

# OTRA VEZ EL DAÑO: CRITERIOS DE DETERMINACIÓN DEL DAÑO EN CHILE Y SU ENTENDIMIENTO EN LA JURISPRUDENCIA\*

## ONCE AGAIN, THE DAMAGE: CRITERIA FOR DETERMINING DAMAGE IN CHILE AND THEIR UNDERSTANDING IN JURISPRUDENCE

Fuentes-López, Constanza I.\*\*

### RESUMEN

Resulta indiscutido que el daño es el elemento central de la responsabilidad civil. Así, este artículo muestra la forma en que la legislación ha optado por no definirlo mientras que la doctrina chilena ha pasado por alto su problematización, prefiriendo abordar su ámbito práctico, clasificándolo, caracterizándolo y luego reflexionando en torno a sus formas de cuantificarlo en dinero. Pero desde la óptica de la filosofía del derecho y la justicia correctiva, resulta relevante evidenciar esta paradoja de que el principal elemento de la responsabilidad civil sea infraproblematizado y, por su parte, dotarlo de más contenido gracias a las teorías comparativistas o no comparativistas abordadas por la doctrina comparada, para con ello examinar la necesidad de un concepto unívoco del daño, ante el surgimiento de nuevos tipos. Finalmente, se intentará ilustrar cómo estas herramientas podrían mejorar la práctica tanto de litigantes como el propio razonamiento judicial al incluir mayor claridad a su motivación.

---

\* Agradezco el privilegio de haber contado con Esteban Pereira Fredes como profesor guía en la elaboración de este trabajo, que fue desarrollado al alero del Magister de Derecho de Daños dictado por la Universidad Adolfo Ibáñez.

\*\* Abogada, Universidad de Chile. Magíster en Derecho de Daños, Universidad Adolfo Ibáñez. Dirección postal: Hamburgo, 920, Ñuñoa, Región Metropolitana. Correo electrónico: conifuentes20@gmail.com

Recepción: 2023-07-14. Aceptación: 2023-10-11.

PALABRAS CLAVE: responsabilidad civil; derecho de daños; daño; justicia correctiva; justificación de las sentencias

#### ABSTRACT

It is undisputed that harm is the essential element of tort law. Based on this premise, this paper is built showing that the legislature has opted to not define what is harm, while the Chilean literature has not problematized this concept, preferring to build characteristics, or distinguish between different sorts of harms, and then ways to quantify the harm in a pecuniary manner.

But from the philosophy of law and the function of corrective justice, it is necessary to show this paradox that is the main element of tort law is *infra* problematized to fill it with content, using comparativist and non-comparativist theories, which have been examined in foreign literature to problematize the need of a unique concept of harm nowadays. The goal is to show that litigators and judges will have better tools to confront the harm, specially to address the requirement of motivation that any ruling needs.

10 KEYWORDS: tort law; harm; corrective justice; motivation of judgements

#### INTRODUCCIÓN

Cuando hablamos de la responsabilidad civil en Latinoamérica o en el derecho comparado suele acudir a la expresión “derecho de daños”. Esto tiene una explicación muy clara y, en ningún caso, resultan denominaciones excluyentes. Desde el primer momento en que estudiantes comienzan a cursar la carrera de derecho e ingresan a sus cátedras de derecho civil, les dirán que el curso más interesante será el de responsabilidad civil, lo segundo que les dirán es que *no hay responsabilidad sin daño*. De ahí el carácter protagónico que tiene el daño y, por ende, denominarle “derecho de daños”<sup>1</sup> es ir directo al grano y se trata de capturar el elemento distintivo de esta práctica social.

En ese sentido, al encontrarnos con el cimiento de un instituto como la responsabilidad civil, lo lógico sería darle ese lugar primordial en nuestro estudio. Sin embargo, hay momentos en los que pareciera ser más rele-

---

<sup>1</sup> CORRAL (2011), p. 25: “No es inusual que quienes prefieran esta expresión aboguen por un tratamiento conjunto de la responsabilidad contractual y extracontractual en cuanto ambas serían igualmente fuente de daños”.

vante concentrarnos en el factor de imputación (ya sea la culpa, dolo o riesgo) o, bien, en el vínculo de causalidad, antes que en el daño.

La postura que se mostrará en este artículo es que no basta con una mera enunciación del concepto de daño al momento de fallar casos de responsabilidad civil, ni tampoco resultará suficiente ilustrar la clasificación acerca de los tipos de daño que existen en nuestro sistema jurídico, sino que se intentará responder a la siguiente pregunta: ¿qué ocurriría si pudiéramos incorporar los criterios sobre los que se erige el concepto mismo de daño? Y, en particular, si pudiéramos fijar criterios para su determinación, podríamos pasar a la segunda hipótesis, que es, cuestionar la necesidad de un concepto unívoco del daño. Con aquella hipótesis en mente, es importante indicar que la metodología a utilizar será eminentemente dogmática y con aportes jurisprudenciales cuando sea pertinente.

Para estos efectos, el plan de trabajo se divide en cuatro secciones, partiendo con indicar cuál es el estado de la discusión en la legislación y doctrina (chilena) luego ahondar ciertos aspectos de la filosofía del derecho que hayan abordado el daño como objeto de estudio. Para avanzar hacia un apartado más práctico dando cuenta de la jurisprudencia y cómo se ha razonado comúnmente al momento de resolver causas de responsabilidad civil. A continuación, se mostrará un capítulo que aborda preguntas desde la metafísica del daño para dar cuenta de teorías que han estudiado qué significa sufrir un daño o cuándo entenderemos que hay un daño. Para, finalmente, mostrar las ventajas que pudiera tener, concentrarnos en el protagonismo del daño, tanto en la jurisprudencia como en nuestra doctrina y práctica jurídica, sin dejar que estas palabras queden como letra muerta.

11

## I. EL DAÑO COMO UN CONCEPTO

### 1. Según la legislación

Dado que este artículo se enmarcará esencialmente en el derecho chileno, lo que corresponde es partir con la legislación. Así, vale la pena comenzar el análisis con lo planteado por Andrés Bello en nuestro decimonónico *Código Civil*. En efecto, en el título xxxv dedicado a la llamada responsabilidad aquiliana o responsabilidad extracontractual<sup>2</sup>, el codificador instauró su artículo 2314 sin brindar una definición del daño, sino que con un esquema que podría dar cuenta de los elementos de la responsabilidad. Dicho artículo establece:

---

<sup>2</sup> Título xxxv: De los delitos y cuasidelitos, del libro iv del *Código Civil* chileno.

“El que ha cometido un delito o cuasidelito que *ha inferido daño a otro*, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”<sup>3</sup> [énfasis agregado].

Como podemos notar, es posible identificar que en el esquema de responsabilidad civil será necesario que exista una acción cometida por alguien (que en este caso será un delito o cuasidelito), demostrando con esto último el factor de imputación, pues será cuasidelito aquel cometido con culpa y delito aquel cometido con dolo, y que exista un vínculo causal entre aquella acción y el daño provocado, por indicar este artículo la vocación “ha inferido”.

Luego, dentro de este articulado también encontramos el inciso primero del artículo 2329, que indica: “Por regla general *todo daño* que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta”. Aquí queda mucho más claro el esquema de responsabilidad que hemos mostrado, pero de nuevo, no hay una definición del concepto. La obligación de reparación está construida a la luz del daño causado y, por ello, la indemnización debe cubrir precisamente todo el daño que ha sufrido la víctima.

En todo caso, es común que los legisladores decimonónicos no definieran qué es el daño, obsérvese, por ejemplo, el *Código Civil* ecuatoriano<sup>4</sup> o colombiano<sup>5</sup>. Sin embargo, el moderno *Código Civil y Comercial de la Nación* de Argentina nos ilustra en su sección cuarta del capítulo “Otras fuentes de obligaciones” con un artículo del concepto de daño, a saber:

“Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio o un derecho de incidencia colectiva”<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> En lo sucesivo, los énfasis han sido agregados.

<sup>4</sup> Artículo 2214 del *Código Civil* de Ecuador: “El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”.

<sup>5</sup> Artículo 2341 del *Código Civil* de Colombia: “El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”.

<sup>6</sup> Artículo 1737 del *Código Civil y Comercial de la Nación* de Argentina, año 2015. Adicionalmente, podemos citar los artículos de la sección II del *Código Civil* uruguayo que en su artículo 1319 indica: “Todo hecho ilícito del hombre que causa a otro un daño, impone a aquel por cuyo dolo, culpa o negligencia ha sucedido, la obligación de repararlo. Cuando el hecho ilícito se ha cumplido con dolo esto es, con intención de dañar constituye un delito; cuando falta esa intención de dañar, el hecho ilícito constituye un cuasidelito. En uno y otro caso, el hecho ilícito puede ser negativo o positivo, según que el deber infringido consista en hacer o no hacer”. Por otro lado, el artículo 1323 indica: “El daño comprende no solo el mal directa-

Precisamente, este concepto puede ser tomado como un punto de partida para el objetivo de este artículo; en todo caso, la misión será avanzar más allá del concepto. En ese orden de ideas, debemos revisar lo que ha sostenido la doctrina chilena al respecto.

## 2. Doctrina chilena contemporánea

En este acápite se buscará plasmar lo que algunos autores han analizado respecto al daño, sus requisitos o características. Dada la extensión de este artículo serán revisados de forma breve sin aspiraciones de exhaustividad y, en lo posible, de manera cronológica.

En primer lugar, cabe partir por la definición que entregó Arturo Alessandri<sup>7</sup>, quien lo entiende de forma amplia. Es más, pareciera ser lo suficientemente amplia como para incluir la afectación a derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, como también a intereses. También se hace una diferenciación en tanto reconoce afectaciones a beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales, englobando, por ende, al famoso daño moral<sup>8</sup>.

Avanzando, encontramos a Ramón Domínguez Águila, quien el año 1990 sostuvo que el daño era el elemento esencial de la responsabilidad civil, pues lo que se busca con ella es su reparación. Al mismo tiempo, para él, sería el *presupuesto común* de los órdenes de responsabilidad civil, no solo de la responsabilidad extracontractual, apareciendo al centro de ella, sin que la responsabilidad tenga sentido sin él<sup>9</sup>. Adicionalmente, criticó el con-

---

mente causado, sino también la privación de ganancia que fuere consecuencia inmediata del hecho ilícito”.

<sup>7</sup> “Daño es todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creencias, etc. El daño supone la destrucción o disminución, por insignificante que sea, de las ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo”. ALESSANDRI (1943), p. 210. Llama la atención que al buscar en el *Diccionario de lengua española* la palabra ‘daño’ es definido como “efecto de dañar”, luego, al buscar dañar, se señala: causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia.

<sup>8</sup> Véase al efecto el siguiente considerando de una sentencia en la que además de citar a Arturo Alessandri Rodríguez se indica: “Que para resolver la controversia que en este caso gira en torno a determinar si el hecho ilícito establecido ha tenido la virtud jurídica de causar el daño que reclama el actor, ha de tenerse en consideración que todo daño, incluso el daño moral debe ser probado por quien lo reclama, puesto que en materia de responsabilidad civil el daño constituye un presupuesto para que ella se genere, de manera que si este falta no hay responsabilidad. Por ello es que quien se asile en tal normativa, necesariamente debe acreditar todos y cada uno de sus supuestos”. CORTE SUPREMA (2016a), rol n.º 14331-2016.

<sup>9</sup> DOMÍNGUEZ (1990), pp. 125-127: “Sin adentrarnos aquí en el concepto mismo de daño, que sigue siendo debatido, entendemos que, en un sentido muy general, equivale a menoscabo, disminución, detrimento”.

cepto que habría aportado Arturo Alessandri<sup>10</sup>, señalando que una definición de semejante amplitud era lo mismo que entregar a los jueces una herramienta excesivamente flexible/generosa/maleable/discrecional para indicar cuándo hay o no daño y, por cierto, que la idea de situación jurídica afectada, con la alteración o privación de un interés lícito y cierto, otorgaba más certeza<sup>11</sup>.

Del mismo modo, trató, en un comentario de jurisprudencia, el problema de la existencia del daño como condición de la acción de responsabilidad. Allí formuló una crítica sobre una sentencia de la Corte de Apelaciones de Iquique, que habría revocado la sentencia de primera instancia que concedió indemnización por daño moral, rechazándolo, pero confirmando en lo demás la sentencia del juez *a quo*. El problema es que la sentencia de primera instancia no consignaba las consideraciones que le permitieron dar por establecida la existencia de perjuicios reparables de responsabilidad de la empresa demandada<sup>12</sup>. Así, indica:

14

“el daño es un elemento de la acción, es evidente que el demandante deberá en su demanda precisar el daño causado y por el que demanda reparación [...] por ello la sentencia que acoge una acción resarcitoria *debe no solamente fijar la suma que ordena pagar a título de reparación, sino además y en especial, contener las consideraciones sobre la naturaleza y especie del daño* mandado a reparar, como también sobre los elementos de prueba que permiten darlos por acreditados”<sup>13</sup>.

En dicho comentario, no solo afirmó el carácter esencial del daño, sino que lo vinculó a la práctica, dando cuenta que una acción de indemnización de perjuicios que tenga por objetivo reparar el daño causado de un ilícito civil, no tendrá sentido si no se acredita este elemento de la responsabilidad, y que, por su parte, la sentencia que acoja dicha demanda deberá dar cuenta de los criterios que se utilizaron para su determinación.

