la vida del ser humano. Pensar en circunstancias anormales como la muerte anticipada del sujeto activo de la acción, al menos, a la edad de jubilación (siempre que no esté acreditada en juicio que las lesiones causarán una disminución muy probable de su vida, como compromiso a órganos vitales en que razonablemente deben durar menos de lo esperado), y con ello rechazar la indemnización constituye un atentado a la lógica jurídica. El daño futuro, es por definición, relativamente incierto, pero no por ello no indemnizable. Si seguimos la doctrina de la sentencia penúltimamente citada, se llega a esa conclusión, lo que no resulta correcto, vulnerando el texto de la ley (artículo 2329 del Código Civil en relación con el artículo 1556 del mismo cuerpo legal).

Además se presenta otro problema: la apreciación de las reglas probatorias de conformidad a la sana crítica, lo que hace que aun cuando el actor llegue a acreditar a través de un peritaje el daño y el

⁴² Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XCIX, N° 2, abril-junio, 2002, segunda parte, sección tercera, p. 116.

⁴³ DOMÍNGUEZ ÁGUILA, RAMÓN, comentario de jurisprudencia, Revista de Derecho Universidad de Concepción, Año LX, Julio-Diciembre, 1992, p. 215.

grado de incapacidad, en el fondo, siempre quedará a la libre *discrecionalidad*, del juez su apreciación⁴⁴.

Nos parece que en Chile debe derechamente adoptarse un criterio uniforme en la jurisprudencia, mientras en Chile no exista una ley que regule el tema adoptando alguno de los métodos antedichos, o bien, derechamente estableciendo baremos o tablas de evaluación.

Un criterio basado únicamente en la libre apreciación judicial o en la equidad⁴⁵, afecta, hoy día en la práctica, la seguridad jurídica y el principio de igualdad. Lo anterior no implica, que a la aplicación de un sistema se deba, necesariamente, tener en vista las circunstancias particulares de cada caso y aplicar aquellos criterios que se estimen necesarios a la determinación del régimen. En todo caso, aplicándose con libertad el criterio que el juez estime necesario, puede servir como una pauta general para la determinación de la indemnización la *posición social o económica de la víctima*⁴⁶.

III. VALORIZACIÓN DE LOS DAÑOS EXTRAPATRIMONIALES

Como señalamos anteriormente, este tema es especialmente complicado y existe sobre él una verdadera nebulosa acerca de cómo determinar el *quantum* indemnizatorio, básicamente por dos razones: En primer lugar porque la jurisprudencia chilena y doctrina tradicionales no distingue el daño corporal como una categoría indemnizatoria propia, distinta del daño patrimonial, y distinta del daño moral, y tampoco existen distinciones entre diversas clases de daño moral. En segundo lugar, porque en Chile no existe un régimen legal ni jurisprudencial uniforme acerca de la forma de evaluar una indemnización.

Desde luego, descartamos de la discusión cuáles son las *consecuencias económicas de los daños extrapatrimoniales*, respecto

⁴⁴ Artículo 425 del Código de Procedimiento Civil, y en materia laboral, artículo 455 del Código del Trabajo.

⁴⁵ Llamado por ELORRIAGA DE BONIS como método concreto (*Daño físico...*, ob. cit., p. 100).

⁴⁶ CARLOS ALBERTO GHERSI (*Teoría general de la reparación de daños*, Astrea, Buenos Aires, Argentina, segunda edición, 1999, pp. 80-81) estima que en los procesos de acumulación de riqueza, hay estudios que determinan que avanzados ciertas etapas y cierta edad de la víctima, difícilmente variará su posición en el tiempo, sin perjuicio de que la víctima, si pretende mayor indemnización deberá probarlo.

de los cuáles esbozamos algunos criterios en el capítulo anterior de este trabajo, y que no deben considerarse o confundirse, con el daño corporal puro, el daño moral puro, y el mismo valor de la vida humana, lo cual no implica discutir acerca de que existen distintos grados en que puedan presentarse cada uno de estos perjuicios.

