



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Privado

PERSPECTIVAS SOBRE LA TRANSMISIBILIDAD DE LA
ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN POR DAÑO
EXTRAPATRIMONIAL EN EL DERECHO CIVIL CHILENO

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Autores:
FELIPE ISRAEL MELLADO MONTOYA
DIEGO IGNACIO OLIVARES DÍAZ

Profesor guía: Ricardo Alejandro Quezada Fuentes

Santiago, Chile
2018

ÍNDICE

RESUMEN	5
INTRODUCCIÓN	7
CAPÍTULO I: CONCEPTOS BÁSICOS SOBRE RESPONSABILIDAD	9
1.1 El Daño	9
1.1.1 Definición e importancia de la responsabilidad civil.	9
1.1.2 Requisitos del daño indemnizable.	11
1.2 Nociones de los fines de la responsabilidad civil.	12
1.2.1 Las clasificaciones del daño.....	14
1.2.1.1 <i>Daño directo e indirecto</i>	14
1.2.1.2 <i>Daño material y extrapatrimonial o moral.</i>	15
1.2.1.2.1 <i>Daño material.</i>	15
1.2.1.2.2 <i>Daño extrapatrimonial</i>	16
1.2.1.3 <i>El pretium doloris</i>	19
1.2.1.4 <i>Daños extrapatrimoniales o inherentes a la personalidad</i>	20
1.2.1.5 <i>Alteraciones a las normales condiciones de existencia e interrupción del proyecto de vida.</i>	22
1.2.1.6 <i>Otras categorías sobre el daño moral indemnizable.</i>	23
1.2.2 Contexto del daño moral en Chile.....	25
1.3 La indemnización de perjuicios	28
1.4 Sobre la transmisibilidad de las acciones de indemnización de perjuicios: Posibilidades de ocurrencia	31
1.4.1 La transmisión de la acción que busca indemnizar daño patrimonial.....	31
1.4.2 La víctima de daño moral fallece habiendo ejercitado acción.....	31
1.4.3 La víctima de daño moral fallece habiéndose acogido sentencia que ordena indemnización.....	32
1.4.4 El caso del daño rebote o reflejo.....	33
1.4.5 La víctima directa muere sin haber deducido de deducir la acción de indemnización de perjuicios.....	35
CAPÍTULO II: TEORÍA DE LA INTRANSMISIBILIDAD	37
2.1 Concepto de daño moral.....	37
2.2 La intrasmisibilidad de un derecho no siempre debe estar establecida expresamente en la ley.....	39
2.3 La tesis de la transmisibilidad supone una ampliación inadmisibles del principio de continuación.....	40
2.4 La diferencia entre derecho y acción no es un argumento válido en favor de la transmisibilidad.....	41
2.5 La contradicción de la tesis de la transmisibilidad: a favor de la transmisión, pero contra la transferencia.	42
2.6 El problema de la acumulabilidad de acciones en el heredero: la doble reparación conlleva un enriquecimiento sin causa.	43

2.7	La transmisión de la acción por daño patrimonial se justifica, no así la del daño moral. 46	
2.8	La función que cumple la acción por daño moral.	47
2.9	Artículo 88 de la Ley 16.744 sobre Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales.....	48
2.10	Mercantilización de la responsabilidad civil.....	49
CAPÍTULO III: TEORÍAS DE LA TRANSMISIBILIDAD		51
3.1 Teoría de la Transmisibilidad Absoluta		51
3.2 Teoría de la Transmisibilidad Relativa o Atenuada		52
3.3 Argumentos a favor de la transmisibilidad		53
3.3.1	Carácter de la acción de indemnización por daño moral.....	53
3.3.2	Necesidad de distinción entre derecho y acción.	54
3.3.3	Contenido del daño moral.....	56
3.3.4	Ausencia de perjuicio en caso de muerte inmediata.....	57
3.3.5	La doble indemnización por un mismo daño: la acumulación del daño reflejo y del daño directo. Una solución armónica al principio de reparación integral del daño.	61
3.3.6	Utilidad de indemnizar a un fallecido. ¿Enriquecimiento injusto y mercantilización de la responsabilidad civil?.....	62
3.3.7	Fines de la reparación: daño moral y patrimonial, ¿asimilables?	63
3.3.8	No sólo la víctima directa podría determinar la necesidad de reparación, gravedad y extensión del daño moral.	65
CAPÍTULO IV: EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA.....		67
4.1	Tendencia mayoritaria: sentencias que decantan por la intransmisibilidad de la acción por indemnización de daño extrapatrimonial.....	67
4.2	Aceptación jurisprudencial de la posibilidad de transmisibilidad de la acción por daño extrapatrimonial: primeros acercamientos.	71
4.3	Consagración del giro jurisprudencial por la transmisibilidad.....	73
4.4	Crítica al giro jurisprudencial que acoge la tesis por la transmisibilidad de la acción indemnizatoria del daño extrapatrimonial.	80
CAPÍTULO V: NUESTRA POSTURA		83
CONCLUSIONES		93
BIBLIOGRAFÍA.....		97

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto exponer la discusión doctrinaria acerca del problema sobre la transmisibilidad de la acción por daño extrapatrimonial, para tales efectos se desarrollarán los argumentos que justifican cada postura según diversos autores. De esta manera, se busca informar suficientemente al lector sobre las premisas que sostienen las posiciones a favor y en contra y, así, comprender las distintas aristas que acarrea esta discusión. Además, se hará un recorrido por la jurisprudencia nacional para examinar cómo han variado los criterios a lo largo del tiempo, haciendo hincapié en los fallos más relevantes respecto a la materia en cuestión. Finalmente, expondremos nuestra opinión acerca de este tema y cómo creemos ha de ser la solución adecuada en el ordenamiento jurídico nacional.

INTRODUCCIÓN

La responsabilidad civil puede definirse, en términos simples, como “un juicio normativo que consiste en imputar a una persona una obligación reparatoria en razón del daño que ha causado a otra persona”¹.

Así las cosas, la responsabilidad, como principio rector del derecho civil, abarca una cantidad considerable de discusiones doctrinarias y jurisprudenciales, esto pues, sobre todo en materia extracontractual, el Código Civil realiza una sucinta regulación al respecto y ciertos puntos quedaron sin solución expresa por parte del legislador.

Una de las discusiones más relevantes en la actualidad es acerca de la posible transmisibilidad de la acción de indemnización por daño extrapatrimonial. Para ponernos en contexto imagine el lector que una persona sufre un accidente de tránsito como consecuencia de la actitud imprudente de un conductor, producto de ello la víctima agoniza un par de días para finalmente morir. En este caso no cabe duda de que se le ha generado un daño extrapatrimonial consistente en la afectación a su sensibilidad física y psicológica e, incluso, en las alteraciones de sus condiciones normales de vida. Pero cabe preguntarse, ¿se hubiese producido un daño extrapatrimonial de haber fallecido la víctima “instantáneamente”, es decir, no teniendo conciencia un instante siquiera del evento que le ocasionó la muerte?, tal como ha ido evolucionando el concepto de daño extrapatrimonial ¿ha de considerarse como perjuicio de esta índole el solo hecho de fallecer? Otras interrogantes que podríamos plantear son si considerando el carácter patrimonial de la acción indemnizatoria ¿es ésta transmisible?, más aún, ¿se transmite la acción para reclamar la compensación por daño extrapatrimonial?

La transmisibilidad de la acción por daño extrapatrimonial es una materia que no es pacífica en nuestra doctrina, la jurisprudencia hasta hace poco negaba tal posibilidad, no obstante, actualmente parece inclinarse por la tesis afirmativa.

¹ BARROS B., E. 2010. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. 15p.

En este trabajo se expondrán los argumentos de cada tesis para sostener sus premisas, ello a la luz de los más importantes exponentes nacionales y siguiendo un análisis en cuanto a la evolución que está discusión ha experimentado en la jurisprudencia hasta llegar al reciente fallo de la Corte Suprema² que consagra el giro a favor de la transmisibilidad. Finalmente expondremos nuestra opinión al respecto según los argumentos invocados en doctrina y jurisprudencia para llegar a una solución convincente.

² CORTE SUPREMA, sentencia de fecha 27 de diciembre de 2016, Rol 33990-2016.

CAPÍTULO I: CONCEPTOS BÁSICOS SOBRE RESPONSABILIDAD

1.1 El Daño

1.1.1 Definición e importancia de la responsabilidad civil.

La responsabilidad civil tiene por objetivo fundamental conferir una acción de indemnización de perjuicios, en pos de la reparación de daños sufridos por una víctima determinada.

Dentro de ella, el daño es un elemento central a la hora de considerar su consideración³, presupuesto⁴ y establecimiento⁵.

De tal manera, “metafóricamente puede decirse que al comienzo de la responsabilidad civil está el daño”⁶, ya que la sola negligencia no es constitutiva necesariamente de responsabilidad, en tanto su objeto “no es expresar un juicio de reproche, sino corregir el efecto adverso que el hecho del demandado haya causado a la víctima”⁷, y “mientras puede haber responsabilidad sin culpa, no puede haberla sin un daño que sea causalmente atribuible al demandado”⁸. En forma equivalente lo ha entendido la jurisprudencia⁹.

El daño carece de una definición en el Código Civil, pese a que este haga referencia a aquel en reiteradas ocasiones¹⁰.

³ DOMINGUEZ A., R. 2004. Sobre la transmisibilidad de la acción por daño moral. Revista Chilena de Derecho 31(3): 494.

⁴ CORTE SUPREMA, 1968. Gaceta de los tribunales: fallo de 29 de noviembre de 1968, considerando 10º. 323p.

⁵ CORTE DE APELACIONES DE CHILLÁN, 1970. Gaceta de los tribunales: fallo de 5 de octubre de 1970, considerando 10º. 85p.

⁶ BARROS B., Op. Cit., 215p.

⁷ *Ibíd.*

⁸ *Ibíd.*

⁹ DIEZ S., J. 2012. El daño extracontractual. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile. 26p.

¹⁰ En efecto, el concepto de daño no le es desconocido al legislador del Código Civil, en cuanto aparece reiterado en diversos contextos, *V. gr.* en los artículos 1437, al tratar sobre delitos y cuasidelitos como fuentes de las obligaciones; 1556, sobre la comprensión de la indemnización de perjuicios; el 2329, que consagra la fórmula general de responsabilidad extracontractual en nuestro derecho civil; etc.

Ello explica que se trate de un concepto sobre el cual ha cabido variedad de perspectivas. Sin embargo, pueden apreciarse en general dos posturas: la que considera al daño como “una lesión, menoscabo o pérdida de derechos subjetivos”¹¹, y la que lo admite como un perjuicio al “interés legítimo de la víctima”¹².

Esta segunda apuesta es la mayoritaria en doctrina. El tratadista chileno Arturo Alessandri concibe al daño como “todo detrimento, perjuicio, menoscabo o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creencias, etc. [...] por insignificante que sea, de las ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo”¹³.

En general, la jurisprudencia ha refrendado el entendido de Alessandri, percibiendo al daño como “toda lesión a un simple interés o a una situación de hecho de la víctima de un delito o cuasidelito civil”¹⁴, concepción amplia que ha permitido la reparación de diversas clases de perjuicio por parte de distintos titulares.

Para Pablo Rodríguez G., en tanto, daño es la “lesión, menoscabo, pérdida, perturbación o molestia de un interés, así se halle o no constituido en derecho, siempre que el mismo, en este último evento, esté legitimado por el ordenamiento jurídico”¹⁵.

Nos parece de todas formas importante el atender a este respecto que, más allá de la amplitud o restricción que pueda presentar la formulación del concepto¹⁶, lo clave en esta sede es fijar la especificidad de la interpretación respecto a qué perjuicios son relevantes atender en cuanto intereses dignos de ser protegidos por la órbita del derecho¹⁷.

¹¹ RODRÍGUEZ G., P. 2009. Responsabilidad extracontractual. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. 258p.

¹² BARROS B., Op. Cit., 220p.

¹³ ALESSANDRI R., A. 1983. De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno. Santiago de Chile, EdiarConosur. 210p.

¹⁴ DIEZ S., Op. Cit., 21p.

¹⁵ RODRÍGUEZ G., Op. Cit. 259p.

¹⁶ Puesto a que tal como lo indica el profesor Alessandri Rodríguez, se ampliaría el campo de aplicación de la responsabilidad extracontractual, en el sentido que por ejemplo podría demandar indemnización de perjuicios por la muerte del alimentante obligado por ley para con alimentario (que goza de un derecho), sino también el que los recibía por acto voluntario (tenía un interés legítimo). En: ALESSANDRI, Op. Cit., 212p.

¹⁷ En el mismo sentido: BARROS B., Op. Cit., 222 p.

1.1.2 Requisitos del daño indemnizable.

- i) Certeza: en general, apunta a que la lesión debe tener existencia: esto es, que sea real y efectiva¹⁸ y que la víctima se hallaría en una mejor posición de no haber sucedido¹⁹.
- ii) Significancia: se excluyen “aquellas incomodidades o molestias que las personas se causan recíprocamente como consecuencia normal de la vida en común”²⁰.
Respecto al daño extrapatrimonial o moral²¹, se ha destacado que “impone la necesidad práctica de fijar sus límites para evitar que toda molestia, frustración personal o el simple ‘impacto negativo’ sea transformado en un daño en búsqueda de un responsable”²².
- iii) Lesión a un interés legítimo: aquel tipo de utilidad digna de cautela por el Derecho, contemplada como digna de defensa al no contravenir sus normas y principios²³, pudiendo o no corresponder a un derecho subjetivo. La exigencia de licitud debe entenderse referida a la situación de la cual proviene el interés afectado por el hecho desencadenante²⁴.
- iv) No haber sido indemnizado: la indemnización no puede implicar que la víctima sea doblemente reparada, lo que configuraría un enriquecimiento injusto y jurídicamente intolerable²⁵.

¹⁸ PASCUAL E., L. 1995. Derecho de daños. Barcelona, Casa Editorial. 864p.

¹⁹ ALESSANDRI R., Op. Cit., pp. 214-215.

²⁰ BARROS B., Op. Cit., 226p.

²¹ Si bien la doctrina moderna prefiere la denominación “extrapatrimonial” por estimar equívoca la noción de daño “moral”, que pareciera indicar daño ilícito, en adelante se complementan ambas nomenclaturas indistintamente, salvo en cuanto se otorgue en un sentido específico a cada una.

²² ALESSANDRI R., Op. Cit., 214p.

²³ BARROS B., Op. Cit., 223p.

²⁴ DOMÍNGUEZ A., R. 1990. Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Revista de Derecho de la Universidad de Concepción (188): 137

²⁵ CORRAL T., H. 2003. Lecciones de responsabilidad civil extracontractual. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile. 144p.

1.2 Nociones de los fines de la responsabilidad civil.

La función general de la responsabilidad civil mantiene inequívoca coherencia con el principio general y regente de la “reparación integral del daño”²⁶; postulado que podríamos describir como aquel que “manda a que el perjuicio sea el límite de la reparación. Se indemniza todo el perjuicio, pero nada más que el perjuicio”²⁷.

En cuanto al daño moral, existe una unánime aceptación de la indemnización de perjuicios derivada de él, independiente de la fuente de la obligación que se trate²⁸.

Brevemente, anotaremos los principales fines de este tipo de responsabilidad.

- A) Función correctiva: Se dirige a una reparación que equilibre el perjuicio causado a la víctima con la reparación subsecuente, mediante la indemnización de tales daños, ya sea en naturaleza o en consideración a las pérdidas sufridas²⁹; por lo que tendría a grandes rasgos un carácter reparatorio en el aspecto material³⁰. En cambio, en lo extrapatrimonial, al no tratarse de daños avaluables monetariamente, el cariz sería de índole más bien compensatorio, que le permita a la víctima obtener otras satisfacciones que hagan mermar al menos en parte, las lesiones sufridas³¹.

Arturo Alessandri distinguió entre la reparación en especie; y en equivalencia o compensación.

La reparación en especie tendería a la desaparición del daño en sí mismo, dejando a la víctima en la misma situación en que se encontraba de no haber mediado el delito o cuasidelito; mientras que la reparación en equivalencia procura a sujeto lesionado compensación y forma de mejor llevar el perjuicio

²⁶ DOMÍNGUEZ H., C. 2000. El daño moral. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile. 650p.

²⁷ DOMÍNGUEZ Á., R. 2010. Los límites al principio de reparación integral. Revista Chilena de Derecho Privado (15): 9-28.

²⁸ JANA L., Andrés y TAPIA R., Mauricio. 2004. Daño moral en la responsabilidad contractual a propósito de un fallo de la Corte Suprema de 5 de noviembre de 2001. En: Temas de Responsabilidad Civil, Cuadernos de Análisis Jurídico. Santiago de Chile, Ediciones Universidad Diego Portales. pp. 171-209.

²⁹ BARROS B., Op. Cit., 216p.

³⁰ DOMÍNGUEZ Á., R. 1990. Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista. Revista de Derecho de la Universidad de Concepción (188): 129p.

³¹ BARROS B., Op. Cit., 216p.

sufrido³², “pues la indemnización no permite a la víctima volver al estado de cosas anterior al accidente”³³, siendo el caso paradigmático los efectos provocados por el daño moral, los cuales subsisten no obstante la reparación³⁴. A mayor abundamiento, nuestra jurisprudencia ha indicado “que la fundamentación común de la reparación del daño moral es la idea de resarcimiento que procura a la víctima satisfacciones que, de algún modo compensen la pérdida sufrida”³⁵

B) Función preventiva: Enmarcada dentro del análisis económico del derecho, enfila hacia el bienestar general de la sociedad, por lo que se impone un régimen tendiente a otorgar incentivos que desaconsejen al agente de correr con los costos derivados de los accidentes por él ocasionados, hasta la adopción definitiva de los óptimos de prevención señalados por el legislador, o bien tender hacia opciones de índole punitivo (pero con el mismo fin preventivo original) en casos en que debido a la pluralidad de perjudicados o difusa causalidad, el elemento disuasivo se constituya en una indemnización superior a los perjuicios³⁶.

C) Función vindicativa: Fundamenta su rol en la importancia de resaltar la gravedad del ilícito al momento de determinar su correspondiente sanción³⁷. La consagración de esta óptica es dar lugar a indemnizaciones de carácter netamente punitivo, en cuanto se constituyen en verdaderas penas privadas que pueden llegar a exceder ampliamente la dimensión original del menoscabo soportado.

³² ALESSANDRI R., Op. Cit., pp. 533-534.

³³ BARROS B., Op. Cit., pp. 302-303.

³⁴ BARROS B., Op. Cit., 304p.

³⁵ Corte Suprema (2011) Rol 1317-2011.

³⁶ BARROS B., Op. Cit., 218p.

³⁷ *Ibíd.*

D) Función *puramente* restitutoria: El paradigma de esta posición funciona en enclave de recuperación, pues se pretende el recobro de aquello de lo cual se ha privado a la víctima, “aunque no haya sufrido propiamente un daño”³⁸, como sería, por ejemplo, la persecución del beneficio económico obtenido por un tercero al utilizar derechos de propiedad intelectual pertenecientes al demandante.

1.2.1 Las clasificaciones del daño.

Siguiendo lo dictado por el artículo 2314 del Código Civil, todo daño sería en principio indemnizable, por lo que una clasificación de los perjuicios carecería de una trascendencia³⁹.

Sin embargo, y dicho esto, el atender a la naturaleza del daño permite dar luces sobre la posibilidad de diversas formas de comprenderlos y consecuentemente, de repararlos⁴⁰.

A efectos de este trabajo, las clasificaciones de daño más preeminentes son las que lo dividen entre directos e indirectos, y, primordialmente, entre materiales y extrapatrimoniales.

1.2.1.1 Daño directo e indirecto.

Daño directo es aquel que ocurre como “consecuencia cierta y necesaria del hecho ilícito”⁴¹, en tanto puede entenderse, a través de un proceso de deducción lógica, que los perjuicios no se habrían producido de no existir la acción u omisión dolosa o culpable.

Por su parte, el daño indirecto es aquel tipo de perjuicio que “no deriva necesaria y forzosamente del hecho ilícito”⁴², por lo cual no podrá ser objeto de indemnización, al

³⁸ *Ibíd.*

³⁹ ABELIUK M., R. 2008. Las obligaciones. 5° ed. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile. 200p.

⁴⁰ VICENTE D., E. 2002. Lecciones de responsabilidad civil. Madrid, Editorial Arazandi. 235p.

⁴¹ ALESSANDRI R., Op. Cit., 232p.

⁴² ALESSANDRI R., Op. Cit., 233p.

no existir una relación de causalidad entre acto y efecto, requisito indispensable para dar origen a la aplicación del régimen de responsabilidad extracontractual.

1.2.1.2 Daño material y extrapatrimonial o moral.

1.2.1.2.1 Daño material.

Pablo Rodríguez G. identifica el daño material con la suposición de “un empobrecimiento, merma o disminución del patrimonio, así sea este actual o futuro”⁴³, ya sea un derecho subjetivo o interés legítimo de carácter patrimonial.

También se ha indicado que, al no distinguir la ley entre personas y bienes en los que puede recaer, ambos quedarían comprendidos dentro de su ámbito⁴⁴.

En cuanto a su clasificación, la admisión más relevante es la distinción del daño emergente y el lucro cesante. Esta discriminación parte de la base que “lo común a todos los daños patrimoniales es que tienen un valor de mercado: se trata de gastos o pérdidas de valor, que constituyen un daño emergente, o de ventajas económicas, que constituyen un lucro cesante”⁴⁵.

Puede designarse al daño emergente como aquella “diferencia que se produce en el activo del patrimonio de una persona, como consecuencia del ilícito civil [...] y el valor actual”⁴⁶.

En cuanto el lucro cesante, la jurisprudencia le conceptualiza como “lo que se dejó de percibir a causa del delito, o como como la diferencia entre el patrimonio tal como estaba en el momento de la injuria, y la que tendría por medio del aumento que no se ha realizado, por causa directa del hecho ilícito y que sin él ciertamente se hubiese obtenido”⁴⁷

⁴³ RODRÍGUEZ G., Op. Cit. 259p.

⁴⁴ RODRÍGUEZ G., Op. Cit. 260p.

⁴⁵ BARROS B., Op. Cit., 256p.

⁴⁶ RODRÍGUEZ G., Op. Cit. 291p.

⁴⁷ SCHWERTER D., Daño extracontractual: jurisprudencia y doctrina. Santiago. Editorial Jurídica, pp. 166-167.

Esta clasificación es introducida por el artículo 1556 del Código Civil, que, aunque referida a los contratos, es considerada ampliamente por la doctrina y jurisprudencia como aplicable en materia extracontractual⁴⁸.