Pareciera, entonces, que en la demanda que reclama la reparación por parte del agente dañador también debiera existir una explicitación de los elementos que sirvan para determinar el referido daño cuya reparación se persigue. De ahí que pesaría sobre el actor la carga procesal de no solo indicar que ha sufrido un daño por un monto determinado, sino que señalar la forma en que esto constituye un daño. Aquí se muestra uno de los ob-

<sup>10</sup> DOMÍNGUEZ (2000), p. 331.

<sup>11</sup> *Ibid.*

<sup>12</sup> CORTE SUPREMA (2004), rol 534-2003, considerando 4.º. Cabe destacar que la Corte Suprema rechazó la demanda en todas sus partes, luego de constatar que no se habría probado la existencia del daño alegado.

<sup>13</sup> DOMÍNGUEZ (2003), pp. 168-169.

jetivos de este artículo, pues parte de la aspiración es que pudiera ofrecer alternativas a los litigantes para enmarcar sus solicitudes de reparación del daño sobre la base de teorías o principios concretos, sin saltarse de esa etapa lógica a la sola cuantificación. En este sentido, se busca cortar la brecha que media entre la relevancia del daño y la explicitación de criterios para su determinación en la práctica judicial.

Pues bien, si avanzamos en la doctrina chilena, debemos mencionar que José Luis Diez Schwerter, comprende el daño como:

“ Toda lesión, menoscabo o detrimento a simples intereses de la víctima, entendiéndose por interés, todo lo que es útil, cualquier cosa, aunque no sea pecuniariamente valuable, con tal que sea un bien para el sujeto, satisfaga una necesidad, cause una felicidad y rechace un dolor”<sup>14</sup>.

En todo caso, en su texto no solo estudia dicho concepto, sino que, también, entiende al daño como un *elemento* de la responsabilidad civil extracontractual, pues es necesario tener algo que reparar. Asimismo, lo concibe como un *presupuesto* de la responsabilidad civil, dado que, al decir de su jurisprudencia citada, un hecho ilícito solo es fuente de responsabilidad cuando haya ocasionado un daño. Al terminar, señala que la acción por medio de la que se reclaman perjuicios está condicionada a que estos efectivamente se produzcan y, por ende, el daño es una *condición* de la acción de perjuicios<sup>15</sup>.

Por su parte, el año 2006, Cristián Aedo Barrena, definió el daño en su variante normativa de la siguiente forma:

“ consiste en un hecho jurídico que designa la lesión, menoscabo, detrimento, pérdida o perjuicio que experimenta la víctima en alguno de los intereses jurídicos, sean estos patrimoniales o extrapatrimoniales”<sup>16</sup>.

En su libro, también indica que este asunto no se ha discutido con profundidad en nuestro país<sup>17</sup>, y que el daño es la lesión a intereses jurídicamente tutelados, sin incluir un menoscabo a los derechos subjetivos, pues de aceptarse que solo se incluyeran estos últimos podría ocurrir que ciertos intereses quedaran sin protección y porque lo que en realidad se menoscaba o está sujeto a reparación es el interés jurídico o contenido del derecho<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> DIEZ (2002), p. 25.

<sup>15</sup> *Op. cit.*, pp. 26-28.

<sup>16</sup> AEDO (2006), p. 352.

<sup>17</sup> *Op. cit.*, p. 328.

<sup>18</sup> *Op. cit.*, p. 347.

Corresponde ahora revisar a uno de los autores más citados en el ámbito latinoamericano y que ha servido para el estudio de estudiantes, abogados y jueces del país. Enrique Barros Bourie, quien destacó en su tratado la definición tomada por Arturo Alessandri, que tendría una influencia del concepto de las *Siete Partidas*: “todo detrimento, perjuicio o menoscabo que se recibe por culpa de otro en la hacienda o la persona”. Sin embargo, hay dos cuestiones que interesan de su análisis, y es que diferencia el daño en sentido *naturalístico* de aquel en sentido *jurídico*, entendiendo que el primero puede comprender meras molestias, mientras que el daño en sentido jurídico debe involucrar el vínculo entre la lesión a un interés con aquella expresión de la situación de hecho<sup>19</sup>.

Así, destaca que existe un riesgo al poseer una definición amplia del daño:

“[...] el ordenamiento tiene que definir los límites entre las turbaciones a intereses que son daños *en sentido jurídico* y las que forman parte de los costos que debemos asumir por vivir en sociedad. En nuestra tradición jurídica, se ha entendido que el interés debe ser *legítimo* para que sea digno de reparación. La doctrina agrega el requisito de que el interés lesionado sea *significativo*”<sup>20</sup>.

16

Estos puntos parecen de vital importancia antes de continuar revisando la doctrina chilena, debido a que no todo daño que ocurre en la vida de una persona necesariamente debe ser un perjuicio resarcible ni tampoco acarrea que el esquema de responsabilidad civil se ponga en movimiento. Por ejemplo, se menciona que un requisito clave para que la víctima pueda atribuirle responsabilidad a su agente dañador<sup>21</sup>, es que haya sido en virtud de la culpa o dolo de dicho agente que le ha causado un daño. En esos términos, la víctima que se causa un daño a sí misma, no podría trasladar la responsabilidad de su reparación a otra persona<sup>22</sup>.

Así las cosas, además de dejar aquello establecido, es importante diferenciar, como indica Enrique Barros, que ciertos daños no son significativos, ni tutelados por el ordenamiento jurídico, en tanto que, para su justa reparación, sería requisito que se trate de un interés legítimo de la víctima que se haya vulnerado. Tal sería el caso de que, por ejemplo, una persona apostare mucho dinero en una apuesta clandestina y que luego pretendiera reclamar

<sup>19</sup> BARROS (2018), pp. 219-222.

<sup>20</sup> *Ibid.*

<sup>21</sup> Por regla general, la pérdida de un accidente debe quedar donde caiga, según el principio de Holmes. Citado por PEREIRA (2022), p. 237.

<sup>22</sup> BAHAMONDES y PIZARRO (2012), pp. 39-52.

sus daños producidos en sede civil<sup>23</sup>. Dicho de otra manera, se requiere una legitimidad en los intereses que se pretenden cautelar, para atribuir la debida indemnización<sup>24</sup>. En palabras de Cristián Aedo: “el juez deberá examinar si el ordenamiento jurídico consagra o protege el interés alegado por la víctima”<sup>25</sup>.

Finalmente, respecto a la significancia del daño se ha sostenido que requiere superar un estándar de anormalidad para ser catalogado como indemnizable. Esto tiene relación con los costos que debemos asumir por vivir en sociedad<sup>26</sup>. Por ejemplo, el hecho de que en determinadas comunas del país se produzcan incendios forestales, y que, por ello, miles de ciudadanos deban mantenerse con mascarilla o cerrando sus ventanas para evitar respirar el aire contaminado con humo, no resulta un daño significativo que pudieran alegar las personas. Incluso, si se determina que el incendio hubiere sido provocado, sería difícil indemnizar a todas esas personas por tan solo cerrar sus ventanas o usar mascarillas.

Pues bien, la diferenciación entre un daño en el sentido natural con aquel en sentido jurídico resulta fundamental para este estudio. Debido a que por más que la doctrina haya adoptado una mirada dirigida y concentrada hacia el daño jurídico, que, sin duda, será aquel susceptible o no de reparación, también parece relevante no olvidarnos del daño a secas. Puede que, con aquella consideración sobre la mesa, sea menos difícil enfrentarnos a la búsqueda de los criterios de determinación del daño.

Si continuamos con el análisis de la doctrina chilena, debemos citar a Hernán Corral Talciani, quien se ha concentrado más bien en cuál es el daño resarcible, dando cuenta que en un comienzo se consideró que solo aquel menoscabo a un derecho subjetivo podía ser resarcible, pero que desde Arturo Alessandri bastaría un interés legítimo para que se genere un daño indemnizable<sup>27</sup>. En todo caso, Hernán Corral indica que, desde su modo de ver, el daño requiere ser cierto, directo, previsible, subsistente y significativo.

Hasta aquí, es posible notar que la necesidad de encuadrar qué es el daño propiamente tal, pareciera haber sido resistida por la doctrina, abocándose con mayor facilidad a definir y conceptualizar las características o requisitos que serán necesarios para que este daño sea indemnizable<sup>28</sup>. Por ello, es

---

<sup>23</sup> Véase el artículo 1466 del *Código Civil*. También la CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN (2008), rol n.º 360-2005 indicó: “para que exista, además, un daño reparable éste debe provenir de la lesión a una situación lícita, el interés invocado como lesionado ha de ser lícito”.

<sup>24</sup> BARROS (2018), p. 225.

<sup>25</sup> AEDO (2006), p. 357.

<sup>26</sup> CORTE SUPREMA (2014), rol de ingreso n.º 11857-2014.

<sup>27</sup> CORRAL (2011), p. 139.

<sup>28</sup> DOMÍNGUEZ (2000), p. 330.

que con este artículo buscamos indagar otros criterios a la luz de este indispensable elemento de la responsabilidad.

Adelantaba parte de este trabajo Claudia Mejías Alonzo<sup>29</sup>, quien, además de reconocer el carácter del daño como un presupuesto indiscutido, constata que el desarrollo doctrinal de este elemento pareciera limitado, concentrándose, más bien, en su extensión<sup>30</sup>. Así, ella reconoce como exigencias para que el daño sea indemnizable:

- i) la lesión a un interés legítimo (lo que para la autora resulta una expresión muy amplia y difusa, requiriéndose la concurrencia de las demás exigencias);
- ii) Su certidumbre (aceptándose la posibilidad de que daños futuros sean considerados ciertos al igual que los actuales).

Por último, entiende que la gravedad de la noción del daño será aquello determinante para distinguir entre uno naturalístico de otro en sentido jurídico.

Conforme a los autores revisados, es posible sostener que el concepto del daño que ha persistido utilizándose corresponde a la definición que concedió Arturo Alessandri hace más de cincuenta años. Esto es relevante porque varios de los autores estudiados han expresado que el daño jurídico, al constituir un concepto que requiere calificación, va mutando en el tiempo conforme evolucionan las sociedades modernas.

18

Entonces, también podríamos preguntarnos si aquella definición (que no está ajena de cuestionamientos) resiste las problemáticas actuales o si ha dado cabida para los que se han denominado “nuevos daños”. O tal vez más allá de un concepto, podríamos cuestionar si se requiere definir de forma unívoca al daño, frente a esta multiplicidad que se ha ido creando.

En efecto, pareciera que la discusión acerca de qué es el daño, no debe circunscribirse a los requisitos o exigencias que este tiene dentro de la responsabilidad civil (requisitos que ciertamente son necesarios), pero llama la atención, al menos, esta ambivalencia entre todos los autores que hemos revisado, respecto a otorgarle al daño un carácter imprescindible, y por otro lado, evitar conceptualizarlo más allá de hacer presentes las consideraciones acerca de la lesión a un interés, o sus características como que sea un interés legítimo y que este tipo de lesión sea significativa, cierta y que sea sufrida como consecuencia del actuar de otra persona. Dicha ambivalencia puede afectar el modo en que comprendemos la práctica del derecho de daños, así como generar distorsiones en las decisiones judiciales que se pronuncian acerca de la responsabilidad civil.

Así las cosas, pretendo analizar si aspectos de la filosofía moral pueden entregarnos más aristas para dotar de contenido este fundamental elemen-

<sup>29</sup> MEJÍAS (2019), pp. 389-342.

<sup>30</sup> *Op. cit.*, p. 390.

to de la responsabilidad civil, no por nada, el propio codificador y varios de los autores que hemos revisado, se sitúan dentro de parámetros liberales o también con influencia del derecho romano, por lo que tal vez dentro de aquellas fuentes podremos avanzar en el propósito central. El ideario que informó el pensamiento de Andrés Bello puede ofrecer algunas pistas interpretativas.

### 3. Desde la filosofía del derecho

Para comenzar a dilucidar esta paradoja respecto a haber apartado nuestro foco de atención del elemento central de la responsabilidad civil, hace sentido abordar la relación que existe entre *qué* puede ser considerado daño desde la filosofía moral y del derecho y, por otra parte, *cómo* el daño ha sido también una consideración relevante dentro de las funciones que se le atribuyen a la responsabilidad civil. En particular, a la que se conoce como su principal finalidad, que es la justicia correctiva.

Ya en el siglo XIX existieron filósofos que se concentraron en la búsqueda de respuestas referidas a la felicidad y libertad de las personas. Uno de ellos, creador del utilitarismo, Jeremy Bentham<sup>31</sup> planteó que nos guiamos por aquellas cosas que nos dan satisfacción y minimizan el dolor, por lo que, en el intento por maximizar el bienestar de las personas, los legisladores tendrían que priorizar lo que les otorgare mayor beneficio a las mayorías. Esto es relevante, debido a que la idea de sufrir un daño, como hemos visto *supra*, Arturo Alessandri la vinculaba a un menoscabo, sufrir un dolor, o molestia, entre otros, por lo que la idea de minimizar el dolor también importa para este análisis<sup>32</sup>.