En este trabajo, dejaremos de lado aquellas discusiones doctrinarias acerca de la procedencia o no de las indemnizaciones por daño corporal puro, muerte y daño moral puro, dada la realidad presente y evidente: se otorgan en general, aunque no se especifique el rubro respecto de cual están comprendidas.

Una apreciación previa creemos pertinente: La indemnización de perjuicios extrapatrimoniales no tiene el carácter de punitiva (por lo menos en Chile hasta hoy) y tampoco tiene por objeto que la víctima se enriquezca a costa del autor del daño de forma desmedida⁴⁷. Dicho en forma asertiva: la indemnización de los daños sin contenido patrimonial tiene por objeto, de alguna forma, reparar el daño causado, ya que éste nunca podrá repararse en especie⁴⁸. No nos parece admisible la reparación exagerada de estos daños o sumas extremadamente abultadas bajo este respecto, y por el contrario, deben rechazarse aquellas indemnizaciones meramente nominales. La distinción entre cada especie de daño extrapatrimonial y la determinación de su *quantum* no tiene sólo por objeto un puro placer doctrinario intelectual, sino que trata de delimitar los daños y, en último término, determinar la forma correcta de apreciar los perjuicios a los cuales será condenado el demandado.

El presupuesto básico sobre la materia es, a nuestro entender, que el daño extrapatrimonial antes de ser valorado debe ser necesariamente probado⁴⁹. La prueba y la valoración son cosas distintas. Por el hecho de acreditarse un daño patrimonial no puede presuponerse uno de carácter extrapatrimonial. Y, por otra parte, una cosa es la prueba del

⁴⁷ Señalamos "enriquezca" en un sentido grotesco, ya que, objetivamente, determinados o establecidos los daños patrimoniales, *podría* considerarse que todo daño extrapatrimonial pagado consiste en un enriquecimiento de la víctima, posición que como se ha apreciado, no compartimos, sino en cuanto trate de reparar razonablemente el dolor en sentido amplio.

⁴⁸ EPSTEIN (RICHARD, *Cases and materials on torts*, Aspen Law & Business, séptima edición, Nueva York, Estados Unidos, 2000, p. 852) señala con simpleza que "a pesar que el dinero nunca será una forma adecuada de sustituir un daño irreparable, es mejor que nada" (traducción del autor).

⁴⁹ En este sentido, DOMÍNGUEZ HIDALGO, CARMEN, *El daño moral*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2000, p. 716.

daño extrapatrimonial, y otra es la prueba de su valoración, circunstancia prácticamente imposible en el hecho⁵⁰.

⁵⁰ Una sentencia reciente de la Corte Suprema, se pronuncia a favor de este criterio: "Que por consiguiente, y frente a la dificultad que presenta el cuantificar el dolor provocado por un hecho así como el traducirlo en una compensación monetaria, no queda otro camino que dejar a la prudencia de los jueces del fondo la regulación de la compensación económica, quienes deducirán los efectos producidos por el hecho causante del agravio en la persona afectada, *de los antecedentes ciertos o circunstancias conocidas que obren en el proceso, como ha sucedido en la especie*, en que a raíz de la privación ilícita de un bien raíz, de su dominio el demandante sufrió 'molestias, temores, menoscabo, deterioro y sufrimiento', como quedó sentado en la sentencia que se ejecuta, elementos suficientes para justipreciar en esta etapa, el monto de la indemnización reparatoria, como lo consideran los jueces del fondo en el fallo impugnado, quienes *valoraron ese cúmulo de padecimientos como un antecedente suficiente en la apreciación del monto de la indemnización*. Fallos del Mes, N° 529, diciembre 2004, p. 3162. [*La cursiva es nuestra*]. Ojalá sea el nuevo criterio de los tribunales superiores, porque una sentencia de tres años antes así no lo creyó: "Que conforme a una reiterada jurisprudencia el daño moral experimentado por los familiares más próximos de la víctima no requiere de demostración, a diferencia de lo que ocurre con los daños propiamente patrimoniales, conclusión que se funda en el carácter espiritual que aquél reviste". (Revista de Derecho y jurisprudencia, tomo XCVIII, enero-marzo 2001, segunda parte, sección segunda, pp. 24-25.) Sólo dos comentarios. En primer lugar, no obstante es natural que el cónyuge y los familiares más próximos sufran daño moral por la pérdida de un ser querido, esto no siempre es así, y no debiera tomarse como axioma. En segundo lugar, que la jurisprudencia reiterada se haya pronunciado en determinado sentido no implica que sea la correcta, y que pueda modificarse en un sentido positivo, sobre todo, y a veces es bueno recordarlo, que en Chile, por lo menos a lo que respecta a los juicios indemnizatorios, las sentencias tienen efecto relativo (artículo 3 inciso segundo Código Civil), y por tanto los jueces no se encuentran obligados legalmente, a seguir el criterio, tanto de los tribunales superiores, tanto de la jurisprudencia mayoritaria y aún uniforme del tribunal máximo.