Respecto al tipo de figuras en que puede recaer el daño material está el de las personas, “que afectan directamente a la personalidad física del hombre”⁴⁹, y en las cosas, que “inciden sobre los objetos comprendidos en el patrimonio de una persona, el cual integran en calidad de bienes”⁵⁰. Ambas clases son igualmente reparables⁵¹.

En cuanto a la determinación de este tipo de daño, se efectúa en concreto⁵², en consecuencia, a la aplicación del principio de reparación integral⁵³, que exigiría una comparación entre el estado original y posterior al hecho lesivo del patrimonio⁵⁴, debiendo analizarse cada situación conforme a sus propios antecedentes, reglas y singularidades, “sin recurrir a modelos o arquetipos fundados en antecedentes extraños al caso que se trata de juzgar”⁵⁵.

1.2.1.2.2 Daño extrapatrimonial.

Al no ser concebida una ilustración de su concepto el Código Civil, menos pudo ser tratado su resarcimiento, por lo que la inteligencia de tal tarea ha sido labor de la doctrina, y especialmente la jurisprudencia⁵⁶. Por ende, debido a sus particulares características, es una materia ampliamente tratada, con una valiosa cantidad de análisis a su respecto por juristas provenientes de diversas tradiciones y perspectivas⁵⁷.

⁴⁸ BARROS B., Op. Cit., 257p.

⁴⁹ PEIRANO F., J. 1981. Responsabilidad extracontractual. Bogotá, Termis. 400p.

⁵⁰ PEIRANO F., Op. Cit., 376p.

⁵¹ DIEZ S., Op. Cit., 77p.

⁵² BARROS B., Op. Cit., 259p.

⁵³ Puede definirse este principio como aquel que consagra el objetivo jurídico de que “la reparación tiene por objeto poner al demandante en la misma situación en que se encontraría si no hubiese sido víctima del daño causado por el hecho del demandado”. En: BARROS B., Op. Cit., 259p.

⁵⁴ BARROS B., Op. Cit., 258p.

⁵⁵ RODRÍGUEZ G., Op. Cit. 295p.

⁵⁶ DOMÍNGUEZ H., C. 1998. La indemnización por daño moral. Modernas tendencias en el derecho civil chileno y comparado. Revista Chilena de Derecho de la Universidad Católica de Chile. 25(1): 40p.

⁵⁷ RODRÍGUEZ G., Op. Cit., 295p.

Lo anterior entonces aclara que aún no exista una definición pacíficamente aceptada del contenido del daño extrapatrimonial, al seguir siendo una noción primordialmente relativa⁵⁸.

En consideración a ello, se pretenderá acercar al concepto, fuentes e implicancias que el daño moral tiene en el orden jurídico nacional, desde el punto de vista de doctrinistas y tribunales.

Para este propósito, seguiremos la clasificación de significancias de daño moral entregadas por Carmen Domínguez H., a lo que se sumarán otras, provenientes mayoritariamente del derecho comparado.

A. Acepciones negativas

Se trata de aquellas que definen el daño moral al contraponerlo con las lesiones de carácter patrimonial.

La primera de estas corrientes entiende el daño moral como aquel perjuicio que, sencillamente, sea ajeno a un interés patrimonial. Así, De Cupis⁵⁹.

Otra es la que caracteriza al daño moral como aquel en que no hay repercusión en el patrimonio del afectado⁶⁰.

Finalmente, están los que lo perciben como aquel que carece de una equivalencia en términos pecuniarios⁶¹.

Las principales críticas a esta clasificación radican en que la mera contraposición de elementos diversos como las afectaciones morales con los materiales impiden un entendimiento útil de fenómenos no homogéneos⁶².

⁵⁸ DOMINGUEZ, Op. Cit, 40p.

⁵⁹ AEDO B., C. 2001. El daño moral en la responsabilidad civil contractual y extracontractual. Valparaíso, Editorial Libromar Ltda. 259p.

⁶⁰ DOMÍNGUEZ H., C. 2000. El daño moral. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile. 53p.

⁶¹ *Ibíd.* 55p.

⁶² ÁLVAREZ V., R. 1966. La responsabilidad por daño moral. Madrid, Anuario de Derecho Civil. 81p.

B. Acepciones positivas

Pretenden significar el daño moral como un perjuicio independiente y de estructura jurídica propia.

La primera en orden de aparición, y más extendida definición de daño moral es la doctrina del *pretium doloris*, o “precio del dolor”, definición que ampliaremos más adelante, pero que por ahora basta entenderlo como la afectación psíquica o física de la víctima que lo sufre. En este sentido, Alessandri⁶³.

La segunda variante considera a este perjuicio como aquel que sufre quien experimenta un menoscabo de un derecho extrapatrimonial⁶⁴.

A estas se suma la postura que concibe al daño moral como lesión o menoscabo a los bienes de la personalidad o que no tienen carácter de interés patrimonial. Es decir, aquellos “bienes incorporales cuya tutela cobijamos bajo la categoría de los derechos de la personalidad”⁶⁵, o bien los que sean “reconocidos a la víctima del evento dañoso por el ordenamiento jurídico”⁶⁶.

Introducidas las anteriores clasificaciones, se repasarán en sus elementos más relevantes las concepciones de daño moral que mayor repercusión han generado en la doctrina y jurisprudencia.

Esta insistencia se fundamenta, como se tratará oportunamente, en que el concepto de daño moral que llegue a acogerse puede llegar a determinar influyentes resultados en cuanto a la consideración de su transmisibilidad.

⁶³ALESSANDRI R., Op. Cit., 15p.

⁶⁴FUEYO L., F. 1973. De nuevo sobre el daño extrapatrimonial y su resarcibilidad. *Justitia Et Jus* de la Universidad de los Andes, Mérida. 8: 19p.

⁶⁵DOMÍNGUEZ H., C. 2000. El daño moral. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile. 85p.

⁶⁶DOMÍNGUEZ H., C. 2000. El daño moral. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile. 65p.

1.2.1.3 El *pretium doloris*.

Entre nosotros, tradicional y mayoritariamente⁶⁷ el daño moral ha sido considerado como “una molestia o dolor no patrimonial, en el sufrimiento moral o físico”⁶⁸.

Arturo Alessandri, lo definió como aquel que “consiste única y exclusivamente en la molestia o dolor que sufre una persona en su sensibilidad física o en sus sentimientos, creencias o afectos”⁶⁹.

Este significativo fue preeminente en la jurisprudencia del siglo XX, siendo ya adoptado desde 1907 por la Corte de Apelaciones de Santiago bajo las ideas de “sentimiento” y “valor de afección”⁷⁰. Así, se ha señalado que, en efecto, “la mayoría de nuestros sentenciadores simplemente entienden que el daño moral se diferencia del material porque consiste, equivale y tiene su fundamento en el sufrimiento, dolor o molestia que el hecho ilícito ocasiona en la sensibilidad física o en los sentimientos o afectos de una persona”⁷¹, máxime al puntualizar que la Corte Suprema dictaminó que este tipo de perjuicio se presentaría cuando “se ocasiona a alguien un mal, perjuicio o aflicción en lo relativo a sus facultades espirituales; un dolor o aflicción en sus sentimientos”⁷².

En cuanto a las críticas, se le reclama una excesiva estrictez, pues impediría una reparación que entregue protección a la víctima por dejar de lado el menoscabo de otros bienes distintos a su dolor⁷³.

Relacionado a lo anterior, tampoco permitiría la inclusión de las personas jurídicas como titulares de la acción por daño moral al no ser capaces de sufrir dolor alguno, pero sí desgastes en su prestigio⁷⁴.

⁶⁷ BARRIENTOS Z., M. 2008. Del daño moral al extrapatrimonial: la superación del Pretium Doloris. *Revista Chilena de Derecho* 35(1): pp. 85-87.

⁶⁸ PÉREZ I., A. 2010. A favor de la transmisibilidad de la acción por daño moral, *Revista Derecho y Humanidades* 16 (2): 120p.

⁶⁹ ALESSANDRI R., Op. Cit., 225p.

⁷⁰ DOMÍNGUEZ H., C. 2009. Los derechos de la personalidad y el principio de reparación integral del daño. En: *Estudios de Derecho Civil IV. Jornadas Nacionales de Derecho Civil*. Olmué. 658p.

⁷¹ DIEZ S., Op. Cit., 76p.

⁷² CORTE SUPREMA, 1971. *Gaceta de los tribunales*: fallo de 10 de agosto de 1971, considerando 4º. 168p.

⁷³ DOMINGUEZ H., C. 1999. Aspectos modernos de la reparación por daño moral: contraste entre el derecho chileno y comparado. *Revista Chilena de Derecho de la Universidad Católica del Norte*. 34p.

⁷⁴ BARROS B., Op. Cit., 299p.

1.2.1.4 Daños extrapatrimoniales o inherentes a la personalidad.

Otra definición, de índole más cercana en el tiempo en cuanto a su recogimiento jurisprudencial⁷⁵, es la referida a ciertos derechos o intereses que sean genuinos, encuadrados bajo la clasificación de “extrapatrimoniales o inherentes a la personalidad”⁷⁶.

Para Carmen Domínguez, su fundamento viene dado por lo que ella ha nombrado la “constitucionalización del derecho civil”, en cuanto “contempla instrumentos eficaces de tutela de la misma [Constitución]; en especial, garantiza la reparación del daño o agravio de la especie que sea, comprendiéndose la reparación del daño material pecuniario y el resarcimiento del daño moral”⁷⁷.

Esta posición da a entender que lo que caracterizaría al daño moral no es el dolor, sino la violación de derechos inherentes a la personalidad del sujeto⁷⁸.

Es así como Fernando Fueyo L. indica que el daño moral sería aquel que es causado con motivo de la realización de un hecho ilícito, que termina por afectar o vulnerar un derecho extrapatrimonial de la persona afectada⁷⁹.

Nuestras cortes lo han definido como “aquel [perjuicio] que se causa con motivo de un hecho ilícito, siempre que se vulnere un derecho extrapatrimonial de la persona, en cuyo caso debe hacerse la reparación, preferentemente, en forma no pecuniaria, restituyéndose al damnificado al estado anterior de la lesión y, subsidiariamente, por no permitirlo de otro modo las circunstancias, mediante una cantidad de dinero que se fija discrecionalmente por el juez conforme a la equidad”⁸⁰.

En su ocasión, la Corte Suprema suscribiría a esta corriente –precisamente, en un caso relacionado con el objeto de este trabajo-, al dictar que “de aquí que una recta noción del daño moral lo identifique más bien con la lesión a derechos subjetivos o

⁷⁵ BARRIENTOS Z., Op. Cit., 59p.

⁷⁶ DIEZ S., Op. Cit., 85p.

⁷⁷ DOMÍNGUEZ H., C. 2009. Los derechos de la personalidad y el principio de reparación integral del daño. En: Estudios de Derecho Civil IV. Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Olmué. 646p.

⁷⁸ BREBBIA, R. 1989. La Lesión del Patrimonio Moral. Buenos Aires, Ediciones la Rocca. 229p.

⁷⁹ FUEYO L., F. 1973. De nuevo sobre el daño extrapatrimonial y su resarcibilidad. *Justitia Et Jus* de la Universidad de los Andes, Mérida. 8: 19p.

⁸⁰ C. DE PEDRO AGUIRRE CERDA, 1983. *Gaceta de los tribunales*, no. 46: fallo de 26 de diciembre de 1983, considerando 8º. 93p.

bienes de la personalidad que comprenden, por lo mismo aspectos subjetivos como objetivos, por ejemplo, la integridad psíquica y física de la persona garantizada por la Constitución (art. 19 N° 1), de forma que un daño corporal por ejemplo, es en sí mismo un daño no patrimonial y objetivo que puede además provocar alteraciones a la estabilidad emocional subjetiva y dolor”⁸¹.

En fin, otra variante es la ofrecida por Pablo Rodríguez G., para quien daño moral es “la lesión de interés extrapatrimonial, personalísimo, que forma parte de la integridad espiritual de una persona, y que se produce por efecto de la infracción o desconocimiento de un derecho cuando el acto infraccional se expande a la esfera interna de la víctima o de las personas ligadas a ella”⁸².

Siguiendo esta interpretación, podría o no existir dolor que aflija a la víctima⁸³. Por ende, puede sortear complejidades intrínsecas a la definición de *pretium doloris*, como sería el caso de un recién nacido que pierde a su padre y que, en tal concepto restringido, no tendría acción por daño moral en cuanto le es materialmente imposible por su falta de desarrollo psíquico el experimentar su ausencia⁸⁴. Además, en cuanto a la prueba, es complejo para el juez determinar el sufrimiento efectivo o no de un individuo particular ante la multiplicidad de experiencias particulares que le pueden caber; o bien que cualquier molestia sea confundida con penuria⁸⁵.

Respecto a las críticas que ha suscitado esta posición, podrían condensarse en que el carácter patrimonial o extrapatrimonial del derecho que se ve afectado, no implica de forma consecencial y/o necesaria que el daño producido tenga una naturaleza similar⁸⁶.

⁸¹ CORTE SUPREMA (2008) Rol 5857-2006.

⁸² RODRÍGUEZ G., Op. Cit. 308p.

⁸³ DOMINGUEZ H., C. 2001. El Daño Moral. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile. 83p.

⁸⁴ DOMINGUEZ A., R. 2004. Sobre la transmisibilidad de la acción por daño moral. Revista Chilena de Derecho 31(3): 593p. 78: pp. 35-44.

⁸⁵ *Ibíd.*

⁸⁶ ÁLVAREZ V., Op. Cit., 82p.

En cuanto a la variante que pretende la protección de los daños inherentes a la personalidad, se hace difícil determinar lo que contiene específicamente la expresión “bienes de la personalidad”⁸⁷.

1.2.1.5 Alteraciones a las normales condiciones de existencia e interrupción del proyecto de vida.

Según las últimas innovaciones doctrinarias, judiciales y legislativas, el daño moral incluiría acontecimientos en los cuales las víctimas vieran alteradas sus condiciones normales de existencia⁸⁸ y/o una interrupción de su particular proyecto de vida⁸⁹.

En cuanto al primer sentido, puede darse nota de su recogimiento legal expreso en la Ley 19.966, que “establece un régimen de garantías en salud”, al dictar en su artículo 41 que “la indemnización del daño moral será fijada por el juez considerando la gravedad del daño y la modificación de las condiciones de existencia del afectado con el daño producido, atendiendo su edad y condiciones físicas”.

A su vez, la Corte Suprema ha sentenciado que “la noción del daño moral ha avanzado a una comprensión más amplia que el mero padecimiento psicológico o *pretium doloris*, debiendo entenderse a partir de la fractura al proyecto de vida de la persona en razón del accidente lo que impacta en la esfera de la personalidad de la víctima. De ahí que a partir de la autodeterminación de la persona a trazar su propio proyecto de vida merezca reparación la afectación a las diversas facetas de su existencia”⁹⁰.

La doctrina ha complementado lo anterior al señalar que el daño moral comprometería el futuro del damnificado, manifestando un carácter continuado y más allá de la esfera sensitiva de la víctima⁹¹.

⁸⁷ RAMÍREZ L., M. 2004. Transmisibilidad de la acción de indemnización por daño moral. Un estudio comparativo entre Chile y España. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Talca, Universidad de Talca. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. 19p.

⁸⁸ Revista de Derecho y Jurisprudencia de Chile. 1981. Tirado Zilleruelo con Ilustre Municipalidad de La Reina. Santiago de Chile. 35p.

⁸⁹ A este respecto, consagra el artículo 1738 del Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina): “Incluye la indemnización especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que **resultan de la interferencia en su proyecto de vida.**”

⁹⁰ Corte Suprema, fallo de 27 de diciembre de 2016, causa rol 33990-2016.

⁹¹ RODRÍGUEZ G., Op. Cit. 325p.

1.2.1.6 Otras categorías sobre el daño moral indemnizable.

En variados derechos extranjeros⁹² se han desarrollado teorías del daño moral en relación a categorías diferentes al clásico elemento del *pretium doloris*, que solo representaría una más de las diversas clasificaciones que esta institución puede presentar.

A) Daño corporal, físico o fisiológico.

Es el que “corresponde a lesiones que afectan la integridad física y psíquica de una persona natural, sin recaer en la pura esfera emotiva o espiritual”⁹³.

B) Daño estético.

Refiere a la apariencia física de la víctima, que se ve negativamente afectada en cuanto la modificación su aspecto externo⁹⁴, en forma de menoscabo; provocando una afeción en la normal faz sicosomática de la víctima⁹⁵, originando en quien lo padece una sensación de notoriedad frente a los demás⁹⁶, que distan de los cánones de belleza que imperan en la realidad social.

C) Pérdida de los placeres de la vida, o *préjudice d'agrément*.

Es la privación de satisfacciones regulares de las cuales se benefician las personas en el transcurso de su vida, de acuerdo a su edad y cultura. Consistiría en la pérdida de aquellos goces o satisfacciones a los que se tenía acceso antes de la ocurrencia del accidente⁹⁷.

D) *Préjudice d'agrément* (“perjuicio de agrado”).

Es el experimentado por quien sufre un daño en virtud del lazo de afecto que le une con la persona quien lo sufre directamente. Los titulares de este tipo de daño son llamadas víctimas indirectas, por rebote o repercusión.

E) *Préjudice d' sexual* (“perjuicio sexual”).

Aquel que imposibilita a la víctima llevar a cabo una vida sexual plena y/o normal a consecuencia de la ocurrencia del hecho dañoso.

⁹² DIEZ S., Op. Cit., 114p.

⁹³ CORRAL T., Op. Cit., 156p.

⁹⁴ CORRAL T., Op. Cit., 157p.

⁹⁵ RODRÍGUEZ G., Op. Cit. 323p.

⁹⁶ DIEZ S., Op. Cit., 115p.

⁹⁷ DIEZ S., Op. Cit., 114p.

F) *Préjudice juvénile* (“perjuicio juvenil”).

Es el referido al “dolor particular que experimenta una persona joven, al comprobar su propia desgracia, y la pérdida de toda posibilidad de llevar una vida futura normal”⁹⁸.

G) Daño psíquico.

Se relaciona con modificaciones de la personalidad, expresada a través de alteraciones en el comportamiento del individuo. Su evaluación mantiene una estrecha correlación con estándares que se proyectan en un plano psicopatológico, razón por la cual su determinación debe estar circunscrita a criterios clínicos para efectuar su diagnóstico⁹⁹.

H) *Wrongfulbirth* (“nacimiento equivocado”) y *wrongfullife* (“vida errónea”).

Tienen que ver esencialmente con las responsabilidades derivadas del nacimiento imprevisto de un hijo, en el caso del *wrongfulbirth*¹⁰⁰.

Wrongfullife corresponde a imputaciones relacionadas a la falta de información médica debida en casos de embarazos que terminan por dar a luz a individuos con alteraciones a la salud relevantes, tales como malformaciones o discapacidades de algún tipo.

Se pretende responsabilizar al equipo de salud por actuar negligentemente ante la posibilidad de un nacimiento que podía ser evitado y las cargas que trajo consigo, en circunstancias que el aborto es una práctica permitida en la legislación comparada desde hace un lapso de tiempo más prolongado que en el contexto jurídico nacional¹⁰¹.

En el ámbito local, la Corte Suprema, en sentencia de 30 de junio de 2008 expone una interesante secuencia que recoge varias de las concepciones de daño extrapatrimonial antes expuestas, cuando señala que “haciendo una clasificación elemental de los atributos de la personalidad, tales como el honor o la honra, la intimidad o la propia imagen, cuya lesión involucra generalmente aspectos patrimoniales y extrapatrimoniales, tales como el dolor corporal, los perjuicios estéticos o de agrado; o cualquier deterioro del normal desarrollo de la vida familiar, afectiva o sexual; los daños

⁹⁸ DOMINGUEZ H., C. 1999. Aspectos modernos de la reparación por daño moral: contraste entre el derecho chileno y comparado. Revista Chilena de Derecho de la Universidad Católica del Norte. 36p.

⁹⁹ MILMAIENE, J. 1995. Los daños corporales. Buenos Aires, Hammurabi. Pp. 74-75.

¹⁰⁰ VICENTE D., E. 2002. Lecciones de responsabilidad civil. Navarra, Arazandi. 266p.

¹⁰¹ REPÚBLICA DE CHILE. Ministerio de Salud. 2017. Ley no. 21.030: Regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales. 23 de septiembre de 2017.

en la autoestima a consecuencia de lesiones o pérdida de miembros; y los llamados perjuicios de afección, ocasionados por el sufrimiento o muerte de un ser querido e intereses relacionados con la calidad de vida en general, constituidos por las molestias ocasionadas en razón de la vecindad, tales como ruidos molestos, humos y malos olores; intereses relacionados con la integridad física y psíquica afectan, asimismo, la calidad de vida de la víctima”¹⁰².

1.2.2 Contexto del daño moral en Chile.

Al no contemplarlo el Código Civil¹⁰³, su incorporación ha ido de la mano de la interpretación conjunta de dos artículos: 2329 y 2314.

El primero reza “[...] todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta”, mientras que el segundo dicta que quien ha cometido un hecho ilícito “que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización”. Por su parte, el artículo 2331 excluye la indemnización del daño no patrimonial, lo que se ha interpretado *a contrario sensu*, sugiriéndose que cada vez que el legislador ha pretendido no conceder la reparación integral de todo perjuicio, lo ha dispuesto expresamente.

A tal exégesis se ha sumado el análisis constitucional, pues en su artículo 19 numeral primero establece una serie de garantías deben ser respetadas por todas las instituciones de la República, ampliando el catálogo de derechos tutelados civilmente y por tanto, los perjuicios indemnizables¹⁰⁴.

Por ello, parece “perfectamente acertado tratar del daño moral como una de las instituciones sin consagración codificada y de mera creación jurisprudencial”¹⁰⁵.

De todas formas, en Chile la preeminencia del daño moral como acción es relativamente reciente, en razón de las grandes diferencias económicas y la propia

¹⁰² CORTE SUPREMA (2008) Rol 5857-2006.

¹⁰³ La concepción del daño moral escapa siquiera de las intenciones del redactor del Código, quien solo se habría limitado a seguir con las tendencias reproducidas por los tratadistas (principalmente franceses) de la época. En: DOMINGUEZ A., R. 2004. Sobre la transmisibilidad de la acción por daño moral. Revista Chilena de Derecho 31(3): 493.

¹⁰⁴ PÉREZ I., A. Op. Cit. 120p.

¹⁰⁵ DOMINGUEZ A., R. 2004. Sobre la transmisibilidad de la acción por daño moral. Revista Chilena de Derecho 31(3): 493.

lentitud de los procedimientos hacían que escasos los incentivos para reclamar responsabilidad en sede extracontractual¹⁰⁶.

La actualidad, en cambio, es radicalmente diferente. El progreso económico, la proliferación de abogados y la agilización del proceso han provocado que estos juicios hayan aumentado drásticamente su número, junto al desarrollo doctrinario en la materia.

