

DAÑO REFLEJO O POR REBOTE: PAUTAS PARA UN ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO

RICOCHET OR REFLEX DAMAGES (RELATIONAL LOSS): GUIDELINES FOR A COMPARATIVE ANALYSIS

RAFAEL PETEFFI DA SILVA

Doutor em Direito Civil – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Coordenador da Rede de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo. Professor Adjunto IV da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC.
rpeteffi@terra.com.br

OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR

Professor Doutor de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Coordenador da Rede de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo.
otavioluiz.sp@gmail.com

**Recebido: 11.12.2015
Aprovado: 05.04.2016**

ÁREA DO DIREITO: Civil

RESUMO: Os danos reflexos ou por ricochete são tratados de maneira pragmática pela civilística nacional e estrangeira, não contando com uma análise baseada em conceitos operacionais claros. O tratamento do tema normalmente centra-se na verificação casuística de hipóteses específicas, com destaque para o "caso clássico", que é observado quando do homicídio da vítima direta. Inicialmente, descortinam-se as verbas indenizatórias vinculadas a essa espécie, tanto na seara patrimonial como na seara extrapatrimonial. Em seguida, reconhecendo-se a amplitude sistemática do Direito Brasileiro, alicerçado em uma cláusula geral de responsabilidade civil extracontratual, mostra-se que os tribunais pátrios aceitam inúmeras hipóteses de danos reflexos ou por ricochete, indo muito além do chamado "caso clássico". Como contraponto, investigam-se as características de sistemas jurídicos que não contam, na seara da responsabilidade civil extracontratual, com um rol restrito de bens protegidos.

ABSTRACT: "Ricochet" or "reflex" damages (relational loss) are the object of a pragmatic discussion, both in domestic and foreign tort law, which does not rely on clear operational concepts. The analysis of the subject tends to focus on a case-by-case approach to specific hypotheses, with an emphasis on the "classic case" regarding claims by third parties affected by the death of a homicide victim. Firstly, the paper explains the various compensatory claims that arise from relational loss, whether they be pecuniary or non-pecuniary in nature. Secondly, it shows that Brazilian courts recognize numerous instances of ricochet damages that go well beyond the "classic case", on account of the systematic breadth of Brazilian law, which is based on a general principle of tort. As a counterpoint, the paper also investigates the characteristics of legal systems that contain a restricted array of protected legal interests in matters of tort law. Such characteristics are closely linked to restrictive criteria adopted

Essa característica está intimamente ligada à maneira restritiva com que se tratam as hipóteses de danos reflexos ou por ricochete que não estejam expressamente previstas em lei.

PALAVRAS-CHAVE: Dano reflexo – Cláusula geral de responsabilidade – Responsabilidade civil – Direito brasileiro – Direito alemão.

when allowing ricochet damages that are not expressly provided for in specific statutes.

KEYWORDS: Relational loss – General principle of tort – Torts – Brazilian law – German law.

SUMÁRIO: Introducción – 1. Modelos de responsabilidad civil en la hipótesis de los daños reflejos: el curioso caso alemán de los *cabre cases* – 2. El “caso clásico”: el homicidio y el daño reflejo: 2.1 Daños patrimoniales; 2.2 Daños extrapatrimoniales – 3. Amplitud sistemática del derecho brasileño y sus modalidades “atípicas” de daño reflejo extrapatrimonial: importante contrapunto con el derecho portugués: 3.1 Consideraciones iniciales; 3.2 Daño reflejo extrapatrimonial: 3.2.1 Indemnización de los daños extrapatrimoniales reflejos en caso de lesiones corporales graves; 3.2.2 Caso limítrofe; 3.2.3 Los daños a la vida de relación y sus conexiones con los daños extrapatrimoniales reflejos o por rebote; 3.2.4 Casos dispersos – 3.3 Daño patrimonial: 3.3.1 Incumplimiento contractual del proveedor de servicio; 3.3.2 El artículo 495, apartado 2, del Código Civil portugués – 4. Conclusión – 5. Referencias.