En todo caso, alguna jurisprudencia no ha seguido el mismo criterio, precisamente para rechazar el daño moral: "7º) Que, en concepto del Tribunal, no se divisa de qué manera la publicación del fallo pueda constituir una reparación moral, toda vez que, aunque se configuró el delito de injurias graves con publicidad, esa publicidad no lo fue erga omnes, sino entre un círculo más bien reducido de personas. Lo mismo cabe respecto de la comunicación retractatoria que se demanda, teniendo además en consideración el tiempo transcurrido desde la fecha en que se incurrió en las conductas delictivas;

8º) *Que respecto de la indemnización a título de daño moral, es igualmente válido el argumento desarrollado en el considerando primero de esta sentencia* (que cita el artículo 2331 del Código Civil). *No se hace lugar, en lo relativo a la indemnización por lucro cesante, por no haberse producido prueba que la amerite*" (Lexisnexis, jurisprudencia online, Número Identificador LexisNexis: 22833). A nuestro juicio, parece correcto el razonamiento de la Corte de Apelaciones de Santiago en este punto. El sólo hecho de existir sentencia condenatoria en materia penal respecto de un delito cuyo bien jurídico protegido es el honor, no significa, por sí, que deba presumirse el daño moral. Ahora, aunque somos firmes en nuestra posición que el daño moral debe ser probado para luego valorarlo, lo cierto es que no

Luego, de acreditado el daño, se presentan, como exponen TRIGO REPRESAS Y LÓPEZ MESA, tres grandes problemas, a saber:

“a) El juez debe ‘ver’ el hecho debatido en la litis y apreciarlo todo lo que la prueba documental le permita;

b) Suponiendo que logra ‘ver’ adecuadamente el hecho que la prueba de las partes intenta reproducir, se encuentra luego con la dificultad de evaluar de qué manera ese hecho concreto ha calado en el espíritu del damnificado, también una persona concreta; y

c) Finalmente, la última barrera a superar, consiste en traducir ese dolor o sufrimiento a una suma de dinero”⁵¹.

La apreciación y valoración del daño extrapatrimonial implicará *siempre* juicio discrecional, necesariamente circunstancial y de imposible objetivación, lo cual no implica “que se haga imprescindible un mínimo de homogeneidad (no uniformidad), pues de otro modo se pueden conceder (y de hecho se conceden) indemnizaciones pecuniarias de cuantía muy distante en situaciones muy parecidas entre sí”⁵².

Es por esto que la doctrina chilena⁵³, hace algunos años, ha tratado de dar pautas generales de cuáles son los criterios que debe tener en cuenta el juzgador al momento de cuantificar el daño extrapatrimonial⁵⁴ dado que la jurisprudencia en Chile en múltiples ocasiones se ha limitado a fundar el *quantum* de la indemnización en

se entiende porqué en una circunstancia se presume el daño moral, y en otra se rechaza, cuando en esta última había una sentencia judicial en causa criminal por injurias graves con publicidad que permitiría sospechar que la víctima ha sufrido daño moral.