Algunos autores han propuesto la necesidad de optar por una definición amplia de daño moral, pues permitiría indemnizar diversos atentados a la persona en sus esferas físicas, psíquicas y en general extrapatrimoniales, permitiendo reparar perjuicios sufridos por personas jurídicas, o naturales que estén imposibilitadas del goce de facultades mentales¹⁰⁷.

Además, se haría necesario que los tribunales exigieran para la procedencia de la indemnización la acreditación de todos los elementos de la responsabilidad, impidiendo la transformación de la acción de daño moral “en un rubro indemnizatorio absolutamente arbitrario e inclusive abusivo, que puede obtenerse con solo invocarlo y que con ello se hace cuestionable”¹⁰⁸; pues cierta jurisprudencia ha tendido a disminuir la exigencia del estándar probatorio del daño moral, considerando que podría desprenderse su existencia del solo contexto y relaciones de los partícipes¹⁰⁹.

En la tesis específica que nos convoca, vale la pena destacar que, en el caso del Derecho del Trabajo, se ha establecido que las acciones que reclaman el daño moral de las víctimas indirectas (quienes se ven afectadas, pero no inmediatamente dañadas), tienen carácter de extracontractuales, por lo que deben seguir el cauce de la justicia civil en juicio ordinario y no la vía del procedimiento laboral, mucho más expedita¹¹⁰.

¹⁰⁶ DOMINGUEZ A., R. 2004. Sobre la transmisibilidad de la acción por daño moral. *Revista Chilena de Derecho* 31(3): 494.

¹⁰⁷ DOMÍNGUEZ H., C. 2000. *El daño moral*. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile. 70p.

¹⁰⁸ DOMINGUEZ H., C. 1999. Aspectos modernos de la reparación por daño moral: contraste entre el derecho chileno y comparado. *Revista Chilena de Derecho de la Universidad Católica del Norte*. 32p.

¹⁰⁹ CORRAL T., Op. Cit., 164p.

¹¹⁰ DOMINGUEZ A., R. 2004. Sobre la transmisibilidad de la acción por daño moral. *Revista Chilena de Derecho* 31(3): 496.

Por ello, la estrategia jurídica principal no es demandar el perjuicio de *iure proprio*, sino seguir dentro de la competencia especial accionando como herederos del trabajador fallecido en relación con el daño moral que éste mismo habría sufrido.

En otro orden, y si fuese admisible la transmisibilidad de la acción de indemnización a los herederos, el derecho que tendrían sería a una doble reparación patrimonial: por un lado, la acción fundada en su *iure proprio*, o bien en cuanto *iure hereditatis*, las cuales se revelan cada una con importantes diferencias en cuanto a pruebas y efectos de su ejercicio¹¹¹, pero que da cuenta de la importancia que tiene la acogida o no de la transmisibilidad.

En definitiva, se trata de un asunto lejos de estar zanjado pacíficamente, por lo que solo se pretende dar luces sobre una respuesta lo más adecuada posible a las normas nacionales vigentes y a los principios generales del derecho privado.

¹¹¹ ALESSANDRI R., Op. Cit., 471p.

1.3 La indemnización de perjuicios

De un ilícito civil pueden nacer tres clases de acciones: reparación en naturaleza, indemnización de perjuicios y enriquecimiento sin causa. Nos centraremos, dada la cuestión de este trabajo, primordialmente en la segunda de estas posibilidades.

La indemnización de perjuicios es una reparación por equivalencia, que va en directa correspondencia a la consideración de la “disminución patrimonial o compensatoria del daño patrimonial o moral sufrido por la víctima¹¹²”, y tiene un antecedente complejo en el hecho imputable y culpable que causa un daño, cumpliéndose copulativamente todas las condiciones de responsabilidad¹¹³.

En cuanto a las principales características de esta acción de responsabilidad, se pueden tomar en consideración como principales, debido a su alcance, las siguientes:

- a) Personal: emana de un derecho personal incorporado al patrimonio de la víctima, y solo puede dirigirse contra el autor del daño¹¹⁴.
- b) Mueble: la indemnización se paga en dinero¹¹⁵ y en ciertos casos, consiste en la ejecución de un hecho¹¹⁶.
- c) Patrimonial: es susceptible de apreciación pecuniaria. Esta característica es doctrinariamente pacífica en el caso del daño material. En cambio, en la clasificación moral, ha suscitado discusiones entre quienes entienden el daño moral como una acción personalísima, y otros quienes le atribuyen una particularidad eminentemente patrimonial^{117 118}.

¹¹² BARROS B., Op. Cit., 869p.

¹¹³ BARROS B., Op. Cit., 881p.

¹¹⁴ ALESSANDRI R., Op. Cit., 453p.

¹¹⁵ BARROS B., Op. Cit., 914p.

¹¹⁶ ABELIUK M., Op. Cit., 243p.

¹¹⁷ DOMÍNGUEZ H., C. 2000. El daño moral. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile. 731p.

¹¹⁸ Volveremos a esta polémica al revisar los argumentos sobre un punto y otro en cuanto a la posibilidad o no de transmisión de la acción por daño moral.

De tal naturaleza patrimonial, pueden desprenderse las siguientes implicancias¹¹⁹:

- i. Es de naturaleza reparatoria, al tener por objetivo reponer el patrimonio de la víctima al estado en que se encontraba en el momento anterior del hecho lesivo.
- ii. Posibilidad de renuncia de la acción¹²⁰.
- iii. Transferibilidad del crédito a través de su cesión.
- iv. Transmisibilidad de la acción por testamento y *ab intestato*.
- v. Transacción de la pretensión indemnizatoria, puesto que las partes pueden, libremente, componer la indemnización ya devengada¹²¹.

En cuanto a los titulares de la indemnización de perjuicios, se distingue entre aquellos por derecho propio, y los por derecho derivado¹²².

- I) Titulares por derecho propio: se trata de quienes, a consecuencia de un hecho ilícito, sufren un daño directo y personal.

Lo son tanto la víctima directa e inmediata, como la indirecta o mediata.

- a. Víctima directa: Es sobre quien recae directamente la lesión¹²³.
- b. Víctima indirecta, por repercusión o rebote, es quien se ve mediatamente perjudicado por un daño que recibe directamente otra persona¹²⁴.

Dada su importancia, ampliaremos las características de las víctimas mediatas, al tocar el caso del daño reflejo.

- II) Titulares por derecho derivado: son los que no han sufrido un daño en forma directa y personal, sino que obtienen derecho a indemnización en cuanto les “fue transmitido por causa de muerte, o transferido por acto entre vivos”¹²⁵.

¹¹⁹ ABELIUK M., Op Cit., 243p.

¹²⁰ BARROS B., Op. Cit., 921p.

¹²¹ ABELIUK M., Op Cit., 243p.

¹²² CORRAL T., Op. Cit., 316p.

¹²³ AEDO B., Op. Cit., 904p.

¹²⁴ AEDO B., Op. Cit., 397p.

¹²⁵ RAMÍREZ L., Op. Cit., 40p.

Por ende, esta titularidad puede llegar a operar de las siguientes maneras:

- a. Sucesores *mortis causa*: el artículo 2315 del Código Civil, es claro al señalar que, en caso de daño material, puede pedir indemnización el heredero del dueño o poseedor de la cosa, puesto que la acción se incorpora a su patrimonio¹²⁶.

Discutida en cambio es la solución en cuanto a la transmisibilidad de la acción de daño moral, aspecto que más adelante trataremos latamente.

- b. Cesionarios: como el derecho a requerir indemnización es incorporado al patrimonio de la víctima, puede ser objeto de cesión por acto entre vivos. Al igual que en el caso anterior, es pacífico este aserto en el caso de daños materiales, no así en el daño moral.

Quienes amparan la posibilidad de cesión de la acción por daño moral, se fundan en el supuesto carácter patrimonial de la misma como fundamento principal¹²⁷, mientras que la variante contraria estima en cambio que esta clase de perjuicio está ligado inexorablemente a su titular. Así, la acción solo será ejercida por la víctima y los sucesores de esta.

- c. Acreedores: la opinión general se opone esta posibilidad de ejercicio, puesto que la acción subrogatoria se hallaría limitada a las hipótesis establecidas en el artículo 2366 inciso segundo del Código Civil, y no tendría por tanto, alcance general¹²⁸.

¹²⁶ MORENO M., M. 1965. Los herederos de la víctima. Revista General de Derecho de Barcelona: 755 p.

¹²⁷ ALESSANDRI R., Op. Cit., 474p.

¹²⁸ *Ibíd.*

1.4 Sobre la transmisibilidad de las acciones de indemnización de perjuicios: Posibilidades de ocurrencia

1.4.1 La transmisión de la acción que busca indemnizar daño patrimonial.

La doctrina es pacífica en señalar que, en función del artículo 2315 del Código Civil, se deben seguir las reglas generales de la sucesión. Esto es, que quienes pueden pedir la indemnización respectiva son tanto el “dueño o poseedor de la cosa que sufre el daño, o su heredero”.

Por ello, se acoge la posibilidad de transmisión de la acción derivada de un hecho ilícito, tanto a título singular o universal, como también por vía testamentaria o *ab intestato*¹²⁹. Así, *a contrario sensu*, al no existir norma expresa que prohíba la transmisión del daño material, nada obstaría la posibilidad de reclamar su indemnización, tanto en el entendido de tratarse de daños a las cosas¹³⁰, como también el causado a la persona del difunto.

1.4.2 La víctima de daño moral fallece habiendo ejercitado acción.

La doctrina dominante¹³¹ ha expresado que la acción forma parte del patrimonio del causante, por lo que bastaría recurrir a lo establecido en el artículo 5 del Código de Procedimiento Civil, que permite expresamente a los herederos continuar con la acción comenzada por el causante en caso que obre por cuenta propia, indicando tal cuerpo normativo que en tal situación “quedará en suspenso por este hecho el procedimiento, y se pondrá su estado en noticia de los herederos para que comparezcan a hacer uso de su derecho [...]”. Ello llevaría a la inequívoca conclusión que tal “crédito también

¹²⁹ *Ibíd.*

¹³⁰ *Ibíd.*

¹³¹ DOMÍNGUEZ H., C. 2000. El daño moral. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile. 730p.

podría cederse por los herederos sin dificultad”¹³², por “aplicación de los principios generales de la sucesión por causa de muerte”¹³³.

Lo anterior es refrendado por el artículo 529 del Código Orgánico de Tribunales, al establecer que el mandatario continúa en sus funciones aun habiendo fallecido el mandante, pudiendo los herederos intervenir o no en su tarea.

Se trataría “de una cuestión de sustitución de parte en el proceso”¹³⁴, lo que se reafirma al estimar que “ninguna ley lo ha declarado intransmisible”¹³⁵ y, además, la víctima manifestó su voluntad expresamente mediante el ejercicio de la acción.

Con todo, tanto en el derecho comparado como en cierto sector de la doctrina nacional, esta solución no se trata de una cuestión pacífica¹³⁶, pues la naturaleza del derecho a la indemnización sería intransmisible, dada su inherencia a la persona del titular¹³⁷.

1.4.3 La víctima de daño moral fallece habiéndose acogido sentencia que ordena indemnización.

El art. 1097 del Código Civil contempla el hecho que los herederos “representan a la persona del testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles”, por lo que es reconocido que la acción que persigue la ejecución de la sentencia respectiva, sería transmisible a estos.

Por ende, al haberse constituido una prestación pecuniaria distinguible al ser declarada judicialmente, tal derecho ha ingresado en el patrimonio del demandado como crédito, y en el de la contraria como obligación¹³⁸.

¹³² *Ibíd.*

¹³³ RAMÍREZ L., Op. Cit., 47p.

¹³⁴ DOMINGUEZ A., R. 2004. Sobre la transmisibilidad de la acción por daño moral. *Revista Chilena de Derecho* 31(3): 497.

¹³⁵ ALESSANDRI R., Op. Cit., pp. 467-468.

¹³⁶ DOMINGUEZ A., R. 2004. Sobre la transmisibilidad de la acción por daño moral. *Revista Chilena de Derecho* 31(3): 497.

¹³⁷ FUEYO L., F. 1991. *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile. 94p.

¹³⁸ DOMINGUEZ A., R. 2004. Sobre la transmisibilidad de la acción por daño moral. *Revista Chilena de Derecho* 31(3): 497.

1.4.4 El caso del daño rebote o reflejo.

Es la clase de daños que afecta a las víctimas también denominadas indirectas o por repercusión, siendo aquellas “que, sin haber sido lesionados en su persona física, sufren también un perjuicio a consecuencia del accidente por verse privados de todos o de una parte de los beneficios pecuniario o de la ayuda que la víctima directa les procuraba o de una parte de los beneficios pecuniarios o de la ayuda que la víctima directa les procuraba o por haber tenido que satisfacer los gastos de curación o de funerales de la misma víctima, en razón de su parentesco con ella”¹³⁹.

Para la Corte Suprema, se trata de aquel “perjuicio experimentado por una víctima de un hecho ilícito, puede afectar a personas distintas del sujeto inmediatamente perjudicado [...]. Este se presenta principalmente en la hipótesis de lesiones corporales o muerte de la víctima inicial, supuestos en que, además del daño sufrido por ésta directamente en su persona y patrimonio, pueden resultar afectados su cónyuge, hijos y aún otras personas que de ella dependen o se relacionan”¹⁴⁰, tales como el novio o novia, concubino o concubina¹⁴¹.

Esta clase de daño es independiente del que afecta a la víctima inicial¹⁴². Su ejercicio se funda en un derecho originario en razón del daño que la propia persona sufre siendo por tanto acciones diferentes, con todas sus consecuencias¹⁴³.

En este punto, la doctrina ha elaborado diversas distinciones.

Si es que la víctima principal sobrevivió al accidente y los daños son de carácter material, se ha entendido que la reparación de tales perjuicios “debe colocarla en condiciones de hacerle frente a cualesquiera cargas y obligaciones, como si no

¹³⁹ ALESSANDRI R., Op. Cit., 457p.

¹⁴⁰ Corte Suprema, sentencia de fecha 6 de diciembre de 2011, causa rol 1317-2011, considerando 2°.

¹⁴¹ DOMINGUEZ A., R. 2004. Sobre la transmisibilidad de la acción por daño moral. Revista Chilena de Derecho 31(3): 421.

¹⁴² ELORRIAGA, F. 1999. Del daño por repercusión o rebote. Revista Chilena de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. 26(2): 390.

¹⁴³ Según el profesor Alessandri, aquella independencia implica que no existe solidaridad, lo que conlleva a que las acciones pueden o no interponerse conjuntamente, debiendo el juez de instancia definir indemnizaciones separadas para cada víctima; cuyas transacciones o renunciaciones no se afectan procesalmente entre sí y cuyo pago efectivo particular, por cierto, no extingue el de las demás. En: ALESSANDRI R., Op. Cit., pp. 465-466.

hubiese ocurrido el daño corporal. En consecuencia, quienes recibían apoyo económico de la víctima inmediata no disponen de acción para demandar la reparación de perjuicios patrimoniales por repercusión porque ya ha sido indemnizada la víctima directa”¹⁴⁴.

En cambio, en el caso que la víctima de daño moral sobreviva, la demanda del daño reflejo haría concurrir un injustificado cúmulo de indemnizaciones, puesto que las víctimas indirectas estarían alegando la reparación de un perjuicio afectivo que es esencialmente idéntico al de la persona directamente perjudicada¹⁴⁵, a menos que los daños “sean de tal entidad que impongan a la víctima por rebote la obligación de otorgar cuidados especiales a la víctima directa”¹⁴⁶.

Lo anterior implica que las víctimas por rebote accionarían de *iure proprio*, pudiendo, en teoría, en caso de ser afectadas las víctimas tanto inmediata como mediatamente, accionar indistintamente por ambas clases de daños¹⁴⁷.

En consideración a lo anterior, no se encuentran razones plausibles, al menos hasta este punto, para que las víctimas por rebote no puedan demandar indemnización de perjuicios en conjunto a la víctima principal; ante lo cual el criterio de los tribunales ha sido el de limitar tales cargas probatorias demostrando solo la prueba de parentesco o vínculo que unía a las víctimas directa y por rebote, en tanto tales sufrimientos se encontrarían “más allá de toda demostración procesal”¹⁴⁸.

Sin embargo, también se ha fallado que, “a fin de evitar multiplicidad de acciones por daño moral, ya que podrían ser numerosísimas las personas que se lamentaran del mal acaecido a otra a pretexto del afecto que le tenían, su indemnización sólo debe acordarse a favor de aquellas que acrediten haber sufrido real y efectivamente un dolor profundo y verdadero”¹⁴⁹.

En cuanto a sus diferencias con la acción por daño moral directo, debido a que los herederos actúan en este segundo en nombre del causante, estarán sujetos a las

¹⁴⁴ BARROS B., Op. Cit., 346p.

¹⁴⁵ BARROS B., Op. Cit., 352p.

¹⁴⁶ RAMÍREZ L., Op. Cit., 36p.

¹⁴⁷ ELORRIAGA., Op. Cit., 391p.

¹⁴⁸ Corte de Apelaciones de Santiago. 14.09.1990. Gaceta Jurídica N 123, p. 45. En: DIEZ S., Op. Cit. 145p.

¹⁴⁹ Corte Suprema, 1968. Gaceta de los tribunales, tomo 80: fallo de 15 de diciembre de 1983. 128p.

mismas condiciones que en la teoría debió enfrentar la víctima en vida, a diferencia de la acción *de iure proprio*, que solo responde por las condiciones particulares de su actor.

Por lo demás, el surgimiento de los derechos ocurre en momentos diferentes: mientras que la acción *vía iure hereditatio* encuentra origen de la fecha del accidente, la acción *ex iure proprio* aparece desde el fallecimiento de la víctima directa¹⁵⁰.

1.4.5 La víctima directa muere sin haber deducido de deducir la acción de indemnización de perjuicios.

Puede afirmarse que este caso, central en su resolución para el objetivo de esta memoria, es el que encuentra más dificultades en sus conclusiones de los que hemos tratado.

En lo referido a la reparación del perjuicio material, y tal como ya hemos adelantado, el asunto es zanjado por la aplicación del principio de continuidad de la persona del causante por los herederos, consagrado en el art. 1097 del Código Civil; por lo que “no cabe duda que los herederos reciben, en el as hereditario, la acción que por ellos correspondía al *de cuius*, ya que se trata de un derecho transmisible”¹⁵¹.

Por el contrario, es el área extrapatrimonial la que ha hecho surgir importantes diferencias, tanto en doctrina como en jurisprudencia.

La solución de este problema trae nuevamente a colación el principio de continuidad de la persona del causante por los herederos, pero que debe ser aplicado tomando en consideración aspectos diversos a los originalmente planteados por el legislador al elaborar el texto del artículo 1097, puesto que “en muchos casos la muerte pone término a ciertas situaciones jurídicas que afectaban al causante, y respecto de ellas, los herederos no pasan a ocupar el lugar que tenía el difunto”¹⁵².

¹⁵⁰ DOMÍNGUEZ H., C. 2000. El daño moral. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile. 746p.

¹⁵¹ DOMINGUEZ A., R. 2004. Sobre la transmisibilidad de la acción por daño moral. Revista Chilena de Derecho 31(3): 498.

¹⁵² ELORRIAGA D., F. 2005. Derecho Sucesorio. Santiago de Chile, LexisNexis. 20p.

Una de las dificultades centrales a desenredar es si los herederos del fallecido, víctima de un perjuicio de tipo moral pueden o no, ejercer conjuntamente dos acciones relacionadas, pero diferentes: la acción de *iure proprio* (“por rebote”) y la de *iure hereditatis* (correspondiente originalmente al propio causante).

A continuación, se expondrán las teorías más reconocidas que han pretendido darle respuesta a la cuestión.

CAPÍTULO II: TEORÍA DE LA INTRANSMISIBILIDAD

Frente al fallecimiento de una persona a consecuencia de un accidente, cabe preguntarse si el daño moral sufrido por aquel a raíz de tal hecho puede ser reclamado por sujetos distintos de quien lo padeció.

En razón de nuestro estudio, el cuestionamiento relevante pasa a ser el hecho de si los herederos del causante pueden ejercer la acción que correspondía originalmente a aquel, al ser esta transmitida por medio de la sucesión por causa de muerte, de manera de obtener la reparación del perjuicio extrapatrimonial experimentado por la víctima directa.

La posibilidad o no de la transmisión de la acción de indemnización por daño moral ha sido un tema de gran discusión en la doctrina extranjera y nacional, manteniéndose en nuestro contexto una jurisprudencia que se mantuvo prácticamente inmutable, negando la posibilidad de transmisión.

Sin embargo, esta postura ha terminado por demostrar no ser definitiva, pues, como se verá en detalle más adelante, nuestros tribunales superiores han señalado un llamativo giro jurisprudencial en el último tiempo, inclinándose por la tesis afirmativa.

Para dar cuenta de las discusiones referidas, se colegirán a continuación los argumentos más importantes de la tesis que niega la posibilidad de transmisión de esta acción, para luego dar abarque a la tesis contraria.

2.1 Concepto de daño moral.

Como se ha desarrollado latamente durante el curso de este trabajo, el concepto de daño moral ha ido expandiéndose cada vez más lo largo del tiempo, de manera que, genéricamente, puede considerársele como toda lesión a derechos subjetivos o bienes de la personalidad, razón por la cual, según fue adelantado, conminó a parte

importante de la doctrina moderna a denominarle -más exactamente- como “daño extrapatrimonial”¹⁵³.

Siguiendo tal entendido, Ramón Domínguez Á. expresa que “los derechos o bienes de la personalidad son por esencia unidos a su titular y, por lo mismo, intransmisibles y desaparecen con su titular”¹⁵⁴.

En este mismo sentido, la Corte Suprema ha fallado que “la noción de daño moral, aun en una concepción amplia, se relaciona con bienes o derechos inherentes a su titular, por lo que éstos desaparecen con él”¹⁵⁵, agregando que “en cuanto a la transmisión de la acción por el daño moral sufrido por el causante, esta Corte ha sostenido que tiene un carácter personalísimo, toda vez que persigue compensar el mal soportado por la víctima personalmente”¹⁵⁶.

Cómo puede suponerse, la amplitud del concepto de daño moral no obsta a considerar la intransmisibilidad de la acción para reclamarlo (la tesis contraria considera que esta conclusión sólo se aviene bajo una noción restringida al *pretium doloris*), sin embargo, esta posición concluye que el daño moral afecta bienes de la personalidad en sentido amplio y ello explicaría el carácter personalísimo también para su ejercicio.