El sucesor de Jeremy Bentham sería John Stuart Mill, quien en 1859 escribió su libro *On Liberty* en el que indicaría que, como principio, todas las personas son libres de hacer todo lo que se propongan, mientras no dañen a los demás. En particular, también sostiene que el Estado no debe interferir en la libertad de las personas, salvo cuando con su libertad afecten a los demás<sup>33</sup>. En ese sentido la autonomía de cada persona debe ser limitada si con ello se evitará la causación de un daño.

Ahora, respecto a *qué* debe entenderse por daño, Ronald Dworkin inicia su capítulo titulado “el daño” con casos que puedan mostrar los aspectos de moralidad que impregnan a la responsabilidad. El primero de ellos: dos mochileros se encuentran con una serpiente de cascabel, la que los muerde,

<sup>31</sup> SANDEL (2009), pp. 34-48.

<sup>32</sup> No por nada José Luis Diez Schwerter incluyó en su definición del daño “satisfaga una necesidad, cause una felicidad y rechace un dolor”.

<sup>33</sup> SANDEL (2009), p. 49.

pero estos hallan un antídoto que permitiría que uno viviera, y así uno de ellos lo toma y lo bebe antes que su compañero. La segunda hipótesis: estando los mismos senderistas, uno de ellos posee un arma y decide dispararle al otro –provocándole la muerte– para lograr quedarse con el antídoto<sup>34</sup>. Ahora bien, para ilustrar que el primero de los casos nos parezca menos despreciable que el segundo, señala Ronald Dworkin que, según el principio de Immanuel Kant, debemos reconocerle una dignidad y respeto a la vida de las otras personas<sup>35</sup>. Por lo que, si bien no en todos los casos existe un deber de ayudar al otro, sí existe un derecho de toda persona a exigir que no lo maten, respetando su derecho a la vida.

En lo que aquí interesa, Ronald Dworkin diferencia entre el daño generado de la mera competencia, en contraste con el deliberado. También da cuenta que existen daños que, no siendo intencionales, igualmente no se producen en el contexto de la competencia y que pudieran requerir reparación, por lo que sostiene un principio del juez Learned Hand para ilustrar el debido cuidado necesario para no dañar a otros:

“el estándar jurídico del cuidado debido tendría que depender de lo que es equitativo esperar que haga la gente para evitar el riesgo de dañar a otros, y lo que es equitativo depende de la magnitud del daño que se arriesga y lo probable o improbable que este es”<sup>36</sup>.

20

Por cierto, en el capítulo de su libro destinado a “la ayuda” se plantea cómo puede medirse el nivel de amenaza que puede vivir un extraño, e indica que debe rechazarse una medición comparativa estricta, respecto a que exista un deber de ayudar a una persona que está en una situación peor a la nuestra<sup>37</sup>. Esto resulta relevante para identificar criterios del daño, pues, a veces, de forma mecánica o imperceptible, comparamos una situación con otra de un tiempo posterior, para juzgar si se ha producido o no un daño. En ese sentido, vemos aquí el criterio comparativo que profundizaremos más adelante, para dar cuenta de las directivas de determinación del daño.

Por su parte, Jules Coleman, bajo un enfoque que toma en cuenta el análisis económico del derecho y, a su vez, parámetros morales, sostuvo que era decisivo comprender la justicia correctiva como aquella que impone a un agente específico que es responsable del daño causado, una razón para actuar “reparando” a quien ha sido la víctima. Señalando, asimismo, que aquello no resulta suficiente y, por ello, es menester distinguir qué sig-

---

<sup>34</sup> SANDEL (2009), p. 350.

<sup>35</sup> *Op. cit.*, p. 352.

<sup>36</sup> *Op. cit.*, p. 357.

<sup>37</sup> *Op. cit.*, p. 338.

nifica una pérdida, debido a que, según su parecer, existe una diferencia entre ser dañado y no ser beneficiado por la acción de otros. Debiendo distinguirse también cuándo una pérdida es injusta.

Antes de continuar, parece relevante detenernos sobre este punto aportado por Jules Coleman, pues gracias a la lógica de diferenciar entre “ser dañado” –donde involuntaria o casi automáticamente, nos imaginamos en un caso de daño físico o material respecto de alguien o de algo– y “no ser beneficiado” podríamos utilizar el clásico ejemplo de la pérdida de la oportunidad de haber ganado la lotería, en aquel caso, pareciera que en concreto la persona se mantiene en las mismas condiciones que estaba (no aumentó su patrimonio al no ganar), pero no ha sido beneficiado por la acción de otros.

Siguiendo a Jules Coleman, tres son los puntos clave de la justicia correctiva, la *agencia* (en el sentido de autonomía y capacidad de obrar libremente), la *rectificación* y *correlatividad*. Respecto al segundo elemento, parece importante mostrar que Jules Coleman ha sostenido que lo rectificable es una pérdida injusta y no solo “el injusto” como sostendría Ernest Weinrib. Para Jules Coleman la importancia de destacar la noción de pérdida reside en que con ello se constata la disminución del bienestar<sup>38</sup>. Finalmente, sostiene que la relación de correlatividad queda evidenciada por la intrínseca relación entre el agente dañador, que es responsable de la pérdida injusta generada a la víctima y esta última. De ahí que no puede reclamarle esta acción a cualquier persona, sino que a aquella que produjo ese daño.

21

En todo caso, Ernest Weinrib, al analizar la justicia correctiva desde la estructura que habría formulado Aristóteles 2500 años a.C., sostiene que este elemento de rectificación que se indicó en el párrafo precedente tiene relación con una corrección de la injusticia generada, donde se asume que el demandante ganará algo que tendrá que perder el demandado, pues solo de esa manera se puede deshacer aquel acto de injusticia anterior<sup>39</sup>.

En esos términos, podemos vislumbrar que la propia lógica detrás de la justicia correctiva importa identificar qué es lo que pretendemos rectificar, y gracias a los aportes del propio Aristóteles que buscaba alcanzar un “equilibrio” entre las partes, se comprende que nuestra vida puede ser compatibilizada con la de los demás, sin producirles daño alguno, pero aquello supondrá reconocer una responsabilidad paralela en otros. Esto último da pie para comprender mejor la justicia correctiva debido a que esta se erige a partir de la igualdad de las personas, dado que solo en un plano donde todas las personas somos iguales, podemos exigir una reparación o respuesta de quien nos ha hecho algo o nos ha faltado el respeto. Precisamente, en las sociedades donde se postula que todas las personas son libres e igua-

---

<sup>38</sup> COLEMAN (1997), pp. 66-67.

<sup>39</sup> WEINRIB (1995), p. 65.

les, se puede partir de una base de respeto recíproco<sup>40</sup>. Este mutuo respeto propende a que las personas entiendan las consecuencias de sus actos y que se tomen en serio unas a otras, so pena de ser demandadas según el sistema de responsabilidad civil.

No está demás señalar que la responsabilidad civil que se sostiene sobre el principio de *neminem laedere* o “no causar daño a nadie”, es importante porque supone una aplicación *ex ante* para quienes convivimos en sociedad, entregándonos pautas de comportamiento y, al mismo tiempo, en caso de que ocurra un daño, la responsabilidad como un esquema que busque justicia correctiva, se pondrá en movimiento, identificando la forma de reparar el daño, *ex post*.

Las consideraciones previas, sin duda, tuvieron influencia en el ideario de la codificación francesa que, a su vez, tuvo directo impacto en la tradición jurídica chilena, Al respecto, Jean Domat sostuvo:

“todos los daños que puedan sobrevenir a alguna persona, sea por imprudencia, ligereza o inocencia o por otras faltas semejantes por más leves que sean, deben ser indemnizados por aquel cuya imprudencia o falta haya dado lugar a ellos, pues es un mal que ha hecho aún cuando no hubiese intención de dañar”.

22

Ahora bien, la idea de exigir al agente dañador una reparación, se desprende del mecanismo dispuesto por el Estado para reconocer la responsabilidad. No serviría de mucho indicar que las personas no pueden acudir a la justicia por mano propia o autotutela, si es que el Estado no se hace cargo de asegurar un mínimo común, u ofrecer un procedimiento civilizado en el que las partes puedan validar sus derechos vulnerados. Al respecto, algunos han señalado que “sólo mediante la responsabilidad extracontractual nuestros derechos son reivindicados”<sup>41</sup>.

Retomando, entonces, esta búsqueda para dilucidar qué debemos entender por daño, ya nos hemos encontrado con conceptos como daño deliberado, daño no intencional o pérdida injusta, donde Jules Coleman, desde un análisis más filosófico, logró posicionarse para identificar que el daño –al ser medido según el bienestar– podría significar la *afectación de un determinado umbral de bienestar*<sup>42</sup>. Con ello, también es capaz de dar cabida a daños que tal vez no se hubiesen podido evidenciar fácilmente, por ejemplo, con el derecho romano, que tomó en consideración daños ocasionados a las co-

<sup>40</sup> PAPAYANNIS (2022), p. 323.

<sup>41</sup> PINO (2017), p. 163. En un similar sentido: “La compensación deshace la injusticia cometida en contra de la víctima, restableciendo la situación en la cual se encontraría si el ilícito no hubiera ocurrido”, p. 167.

<sup>42</sup> Huelga señalar que este punto será útil de recordar al analizar el capítulo III.

sas, a las lesiones corporales, a aquellos causados por animales o, también, ofensas que despreciaran la personalidad<sup>43</sup>.

Hasta ahora, notamos que la propia filosofía del derecho distingue distintos tipos de males como un daño, diferenciando, también, entre cuáles pueden ser intencionales y algunos que son consecuencia de la mera convivencia o competencia en la vida diaria. Junto con ello, se distingue que el componente de la justicia correctiva nos puede ayudar a compatibilizar la rectificación con el daño, debido a que, bajo el principio de reparación integral, aquella injusticia tendría que ser reparada a cabalidad, para que se restaurara un equilibrio entre las partes<sup>44</sup>.

## II. LA JURISPRUDENCIA AL RESOLVER CAUSAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL

En este apartado pretendemos mostrar el razonamiento que ha efectuado nuestra jurisprudencia al resolver causas de responsabilidad civil. Centrándonos exclusivamente en aquellas de tipo extracontractual, pese a que el análisis de los elementos pueda ser similar a aquel de responsabilidad contractual. En todo caso, por la extensión de este artículo solo expondremos algunas sentencias de nuestra judicatura, relacionadas a la responsabilidad civil.

Así, por ejemplo, encontramos dos fallos<sup>45</sup> con un idéntico considerando, haciendo alusión a la falta de definición del daño<sup>46</sup> en el *Código Civil*:

23

<sup>43</sup> Díez-PICAZO (1999), pp. 68-69.

<sup>44</sup> GARCÍA (2018), p. 272.

<sup>45</sup> En un primer caso véase CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2014), rol de ingreso n.º 158-2013 donde se interpuso una demanda de perjuicios en contra del Banco Santander por la suma de \$15 040 000 por daño material y moral, más reajustes, intereses y costas, fundada en que no pudo postular a un trabajo por encontrarse incluida en DICOM, por una deuda respecto de una entidad bancaria de la cual no era cliente, la referida demanda fue rechazada por la Corte al no haberse acreditado el daño alegado, resultando innecesario analizar los demás requisitos de la acción. En el segundo caso, en CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2016), rol de ingreso n.º 10932-2016 una empresa de seguros interpone demanda de indemnización de perjuicios en contra de Transelec S.A., debido a que su asegurada “Bo parking S.A.”, producto de un corte suministro eléctrico sufrió daños y la compañía de seguro podría subrogarse en las acciones en contra de Transelec S.A. En dicho caso, la Corte revoca la sentencia de primera instancia acogiendo la demanda.

<sup>46</sup> Véase también CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN (2022), rol de ingreso n.º 2109-2020, considerando undécimo: “[...] Por cierto, que este daño moral sufrido por los demandantes queda comprendido en aquella clásica definición de daño que nos entregara don Arturo Alessandri Rodríguez: Daño es todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, crédito, afectos, creencias, etc. El daño supone la destrucción o disminución por insignificante que sea, de las ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo”.

“SEXTO: Que respecto de la existencia de un daño y que éste sea consecuencia del actuar ilícito y culpable del demandado; el daño, si bien no ha sido definido como tal en el Código Civil, para el Profesor Alessandri es ‘una pérdida, disminución, detrimento, menoscabo en su persona o bienes o en las ventajas o beneficios patrimoniales o extra patrimoniales de que gozaba’ (De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno. Santiago de Chile, Imprenta Universitaria, 1943)”.

Corresponde señalar que, de los dos fallos citados al pie de página, el más reciente en el que la Corte utilizó aquel considerando, se acogió la demanda de perjuicios, por considerar —a diferencia del juez *a quo*— que los perjuicios sí habrían quedado acreditados a partir del informe del liquidador. Sin embargo, fue a partir de una reiteración de lo que habría sostenido el liquidador que le pareció suficiente a la Corte para tener por acreditados los perjuicios, basándose primordialmente en el artículo 12 del decreto supremo 1055<sup>47</sup>. Pese a ello, y sin desmerecer la importancia de los liquidadores, pareciera que hace falta más que solo indicar que el daño no está definido en el *Código Civil* y recurrir a una prueba del proceso, para que la Corte sostenga que se ha tenido por acreditado el daño.

