

JOSÉ LUIS DIEZ SCHWERTER: *El daño extracontractual, Jurisprudencia y Doctrina*, Editorial Jurídica de Chile, 1997, 291 páginas, con prólogo del profesor Ramón Domínguez Aguila.

El licenciado don José Luis Diez Schwertter publica, por medio de la Editorial Jurídica de Chile, una importante obra sobre el Derecho de Daños, materia que tan poca atención ha recibido por parte de la doctrina nacional. El daño extracontractual, como intitula su obra, es abordado desde una óptica preferentemente jurisprudencial, fijando sus propias posiciones en cada uno de los tópicos que trata.

El trabajo se desarrolla en cuatro capítulos. En el primero se trata el daño en general, de su función en la responsabilidad extracontractual, se revisan los requisitos (presupuestos) que deben concurrir para que nazca la obligación de reparar, y se presenta una clasificación de los daños. En este apartado parece importante la indagación que se hace en torno al concepto de daño que ofrece nuestra jurisprudencia, concluyéndose que por tal debe tenerse un concepto amplio, representativo de toda lesión, menoscabo o detrimento que pueda sufrir una persona en algún interés (lícito se agregará más adelante). Se supera así una presentación abstracta del daño, vinculada a la "lesión" de un derecho subjetivo. Como bien lo reconoce el autor, la noción de daño extracontractual debe coincidir con una aproximación "vulgar" al mismo, pues, para que el Derecho de Daños pueda cumplir la función resarcitoria que le corresponde, no hay otra forma metodológica de acercarse a la idea de daño, si no es por la vía de aceptar que lo protegido va mucho más allá de aquello que está amparado en el ordenamiento jurídico como derecho subjetivo. Es más, sólo una correcta pers-

pectiva antropológica, muy bien insinuada por el autor, permite concebir adecuadamente al daño moral, como una lesión a intereses extrapatrimoniales, superando con ello la idea tradicional de que el daño moral es el simple *pretio doloris*, e incluso la noción más elaborada por cierto, pero también categorizante, de que el daño moral constituye una lesión a los derechos de la personalidad (Fueyo Laneri entre nosotros). En esta aproximación al tema del daño, nuestro autor está acertado y visualiza con precisión, —así lo pienso— cuáles son las tendencias jurisprudenciales que deben seguirse, y las que deben ser desechadas.

El capítulo segundo lo ha dedicado al daño moral, con el peligro de repetir lo que ya había adelantado en el primer apartado de su trabajo. Destaca el joven autor que la reparación del daño moral extracontractual ha sido una creación de carácter jurisprudencial —ya llega incluso al ámbito contractual—, reforzada por precisas normas constitucionales. Destaca en esta parte del trabajo la conclusión firme a que se llega, en orden a que es dable un daño meramente moral de carácter extracontractual, cuya víctima sea una persona jurídica, cuestión que aparece insinuada en nuestra jurisprudencia y ha sido aceptada en el derecho comparado. Pero claro, esto sólo es posible de ser aceptado si se admite la noción de daño moral extracontractual concreta y menos abstracta, vinculada a la protección de intereses no patrimoniales y no únicamente al dolor o sufrimiento moral (*pretio doloris*) que debe entenderse sólo como un tipo de daño moral.

De la prueba de los daños se ocupa en el capítulo tercero, en donde pasa revista al estado jurisprudencial del tema, afirmando que es deber de la víctima acreditar ante el Tribunal la existencia del daño, lo que no debe confundirse con el deber de fijar el monto. La agudeza del autor llega aquí a uno de sus puntos más notables, pues no siempre se advierte que la reparación por el equivalente económico, y concretamente la indemnización por daños y perjuicios, es no sólo una vía de resarcimiento que se traduce en un monto de dinero suficiente para reparar el mal causado (también es posible intentar la reparación *in natura*). Por ello, basta para que el Tribunal pueda hacerlo que estén acreditados en el proceso los presupuestos del deber de reparación, sin tener que imponerle al actor, además, la carga de probar el monto de los daños, cuestión en que el juez puede actuar de oficio sin incurrir en *ultra petita*. Se critica en el trabajo la mayor laxitud probatoria que los tribunales nacionales han tenido para dar por acreditado el daño extracontractual, pues se estima que, aun tratándose de daño moral que ciertamente supone una mayor dificultad probatoria, no hay razón para relevar al actor de su carga de dar acreditarle por la vía procesal. No estoy tan seguro de la crítica, pues me parece habría que advertir que en materia de reparación del daño moral extracontractual, cuando lo que se busca es una reparación pecuniaria, esta cumple una función consoladora. Como lo reconoce el autor, jamás podrá una suma de dinero reponer el daño causado. Si ello es así, pienso que para optar a tal indemnización no es necesario probar el detrimento económico y basta acreditar la lesión, que, paradójicamente tiende a ser de comprobación formal: sólo debe demostrarse la afectación del derecho, interés o situación jurídica. Creo que