A propósito del carácter señalado, en derecho comparado se ha discurrido que “de igual manera, se aduce que solamente la víctima puede determinar si el daño padecido tiene la entidad suficiente para que sea oportuna la reparación, además, que, al soportar ella el menoscabo moral, puede precisar con mayor acierto la verdadera magnitud y extensión del agravio, por el contrario, la valoración realizada por los herederos será completamente arbitraria”¹⁵⁷; consideración que viene en reforzar el hecho que la acción derivada de los daños sufridos por el afectado del hecho ilícito quedan restringidos necesariamente a la imposibilidad de su traspaso.

¹⁵³ El debate sobre la denominación de esta clase de perjuicio se aborda en este trabajo más latamente en el subtítulo “Requisitos del daño indemnizable”.

¹⁵⁴ DOMINGUEZ A., R. 2004. Sobre la transmisibilidad de la acción por daño moral. Revista Chilena de Derecho 31(3): 504.

¹⁵⁵ Corte Suprema (2011) Rol 2073-2009, considerando 6°.

¹⁵⁶ *Ibíd.*

¹⁵⁷ OROZCO G., G. A. 2014. Transmisibilidad del derecho a la reparación del daño moral. Revista de Derecho. (17): 44.

2.2 La intrasmisibilidad de un derecho no siempre debe estar establecida expresamente en la ley.

El Código Civil, en sus artículos 773 inciso segundo y 819 inciso primero¹⁵⁸, ha establecido expresamente la intransmisibilidad de los derechos de usufructo, uso y habitación.

En base a ello, la tesis a favor de la transmisión sostiene que la prohibición respecto de un derecho debe estar consagrada en la ley. Por ende, y *a contrario sensu*, serían transmisibles todos los demás derechos, lo que incluiría a la acción por daño moral. Sin embargo, señala esta posición, tal generalización sería equivocada. Ello, pues no es estrictamente necesario que el carácter personalísimo de un derecho deba encontrarse señalado expresamente por el legislador, sino que un correcto ejercicio interpretativo debería en cambio atender la naturaleza del derecho en cuestión como elemento central en pos de dilucidar la esencia de la eventualidad de su transmisibilidad.

En síntesis, “se debe hacer presente que por regla general todos los derechos y obligaciones son transmisibles. No obstante, existen derechos que se hallan tan íntimamente ligados a la persona del titular que no pueden sufrir un cambio de sujeto o cuando menos no lo pueden sufrir sin desnaturalizarse, y por eso se llaman personalísimos”¹⁵⁹.

¹⁵⁸ El segundo inciso del art. 773 reza: “El usufructo es intransmisible por testamento o abintestato”. El primer inciso del art. 819 dicta: “Los derechos de uso y habitación son intransmisibles a los herederos y no pueden cederse a ningún título, prestarse ni arrendarse”.

¹⁵⁹ SEGOVIA I., S. 2013. La intrasmisibilidad de la acción por daño moral. Los fundamentos de la jurisprudencia. Estudios Laborales de Sociedad Chilena del Derecho del Trabajo. (8): 165.

2.3 La tesis de la transmisibilidad supone una ampliación inadmisibile del principio de continuación.

Dentro de los argumentos que utiliza Ramón Domínguez Á. para defender la tesis que aboga por la intransmisibilidad, ha indicado que la postura contraria implicaría una ampliación excesiva e inadmisibile del principio de continuación de la persona del causante por sus herederos.

Lo anterior tiene su fuente argumental en que la institución jurídica de la sucesión opera solamente respecto a las relaciones patrimoniales y, en cambio, hay ciertos derechos que, por disposición de la ley o su naturaleza, no pueden transmitirse a otras personas. Al respecto, repara en que “concebir la transmisibilidad de la acción por daño moral implicaría aceptar que el interés a reparar sobrevive a su titular y pasa a los herederos, en una ampliación del principio de la continuación del causante por sus herederos que claramente va mucho más allá que su justificación”¹⁶⁰.

Esta apreciación, por tanto, puede entenderse como una verdadera deformación del principio señalado, en cuanto el mismo “se explica por el simple reemplazo del causante por el heredero de sus relaciones patrimoniales: si el herederos responde de las deudas del causante y más allá de las fuerzas de la herencia, es porque se adquiere un patrimonio, una universalidad, en la que se comprenden las deudas”¹⁶¹, por lo que una expansión a los derechos que por esencia pertenecerían únicamente a la persona del causante sería improcedente.

¹⁶⁰ DOMINGUEZ A., R. 2004. Sobre la transmisibilidad de la acción por daño moral. Revista Chilena de Derecho 31(3): 504.

¹⁶¹ *Ibíd.*

2.4 La diferencia entre derecho y acción no es un argumento válido en favor de la transmisibilidad.

Dentro de los postulados que fundamentan la opción por la transmisibilidad de la acción de indemnización, se ha invocado como fundamento la distinción entre el derecho y la acción (en tanto significancias relacionadas, pero distinguibles), para reclamar la indemnización por daño moral, puesto que el carácter de esta última sería efectivamente patrimonial y, por ende, ingresaría al patrimonio del causante, existiendo la posibilidad, por tanto, de transmitírsele a sus herederos.

Tomando ello en consideración, Ramón Domínguez A. realiza la siguiente apreciación: “el derecho a la personalidad está unido a su titular, [sin embargo,] cuando este fallece lo que se transmite no es el derecho, sino la acción destinada a obtener la reparación patrimonial de la agresión experimentada. Pero ello no impide considerar que el interés protegido por la acción reparatoria no es económico y es personalísimo, de forma que la patrimonialidad de la prestación a la que será obligado el hechor del daño no justifica la transmisibilidad de la acción”¹⁶².

En definitiva, las nociones de acción y derecho, si bien no funcionan como sinónimos, tienen tal nivel de relación que apartar la esencia no pecuniaria del derecho conlleva un entendimiento equivocado de la relación jurídica particular, aparejando problemáticas consecuentes a esa deformación, tales como la existencia de una doble reparación y la teórica transferencia de la acción, asuntos que serán tratados en los puntos siguientes.

¹⁶² DOMINGUEZ A. R., Op. Cit., 505p.

2.5 La contradicción de la tesis de la transmisibilidad: a favor de la transmisión, pero contra la transferencia.

Continuando con sus críticas a la idea de transmisibilidad, Ramón Domínguez Á. da cuenta de una supuesta contradicción latente en tal propuesta, ya que “por una parte aceptan la transmisibilidad de la acción en virtud de la continuación de los herederos; pero niegan la posibilidad de transferencia de la acción por acto entre vivos, por ser el derecho personalísimo, transferencia que nadie acepta como posible”¹⁶³.

Siguiendo el hilo conductor del argumento, aparece como una inconsistencia que, considerando la acción por daño moral como un crédito transmisible, no se contemple la cesión de este por acto entre vivos, lo que mantendría una consonancia lógica entre los postulados con que se reafirma tal opinión, lo que permite revelar una sustancial debilidad de tal tesis, al no poder justificar satisfactoriamente sus premisas, toda vez que reconoce un límite arbitrario al traspaso de esta acción, demarcación que, conforme a su propia lógica, parece artificiosa y sospechosamente conveniente, reconociendo así una barrera ética que impide su transferencia, aun cuando se señala que esta acción ingresa al patrimonio de la víctima, lo que, realizando una aproximación sistemática extensiva, debiere por ello tener tanto la calidad de transmisible como transferible.

Asentado lo anterior, bien vale, para dar cuenta de la situación, atender a lo absurdo que sería concebir la posibilidad de que casas comerciales o entidades bancarias tuviesen la posibilidad de, sustentados legítimamente en su derecho general de prenda, embargar esta acción y, en pos de pagarse sus créditos, realizarla en juicios ejecutivos para ser adjudicada por terceros; o que la víctima pudiese transferirla mediante cesión de créditos.

En derecho comparado se señala que “No son ejercitables por los acreedores en virtud de una doble razón: su relación inmediata con la personalidad del titular, y su ineptitud para satisfacer la pretensión de los acreedores, cuyo crédito solo puede ser hecho efectivo con derechos de valor directamente pecuniario”¹⁶⁴.

¹⁶³ DOMINGUEZ A., R. Op. Cit., 504-505p.

¹⁶⁴ OROZCO G., Op. Cit., 35p.

2.6 El problema de la acumulabilidad de acciones en el heredero: la doble reparación conlleva un enriquecimiento sin causa.

Puede partir la explicación de este fundamento partiendo sobre un supuesto sustentado en la admisibilidad de la tesis de la transmisibilidad.

Ello, pues suponiendo que fuere correcta su aplicación, sería plausible que los herederos pudieran ejercer dos acciones: una a título propio, por el daño moral sufrido como víctimas por rebote y la otra, transmitida desde el causante, por el daño moral sufrido por la víctima directa.

Se permitiría, en conclusión, exigir tanto la indemnización de perjuicios sufridos por quien padeció el accidente, así como también la aflicción que la pérdida de la vida de esta persona ocasiona en otros.

En este entendido, Ramón Domínguez Á. expone: “se justificaría que los herederos obtuviesen la reparación del daño del difunto y la del propio que experimentan como víctimas indirectas, acumulando para sí la doble reparación y aun, en caso de que la muerte sea producida por el hecho imputado al demandado, admitir que la reparación la obtenga dos veces: una porque la vida del difunto se acortó y otra por el daño que les causa esa abreviación”¹⁶⁵.

Es del caso señalar que la crítica acusa en esta posibilidad que la doble reparación de marras se opone frontalmente a la función compensatoria que cumple la indemnización de perjuicios.

Lo anterior se ve reflejado en el hecho que, en derecho comparado, el recurso considerado como más acertado ha sido una definición jurídica que opte por una u otra solución. Expone Enrique Barros B. que “en el *common law* se suele reconocer la transmisibilidad de la acción por daño moral (pero, en contraste no se acepta el daño moral reflejo)”¹⁶⁶.

Por su parte, en el Artículo 1741 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina se indica “Indemnización de las consecuencias no patrimoniales. Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado

¹⁶⁵ DOMINGUEZ A., R., Op. Cit., 505p.

¹⁶⁶ BARROS B., Op. Cit., 946p.

directo. Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible. La acción sólo se transmite a los sucesores universales del legitimado si es interpuesta por éste”¹⁶⁷.

A su vez, en el artículo 7158 del Código Civil de Estado de México se señala que “la acción de reparación no es transmisible a terceros por acto entre vivos y sólo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta la haya intentado en vida.”¹⁶⁸.

Para abundar, en el caso del derecho continental también “es la solución que ha recogido la jurisprudencia francesa luego de conocida la sentencia de la Cámara Mixta de 30 de abril de 1976 y que luego ha sido reafirmada por sentencia posterior; ‘el derecho a la reparación del daño que resulta del sufrimiento físico experimentado por la víctima antes de su fallecimiento, habiendo ya nacido en su patrimonio, se transmite a sus herederos’”.¹⁶⁹

Las consideraciones normativas expuestas invitan a analizar entonces que, para evitar el problema de la doble reparación, parece lógico optar por una u otra opción. En tal apuesta es que Enrique Barros B. enuncia que “la concurrencia cumulativa de acciones tiene el especial inconveniente de que las indemnizaciones por daño moral personal y a título hereditario se superponen necesariamente, porque en la aflicción de las personas más cercanas ya está incorporado el sufrimiento del fallecido”¹⁷⁰ y agrega que “es preferible optar por la indemnización del daño reflejo, negando lugar a la transmisión. La prueba del daño reflejo atiende de mejor manera a los vínculos reales de afecto y dependencia espiritual que existen entre los demandantes y la víctima fallecida. Asimismo, permite hacerse cargo razonablemente del daño moral sufrido por la víctima inmediata, que repercute en quienes le eran más cercanos (pero evitándose la doble indemnización).”¹⁷¹

¹⁶⁷ República de Argentina. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Presidencia de la Nación. Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994. Decreto 1795/2014. 272p.

¹⁶⁸ Estados Unidos Mexicanos. Gobierno del Estado de México. 2002. Código del Estado de México. Abril 2002. 176p.

¹⁶⁹ DOMINGUEZ A., R., Op. Cit., 499p.

¹⁷⁰ BARROS B., Op. Cit., 946p.

¹⁷¹ BARROS B., Op. Cit., 947p.

Como puede observarse, es del entendimiento de diversas legislaciones y autores, lo equívoco de la opción que acoge la posibilidad que ambas acciones puedan ejercerse simultáneamente por los herederos. Al respecto, y retomando las disquisiciones de la doctrina comparada, “existen también problemas prácticos que resultan de esta legitimación iure hereditatis, como por ejemplo, el absurdo, pero teóricamente viable caso en que el Estado pudiese reclamar la indemnización como último heredero ab-intestato, cuando el sujeto fallecido no ha dejado familiares o herederos sobrevivientes; o tener que compartir la herencia con un pariente muy lejano sin ningún tipo de vínculo afectivo; otra dificultad práctica que surge de repartir la indemnización entre los familiares según las cuotas hereditarias, consiste en que el cónyuge del extinto recibiese una reparación pecuniaria mucho menor que la de los hijos en común ya independizados”¹⁷².

A mayor abundamiento, Hernán Corral T. ha propuesto entre nosotros que la “tesis de la intransmisibilidad de la acción, nos parece, sí tiene un fundamento que la justifica y que podría calificarse de económico, en la terminología de la sentencia que comentamos¹⁷³. Se trata simplemente de evitar el enriquecimiento sin causa. Los herederos, en cuanto tales, recibirán una cantidad de dinero que estaba destinada a permitir a quien padeció el daño extrapatrimonial financiar algún bien o actividad que de algún modo atenúe su pérdida. Y nótese que el heredero podría ser la cónyuge del trabajador que no ha sufrido dolor alguno por la pérdida de un marido del que lleva años separada de hecho, o podría tratarse de un extraño o incluso de una persona jurídica nombrada en el testamento del trabajador (al menos en la cuarta de libre disposición), sin excluir al Fisco en el quinto orden de la sucesión intestada”¹⁷⁴.

¹⁷² OROZCO G., Op. Cit., pp. 36-37.

¹⁷³ MELLADO: RELLENA LA REFERENCIA DE LA SENTENCIA

¹⁷⁴ CORRAL, H. 2017. Una vez más sobre la transmisibilidad de la indemnización por daño moral. [en línea] El Mercurio Legal. 11 de enero de 2017. <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2017/01/11/Una-vez-mas-sobre-la-transmisibilidad-de-la-indemnizacion-por-dano-moral.aspx> [05 de marzo de 2018].

2.7 La transmisión de la acción por daño patrimonial se justifica, no así la del daño moral.

Como ponencia preliminar, se ha señalado en la doctrina que el daño patrimonial afecta el haz hereditario que será transmitido a los sucesores del causante, según se desprendería del artículo 2315¹⁷⁵. Ello justificaría plenamente la transmisión de la acción por este tipo de perjuicios, toda vez que se disminuiría el patrimonio sobre el que va a operar la sucesión por causa de muerte.

En este sentido, Ramón Domínguez Á. sostiene que “si en el daño patrimonial la acción para su indemnización es transmisible es porque esa indemnización sustituye o reemplaza por equivalencia al bien dañado que formaba parte del patrimonio del causante y que, por lo mismo, habría pasado al del heredero. Pero no ocurre lo mismo con el daño no patrimonial, en el que la indemnización desempeña un rol muy diferente, de forma que su carácter patrimonial no justifica su transmisibilidad”¹⁷⁶.

En la misma línea, Ricardo Quezada F. ha expresado que “la transmisión de la indemnización por daños materiales se justifica, a mi juicio, en que el patrimonio que se transmite al heredero se ve afectado directamente por el daño. Sin el daño material, habría heredado un patrimonio mayor. El daño extrapatrimonial que sufre el causante, en cambio, por definición no afecta el patrimonio que se transmite al heredero, por lo que no se justifica la transmisibilidad de la indemnización”¹⁷⁷.

En definitiva, es perfectamente justificable la transmisión de la acción por daño patrimonial, por disminuir el patrimonio, afectando a los herederos en cuanto la cuota de bienes a transmitir será menor. En cambio, el daño extrapatrimonial no producirá una reducción del haz hereditario, lo que implica que no se vea afectado lesivamente en sus intereses, lo que a su vez sirve de argumento central para aplicar el adagio “sin interés no hay acción”, lo que justificaría la manifiesta improcedencia de su ejercicio en este caso.

¹⁷⁵ Artículo 2315: “Puede pedir esta indemnización no sólo el que es dueño o poseedor de la cosa que ha sufrido el daño, o su heredero, sino el usufructuario, el habitador o el usuario, si el daño irroga perjuicio a su derecho de usufructo o de habitación o uso. Puede también pedirla en otros casos el que tiene la cosa con obligación de responder de ella; pero sólo en ausencia del dueño”.

¹⁷⁶ DOMINGUEZ A., R., Op. Cit., 506p.

¹⁷⁷ QUEZADA, R. Derecho Civil VII, Contratos parte especial. Universidad de Chile. 21 de abril de 2014.

2.8 La función que cumple la acción por daño moral.

La doctrina ha establecido generalmente que, en el apartado relacionado con la indemnización de perjuicios, esta se rige por el principio de reparación integral del daño, de manera que la víctima quede indemne, es decir, sea restituida al estado en el que se hallaba con anterioridad al accidente.

En cambio, indica Enrique Barros B., la acción por daño moral cumple una función distinta a la indemnización de perjuicios patrimoniales. Así pues, “a diferencia de lo que ocurre con los daños patrimoniales, los daños morales no pueden ser objeto de reparación. El dolor físico, la pérdida de autoestima por la desfiguración del rostro, la deshonra a consecuencia de una difamación o la imposibilidad de disfrutar las alegrías ordinarias de la vida no son propiamente reparables, pues la indemnización no permite a la víctima volver al estado de cosas anterior al accidente”¹⁷⁸. Continúa añadiendo que “la indemnización de daños no patrimoniales no puede tener carácter reparatorio. Su función es más bien compensatoria: la víctima recibe una indemnización que no pretende restablecer el estado de cosas anterior al daño, sino cumplir la función más modesta de permitirle ciertas ventajas, que satisfagan su pretensión legítima de justicia y la compensen por el mal recibido”¹⁷⁹, a la vez que niega que la indemnización tenga un carácter punitivo, es decir, de pena civil.

No obstante, da lugar a que en jurisprudencia “se asumen con frecuencia típicas consideraciones retributivas al momento de pronunciarse sobre la evaluación de los perjuicios”¹⁸⁰.

En sintonía con estas deliberaciones, Ramón Domínguez Á. ha indicado que la indemnización por daño moral no podría cumplir un fin reintegrador en consonancia al principio de la reparación integral del daño, e incluso expone que, aun aceptándose la tesis de que constituye una pena privada, igualmente no podría concebirse la transmisión de esta acción toda vez que “la transmisibilidad de la pena privada impediría la existencia en el heredero de la acción iure proprio, pues de otro modo se

¹⁷⁸ BARROS B., Op. Cit., pp. 301-302.

¹⁷⁹ BARROS B., Op. Cit., 302p.

¹⁸⁰ BARROS B., Op. Cit., 308p.

trataría de imponer dos veces una pena por un mismo hecho, solución que repugna al non bis in ídem”¹⁸¹ ¹⁸².

Asimismo, se ha advertido que la indemnización no cumple una función punitiva puesto que “las penas privadas, como toda pena, requiere de una consagración legal, desde el principio del artículo 19 N° 3 de la Constitución no queda restringido a las penas meramente criminales, ni a los solos delitos tal cual los concibe el Código Penal y cuando se aceptan, es porque una ley las ha establecido”¹⁸³.

En consecuencia, la ley no habría consagrado una pena para este caso, por lo que no puede regir la supuesta función punitiva achacada por la postura que defiende de la transmisibilidad y que permitiría explicar la necesidad que no quedara sin castigo civil un hecho ilícito, ya que en ningún caso esta clase de indemnización persigue tales consecuencias.

2.9 Artículo 88 de la Ley 16.744 sobre Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales

Previo a entrar en las disquisiciones particulares de este argumento, bien cabe hacer notar que el artículo 88 de la Ley 16.744, que “establece normas sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales”, señala que “los derechos concedidos por la presente ley son personalísimos e irrenunciables”.

A su vez, el artículo 69 letra b) de la misma normativa, concede a la víctima y demás personas a quienes el accidente causa daño la facultad para reclamar indemnizaciones.

Anotado lo anterior, se hace la siguiente lectura: la víctima directa tiene la acción de indemnización por el daño sufrido, mientras que las víctimas por rebote también tendrán acción por el perjuicio ocasionado con la muerte de la primera.

Por ende, ambas acciones refieren a derechos personalísimos e irrenunciables, y son, en consecuencia, intrasmisibles e intransferibles. Desde este punto de vista, la referida

¹⁸¹ DOMINGUEZ A., R. Op. Cit., 511p.

¹⁸² Al respecto, recordar lo discutido anteriormente sobre la acumulabilidad de las acciones por daño moral de la víctima directa y la víctima por rebote.

¹⁸³ *Ibíd.*

ley niega la posibilidad de transmisión de la acción indemnizatoria por daño moral, lo que consagraría a través de norma legal explícita el principio general que el ordenamiento jurídico establece en este caso.

En cuanto a la consagración jurisprudencial de la norma citada, la Corte de Apelaciones de Concepción ha tomado este mismo rumbo interpretativo, en cuanto dispuso que, "tratándose de accidentes del trabajo, cuyo es el caso, el artículo 88 de la Ley N.º 16.744 dispone que los derechos concedidos por la presente ley son personalísimos e irrenunciables y el artículo 69 letra b) otorga acción a la víctima directa y a las demás personas a quienes el accidente del trabajo cause daño para obtener indemnización por daños no cubiertos por el sistema de seguro social, incluso el daño moral. La interpretación armónica de ambas normas da a entender que la acción es personalísima"¹⁸⁴.

2.10 Mercantilización de la responsabilidad civil.

Los defensores de esta tesis sostienen que, suponiendo copulativamente la transmisibilidad de la acción por daño moral y la eventual acumulabilidad de acciones que tiene la víctima por rebote, el sistema de responsabilidad civil se ampliaría a límites inaceptables.

Esto se explica en cuanto cerniría sobre sobre la transmisión respectiva, dadas las propias características del derecho en cuestión –si se considera su naturaleza personalísima- una expansión inaceptable de las pretensiones pecuniarias de los interesados, en cuanto se procedería a abordar una situación de injusto aprovechamiento de lesiones que solo indirectamente afectan su órbita de derechos, y que de paso ya está protegida por otras acciones igualmente efectivas, lo que se traduciría en una excesiva mercantilización de las relaciones jurídicas atingentes.

Tal órdago de aprovechamiento indemnizatorio sería una situación no acorde a los principios que operan en nuestro ordenamiento jurídico y obedecerían, más que nada, a una imitación de las soluciones adoptadas por países de diferente condición de avance material que el nuestro.

¹⁸⁴ Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de 12 de diciembre de 2007, rol 423-2007 (laboral), considerando 31º.