24

Así, podemos constatar en una gran cantidad de fallos que la discusión acerca del daño se reduce comúnmente a las siguientes cuestiones: identificar qué tipo de daño se reclama; determinar si se ha acreditado su ocurrencia y; por último, cuantificar el *quantum* a indemnizar. Obsérvese, por ejemplo, este reciente fallo de la Corte Suprema, en el que el demandante reclamó perjuicios en contra de Walmart Chile S.A. solicitando se le condenara a pagar a título de daño moral la suma de \$25 000 000 por haber remitido la demandada información falsa de ella a DICOM, respecto a una obligación que no existía, lesionando su actividad económica y desempeño profesional:

“DECIMO QUINTO: Que para resolver la controversia que en este caso gira en torno a determinar si el hecho ilícito establecido ha tenido la virtud jurídica de causar el daño que reclama el actor, ha de tenerse en consideración que todo daño, incluso el daño moral, *debe ser probado por quien lo reclama, puesto que en materia de responsabilidad*

<sup>47</sup> Este decreto supremo indica que los liquidadores de seguros son personas naturales o jurídicas que investigan la ocurrencia de los siniestros y determinan si estos se encuentran o no amparados por la póliza y el monto de la indemnización que corresponda pagar al asegurado o beneficiario y, que se registran en la Superintendencia de Valores y Seguros quien controla su actuación profesional.

*civil el daño constituye un presupuesto para que ella se genere, de manera que si este falta no hay responsabilidad. Por ello es que quien se asile en tal normativa, necesariamente debe acreditar todos y cada uno de sus supuestos [...]”<sup>48</sup>.*

En dicho considerando, se constata que la Corte indica correctamente que los elementos de la responsabilidad civil deben estar acreditados para otorgar reparación, y, además, señala que sin daño no habrá responsabilidad. Sin embargo, si avanzamos al siguiente considerando, esta importancia protagónica que se le ha entregado al daño como elemento de la responsabilidad se difumina y vuelven a tomar preponderancia los requisitos para que solo sea relevante analizar que este sea un daño indemnizable o cuestiones del tipo procesal que permitan “tenerlo por acreditado”:

“DECIMO SEXTO: Que confirma tales razonamientos el hecho que para que el daño sea indemnizable se requiere que sea cierto, esto es, que sea real y no hipotético, debiendo demostrarse esta circunstancia por los medios de prueba aceptados por la ley.

Así, la parte que asevera la existencia del daño extrapatrimonial en la especie, reclamado por quien afirma haber sufrido desprestigio financiero y profesional así como sufrimiento familiar y psicológico no se encuentra exenta de la carga de probar el perjuicio moral invocado, sin ser suficiente para entender satisfecho tal deber la invocación de las características del hecho generador del daño, por cuanto tal aspecto se dirige más bien a la determinación de su magnitud y, consiguientemente, a su quantum, pero no a la finalidad probatoria perseguida, esto es, la de acreditar el perjuicio afectivo ocasionado.

En este proceso existen antecedentes que configuraron un conjunto de presunciones que permitieron a los jueces presumir el daño que se reclama y la magnitud del mismo, como quedó asentado en el motivo séptimo de la sentencia de segundo grado, de los cuales ciertamente es dable presumir, acorde con el principio probatorio de la normalidad, el dolor y sufrimiento del demandante a raíz del hecho en que funda el daño moral que reclama, resultando evidente que para fijar el ‘quantum’ indemnizatorio se acudió a pautas, tales como la entidad, naturaleza y gravedad del suceso o acto que constituye la causa del daño [...]”.

---

<sup>48</sup> CORTE SUPREMA (2022), rol de ingreso n.º 69506-2021. En primera instancia se rechazó la demanda, mientras que la Corte de Apelaciones de Talca acogió la acción y condenó a la demandada al pago de \$10 000 000 por indemnización del daño moral.

Como vemos, no obstante que la Corte resalta las características del daño para que pueda ser indemnizable, como que sea cierto, real y no hipotético, la posibilidad de determinar por qué nos encontramos frente a un daño, o su conceptualización se pierde. En todo caso, advertimos que al menos la Corte indica que no basta con invocar características del hecho generador del daño, sino que lo que se requiere de parte del demandante es acreditar un perjuicio moral como el que reclama.

En esos términos, parece relevante preguntarse cómo si es que la jurisprudencia reconoce que si este elemento falta no habrá responsabilidad, puede otorgársele tan poca preponderancia al análisis del daño. Así, pareciera que la misma omisión que notamos en la doctrina acerca de solo avanzar hacia las características o presupuestos del daño indemnizable, se expresan en la jurisprudencia, cuestión de toda lógica si ambas fuentes formales del derecho se van influyendo recíprocamente una respecto de la otra.

Ahora bien, más allá de la falta de conceptualización o desarrollo que pudiera haber omitido la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores de justicia, la hipótesis a resolver en este artículo persiste cuando revisamos sentencias que han promovido el reconocimiento de nuevos daños.

Dicho de otra manera, la importancia de analizar y estudiar el daño a secas podría mejorar el entendimiento de los diversos tipos de daños que modernamente se han intentado esgrimir por la doctrina y que han llegado a reconocerse por la jurisprudencia. Esto se vincula a la idea precedente, pues cuando se refuerza la reflexión dogmática o jurisprudencial en torno a un tema, la contribución y diálogo teórico entre ambas fuentes del derecho robustece los cimientos de ambas.

En efecto, existen casos que permiten mostrar con mayor claridad a qué nos referimos con la falta de problematización del concepto que, a su vez, repercute cuando analizamos nuevos daños. Así se enuncia en este caso de la Corte Suprema del año 2016, en el que al fallar un caso de responsabilidad del Estado por falta de servicio<sup>49</sup>, se adentra en consideraciones respecto a la pérdida de la chance.

En los hechos *grosso modo*, se trata de un matrimonio en el que ambos eran portadores del virus VIH y no fueron oportunamente diagnosticados por el Servicio de Salud de Iquique, que es el demandado. Resulta interesante que en el caso demandan las víctimas por rebote, pues la señora portadora del virus, pese a haberse hecho un examen preventivo en dicho Servicio el año 2004, no fue notificada del resultado positivo y cuatro años más tarde,

---

<sup>49</sup> Casos que reciben un razonamiento idéntico a aquel de la responsabilidad civil, dándose por superada la discusión sobre el régimen jurídico aplicable a este tipo de casos. Véase en este sentido: CORTE SUPREMA (2002), rol de ingreso n.º 3247-2001 o CORTE SUPREMA (2003), rol de ingreso n.º 1290-2002.

falleció. Situación similar ocurrió con su cónyuge sobreviviente que murió tan solo tres meses después del fallecimiento de ella. Sin embargo, la situación del cónyuge sobreviviente, que fallece, era aún más crítica, debido a que desde el año 2000 se atendía en el referido Servicio, intentando buscar respuestas a los síntomas que lo aquejaban.

Desde la óptica procesal, en primera instancia se acogió una demanda por daño moral por \$80 000 000 a cada una de sus dos hijas y \$100 000 000 a la madre de aquel. Para lo que importa en este artículo, citamos uno de sus considerandos resolutivos:

“DÉCIMO QUINTO: [...] En este mismo orden de consideraciones establecen que el daño propio de los actores se produce por ‘la serie de circunstancias relacionadas con las actuaciones de funcionarios del Servicio de Salud de Iquique, que importaron una deficiente calidad de vida durante un largo periodo, la omisión de tratamientos cuya finalidad en el caso del VIH pueden contribuir a una calidad de vida compatible con el buen vivir, extendiendo la sobrevida de manera cada vez mayor según los avances de la ciencia y no por la consecuencia necesaria e inexorable de la vida, esto es, la muerte’. Así, los sentenciadores *son coherentes en el análisis respecto del daño que se encuentra vinculado causalmente con la falta de servicio*, según se expuso en el fundamento décimo, *señalando siempre que el daño está constituido por la pérdida de la oportunidad de recibir un tratamiento oportuno que pudiera haber mejorado la calidad de vida del paciente y haberle otorgado la posibilidad de extender la sobrevida*; sin embargo, incurriendo en un claro error de derecho, desecha la alegación relacionada con la aplicación de la teoría de la pérdida de la chance al caso concreto, bajo el argumento de no poder aquello ser invocado por las víctimas por repercusión y rebote”<sup>50</sup>.

27

De acuerdo con el citado considerando, es posible identificar que el “hecho culpable” que generaría la responsabilidad del Estado, y en específico del Servicio de Salud de Iquique, sería el error en el diagnóstico y, por consiguiente, haber omitido tratamientos respecto de los pacientes, por su parte, el daño que se alega lo atribuyen a que las víctimas del referido hecho dañoso habrían perdido la oportunidad de recibir un tratamiento oportuno que pudiera haber mejorado la calidad de sus vidas e, incluso, extendiendo su sobrevida. Luego, concluyen que ese daño se encontraría causalmente vinculado a la falta de servicio o hecho dañoso y, por ende,

---

<sup>50</sup> CORTE SUPREMA (2016), rol de ingreso n.º 9481-2016.

que la Corte de Apelaciones hubiere desechado la aplicación de la teoría de la pérdida de la chance sería un error de derecho.

A la luz del razonamiento de la Corte, se observa que se encargan de categorizar el daño producido, y vincular ciertos hechos acreditados en el juicio para tratar de subsumirlos en dicha categoría. Lo cierto es que no parece una errada forma de satisfacer los estándares de motivación de la sentencia, pero este tipo de razonamiento no puede ser utilizado en todos los casos. En efecto, cuando los jueces se ven enfrentados a casos difíciles, pareciera hacerles falta una herramienta adicional que les permita conceptualizar el daño, luego analizar si es que ha quedado acreditado en el juicio y en un final, avaluar o cuantificarlo pecuniariamente.

Un ejemplo característico de este tipo de casos difíciles se evidenció con una bullada y reciente sentencia de la Corte Suprema, que concluyó la causa de indemnización de perjuicios por falta de servicio intentada por el Sr. H. en contra del fisco de Chile. Particularmente su demanda se interpuso con el objetivo de que se declarase la responsabilidad del Ministerio Público y la Policía de Investigaciones de Chile, pues, en su entender, la deficiente investigación realizada por dichos entes respecto al homicidio de su hija, lo habrían hecho perder la oportunidad de encontrar al responsable de su asesinato. Con ese contexto a la vista, hay que revisar uno de los considerandos de la sentencia de la Corte Suprema para continuar el análisis propuesto:

28

“SEXTO: Que la sola exposición del recurso deja en evidencia que los hechos esgrimidos para fundar la causal, no la constituyen, pues en lo que atañe al primer reproche, esto es, que la sentencia impugnada no contendría consideraciones de hecho y de derecho en relación a la existencia del daño y a la relación de causalidad por existir, en su concepto, contradicciones entre los motivos trigésimo y trigésimo primero de la sentencia de primera instancia con los motivos quinto y sexto de la sentencia impugnada, lo cierto es que las contradicciones no son tales, pues mientras los primeros se refieren *al daño del actor* proveniente de la responsabilidad por falta de servicio en que incurrió la Policía de Investigaciones de Chile, los segundos, se hacen cargo del argumento del apelante –el mismo que ahora recurre– en cuanto a que no existiría daño, estableciendo los sentenciadores que, los hechos que el fallo de primer grado establece como falta de servicio –la contaminación del sitio del suceso, pérdida del reloj de la víctima, contaminación del arma homicida e ingreso innecesario de bomberos después de asegurado el sitio del suceso– *si bien, los mismos, no aseguraban al actor una sentencia condenatoria, no es menos cierto que de no darse tales omisiones o negligencias por parte de la Policía de Investigaciones, le habrían permitido al padre de doña*

E.H. (Q.E.P.D.) que el juicio para esclarecer la muerte de su hija *se hubiera enfrentado con mejores oportunidades de obtener una declaración judicial de responsabilidad*, o bien que de no mediar los errores referidos, la posición del actor frente al juicio de su hija habría sido mejor que aquella que resultó finalmente<sup>51</sup>.

En ese sentido, se alega en este caso que el hecho generador del daño, y que es atribuible a la culpa del Ministerio Público y Policía de Investigaciones, se deriva de sus deficiencias en la investigación del homicidio de la hija del demandante. Por su parte, se indica que el “daño” sufrido por el demandante es que habría tenido una posibilidad de enfrentarse con mejores oportunidades de obtener una declaración judicial de responsabilidad. Dicho en palabras de la misma Corte:

“[...] el demandante ha perdido una posibilidad u oportunidad cierta, en el caso sub judice de obtener una sentencia condenatoria o de poder reabrir la investigación a fin de obtener la responsabilidad penal de otro u otros posibles autores del homicidio de su hija”<sup>52</sup>.

Retomando el foco de esta investigación, corresponde que nos hagamos una pregunta: ¿existe una oportunidad cierta respecto de un querellante en un juicio penal para obtener una sentencia condenatoria? La pregunta es relevante, pues si la Corte sostiene que aquí el tipo de daño que resuelve la controversia es la pérdida de la chance, lo cierto es que hay que cumplir con determinados requisitos para poder configurarlo y estos son:

- i) la incertidumbre en el resultado final, pero también
- ii) la certidumbre de la chance u oportunidad que se ha perdido<sup>53</sup>.

