

SOBRE LA TRANSMISIBILIDAD DE LA ACCIÓN POR DAÑO MORAL¹

Ramón Domínguez Aguila*

RESUMEN: Sobre la transmisibilidad de la acción por daño moral se han sostenido en el derecho comparado y aun el nuestro, las más variadas soluciones. Pero el problema central de la transmisibilidad de la acción por daño moral se producirá cuando la víctima directa haya fallecido sin deducir demanda por los daños sufridos. Claro está, si tales daños son de carácter patrimonial, 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 (art. 1097) y el heredero puede actuar *ex persona defuncti*.

Pero si se trata de daños no patrimoniales, la transmisibilidad no es evidente y, por el contrario, genera dificultades y resistencias.

Palabras clave: Daño moral - responsabilidad civil - indemnización.

ABSTRACT: About the transfer of the action by moral damage they have maintained in the compared right and still ours, the most varied solutions. But the central problem of the transfer of the action by moral damage will take place when the direct victim has passed away without deducing demand by the suffered damages. Of course, if such damages are of patrimonial character, doubt does not fit that the heirs receive in the hereditary bottom, the action that by them corresponded to *de cuius*, since is a transmissible right and the heir can act *ex persona defuncti*. But if one is nonpatrimonial damages, the transfer is not evident and, on the contrary, it generates difficulties and resistance.

Key words; Moral damage - civil responsibility - indemnification.

1. UNA CUESTIÓN ACTUAL

El daño moral, tal vez por ser una pura creación jurisprudencial², es una institución que no deja de sorprender pues cuando su tratamiento parece ya casi agotado, surgen de la práctica interrogantes que requieren de nuevo examen. Por lo demás, es lo

* Profesor Titular de Derecho Civil, Universidad de Concepción.

¹ Este artículo consigna parte de la investigación que se lleva a cabo dentro del proyecto de Fondecyt 1040351-2004

² La Excm. Corte Suprema lo ha reconocido en la sentencia de 27 de julio de 1972: "es cierto que por la vía de la jurisprudencia, cuando el texto legal lo permite, se ha reconocido la existencia, por ejemplo del daño moral... pero ello ha podido hacerse debido al texto especialmente del artículo 2329 del Código Civil que permite reparar todo daño y por ello la jurisprudencia ha comprendido las materias a que se ha hecho referencia". Sobre ello, véase nuestro prólogo a la obra de Carmen Aída DOMÍNGUEZ H., *El Daño Moral*, t. 1 (Santiago 2000). Habrá de recordarse que jamás estuvo en la mente del autor del Código aludir al "daño moral" en el art. 2329, noción que ni siquiera existía en las obras de su época y la mención que allí se hace a "todo daño", no hace sino reproducir la fórmula general de Domat: "Todas las pérdidas y todos los daños que pueden suceder por el hecho de alguna persona, sea imprudencia, ligereza, ignorancia de lo que debe saberse, u otras culpas semejantes, por ligeras que sean, deben ser reparadas por aquel cuya imprudencia u otra culpa les dio lugar" (Domat, *Les lois civiles*, Liv. II, sec. IV, I.1).

que está ocurriendo, al menos entre nosotros, con todas las cuestiones de la responsabilidad civil. Durante casi cincuenta años, la obra del decano Alessandri contenía la respuesta a todos los problemas que la práctica sugería y la jurisprudencia se limitaba a remitirse a ella. Por otra parte, durante decenas de años, los juicios de responsabilidad no eran de gran trascendencia. La enorme inflación, con la que por lo demás muchos vivamos como un componente casi normal de la vida de los chilenos antes de los años ochenta y que hoy parecería propia de una economía en desastre, aparejada a una concepción nominalista de la moneda, unidas a la lentitud de los procedimientos, hacían ilusorios los juicios de responsabilidad civil. ¿A qué seguir largos y costosos juicios, si en definitiva, luego de años de litigio, las sumas fijadas, sin reajuste y de acuerdo a lo pedido en la demanda, terminaban por ser ínfimas?³.

Todo ello ha cambiado en los últimos años. La concepción nominalista del dinero desapareció de nuestro derecho y jurisprudencia, de forma que los reajustes de las sumas demandadas son ahora normales, incluso aunque no se pidan, según alguna jurisprudencia, de modo que lo largo del litigio ya no es tan favorable al demandado. La inflación, por su parte, es la propia de países ordenados y ha pasado a ser un fenómeno casi desconocido. Queda aún el procedimiento; pero esa es una realidad con la que se cuenta en todos los países. Como lo dice un gran jurista francés, "definitivamente el mito de una justicia a la vez expedita y buena es para ser guardado en el mismo compartimiento que el vehículo espacioso, pero fácil para estacionar"⁴. Así entonces, todo está dado para que los juicios por responsabilidad se multipliquen. Únase a ello un nuevo fenómeno, antes desconocido y ni siquiera imaginado: la proliferación de abogados que incita por tanto a buscar permanentes nuevas *cause of actions* para usar un término norteamericano, sin control ético alguno, cambios en las concepciones sociales de las personas hacia una sociedad más individualista y que no tolera los desagradados de la vida y que hace, como lo escribía el recientemente desaparecido maestro Carbonnier que "todo impulso intensamente resentido tiene vocación

³ Deberá recordarse que el carácter valorista de la moneda a efectos de indemnizatorios solo surge hacia 1969 en el caso "Cohen" que defendiera el profesor de la Universidad de Concepción don Bernardo Gesch M. y que dio lugar primero a su artículo "La desvalorización monetaria en la responsabilidad extracontractual", *Rev. de Der. Universidad de Concepción* N° 148-149 (1969) pp. 3 y sgts. y luego a su conocida obra *Jurisprudencia Dinámica. La desvalorización monetaria y otros Problemas del Derecho*, (Santiago 1970). Solo por vía de ejemplo, en la *Revista de Derecho y Jurisprudencia* de 1962 solo se publica una sola sentencia relativa al art. 2314 del Cód. Civil y es una acción civil en proceso penal por la muerte de una persona condenándose a Ferrocarriles a pagar por daño moral E° 7.000. En 1963 por injurias a don Aníbal Pinto y a don Arturo Matte Alessandri se manda pagar E° 2.000 (t. 60, sec. 4, p. 32) y por la muerte de una hija se manda pagar a su padre por daño moral E° 500 (mismo tomo y sección, p. 290). En la *Revista* de 1965 (t. 68) se fija en E° 20.000 el daño moral por el homicidio de una persona y antes, en la de 1967 (t. 64, sec. 4, p. 243) E° 20.000 por injurias del Diario *Clarín* a don Jorge Yarur Banna. En la *Revista* de 1968 solo se publican 4 sentencias sobre indemnizaciones y todas en casos penales. Por mucho que esas sumas se reajustaran a valores actuales, son muy inferiores a las que se fijan ahora y ninguna era reajustada. La mayoría de las sentencias publicadas en los años 60 al 70 son de acciones civiles en procesos penales.

⁴ JESTAZ, Ph., *Le droit*, p. 113, 3ª. Edic. (París 1999) p. 123 de la traducción de la primera edición al castellano, de R. Domínguez A., Edit. Jurídica 1996).

para transformarse en derecho subjetivo⁵, la creación de nuevos riesgos y, entre nosotros, las repercusiones tardías de concepciones jurídicas y de cuestiones de derecho de países desarrollados a veces mal digeridas⁶ y se tendrá una cierta explicación del auge que experimenta en Chile la responsabilidad civil⁷.

Pues bien, dentro de esa ebullición en la búsqueda de reparaciones, el daño moral, al menos en la forma en que ha sido recogido entre nosotros, adquiere particular relevancia⁸. No es el caso de volver sobre las concepciones que de él ha recogido la jurisprudencia y que han sido expuestas en obras recientes.⁹ Bastará recordar solo dos aspectos de ella para nuestro propósito: la identificación del daño moral con la noción de dolor, sufrimiento u otras semejantes y como resultado de ella, la de que el tribunal lo aprecia soberanamente, hasta el punto de no requerir de prueba o, al menos, de presumírsele en

⁵ CARBONNIER, J., *Droit civil, t. 1, Les personnes*, N° 79, 21ª. (Edic. París 2000). Esta exaltación e hipertrofia de los derechos del hombre, ha sido recientemente denunciada, pues tiende a "erigir la libertad de las costumbres en verdadero derecho subjetivo", de forma que "los deseos de los sujetos se hacen así, vía el juez europeo, órdenes del Príncipe": Y. LEQUETTE, "Recodification civile et prolifération des sources internationales" en *Le Code Civil. Livre du bicentenaire*, p. 190 y todo el capítulo II de su trabajo, sobre "La fondamentalisation du droit civil".

⁶ Es esta una cuestión grave: la tendencia es pretender traspasar a nuestro derecho las mismas soluciones que se han ido dando en países desarrollados. Pero no se repara que en estos, las nuevas concepciones en materia de responsabilidad no se dan solo porque se trate del uso de técnicas más depuradas o de mayores conocimientos jurídicos, sino fundamentalmente porque su situación económica y el imperio de los seguros permite que el sistema económico general soporte la ampliación de los daños indemnizables y la creación de nuevos ámbitos de responsabilidad, para cubrir incluso situaciones absurdas. Pero aplicar esos mismos conceptos entre nosotros puede producir consecuencias sociales y económicas perjudiciales el interés general. Bastará por ejemplo considerar que la idea de responsabilidad objetiva por falta de servicio, tal cual se recibe por alguna doctrina y jurisprudencia puede producir efectos desastrosos en el presupuesto de pequeñas municipalidades que apenas financian sus gastos operacionales y carecen de medios para proporcionar servicio siquiera regular en la mantención de sus calles y veredas. Otro tanto con servicios de salud que se ven obligados a dejar de financiar ciertas necesidades para pagar cuantiosas indemnizaciones por daños causados por infecciones intrahospitalarias que ni aun en países desarrollados se han podido eliminar. Del mismo modo, ya está en desarrollo una industria de las demandas de responsabilidad civil, hasta el punto que hemos podido conocer de ofrecimiento de servicios profesionales a penas producido un accidente con consecuencias fatales. También el mal uso de nociones tomadas sin adecuada comprensión del derecho extranjero, como la culpa organizacional y otras.