Al respecto, Ramón Domínguez Á. señala que “admitir la transmisibilidad es llevar el principio de la continuación del causante por sus herederos a extremos impropios y que solo se explican por una mercantilización exagerada del tema de la responsabilidad civil”¹⁸⁵, para luego recalcar que “lamentablemente, en materias jurídicas como en otras, mantener una distancia de la imitación servil a lo que se hace en países llamados “desarrollados” es tarea casi imposible. Pero, aun así, pensamos que no existe razón para llevar en Chile la responsabilidad a extremos meramente mercantiles”¹⁸⁶.

¹⁸⁵ DOMINGUEZ A., R., Op. Cit., 513p.

¹⁸⁶ *Ibíd.* p.513.

CAPÍTULO III: TEORÍAS DE LA TRANSMISIBILIDAD

3.1 Teoría de la Transmisibilidad Absoluta

Para esta vereda, la acción de indemnización de daño moral sería transmisible en todas las situaciones, puesto que no hace diferencia respecto al lapso de tiempo transcurrido entre el hecho dañoso y la muerte del afectado, como sí lo hace la postura relativa¹⁸⁷.

Evidentemente, sus bases argumentales se contraponen a la intransmisibilidad, puesto que sus defensores consideran que, o bien no se encuentra involucrado un derecho personalísimo, puesto que “ser indemnizado por la privación de un derecho no tiene ese carácter”¹⁸⁸, o bien cabe hacer una diferencia entre el derecho mismo y el crédito de indemnización al que da origen, el cual se radicaría en el patrimonio de la víctima¹⁸⁹.

Se afirma que el argumento de la tesis relativa, que adscribe al espacio temporal entre accidente y muerte, es meramente una entelequia ilustrativa, pero que en ningún caso se condice con la realidad lógica o material¹⁹⁰.

Proponen, igualmente, un eventual fin sancionador de la indemnización por daño moral, en función de revertir las críticas suscitadas por una supuesta doble indemnización de los perjuicios o alejamiento de los fines reparatorios del daño extrapatrimonial.

Pablo Rodríguez G., partidario de esta fundamentación¹⁹¹, ofrece de igual modo una amplia noción de daño moral, que contempla la vida como un elemento legítimo a ser protegido por el Derecho, lo que, tal como veremos más adelante, tiene amplias consecuencias al relacionarlo con la posición relativa, que considerarían ausente el

¹⁸⁷ DOMINGUEZ A., R., Op. Cit., 498p.

¹⁸⁸ RODRÍGUEZ G., Op. Cit. pp. 366-367.

¹⁸⁹ BIDART H., J. Sujetos de la acción de responsabilidad extracontractual. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile. 89p.

¹⁹⁰ MAZEAUD, H. y MAZEAUD L. Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual. Buenos Aires, Jurídicas Europa-América. 541p.

¹⁹¹ RODRÍGUEZ G., Op. Cit. 366p.

perjuicio al morir la víctima en un lapso demasiado breve como para alcanzar a resentir.

3.2 Teoría de la Transmisibilidad Relativa o Atenuada

Esta doctrina distingue entre si la muerte ha sido instantánea al hecho ilícito o, en cambio, si existió algún periodo de tiempo entre la lesión y el fallecimiento (más específicamente, la pérdida de consciencia que antecede a la expiración).

En general, los argumentos utilizados por la tendencia absoluta pueden traerse a colación para sustentar esta posición; pero con la siguiente salvedad: si la víctima principal no logra sobrevivir siquiera un instante en un estado consciente¹⁹², “nada se transmite a sus herederos, porque nada ha alcanzado a adquirir”¹⁹³, ya que, al no sufrir, tampoco podría haber soportado daño moral alguno, y la acción de indemnización no alcanzó a incorporarse en el patrimonio correspondiente.

En la doctrina nacional, esta ha sido la tesis a favor de la cual la doctrina y jurisprudencias mayoritarias se ha inclinado¹⁹⁴, a partir esencialmente de las consideraciones del profesor Alessandri¹⁹⁵.

A pesar de la discusión entre las teorías de la transmisión absoluta y relativa, ellas comparten los mismos argumentos para justificarse, los que se expondrán a continuación.

¹⁹² DOMÍNGUEZ C., N. 2014. Transmisibilidad de la acción de daño moral: Análisis Jurisprudencial. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Facultad de Derecho. 25p.

¹⁹³ ABELIUK M., Op. Cit., 247.

¹⁹⁴ ELORRIAGA., Op. Cit., 396p.

¹⁹⁵ ALESSANDRI R., Op. Cit., pp. 468-469.

3.3 Argumentos a favor de la transmisibilidad

3.3.1 Carácter de la acción de indemnización por daño moral.

Según la postura por la intransmisibilidad, el perjuicio sufrido por la víctima del detrimento moral sólo puede pertenecerle a ella, corriéndolo por cuenta propia. En base a este arrimo, se indica a su vez que este efecto tendría consecuencias en la acción que busca su compensación, la cual tampoco sería transmisible¹⁹⁶.

Como se indicó anteriormente, uno de los inconvenientes al analizar el daño moral es la ausencia de disposiciones normativas que lo regulen expresamente.

Sin embargo, una mirada *a contrario sensu*, indica que, dado ello, no existe regla legal alguna que impida explícitamente que los herederos de la víctima inicial sean indemnizados del daño moral sufrido por esta, “*Ubi lex non distinguit, non distinguere debemus*”¹⁹⁷. Es decir, el silencio no es, por sí solo, sinónimo de prohibición y cabría aplicar el principio general de la transmisibilidad de los derechos y obligaciones a los herederos¹⁹⁸, y puesto que al daño moral “ninguna ley lo ha declarado intransmisible”¹⁹⁹

Otros autores han estimado que una supuesta característica personalísima sería de índole más bien artificiosa²⁰⁰. En efecto, se explica que quienes asisten la tesis de tratarse de un derecho intransmisible, pretenden establecer tal singularidad en base a una comparación fundada en criterios sin mayor justificación que la analogía a otros derechos tradicionalmente vistos como inherentes a la naturaleza humana, *v.gr.* la indisponibilidad del propio cuerpo²⁰¹, y que podrían considerarse cercanos a la lesión moral.

¹⁹⁶ PÉREZ I., A. 2010. A favor de la transmisibilidad de la acción de daño moral. *Revista de Derecho y Humanidades* 2(16): 123p.

¹⁹⁷ ÁLVAREZ V., Op. Cit., p.109.

¹⁹⁸ MEZA B., R. Manual de la sucesión por causa de muerte y donaciones entre vivos. 9ª ed. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile. pp. 17-18.

¹⁹⁹ ALESSANDRI R., Op. Cit., 468p.

²⁰⁰ PÉREZ I., Op. Cit, 123p.

²⁰¹ *Ibíd.*

Sin embargo, esa equiparación es forzada y errónea. Aceptarla sería ir en contra de la realidad jurídica, indicativa que los derechos personalísimos son una excepción al principio civil de libre circulación de los bienes, y que se encuentran expresa y específicamente identificados como tales en el Código Civil²⁰².

Así, basta revisar tal compendio normativo para caer en cuenta que, como es esperable, la transmisión de la acción del daño moral no se halla dentro de esa necesaria regulación particular del legislador. En consecuencia, se trata de un derecho transmisible, pues no ha sido declarado explícitamente como personalísimo.

De tal forma, la analogía pretendida es una interpretación integrativa que no cabe sino rechazar, en cuanto la laguna normativa que la motivaría no es tal.

Por su parte, el autor aragonés José Lacruz B. ha sostenido que, inclusive en el improbable caso de considerarse como un derecho personalísimo, la acción no se extinguiría a la muerte de su titular original, en cuanto “pervive, sin embargo, tras el fallecimiento a fin de proteger la personalidad pretérita del mismo”²⁰³, con la finalidad de preservar un derecho que ya había sido adquirido.

3.3.2 Necesidad de distinción entre derecho y acción.

En este caso, la tendencia por la transmisibilidad considera que la apuesta contraria parece confundir las calidades del específico derecho no material lesionado de la víctima; con la acción entregada por la ley para requerir la actuación de la jurisdicción en vistas de su resarcimiento.

Como primer punto, la acción de indemnización se constituiría en crédito “desde el momento mismo de la producción del daño a causa del *evento damni*”²⁰⁴, ingresando en el patrimonio de la víctima y posibilitando la demanda de su compensación²⁰⁵.

²⁰² PÉREZ I., Op. Cit, 124p.

²⁰³ ELEMENTOS DEL DERECHO CIVIL. 2001. Por José Lacruz B. “et al”. Madrid, Dykinson. Tomo IV. 25p.

²⁰⁴ PÉREZ I., Op. Cit, 125p.

²⁰⁵ DOMINGUEZ A., R., Op. Cit., 499p.

En otras palabras, no deben confundirse el daño (de contenido extrapatrimonial), y su reparación, que es” indudablemente de carácter patrimonial”²⁰⁶. Por ello, el crédito nacido a causa de la lesión es independiente del reconocimiento del mismo por parte de un tribunal; ya que, aún prescrita la acción, y en consideración a los artículos 1470 y 1471 del Código Civil, la obligación correlativa subsiste en el patrimonio de la contraparte, pero en carácter de natural; siendo indiferente “de la dictación de una sentencia que lo reconozca llanamente”²⁰⁷.

Tomando esto en cuenta, la acción de reparación se trataría de inequívocamente de un derecho patrimonial y, por tanto, transmisible, en habida contemplación del principio de continuación de la personalidad jurídica del causante por sus herederos, en tanto “llamados a recibir todo aquello que correspondía a su causante”²⁰⁸.

En síntesis, el derecho a la integridad del afectado puede tener un sustrato extrapatrimonial. No obstante, su reparación consta de un objeto avaluable en forma pecuniaria, y por tanto transmisible²⁰⁹.

A pesar de ello, algunos autores han planteado que, debido a la especial naturaleza del daño, sería inalcanzable determinar justa y precisamente una suma para la indemnización²¹⁰.

Empero, esta crítica, si bien atendible, encuentra el grave reparo de caer en la misma objeción hecha en relación con el daño moral en los inicios del siglo pasado: el que sea difícil de avaluar, no significa que tal tarea imposible²¹¹, pues existen distintos análisis circunstanciales y baremos jurisprudenciales que han permitido hacer más alcanzable esta tarea y no parecería acorde a la equidad y justicia dejar sin reparación un daño efectivo por el solo hecho que su contabilidad sea ardua.

²⁰⁶ VICENTE D., E. 1994. Los daños corporales: Tipología y valoración. Barcelona, José María Bosch. 236p.

²⁰⁷ PÉREZ I., Op. Cit, 126p.

²⁰⁸ RODRÍGUEZ G., Op. Cit. 366p.

²⁰⁹ OROZCO G., Op. Cit., 66p.

²¹⁰ DE CASTRO Y BRAVO, F. 1956. La indemnización por causa de muerte. Anuario de Derecho Civil: pp. 480-481.

²¹¹ ÁLVAREZ V., R. 1966. La responsabilidad por daño moral. Anuario de Derecho Civil: 81p.

3.3.3 Contenido del daño moral.

Ciertos autores han argüido que no es posible obtener conclusiones respecto de la transmisibilidad del daño moral con la sola consideración de su contenido, bastando recordar los casos particulares de ciertos derechos reales tales como el usufructo, en cuanto a pesar de ser alienable, la ley no permite su transferencia²¹² y que la ausencia de prohibición expresa de la transmisibilidad para asumir su vigencia y legalidad²¹³.

En ese sentido, Carmen Domínguez H. ha aducido que admitir la reparación económica del daño moral implica también una completa aceptación de su calidad patrimonial en cuanto a cuestiones de transferibilidad y transmisibilidad; por lo que estas reprobaciones carecerían de congruencia con sus propios postulados iniciales²¹⁴.

Otro sector recalca que lo que correspondería es tomar en cuenta las intenciones que tiene el actor al reclamar al reclamar la indemnización de los daños soportados.

Así, como al menos uno de los propósitos de la compensación sería otorgar satisfacción a la víctima, esta, como titular del derecho, sería la mejor capacitada para disponerlo de la manera que mejor estime²¹⁵. Con todo, producto de su muerte no podría haber contado nunca con la posibilidad de manifestar su voluntad al respecto.

Lo anterior, y en vistas de la injusticia que conllevaría simplemente descartar la posibilidad de indemnizar el daño provocado por la muerte del agraviado, traería como consecuencia la necesidad de aplicar las normas generales de la sucesión, de las cuales puede desprenderse al tenor de los artículos 951 y 1097 del Código Civil, que los herederos representan a la persona del causante en todos sus derechos y obligaciones transmisibles, en cuanto sustituyen la posición del difunto²¹⁶, por lo que serían los únicos capacitados para tomar decisiones en este aspecto, en cuanto

²¹² GARCÍA L., R. 1990. Responsabilidad civil por daño moral. Barcelona, José María Bosch. 194p.

²¹³ GARCÍA L., Op. Cit., 194p.

²¹⁴ DOMÍNGUEZ H., C. 2000. El daño moral. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile. 733p.

²¹⁵ GARCÍA L., Op. Cit., pp. 195-196.

²¹⁶ GUZMÁN B., A. El concepto de legado en el derecho civil chileno. 2013. Revista chilena de derecho privado (21)2: 70p.

nuevos titulares de los derechos del causante y legítimos interesados en sus negocios, en cuanto verdaderos continuadores de su personalidad²¹⁷.

3.3.4 Ausencia de perjuicio en caso de muerte inmediata.

Tanto los adherentes a la idea de intransmisibilidad como los partidarios de la transmisibilidad relativa, han señalado que en el caso que la víctima fallezca inmediatamente a causa del hecho dañoso no sufriría en realidad ningún tipo de perjuicio, y por tanto tampoco indemnización o transmisión²¹⁸.

En ese sentido, se ha llegado a refrendar que la muerte no es un acontecimiento resarcible, por lo que ningún derecho sobre tal, pasaría a integrar cualquier patrimonio²¹⁹.

Primeramente, los adeptos a la idea de transmisibilidad discuten la propia existencia de algo tal como una expiración “instantánea”.

Como punto de partida, entienden que al acaecer la muerte de la víctima “el nacimiento de su derecho de indemnización se retrotrae al momento en que se produce el acto primigenio que posteriormente provocó el desenlace fatal”²²⁰, es decir, que el fallecimiento es consecuencia del acto dañino que genera la responsabilidad, puesto que el perjuicio se sufre necesariamente antes del deceso, según el principio de causalidad, que explica la necesaria relación entre ambos órdenes de fenómenos²²¹.

Ahora bien, sobre la noción de la muerte “inmediata”, bien cabe detenerse sobre la idea de “simultaneidad”, pues si fuere ella posible en el ámbito de ocurrencias que estamos tratando, significaría además que habría ausencia de responsabilidad, puesto que el ilícito no sería la causa de la lesión; ya que negaría “la relación de causalidad

²¹⁷ OROZCO G., Op. Cit., 69p.

²¹⁸ ALESSANDRI R., Op. Cit., 380p.

²¹⁹ ALESSANDRI R., Op. Cit., 388p.

²²⁰ OROZCO G., Op. Cit., 43p.

²²¹ The Cambridge Dictionary of Philosophy. 1999. Entrada: *causality*. 2da. Ed. Cambridge, Cambridge University Press. 125p.

entre ejecución del ilícito y el resultado dañoso”²²², al no existir siquiera un instante de conciencia que lo permita.

Los profesores Andrés Jana y Carlos Peña se lo cuestionan de la siguiente forma: “¿cómo podríamos, en efecto, decir que ‘x’ (el accidente) fue causa del resultado ‘y’ (la muerte), si no admitiéramos, al afirmarlo, que ‘x’ antecedió a ‘y’?”²²³.

Concluyen que, en el mundo real, algo así como la “muerte instantánea”, establece de manera incomprensible- que el evento (defunción) tiene una causa coetánea a él mismo, cuando debiera ser esta necesariamente predecesora.

Tal como señala Pablo Rodríguez G., “el crédito no se origina por parte de un muerto, sino por parte de alguien viviente porque muere”²²⁴.

Ahora bien, también se ha hecho explícita una supuesta paradoja relacionada con este tema. El caso es el siguiente, y mucho más probable que la muerte “instantánea”: se produce la acción dañosa, pero transcurre un tiempo considerable hasta la muerte, provocada por aquel acontecimiento.

La doctrina de transmisibilidad relativa admite la transmisión en este caso.

Pero esto precisamente juega en contra de esa posición, puesto que “el carácter instantáneo o no de la muerte es una diferencia accidental que no justifica un diverso régimen jurídico”, vulnerando el principio *ubiedem ratio ibi ius*²²⁵.

En cuanto al segundo punto, que niega la propia resarcibilidad de la muerte, sus contradictores citan el artículo 1558 del Código Civil, que consagra la obligación del autor del ilícito de todos los perjuicios directos causados por él.

Arguyen que en base al principio de la reparación integral del daño²²⁶ y a los más elementales postulados de equidad, no existiría una razón lógica que explique la situación en que hasta el más pequeño de los perjuicios deba ser indemnizado, y no

²²² JANA, Andrés y PEÑA, Carlos. Reparación del daño corporal. En: GUTIÉRREZ, Claudio y ROMÁN, Francisca. Notas sobre reparación del daño corporal. Edición, jurisprudencia y doctrina. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2003, p. 28.

²²³ JANA L., Op. Cit., 27p.

²²⁴ RODRÍGUEZ G., Op. Cit. 365p.

²²⁵ ÁLVAREZ V., Op. Cit., 109p.

²²⁶ VASQUEZ F., R 1986. La teoría general de la reparación del daño y los presupuestos del deber de responder. Revista de jurisprudencia argentina. (5479): 5p.

así el propio deceso de la persona, cuya vida es su derecho más fundamental²²⁷, origen y finalidad de toda otra facultad humana.

Lo anterior, aun cuando se pretenda establecer que no hubo ningún lapso de tiempo alguno entre la lesión y la muerte (lo que por cierto, es biológicamente imposible²²⁸), puesto que “la propia existencia del encefalograma plano, muestra que por muy rápido que sea el *iter* entre la vida y la muerte, jamás es instantáneo”²²⁹.

Se entiende por tanto, que a pesar de la coherencia especulativa de la proposición, no es sino una en elucubración artificiosa y alejada de la realidad²³⁰.

Incluso se ha traído a colación los perniciosos efectos de limitar al daño moral a un ámbito meramente sensorial del afectado, en cuanto su reparación tendría en realidad una reconocida importancia simbólica, al ser “la manifestación del aprecio e interés del derecho por los bienes de la personalidad de los sujetos, protegiendo tales bienes eficazmente frente a cualquier atentado a los mismos”²³¹.

Además, se ha estimado que los fundamentos de tales consideraciones se encuentran fuertemente ligados a un entendimiento del daño moral sólo como *pretium doloris*.²³²

Efectivamente, hacer coincidir daño moral con aflicción sería limitar arbitrariamente el arco de situaciones de esta clase de perjuicio²³³. En este sentido, se considera que su correcto entendimiento debería ir unido a una noción amplia de perjuicio extrapatrimonial.

De esta manera, el daño no patrimonial podría cubrir –entre otras-, los ya descritos perjuicios de agrado, o la frustración de los planes de desarrollo normales de la persona.

²²⁷ RODRÍGUEZ G., Op. Cit. 366p.

²²⁸ VICENTE D., E. 1994. Los daños corporales: Tipología y valoración. Barcelona, José María Bosch. pp. 243-244.

²²⁹ RODRÍGUEZ G., Op. Cit. pp. 365-366.

²³⁰ OROZCO G., Op. Cit., 61p.

²³¹ PANTELEÓN P., F. 1983. Diálogo sobre la indemnización por causa de muerte. Anuario de Derecho Civil de Madrid: 1580p.

²³² En este sentido, nuestros tribunales han fallado que “debe entenderse que el daño moral existe cuando se ocasiona a alguien un mal, un perjuicio o una aflicción en lo relativo a sus facultades espirituales, vale decir, cuando se ocasiona a una persona un dolor o aflicción en sus sentimientos”. En: CORTE SUPREMA, 1971. Gaceta de los tribunales, tomo no. 68: fallo de 10 de agosto de 1971. 168p. 323p.

²³³ BARRIENTOS Z., Op. Cit., 57p.

A modo de ejemplo, y si solo se pretendiese reparar el dolor sufrido, no podría compensarse, por ejemplo, el estado de inconsciencia del accidentado. Por el contrario, indica Enrique Barros B., “si se asume la tendencia a la objetivación del daño moral, puede aseverarse que la víctima en estado vegetal o de inconsciencia sufre objetivamente un perjuicio de agrado, porque efectivamente los placeres y las alegrías de una vida normal son bienes a los que ya no tendrá acceso”²³⁴.

Es así que este mismo razonamiento podría aplicarse al hecho de la defunción en sí, considerándolo como la violación más absoluta y flagrante a un bien resguardado constitucionalmente e inherente a la dignidad y naturaleza humana: su propia existencia²³⁵.

En este entendido, y a diferencia de la tesis de transmisibilidad relativa, la calidad moral que detentan los sujetos no dependería de su estado de conciencia, sino de su propia vida, que se encuentra “provista de una dimensión intangible de su personalidad que el sistema normativo protege”²³⁶, calidad que halla su forma más extrema de supresión con la muerte, “el daño por antonomasia que todos los sistemas legales se esmeran en evitar”²³⁷.

Argumentar lo contrario sería negar que la privación del derecho a la vida no dé lugar a reparaciones y contrariar abiertamente el principio de reparación integral que embarga a toda la teoría de los daños²³⁸; lo que, desde un punto de vista de los incentivos económico-jurídicos en juego, implicaría motivar a imprudentes y homicidas a golpear más fuerte²³⁹.

Otra de las contradicciones detectadas implica que seguir tales hipótesis, significaría que otras lesiones en principio “irreparables”, como la mutilación de un miembro (que es ampliamente aceptada como una pérdida indemnizable por nuestros tribunales²⁴⁰) no podrían generar la posibilidad de una compensación; por lo que con mayor razón debería ser desagraviada, aunque sea en forma de abono, la siega de una existencia.

²³⁴ BARROS B., Op. Cit., 214p.

²³⁵ LACRUZ B., Op. Cit., 466p.

²³⁶ JANA L., Op. Cit., 27p.

²³⁷ JANA L., Op. Cit., pp. 29-30.

²³⁸ RODRÍGUEZ G., Op. Cit. 368p.

²³⁹ RODRÍGUEZ G., Op. Cit. 365p.

²⁴⁰ CORTE SUPREMA, sentencia de 11 de marzo de 2008, rol 6637-2007.

3.3.5 La doble indemnización por un mismo daño: la acumulación del daño reflejo y del daño directo. Una solución armónica al principio de reparación integral del daño.