INTRODUCCIÓN

En la doctrina portuguesa¹ contemporánea, especialmente en la obra de autores influenciados por el derecho civil alemán, hay quien defiende que el ordenamiento jurídico establece filtros para la identificación de daños indemnizables, pues “los bienes jurídicos generales *persona* y *patrimonio* son demasiado extensos como para que cualquier injerencia o ataque (*Eingriff*) pueda dar lugar a una obligación de indemnización”.²

Esa posición pone en evidencia uno de los problemas más complejos de la moderna responsabilidad civil, el cual exige, especialmente en lo que se refiere a los límites entre los diferentes “modelos” o “sistemas” de responsabilidad civil extracontractual, particular atención de los comparatistas, que se hace aún más relevante en los países de tradición de *civil law* en lo que se ha llamado una verdadera

1. Trabalho apresentado no I Encontro de Internacionalização do CONPEDI, realizado nos dias 8, 9 e 10 de outubro de 2014, na Faculdade de Direito da Universidade de Barcelona, Reino de Espanha. Os autores permitiram a publicação de versão modificada deste artigo em língua portuguesa.
2. SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira. *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*. Coimbra: Almedina, 1989. p.175.

“explosión” de la responsabilidad civil contemporánea.³ Esa diferenciación se vuelve específicamente importante cuando se estudia el problema del daño reflejo.

Es digno de nota que los estudios sobre el daño reflejo, en el derecho brasileño y en gran parte del derecho extranjero, comiencen con el análisis de las posibilidades indemnizatorias extraídas directa o indirectamente del denominado “caso clásico”, expresión acuñada por Rafael Peteffi da Silva. La hipótesis se puede extraer de la norma contenida en el artículo 948 del Código Civil brasileño y de los artículos 495 y 496 del Código Civil portugués.⁴ Según establece el artículo 948 del código brasileño, la indemnización debida en casos de homicidio comprende el pago de gastos con el tratamiento médico hospitalario, las exequias y el luto de la familia (apartado I), además de los alimentos debidos a los acreedores del difunto, “teniendo en cuenta la duración probable de la vida de la víctima” (apartado II). El encabezamiento del artículo 948 hizo una innovación al señalar que esas especies indemnizatorias no excluirían “otras reparaciones”.

En la sección 1 se hará una breve exposición de los modelos de responsabilidad civil y se analizará, bajo la óptica de los conocidos *cable cases*, el curioso tratamiento que el derecho alemán le dispensa al daño reflejo.

La sección 2 se dedicará al estudio de la postura de la jurisprudencia y del estado de la doctrina sobre el caso clásico del daño reflejo, con el fin de proporcionar una visión general de la hipótesis indemnizatoria más consolidada en el Brasil. También se presentarán algunos comentarios respecto del daño reflejo o por rebote en casos de lesión corporal, pues el artículo 495 del Código Civil portugués prevé esa posibilidad. Se notará que no existe armonía, ni siquiera en el derecho continental europeo, en lo que se refiere a la posibilidad de indemnizar los daños patrimoniales y extrapatrimoniales en el ámbito de los daños reflejos, principalmente cuando son analizados los casos que no se vinculan a la clásica hipótesis de homi-

3. “Los códigos civiles y los proyectos mencionados son particularmente importantes para el estudio de la responsabilidad civil, por lo menos por dos razones. En primer lugar, ofrecen diversos ejemplos de reelaboración de la responsabilidad civil y por contera del contrato, que por tradición histórica, que se remonta al derecho romano, ha sido siempre identificado como el instituto ‘príncipe’ del derecho de las obligaciones. En segundo lugar, los códigos y los proyectos mencionados ofrecen una prueba irrefutable de lo que algunos juristas han denominado, con término vivo y eficaz, ‘explosión’ de la responsabilidad civil” (LANNI, Sabrina. La reelaboración de la responsabilidad civil: nuevos códigos civiles y diálogo euro-latinoamericano. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 4. ano 2. p. 302. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2015).
4. Consultar: SILVA, Rafael Peteffi da. Sistema de justiça, função social do contrato e a indenização do dano reflexo ou por ricochete. *Revista Sequência* (UFSC). vol. 63. p. 1-22. Florianópolis, 2011. p. 361.

cidio de la víctima directa, como sucede con los *cable cases* mencionados en la sección I.