⁷ Y con el aumento progresivo de las sumas mandadas pagar por los Tribunales. Un estudio reciente de la oficina de abogados Peralta y Saterler, especialista en seguros y responsabilidad, demuestra que el monto de las indemnizaciones ordenadas pagar por daño moral en casos de muerte o daño permanente invalidante resueltos en 2003 por la Sala Criminal de la Excm. Corte es más alto que lo que era común en períodos anteriores. Así, a un menor de 13 años por la muerte de su familia en un homicidio se le fijan \$ 150.000.000 de indemnización (rol 271-03); por la privación arbitraria de libertad de una persona se le fijan \$ 40.000.000 de indemnización (rol 23-03); \$ 40.000.000 para un padre por el homicidio y violación de una hija de cuatro años (rol 2494-02); \$ 30.000.000 por la muerte de una menor aspirada por el sistema de filtros de un municipio (rol 679-02). Se trata solo de ejemplos que demuestran que si bien las sumas en general no son excesivas, son superiores a las que fueron usuales y revelan, una vez más, la inexistencia de un criterio más o menos uniforme para fijar la reparación por iguales daños.

⁸ Sobre ello, Carmen Aída DOMÍNGUEZ H., ob. cit. t. 1 pp. 29 y sgts.

⁹ DOMÍNGUEZ H., Carmen Aída, *El daño moral*, citado; J.L. DIEZ SCHWERTER, *El daño extracontractual*, pp. 81 y sgts., Santiago 1997.

la mayor parte de las situaciones¹⁰. Por ende, ni la demanda por daño moral, ni la prueba en el juicio requiere de una particular sapiencia del letrado que acciona. Para él lo más difícil es encontrar al cliente. De allí que pocas sean las demandas y los juicios en que el daño material, emergente o lucro cesante, sea cuestión determinante. Los litigantes que demandan, lo pedirán en su demanda; pero en el hecho, abandonarán la idea de probarlo. Total: lo esencial de la demanda es el daño moral que se pedirá en sumas cada vez más altas y que se concederá en sumas que no pueden siquiera predecirse.

Pero con todo, la tarea no siempre se hace fácil. La jurisprudencia a veces pone obstáculos serios al demandante. Un ejemplo actual es el de las demandas por accidentes del trabajo. Sentencias constantes y del mismo tenor de la Sala Laboral de la Excma. Corte Suprema, han resuelto que las acciones por reparación del daño por repercusión o rebote, es decir las intentadas por las víctimas indirectas, parientes o cercanos al accidentado no son de competencia laboral, sino que por tratarse de acciones de personas que no tienen contrato de trabajo con el demandado, tienen carácter de extracontractuales civiles y, por tanto, de competencia de los jueces civiles ordinarios, con todas sus consecuencias¹¹. Entre estas, las diferencias en materia de prueba, su carga y de su apreciación y de la tendencia de los tribunales laborales de favorecer siempre la posición del demandante trabajador. De aquí entonces que los demandantes busquen evadir esas consecuencias y pretendan continuar situando la acción en la competencia laboral y, para ello, algunos vienen sosteniendo que accionan ya no como víctimas indirectas y por su daño propio, sino como herederos del trabajador accidentado y fallecido y por el daño moral a que este habría tenido derecho, es decir, invocando la transmisibilidad de la acción por daño moral.

2. LAS SOLUCIONES TRADICIONALES

Sobre la transmisibilidad de la acción por daño moral a los herederos, se han sostenido en el derecho comparado y aun en el nuestro, las más variadas soluciones.

¹⁰ Conclusión que la doctrina ha criticado: H. CORRAL TALCIANI, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, p. 166, Santiago 2003; Carmen Alda DOMÍNGUEZ A., *El daño moral*, t. 2, p. 682; F. FUEYO L., *Instituciones de derecho civil moderno*, p. 111 (Santiago 1990); R. DOMÍNGUEZ A., "Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad", *Rev. de Der. U. de Concepción*, N° 188 (1990), p. 151 y sgts.; J.L. DIEZ SCH., ob. cit., p. 141 y sgts. Uno de los casos referido por don Fernando Fueyo era particularmente evidente en cuanto a la inexistencia del daño y que conocimos muy de cerca: la muerte de dos personas atropelladas de noche cuando circulaban por la calzada de un puente sin iluminación alguna y que fallecieron en el hecho. Se trataba de dos personas que, por falta de recursos, vivían bajo el puente y por inasistencia de parientes o de algún conocido, fueron sepultadas en fosa común. Semanas antes de vencer el plazo de prescripción una hija demanda el daño moral causado por la muerte debido al dolor que ello le produjo. Con buen criterio la I. Corte de Concepción desestimó la demanda. La Corte Suprema por la vía de la queja anuló el fallo bajo la base que la muerte de los padres ha debido causar necesariamente dolor y aflicción. ¿A una hija que ni siquiera se preocupó de la forma de vida de sus padres y de cómo fallecieron?

¹¹ Sobre esta jurisprudencia, R. DOMÍNGUEZ A., comentario a sentencias C. Suprema 19 de agosto 2003, 26 de agosto 2003 y 2 de octubre 2003 en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, N° 211, pp. 259 y sgts. y "Competencia civil para el conocimiento de la acción indemnizatoria por daño moral sufrido por causahabientes del trabajador", *La Semana Jurídica*, N° 151(2003) , pp. 15 y sgt.

Desde luego habrá que dejar de lado en este análisis el caso de aquella víctima que habiendo demandado en vida, fallece en el curso de la instancia. En este caso no se trata de la transmisibilidad de la acción, sino de la continuación del proceso por los herederos de la parte fallecida, es decir, de una cuestión de sustitución de parte en el proceso. En nuestro derecho, la muerte del demandante no tiene por qué producir una alteración del curso del litigio, desde que el art. 529 del Código Orgánico de Tribunales ordena que el mandato conferido al abogado no termina por la muerte del mandante, por lo cual si durante el juicio fallece el demandante, el mandatario constituido continúa en su encargo y los herederos verán si le sustituyen o si prefieren no intervenir dejando al ya constituido que termine su labor para reclamar más tarde, como tales herederos, el producto de la acción. El art. 5 del Código de Procedimiento Civil, que contiene regla para el caso de fallecimiento de una parte en el juicio se aplica solo en el caso que esa parte "obre por sí misma", es decir, sin mandatario judicial abogado. Con todo en el derecho comparado no todos aceptan la transmisibilidad de la acción ya deducida y por las mismas razones con que niegan la transmisibilidad del daño moral¹²; pero el Código argentino, por ejemplo, contiene regla expresa que admite que la acción civil por daño moral pasa a los herederos si ya fue intentada en vida por la víctima (art. 1099). En Francia, desde una sentencia de la Corte de Casación de 1933, la jurisprudencia ha aceptado que los herederos puedan continuar la acción por daño moral que el causante dedujo en vida¹³; pero no toda la doctrina acoge esa solución¹⁴. Sin embargo, esta solución tiene graves inconvenientes que hacen difícil su aceptación. En efecto, como dice Chioyenda, "en algunos casos la sucesión en la relación procesal no es sino la consecuencia necesaria de la sucesión en el derecho sustancial que es objeto del pleito"¹⁵, de forma que si no es posible la sucesión en la relación procesal, no habrá posibilidad de continuar en la relación procesal y, como se sabe, el principio de la continuación de los herederos manda que los herederos tomen el lugar del causante en aquellas relaciones que no se extinguen con su muerte; pero no en las que son personalísimas. Así entonces, la posibilidad de continuar la acción por daño moral intentada en vida por la víctima, no es evidente, ya que todo dependerá de la naturaleza de la relación sustancial y si se llega a la conclusión que ella es personalísima, la muerte del actor extinguirá el juicio.

Menos discutible es el caso de la víctima que fallece después de la sentencia condenatoria que le atribuye una reparación, porque en ese caso, aunque el daño haya sido moral o no patrimonial, ya existe una prestación pecuniaria que ha sido declarada e ingresada a su haber y que pesa en el patrimonio del demandado y no hay aquí una

¹² Por ejemplo, en contra de la transmisibilidad de la acción en curso, en el derecho francés, L. CADIET, *Le préjudice d'agrément*, N° 96, Poitiers 1983; P. Esmein, en Planiol y Ripert, *Tratado práctico de derecho civil francés*, t. 6 N° 658.

¹³ Civ. 2 agosto 1933, Sirey 1933-I, p. 365; Req. 8 marzo 1937, D.P. 1938, I, p. 76.

¹⁴ A los autores señalados en la nota 7, debe agregarse el Decano R. Nerson que sostenía la intransmisibilidad absoluta de la acción, haya o no sido intentada en vida, *Les droits extra-patrimoniaux*, N° 203 (Paris 1939). también, X. Pradel, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, N° 344 (Paris 2004).

¹⁵ CHIOYENDA, J., *Principios de Derecho Procesal Civil*, t. 2, p. 414, traducción española por José Casais y Santaló, Madrid s.f.

transmisión del crédito de reparación del daño, sino una transmisión sucesoral común de un crédito ya adquirido y de índole patrimonial.

El problema más central de la transmisibilidad de la acción se producirá cuando la víctima directa haya fallecido sin deducir demanda por los daños sufridos. Claro está, si tales daños son de carácter patrimonial, no cabe dudas 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 (art. 1097) y el heredero puede actuar *ex persona defuncti*.

Pero si se trata de daños no patrimoniales, la transmisibilidad no es evidente y, por el contrario, genera dificultades y resistencias.