Para los afines a la transmisibilidad, el causante continúa sus relaciones activas y pasivas en los causahabientes, quienes son amparados en la acción de responsabilidad respectiva, en conformidad a lo establecido por el artículo 578 del Código Civil; lo que les proveería de dos acciones para perseguir daños diferentes: “el infringido al causante, cuya personalidad jurídica [...] continúan; y el infringido a ellos mismos²⁴¹”.

Incluso, ambas acciones podrían ser deducidas en una sola demanda o en juicios sucesivos, según lo establecido por el artículo 19 del Código de Procedimiento Civil. Este punto es relevante, puesto que no se produciría el efecto de cosa juzgada de una, por el rechazo de la otra, al no cumplirse con la exigencia de la triple identidad²⁴².

De esta forma, la consecuencia de cercenar una de estas reclamaciones (la *hereditatio*), sería la infracción del principio de la reparación integral del daño²⁴³, en cuanto el perjuicio padecido por el *de cuius* quedaría sin indemnización.

Por su parte, Nicolás Domínguez C. expone que en el caso de que la víctima principal logre sobrevivir y ejerza su acción por daño moral; sus herederos no tendrían inconveniente alguno en, además, ejercer la acción que les corresponde por el daño reflejo.

Ahora bien, si la víctima fallece con posterioridad a haber entablado su acción por daño moral, o inclusive tras haber obtenido sentencia que acoja su petición, tampoco habría reparo en que se genere el cúmulo de indemnizaciones expuesto.

Por tanto, se pregunta este memorista, “¿qué sentido tiene, entonces, negar lugar a que opere esta institución de la transmisibilidad de la acción por daño moral [,] basado en este planteamiento?”²⁴⁴; tras lo cual concluye que las diferencias serían solo de

²⁴¹ JANA L., Op. Cit., 27p.

²⁴² ALESSANDRI R., Op. Cit., 472p.

²⁴³ BARROS B., Op. Cit., 255p.

²⁴⁴ DOMÍNGUEZ C., Op. Cit. 35p.

corte accidental y no cabría sino aplicar las mismas respuestas para casos tan similares.

3.3.6 Utilidad de indemnizar a un fallecido. ¿Enriquecimiento injusto y mercantilización de la responsabilidad civil?

En cuanto al análisis económico del Derecho, cabe hacer presente que, para algunos, el negar la posibilidad a los herederos de demandar indemnización por daño moral, tiene potenciales consecuencias negativas en el ámbito patrimonial de los involucrados y en el estándar de cuidado propio buscado por el régimen de responsabilidad extracontractual.

En primer lugar, la intransmisibilidad provocaría una injusta indemnidad patrimonial de quien causa el daño, en cuanto su obligación de reparar se vería extinguida por el fallecimiento de la víctima; lo que a todas luces parece antijurídico²⁴⁵.

Asimismo, y como ya se ha señalado, al estudiar los incentivos implicados en la situación, se concluye que se generaría un aliciente perverso: esto es, que *dejar viva* a una persona traería menos consecuencias (en el ámbito civil) que ocasionarle heridas de otra índole menor, pues en el primer caso quedaría libre de constricción a través de una demanda, a pesar de la mayor gravedad del daño^{246 247}, puesto que los herederos se verían desautorizados de impetrarla, lo que equivaldría sostener que “es socialmente deseable la muerte antes que la lesión corporal”²⁴⁸; lo cual es *a priori* abiertamente contrario a los más elementales principios del derecho doméstico e internacional²⁴⁹.

Para otros, la objeción en cuestión implica una verdadera crítica a la adquisición por parte del heredero; cuando el asunto controvertido es en realidad la verificación de si

²⁴⁵ PÉREZ I., Op. Cit., 131p.

²⁴⁶ OROZCO G., Op. Cit., 255p.

²⁴⁷ DOMINGUEZ A., R. 2004. Sobre la transmisibilidad de la acción por daño moral. Revista Chilena de Derecho 31(3): 498.

²⁴⁸ JANA L., Op. Cit., 27p.

²⁴⁹ *Ibíd.*

la víctima directa tiene o no algún interés legítimo a reparar, puesto que, en el caso del sucesor, su derecho se encuentra amparado por el título hereditario respectivo.

Así, a modo de ejemplo, en el caso del seguro de vida, la comunidad jurídica ha admitido como legal y moralmente posible que un particular, al momento de su fallecimiento, pueda recibir una indemnización que aumente el patrimonio de sus herederos, situación la cual ha tenido una íntima relación con las necesidades de la realidad comercial contemporánea²⁵⁰.

En efecto, se aduce que la responsabilidad civil guarda un grado de correlación con el seguro de vida; en cuanto ambos son “una especie de garantía o seguro legal a cargo de todos los demás; [donde] el beneficiario tiene así cubierto (en lo posible) el riesgo de perder la vida por dolo, culpa, o negligencia ajena”²⁵¹; por lo que parece fuera de lugar negar la posibilidad de disposición de un posible aumento del patrimonio del causante en el caso del seguro, y no así en la ocurrencia de una acción por daño moral *de hereditatis*.

3.3.7 Fines de la reparación: daño moral y patrimonial, ¿asimilables?

La tesis por la intransmisibilidad afirma que el daño moral no puede cumplir funciones reparatorias debido a su carácter irreversible, sino solamente correctivas o compensatorias²⁵², “otorgándole [a la víctima] ciertas ventajas que satisfagan su pretensión de justicia y la compensen por el mal recibido”²⁵³. Por ende, si la víctima no puede ser compensada, nada habría por transmitir, o se carecería de un denominador común para medir la lesión y su reparación²⁵⁴.

En contrapunto a ello, se ha indicado que el daño moral, al no tener contenido patrimonial; como solo podría aumentar el patrimonio de la víctima, mal podría reparar

²⁵⁰ASOCIACIÓN DE ASEGURADORES DE CHILE A.G. 1999. Aspectos jurisdiccionales del seguro. Santiago de Chile, Tineo. p. 27.

²⁵¹ DE CASTRO Y BRAVO, F. 1956. La indemnización por causa de muerte. Anuario de Derecho Civil de Madrid: pp. 481-482.

²⁵² BARROS B., Op. Cit., 301p.

²⁵³ BARROS B., Op. Cit., 302p.

²⁵⁴ BARROS B., Op. Cit., 199p.

algo, y se trataría de una acción punitiva, configurándose como satisfacción de reemplazo y de sanción al hechor²⁵⁵.

Para Pablo Rodríguez G., en tanto, el daño moral es consecuencial, dependiente y derivado de la lesión de un derecho subjetivo, sin importar su naturaleza, que no debería confundirse con el rol de la infracción jurídica con los efectos de la misma; por lo que no podría tasarse con parámetros objetivos.

Por consiguiente, el hecho del enriquecimiento patrimonial de la víctima (puesto a que no se le reemplaza ninguna disfunción material con carácter pecuniario del cual el hecho lesivo le haya privado) implica una satisfacción de reemplazo, destinada a ocupar lugar de desagravio del ataque sufrido. En su entendimiento, por tanto, asume al daño moral como “una verdadera pena privada”²⁵⁶.

Así, por el hecho de tratarse de una pena, permitiría traspasarle a los herederos el derecho en cuestión.

Cabe destacar que, en la estimación en comento, la indemnización de perjuicios morales desempeñaría un papel similar a la patrimonial, pues si el daño material fuese de una especie tal que se transformara en una lesión irremediable, no cabría sino dar una compensación en otra especie; coincidiendo con la respuesta en sede del daño moral²⁵⁷.

Por esta razón, al estar ambas clases de perjuicios bajo la primacía del principio de reparación integral del daño, los fines de la responsabilidad *aquiliana* serían análogos en los dos casos: la cautela de intereses legítimos de la víctima, expresados en forma pecuniaria; asimilación que es punto de inicio para controvertir la supuesta naturaleza incompatible que según algunos impediría aplicárseles la misma reglamentación en cuanto su transmisibilidad²⁵⁸,.

Por su parte, otros autores afirman que el daño moral puede dar lugar a una indemnización satisfactiva, más nunca compensatoria²⁵⁹, pues los derechos que viene en defender no son avaluables en dinero, lo que explicaría su cercanía con los daños

²⁵⁵ RODRÍGUEZ G., Op. Cit., 297p.

²⁵⁶ RODRÍGUEZ G., Op. Cit., 297p.

²⁵⁷ *Ibíd.*

²⁵⁸ PÉREZ I., Op. Cit, 127p.

²⁵⁹ RODRÍGUEZ G., Op. Cit., 313p.

punitivos; que tienen función de reparación en la óptica de la víctima y pena civil en la del victimario, a modo de (des)incentivo para el resto de la sociedad.

Señala esta lógica que, al necesariamente exceder la reparación del daño causado y generar enriquecimiento patrimonial, la indemnización se transforma en una pena civil; que cuenta con un doble carácter: retributiva en cuanto a un comportamiento impropio, y disuasiva en cuanto “mira hacia el futuro, porque su finalidad es amedrentar al demandado y a los otros que estén en posición de incurrir en la conducta reprochable”²⁶⁰, sin atender necesariamente al perjuicio que llegó efectivamente a sufrir la víctima.

El punto es relevante en cuanto supondría que, de centrarse el carácter sancionatorio en el victimario, su principal destino iría más allá de la defunción o no del perjudicado: puesto que los bienes jurídicos a proteger no tienen necesaria relación con el individuo interfecto, y la acción de daño moral tendría por objetivo reconocer y castigar al hechor, sería inadmisibles que su acción quedase sin castigo, lo que se evitaría al poder ser ejercida por los herederos.

3.3.8 No sólo la víctima directa podría determinar la necesidad de reparación, gravedad y extensión del daño moral.

En la tradición jurídica nacional la determinación del daño moral mantiene un prominente signo subjetivo²⁶¹, lo que ha impulsado a los autores a exponer la necesidad de adoptar una estandarización racional de su *quantum*, el que a fin de cuentas dependerá de la discrecionalidad del sentenciador y los parámetros que utilice para calcular el monto de la indemnización²⁶²; por lo que algunos autores han llegado a entender que la falta de ejercicio de la acción de daño moral por parte de la víctima directa equivale a un silencio signifiicante de renuncia o perdón al autor del daño²⁶³.

²⁶⁰ BARROS B., Op. Cit., 304p.

²⁶¹ BARROS B., Op. Cit., 200p.

²⁶² ÁLVAREZ V., Op. Cit., 108p.

²⁶³ GARCÍA L., Op. Cit., 205p.

La respuesta es contundente, en el sentido que es un argumento sin cabida lógica en los entendidos de una muerte acaecida a los pocos momentos de ocurrido el hecho, o que se haya producido durante un estado de lata inconsciencia del afectado; puesto que en tales condiciones jamás el damnificado pudo haber intentado pretensión procesal cualquiera.

Tal presunción iría en contra de los más básicos principios del derecho procesal, como la posibilidad de ejercer una renuncia expresa (puesto que en caso alguno es posible concluir inequívocamente una voluntad en tales circunstancias) o permitir operar naturalmente la prescripción extintiva²⁶⁴ y sería de evidente inequidad suprimir la posibilidad a los herederos de ejercer la acción respectiva, que la víctima nunca tuvo la posibilidad real de incoar.

²⁶⁴ GARCÍA L., Op. Cit., 206p.

CAPÍTULO IV: EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

De manera constante durante los últimos lustros, la tendencia jurisprudencial en nuestro país respecto de la problematización que hemos comentado se hallaba pacífica en tender hacia la postura de la intransmisibilidad, tesis seguida en forma prácticamente unánime por parte de los tribunales superiores.

En los siguientes párrafos, se dará expresión a los fallos más relevantes que han acogido la uniformidad de decisión antes señalada. Huelga anotar, sin embargo, que esta postura jurídica, aparentemente inquebrantable hasta tiempos recientes, ha dado lugar tímidamente a novedosas decisiones judiciales que han abrazado la tesis contraria, giro jurisprudencial que ha venido provocando una interesante oposición de criterios cuya definición de criterio a imponer está por verse en el transcurso del tiempo.

4.1 Tendencia mayoritaria: sentencias que decantan por la intransmisibilidad de la acción por indemnización de daño extrapatrimonial.

- En una resolución emanada de la Corte de Apelación de Concepción, correspondiente al rol 423-2007, los sentenciadores discurrieron sobre una causa en que, como materia central, trata la ocurrencia de un trabajador que fallece por accidente laboral y cuyos herederos demandan la indemnización por daño moral sufrido por éste, situación ante lo cual el fallo reza lo que sigue: “En relación a la finalidad de la indemnización por daño moral, ésta persigue una compensación del mal sufrido personalmente por la víctima, y no tiene finalidad reparatoria, de modo que la justificación desaparece si se le tiene por transmisible. La acción por daño moral es personalísima y no se transmite jamás a los herederos”²⁶⁵.

Luego, se da consecuencia a tal razonamiento expresando que “De allí resulta que el fin de la indemnización no es reponer a la víctima lo perdido que es

²⁶⁵ CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, sentencia de fecha 12 de diciembre de 2007, Rol 423-2007 (laboral), considerando 32°.

irrecuperable, sino darle a ella una satisfacción que en algo compense lo sufrido”²⁶⁶.

- Siguiendo con esta corriente, la Corte Suprema, en sentencia definitiva correspondiente al rol 2073-2009, abordó la inteligencia de un recurso relacionado con el acaecimiento de una demanda que pretendía establecer la responsabilidad por falta de servicio, accionada contra el Fisco de Chile por la no mantención de un camino en buenas condiciones.

Lo anterior provocó que un joven, montado en una bicicleta, se precipitara por un agujero aparecido imprevistamente en medio del camino, culminando con el fallecimiento de la persona de ser trasladada.

Los herederos entablaron acción por el daño moral sufrido por la víctima, sobre la cual el alto tribunal señala en lo pertinente: “En cuanto a la transmisión de la acción por el daño moral sufrido por el causante, esta Corte ha sostenido que ella tiene un carácter personalísimo, toda vez que persigue compensar el mal soportado por la víctima personalmente y que la circunstancia de existir un vínculo entre la acción y el resarcimiento pretendido, que es de carácter pecuniario, no obsta a la antedicha conclusión, por cuanto el resarcimiento se genera y justifica en la aflicción de la víctima, lo que le confiere el carácter de personalísimo, el que no logra desvirtuarse con el hecho que dé lugar a un crédito en dinero, pues aún integrado dicho elemento patrimonial, el sentido y contenido de la pretensión cuestionada sigue inalterable, ya que lo que ella persigue es compensar el mal soportado por la víctima”²⁶⁷.

Cabe destacar en este apartado particular que la sentencia refuerza explícitamente la idea de la imposibilidad de acumulación en el heredero de ambas acciones por daño extrapatrimonial (a título propio y la transmitida a título de heredero). Al respecto, da cuenta que “No puede menos que establecerse que conceder a los herederos acción para solicitar el pago de la indemnización

²⁶⁶ CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, sentencia de fecha 12 de diciembre de 2007, Rol 423-2007 (laboral), considerando 32°.

²⁶⁷ CORTE SUPREMA, sentencia de 29 de septiembre de 2011, Rol 2073-2009, considerando 6°.

por daño moral propio y, además, aquélla que habría correspondido al causante, llevaría a otorgar a éstos una doble indemnización por los mismo hechos”²⁶⁸.

- Continuando con la exposición de dictámenes de nuestra Corte Suprema, este órgano también ha rechazado la posibilidad que el heredero acumule las acciones por el daño extrapatrimonial sufrido por el causante y el soportado por él mismo a título de víctima por rebote, puesto que, a juicio del alto tribunal, constituiría un enriquecimiento sin justificación para los sucesores de la víctima. Dicho lo anterior, en lo relevante se recoge lo que sigue: “En el derecho contemporáneo, finalmente, prevalece la idea que por mucho que la vida sea el más valioso de los bienes, ello no significa que sea, per se, objeto de reparación a título hereditario, sobre la base de dos supuestos, el primero, alude a quien muere no puede tener un crédito indemnizatorio por su propia muerte; y el segundo, consistente en que el reconocimiento de un derecho transmisible que comprenda el daño moral, generado en el solo hecho de la muerte, amenaza con producir una acumulación de indemnizaciones que, en esencia, derivan del mismo daño: uno de ellos radicado en el causante, en cuya compensación sucederían los herederos y otro por la propia aflicción que se sigue de dicho padecimiento y muerte”²⁶⁹.

La idea central del considerando es, en definitiva, rechazar la posibilidad de una incompatible acumulación de indemnizaciones, generando un injustificado enriquecimiento del heredero.

- Mismo camino argumental, en apoyo también a la incompatibilidad de acciones, se reitera en el veredicto de la Corte Suprema, rol 6669-2009, en el cual en lo concerniente da cuenta “Que, finalmente, no puede menos que establecerse que conceder a los herederos acción para solicitar el pago de la indemnización por el daño moral propio y, además, aquélla que habría correspondido al

²⁶⁸ CORTE SUPREMA, sentencia de 29 de septiembre de 2011, Rol 2073-2009, considerando 7°.

²⁶⁹ CORTE SUPREMA, sentencia de fecha 27 de junio de 2007, Rol 309-2006, considerando 12°.

causante, llevaría a otorgar a éstos una doble indemnización por los mismos hechos”²⁷⁰.

- A su vez, un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol identificador 1910-2011, enuncia la particular naturaleza del derecho a reparación emanado del daño extrapatrimonial, profiriendo: “Debemos añadir que a juicio de esta Corte aquel derecho a reclamar indemnización por el daño moral exhibe un carácter personalísimo o simplemente personal, pues el dolor lo padeció directamente la víctima -si lo alcanzó a percibir- siendo tal sufrimiento independiente del que experimentan los herederos y, consiguientemente, se extingue con su muerte atendida su singular naturaleza”²⁷¹, reforzando de este modo, la imposibilidad antes planteada de reclamar acciones originadas de un mismo daño como independientes en el ejercicio de las acciones respectivas.
- A mayor abundamiento, y en causa decidida por la Corte Suprema, rol 6196-2006, indica, en la misma línea de los dictámenes anteriores, que “la acción ejercida en estos autos es intransmisible, en atención a que su naturaleza es personalísima, aunque exista entre esa acción y el resarcimiento pretendido, que es de carácter pecuniario, un estrecho e indesmentible vínculo, por cuanto este último se genera y justifica en la aflicción del trabajador afectado”²⁷². El fallo es digno de atención en cuanto se encarga de atender el tópico relacionado con los fines de la indemnización, manifestando en lo pertinente que “el objetivo del resarcimiento sólo se cumple, entonces, cuando la reparación es entregada al que padeció el dolor, la molestia o la aflicción en sus sentimientos o facultades espirituales, conclusión que, además, armoniza con el tenor del artículo 88 de la Ley 16.744, el cual prescribe ‘Los derechos concedidos por la presente ley son personalísimos e irrenunciables’,

²⁷⁰ CORTE SUPREMA, sentencia de fecha 23 de diciembre de 2011, Rol 6669-2009, considerando 13°.

²⁷¹ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, sentencia de fecha 8 de noviembre de 2011, Rol 1910-2011 (civil), considerando 23°.

²⁷² CORTE SUPREMA, sentencia de fecha 27 de noviembre de 2007, Rol 6196-2006, considerando 9°.

calificación, la primera, que impide la transferencia y transmisión”²⁷³. De la manera transcrita, la Corte consideró que en materia de accidentes del trabajo el artículo 88 de la ley respectiva consagraba la intransmisibilidad de la acción por daño moral, esto pues, en el referido cuerpo legal también se consagraban las acciones indemnizatorias.

4.2 Aceptación jurisprudencial de la posibilidad de transmisibilidad de la acción por daño extrapatrimonial: primeros acercamientos.

Pese a la coincidencia y unidad fundamental de los postulados basales en las resoluciones analizadas anteriormente, en los tiempos más cercanos al presente comenzó a aparecer tímidamente jurisprudencia señera, en tanto contraria a la tesis que abraza la intransmisibilidad. Muestra de ello son dos veredictos emanados de la Corte de Apelaciones de Santiago, los que pasarán a revisarse a continuación.

- El primero de ellos tiene que ver con la causa rol 606-2010, radicada en materia laboral, conociéndose de recurso de nulidad.

En dicho contexto, la Corte señaló “El artículo 88 de la Ley 16.744 establece en su exordio que los derechos que ella concede son ‘personalísimos [...]’, tema indiscutido en la doctrina y la jurisprudencia, que en extractos el libelo recoge. Para el reclamante lo anterior es trascendente en este caso por cuanto los demandantes no pretenden se les resarza su propio daño moral, sino el que habría padecido su pariente fallecido; entonces, como el derecho de este último tiene el carácter de personalísimo, no es posible que lo asuman en su nombre terceros como los actores. Sobre el particular es indispensable aclarar que lo que el artículo 88 de la Ley 16.744 declara personalísimo no es otra cosa que ‘los derechos concedidos por la presente ley’, que son de una entidad diversa a la de la acción resarcitoria que constituye la causa de pedir. Los derechos que la ley 16.744 confiere son las prestaciones médicas, las prestaciones por

²⁷³ CORTE SUPREMA, sentencia de fecha 27 de noviembre de 2007, Rol 6196-2006, considerando 9°.

incapacidad temporal, las prestaciones por invalidez y las prestaciones por supervivencia de que trata su Título V, todas las cuales nada tienen que ver, en cuanto a su naturaleza y características, con lo que se persigue en el pleito en que incide el recurso. Por consiguiente, ningún vicio observa la Corte en esta parte del alzamiento”.²⁷⁴

En definitiva, reconoce la existencia de una fundamental diferencia entre la característica personalísima del derecho afectado y de la acción que permite su reclamo ante los tribunales, de naturaleza patrimonialmente diversa.

- El segundo dictamen, rol 3591-2000, también recaído en competencia laboral, discurrió a propósito de una casación en la forma y apelación en conjunto, en la cual se dicta lo que sigue: “Que, el sentido y alcance de las expresiones empleadas por la actora no puede tener otro significado que pedir el resarcimiento del daño moral sufrido por su marido al momento de desprenderse el andamio desde el décimo tercer piso del edificio en el que trabajaba hasta tocar tierra y encontrar la muerte. Esa angustia, dolor y sufrimiento del occiso es personalísimo, pero la indemnización a que da origen es transmisible por causa de muerte desde que el derecho al resarcimiento económico del causante por tales angustia, dolor y sufrimiento se incorporó a su patrimonio instantes previos a su fallecimiento. La viuda por lo tanto, como es heredera forzosa del causante, puede impetrar la correspondiente indemnización, que califica como propia desde que entró a su patrimonio al momento de la muerte del occiso, siendo la indemnización de autos la única a que tiene derecho. En mérito de lo anterior, la indemnización reclamada queda comprendida entre las materias que puede reclamar el trabajador o sus causahabientes, cuyes el caso de la viuda de autos y su hija”.²⁷⁵

²⁷⁴ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, sentencia de fecha 10 de agosto de 2010, Rol 606-2010 (laboral), considerando 2°.