En ese sentido, todo juicio de cualquier materia posee un alea prominente sobre cuál será el resultado final, el daño, como ya hemos caracterizado *supra*, para que sea indemnizable, debe ser cierto y allí es donde se debilita el segundo requisito, pues por más que haya un resultado final incierto, es necesario identificar si en el caso concreto, el demandante tenía una oportunidad cierta de haber obtenido una sentencia condenatoria de quien habría cometido el delito de homicidio por el que falleció su hija. A partir de estas consideraciones, notamos que hay algo que pareciera faltar o, al menos dentro del razonamiento de la Corte, no parece suficiente con enunciar hechos, mencionar un tipo de daño y, luego, dar por sentado que ellos sean subsumibles en dicho tipo de daño luego de enunciar características que la doctrina ha previsto para él.

<sup>51</sup> CORTE SUPREMA (2020), rol de ingreso n.º 17.045-2019.

<sup>52</sup> *Op. cit.*, considerando décimo quinto.

<sup>53</sup> MEJÍAS (2018), p. 7.

En particular, y como veremos en el siguiente apartado, pareciera que los criterios de determinación del daño podrían colaborar en la determinación acerca de si se ha producido o no el daño. Hay una íntima conexión entre el daño y los criterios en virtud de los cuales este puede verificarse. Pensémoslo de esta forma, si el Sr. H. reclama que “pudo obtener” una sentencia condenatoria, siempre que los entes demandados no hubieren sido negligentes en su actuar, este mismo enunciado da cuenta de la necesidad de crear un escenario contrafactual donde se contrasten los hechos que ocurrieron con otros cursos de acción paralelos, donde podría plantearse que solo si los entes encargados de las investigaciones criminales hubieren actuado de manera diligente, el Sr. H. podría haber obtenido una sentencia condenatoria.

Pero veamos, ¿esto último es necesariamente cierto? La lógica del sistema penal tanto en Chile como en otros países se sostiene con base en el principio de inocencia del imputado, por lo que la prueba debe superar un estándar “más allá de toda duda razonable” para que una persona hubiere sido condenada como autor de dicho delito. Esto quiere decir que no necesariamente el Sr. H. tenía una oportunidad cierta de obtener la referida sentencia condenatoria, y, por ende, al no contar con una chance propiamente tal, difícilmente podría haberse condenado a indemnizar dicho daño. Sin embargo, el daño concedido en primera instancia y alegado por la parte demandante fue el daño moral producido por haber perdido dicha oportunidad, en efecto el juez *a quo* razona de esta manera:

30

“TRIGÉSIMO PRIMERO: [...] pudiendo colegirse que de haber cumplido el órgano investigativo policial con sus obligaciones y prestado debidamente el servicio a que se encuentra obligado, si bien, no es posible asegurar éxito total en la determinación del o los responsables del homicidio de la hija del actor la falta de servicio, se ha desvanecido o derechamente eliminado dicha posibilidad, existiendo en consecuencia relación de causalidad entre la falta de servicio y el daño sufrido por el actor, debiendo acogerse la demanda en cuanto se ha perpetrado en contra de la Policía de Investigaciones de Chile”<sup>54</sup>.

Por cierto, la Corte Suprema declaró inadmisibles los recursos intentados por el fisco y, por tanto, se mantuvo la indemnización concedida al Sr. H. por la Corte de Apelaciones de Temuco, en la cual se había doblado el monto ya concedido. La justificación para aumentar en cien millones más su indemnización de perjuicios, fue únicamente que las conductas de ambos organismos públicos aumentaron el dolor de una persona que pierde a su hija y

<sup>54</sup> TERCER JUZGADO CIVIL DE TEMUCO (2017), rol de ingreso n.º 4458-2016.

que, además, proviene de un país extranjero, que no habla la lengua en que se lleva adelante el juicio, dificultades que no pueden ser borradas con la asistencia de un traductor<sup>55</sup>.

Por consiguiente, este caso da cuenta exactamente de lo problemático que resulta no contar con un análisis pormenorizado del daño, pues puede llevar a una situación como la analizada donde se concedió un daño moral por haber perdido una oportunidad, pese a que dicha oportunidad —desde mi perspectiva— no existía o, al menos, resultaba altamente controvertible. En particular, el actor de dicha causa quizá asumió que el daño moral por la pérdida de su hija no podía atribuírsela al Estado y, por ello, de forma subrepticia generó esta interpretación, para lograr con ello una sentencia que da más cuenta de una justicia material antes que un fallo correctamente razonado acerca del daño.

### III. TEORÍAS QUE ABORDAN CRITERIOS DE DETERMINACIÓN DEL DAÑO

Partiendo desde otra óptica este importante acápite, quiero hacer presente una realidad —al menos para quienes estudiaron derecho—, esto es, que, al ver una obra de teatro o una película en el cine, nos quedemos pensando situaciones que dan cuenta de problemas jurídicos. Demás está citar aquella escena de *El curioso caso de Benjamín Button*<sup>56</sup> para recordar la teoría de la *conditio sine qua non* de la causalidad, donde la protagonista sufre un accidente y nos muestran cada uno de los factores que podrían haber incidido en que ella no sufriera dicho accidente.

Pues bien, en una película del año 2022<sup>57</sup> que refleja una realidad virtual, se muestra una discusión entre el protagonista y su pareja y aquel le dice a esta última que *antes* no eran felices, y que aquí ella estaba mejor. Sin entrar en más detalles (y esperando que los lectores hayan podido ver este filme para no estropearles el final) lo cierto es que en dicha cinta el protagonista ha sometido a su pareja a una condición de sueño inducido para introducirla a la referida realidad virtual. Sin embargo, ella se encuentra sometida a esto contra su voluntad y, por ello, por más que se encuentre viva, sin haber sufrido “daños físicos” fuera de la realidad virtual, evidentemente ha sufrido un daño a su autodeterminación, habiendo perdido su libertad de decidir y vivir como ella prefería.

<sup>55</sup> CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO (2019), rol de ingreso n.º 112-2018, considerando décimo tercero.

<sup>56</sup> *The curious case of Benjamin Button*, director David Fincher (2008).

<sup>57</sup> *Don't Worry Darling*, directora Olivia Wilde (2022).

En ese sentido, una pregunta que puede surgir al ver esta escena es: ¿por qué el protagonista al indicarle que ahora estaría mejor que antes, da por sentado que no se le estaría haciendo un daño? O, más bien, ¿por qué al analizar si se ha producido un daño debiéramos comparar dos estados en el tiempo? Precisamente eso intentaré mostrar con las teorías que se han desarrollado desde el estudio de la metafísica del daño.

Atendido el estado de la discusión acerca del concepto del daño que he abordado *supra*, existe una serie de casos que permiten ilustrar por qué algunos criterios abordados por la doctrina comparada sirven para reconocer de mejor manera el daño. En particular, me refiero a aquellos que han teorizado respecto a la teoría comparativa o “comparativistas” en contraposición a quienes son “no comparativistas”. Tales criterios presentan, como se verá, rendimientos explicativos diferenciados.

Como en muchas ocasiones, son los casos concretos los que conceden al lector mejores cimientos para enfrentarse a las teorías. Uno de ellos es el de una mujer que siendo ganadora de un premio Nobel sufre un infarto y como consecuencia de ello queda con una capacidad intelectual disminuida a la que tenía antes<sup>58</sup>. Otro se trata de una persona que producto de un accidente ha quedado ciega, y que al someterse a una cirugía oftalmológica su situación ha variado desde estar ciega a tener una visión borrosa<sup>59</sup>. Por último, encontramos el caso de una persona que se encuentra en un edificio incendiándose, y, sin duda alguna, podrá morir, pero un bombero la rescata a tiempo, aunque para ello debe quebrar uno de sus brazos para lograr sacarla de allí<sup>60</sup>.

### 1. Teorías comparativistas temporales

Respecto a la teoría comparativista, se ha enunciado que la persona que sufre un daño es solo aquella que en un tiempo denominado ( $t_1$ ) y un tiempo ( $t_2$ ), se encuentra en algún aspecto en un peor estado en  $t_2$ , de lo que estaba en  $t_1$ . Y, al mismo tiempo, que en el intervalo entre el tiempo  $t_1$  y  $t_2$  (siendo uno anterior al otro) la persona sufre un daño que solo será si en el  $t_2$  se encuentra dañado en comparación a lo que estaba en  $t_1$ <sup>61</sup>.

Pues bien, en caso de utilizar esta teoría para los casos propuestos precedentemente, debemos considerar que en el caso de la mujer que siendo ganadora de un premio Nobel, el infarto le ha causado un daño, debido a que en el  $t_2$  ha visto disminuida su capacidad intelectual. En cambio, el segundo caso

<sup>58</sup> JARVIS (2011), p. 439.

<sup>59</sup> *Op. cit.*, p. 441.

<sup>60</sup> JARVIS (2011), p. 439.

<sup>61</sup> HANSER (2008), p. 425.

parece ser un poco más complejo, pues, por un lado, en el  $t_1$  la persona ha pasado de estar ciega a tener una visión borrosa en  $t_2$ , esto quiere decir que se encuentra en una mejor posición o estado. Pero si se añade a este último caso una variante, en la que el médico que operó a la paciente se encontraba incapacitado para operar y habiendo cumplido con ciertos estándares, podría haber logrado que su visión pasara de la ceguera a recuperar al menos en un 50 % su visión. Si pensamos en esa variante, y aun así nos mantenemos utilizando la teoría comparativista, pese a estos nuevos antecedentes, debiéramos concluir que el médico no ha causado un daño a la paciente, pues igualmente su estado en el  $t_2$  es mejor a la completa ceguera inicial. En todo caso, desde ya pareciera que esta teoría puede generar situaciones incómodas, como dejar al médico de la variante señalada impune de cualquier responsabilidad, porque no habría causado un daño según esta teoría.

Si observamos, en cambio, el caso del hombre rescatado que ha tenido una fractura en su brazo, en abstracto el  $t_1$  creeríamos que una persona que no tiene una fractura en su brazo y que luego en el  $t_2$  tiene su brazo quebrado, ha sufrido un daño. El problema es que pareciera al menos “injusto” irrogarle la responsabilidad de la fractura al bombero que le ha salvado la vida al rescatado.

## 2. Teoría comparativista contrafáctica

Dentro de la teoría comparativista debiéramos revisar, también, la vertiente comparativista contrafáctica o contrafactual, en la cual el daño se sufre cuando la persona se encuentra en un estado que es peor al que *podría* haber estado<sup>62</sup>. Dicho de otro modo, se plantea que, en este caso, se coteja el estado o situación entre el  $t_1$  y un universo hipotético que demuestra la situación en la que se encontraría, de no haber mediado el hecho dañoso<sup>63</sup>.

Pareciera que en estos casos debemos estar a lo que “podría haber pasado”<sup>64</sup> un razonamiento hipotético que se utiliza de la forma condicional. En ese sentido, nos sirven dos de los casos que ya indicábamos *supra*, pues en la variante en la que el médico opera a su paciente ciega, si es que comparamos la visión borrosa con aquella que hubiera tenido si el médico no hubiere estado incapacitado para operar, claramente la situación comparada entre la ceguera y aquella operación que podría haber pasado, alcanzando el paciente el 50 % de visión, nos daría cuenta de la presencia de un daño.

<sup>62</sup> TRUCONNE (2016), p. 4.

<sup>63</sup> GARCÍA (2018), p. 273.

<sup>64</sup> JARVIS (2011), p. 446.

Por su parte, al analizar el caso del bombero, si es que cotejamos la situación de haber estado al borde de la muerte el rescatado, y luego lo comparamos con  $t_2$ , que tiene un brazo quebrado. Debemos analizar cómo estaría ahora si el hecho dañoso (fractura del brazo) no hubiere ocurrido, y la respuesta es que habría fallecido. Por lo que se encuentra evidentemente mejor en el  $t_2$  si es que ha sobrevivido, pese a su fractura. En definitiva, se indica que debemos comparar el estado actual y cómo estaría ahora si el hecho dañoso no hubiera ocurrido<sup>65</sup>. A mayor abundamiento, si tomáramos aquí el caso de la película citada al comienzo de este capítulo, acerca de la inducción forzada a una realidad virtual, podríamos sostener que la víctima habría estado mucho mejor si es que no la hubieren sometido a dicha plataforma, contra su voluntad.

Asimismo, esta teoría le ha dado cabida al análisis del daño de la pérdida de la oportunidad, el cual como vimos en la sección anterior atrae numerosos problemas tanto para su identificación como para su valuación. Pero si traemos aquí un ejemplo readaptado de Juan Antonio García Amado<sup>66</sup>, probablemente nos demos cuenta de que es necesaria esta teoría, y no solo una comparativa temporal, debido a que la contrafáctica también muestra problemas en casos límites.

34

Así, se ilustra el caso de una empresaria que debe ir a otra ciudad en avión para concretar su negocio, pero al tomar un taxi para llegar al aeropuerto el taxi se atrasa y pierde el vuelo. Por otra parte, incluye una variación a dicho caso e indica que el taxi choca y ella queda con lesiones, también perdiendo el vuelo. Sin embargo, el caso continúa y se indica que el avión que debía tomar termina sufriendo un trágico accidente y todos los pasajeros fallecen.