2.1. LA TESIS DE LA TRANSMISIBILIDAD ABSOLUTA

Hay quienes, en el derecho comparado, han defendido la transmisibilidad absoluta de la acción por daño moral y sea que la víctima haya fallecido instantáneamente como consecuencia del hecho productor del daño, sea que haya existido un lapso entre la ocurrencia del hecho dañoso y la muerte¹⁶.

Los que sostienen esta solución la fundamentan en el hecho que si así no fuere, el autor de un accidente mortal sería tratado mejor que el autor de lesiones no mortales, ya que muerta la víctima, el autor quedaría a salvo de toda demanda. Es la doctrina que han mantenido algunos doctrinadores franceses y particularmente quienes apoyaron la decisión que a favor de la transmisibilidad de la acción por daño moral adoptara la Cámara Mixta de la Corte de Casación en su sentencia de 30 de abril de 1976 y que puso término a la diferencia que, sobre la materia existía entre las cámaras civiles y la cámara criminal, aunque esa sentencia no contiene el principio de la transmisibilidad absoluta¹⁷. A ello se agrega el argumento de que la víctima adquiere un derecho de reparación desde que el daño se produce y este derecho es un verdadero crédito de indemnización que, por lo mismo, forma parte del patrimonio de la víctima como cualquier otro crédito. Si bien el sufrimiento experimentado por la víctima es personal, el crédito de reparación que ese daño genera no lo es y se refiere al sufrimiento pasado que ya generó el derecho a indemnización. Como los herederos son los continuadores del difunto, ese crédito pasa a ellos y pueden, por él, deducir la acción pertinente. Solo cabría excepción a la transmisibilidad si la víctima alcanzó a renunciar a la acción, aunque entonces se plantea el problema de saber cuándo ha existido renuncia o mejor dicho, en qué casos su conducta puede interpretarse como renuncia tácita a la acción, desde que la renuncia expresa no plantea dudas. Y no cabe hacer excepción con el caso de la víctima que fallece en forma instantánea, porque no se existiría tal muerte y, en todo caso, la pérdida de la vida en sí misma es un daño reparable.

¹⁶ Así, para el derecho francés, H.L. y J. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, t. 2, N° 1909 y sgts., 6ª. Edic. (1970), fundándose esencialmente en el principio de la continuación del difunto por sus herederos. También en H.L. J. MAZEAUD y F. CHABAS, *Leçons de droit civil. Les obligations*, N° 607, 9ª, edic. (París 1998). En la 5ª. Edic. del "Traité", redactada con la colaboración de A. TUNC se sostenía también la transmisibilidad; pero es anotar que tal no parece haber sido la opinión de A. TUNC pues este, en su obra *"La Responsabilité Civile"* (París 1981) y que es una adaptación de la introducción que él mismo escribiera para el vol. XI de la International Encyclopedia of Comparative Law, se manifiesta muy reticente a aceptar la función indemnizatoria de la responsabilidad civil para el daño moral, N° 172.

¹⁷ Es el caso de G. DURRY, nota citada.

2.2. LA TRANSMISIBILIDAD ATENUADA

Otros autores distinguen entre la situación que se produce si la muerte ha sido instantánea o si ha mediado algún tiempo entre el hecho productor y la muerte. En la segunda situación, valdrían todos los argumentos ya indicados. Es la solución que ha recogido la jurisprudencia francesa luego de la conocida sentencia de la Cámara Mixta de 30 de abril de 1976 y que luego ha sido reafirmado 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"¹⁸, aunque con continuadas resistencias de la doctrina, según se verá y esa tesis, un tiempo discutida por la jurisprudencia administrativa, ha terminado por ser también recepcionada por el Consejo de Estado¹⁹. También en Italia, un sector de la doctrina ha sostenido parecida tesis en el caso de daño no patrimonial a la persona: no debe confundirse la lesión a la integridad física del sujeto con el derecho a crédito que surge de tal lesión y que tiene un carácter patrimonial, que por ende, integra el as hereditario²⁰. Pero en el primer caso no habría transmisibilidad, desde que, para algunos aquí no ha habido sufrimiento, puesto que este implica conciencia del hecho y mantención de las facultades sensitivas, lo que no ocurre si la víctima ni siquiera alcanza a darse cuenta de lo que ocurre²¹. Para otros, en ese caso no existe daño, desde que hay pérdida de la personalidad jurídica, argumento difícilmente aceptado, ya que la vida es el mayor bien de la persona. Lo que no habría sería acción transmisible, puesto que coincide el hecho dañoso con la extinción de la personalidad. Sin embargo, quienes sostienen la tesis amplia, argumentan que esta hipótesis no puede concebirse, pues basta un instante de sobrevida para que nazca la acción y no se concibe así una muerte instantánea, además que no habría mayor daño que la pérdida de la vida y si la acción por daño corporal que no signifique la muerte se transmite, no se observaría la razón para que no se transmitiera si el daño es el mayor que pueda producirse a un ser humano. También en Argentina hay quienes han sostenido una transmisibilidad mitigada, al menos *de lege ferenda*, pues por ahora se oponen a ello los arts. 1078 y 1099 del Código civil, como se verá²².

¹⁸ BULL, civ. C.M. N° 3; D. 1977, 185, con nota Contamine-Raynaud; *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1976, 556, obs. G. Dury y la sentencia de la Cámara Criminal 28 junio 2000, Bull, crim. N° 248.

¹⁹ Cons. d'Etat, 20 marzo 2000, *Revue générale de droit médical* (2001), p. 141, nota P. Villeneuve "Droit à réparation des héritiers en matière de contamination par l'hépatite"; J.C.P. 2000 IV N° 2123.

²⁰ BATTISTA PETTI, G., *Il risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale della persona*, p. 236 y 237 (Torino 1991) quien alude a la tesis claramente afirmada en ese sentido por la Corte de Casación en la sentencia de 2 de julio de 1955, N° 2034 y que ha sido reafirmada por sentencias posteriores de 6 de octubre de 1994, N° 8177; 25 de febrero de 1997 N° 1704; 25 de agosto 1997 N° 7975.

²¹ La Corte de Casación italiana niega que la muerte pueda constituir un daño moral transmisible *iure hereditatis*, Cass. 24 abril 1997, N° 3593 que ha excluido incluso el daño biológico en caso de muerte inmediata.

²² Así, por ejemplo, Alberto J. BUERES, Los problemas de la transmisión del crédito a la indemnización por daño moral, y la relación de tal crédito con el patrimonio de su titular, en *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*, homenaje a AS. Alterini, pp. 194 y sgts. (Buenos Aires 1997). El Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio de 1995 proponía en el art. 1690 una transmisión atenuada: si el causante dedujo la acción en vida o si falleció dentro de los seis meses de sufrido el daño.

3. LA TRANSMISIBILIDAD EN EL DERECHO CHILENO

Como en otras cuestiones de la responsabilidad civil, la doctrina tradicional chilena no ha estudiado esta cuestión en profundidad y se ha limitado a reproducir conclusiones obtenidas de otros derechos. Así, en la obra clásica del decano Alessandri, se acepta la doctrina de una transmisibilidad relativa: solo en caso de haber sobrevivido la víctima al hecho dañoso; pero no en el caso de muerte instantánea y dando como argumento para la transmisibilidad el clásico del principio de la continuación y apoyándose en Mazeaud principalmente. Además, dice, que no existe ley que haya declarado intransmisible este derecho²³, olvidando el ilustre decano que el carácter transmisible o intransmisible no depende de alguna norma legal que así lo determine, sino de la naturaleza del derecho y la acción respectivos, según el principio de la continuación, como se verá. Alude además a alguna jurisprudencia que así lo habría resuelto. Mas si se analiza esa jurisprudencia, se llegará a la conclusión que ella no se pronuncia sobre la cuestión. Así, el decano cita la sentencia de la Corte Suprema de 10 de octubre de 1906²⁴; pero ella no dice relación con ningún daño moral, noción que a la fecha ni siquiera aparece en nuestra jurisprudencia, ni en la doctrina y tanto así, que la demanda es de una madre por la muerte de su hijo y tendiente a la reparación del lucro cesante y del daño emergente que le causa a ella esa muerte y lo que se manda pagar es "el daño causado a doña Tomasa Meza por la muerte con la muerte de su hijo" y cosa parecida sucede con otras sentencias por él citadas²⁵. Otros autores siguen la misma solución que el decano; pero entendiendo que en el caso de muerte instantánea no hay transmisibilidad, no porque la muerte no produzca daño, sino porque la reparación solo produciría un enriquecimiento injusto al heredero²⁶.

Hay quien sigue textualmente las soluciones de los hermanos Mazeaud que ya se han aludido, dando carácter transmisible a la acción sea que la víctima directa haya fallecido después del hecho dañoso o en el instante mismo de este, por el principio de la continuación²⁷.

²³ ALESSANDRI, A., *Responsabilidad Extracontractual*, N° 388 y antes, en nota a C. Suprema, 4 de agosto 1933, *Rev. de Der.* t. 30, sec. 1ª, p. 524. En el mismo sentido y con las mismas justificaciones, R. ABELIUK, *Obligaciones*, t. 1 N° 251, 4ª. Edic. (Santiago 2001).

²⁴ *Rev. de Der.* t. 3, sec. 1ª, p. 412.

²⁵ La de Corte de Santiago de 12 de octubre de 1909, *Rev. de Der.* t. 9, sec. 2ª, p. 25 dice también relación con el daño demandado por dona Dorotea Pozo "por perjuicios que le ocasiona la muerte de su hijo" en choque de trenes y le aplica el art. 2315 del Cód. Civil que claramente se refiere al daño patrimonial. La de la Corte Suprema de 228 de abril de 1930, *Rev. de Der.* T. 27, sec. 1ª, p. 822 no trata de un daño moral, sino del daño patrimonial, desde que incluso se fija en relación a la remuneración que ganaba la víctima directa. También la sentencia de C. Suprema de 4 de agosto de 1933, *Rev. de Der.* t. 30, sec. 1ª, p. 524 dice relación con la indemnización del daño que "en su parte material, que sufre (la madre) con la muerte de su hijo en la ayuda pecuniaria y personal que este (su hijo) le proporcionaba".