²⁷⁵ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, sentencia de fecha 23 de mayo de 2001, Rol 3591-2000 (laboral), considerando 5°.

Los sentenciadores entienden, en definitiva, incorporado el derecho respectivo al patrimonio de los continuadores de la persona del causante, a través de la operación del modo de adquirir el dominio de sucesión por causa de muerte.

En síntesis, puede afirmarse que estos son los criterios jurisprudenciales²⁷⁶ que justifican la postura de la intransmisibilidad son los siguientes:

1. Concepto de daño moral. La acción es intransmisible aun cuando persiga un resultado económico, esto pues se busca la compensación de un daño de carácter personalísimo.
2. La finalidad de la indemnización por daño extrapatrimonial es la compensación del mal causado, no la reparación, ya que se trata de intereses que no son susceptibles de evaluación pecuniaria.
3. Aplicación del artículo 88 de la Ley 16.744, el cual señala que las acciones contenidas en esta ley son personalísimas, incluyendo la acción indemnizatoria.
4. En caso de muerte instantánea no existe daño extrapatrimonial, por tanto, ninguna acción podrá transmitirse por este concepto, esto ya que la víctima no ha tomado conciencia de su situación y, por ende, no ha experimentado perjuicio alguno de esta clase.

4.3 Consagración del giro jurisprudencial por la transmisibilidad.

Como se ha venido anunciando en el transcurso de este trabajo, recientemente se ha dado un importante giro jurisprudencial respecto a la materia de marras en un fallo de la Corte Suprema, rol 33.990-2016, de fecha 27 de diciembre de 2016.

El fallo, en su cuarto considerando señala las premisas que quedaron asentadas en la instancia, las que pasaremos a revisar brevemente.

El caso trata sobre el fallecimiento de un trabajador, acaecido el 21 de diciembre de 2013. El deceso se produjo mientras la víctima era trasladada a Santiago tras haber

²⁷⁶ SEGOVIA I., S. 2013. La intrasmisibilidad de la acción por daño moral. Los fundamentos de la jurisprudencia. Estudios Laborales de Sociedad Chilena del Derecho del Trabajo. (8).

sido infectado con el virus Hanta, afección que produjo en el paciente una falla multisistémica que conllevó a su muerte.

El contagio se produjo cuando el trabajador desempeñaba sus labores en la localidad de Collipulli.

Como hecho de la causa se estableció que el empleador no tomó las medidas de higiene y seguridad necesarias para proteger la salud del trabajador. Además, la víctima habría sido trasladada, una vez mermada su salud producto de la contracción del virus, en condiciones paupérrimas.

Los antecedentes anotados conllevan a que el hecho fuese calificado como un accidente de trabajo y que fuese determinada la responsabilidad del empleador por lo ocurrido.

Los herederos del causante dedujeron demanda de indemnización de perjuicios en procedimiento ordinario del trabajo en contra del empleador, requerimiento que fue rechazada por el tribunal de primera instancia. Posteriormente, ante el agravio, se interpuso recurso de nulidad ante la Corte de Apelaciones de San Miguel, siendo este también rechazado.

Finalmente, se dedujo recurso de unificación de jurisprudencia ante la Corte Suprema, trayendo a colación la contradicción entre las sentencias rol 606-2010 y 3591-2000, ambas de la Corte de Apelaciones de Santiago (analizadas en el apartado inmediatamente anterior) y la jurisprudencia que hasta ese momento se imponía categóricamente en los tribunales nacionales.

Una vez revisado este marco fáctico, es que se hace particularmente ilustrativo el considerando primero de la sentencia: “Que la materia de derecho, objeto del juicio que el recurso eleva a esta Corte consiste en determinar ‘si la acción para demandar indemnización de daño moral es transmisible, o intransmisible’. Se justifica el recurso en la infracción de los artículos 88 de la Ley 16.744 y 951 del Código Civil, los que

habrían sido vulnerados al decidir que la acción indemnizatoria para reclamar el daño moral del causante es intransmisible.”²⁷⁷

Transcrito el planteamiento abordado, es prístino que la resolución en comento viene en analizar los bordes teóricos problematizados a lo largo de la presente memoria. En otras palabras, si es admisible o no que los herederos pueden ejercer la acción del daño extrapatrimonial sufrido por el causante (víctima directa).

Ahora bien, siguiendo con la exposición de la sentencia de la Corte Suprema, esta hace un análisis crítico de la postura jurídica asumida por la Corte de San Miguel, señalándose al respecto en el tercer considerando: “la [Corte de Apelaciones] rechaza [la acción], en razón de la imposibilidad de acreditar el ‘daño moral sufrido personal e íntimamente por la persona fallecida que tiene el carácter de personalísimo’. Asume, en consecuencia, el carácter personalísimo del daño moral sufrido por el causante, lo que impide la transmisibilidad”²⁷⁸, agregando luego que la “acción del que sufre un accidente del trabajo y producto de ello muere, se extingue con este último acontecimiento, pues resulta inherente a su persona y, en consecuencia, intransmisible, resultando innecesario un análisis de la conciencia que pudo tener el afectado de lo que le ocurría y el tiempo de sobrevivencia del mismo”.²⁷⁹

En contravención al razonamiento de la Corte de San Miguel, el tribunal supremo resolvió en cambio acoger el recurso de unificación de jurisprudencia, dando de esta manera un giro radical a la postura hegemónica en los tribunales hasta ese entonces. Analizando derechamente sus razonamientos, se opta por rechazar la tesis que defiende la intrasmisibilidad, negando que el daño moral sea personalísimo, toda vez que el concepto de *pretium doloris* ha sido superado ampliamente. Así, el superior tribunal expone: “Para aquellos que abogan por la intransmisibilidad, el daño moral es una cuestión personalísima, dado que sólo puede padecerlo la víctima directa. Es la noción misma del daño moral lo que impide la transmisión de la acción. Al comprenderse el daño en términos de *pretium doloris*, como el padecimiento psicológico, angustia o pesar de la víctima, mal podría transmitirse el daño.

²⁷⁷ CORTE SUPREMA, sentencia de fecha 27 de diciembre de 2016, Rol 33990-2016, considerando 1°.

²⁷⁸ CORTE SUPREMA, sentencia de fecha 27 de diciembre de 2016, Rol 33990-2016, considerando 3°.

²⁷⁹ CORTE SUPREMA, sentencia de fecha 27 de diciembre de 2016, Rol 33990-2016, considerando 3°.

Descartamos desde ya este argumento. La noción del daño moral ha avanzado a una comprensión más amplia que el mero padecimiento psicológico o *pretium doloris*, debiendo entenderse a partir de la fractura al proyecto de vida de la persona en razón del accidente lo que impacta en la esfera de la personalidad de la víctima”²⁸⁰.

De suyo puede colegirse la admisión de la Corte en cuanto advertir que el daño extrapatrimonial es personal de aquel que lo ha sufrido. La modificación fundamental empero, viene dada por la conclusión que ello no obsta a que la acción para reclamar su indemnización no pueda ser transmisible.

En cuanto a ello, indica: “Cabe agregar que el daño es personal, cualquiera sea, sólo la víctima lo padece, con independencia si es patrimonial o extrapatrimonial. Por lo mismo el daño para ser indemnizado debe cumplir con el requisito que sea individual, que afecte a la víctima que demanda su reparación. Pero de eso no se deriva que la acción para reclamarlo sea intransmisible, aunque el daño en si mismo si lo sea. Nadie puede padecer por otro o recibir el dolor, la angustia o las dolencias síquicas por no realizar actividades que antes del accidente podía llevar a cabo. En consecuencia, no es relevante que el daño sea individual o personalísimo si se quiere, pues el objeto de la transmisión no es el daño sino que la acción para reclamarlo”²⁸¹.

Asimismo, el veredicto hace referencia a la finalidad de la indemnización por daño moral, descartando que su función compensatoria sea un argumento válido en favor de la intransmisibilidad. Esto, pues, debido a que la acción por daño extrapatrimonial ingresa en el peculio del causante, por lo que tiene un marcado carácter patrimonial que justifica su transmisión.

En este acápite, señala en lo pertinente que “La función de la indemnización, se suele afirmar, consiste en otorgar a la víctima una satisfacción alternativa, mas no reparatoria [...] Desde el momento que aceptamos que verificado el daño moral nace una acción para reclamar la indemnización, existe un carácter patrimonial que se introduce. Mientras el daño lo calificamos como extrapatrimonial para diferenciarlo del daño emergente y lucro cesante que repercuten en forma inmediata en el patrimonio, acá,

²⁸⁰ CORTE SUPREMA, sentencia de fecha 27 de diciembre de 2016, Rol 33990-2016, considerando 5°.

²⁸¹ CORTE SUPREMA, sentencia de fecha 27 de diciembre de 2016, Rol 33990-2016, considerando 5°.

tratándose del daño moral, éste se refleja en una pretensión a través de la acción que busca la indemnización, pero también con una impronta patrimonial”²⁸².

La Corte justifica su posición invocando ciertas disposiciones del Código Civil, que permitirían calificar esta acción como mueble. Acto seguido, realiza un traslado argumental relacionando tal clasificación a la aplicación práctica de las normas del derecho sucesorio, por lo que terminan por deducir que las acciones ingresan al patrimonio del causante y, por ende, son transmitidas a sus herederos.

Posteriormente, abunda sus argumentaciones aduciendo que el legislador ha señalado expresamente los casos de intransmisibilidad, siendo, por tanto, la transmisibilidad la regla general. A este respecto particular, puede leerse: “La acción, en cuanto cosa, es un bien, al que corresponde calificar como mueble o inmueble, según dispone el artículo 581 del Código Civil. Dado que lo que se busca es la indemnización en dinero cabe reputar la acción indemnizatoria como una mueble [...] como cualquier acción indemnizatoria lo que se busca con su ejercicio es el pago de una cantidad de dinero que refleje el daño ocasionado... Si uno atiende a lo dispuesto en el artículo 1097 del Código Civil en relación al artículo 951 de ese cuerpo legal, el heredero representa a la persona del causante en todos sus derechos y obligaciones transmisibles [...] El Código Civil establece en ciertos casos, excepcionales, dicha intransmisibilidad. Así ocurre con el fideicomiso, el usufructo y el uso o habitación [...] Asignarle el carácter intransmisible a la acción, lo que constituye una excepción a la regla general, requiere un fundamento, que hasta el momento no se ha otorgado.”²⁸³.

En perspectiva, uno de los argumentos más relevantes del fallo en primera instancia es lo dictado por el artículo 88 de la Ley 16.744: “los derechos concedidos por la presente ley son personalísimos e irrenunciables”.

Ante la literalidad del texto legal, que aparenta fundar sólidamente la postura por la intransmisibilidad, la Corte Suprema responde señalando que esta disposición tiene una aplicación más reducida de la que entiende el juez de primera instancia.

²⁸² CORTE SUPREMA, sentencia de fecha 27 de diciembre de 2016, Rol 33990-2016, considerando 5°.

²⁸³ CORTE SUPREMA, sentencia de fecha 27 de diciembre de 2016, Rol 33990-2016, considerando 5°.

A esta conclusión se llega a través del señalamiento que tal interpretación no podría sino ser errada, debido a que darla por cierta impediría que la acción indemnizatoria, incluso por daños patrimoniales, pudiese transmitirse. En lo pertinente, “En relación a este precepto, debe considerarse que al referirse a los derechos que se confieren al trabajador se alude a aquellos de índole social, en particular las prestaciones médicas, por incapacidad, invalidez y por supervivencia, contempladas en el Título V, pero no alcanza a las acciones indemnizatorias previstas en el artículo 69. Lo contrario significaría que cualquiera sea la naturaleza del daño cuya indemnización se reclama, daño emergente o lucro cesante, no cabría la transmisibilidad, lo que atendido el artículo 2315 del Civil resulta impropio”²⁸⁴.

Por fin, la Corte asienta su decantación por la tesis de la transmisibilidad, deliberación que se traduce en lo siguiente: “El asunto se circunscribe a dirimir si la víctima padeció un daño moral que haya originado una acción que permita requerir la indemnización. Se trata de una cuestión de prueba a cargo de quien ejerce la acción, quien deberá acreditar el daño moral del causante y su calidad de heredero. La indemnización de ese daño moral requiere su prueba en la persona del difunto, lo que supone que éste fue titular de la acción para demandar la indemnización. Los hechos asentados en esta causa acreditan que la víctima directa no falleció en forma instantánea o de manera coetánea al accidente, sino que transcurrió un lapso dado que su muerte sucedió tiempo después del contagio y durante el traslado a la ciudad de Santiago al haberse manifestado la enfermedad mientras se encontraba trabajando para la demandada en el sur de Chile. Debe, en consecuencia, tenerse por un hecho que la víctima sobrevivió al accidente o acto negligente, lo que importa el ingreso de la acción a su patrimonio, y habilitaría a transmitirla a sus herederos”²⁸⁵.

²⁸⁴ CORTE SUPREMA, sentencia de fecha 27 de diciembre de 2016, Rol 33990-2016, considerando 5°

²⁸⁵ CORTE SUPREMA, sentencia de fecha 27 de diciembre de 2016, Rol 33990-2016, considerando 5°.

En resumen, los principales argumentos de la Corte Suprema para sustentar la tesis de la transmisibilidad son los siguientes:

1. Evolución del concepto de daño extrapatrimonial: Desde el *pretium doloris* a la fractura de un proyecto de vida, desde una concepción acotada a una amplia y en constante expansión, la cual se condice con la transmisibilidad de la acción para reclamar este tipo de perjuicio.
2. La acción por daño moral es patrimonial, ingresa al patrimonio del causante y, por ende, es transmisible a sus herederos, de manera que estos podrán ejercer dicha acción por los perjuicios experimentados por la víctima directa.
3. La función compensatoria del daño moral no obsta a que la acción respectiva sea patrimonial. La acción por su naturaleza es un crédito que ingresa al patrimonio de la víctima,
4. La acción de indemnización de perjuicios por daño moral es mueble en conformidad al 581 del CC, el cual señala que los hechos que se deben se reputan muebles.
5. La acción ingresa al patrimonio del causante y se transmite a sus herederos en conformidad a las normas en materia sucesoria.
6. La intransmisibilidad es la excepción, ello ha de estar consagrado expresamente en la ley, esto pues la regla general es que los derechos y acciones sean transmisibles.
7. El artículo 88 de la Ley 16.744 se refiere a las prestaciones que la ley le otorga al trabajador, mas no a las acciones indemnizatorias que se encuentran reguladas en el Código Civil.

4.4 Crítica al giro jurisprudencial que acoge la tesis por la transmisibilidad de la acción indemnizatoria del daño extrapatrimonial.

Ramón Domínguez A., quien como se ha explicitado anteriormente es un reconocido defensor de la opción por la intransmisibilidad, ha criticado el fallo de la Corte Suprema apuntado en los párrafos anteriores.

En este sentido, ha apuntado que “la transmisibilidad o no de una acción no depende de si la ley la declara transmisible o no transmisible sino de la naturaleza del derecho protegido por la acción, según resulta de la correcta aplicación del principio de la continuación de la persona por sus herederos. Tampoco la ley ha establecido la intransmisibilidad de la acción alimenticia; pero no podría sostenerse que por ello los herederos podrían demandar alimentos que el causante no demandó en vida”²⁸⁶.

A su vez, y en relación con la lectura que la Corte hace del artículo 88 de la Ley 16.744, señala “precisamente la acción por daño moral es concedida claramente por el art. 69 letra a). de forma que es un derecho “concedido por esta ley. Lo curioso de la argumentación de la Corte Suprema que, desde otro punto de vista, para la prescripción de la acción por daño moral se aplica el art. 79 de la ley y no el art. 2332 del Código Civil, porque se trata de un derecho concedido por esa ley especial”²⁸⁷. Discute también el argumento de que lo que se transmite es la acción ya que “no impide considerar que el interés protegido por dicha acción no es el económico, sino el personalísimo, de forma que la patrimonialidad de la prestación a que será obligado el hechor del daño no justifica la transmisibilidad de la acción”²⁸⁸.

Finalmente, añade como punto de sustentación a su crítica la alusión a la función compensatoria del daño extrapatrimonial y al enriquecimiento injustificado que genera la tesis de la transmisibilidad. En aquel sentido, explicita que “Al entregarse la reparación a los herederos ¿qué se repara, qué se compensa con ella, de qué modo ella mitigaría el daño causado a quien ya no está en el mundo de los vivos? Para el

²⁸⁶ DOMINGUEZ A., R. 2016. Transmisibilidad de la acción por daño moral. Revista de Derecho Universidad de Concepción. (240): 10.

²⁸⁷ *Ibíd.* p. 10.

²⁸⁸ *Ibíd.* p. 11.

heredero es sólo una fuente de ganancia sin causa y sin función compensadora. Agréguese a ello que los herederos disponen, además, de la acción personal que se les concede como víctimas indirectas para la reparación del daño por ellos sufrido, a la que, de acuerdo a la sentencia que se critica, se sumaría la indemnización que se habría debido al causante. Quedan así en mejor situación que éste, que de vivir sólo recibiría una indemnización”²⁸⁹.

²⁸⁹ *Ibíd.* p. 12-13.

CAPÍTULO V: NUESTRA POSTURA

Como se ha venido repitiendo sistemáticamente, el sino de este trabajo se halla en la búsqueda y análisis de las diversas respuestas que doctrina y jurisprudencia han elucubrado respecto al cuestionamiento sobre la posibilidad de transmitir la acción por indemnización del daño extrapatrimonial.

Tomando tal supuesto como fundamento, a primera vista resalta el evidente hecho que el tema en comento no tiene una definición pacífica tanto entre los doctrinistas como en lo referido a nuestros tribunales.

En el caso de estos últimos, como se ha aludido páginas atrás, se mantuvo una posición pacífica durante un importante periodo de tiempo (a favor de la intransmisibilidad); quietud judicial que ha venido en romperse mediante las últimas innovaciones jurisprudenciales en la materia.

Es por ello que, con el fin de darle finiquito jurídico adecuado a la discusión, y asimismo por razones de seguridad jurídica, consideramos que la mejor manera de afrontar la disyuntiva que marca la trayectoria de esta memoria es a través de un ejercicio legislativo que venga en transformar en norma la opción por alguna de las tesis expuestas anteriormente, debido a la sensible falta de una regulación particular atinente al caso problemático específico que hemos abordado.

La propuesta presentada (sin entrar aún a evaluar particularmente según nuestro propio juicio cuál debería ser la opción por la cual termine por decantar el legislador), viene precipitada por el hecho que este dilema en particular ha sido efectivamente resuelto en otras legislaciones a través precisamente de la creación de una ley que decida por la posibilidad o no de la transmisibilidad. Así, Argentina²⁹⁰ y México²⁹¹.

Sin embargo, y a pesar de que la elaboración de una regulación legal que aborde el tópico particular nos parece el medio más adecuado para darle salida a esta cuestión, es palmario que, ante su actual ausencia, la forma de abordar el asunto requiere necesariamente de un esfuerzo interpretativo que pretenda armonizar los distintos factores en liza.

²⁹⁰ Aténgase el lector a lo expuesto en referencia no. 173.

²⁹¹ Referencia no. 174.

Así, y como sustento inicial de nuestras consideraciones, tomaremos como piedra angular las disposiciones contenidas en el párrafo cuarto del título preliminar del Código Civil, que desde el artículo 19 entrega directrices para la interpretación de la ley.

En lo que nos convoca, el artículo 24 del mismo Código dispone que “en los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural”.

Traemos al debate precisamente ese artículo debido a que el resto de los principios de interpretación precedentemente dictados en el cuerpo normativo difícilmente son aplicables a una situación de integración legal como la que nos convoca.

Ahora bien, cabe preguntarse cuál es la solución para esta problemática, que pueda resultar más armoniosa respecto de las normas y principios fundamentales de nuestro ordenamiento.

Dicho lo anterior, cabe hacer el análisis de los distintos aspectos involucrados.

Desde un punto de vista patrimonial y respecto de la aplicación de las normas respectivas en materia sucesoria, parece más convincente la tesis de la transmisibilidad.

Lo dicho, puesto que la acción constituye un crédito que ingresa al patrimonio de causante y se transmite a sus herederos. Y no solo ello, sino que además se trata de una solución armónica con el principio de reparación integral del daño, puesto que permite hacer efectiva la responsabilidad del autor del hecho respecto de los perjuicios extrapatrimoniales ocasionados a la víctima que ha fallecido como consecuencia de este suceso.

En principio, nos parece lógico que las acciones que han ingresado al patrimonio del causante sean transmisibles, más aún cuando la ley no establece -al menos expresamente- prohibición alguna al respecto.

No obstante, consideramos que ha de desarrollarse un análisis más profundo para poder llegar a una solución armónica e idónea. En tal aspecto, estamos contestes en

que la tesis afirmativa presenta una serie de dificultades que hacen dudosa su aplicación en nuestro ordenamiento jurídico, las cuales expondremos a continuación:

1. El problema de la doble reparación.

Aceptar la transmisibilidad conlleva permitir una acumulación de acciones en favor del heredero, pudiendo éste ejercer dos paralelamente: una, transmitida desde la víctima directa, por el daño extrapatrimonial sufrido por ésta, y otra, a título propio, para exigir la reparación de los perjuicios ocasionados por la pérdida del ser querido.

Creemos que esta solución entra en conflicto con uno de los principios fundamentales del derecho civil: a saber, que, debido a las propias particularidades de la situación, se trata de una reparación que, a pesar de contar con suficiente justificación jurídica, termina por derivar en un caso de enriquecimiento sin causa justificada.

Este planteamiento, con el que concuerdan otros autores²⁹², viene refrendado con la particularidad que, debido a la acumulación antedicha, el heredero no solo es reparado de los perjuicios extrapatrimoniales que sufre, sino también lo es de un daño de carácter personalísimo que jamás ha sufrido.

En otras palabras, se trata de una suma de dinero que, por pretender ser abarcadora, termina por incluir los perjuicios que fueron sufridos por dos personas distintas, en un solo individuo.

En atención a lo expuesto, estaríamos frente a un planteamiento que encierra la ocurrencia de un verdadero enriquecimiento sin causa por parte del sucesor, el cual ya puede verse íntegramente reparado con la acción que tiene a título propio.

Trasladando el argumento hacia el escenario fáctico, de aceptar la transmisibilidad podrían darse situaciones absurdas como el que un pariente lejano pudiera entablar la acción por el daño extrapatrimonial sufrido por una persona cuyo deceso no provocó en él tipo alguno de reacción o que inclusive no llegó a conocer siquiera hasta la apertura de la sucesión.

²⁹² Podrá el lector dar cuenta de ello en el apartado VI del capítulo dedicado a la teoría que defiende la intransmisibilidad de la acción por daño extrapatrimonial.