En caso de quedarnos con la hipótesis inicial, y solo evaluando si se le ha producido un daño desde la óptica del negocio, la empresaria en el  $t_2$  técnicamente se encuentra en un estado igual al  $t_1$ , o eso se debiera sostener con la teoría comparativista temporal. Sin embargo, aquel análisis deja de lado que ella estaría mucho mejor si es que el hecho dañoso no hubiera ocurrido, lo que ilustra la teoría comparativa contrafáctica cuando  $t_2$  muestra cómo podría haber estado si el taxi no se hubiera retrasado para llegar al aeropuerto y el vuelo hubiera arribado de forma correcta. Pero luego, si vamos a la segunda hipótesis del caso en el que el taxi choca y por ello pierde el vuelo, y lo comparamos con la posibilidad de haber tomado el vuelo, esto hubiera significado su muerte.

Pareciera que esta teoría comparativista tampoco resuelve de forma muy clara el caso, pues claramente si hubiera muerto, se podría plantear que

---

<sup>65</sup> GARCÍA (2018), p. 273.

<sup>66</sup> *Op. cit.*, p. 281.

estar accidentado es mejor que estar muerto y, en ese sentido, al utilizar la comparación entre la opción hipotética de que “ella podría haber estado muerta” en comparación con el  $t_1$ , que sería estar accidentado, nos llevaría a pensar que el taxista no le hubiera provocado un daño, porque al comparar con la lógica contrafactual este podría oponer como defensa, que si es que él no hubiera chocado, ella igualmente hubiera fallecido en dicho avión. Sin embargo, aceptar la defensa del taxista implicaría negar que con su actuar negligente le ha causado lesiones a su pasajera, cuestión que no calza bajo el esquema de la responsabilidad civil.

### 3. Teorías no comparativistas

Como respuesta a las dos vertientes ya abordadas, surge la teoría no comparativista que busca no cotejar dos situaciones sobre cómo se *está* en contraposición a cómo se *estuvo* o *podría estar* sin el hecho dañoso, sino que se sostiene que el daño se sufrirá cuando se traspase cierto umbral o nivel mínimo de bienestar. Dicho de otra manera, que el daño se produce sin necesidad de comparar otras situaciones, sino que hay cosas malas en sí mismas<sup>67</sup>.

Para ilustrar esta teoría, se ha planteado que los casos de *wrongful life*<sup>68</sup>, son particularmente adecuados. En efecto, Santiago Truccone nos invita a imaginar que María recurre al médico para consultarle si puede ir a Brasil, estando embarazada, pero su médico tratante le recomienda no ir, pues está presente el virus zika y que, de contagiarse, su hijo podría nacer con microcefalia. Luego nos invita a imaginar otro caso, en el que Nora, sin estar embarazada, recurre a su médico por estar contagiada de zika y éste le recomienda esperar un determinado tiempo para concebir un hijo debido a que podría nacer con microcefalia. En ambos casos, las pacientes deciden no hacer caso a sus médicos, la primera viaja igualmente a Brasil y la segunda queda embarazada en un tiempo menor al recomendado.

Al respecto, pareciera difícil no indicar que ambos hijos nacidos no estén sufriendo un daño, el problema es que, si se utilizaran las teorías comparativas ya vistas, el caso del hijo de Nora es complejo de analizar precisamente

<sup>67</sup> FERNÁNDEZ (2020), p. 90.

<sup>68</sup> Consisten en acciones interpuestas por los hijos nacidos con alguna enfermedad o padecimiento tan severo, que consideran que su vida “no merece la pena ser vivida” y que hubieran preferido no haber nacido en esas condiciones. Inicialmente eran interpuestas en contra de sus padres, *i.e.*, pues la madre consumió drogas o alcohol durante el embarazo y con ello causó una malformación. Sin embargo, la evolución de estas acciones ha permitido no dirigirse contra los progenitores, sino que contra el equipo médico que no evitó el padecimiento, por una negligencia en el diagnóstico. Estos son los casos respecto de los que existe mayor reticencia a conceder indemnización, debido a que muchos entienden que el daño reclamado sería la vida misma, cuestión que tensiona la notable preocupación por ella en los ordenamientos jurídicos occidentales desde la segunda mitad del siglo xx.

porque si es que ha nacido con microcefalia, no es posible comparar su estado con un estado anterior, porque *aquel* niño no habría nacido si es que su madre no hubiera decidido concebirlo. Distinto es el caso del hijo de María, dado que ella ya estaba embarazada y podría, al menos, indicarse que antes de decidir ir a Brasil, el hijo podría haber nacido sano. Lo que implica que la teoría contrafactual rendiría sus resultados, pues en  $t_2$ , el niño nace con microcefalia, que es peor a lo que se hubiera encontrado sin el “hecho dañoso” que es aquel en que su madre decidió ir igualmente a Brasil.

Por casos complejos como el que se comenta del hijo de Nora se propuso entender que una persona estaría sufriendo un daño si se encuentra en un estado que está *por debajo del umbral de bienestar normativamente definido*, a saber:

“[...] comparamos los valores de tener una vida suficientemente buena y el valor de tener una vida que cae por debajo del umbral relevante”<sup>69</sup>.

Por su parte, Seana Shiffrin ha comprendido que el daño según esta teoría se traduce en una situación en la que alguien se encuentra y no puede ser dueño de sí mismo, sin ser autónomo para que pueda vivir su voluntad y vivir una vida satisfactoria<sup>70</sup>.

En ese sentido, de acuerdo con los casos que abordamos al comienzo, podríamos evaluar que una persona que vea disminuida sus capacidades intelectuales sí se encontraría por debajo del umbral definido como “una vida suficientemente buena”, pero podría resultar problemático que tal vez la ganadora del Nobel ha disminuido su capacidad intelectual, a un nivel de normalidad tal, y respecto del cual muchas personas pudieran vivir una vida suficientemente buena con ella. Piénsese que quizá la vida de la galardonada estaba rodeada de *stress* y que haber disminuido sus capacidades ha hecho que se encuentre mejor, lo que importaría, según esta teoría, no considerar un daño para aquella persona que ha perdido parte de sus capacidades intelectuales<sup>71</sup>.

Si vemos también el caso de la persona ciega que ahora posee una visión borrosa (sin aplicar la variante del médico incapacitado) pareciera que tener una visión borrosa no está por debajo del umbral normativamente definido para que evite vivir una vida bastante buena, y, por ende, no podríamos catalogarlo de daño. Por cierto, si vemos el estado de aquella persona que fue salvada por el bombero, y analizamos su situación en tanto que posee un brazo quebrado, podría implicar que ha sufrido un daño debido a que un umbral de bienestar podría significar tener sus dos brazos sanos.

<sup>69</sup> MEYER (2015), p. 25.

<sup>70</sup> SHIFFRIN (1999), pp. 123-124.

<sup>71</sup> JARVIS (2011), p. 440.

Sin embargo, esta teoría presenta particularmente dos objeciones claras, la primera es similar a la que reciben las comparativas, respecto a que pueden dejar excluidos a casos que requieren solución (una persona con muchos recursos económicos que viera mermada una oportunidad de negocios, pese a estar en una condición acomodada, no se encontraría por debajo de un umbral de aquello normativamente definido por bienestar y, por ello, su oportunidad mermada sería irrelevante para esta teoría)<sup>72</sup>, y la segunda es que parece obviar la importancia del carácter relacional que impone la justicia correctiva dentro del esquema de responsabilidad civil y, por lo mismo, al no utilizar una comparación al menos entre los estados de cosas en el intervalo de tiempo en que A le produjo el daño a B, se podría ver disminuido el carácter relacional que ya incorporaba Jules Coleman a la justicia correctiva como señalamos en el acápite I.3).

#### *4. Principios que propone* *Juan Antonio García Amado*

En este breve apartado trataré de sintetizar principios que, al ser tomados de la mano con las teorías ya analizadas, permiten una conceptualización más clara del daño. Así, el primer principio es el de (i) la *consideración atómica del daño*, con el cual se da respuesta a un interrogante muy común de la responsabilidad civil, por ejemplo, en el caso de la empresaria que por el choque del taxi se salva de haber muerto en el fatídico vuelo, lo cierto es que con prescindencia de si con anterioridad o posterioridad al daño se produjo un beneficio o no para ella, es necesario analizar su existencia de forma aislada<sup>73</sup>. En otros términos, surge la interrogante, ¿le produjo el taxista un daño al causarle lesiones? Sí. Pero ¿es posible eximirlo de responsabilidad porque con ello impidió que falleciera en el referido avión? No. Y esta segunda pregunta solamente se tendría que hacer con la teoría comparativa contrafactual, no así con las demás.

Por otra parte, se hace necesario considerar el daño como un elemento aparte de su causación y, por ello, se le denomina a este principio (ii) *individuación subjetiva y material del daño*. En definitiva, el autor reconoce que un daño puede ser originado en múltiples causas o que al revés, con una unidad de causa se provoquen múltiples daños (*i.e.* que con las puñaladas de dos sujetos se provoque la muerte de la víctima, el daño es uno solo, su muerte, por más que haya derivado del actuar doloso de más de una persona; en otro escenario, que se haya producido una contaminación de asbesto en la fábrica donde se desempeñaba un trabajador, puede originarle múltiples

<sup>72</sup> FERNÁNDEZ (2020), p. 96.

<sup>73</sup> GARCÍA (2018), p. 283.

daños, entre ellos de tipo moral, emergente o, incluso, un lucro cesante si es que dejara de percibir una remuneración en caso de que por la enfermedad se le impida seguir trabajando). Y respecto a esta noción de individuación subjetiva, también se requiere identificar que, si un acto le produce daños a dos personas, son dos daños y no uno.

Adicionalmente, encontramos el principio de (iii) *unificación finalista del daño*, que se observa desde el punto de vista del autor. En ese sentido, Juan Antonio García Amado sostiene que lo que sea el daño dependerá de lo que busque el autor de este. En otras palabras, el fin teleológico de lo que busca una persona al realizar algo deberá primar. Por ejemplo, indica que, si un cirujano que opera a alguien para extirpar un tumor, por más que le produzca una lesión al paciente al operarlo con su bisturí, esto no se considera daño porque existe una costumbre aceptada y un consentimiento intercambiado para efectuar dicha lesión.

Sin embargo, esto trae a la vista el caso del bombero que se analizó *supra*, pues, en definitiva, “un daño compensado con un beneficio sigue siendo de igual forma un daño”, lo que supone afirmar que la fractura del brazo del rescatado es imputable al actuar del bombero, ya que su actuar debiera contrastarse entre la situación inicial donde contaba con un brazo sano y la posterior, que es un brazo quebrado. Por cierto, este principio ayuda a que una persona se haga cargo de su propio daño y no de otro subsecuente que se ha originado con la interposición del curso de acción de un tercero<sup>74</sup>.

En cuarto lugar, consta el principio de (iv) *tipicidad social del daño*, en virtud del cual un daño deberá ser considerado como tal a partir del juicio social típico en el que se produce el hecho dañoso, sin ser tan relevantes las aprensiones subjetivas que la víctima pueda tener a su respecto. En el caso planteado por Juan A. García Amado, si a un hombre le amputan por error su órgano sexual<sup>75</sup>, por más que para dicho hombre, que es un devoto cristiano, sea algo bueno porque se encontraba “pecando” constantemente, lo cierto es que el daño tendrá que evaluarse no en función de lo que él opine es “bueno”, sino de lo que para la opinión pública general pudiera considerarse un daño. Esto también se relaciona con que no todo daño es jurídicamente relevante, como son los aquellos que debemos sobrellevar por vivir en comunidad y que indicábamos *supra*.

Luego, el quinto principio es (v) *que daño justificado no deja de ser daño*. Como se aclaró antes, el caso del daño provocado por el bombero nos ilus-

<sup>74</sup> Se da como ejemplo que José pretende matar a Juan y lo hiere gravemente, sin embargo, solo queda con lesiones y en su hospitalización aparece un tercero que lo mata de un tiro en la cabeza. José en dicho caso no tendrá que responder del daño de la muerte de Juan, sino que solo de su responsabilidad de haberle causado lesiones, aun cuando hubiera tenido intenciones de matarlo, no correspondería irrogarle un daño superior al cometido. GARCÍA (2018), p. 291.

<sup>75</sup> *Ibid.*

tra que la fractura provocada al rescatado sí sea considerado un daño. Distinto es, según Juan A. García Amado, que exista una causal de justificación que importe eximirlo de responsabilidad, pues conceptualmente el daño de todos modos existió.

Por último, es menester indicar el principio (vi) *de acotación temporal*, el cual supone restringir el espacio temporal en virtud del cual se analiza si se ha producido un daño. Esto es relevante, pues al igual que en el análisis de la causalidad, no es posible extender *ad eternum* las consideraciones acerca de si el daño ya se consumó, se agotó o si, en cambio, sus efectos serán permanentes. En el caso que analizábamos sobre la persona que se ganó un premio Nobel y luego ve disminuidas sus capacidades intelectuales, cabe destacar que el daño es precisamente aquel y se agotó en el momento en que vio disminuidas sus capacidades intelectuales; que de dicho daño puedan derivar otras consecuencias, no debiera considerarse para entender si ocurrió o no el daño.

### 5. Rendimiento de estos criterios

En virtud de lo ya abordado, es posible notar que ciertos tipos de daños que se suelen alegar en la práctica judicial, tales como: el daño emergente, lucro cesante, pérdida de la chance o, incluso, el daño moral, responden, más bien, a determinados criterios que a otros.