⁵¹ TRIGO REPRESAS, FELIX y MARCELO LÓPEZ MESA, *Tratado de la responsabilidad civil*, Tomo IV, La Ley, Buenos Aires, Argentina, reimpresión de la primera edición, 2005, p. 708. Aunque la referencia es a la valoración del daño moral, puede ser igualmente aplicable a todos los daños extrapatrimoniales.

⁵² DE ANGEL YAGÜEZ, RICARDO, *La responsabilidad civil*, Universidad de Deusto, Bilbao, España, 1998, p. 235. En el mismo sentido DIEZ SCHWERTER, ob. cit., p. 257.

⁵³ Así, y sólo a título de ejemplo, Vid., AEDO BARRERA, CRISTIÁN, *El daño moral en la responsabilidad contractual y extracontractual*, Libromar, Valparaíso, Chile, 2001, pp. 349 y ss; DIEZ SCHWERTER, ob. cit., pp. 255 y ss; DOMÍNGUEZ HIDALGO, ob. cit., pp. 701 y ss; LECAROS SÁNCHEZ, JOSÉ MIGUEL, *La determinación del ‘quantum’ en la indemnización del daño moral*, en AAVV, *Instituciones modernas de derecho civil. Homenaje al profesor Fernando Fueyo Laneri*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago de Chile, 1996, pp. 455 y ss.

⁵⁴ Más bien acerca del daño moral, que para estos efectos puede ampliarse al daño extrapatrimonial, tomado en un sentido amplio.

base a la mera *prudencia y discrecionalidad*⁵⁵⁻⁵⁶, sin perjuicio que en otras ocasiones aluden a la entidad, naturaleza y gravedad del hecho dañoso, a la clase de derecho o interés extrapatrimonial agredido, las consecuencias que derivan del daño causado, entre otros⁵⁷.

AEDO BARRERA es de la opinión que debe tenerse en consideración el interés jurídicamente tutelado (honor, libertad, integridad psíquica, etc.), las circunstancias particulares de la víctima, las circunstancias de los hechos, las facultades económicas de las partes, y criterios cuantitativos que permitan la cuantificación del perjuicio⁵⁸. DOMÍNGUEZ HIDALGO señala que son criterios necesarios para la evaluación del daño moral: la orientación del principio de reparación integral del daño, el rechazo a las indemnizaciones en globo y la exigibilidad de cada una de las partidas que se están indemnizando⁵⁹. RODRÍGUEZ GREZ manifiesta que son factores a considerar la gravedad objetiva del daño, la posición subjetiva del autor, el espíritu de lucro asociado al daño que se causa, la perversidad psicológica del hechor y la externalidad del acto y las consecuencias sociales del mismo⁶⁰. TRIGO REPRESAS Y LÓPEZ MESA son de la opinión que el juez debe apreciar a la víctima como un ser normal en la valoración del daño moral y no exigirle comportamientos estoicos o considerarlo con una fragilidad espiritual absoluta, las circunstancias particulares

⁵⁵ Como se expresó anteriormente en relación con la valoración del lucro cesante (*supra* 2.2.4), este único criterio constituye una falta a los requisitos enunciados en el artículo 170 números 4 y 5 del Código de Procedimiento Civil. Es este sentido, TRIGO REPRESAS Y LÓPEZ MESA (ob. cit., p. 716) señalan que “la apelación a la mera prudencia de los jueces sin otros aditamentos, constituye un supuesto de falta de motivación suficiente de la sentencia, causal de arbitrariedad del pronunciamiento”.

⁵⁶ A tal punto ha llegado esta práctica que incluso alguna jurisprudencia ha señalado que no es necesario valorar los daños en la demanda: “La circunstancia de no haber indicado el actor el monto de la indemnización pedida, no puede causar el vicio de ultrapetita en una acción indemnizatoria por daño moral, porque éste, como se ha resuelto reiteradamente se regula de manera prudencial, criterio que *hace del todo innecesario que sea señalado el monto de la pretensión*”. Revista de derecho y jurisprudencia, Tomo XCIV, Septiembre-diciembre 1997, segunda parte, sección tercera, p. 202 [*La cursiva es nuestra*].