Más aún, y debido a la titularidad activa el Fisco como heredero *ab intestato* en el quinto orden de sucesión, podría terminar el propio Estado como titular de la acción por perjuicio extrapatrimonial de un tercero, lo que parece francamente inconcebible. Por ende, creemos que la acción del heredero para reclamar el daño extrapatrimonial sufrido como consecuencia de la muerte del causante es suficiente y que -contrario a lo que plantea la tesis por la transmisibilidad-, no es discordante con el principio de reparación integral, puesto que en la práctica judicial los tribunales suelen considerar otros criterios además de la extensión del daño para calcular los alcances de la indemnización, por lo que difícilmente llega a quedar el sucesor desprotegido jurídicamente o perjudicado en su esfera patrimonial.

En efecto, entre las pautas utilizadas más frecuentemente para consagrar el monto definitivo a indemnizar se pueden hallar aspectos tales como las facultades pecuniarias de las partes, o el tipo de fe del victimario, revelándose así un carácter punitivo que los jueces han insertado de manera subrepticia en materia de indemnización por daños extrapatrimoniales, aprovechándose de la falta de ley expresa al respecto.

En este sentido, coincidimos con el planteamiento de Enrique Barros B., quien aborda esta situación al explicar que “la práctica jurisprudencial chilena tiende a incorporar un elemento punitivo en la valoración del daño no patrimonial: en circunstancias que éste no tiene parámetros económicos de determinación, al momento de apreciarlo los jueces suelen incorporar, explícita o implícitamente, consideraciones que no atienden a la intensidad del perjuicio, sino a la gravedad del ilícito o a las capacidades económicas del demandado”²⁹³. De esta manera el juez, dada la dificultad de avaluar perjuicios que no tienen per se un equivalente en dinero, puede llegar a fijar un monto que, incluso, considere la aflicción sufrida por la víctima directa.

De este modo, difícilmente puede pretenderse aseverar que quede algún tipo de daño pendiente de indemnizar, puesto que el heredero afectado mantiene garantías de una reparación suficiente y solo es el causante quien, debido a la extinción de su propia

²⁹³ BARROS B., Op. Cit., 38p.

persona, se halla impedido (evidentemente, en forma definitiva) de algún beneficio respecto de las reparaciones correspondientes a los perjuicios que ha sufrido.

Considerar lo contrario, creemos, sería llevar a un extremo las posibilidades de las instituciones de la acción e indemnización, dándole una extensión incompatible debido a su colisión con otros principios del derecho de igual o mayor relevancia.

2. La inconsecuencia de la tesis de la transmisibilidad en rechazar la transferencia de la misma acción.

A nuestro entender, la tesis por la intransmisibilidad selecciona y descarta de manera oportunista aquellos aspectos que menos le convienen a su concordancia interna.

Huelga en este sentido exponer que, por un lado, resalta el carácter patrimonial de la acción y, por consiguiente, la posibilidad de transmisión a los herederos; pero por el otro, rechaza la posibilidad de que ésta pueda ser cedida por acto entre vivos, reconociendo que hay un límite al traspaso de la referida acción, sin mayor explicación que la atingencia a su particular carácter personalísimo, que curiosamente aplican solo en aquellos aspectos que no desavienen con su postura principal.

En virtud de la discordancia señalada, nos parece que una opción coherente con los principios del derecho en juego, hace que necesariamente tengamos que preferir la opción por la intransferibilidad.

En efecto, y según reza el adagio jurídico: “donde existe la misma razón, debe existir la misma disposición”, mal pueden utilizarse criterios usando como base las mismas tendencias argumentales, pero llegando a conclusiones diversas. Así, es discutible que exista una lógica sistemática interna tras una variación de descarte argumental debido a la mera *comodidad* de la opción escogida.

Entabla tal consideración, planteamos que la opción razonable en este caso es ceñirse a la no posibilidad de transferencia del derecho. En este punto, bien podríamos hacer uso nuevamente de una exigencia respecto de las posibilidades de ocurrencia en cuestión y tirar de los paradigmas para clarificar nuestro punto.

Conforme a ello, colocándose en la ocurrencia de hallarse el causante en una relación jurídica previa a su muerte, si estuviese este en calidad de deudor de diversos e importantes créditos, de concebir la posibilidad de traspasar patrimonialmente el

derecho de indemnización extrapatrimonial, éste entraría en la órbita aglutinadora del derecho general de prenda consagrado en el artículo 2465 del Código Civil²⁹⁴, lo que podría extenderse a implicancias de compleja admisión tales como la posibilidad de embargar y realizar en juicio ejecutivo el crédito generado por el daño no patrimonial, o que un tercero lo pague y se subroge en los derechos del acreedor.

Consideramos que estos cursos de eventualidad son inaceptables, en cuanto constituirían una transgresión inadmisibile a los límites de la responsabilidad civil asociados a un derecho de carácter personalísimo.

De tal forma, planteamos que la tesis de transmisibilidad debería aceptar el carácter patrimonial de esta acción hasta sus últimas consecuencias. Esto es, que exista coherencia entre sus preferencias teóricas, en razón que conllevaría a que, si decanta por la posibilidad de transmisión, también debería permitirse la transferencia, mas no una solución intermedia carente de enlace lógico interno.

Nuevamente permitiéndonos tirar del carro ejemplificador, en nuestro Código Civil encontramos que el derecho de usufructo tiene características de ser un bien incorporal de naturaleza real y patrimonial, por lo que cabría esperar que fuese tanto transferible como transmisible.

Sin embargo, el Código Civil niega expresamente esta última posibilidad, al tiempo que contempla explícitamente su transferencia²⁹⁵.

Aclarado el punto, bien vale recordar que la tesis de la transmisibilidad hace suya la afirmación que la intransmisibilidad de un derecho debe estar consagrada expresamente en la ley, ya que el principio de la libre circulación de los bienes apunta a tal discernimiento.

A continuación, empero, -sorprendentemente- no mantienen congruencia en los planteamientos referidos a la posibilidad de transferencia del derecho que consagra la posibilidad de indemnización de daño moral, con la cual se muestran en franco desacuerdo a pesar que la casuística en este caso también invita a descubrir que

²⁹⁴ Art. 2465. Toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables, designados en el artículo 1618.

²⁹⁵ El artículo 773 inciso 2° del Código Civil señala "El usufructo es intransmisible por testamento o abintestato". Por su parte, el artículo 793 inciso 1° indica "El usufructuario puede dar en arriendo el usufructo y cederlo a quien quiera a título oneroso o gratuito".

tampoco existe prohibición contenida en la norma, por lo que, aplicando el razonamiento del párrafo anterior, no podría el intérprete estar en contra de tal posibilidad, que es precisamente lo que la posición en comento termina por hacer.

3. Problemas en materia sucesoria.

En esta línea, nos parece pertinente traer a colación los cuestionamientos que realiza Andrés Rioseco L., en atención a las múltiples complejidades prácticas asociadas a la posibilidad que el derecho a la indemnización extrapatrimonial se incluye en la masa hereditaria, en tanto "si la acción para reclamar el daño moral se transmite a los herederos, ¿debe incorporarse al inventario al momento de pedir la posesión efectiva?, ¿debe pagar el correspondiente impuesto a la herencia, en tanto bien mueble como la califica el fallo?, ¿cómo se valoriza la acción, para efectos del cálculo de impuestos?"²⁹⁶.

Desde nuestra posición, consideramos relevantes estos predicamentos, los cuales, si bien no corresponden a argumentos definitivos respecto a inclinarse por una u otra solución, sí es cierto que dan cuenta de la difícil asimilación que existe en materia hereditaria respecto de la acción indemnizatoria, precisamente por su carácter no-patrimonial.

En suma, al igual que el autor antes citado, dejaremos planteadas algunas preguntas que consideramos atingentes respecto a la problemática que surge al darle un carácter amplio a la posibilidad de transferencia de esta clase de acción: ¿podría el testador legar su acción bajo la condición suspensiva de que éste fallezca sin haberla ejercido judicialmente?, ¿podría el testador asignar esta acción a cualquier persona -natural o jurídica- a su arbitrio por medio de la cuarta de libre disposición?, ¿cómo operarían los derechos sucesorios -como la representación- en este caso?, etc.

²⁹⁶ FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE. 2017. Actividad revisa relevante fallo sobre transmisibilidad del daño moral. [en línea] Comunicaciones Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. 23 de abril de 2017. <http://www.derecho.uchile.cl/noticias/132593/actividad-revisa-relevante-fallo-sobre-transmisibilidad-del-dano-moral> [consulta: 05 de marzo de 2018]

4. El caso del artículo 88 de la Ley de Accidentes del Trabajo²⁹⁷ y el problema de su aplicabilidad respecto de las acciones civiles.

Pese a que ya hemos explicitado nuestra posición respecto del debate interpretativo de marras, lo cierto es que consideramos relevante hacernos cargo de uno de los planteamientos que más fuertemente ha venido en alzarse como trascendente respecto a la posición que defiende la intransmisibilidad de la acción de indemnización de daño extrapatrimonial.

Pues bien, el referido artículo, directa y sucintamente, señala que los derechos que concede la ley en que se encuentra, son personalísimos²⁹⁸.

Esta expresa dictación, como ya adelantamos, es uno de los argumentos blandidos por la tesis de la intransmisibilidad para justificar su postura, toda vez que es una norma de rango legal, expresamente, otorga acción indemnizatoria a la víctima y demás personas que corresponda, pero que, al mismo tiempo, limita las posibilidades de su transferencia.

Respecto a lo escrito, en este caso concordamos con la sentencia atinente dictada por la Corte Suprema²⁹⁹, en el sentido que el máximo tribunal consideró que tal disposición, dada su ubicación y particular especialidad, sólo ha de aplicarse a los derechos previsionales y laborales, que son los que consagra efectivamente aquella ley.

Es por ello que, en definitiva, consideramos que, pese a lo explícito de la técnica legislativa utilizada, lo señalado en el artículo 88 no es un argumento suficiente a favor de la no transmisibilidad, ya que su ubicación y extensión hace que necesariamente haga recaer efectos solo en lo referido a prestaciones previsionales y otras garantías relacionadas, y no a las acciones emanadas del derecho civil de común aplicación, como es el caso que nos ocupa.

²⁹⁷ Ley no. 16.744, que “establece normas sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales”.

²⁹⁸ Artículo 88°.- Los derechos concedidos por la presente ley son personalísimos e irrenunciables.

²⁹⁹ CORTE SUPREMA, sentencia de fecha 27 de diciembre de 2016, Rol 33990-2016.

5. Consideraciones finales.

Como corolario a las disquisiciones antes expuestas, reiteramos nuestra convicción respecto de la necesidad de una propuesta de *lege ferenda* en torno a la cuestión debatida.

Sin embargo, y dada la laguna legal existente actualmente, nos vemos forzados a optar por un remedio jurídico que pueda zanjar de la manera más satisfactoria posible los diversos principios del derecho involucrados en el tema.

En definitiva, no podemos dejar de expresar que ambas posiciones han sido fuertemente defendidas y que los argumentos de cada postura tienen una raigambre normativa y doctrinaria de suyo robustas, pero que el estado actual de las cosas invita a tomar una tesis que venga en defender en mejor vía los distintos intereses en juego, permitiendo por un lado una normalidad en las relaciones patrimoniales de los involucrados, pero dando un razonable coto a las aspiraciones de excesiva mercantilización de los derechos traídos a colación.

Es ello lo que nos ha empujado a optar por la intransmisibilidad de la acción de indemnización de daño extrapatrimonial como la mejor manera de equilibrar los distintos agentes argumentales antes expuestos.

CONCLUSIONES

En este apartado recopilaremos brevemente los argumentos que justifican las posturas en conflicto, además de nuestra opinión acerca del tema.

En relación con la tesis de intransmisibilidad pueden señalarse como principales argumentos los siguientes:

1. La ampliación del concepto de daño extrapatrimonial no obsta a que se trate de un derecho personalísimo.
2. Para que un derecho sea intransmisible no es siempre necesario que la prohibición esté expresamente consagrada en la ley, basta que ésta se desprenda de la naturaleza del mismo derecho.
3. La tesis de la transmisibilidad excede del límite aceptable respecto a la aplicación del principio de continuación de la persona del causante en sus herederos.
4. Sobre la dualidad derecho y acción, ésta última persigue compensar un interés que no es de carácter económico y, además, es personalísimo.
5. La tesis de la transmisibilidad pone énfasis en el carácter patrimonial de la acción, sin embargo, descarta la transferencia de ésta, no dando argumentos satisfactorios para esta artificiosa distinción.
6. La tesis de la transmisibilidad lleva al problema de la doble reparación dado que se acumularían en una misma persona dos acciones; la del daño moral sufrido por el causante y la del daño moral sufrido por la víctima por rebote.
7. La acción de indemnización por daño patrimonial es transmisible y ello es armónico con el Código Civil, esto pues, el heredero estaría siendo afectado en cuanto al caudal hereditario que se le transmite desde el causante. Este análisis no es posible respecto del daño moral extrapatrimonial puesto que se trata de intereses no susceptibles de valuación pecuniaria.
8. La función de la indemnización por daño extrapatrimonial es compensatoria - al contrario, la del daño patrimonial es reparadora-, esto es, pues, la víctima no puede ser dejada indemne o ser restituida al estado anterior al accidente. En ningún caso tiene carácter punitivo, puesto que sólo ha de considerarse la

extensión del daño y, además, las penas han de estar consagradas expresamente en la ley.

9. El artículo 88 de la Ley 16.744 señala que los derechos concedidos por ésta son personalísimos y el artículo 69 b) consagra la acción indemnizatoria de la víctima y demás personales.

10. Si la víctima ya había entablado la acción y está pendiente su resolución, se produce un caso de sucesión procesal en sus herederos según los artículos 5 del Código de Procedimiento Civil y 529 del Código Orgánico de Tribunales.

11. Aceptar la transmisibilidad lleva a una excesiva mercantilización de la responsabilidad civil, cuestión que no se condice con nuestra cultura jurídica.

Por otro lado, en las tesis de la transmisibilidad la doctrina arguye los siguientes motivos:

1. La tesis de la intransmisibilidad opera sobre una base reduccionista del concepto de daño extrapatrimonial, limitándolo al *pretium doloris*.
2. La regla general es que los derechos y acciones sean transmisibles, salvo en el caso en que la ley contemple expresamente la prohibición.
3. Se debe distinguir entre el derecho y la acción -de carácter patrimonial-, ésta última constituye un crédito que ingresa al patrimonio de la víctima y, por ende, se transmite a sus herederos.
4. Ante la falta de norma expresa, los herederos son los más calificados para ponderar el daño extrapatrimonial sufrido por la víctima.
5. La intransmisibilidad atenta contra el principio de reparación integral del daño, puesto que, si se aplica, existiría un perjuicio que el victimario no deberá reparar, es decir, el daño extrapatrimonial sufrido por el causante. De esta manera, desde el punto de vista de la responsabilidad civil, sería más conveniente causar el fallecimiento de la víctima ya que de ese modo no se tendrá que indemnizar el daño extrapatrimonial.
6. El conflicto interno: el caso de la “muerte instantánea”. Al respecto hay dos posturas, la relativa plantea que es necesario que la víctima haya sobrevivido un

instante siquiera al accidente, de manera que se genere efectivamente un daño extrapatrimonial y la acción respectiva pueda ingresar a su patrimonio. Por el contrario, la vertiente absoluta señala que ello no es necesario, la sola muerte de una persona, aunque ésta haya sido “instantánea”, genera un daño y, por ende, una acción que ingresa al patrimonio del causante, además hay defectos lógicos en la noción relativa puesto que siempre ha de existir una relación causa-efecto, mal puede producirse la muerte simultáneamente con el accidente.

7. La posibilidad de doble reparación, es decir, que en una misma persona se acumulen la acción por el daño moral sufrido por la víctima directa y el que ésta misma sufrió como víctima por rebote, es armónica con el principio de reparación integral del daño puesto que permite compensar los perjuicios extrapatrimoniales sufridos por la víctima.

8. No es una mercantilización inaceptable del derecho civil, toda vez que existen figuras legales con efectos semejantes -seguro de vida-.

9. Cierta doctrina afirma que la indemnización por daño extrapatrimonial tiene un carácter punitivo, por tanto, impone una pena al autor del daño, con un propósito disuasivo respecto de prácticas riesgosas.

En relación con la evolución jurisprudencial sobre este tema se puede señalar que durante cierto tiempo predominó en los tribunales nacionales la posición de intrasmisibilidad de la acción por daño extrapatrimonial, aun así dejando entrever una tímida jurisprudencia en contrario, postura que se consolidaría finalmente en el emblemático fallo de la Corte Suprema³⁰⁰, donde se consagra un radical giro en esta materia y la Corta invoca varios de los argumentos que tradicionalmente ha esgrimido la doctrina a favor de la transmisibilidad.

³⁰⁰ CORTE SUPREMA, sentencia de fecha 27 de diciembre de 2016, Rol 33990-2016.

Finalmente, después de un acucioso estudio de las distintas posturas doctrinaria y la evolución en jurisprudencia, podemos concluir lo siguiente:

1. La tesis de la transmisibilidad acarrea el problema de la doble reparación, es decir, una misma persona sería indemnizada por el daño extrapatrimonial sufrido por dos sujetos distintos.
2. La tesis de la transmisibilidad es inconsistente cuando niega la posibilidad de transferencia de la misma acción.
3. La tesis de la transmisibilidad lleva aparejada una serie de cuestiones prácticas en materia sucesoria de difícil solución.
4. El Artículo 88 de la Ley de Accidentes del Trabajo sólo aplica para las acciones previsionales y de seguridad social, no a las civiles.
5. Existe una evidente laguna legal que debería ser subsanada por el legislador, creemos que lo que mejor se aviene a nuestra cultura jurídica es la intrasmisibilidad de la acción por daño extrapatrimonial, misma solución que han adoptado legislaciones extranjeras como Argentina y México.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A. “*De la responsabilidad extra-contractual en el Derecho Civil Chileno*”. Tomo II -2ª edición-. Santiago: Ediar Conosur, 1983.

BARROS BOURIE, E. “*Tratado de responsabilidad extracontractual.*” Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010.

BARRIENTOS ZAMORANO, M. “*La transmisibilidad de la acción por daño moral en el Derecho privado europeo*”, en: *La Semana jurídica*, No 218, 10 al16 enero de 2005.

CORRAL TALCIANI, H. “*Lecciones de responsabilidad civil extracontractual.*” Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003.

DIEZ SCHWERTER, J. “*El daño extracontractual: jurisprudencia y doctrin* “. Santiago; Editorial Jurídica de Chile, 2002.

DOMÍNGUEZ AGUILA, R. “*Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil*”, en: *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, No 188, 1990.

DOMINGUEZ ÁGUILA, R. “*Sobre la transmisibilidad de la acción por daño moral*”, en: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 31 No 3, pp. 493-514. Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile, 2004.

DOMINGUEZ ÁGUILA, R. “*Los límites al principio de reparación integral*”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado*, No 15, 2010.

DOMINGUEZ AGUILA, R. “*Transmisibilidad de la acción por daño moral*”, en: *Revista de Derecho Universidad de Concepción*. No 240, 2016.

DOMÍNGUEZ HIDALGO, C. “*La indemnización por daño moral. Modernas tendencias en el derecho civil chileno y comparado*”, en: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 25 No 1, 1998.

DOMÍNGUEZ HIDALGO, C. “*El Daño Moral.*” Tomo I y II. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2000.

OROZCO GADEA., G. “*Transmisibilidad del derecho a la reparación del daño moral*”, *Revista de Derecho*, N°17, 2014.

RAMOS PAZOS, R. *“De la Responsabilidad Extracontractual.”* –3ª edición–. Santiago: LexisNexis, 2006.

RODRÍGUEZ GREZ, P. *“Responsabilidad Extracontractual.”*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2009.

TESIS

DOMÍNGUEZ C., N. *“Transmisibilidad de la acción de daño moral: Análisis Jurisprudencial”* Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Facultad de Derecho, 2014, 25p.

FUENTES GAJARDO, G. *“(In)transmisibilidad de la acción por daño moral en accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. Responsabilidad contractual del empleador en sede laboral”* en: Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol. 1, N° 2, 2010, pp. 109-130.

GUTIERREZ, C. y ROMAN, F. *“Notas sobre reparación del daño corporal. Edición, jurisprudencia y doctrina”* Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2003.

PÉREZ ISLAS, A. *“A favor de la transmisibilidad de la acción por daño moral,”* Revista Derecho y Humanidades, N° 16, Vol. 2, 2010, pp. 119-132.

RAMÍREZ L., M. *“Transmisibilidad de la acción de indemnización por daño moral. Un estudio comparativo entre Chile y España”* Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Talca, Universidad de Talca. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2004.

JURISPRUDENCIA

- Sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago, 23 de mayo de 2001, Partes: Ordenes Santa Ana con Fuenzalida y González Limitada, Rol 3591-2000, disponible en <http://www.pjud.cl>
- Sentencia de Corte de Apelaciones de Concepción, 12 de diciembre de 2007, Partes: Huentemil Fuentes y otros con Agro Inversiones S.A, Rol 423-2007, disponible en <http://www.pjud.cl>
- Sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago, 10 de agosto de 2010, Partes: Mendoza Ávila con Equipos Industriales S.A.C.I., Provequin S.A., y Exportadora Flobra Ltda., Rol 606-2010, disponible en <http://www.pjud.cl>
- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 8 de noviembre de 2011, Partes: Lillo Cuevas y otros con Cuello Carrasco, Distribuidora de Industrias Nacionales S.A. y Chilectra S.A., Rol 1910-2011, disponible en <http://www.pjud.cl>
- Sentencia de la Corte Suprema, 27 de junio de 2007, Partes: Porman Barahona y Ramos Porman con Empresa Pesquera BíoBío, Rol 309-2006, disponible en <http://www.pjud.cl>
- Sentencia de la Corte Suprema, 27 de noviembre de 2007, Partes: Amestoy Klenner y otros con Transportes Calafquen Limitada y otro, Rol 6196- 2006, disponible en <http://www.pjud.cl>
- Sentencia de la Corte Suprema, 29 de septiembre de 2011, Partes: Mellao Calfuan y Llancao Colin con Fisco de Chile, Rol 2073-2009, disponible en <http://www.pjud.cl>
- Sentencia de la Corte Suprema, 23 de diciembre de 2011, Partes: Retamales Soto y otros con Servicio de Salud Metropolitano Norte y otro, Rol 6669-2009, disponible en <http://www.pjud.cl>
- Sentencia de Corte Suprema, 27 de diciembre de 2016, Partes: Quezada Gallardo y otros con Colmenares Werner Limitada, Rol 33990-2016, disponible en <http://www.pjud.cl>