²⁶ DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen Aída, *El daño moral*, t. 2, p. 729 y sgts. trata extensamente la cuestión y admite que técnicamente sea posible concebir la transmisibilidad en el caso de la acción no ejercitada por el causante que no falleció en el hecho, aunque desde el plano ético no parece admisible que una persona obtenga provecho con el sufrimiento ajeno; pero no la admite de modo alguno en el caso de muerte instantánea no porque no haya daño, sino porque pasar la acción al heredero sería dar a la reparación carácter de pena y produciría un enriquecimiento sin justificación. H. Corral TALCIANI, *Lecciones...* sigue esa misma tesis, pp. 320 y 321.

²⁷ BIDART H., José, *Sujetos de la acción de responsabilidad extracontractual*, pp. 88 y sgts. (Santiago 1985).

El profesor Pablo Rodríguez Grez da diez razones que, a su juicio justifican la transmisibilidad absoluta de la acción por daño moral; pero en definitiva, todas se centran en la idea que la vida es el derecho más valioso y que la propia Constitución lo protege²⁸. Mas como se verá, la cuestión no depende de ello y no creemos que nadie pueda discutir el carácter preeminente que tiene la vida, no como derecho, pues pensamos que la vida es mucho más que un derecho, ya que va unida a la idea misma de persona, de sujeto de derecho, sino de si ese carácter preeminente justifica que la reparación vaya a quien no ha perdido la vida, ni reclama de la pérdida o afectación de una situación jurídica propia y del rol que se atribuya a la reparación. De este modo los argumentos tomados del valor de la vida y de su protección constitucional no tienen nada de determinantes a la hora de decidir sobre la transmisibilidad de la acción por daño moral de que tratamos.

Por nuestra parte, al tratar de la cuestión del contenido de la transmisión sucesoral, solo nos limitamos a exponer las soluciones posibles²⁹.

Habrà de tenerse presente que, tratándose de los accidentes del trabajo que es donde la cuestión se presenta más frecuentemente, el art. 88 de la Ley 16.744 dispone que "Los derechos concedidos por la presente ley son personalísimos e irrenunciables". El art. 69 letra b) confiere acción a la víctima directa y a los demás a quienes el accidente del trabajo cause daño para obtener la indemnización por daños no cubiertos por el sistema de seguro social, en especial por el daño moral. Es pues posible entender que en esa materia, la acción por daño moral es personalísima por mandato expreso de la ley. Hay quienes han argumentado que como la regla dice que esa acción sigue al derecho común, el carácter personalísimo debe buscarse en ese derecho y no en el art. 88 referido que se aplicaría a los beneficios sociales que confiere la ley. El argumento no es para nada convincente. También se ha esgrimido parecida argumentación para la prescripción, frente a la regla del art. 79 de la ley 16.744, no obstante lo cual la jurisprudencia es constante para sostener que la prescripción de la acción por accidente del trabajo persiguiendo el daño moral se rige por ese art. 79 y no por las normas del derecho común³⁰. El que a la acción se le apliquen normas del derecho común no destruye el hecho que está conferida por el art. 69 de la ley y es un beneficio que ella concede. Una cosa es la ley que confiere la acción y que lo es la 16.744 y otra las normas que rigen esa acción.

Por su parte, el art. 2315 del Cód. Civil, luego de establecer el derecho a reparación por delito o cuasidelito en el art. 2314, agrega que "Puede pedir esta indemnización no solo el que es dueño o poseedor de la cosa que ha sufrido el daño, o su heredero sino...". De donde pudiera concluirse que la regla establece la transmisibilidad discutida. Sin embargo, es evidente que la disposición se refiere al daño patrimonial, único por lo demás al que pudo referirse el legislador de 1855 y aun al daño patrimonial causado a

²⁸ RODRÍGUEZ GREZ, P., *Responsabilidad Extracontractual*, p. 366 y 367 (Santiago 1999).

²⁹ DOMÍNGUEZ B. R., y DOMÍNGUEZ A., R., *Derecho Sucesorio*, t. 1, N° 99.

³⁰ Por ej. Corte Suprema 8 de agosto 2000, *Rev. de Der.* t. 97, sec. 3ª, p. 152; 16 junio 1997, *Rev. de Der.* T. 94, sec. 3ª, p. 94, etc. sobre ello, R. DOMÍNGUEZ AGUILA, *La prescripción extintiva*, p. 413 y la jurisprudencia allí referida (Santiago 2004).

las cosas³¹. De este modo, esa regla no se refiere a la transmisibilidad de la acción por daño moral.

4. LA TESIS DE LA INTRANSMISIBILIDAD

Frente a las dos tesis referidas, es posible analizar la cuestión abordándola desde otra perspectiva.

En efecto, las doctrinas que se han resumido antes no parecen obedecer sino al propósito cada vez más acentuado en países desarrollados de ampliar los casos de reparación y que no tiene otra justificación que los cambios sociales que se han operado por la mayor riqueza nacional, con sus consecuencias en las sensibilidades jurídicas y en las formas culturales. Cuando la riqueza es mayor, es natural que la sociedad piense que las víctimas han de tener derechos a indemnizaciones por toda suerte de dificultades o tropiezos que se producen por la vida en sociedad. Un mayor individualismo lleva a poner el acento en las víctimas, cuestión que para muchos aparece como un gran adelanto humanista, aunque este se traduce, en su exageración, en la asimilación a la idea de daño de toda dificultad y a la de derecho, toda pretensión y aun toda tendencia o propósito como se ha dicho más arriba. De allí que no parezca sino natural ampliar la titularidad de la acción a los herederos aun si la víctima directa falleció y aunque esta ningún provecho obtendrá de la indemnización. Por lo demás, como la reparación no pesará sobre el patrimonio del hechor, sino sobre el de su asegurador, la transmisibilidad no perturba demasiado a sus sostenedores.

Pero ello no puede impedir, al menos entre nosotros que no formamos una sociedad de la misma riqueza, que se analice la cuestión desde otras perspectivas.

De lo que se trata es de permitir a los herederos de la víctima fallecida deducir una acción para obtener para sí, lo que habría correspondido a esta y de justificar esa transmisibilidad. Y es esa justificación la que no parece sostenible.

Dos cuestiones han de tenerse en cuenta para la adecuada respuesta: a) el concepto de daño moral o no patrimonial y b) la finalidad de la reparación por ese daño. En efecto, el daño moral se diferencia del patrimonial por la naturaleza del interés lesionado y además, de allí deriva un particular rol que cumple la indemnización y, por lo mismo, no es posible, sin ese análisis, atribuir a la acción que permite obtener la reparación, los mismos caracteres que la que persigue la indemnización del daño patrimonial. La tesis de la transmisibilidad, como lo ha observado y criticado recientemente un autor, no es sino la demostración de una progresiva y creciente patrimonialización de los daños morales, hasta el punto de llegar a calcar su régimen jurídico al de los daños patrimoniales y sin reparar, no solo en la diversa naturaleza de ambos, sino en su diversa vocación³². Es pues el análisis de esas dos cuestiones el que entrega la respuesta adecuada a la cuestión planteada y no el aparear los conceptos clásicos y admitidos del régimen de los daños patrimoniales a los extrapatrimoniales.

³¹ ABELIUK, R., *Obligaciones*, t. 1, N° 298; A. ALESSANDRI, *Responsabilidad extracontractual*, N° 138.

³² PRADEL, X., ob. cit. N° 341 y sgts.

4.1. EL CONCEPTO DE DAÑO MORAL

Por mucho que se haya escrito en torno al daño moral, es lo cierto que su concepto permanece aún difuso y variable según los doctrinadores y la jurisprudencia. Es incluso posible pensar que no haya un concepto único de daño moral, pues en el hecho, con esa calificación se cubren los más variados intereses, algunos de índole subjetiva, otros de carácter objetivo. Se recordará que para nuestra jurisprudencia y para alguna doctrina, se confunde con el dolor, la aflicción, el pesar que experimenta la víctima, concepto que además de parcial, más bien traduce algunos de los efectos que la alteración de ciertas situaciones no patrimoniales produce en la víctima. Las más de las veces el dolor o la aflicción es la consecuencia por la pérdida de una cualidad, bien no patrimonial, situación o derecho. Y esta distinción no deja de tener trascendencia práctica, puesto que si se le reduce al dolor o la aflicción o al pesar, la persona que, atendida su edad, o situación psíquica consecencial al hecho productor no está en situación de experimentar esos sentimientos o sentir el dolor, no podría experimentar daño moral³³. Así, un recién nacido no tendría derecho a la reparación del daño a consecuencia de la pérdida de su padre, pues es lo cierto que en ese momento, esta no le causa aflicción alguna, desde que ese sentimiento aun no le es posible y ya se sabe que esa conclusión no es admisible. Por otra parte, identificar el daño moral con el dolor, el sufrimiento o los padecimientos, conduce a efectos prácticos a una relajación de su prueba y, en materias contractuales, a la falsa noción de que todo incumplimiento produce daño moral, desde que no se concibe a un acreedor a quien la falta de cumplimiento no cauce insatisfacción y frustración, conclusión que es claramente inadmisibile.