Si partimos con el daño emergente, como aquella disminución efectiva que se ha producido en el patrimonio de una persona, lo cierto es que la teoría comparativa temporal puede ser de utilidad, pudiendo acreditar que, en el  $t_2$ , el patrimonio de la víctima se ha visto mermado en comparación a lo que poseía en el  $t_1$ . Por cierto, la existencia del daño emergente futuro ya se ha discutido en nuestra jurisprudencia reciente y dicha calidad no le resta certidumbre, en el entender de la Corte, sino que su existencia es lo que debe ser acreditado<sup>76</sup> y, con ello, el daño emergente futuro razonablemente no podrá conceptualizarse de igual manera que el daño emergente. Pudiendo, para ello, utilizar la teoría contrafactual que ayude a sostener cómo habría estado la víctima sin el hecho dañoso (quizá ahorrándose una serie de gastos actuales y a futuro) y, además, el principio de acotación temporal, para que razonablemente uno pueda delimitar los efectos del daño emergente futuro que se haya causado.

Pero, en cambio, cuando existe una incertidumbre en el resultado final, como lo es la pérdida de la chance o, incluso, con el lucro cesante –donde lo incierto es hasta cuándo la persona hubiera seguido percibiendo dicho beneficio–, resultaría más seguro utilizar la teoría contrafactual que una

<sup>76</sup> CORTE SUPREMA (2017), rol de ingreso n.º 400-2017. Pese a que sea en sede contractual.

comparativista temporal, pues no podremos situarnos nunca en aquel  $t_2$ , mas si podremos analizar qué hubiera pasado si es que el daño no se hubiere producido, ya sea en función del “curso normal de acontecimientos”<sup>77</sup> o, incluso, respecto de estadísticas, como cuando se calcula que la remuneración que hubiere percibido un trabajador al calcular el monto del lucro cesante a indemnizar, no solamente será un ingreso a su patrimonio, sino que tendrá una serie de costos por pagar, por lo que una víctima por rebote que lo solicitare tendría que reclamarlo sobre la base de los parámetros objetivos que suscita dicho daño<sup>78</sup>.

Similar situación ocurre con la pérdida de la oportunidad, donde será necesario identificar que la oportunidad cierta que se ha perdido inevitablemente corresponde a una situación respecto del cual el resultado final es incierto, sin saber si la oportunidad se hubiere concretado o no. Por lo tanto, en esos casos, utilizar la teoría contrafactual y el principio de acotación temporal e individuación material del daño, será muy importante. En efecto, con la aplicación correcta de la teoría contrafactual para el caso del Sr. H. y, asimismo, con la individuación material del daño –que hubiere tenido que descartar la existencia de una oportunidad cierta– el daño que realmente se estaba reclamando era uno moral a secas, por lo que, tal vez, con esas consideraciones la Corte habría podido arribar a una conclusión distinta de la que se analizó precedentemente.

Finalmente, cabe destacar que el daño moral como un claro ejemplo de daño extrapatrimonial que ya no se encuentra ligado al *pretium doloris* como se abordó originalmente en la doctrina y jurisprudencia, ahora es distinguible de otros tipos de daño (*i.e.* perjuicio de agrado, daños estéticos, entre otros<sup>79</sup>). Al respecto, el daño moral puro es el sufrimiento espiritual o psicológico

---

<sup>77</sup> BARROS (2018), p. 262. Véase a este respecto CORTE SUPREMA (2023), rol de ingreso n.º 7886-2022. En esta sentencia se condenó a pagar el lucro cesante a trabajadores que padecieron silicosis producto de su trabajo en la Corporación Nacional del Cobre, en los siguientes términos: “Que, en lo concerniente al lucro cesante, en cuanto corresponde al daño que experimenta una persona en su patrimonio al dejar de percibir a partir de su incapacidad laboral, los ingresos que producía con su trabajo y con los que proveía las necesidades del núcleo familiar, se debe señalar que, si bien su determinación presenta el obstáculo de tratarse de una cuestión que se puede entender sujeto a incertidumbre en tanto sobre la evolución y estabilidad de las ganancias futuras de la víctima, como esta Corte ya ha manifestado, si el lucro cesante se basa en un hecho real y cierto, esto es, que la persona tenía un trabajo y, es un hecho indiscutible que a partir de su incapacidad se producirá una pérdida de esa estimación futura, constituye un daño cierto, que debe ser cuantificado considerando el curso normal de los acontecimientos, esto es, la razonable probabilidad de que su desempeño laboral se habría mantenido en términos similares al que tenía a la época del accidente, por un periodo prolongado en el tiempo, esto es, hasta la edad de su jubilación, que corresponde a 65 años”.

<sup>78</sup> ELORRIAGA (2005), pp. 144-155.

<sup>79</sup> *Op. cit.*, p. 138.

derivado del hecho de verse lesionado<sup>80</sup>, y respecto del cual la teoría no comparativa pudiera otorgarle un rendimiento positivo al indicar que hay ciertas cuestiones que son malas en sí mismas como, por ejemplo, la pérdida de una hermana o de un hijo, y en cuyo caso el principio de tipicidad social del daño y su individuación subjetiva pudiera conceder criterios para determinar que, en ciertos casos, el sufrimiento que padece una víctima se mida sobre la base de parámetros objetivos, con los cuales se vayan uniformando ciertos baremos de indemnización. De lo contrario, y como veíamos, hay veces en las que pareciera que la vida de una persona pudiera valer más que la de otras, cuestión que complejiza ver a la responsabilidad civil como un aparato que busca una justicia correctiva y el respeto recíproco como una de sus principales funciones.

Cabe señalar, que esta revisión de nuevos criterios o teorías para conceptualizar los distintos tipos de daño pretende, precisamente, que en vez de que contemos con un solo concepto del daño como el que se formuló *supra*, por académicos como Arturo Alessandri, dejemos de buscar una definición unívoca para todo daño, pues del análisis previo son distintas las aristas que están en juego al momento de identificar si se han producido o no y, por ello, si nos bastamos con una definición, se reduce el análisis de dotar de contenido a este elemento. En otros términos, un concepto unívoco pareciera no ser adecuado para los nuevos tipos de daños que se han ido generando y menos para los que quizá aún están por crearse, por lo que estas teorías y criterios resultan más interesantes en la práctica.

41

#### IV. EFECTOS PRÁCTICOS DE LA APLICACIÓN DE ESTOS CRITERIOS

A partir de lo mostrado en la sección anterior, el interés académico por abordar estas teorías y principios del daño surge para generar nuevos puntos de discusión y propuestas de mejora al ejercicio de quienes operamos en el mundo del derecho.

Sin aspiraciones revolucionarias, la constatación de esta falta de problematización requiere que los operadores jurídicos nos hagamos cargo de un modelo que sea comprensible y que, asimismo, agregue elementos para facilitar el trabajo de abogadas y abogados, jueces y juezas y los patrocinados en general. Y claramente, se permite que, con un análisis más robusto del principal elemento de la responsabilidad civil, se genere una mejor teoría jurídica para que se aplique de forma más coherente aquello respecto a lo que se discute, teoriza y falla en los tribunales.

---

<sup>80</sup> ELORRIAGA (2005), p. 137.

En ese sentido, sostengo que el *primer punto* al que pueden aportar estas teorías y principios ya señalados es que el daño al no estar definido o conceptualizado por nuestro *Código Civil*, requiere que se dote de contenido en el caso concreto y, de esa forma, el artículo 2314 y siguientes, esperan que los juristas y los abogados indiquen correctamente qué se entiende por daño, y en la redacción de demandas se exige, también, que los hechos y los fundamentos del derecho relacionados con el daño se formulen de manera adecuada, para que los jueces puedan fallar aquello que ha sido solicitado. Dicho esto, corresponde señalar que la determinación del daño es, sin duda, un punto de derecho, en el que se pudiera alegar una infracción a los artículos 2314 o 2329 si es que no se hubiera determinado de forma correcta, lo que en otros términos implica que el recurso de casación en el fondo sí podría ser deducido<sup>81</sup> en caso de que se hubiera hecho un análisis errado del daño y su determinación<sup>82</sup>.

En *segundo lugar*, conocido es que la evaluación de determinados daños a veces pareciera no someterse a límite alguno y, por cierto, no siempre se encuentran razonamientos claros que justifiquen el por qué se debe evaluar un daño específico con tal o cual monto. En rigor, se suele hablar de que el daño moral ha permitido abultar, a veces, de forma desmedida, las indemnizaciones concedidas<sup>83</sup>. Es por ello que, si es que podemos utilizar las teorías y criterios indicados, será más factible preguntarse sobre la base de qué se está concediendo tal monto. Tal como vimos *supra*, en el caso del Sr. H. en el que se aumentó al doble su indemnización por daño moral en la Corte de Apelaciones, pudimos observar que el razonamiento del daño tenía serias falencias y aun así, se concedió un monto elevado. Demás está decir que algunos han considerado tintes punitivos en las indemnizaciones del daño moral, las que, en su entender, han servido para camuflar verdaderos castigos a los demandados. Por esa razón, y la controversia que suscitan las cuantificaciones monetarias de los daños, es menester hacerse cargo de una correcta fundamentación del monto solicitado, tanto por los litigantes como de su concesión, los jueces y las juezas.

Aquello nos lleva al *tercer punto*, y es que el mejoramiento de nuestro sistema de daños debe provenir de los propios involucrados en el sistema, esto quiere decir que la correcta forma de que estas teorías comiencen a ser utilizadas por la jurisprudencia deberá provenir del trabajo de las abogadas y los abogados que litiguen de forma responsable.

---

<sup>81</sup> DIEZ (2002), p. 34.

<sup>82</sup> A lo que pudiera añadirse el artículo 1698 del *Código Civil*, en el evento que, habiéndose utilizado la teoría o criterio correcto, no se hubiere acreditado debidamente por quien lo alegaba y, de esa forma, alegar una infracción a las normas reguladoras de la prueba.

<sup>83</sup> PEREIRA (2015), pp. 61-78.

Anecdóticamente si nos preguntáramos quién se ha encontrado con una demanda de responsabilidad civil en la que se solicita un monto en extremo abultado sin que posea mayor argumentación que una supuesta gravedad en los hechos reclamados, lo cierto es que la respuesta probablemente sería positiva de parte de muchos de los interrogados. En efecto, la práctica que nos permita alcanzar mejores y más claros fallos deberá surgir desde abajo hacia arriba. En definitiva, la sofisticación de los razonamientos esperados de la judicatura debe, primero, partir por quienes reclaman y solicitan ante los tribunales, con verdaderos fundamentos, sin asumir que los jueces serán los encargados de conceder sentido y justificación a aquello que en ciertos casos está pedido y argumentado de manera incorrecta.

Por de pronto, la forma en que muchos de los litigantes podrán incorporar en sus escritos de discusión diferentes formas de determinar los daños que se reclamen, requerirá que la dogmática les conceda ejemplos para utilizar las teorías o criterios que más se adapten a sus casos.

Como veíamos, la utilización de ciertas teorías como la comparativista temporal, apoyará ciertos tipos de casos en los que en un tiempo inicial una persona se encuentre en un estado de salud o bienestar, por ejemplo, si pensáramos en un taxista que fue atropellado. En aquel caso, la identificación de que ha sufrido un daño podrá ser fácilmente explicable en lo que refiere a daños emergentes con la teoría comparativa temporal, pero para reclamar un lucro cesante, podría requerir explicar con la teoría contrafáctica que, en un escenario diverso, esto es, sin el accidente de tránsito, se hubiera encontrado percibiendo mayores ingresos que ahora, pues con el accidente ha dejado de trabajar su taxi. Vemos, entonces, que no será una sola teoría la que se encuentre a disposición de un solo caso, sino que la explicación de cada una de las teorías y principios. Incluso, pueden generar rendimientos para que las partes aporten mejores medios probatorios para dar por acreditados sus daños.

Si volviéramos a uno de los casos de jurisprudencia citada –en el que se concedió la pérdida de la oportunidad que reclamaron las víctimas por rebote de sus familiares, que habían fallecido producto de una falencia en el diagnóstico previo– lo cierto es que la pérdida de la oportunidad requiere situarnos en un escenario contrafactual que nos ilustre cómo serían las cosas si es que algo hubiere ocurrido de forma diferente. En dicho caso, tal vez, habría de indicarse si el diagnóstico hubiere sido informado de manera correcta el año 2000 existía una oportunidad cierta de que los pacientes pudieran haber optado por tratamientos contra el VIH y, probablemente, habrían alcanzado una sobrevida mucho mayor.

Así las cosas, es notorio que, para ciertos casos, la explicitación de los principios planteados por Juan A. García Amado o, bien, las teorías comparativistas o no comparativistas del daño, servirán como herramientas para

conceptualizar de mejor manera la ocurrencia de un daño. Permitiendo que la dogmática remueva los cimientos sobre los que nos hemos movido hasta ahora, dejando de citar solo un concepto de daño, sino que conceptualizarlo en el caso concreto y avanzando hacia un problema que permitiría, incluso, alegar una infracción de derecho si es que no se conceptualiza correctamente un daño, como vimos en el caso H.

### CONCLUSIONES

El principal objetivo de este artículo ha sido evidenciar cómo es que el daño, elemento fundamental de la responsabilidad civil, ha quedado relegado frente al análisis de sus demás elementos, a saber: la causalidad o, incluso, los factores de atribución. Cuando me he referido a esta infraproblematización he querido dar cuenta de que, ante la falta de definición legal del daño, nuestra doctrina y jurisprudencia se contentó con utilizar un concepto que ha estado vigente de hace más de cincuenta años.