⁵⁷ Al respecto Vid. DIEZ SCHWERTER, ob. cit., pp. 250 y ss., en que cita profusa jurisprudencia al respecto.

⁵⁸ AEDO BARRERA, op. cit., pp. 353-356.

⁵⁹ DOMÍNGUEZ HIDALGO, ob. cit., pp. 713-718.

⁶⁰ RODRÍGUEZ GREZ, ob. cit., pp. 338-442. Compartimos las críticas expuestas por AEDO BARRERA a esta posición (ob. cit., pp. 348-349).

de la víctima y el rechazo a la gravedad de la conducta como parámetro en la evaluación de la indemnización⁶¹.

En nuestra opinión, y en primer lugar, "para valorar este daño debe existir un notorio apego a las circunstancias del caso, prevaleciendo ellas por sobre cartabones doctrinales y declaraciones abstractas"⁶². El juez debe ponderar por sobre todas las cosas el menoscabo que ha sufrido la víctima, siempre que se haya acreditado en juicio. Por el contrario, el juez no puede divulgar sobre la base de supuestos daños extrapatrimoniales que haya sufrido la víctima, si es que ella no los ha probado. En estricta relación debe tenerse en consideración la posibilidad de que los daños extrapatrimoniales reclamados no sean únicamente aquellos sufridos al momento del hecho dañoso, sino que pueden repercutir en el futuro, lo que implica necesariamente distinguir entre un daño extrapatrimonial actual (asimilable en materia de daños patrimoniales al daño emergente) y un daño extrapatrimonial futuro (asimilable en el mismo sentido al lucro cesante) y que necesariamente, o con un carácter prácticamente necesario, se sufrirá en el futuro⁶³. Para la indemnización de estos daños, la víctima debe fijar su pretensión en la demanda, de lo contrario, en el futuro no podrá alegar que ha sufrido daños que no previó en la demanda, pues habrá cosa juzgada. En el mismo sentido expresado unas líneas atrás, el juez no puede suponer que la víctima sufrirá daños extrapatrimoniales futuros si es que el actor no los ha reclamado en su demanda. A este respecto, el juicio de peritos cobra, o debería cobrar, una prueba prácticamente insustituible.

⁶¹ TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA, ob. cit., pp. 709-714.

⁶² *Ibidem*, p.704.

⁶³ ZAVALA DE GONZÁLEZ señala que "constituye una realidad de la experiencia, y no sólo una frase poética, la de que el tiempo cura o mitiga las heridas del alma. Por otra parte, esa mutabilidad en el desenvolvimiento del daño moral a través del tiempo, también está condicionada por factores altamente subjetivos, inherentes a cada personalidad". Cuestionándose acerca de la resarcibilidad del daño moral futuro, la autora unas líneas más adelante expresa que "el juez no está en condiciones de prever la modificación o eventual desaparición del sufrimiento humano, al efecto de establecer una compensación entre los momentos de mayor intensidad y aquellos de mitigación" por lo que propone como solución que "debe preferirse no más el criterio que evalúe la gravedad de las lesiones a entidad objetiva del mal causado (inferible, por ejemplo, de la gravedad de las lesiones a la integridad de la víctima) y atendiendo además a las circunstancias subjetivas del damnificado, para respetar el principio de individualización del daño". Aunque señala que "claro está que, dentro de este derrotero, se sigue en la dificultad insalvable para explicar y fundar la justicia de un determinado monto resarcitorio" (ob. cit., Tomo 3, pp. 209-210).