De aquí que una recta noción del daño moral lo identifique más bien con la lesión a derechos subjetivos o 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. Tomando las palabras del gran jurista argentino Brebbia, "lo que caracteriza jurídicamente a los daños extrapatrimoniales no es ese sufrimiento de carácter particular al que se alude, sino la violación de algunos derechos inherentes a la personalidad de un sujeto"³⁴. Una sentencia, relativamente reciente del Tribunal Supremo de España, ha precisado que "hay daño moral

³³ Y claro está, esa conclusión no es admisible, a pesar de que alguna doctrina, justamente por la imposibilidad de percibir penurias o de sentir las ha negado el daño moral de esas personas, como es el caso de A. ORGAZ, *El daño resarcible*, p. 217 y 239, 3ª. Edic. (Córdoba 1980). Pero esa tesis es más que minoritaria. Entre nosotros, véase R. DOMÍNGUEZ A., nota a sentencia C. Suprema 11 de abril 1995, en *Rev. de Der.*, Universidad de Concepción, N° 198 (1995) p. 196. En el mismo sentido en Argentina, R. Brebbia, *El daño moral*, p. 241, 2ª. Edic. Rosario (1967); E. ZANNONI, *El daño en la responsabilidad civil*, p. 445, (Buenos Aires 1982). Para el derecho francés, al menos para ciertos tipos de daño moral, Chr. LARROUMET, nota a Cass. Crim. 13 abril 1978, D. 1979, IR.64; P. JOUDAIN, *Les principes de la responsabilité civile*, p. 122, París 1992; G. VINEY y P. JOUDAIN, *La responsabilité civile. Les effets*, N° 146, 2ª. Edic. (París 2001).

³⁴ BREBBIA, R., *El daño moral*, p. 241, 2ª. Edic. (Rosario 1967).

exclusivamente cuando se ha atentado a un derecho inmaterial de la persona", para hacer referencia al derecho o bienes de la personalidad³⁵.

Pues bien, los derechos o bienes de la personalidad son por esencia unidos a su titular y, por lo mismo, intransmisibles y desaparecen con su titular. A ellos ha de aplicarse el principio *actio personalis moritur cum persona*. Los derechos extrapatrimoniales no quedan sujetos, en principio, a la devolución sucesoral³⁶. 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. Se recordará que el principio de la continuación históricamente jamás implicó transferir la idea de personalidad del *de cuius* y en verdad su función originaria fue la de fundar la responsabilidad *ultra vires* del heredero, es decir justificar la obligación del sucesor por el pasivo del causante. La continuación, como lo precisa el art. 1097 se refiere a los derechos y obligaciones "transmisibles" y, por lo mismo no es absoluto. Una vez que desapareció el primitivo fundamento religioso de la transmisión hereditaria, el principio de la continuación se explica por el simple reemplazo del causante por el heredero en sus relaciones patrimoniales: si el heredero responde de las deudas del causante y más allá de las fuerzas de la herencia, es porque adquiere un patrimonio, una universalidad, en la que se comprenden las deudas. Así conciben el principio Aubry y Rau, que fueron sus principales defensores³⁷ y ellos mismos se encargaron de precisar lo que comprende la herencia: "Se llama herencia al patrimonio que una persona deja al momento de su fallecimiento. La herencia comprende entonces la totalidad de los bienes que pertenecían al difunto a la época de su muerte, con excepción, sin embargo, de aquellos que, sea en razón de su naturaleza, sea por el título por el cual han sido adquiridos, sea por último en virtud de una disposición especial de la ley, eran tan inherentes a la persona de este último, que no son susceptibles de transmitirse, ni aun a sus herederos"³⁸. Su función es pues explicar la responsabilidad *ultra vires* y no hacer una sustitución absoluta de la persona del causante por la del heredero, como si aquel no hubiese fallecido³⁹, de forma que se detiene allí donde el sucesor enfrenta un derecho personalísimo o un bien extrapatrimonial del causante. Y es solo el principio de la continuación el que ha permitido a un sector de la doctrina francesa, más precisamente a los hermanos Mazeaud y a los autores de otros derechos que les siguen, sostener la transmisibilidad, pues en lo demás, reconocen el carácter "exclusivamente unido a la persona" del daño moral,⁴⁰ lo que ha llevado a sus sostenedores a una contradicción, puesto que, por una parte aceptan la transmisibilidad de la acción en virtud de la continuación de los

³⁵ Tribunal Supremo, 31 de octubre de 2002, RJ 2002, 9736, sobre la cual, el comentario de Alma María Rodríguez Guitián, "Indemnización del daño moral derivado del incumplimiento contractual", en *A.D.C.* 2003, p. 830 y sgts. Esa noción de daño moral es muy compartida por la doctrina comparada, por ej. G. MARTY y P. RAYNAUD, *Droit Civil, Obligations*, t. 2 N° 381, 2ª. edic. por Ph. Jestaz (París 1989).

³⁶ Sobre ello, R. NERSON, *Les droits extrapatrimoniaux*, N° 203 y sgt. (París 1939).

³⁷ *Cours de droit civil français*, t. 6, par. 582 y 583 4a. edic. (París 1873).

³⁸ AUBRY y RAU, ob. cit. par. 589.

³⁹ Sobre el principio de la continuación, R. DOMÍNGUEZ B. y R. DOMÍNGUEZ A., *Derecho Sucesorio*, t. 1, N° 12 y sgts. y esp. N° 14 sobre su historia y fundamentación, 2ª. Edic. (Santiago 1998).

⁴⁰ H.L. y J. MAZEAUD, ob. cit. t. 2, N° 1.921.

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, pues "sería tan chocante ver a una víctima ceder a un tercero el precio de sus sufrimientos como el de ver a sus acreedores ampararse de tal valor"⁴¹. ¿Por qué sería chocante la transmisión entre vivos y no la *mortis causa*? En el fondo, en el principio de la continuación no puede encontrarse el fundamento de la transmisibilidad de la acción por daño moral y este se convierte así, como dice un autor, en una "fórmula que tranquiliza por su propia imprecisión y en la que cada uno encuentra lo que desea aportarle"⁴², cuando en verdad ese principio no significa que los herederos se identifiquen con la persona del causante incluso en sus calidades. Ellos no han sufrido lo que sufrió el causante y pueden demandar su propio daño; pero no pueden identificarse con el del *de cuius* hasta el punto de tener derecho y necesidad de que se les compense con una satisfacción económica que ellos habrían de cobrar, lo que ha sufrido el causante⁴³.

Se podría objetar a esta idea que si el derecho de la personalidad está unido al titular, cuando este fallece lo que 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 que será obligado el hechor del daño no justifica la transmisibilidad de la acción. Si así fuese, entonces, como lo ha justamente resaltado un autor, 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 que la muerte sea producida por el hecho imputado al demandado, admitir que la reparación la obtengan dos veces: una porque la vida del difunto se acortó y otra por el daño que les causa esa abreviación⁴⁴. Y nada impediría además que el derecho a la acción pudiera cederse y aun ejercitarse por los acreedores por vía de subrogación en aquellos derechos en que la subrogación es amplia, así como podría embargarse y a consecuencia del embargo, adjudicarse a un tercero en la pública subasta a que sea sujeto. El carácter patrimonial de un derecho por lo demás, no justifica que todos los que tengan ese carácter hayan de ser tratados del mismo modo y desde todo punto de vista⁴⁵. Es por ello que existen derechos personalísimos, por mucho que sean patrimoniales y que por lo mismo no pasan a los herederos, como ocurre por ejemplo con la acción revocatoria de la donación entre vivos que, en principio es intransmisible (art. 1430) y justamente porque aun siendo patrimonial, el derecho del donante es personalísimo, desde que se trata de una decisión que solo a él le compete. Otro tanto ocurre con el derecho a aceptar una donación, al que no se aplica el derecho de transmisión, como lo dice el art. 1415. En los términos de una ilustre autora, se produce una

⁴¹ Así, la posibilidad de ceder el derecho es negada por los mismos H.L. y J. Mazeaud, ob. cit. N° 1.921, cuyos términos hemos recogido textualmente. En contra de la posibilidad de ceder la acción es unánime la doctrina:

⁴² BLONDEL, P., *La transmisión à cause de mort des droits extrapatrimoniaux et des droits patrimoniaux à caractère personnel*, N° 167 (Paris 1969).

⁴³ CADIET, L., ob. cit. N° 391 y P. Bondel, ob. cit. N° 177.

⁴⁴ CADIET, L., ob. cit. 390.

⁴⁵ Sobre ello, P. ESMEIN, "Le culte des morts", en *Mélanges Dabin*, t. 2, pp. 541 y sgts. esp. p. 548.

suerte de "afectación de la indemnización de reparación de los daños personales a la sola víctima" y que justifica que el fallecimiento de ella se traduzca en la extinción del derecho a demandarla, solución que además, aparece como la única moralmente sostenible⁴⁶. Si el resultado de la acción reparatoria es la obtención de una suma de dinero, ello no hace desaparecer la circunstancia que el interés protegido con la acción es el derecho o la situación jurídica no patrimonial y personalísima que ha sido afectada por el hecho del demandado. Atenerse solo a la circunstancia que el beneficio obtenido con dicha acción es económico, no le quita el carácter personalísimo, porque lo que con ella se pretende es la reparación del derecho o situación jurídica afectado, que es personalísimo.

Por lo demás, como algunos autores han tenido la ocasión de anotar, si la transmisibilidad fuese admisible, resultaría el absurdo que, en caso de aquella persona que fallece en un accidente sin tener otros sucesores, el Fisco, como último sucesor, tendría la acción reparatoria y podría perseguir la indemnización, desde que, al menos en los sistemas sucesorales como el nuestro, el Fisco es un real heredero y no sucede por simple derecho de soberanía⁴⁷. "No creo yo que el Estado nos ame tanto como para considerarse perjudicado por nuestra muerte", dice Mariano Izquierdo Tolsada⁴⁸ y ¿Qué decir de parientes en el sexto grado de consanguinidad si ha de aplicarse el orden sucesoral del art. 992 del Cód. Civil que seguramente ni conocieron al causante!

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, como se verá, de forma que su carácter patrimonial no justifica su transmisibilidad.

Y aun si se entendiera por daño moral el sufrimiento, el dolor, la aflicción, estos sentimientos son eminentemente personales y por lo mismo, aun en ese caso, el crédito a que da lugar es personalísimo.