Así, tanto la doctrina como la jurisprudencia se concentraron en darle preponderancia a las características que debía tener un daño para tener el carácter de indemnizable, estudio que, sin duda, es necesario, pero que al pasar por alto las diferentes nociones de dañar o ser dañado, pudiera acarrear problemas al determinar el tipo de daño que corresponda o en su cuantificación.

En ese sentido, al abordaje de realzar la importancia del daño y su análisis conceptual, se mostraron las opiniones que sostuvieron filósofos como John Stuart Mill, Ronald Dworkin, Ernest Weinrib y Jules Coleman al estudiar tanto el daño como la justicia correctiva y allí es donde pareciera que debiéramos apuntar nuestro objetivo para que el sistema vuelva a dotarse de sentido, pues según la justicia correctiva –como principal función de la responsabilidad civil– requerimos de un sistema que se ponga a disposición de las personas y permita reparar los daños que una persona le cause a otra, dado que solo de esa forma se permite alcanzar un respeto mutuo entre ellas. Esto es relevante, porque la falta de determinación correcta de los daños, podría arribarse a conclusiones poco felices como dejar sin indemnización a quien haya sufrido un daño, pero que su abogado no haya podido determinar y acreditarlo en juicio.

Considero que la propia noción del *neminem laedere* involucra que, para respetar al otro como un igual, no debo dañarlo, o como diría John Stuart Mill, que la autonomía de cada uno de nosotros se limita si es que con ella se dañará a otro.

Pues bien, la jurisprudencia resultó ilustrativa para dar cuenta de este análisis que se salta la etapa lógica de determinación del daño para luego

clasificarlo, tenerlo por acreditado y cuantificarlo. Pero las teorías que concede la metafísica del daño, como las teorías comparativistas o las no comparativas, dan luces de que cada tipo de daño pudiera ser explicado más razonablemente al alero de alguna de ellas, mientras que los principios revisados de la pluma de Juan A. García Amado también aportan otorgando herramientas para quienes trabajamos con la determinación de los daños jurídicos.

En esos términos, la teoría comparativista se divide en aquella *temporal*, que pretende determinar que ha ocurrido un daño con la comparación entre un tiempo denominado  $t_1$  y en el tiempo posterior  $t_2$ , donde aquel se habría producido si es que en  $t_2$ , la víctima se encuentra en un estado peor a aquel en el que se encontraba en  $t_1$ . Por su parte, la variante *contrafáctica*, da cuenta de que la comparación debe realizarse entre un estado inicial y se cuestiona, ¿cómo hubiera estado la víctima si es que el hecho dañoso no hubiere ocurrido? Este razonamiento nos lleva a analizar universos paralelos, sobre qué hubiera ocurrido suprimiendo aquel hecho, pues allí es donde parecen quedar mejor comprendidos los daños que incluyan consideraciones a futuro.

Mientras que la teoría no comparativa supone, como lo dice su nombre, dejar de comparar entre estados de cosas, y asumir que existe un denominado umbral de bienestar respecto del cual, si se pasa de aquel, se sufre un daño, el cual según Seana Shiffrin debe relacionarse con una situación en la que alguien no pueda tener una vida bastante satisfactoria o que no pueda vivir autónomamente bien. Este tipo de teorías podrían servir para resolver casos en los que se alegan acciones de *wrongful life*, pues al no comparar entre un estado de cosas anterior y posterior, resuelven la dificultad del problema de no identidad que se traduce en que en determinados casos no existe una persona para compararla con su situación posterior al nacimiento.

Por último, cabe destacar que el eventual reconocimiento de estas teorías o criterios en la doctrina o jurisprudencia, permitirán beneficiar tanto a las víctimas que reclamen sus daños como a los litigantes que deban alegarlos, pues podrían recurrir de casación en el fondo si es que no se concede su indemnización pese a estar correctamente determinados o, también, favorecer criterios para que la cuantificación o evaluación pecuniaria de estos sea justificada con parámetros objetivos, permitiendo a los jueces justificar sus razonamientos y, en definitiva, cumpliendo su mandato constitucional de fallar conforme al debido proceso mediante una sentencia correctamente razonada y fundamentada.

De forma tangencial la nueva revisión del daño, desde la dogmática y práctica jurídica, permitirá enriquecer recíprocamente tanto a la doctrina chilena como a la jurisprudencia, pues con sus diálogos se podrían arribar

a nuevas conclusiones e, incluso, generar más principios para su determinación.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AEDO BARRENA, Cristián (2006). *Responsabilidad extracontractual*. Santiago: Librotécnica.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (1943). *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*. Santiago: Imprenta Universitaria, n.º 138.
- BARROS BOURIE, Enrique (2018). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- BAHAMONDES OYARZÚN, Claudia y Carlos PIZARRO WILSON (2012). “La exposición de la víctima al daño: Desde la culpabilidad a la causalidad”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXXIX, Valparaíso, 2.º semestre.
- CARLSON Erik; JOHANSSON JENS; RISBERG OLLE (2022). “Causal accounts of harming”. *Pacific Philosophical Quarterly*, vol. 103. California.
- COLEMAN, Jules (1997). “The practice of corrective justice”, in David G. OWEN. *Philosophical foundations of tort law*. Oxford: Oxford University Press/Clarendon Press.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2011). *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- DIEZ SCHWERTER, José Luis (2002). *El daño extracontractual jurisprudencia y doctrina*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- DIEZ-PICAZO, Luis (1999). *Derecho de daños*. Madrid: Civitas.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (1990). “Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista”. *Revista de Derecho*, n.º 188, Concepción, julio-diciembre.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (2000). “Aspectos del daño como elemento de la responsabilidad civil”. *Actualidad Jurídica*, n.º 2. Santiago.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (2003). “Comentarios de jurisprudencia. 4. Vicio formal de falta de consideraciones, existencia del daño. Condición de la acción de responsabilidad”. *Revista de Derecho*, n.º 213. Concepción.
- DWORKIN, Ronald (2011). *Justicia para erizos*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (2005). “Los daños corporales y sus consecuencias”. Versión ampliada de aquella en *Cuadernos Jurídicos* n.º 1. Santiago: Universidad Adolfo Ibáñez 1995.
- FERNÁNDEZ ALLE, Lucila (2020). “Concepto y principio de daño”. *Latin American Legal Studies*, vol. 7, Santiago: Universidad Adolfo Ibáñez.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio (2018). “El daño en la responsabilidad civil”, en Diego PAPAYANNIS y Esteban PEREIRA (eds.). *Filosofía del derecho privado*. Madrid: Marcial Pons.

- HANSER, Matthew (2008). “The metaphysics of harm”. *Philosophy and Phenomenological Research*, vol. LXXVII, No. 2, Brown, September.
- JARVIS THOMSON, Judith (2011). “More on the metaphysics of harm”. *Philosophy and Phenomenological Research*, vol. LXXXII, No. 2, Brown, March.
- MEJÍAS ALONZO, Claudia (2018). “La pérdida de una chance. Una revisión a partir de los requisitos del daño indemnizable”, en Maricruz GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Gabriel HERNÁNDEZ PAULSEN, Fabiola LATHROP GÓMEZ y Mauricio TAPIA RODRÍGUEZ (eds.). *Estudios de derecho civil XIV. XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil*. Coquimbo: Thomson Reuters.
- MEJÍAS ALONZO, Claudia (2019). “El daño indemnizable en la responsabilidad extracontractual”, en Esteban PEREIRA FREDES (ed.). *Fundamentos filosóficos del derecho civil chileno*. Santiago: Rubicón Editores.
- MEYER, Lukas (2015). “Intergenerational Justice”. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponible en <https://plato.stanford.edu/entries/justice-intergenerational/> [fecha de consulta: 10 de agosto de 2023].
- PAPAYANNIS, Diego (2022). “Responsabilidad civil (funciones)”. *EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 22. Madrid.
- PEREIRA FREDES, Esteban (2015). “Un alegato a favor de las consideraciones punitivas en el derecho privado”. *Revista de Derecho*, Núm. 7. Santiago.
- PEREIRA FREDES, Esteban (2022). “La responsabilidad objetiva”, en Diego M. PAPAYANNIS (coord.). *Manual de derecho de daños extracontractuales*. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación/Escuela Federal de Formación Judicial.
- PINO EMHART, Alberto (2017). “No solo quieren dinero: la función expresiva de la responsabilidad extracontractual”, en Alfredo FERRANTE, Lilian SAN MARTÍN y Rodrigo BARRÍA (eds.). *Presente y futuro de la responsabilidad civil*. Santiago: Thomson Reuters.
- SANDEL, Michael (2009). *Justice, what's the right thing to do?* New York: Farrar, Straus and Giroux/Holtzbrinck Publishers.
- SHIFFRIN, Seana (1999). “Wrongful Life. Procreative Responsibility, and the significance of harm”. *Legal Theory*, No. 5. Cambridge University Press.
- TRUCCONE BORGOGNO, Santiago (2016). “El peso de los daños: Estados de daño y razones para no dañar”. *Revista Latinoamericana de Filosofía Política*, vol. v, n.º 4. Buenos Aires.
- VAN DAM, Cees (2013). *European Tort Law*. Oxford University Press.
- WEINRIB, Ernest (1995). *The idea of private Law*. London: Harvard University Press.

### *Jurisprudencia citada*

- CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN (2008): sentencia de 30 de diciembre de 2008, rol n.º 360-2005. Disponible en Oficina Judicial Virtual, sección civil [fecha de consulta: 7 de julio de 2024].

- CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN (2022): sentencia de 28 de enero de 2022, rol de ingreso n.º 2109-2020. Disponible en Oficina Judicial Virtual, sección civil [fecha de consulta: 7 de julio de 2024].
- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2014): sentencia de 2 de enero de 2014, rol de ingreso n.º 158-2013. Disponible en Oficina Judicial Virtual, sección civil [fecha de consulta: 7 de julio de 2024].
- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2016): sentencia de 9 de marzo de 2016, rol de ingreso n.º 10932-2016. Disponible en Oficina Judicial Virtual, sección civil [fecha de consulta: 7 de julio de 2024].
- CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO (2019): sentencia de 7 de mayo de 2019, rol de ingreso n.º 112-2018. Disponible en Oficina Judicial Virtual, sección civil [fecha de consulta: 7 de julio de 2024].
- CORTE SUPREMA (2003): sentencia de 30 de abril de 2003, rol de ingreso n.º 1290-2002. Disponible en Oficina Judicial Virtual, sección civil [fecha de consulta: 7 de julio de 2024].
- CORTE SUPREMA (2004): sentencia de 30 de agosto de 2004, rol 534-2003. Disponible en Oficina Judicial Virtual, sección civil [fecha de consulta: 7 de julio de 2024].
- CORTE SUPREMA (2014): sentencia de 30 octubre de 2014, rol de ingreso n.º 11857-2014. Disponible en Oficina Judicial Virtual, sección civil [fecha de consulta: 7 de julio de 2024].
- CORTE SUPREMA (2016): sentencia de 22 de septiembre de 2016, rol de ingreso n.º 9481-2016. Disponible en Oficina Judicial Virtual, sección civil [fecha de consulta: 7 de julio de 2024].
- CORTE SUPREMA (2016a): sentencia de 27 de octubre de 2016, rol de ingreso n.º 14331-2016. Disponible en Oficina Judicial Virtual, sección civil [fecha de consulta: 7 de julio de 2024].
- CORTE SUPREMA (2017): sentencia de 14 de septiembre de 2017, rol de ingreso n.º 400-2017. Disponible en Oficina Judicial Virtual, sección civil [fecha de consulta: 7 de julio de 2024].
- CORTE SUPREMA (2020): sentencia de 9 de marzo de 2020, rol de ingreso n.º 17.045-2019. Disponible en Oficina Judicial Virtual, sección civil [fecha de consulta: 7 de julio de 2024].
- CORTE SUPREMA (2022): sentencia de 9 de agosto de 2022, rol de ingreso n.º 69506-2021. Disponible en Oficina Judicial Virtual, sección civil [fecha de consulta: 7 de julio de 2024].
- CORTE SUPREMA (2023): sentencia de 23 de agosto de 2023, rol de ingreso n.º 7886-2022. Disponible en Oficina Judicial Virtual, sección civil [fecha de consulta: 7 de julio de 2024].
- TERCER JUZGADO CIVIL DE TEMUCO (2017): sentencia de 29 de diciembre de 2017, rol de ingreso n.º C-4458-2016. Disponible en Oficina Judicial Virtual, sección civil [fecha de consulta: 7 de julio de 2024].

## SIGLAS Y ABREVIATURAS

DICOM	Directorio de Información Comercial
ed.	editor
eds.	editores
etc.	etcétera
https	Hypertext Transfer Protocol Secure
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
<i>i.e.</i>	<i>id est</i>
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatum</i>
n.º <i>a veces</i> Núm.	número
No.	<i>number</i>
p.	página
pp.	páginas
Q.E.P.D.	que en paz descanse
S.A.	sociedad anónima
Sr.	señor
VIH	virus de inmunodeficiencia humana
vol.	volumen <i>a veces</i> volume