En segundo término, el juez debe ponderar el interés lesionado. No es lo mismo que la víctima sufra por lesiones leves a que sufra lesiones graves, o que el cónyuge y demás parientes de la víctima deban sufrir por su pérdida. Por ello, se hace necesario que tanto la doctrina como la jurisprudencia distingan diversas clases de daños extrapatrimoniales, y no se otorguen indemnizaciones en bloque o en globo⁶⁴. En nuestra opinión, los daños extrapatrimoniales pueden afectar diversas clases de intereses de la víctima. Y así, resulta totalmente distinto la pérdida de los placeres de la vida (*loss of amenities of life*), el perjuicio sexual, el perjuicio estético, o el dolor mismo (*pain and suffering*) o *pretium doloris*, incluso algunas especies de daño moral más extravagantes como las vacaciones malgastadas⁶⁵. Ha sido una práctica arraigada en nuestra jurisprudencia el otorgamiento de indemnizaciones en bloque, no distinguiendo entre daño material y moral (según la distinción clásica de los daños). El hecho que se otorguen perjudica a todos: al demandado, pues no tiene medios de impugnar la decisión basándose en que determinadas partidas indemnizatorias efectivamente no se han producido; al demandante, pues si la suma es menor a la solicitada no tiene tampoco como impugnar el fallo; y a la sociedad en general que no tiene medios de apreciar un criterio judicial estricto⁶⁶.

Las circunstancias particulares de la víctima en relación con el daño también deben tenerse en consideración. No todo ser humano es

⁶⁴ En el mismo sentido, DOMINGUEZ HIDALGO, ob. cit., p. 676.

⁶⁵ Siempre que el fundamento de ello, por lo menos a lo que este trabajo respecta, sea la responsabilidad extracontractual. Sobre las vacaciones malgastadas, Vid. GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ, *La responsabilidad contractual de las agencias de viaje*, Editorial Motecorvo S.A., Madrid, España, 1999, pp. 220 y ss.

⁶⁶ La jurisprudencia incluso ha justificado el otorgamiento de indemnizaciones en globo o bloque últimamente: "Sabido es, por lo demás, que la ley no entrega parámetros para determinar el daño moral y que éste es de muy distintos tipos, de modo que al juez corresponde verificar las circunstancias de hecho que permiten inferir su efectiva ocurrencia y determinar su monto en correspondencia, por lo que resulta razonable incluirlo en una suma global, aunque ésta también corresponda el daño patrimonial, cuyo monto sí puede ser objeto de una prueba más precisa". Revista de Derecho y jurisprudencia, Tomo XCVIII, abril - junio 2001, segunda parte, sección quinta, p. 92 [*La cursiva es nuestra*]. No se entiende porqué si es más fácil determinar el daño patrimonial, no deba evaluarse separadamente del daño moral, ¿por la dificultad de determinar éste último? ¿Por qué la ley no entrega parámetros para su valoración?

igual a otro, y el sufrimiento, en un sentido amplio, no es acogido de la misma forma por todos los seres humanos⁶⁷.

En nuestro concepto, las facultades económicas tanto de la víctima como del victimario no deben considerarse al momento de la valoración del daño⁶⁸. El daño es uno solo y produce la lesión de uno o más intereses, que no varían porque la víctima o el causante del daño tiene más o menos patrimonio. Pensar lo contrario implicaría, necesariamente, estimar que la posición económica puede servir de agravante o atenuante de responsabilidad. La única norma legal a la cual podría acudir para fundamentar dicha posición es artículo 70 del Código Penal⁶⁹, que podría constituir, o bien una norma general, o bien un criterio que pueda aplicarse por analogía. Aquello no es aceptable. La norma del artículo 70 del Código Penal es excepcional ya que se aplica únicamente respecto de una sanción penal específica, multa, y por lo tanto no puede aplicarse a más casos por analogía.

IV. CONCLUSIONES: HACIA UN MEJOR SISTEMA DE VALORACIÓN DE LOS DAÑOS.

Como se ha expresado, la valoración de los daños no es un tema fácil, sobre todo tratándose del lucro cesante y del daño extrapatrimonial en general. No es sencillo ni para el demandante, para el demandado, y es más difícil aún para el tribunal, pero no imposible.

Lo que debe exigirse respecto de los litigantes es una mayor acuciosidad en la acreditación del daño y de sus posibles

⁶⁷ En el mismo sentido STIGLITZ, GABRIEL en MOSSET ITURRASOE, JORGE (dir.), *Responsabilidad Civil*, Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, reimpresión de la segunda edición, 1997, p. 307.