Este carácter personalísimo del daño moral que hace así intransmisible la acción resarcitoria es reconocido por el art. 1099 del Código argentino, salvo para el caso en que la acción hubiere sido ya iniciada en vida por la víctima. De acuerdo a esa norma "Si se tratare de delitos que no hubiesen causado sino agravio moral, como las injurias o la difamación, la acción civil no pasa a los herederos y sucesores universales, sino cuando hubiese sido entablada por el difunto", regla que es invocada por la doctrina trasandina para negar en general la transmisibilidad de la acción por daño moral⁴⁹ y que es la lógica consecuencia de lo que

⁴⁶ LAMBERT-FAIVRE, Y., *Le droit et la morale dans l'indemnisation des dommages corporels*, D 1991, chr. P. 165, reproducido en S. CARVAL, *La construction de la responsabilité civile*, pp. 295 y sgts. es. P. 300 Paris 2001.

⁴⁷ Así, E. GÓMEZ CALLE, *Los sujetos de la responsabilidad civil*. "La responsabilidad por hecho ajeno", en *Tratado de responsabilidad civil* bajo la coordinación de F. Reglero Campos, p. 403 (Madrid 2002); Pantaleón Prieto, "Diálogo sobre indemnización por causa de muerte, en *A.D.C.* "1983" pp. 1579 y sgts. Se recordará que en el derecho sucesorio chileno el Fisco es un heredero en toda regla: R. DOMÍNGUEZ B. y R. DOMÍNGUEZ A., *Derecho sucesorio*, t. 2, N° 729 y sgts.

⁴⁸ *Sistema de responsabilidad contractual y extracontractual*, p. 378 (Madrid 2001).

⁴⁹ Así, E.A. ZANNONI, *El daño en la responsabilidad civil*, N° 125, 2ª. Edic. (Buenos Aires 1987); R. BREBBIA, *El daño moral*, cit, N° 127; J. MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, t. 4, N° 169 (Sante

previene el art. 498 de la misma codificación: "Los derechos no transmisibles a los acreedores del acreedor, como las obligaciones no transmisibles a los herederos del deudor, se denominan en este Código: "derechos inherentes a la persona, obligaciones inherentes a la persona" y por ello mismo tampoco podrían los acreedores ejercitar la acción por vía de subrogación (art. 1196), ni podría cederse el derecho⁵⁰. Los autores argentinos entienden que como el agravio moral lesiona aspectos tan íntimos de la persona es esta la única que puede decidir de poner en movimiento la opción resarcitoria. Se ha sostenido, con todo, que no debería confundirse el interés afectado que es extrapatrimonial con el derecho a obtener la reparación que sería patrimonial y que solo surgiría cuando se produce la lesión y no durante el ejercicio de aquel interés⁵¹, distinción que por nuestra parte no nos parece aceptable. Entonces se hace difícil justificar el carácter personalísimo de la acción y la propia regla del art. 1099 del Código argentino. Esa acción está íntimamente ligada al derecho o a la situación jurídica afectada y es el carácter personal de aquel el que confiere las particularidades a la acción resarcitoria, confiriéndole su carácter intransmisible.

Parecida solución mantiene el Código Civil mexicano, cuyo art. 1916 inc. 3 ordena que "La acción de reparación no es transmisible a terceros por acto entre vivos y solo pasa a los herederos de la víctima cuando esta haya intentado la acción en vida", desde que la acción por daño moral se entiende ser personalísima⁵².

Y la doctrina francesa, no obstante la sentencia de la Cámara Mixta de 1976 ya referida, en su mayoría, por las razones ya indicadas, entiende que la acción por daño moral, atendido el carácter de este daño, no es transmisible⁵³. Otro tanto se ha sostenido en la doctrina española⁵⁴.

Fe 1982); R. PIZARRO, *Daño moral*, p. 244 y sgts., reimpresión (Buenos Aires 2000). Pero hay quienes han sostenido que la intransmisibilidad se limita a daños extracontractuales y no a daños morales contractuales, por ej. E. SALAS, "La responsabilidad civil en la reforma del Código Civi", en J.A. DOCTRINA 1969-427; pero esa doctrina es ampliamente excepcional, desde que los autores sostienen la unidad del tratamiento del daño moral.

⁵⁰ Aunque algunos, en minoría, aceptan la cesión, como R. PIZARRO, ob. cit. p. 253.

⁵¹ PIZARRO, R., ob. cit. p. 247 in fine.

⁵² Así, S. OCHOA O., *La demanda por daño moral*, p. 75, 2ª. Edic. México (1999).

⁵³ En contra de la transmisibilidad, P.X. PRADEL, ob. cit. N° 341 y sgts.; J. FLOUR, J.L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit Civil. Les Obligations. 2 Le Fait Juridique*, N° 369, 10. edic. (París 2003); J. CARBONNIER, *Droit Civil. Les obligations*, N° 211, p. 388, 22. edic. (París 2000); G. VINEY y P. JOURDAIN, *La responsabilité*. Effets, N° 170 y sgts., 2ª. edic. (París 2001); Ph. MALAURIE y L. AYNÈS, *Obligations*, N° 221 (París 1990); J.L. AUBERT, nota en *Repertoire du Notariat Défrénois*, (1977) art. 31441, N° 53; LAPOYADE-DESCHAMPS, "Qu'elle(s) réparation(s)", en *La responsabilité à l'aube du XXI siècle: bilan retrospectif*, RC Ass. 2001, N° Hors-série, 6bis. p. 62; B. STARCK, H. ROLAND y L. BOYER, *Obligations. Responsabilité délictuelle*, N° 175, 4ª. Edic. (París 1991); Y. LAMBERT-FAIVRE, *Le droit et la morale dans la réparation du dommage corporel*, D. (1992), chr. 135 y *Droit du dommage corporel*, N° 158 a 161 y 177, 3ª. Edic. (París 1996); y antes de la sentencia de la Corte de Casación de 1976, A. CHARAF-EDLINE, *Le droit à réparation de dommages corporels stricto sensu résultant d'accident mortel et sa transmissibilité*, J.C.P. 1974.I.2647; P. ESMEIN, *La commercialisation du dommage moral*, D. 1954, Chron. 113. y *L'indemnité pour préjudice moral peut-elle être attribuée à un autre que la victime?*, Gaz. Pal. (1965) 2 doctr. 33 y 34.

⁵⁴ GÓMEZ CALLE, Esther, ob. cit. N° 15, p. 404; A. Fernando PANTALEÓN PRIETO, *La indemnización por causa de lesiones o muerte*, en A.D.C. (1989) p. 647; Martín VILLA y BLANCO, "Sobre la transmisibilidad de las obligaciones" "ex cuasidelicto", en *Rev. de Der. Priv.* 1992, p. 662, esp. pp. 664 y 665; ROCA y TRÍAS, *Derecho de daños*, p. 175, 3ª. Edic. (Valencia 2000).

Habr  de considerarse, por otra parte, que no es efectivo, como se ha sostenido por alguna doctrina, a la que hemos hecho referencia antes, que la intransmisibilidad lleva a tratar mejor a quien provoca la muerte que al que solo produce heridas pues el primero no responde ante los herederos. Esta argumentaci3n, como se ha dicho tambi3n, no repara en que precisamente por esa raz3n es que se reconoce a los parientes pr3ximos un derecho a reclamar el daño que sufren *iure proprio*, a título de daño por repercusi3n y de *pretium doloris*, de forma que el causante del hecho dañoso no queda liberado de responsabilidad; pero se impide el absurdo de que una misma persona obtenga dos indemnizaciones, una *iure hereditatis* y otra *iure proprio*, respecto del mismo hecho⁵⁵. Tampoco tiene fuerza aquí la cuesti3n de determinar si la privaci3n de la vida constituye o no un daño, cuesti3n que ha sido ampliamente debatida⁵⁶, pues de lo que se trata no es de si hay o no daño, sino de si la acci3n por el daño es o no transmisible. Suponiendo que el daño existiese –lo que es discutible– en todo caso siempre se trataría de un daño personalísimo que no se entiende el porqu3 hubiera de repararse al heredero que no lo ha sufrido y que dispone de su acci3n *iure proprio* y, si se entiende que hay daño, l3gicamente se trataría del más personalísimo de todos los concebibles⁵⁷. En este sentido, el Tribunal Supremo de España ha resuelto que “la muerte de un ser querido no incorpora a su as hereditario ningún derecho de contenido patrimonial nacido de su propia muerte”, doctrina reiterada en numerosas sentencias⁵⁸. Por otra parte, resulta al menos difícil de justificar, en casos de muerte coetánea al hecho del demandado, que el heredero lo es por la muerte del *de cuius*, de la que arranca su pretensi3n y sin la cual no tendría derecho alguno sobre la sucesi3n y, al mismo tiempo pretende que esa muerte sea el fundamento de su pretensi3n.

4.2. LA FINALIDAD DE LA INDEMNIZACI3N POR DAÑO MORAL

La segunda cuesti3n que interesa para resolver sobre la transmisibilidad de la acci3n por daño moral de que tratamos, dice relaci3n con la finalidad asignada a la indemnizaci3n.

Cuando se trata del daño patrimonial, es evidente que la indemnizaci3n es un sustituto del bien o inter3s dañado y en la medida del daño. Cuando se trata de la responsabilidad contractual, la indemnizaci3n de ese daño representa un cumplimiento por equivalencia de la prestaci3n incumplida, de acuerdo a los conceptos clásicos. La indemnizaci3n es el valor econ3mico del bien dañado y de all que por el principio de reparaci3n integral, la indemnizaci3n no deba ser inferior a ese valor, ni tampoco supe-

⁵⁵ CADIET, L., ob. cit. N  388.

⁵⁶ Sobre ello, A. PANTALE3N PRIETO, *Diálogo sobre la indemnizaci3n por causa de muerte*, cit. p. 1578 y 1579. que expone las razones en pro y en contra de la existencia del daño, más allá de la cuesti3n de si la p3rdida de personalidad jurídica permite o no el cobro de la reparaci3n y con la bibliografía comparada sobre el tema a la fecha del artículo en nota a la p. 1568.

⁵⁷ DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen Aída, *Daño moral*, t. 2 p. 735.