exigir la prueba del sufrimiento efectivo no es razonable, pues basta acreditar que el daño por sí es capaz de producirlo en un ser humano normal. Para los otros tipos, si queremos un Derecho verdaderamente protector, habrá de admitirse una mayor facilidad en la acreditación del daño, por ser precisamente más espiritual y, al no identificarse necesariamente con un dolor o sufrimiento físico o moral, tiende a confundirse con la comprobación del ilícito, más aún, si no ha existido, además, daño patrimonial. Por ello será razonable —y justo—, en muchos casos, el recurso a la presunción. De cualquier manera, hay aquí campo abierto para la investigación.

En el último capítulo el autor se preocupa de estudiar las vías de reparación del daño, afirmando el principio básico que hoy impera en la materia: *el derecho a la reparación íntegra y oportuna que tiene la víctima*. Se destaca que la indemnización pecuniaria no es necesariamente el único camino de resarcimiento, sino que también debe reconocerse, como de hecho la jurisprudencia lo admite, como vía de reintegración, la reparación *in natura*, que pretende poner fin al daño intentando dejar al afectado en el mismo estado en que se encontraría si no hubiera sido lesionado. Como no siempre ello es posible, o con obtener sólo tal efecto a veces no se logra el fin básico de la reparación (que la víctima quede íntegramente restablecida), el Derecho permite el resarcimiento de los daños y perjuicios por la vía pecuniaria, sea de cantidad única o de cuotas. Particular cuidado ha tenido el autor de estudiar los problemas que la fijación de indemnización de dinero se presentan, con relación a la inflación. Así, afirma el derecho al reajuste de la indemnización que tiene la víctima, para lo cual también se preocupa de aislar el momento con relación al cual la indemnización debe ser calculada.

Distingue aquí según la naturaleza del daño, pues entiende que si se trata de un daño de carácter material (en las cosas o en las personas), la indemnización que establece la sentencia debe fijarse a partir del momento en que se produjo el daño, en cambio, si es un daño moral, es la fecha de la sentencia el momento a considerar. El derecho a los intereses de la cantidad fijada también los aborda, explicando la completa anarquía que sobre el tema ha reinado en la jurisprudencia, ofreciendo un método justo de cálculo que concilie el derecho de toda víctima a recibir una retribución por la no disponibilidad oportuna de esa cantidad, con el deber que tiene el juez de no dar más de lo que la reparación exige. Termina la obra con una síntesis de 54 conclusiones, que son de utilidad pedagógica pero nos resultan innecesarias, dado su nivel.

Como bien lo advierte el prologo, estamos frente a un excelente trabajo, hecho con esmero y seriedad —según lo confiesa el mismo autor al final del mismo—, que merece todo tipo de elogios. No sólo por el valor que supone encararse con un tema tan difícil como el del daño, como también por la investigación acuciosa que supuso y, además, por la excelente doctrina que ofrece. Acaso se eche en falta una mayor detención en el im-

portante tema de relación de causalidad que debe existir entre acción (omisión) y daño, que permite al autor distinguir entre perjuicios directos e indirectos, y que hoy cobra importancia crucial por el avance que van teniendo en el Derecho comparado las formas más objetivas de imputación.

Sin duda la obra del señor Díez se constituirá en un punto de referencia doctrinal ineludible para el futuro, y fuente de inspiración para nuevas publicaciones. Si alguna crítica formal haya que hacerle, por el puro afán de perfección, es el abultamiento excesivo del índice y tal vez exagerado, pues no siempre los epígrafes dan cuenta fiel de lo que el texto trata. El aparato crítico, aunque importante, parece atrasado, y ciertamente insuficiente respecto a autores contemporáneos que tanto han aportado al Derecho de Daños, pero también entendemos que ello no es responsabilidad del autor, sino de los Centros Docentes que no ofrecen a los investigadores bibliotecas actualizadas.

Nos resta, por último, felicitar al profesor Domínguez Aguila, pues, no hay mayor alegría para un maestro que lucirse con sus discípulos y ¡de qué manera!

Jorge Baraona González
Profesor de Derecho Civil