⁶⁸ En contra AEDO BARRERA, op. cit., pp. 354-355.

⁶⁹ Artículo 70 Código Penal. "En la aplicación de las multas el tribunal podrá recorrer toda la extensión en que la ley le permite imponerlas, *consultando para determinar en cada caso su cuantía, no sólo las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho, sino principalmente el caudal o facultades del culpable*. Asimismo, en casos calificados, de no concurrir agravantes y considerando las circunstancias anteriores, el juez podrá imponer una multa inferior al monto señalado en la ley, lo que deberá fundamentar en la sentencia.

Tanto en la sentencia como en su ejecución el Tribunal podrá, atendidas las circunstancias, autorizar al afectado para pagar las multas por parcialidades, dentro de un límite que no exceda del plazo de un año. El no pago de una sola de las parcialidades, hará exigible el total de la multa adeudada". [*La cursiva es nuestra*].

consecuencias tratándose del daño futuro, en especial respecto del demandante quien tiene la carga de la prueba en materia extracontractual, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 1698 del Código Civil. Solamente, a través de ella, el juez puede llegar a ponderar los intereses lesionados.

Pero también se hace necesario, y prácticamente indispensable, un mejor criterio judicial en la apreciación o valoración de los mismos, en algunos sentidos:

- a) El convencimiento por parte de los tribunales de justicia que el principio general de reparación integral del daño no es un tópicamente doctrinario sino que la ley ordena siempre el resarcimiento total de la víctima en el artículo 2329 del Código Civil, sin perjuicio de las atenuantes y eximentes de responsabilidad consagradas por nuestra legislación.
- b) En cuanto a la apreciación del daño futuro. Reiteramos: no pueden rechazarse indemnizaciones por daño futuro (ya patrimonial, ya extrapatrimonial) dada su incertidumbre. La incertidumbre es propia del daño futuro, y por tanto, lo que se requiere es una *relativa certeza*.
- c) Uniformidad respecto del criterio de apreciación del lucro cesante y su valoración. Se hace necesario que los tribunales de justicia apliquen un criterio análogo en atención a lo que la doctrina propugna acerca de su apreciación, incluso, cualquiera que sea el criterio aplicado. En nuestra opinión, es mejor un criterio uniforme a una nebulosa respecto de lo que puede solicitarse.
- d) En cuanto a la apreciación y fundamentos judiciales de los criterios que informan la *sana crítica* respecto de la prueba pericial. La sola referencia a la prudencia no es suficiente, por las razones expuestas más atrás.
- e) Rechazo a las indemnizaciones en bloque o globo, y distinción respecto de los distintos daños extrapatrimoniales que pueda sufrir la víctima.

V. BIBLIOGRAFÍA

ABELIUK MANASEVICH, RENÉ, *Las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, tercera edición, 1993.

- AEDO BARRERA, CRISTIÁN, El daño moral en la responsabilidad contractual y extracontractual, Libromar, Valparaíso, Chile, 2001.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO, La responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno, Tomo I, Editorial Jurídica Ediar – Conosur, Santiago de Chile, 1983.
- ANDREWS, PETER, y TERRY LEE, Catastrophic Injuries: A Practical Guide to Compensation, Sweet and Maxwell, Londres, Inglaterra, 1997.
- BUSNELLI, FRANCESCO DONATO, Propuestas europeas de racionalización del resarcimiento del daño no económico, en Revista de Derecho Universidad de Concepción, N° 208, año LXVIII, Julio-Diciembre 2000.
- CONTARDO GONZÁLEZ, JUAN IGNACIO, La pérdida de chances u oportunidades, en Revista de Derecho de la Empresa, Legis, Santiago de Chile, N° 4, octubre – diciembre 2005.
- CORRAL TALCIANI, HERNAN, Lecciones de responsabilidad civil extracontractual, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2003.
- COURT MURASSO, EDUARDO, Daño corporal y moral: bases constitucionales de su reparación, en AAVV, La constitucionalización del Derecho Chileno, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2003.
- DE ANGEL YAGÜEZ, RICARDO, La responsabilidad civil, Universidad de Deusto, Bilbao, España, 1998.
- DIEZ SCHWERTER, JOSÉ LUIS, El daño extracontractual, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, reimpresión de la primera edición, 1997.
- DOMÍNGUEZ AGUILA, RAMÓN,
Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad. Una visión comparatista, en Revista de Derecho Universidad de Concepción, N° 188, año LVIII, Julio-Diciembre 1990.
Comentario de jurisprudencia, Revista de Derecho Universidad de Concepción, Año LX, Julio-Diciembre, 1992
El daño en el derecho civil chileno, en Revista Anales Derecho UC, Legis, 1, agosto 2006.
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, CARMEN. El daño moral, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2000