⁵⁸ Tribunal Supremo, 24 noviembre 1998, RJ 1998, 9694; 4 noviembre 1999, RJ 1999, 8860; 14 diciembre 1996, RJ 1996, 8970. Sobre esa jurisprudencia y otra, Esther G3MEZ CALLE, ob. cit. p. 403 y el excelente trabajo de A. Fernando PANTALE3N PRIETO, “Comentario del art. 1902 C3digo Civil”. En *Comentario del C3digo Civil*, Ministerio de Justicia, t. 2, p. 1999, 2 . Edic. (Madrid 1993).

rior a él. Tratándose ya no de la responsabilidad, sino de la indemnización en caso de expropiación, en que se aplican los mismos principios sobre la naturaleza de aquella, se ha resuelto que "la indemnización es una compensación, esto es, una suma de dinero que viene a compensar o reemplazar el bien expropiado"⁵⁹. Siendo el dinero el común valor de los bienes patrimoniales, es posible medir la entidad del daño y traducirla a valor dinerario. Aquí, la función de la responsabilidad civil es reintegrar el patrimonio afectado, restituirle por equivalencia el bien de su titular ha sido privado total o parcialmente. Los insignes Aubry y Rau, tratando de la noción de patrimonio, al que sus nombres ha sido unido como creadores, escribían, precisamente sobre el punto: "Los elementos de que se compone el patrimonio, se traducen todos, en calidad de bienes, en la idea común, de un valor pecuniario, revisten por ello mismo, unos respecto a otros, el carácter de cosas fungibles" y agregaban: "Es por ese carácter que se explican y se justifican, no solamente la teoría de los daños y perjuicios debidos, sea por falta de ejecución de las obligaciones de hacer cuyo cumplimiento exige la intervención personal del deudor, sea en reparación de los perjuicios causados por los delitos o los cuasidelitos..."⁶⁰ De allí también que la acción dirigida a obtener la reparación sea transmisible a los herederos que la intentarán *iure hereditatis* desde que ella integra el as hereditario. Aquí, el principio de la continuación recibe su más clara y directa aplicación.

Mas cuando se trata del daño no patrimonial o moral, se sabe que la indemnización no puede cumplir el mismo propósito, desde que por esencia, tales daños constituyen la afectación de un bien o interés que no tiene traducción dineraria y es por ello, por lo demás, por lo que durante tiempos pretéritos se negó la posibilidad de indemnización de los mismos⁶¹, subsistiendo, con todo, incluso en autores de la más alta jerarquía dudas sobre la dificultad que, respecto de estos daños, existe para aceptar el rol reparatorio de la indemnización⁶². Es por ello mismo que se ha llegado a decir que la reparación más adecuada para esta categoría de daños sería la atribución de una simbóli-

⁵⁹ C. Suprema, 31 de julio 2003, F.M. 512, sent. 11, p. 1478, cons. 6. Cabría sin embargo precisar que no es lo mismo compensar que reemplazar. Compensar es "dar alguna cosa o hacer un beneficio en resarcimiento del daño, perjuicio o disgusto que se ha causado", reemplazar es "sustituir una cosa por otra, poner en lugar de una cosa otra que haga sus veces".

⁶⁰ Cours de droit civil français, t. 6 par. 575, 4ª. Edic., París 1873.

⁶¹ Sobre esta cuestión, Carmen Aída DOMÍNGUEZ H., *El daño moral*, t. 1 pp. 86 y sgts. Aunque la cuestión esté ya superada aparentemente, pues la reparación del daño moral presente aún numerosos pendientes.

⁶² Así, A. TUNC, *La responsabilité civile*, N° 172. El maestro Tunc señala que en el Common Law se llama a esos daños "non pecuniaries", una expresión que por sí misma muestra la inaptitud del dinero para compensarlos y agrega: "El dinero, es verdad, puede a veces dar placeres que constituirán una cierta compensación de los que han sido perdidos. Pero es una compensación muy inadecuada, cuyo monto es fijado también muy arbitrariamente por los tribunales" y señala como ejemplo de esa falta de adecuación que habría por ejemplo que adaptar el monto de la indemnización a la situación financiera de la víctima pues para un pobre una cierta suma puede cambiarle la vida; pero para un afortunado que ya tiene de todo, una cierta suma no le agregará nada a sus placeres que ya tiene. Ello, sin perjuicio que el daño moral se funda en una pura presunción: que el daño no se habría producido sin el hecho del demandado; pero quien puede saber si aún sin hecho esa víctima no habría fallecido al día siguiente por otra circunstancia. También el desaparecido maestro se mostraba muy reticente a aceptar la función reparatoria del daño por afección y del *pretium doloris*, en su obra *La sécurité routière*, N° 49 y 50 (París 1966).

ca (un peso, un euro, un dólar), pues lo que interesa no es tanto la suma atribuida, sino el reconocimiento del derecho o interés afectado⁶³. Aunque no participamos de esa tesis extrema, ella es reveladora de que aquí la responsabilidad no puede perseguir una función reintegradora. De allí que haya podido afirmarse que "pretender aplicar a la indemnización de daños tales como el dolor o el sufrimiento físico o moral... el principio de la reparación integral importa una ilusión. Se trata, en efecto, de perjuicios que, por definición, son intraducibles en términos monetarios"⁶⁴. Ese principio no puede regir para los daños morales y, por lo mismo, como no hay posibilidad de reposición la idea no puede ser la de dar a la indemnización un carácter reparatorio.

La doctrina, como se sabe, ha propuesto diversas justificaciones para la indemnización de los daños extrapatrimoniales⁶⁵.

Para algunos, ella tiene un evidente carácter de pena privada. La célebre tesis del francés Louis Hugueney proponía hacer de la pena privada el fundamento de la reparación por los daños morales y una herramienta represiva para evitarlos⁶⁶. Ripert defendía la idea de la pena privada para el daño moral, en su célebre obra sobre la regla moral en la obligación civil⁶⁷. Fue también la idea defendida por el profesor Dupichot en su tesis de doctorado ante la imposibilidad de la reparación pecuniaria o en especie del daño moral⁶⁸. Y más recientemente, se sigue sosteniendo que, en verdad, tal reparación no tiene sentido sino como una sanción para el causante de los daños⁶⁹. En la doctrina italiana ha recogido esta idea también alguna adhesión⁷⁰. Claro está que ese fundamento no permitiría la reparación del daño moral sino en los casos de responsabilidad fundada en la culpa o el dolo y no en la responsabilidad objetiva; pero ha tenido importantes defensores y aun sigue manteniendo influencia práctica, particularmente al tiempo de fijar el monto de la reparación, por la indudable consideración que se atribuye a la gravedad de la culpa en esa cuestión⁷¹.

De aceptarse la idea de pena privada en la indemnización del daño moral, resultaría, según alguna doctrina, la transmisibilidad de la acción, puesto que si el bien jurídico

⁶³ PRADEL, X., ob. cit. N° 396. Sobre la función de la responsabilidad como reconocimiento de un derecho por el pago de una simbólica, R. DOMÍNGUEZ A., *Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil*, citado, p. 134, con las referencias al Common Law y al derecho francés.

⁶⁴ VINEY G. y MARKESINIS, B., *La réparation du dommage corporel. Essai de comparaison des droits anglais et français*, p. 140 (París 1985).

⁶⁵ Sobre ello, Carmen Aída DOMÍNGUEZ, *El daño moral*, t. 1, pp. 86 y sgts.;

⁶⁶ HUGUENEY, L., *L'idée de peine privée en droit contemporain* (Dijon 1904).

⁶⁷ RIPERT, G., *La règle morale dans les obligations civiles*, N° 181 y sgts., 3ª. Edic. (París 1925). La misma idea la expresa en la crónica "Le prix de la douleur, D. 1948, chr. 1.

⁶⁸ DUPICHOT, J., *des préjudices réfléchis nés de atteintes à la vie ou à l'intégrité corporelle* (París 1969).

⁶⁹ FLOUR, J., AUBERT, J.L., y SAVAUX, E., ob. cit. N° 140. En Argentina ha defendido esta idea, aunque con resistencia del resto de la doctrina, H. LLAMBLAS, en *Derecho Civil. Obligaciones* t. 1, p. 302 (Buenos Aires 1967).

⁷⁰ Así, TRIMARCHI, *Causalità e danno*, p. 53, Milán 1967.

⁷¹ Sobre ello, nuestro artículo *El daño como...*, cit. p. 133. Sobre la misma cuestión, S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée* (Paris 1995) N° 21. También ha tenido influencia en el derecho de la provincia canadiense de Quebec a través del principio de la "Charte Québécoise des Droits et Libertés que introdujo en ese derecho los daños punitivos al ejemplo anglosajón: S. CARVAL, ob. cit. N° 62.

dañado es personalísimo, como la acción que persigue la reparación no tiene a su compensación, ni puede, por la naturaleza del bien dañado, pretender su reemplazo, sino que persigue la sanción del hechor, en la imposición de la pena tendrían interés los herederos. La muerte no borra la finalidad de sancionar al que ha cometido el hecho sancionable⁷².

Pero tal idea no es correcta. Desde luego, la transmisibilidad de la pena privada impediría la existencia en el heredero de la acción *iure proprio*, pues de otro modo se trataría de imponer dos veces una pena por un mismo hecho, solución que repugna al principio *non bis in idem*⁷³. Por otra parte tampoco se justificaría la transmisibilidad pasiva de la obligación por daño moral ya que la pena ha de recaer en el autor y no en sus herederos⁷⁴ y no hay autor que haya pretendido sostener que el heredero no pueda ser perseguido como deudor de la indemnización por daño moral. Agréguese a ello que, teniendo en cuenta el principio general de la personalidad de la pena, no habría justificación para imponer el pago de los daños morales a quienes responden por el hecho ajeno, pues ellos no han causado el hecho productor y solo se les imputa una falta de vigilancia o una mala elección. En nuestro derecho, la idea de pena privada para el daño moral no es admisible⁷⁵. Las penas privadas, como toda pena, requieren de una consagración legal, desde que el principio del art. 19 N° 3 de la Constitución no queda restringido a las meras penas criminales, ni a los solos delitos tal cual los concibe el Código Penal y cuando se aceptan, es porque una ley las ha establecido⁷⁶. Ahora bien, la idea de reparación del daño moral, ha sido de pura creación jurisprudencial y es mucho más tarde que algunas leyes la han reconocido para ciertos ámbitos especiales.

Pero aún aceptando la idea de pena privada para el daño moral, ella no justifica la transmisibilidad de la acción, porque tratándose de un delito o cuasidelito civil, la persecución del hecho no puede ser pública, sino entregada al que ha sido objeto de la infracción⁷⁷ y solo a él, a menos de consagrar una enojosa idea de venganza privada que se extendería a los herederos⁷⁸ y que el derecho actual no podría aceptar. De este modo, la idea de pena privada, según la mayoría de los doctrinadores que la admiten, impide la transmisibilidad⁷⁹.

⁷² Es por ejemplo, la argumentación de Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ en el derecho argentino, en *Resarcimiento de daños. Daños a las personas (integridad sicológica)*, t. 2 a, p. 497 (Buenos Aires 1990).

⁷³ VINEY G., y JOURDAIN, *La responsabilité civile. Les conditions*, N° 254, 2a. edic. (París 1998).

⁷⁴ Sobre este y otros argumentos, A. Fernando PANTALEÓN PRIETO, *Diálogo sobre la indemnización por causa de muerte cit.*, p. 1573 y Francisco de Asís GARCÍA SERRANO, *El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil*, en *An. de Der. Civ.* (1972) pp. 799 y sgts., esp. p. 834 y sgts.

⁷⁵ Tampoco la admiten muchos autores para otros derechos. Por ej. para el derecho español, es contraria a la idea M. IZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad contractual y extracontractual*, p. 163, para quien la idea de escarmiento no tiene sentido en la idea de responsabilidad civil: "Para eso no está el derecho civil".

⁷⁶ La pena privada en Chile no existe sino en los casos en que la ley la ha previsto. Así, A. Alessandri R., *Responsabilidad extracontractual*, N° 466.

⁷⁷ Así, J. LLAMBÍAS, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, t. 1, N° 267 (Buenos Aires 1973).

⁷⁸ Contra esta idea, Ivonne Lambert-Faivre, *Droit du dommage corporel*, N° 160.

⁷⁹ Por ej. En el derecho argentino, además de Llambías a quien ya hemos aludido, F. LEGÓN, *Naturaléza de la reparación del daño moral*, J.A. 52, p. 794; Acdeel SALAS, "La reparación del daño moral", en *Estudios sobre la responsabilidad civil*, pp. 82 y sgts. (Buenos Aires 1947); N. CICHERO, "La reparación del daño moral y la reforma civil de 1968", en *El Derecho*, t. 66, pp. 165 y sgts. N° VII.

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 sufrida⁸⁰. Un autor ha propuesto reservar el término resarcir para la indemnización del daño patrimonial y reparar para la del daño no patrimonial, para insistir en la función de desagravio que cumple aquí, brindándole la posibilidad de que mediante el dinero recibido pueda tener otras actividades que mitiguen el daño experimentado⁸¹. Otro ha graficado el rol de la indemnización diciendo que se va "del precio del dolor al precio del consuelo"⁸². Aunque de un modo un tanto rudo, una sentencia del Tribunal Supremo español ha dicho que "el dinero no puede aquí cumplir su función de equivalencia como en materia de reparación del daño material... pero gracias a él puede la víctima del perjuicio moral, según sus gustos y temperamento procurarse sensaciones agradables que vendrán a compensar las dolorosas o desagradables"⁸³. Se trata de una reparación y no de un resarcimiento⁸⁴ y se pretende dar a la víctima, como ha dicho la Corte de Casación italiana "una utilidad sustitutiva que lo compense, en cuanto sea posible del sufrimiento moral y psíquico sufrida por ella"⁸⁵. Y, como dicen dos eminentes autores, "es bien evidente que, para cumplir verdaderamente esta función, la indemnización debe ser reclamada y obtenida por la víctima misma. Si lo es por sus herederos, ella no aporta ningún alivio a los sufrimientos experimentados y no da ninguna satisfacción moral a quien los ha sufrido. Su solo efecto sería permitir a los sucesores hacer dinero de un sufrimiento que no es el suyo y de la que su autor tal vez no habría querido él mismo demandar reparación, lo que parece particularmente antipático, sino francamente inmoral"⁸⁶. Y semejantes términos son comunes en la doctrina precisamente para negar la transmisibilidad, desde que entonces, la reparación no cumpliría ningún rol resarcitorio, por no decir, pura y simplemente, ningún rol que no sea un enriquecimiento sin justificación⁸⁷. ¿Por qué habrían de recoger los herederos una suma de dinero para compensar con ella daños sufridos por el causante y que afectaban a la esfera personalísima suya? ¿Qué se compensaría con esa suma de dinero? ¿De qué modo esa suma mitigaría el daño causado a quien ya no está en el mundo de los vivos? La respuesta a esas y

⁸⁰ Aunque la controversia sobre la reparación del daño moral ya está superada, no dejan de subsistir siempre las críticas al cambio de dolor o aflicción por dinero. De ahí que LE TOURNEAU y CADIET, ob. cit. N° 1553, recuerden con una cierta ironía, las palabras de La Bruyère: A veces basta una bella casa que se hereda, un buen caballo o un hermoso perro de los que se llega a ser el amo, para dulcificar un gran dolor y para hacer sentir menos una pérdida".

⁸¹ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, Protección jurídica de la persona, N° 40, p. 185, Lima s/f.

⁸² IRIBARNE, Héctor Pedro, De la conceptualización del daño moral como lesión a derechos extrapatrimoniales de la víctima a la mitigación de sus penurias concretas en el ámbito de la responsabilidad civil, en Responsabilidad, homenaje al profesor Dr. Isidoro Goldenberg, p. 382, Buenos Aires 1995.

⁸³ Sentencia de 7 de febrero 1962, R.A. J. 672.

⁸⁴ Así, A. RAVAZZONI, *La riparazione del danno non patrimoniale*, p. 146 (Milán 1962) y fue la tesis propuesta hace ya tiempo por SCOGNAMIGLIO, en *Danno morale* (Torino 1960). Adde. F. BUSNELLI, que trata de la "exigencia de distinguir entre el resarcimiento del daño patrimonial y el resarcimiento del daño no patrimonial", en *Il danno biologico*, p. 117 (Torino 2001).

⁸⁵ CASS. 6 de octubre 1994, N° 8177.

⁸⁶ VINEY G. y JOURDAIN, P., *Les effets de la responsabilité*, N° 171.

⁸⁷ STARCK, B., ROLAND H. y BOYER, L., ob. cit. N° 175

otras interrogantes es que la indemnización no cumple ninguna función reparatoria, porque si el interés afectado era personalísimo, solo su titular puede ser compensado y la suma pagada a un tercero, por heredero suyo que sea, no permite adquirir —que esa es la función del dinero— ninguna ventaja mitigadora. Es, para el heredero, solo una fuente de ganancia, sin función compensadora, es decir, una ventaja sin causa. La reparación entregada a quien no ha sufrido el daño no cumpliría función alguna, como no sea la de un enriquecimiento bienvenido para quien la recibe; pero sin justificación.

5. CONCLUSIÓN

Sea que se trate del daño moral sufrido en vida por el causante; pero que no accionó para su reparación, sea que se trate del daño sufrido por el hecho mismo de la muerte (si se acepta que hay allí daño), la transmisibilidad de la acción reparatoria por daño no patrimonial a sus herederos no tiene fundamentos serios. Las distinciones que se han propuesto sobre ella y las disquisiciones jurídicas sobre si existe o no muerte instantánea, sobre si la muerte causa o no un daño en su sentido jurídico, no tienen relevancia para ello, puesto que cualquiera sea la respuesta que se dé a los interrogantes que han surgido, siempre existen dos obstáculos para admitir justificadamente la transmisibilidad: el fundamento personalísimo del daño a reparar y la finalidad perseguida con la indemnización que no se avienen con un ejercicio de la acción por quienes no han sufrido el daño. 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. Bajo el pretexto, supuestamente elevado, de la protección de la persona y de su dignidad, se amparan así funciones de la mercantilización del sistema de responsabilidad que, no por el hecho de ser comunes en otros derechos, han de recoger recepción en el nuestro. 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. Por lo demás incluso en países desarrollados, tal mercantilidad no es general. El reciente Código Civil holandés puesto en vigencia en 1992, prescribe en su art. 106 (Libro VI) prescribe que "El derecho a reparación previsto en el párrafo precedente es intransmisible e inembargable, a menos que haya sido establecido por contrato o que sea objeto de una acción judicial" y ello, referido a aquellos casos en que se admite la reparación del daño no patrimonial. Es decir, la acción es, en principio intransmisible, a menos de haber sido ya puesta en movimiento por su titular. Y un conocido autor francés ha podido resumir la cuestión de una forma que no puede sino compartirse: "se desnaturaliza la noción de daño moral y se desvía la reparación de su fin admitiendo la transmisión sucesoral del crédito de reparación"⁸⁸. Si nuestra jurisprudencia admitiese en forma generalizada la transmisibilidad de la acción por daño moral, no haría sino repetir aquí la experiencia de sistemas de responsabilidad civil que no cumplen ninguna

⁸⁸ CADIET, L., ob. cit. N° 392.

función atributiva de deberes reparatorios, sino solo el de justificar, bajo la idea de responsabilidad civil, simples trasposos económicos desde quienes se supone detentar mayor fortuna a quienes la tendrían en menor entidad, o desde fondos de seguros hasta individuos, en la creencia que, en esos casos, no se afecta sino a la compañía de seguros.

Fecha de recepción: 12 de noviembre de 2004
Fecha de aceptación: 13 de diciembre de 2004