- DUCCI CLARO, CARLOS, Responsabilidad civil excontractual, memoria de prueba, Universidad de Chile, 1936.
- ELORRIAGA DE BONIS, FABIÁN,
Configuración, consecuencias y valoración de los daños corporales, Cuadernos Jurídicos Universidad Adolfo Ibáñez, N°1.
- Daño físico y lucro cesante, en AAVV, Derecho de Daños, Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2002.
- EPSTEIN, RICHARD, Cases and materials on torts, Aspen Law & Business, séptima edición, Nueva York, Estados Unidos, 2000.
- GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ, La responsabilidad contractual de las agencias de viaje, Editorial Motecorvo S.A., Madrid, España, 1999.
- GÁZQUEZ SERRANO, LAURA, La indemnización por causa de muerte, Dykinson, Madrid, España, 2000.
- GHERSI, CARLOS ALBERTO, Teoría general de la reparación de daños, Astrea, Buenos Aires, Argentina, segunda edición, 1999.
- GOLDEMBERG, ISIDORO, Indemnización por daños y perjuicios, Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1993.
- HOYA COROMINO, JOSÉ, La valoración del daño corporal, en MORENO MARTÍNEZ, JUAN ANTONIO (coord.), Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio, Dykinson, Madrid, España, 2000.
- IRIBARNE, HECTOR, Conocimiento y cálculo matemático en la determinación de indemnizaciones por daños a la persona, en TRIGO REPRESAS, FELIX y RUBÉN STIGLITZ (dirs.), Derecho de daños, Ediciones La Roca, Buenos Aires, Argentina, 1996.
- LECAROS SÁNCHEZ, JOSÉ MIGUEL, La determinación del 'quantum' en la indemnización del daño moral, en AAVV, Instituciones modernas de derecho civil. Homenaje al profesor Fernando Fuyo Laneri, Editorial Jurídica Conosur, Santiago de Chile, 1996.
- MOSSET ITURRASOE, JORGE (dir.), Responsabilidad Civil, Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, reimpresión de la segunda edición, 1997.
- REGLERO CAMPOS, FERNANDO (coord.), Lecciones de responsabilidad civil, Arazandi, Navarra, España, 2002.

- RIBÓ DURÁN, LUIS (coord.), Derecho de daños, Bosch, Barcelona, España, 1992.
- RODRÍGUEZ GREZ, PABLO, Responsabilidad extracontractual, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2002.
- SANTOS BRIZ, JAIME, La responsabilidad Civil, Montecorvo, Madrid, España, séptima edición, 1993.
- STIGLITZ, GABRIEL, A. y ANA GANDOLFO DE STIGLITZ, Resarcimiento del daño moral, editorial Juris, Rosario, Argentina, 1999.
- TAPIA SUÁREZ, ORLANDO, De la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad delictual entre los contratantes, Lexisnexis, Santiago de Chile, segunda edición, 2006.
- TRIGO REPRESAS, FELIX y MARCELO LÓPEZ MESA, Tratado de la responsabilidad civil, La Ley, Buenos Aires, Argentina, reimpresión de la primera edición, 2005.
- VICENTE DOMINGO, ELENA, Los daños corporales: Tipología y valoración, José María Bosh editor, Barcelona, España, 1994.
- ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, Resarcimiento de daños, Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, tercera reimpresión de la segunda edición, 1996.