La sección 3 del presente artículo pretende, ante la constatación de que el ordenamiento jurídico brasileño se cuenta entre los que adoptan un sistema abierto de responsabilidad civil, identificar las diversas hipótesis de daño reflejo o por rebote que existen en el ámbito patrimonial y extrapatrimonial. La apertura sistemática del ordenamiento jurídico brasileño quedará en evidencia, principalmente en función de la receptividad de la jurisprudencia brasileña a nuevos casos de daños reflejos o por rebote.

Enfatizamos que el presente artículo no tiene la pretensión de proponer o de formular una teoría general de los daños reflejos o por rebote, visando ofrecer algunos criterios seguros para la reparación de ese tipo de daño. Nuestra única intención, por lo tanto, es exponer el estado del arte sobre el asunto en el derecho brasileño, comparándolo con los sistemas jurídicos que ejercen influencia más destacada en el Brasil, principalmente el derecho portugués.

1. MODELOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA HIPÓTESIS DE LOS DAÑOS REFLEJOS: EL CURIOSO CASO ALEMÁN DE LOS *CABLE CASES*

Al margen de las particularidades de cada país, es posible identificar la presencia de dos modelos en los ordenamientos seguidores de la tradición romano-germánica. Uno más restrictivo (o tipificado) que se identifica con el sistema prevaleciente en el BGB y es la herencia de una difícil elección teórica hecha en la época de la elaboración del Código Civil alemán de 1900; y otro más amplio que se caracteriza por cláusulas generales amplias y cuyo núcleo es o bien la famosa norma positivada en el artículo 1382 del *Code Napoleon*.⁵

Una de las principales características del primer modelo es la limitación de bienes jurídicos tutelados, pues se parte del presupuesto de que “el patrimonio en sí mismo nunca haya sido reconocido como un bien jurídico tutelado por el párrafo 823 I del BGB”.⁶ Los llamados *reiner Vermögensschaden* (*pure economic losses*), por

5. WAGNER, Gerhard. Comparative Tort Law. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (org.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. New York: Oxford University Press, 2008. p.1013; LEITÃO, Adelaide Menezes. *Normas de proteção de danos puramente patrimoniais*. Almedina: Coimbra, 2009. p. 7-106.

6. SCHMIDT, Jan Peter. Responsabilidade civil no direito alemão e método funcional do direito comparado. In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. *Responsabilidade Civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 732.

exclusión, constituyen daños que no poseen relación con una lesión a una persona o a la propiedad. La doctrina alemana debate su *locus*, pero algunos los asocian al § 1833 del BGB.⁷

Esa característica es ilustrada por la categoría de los *daños puramente patrimoniales*, que corresponde a un grupo de perjuicios que no encuentran reparación en determinados ordenamientos, principalmente por no violar un bien jurídico tutelado. Francisco Parisi, Vernon Parmer y Mauro Bussani proponen una sistematización no exhaustiva que engloba cuatro grupos de casos relacionados con los *daños puramente patrimoniales*:⁸ (i) daños por rebote; (ii) daños transferidos⁹ (el llamado *transferred loss* se asemeja a los daños por rebote y particularmente a la hipótesis positivada en el artículo 786 del Código Civil brasileño); (iii) daños provocados por fallas de la infraestructura pública, y (iv) daños por informaciones y prestación de consultorías equivocadas.

No se puede afirmar que los *daños puramente patrimoniales*, si fueran observados en un sistema jurídico fundado en cláusulas generales amplias de responsabilidad civil extracontractual, serían siempre indemnizados.¹⁰ Sin embargo, se puede verificar, en la mayoría de los casos, que los tribunales alemanes, al contrario de los franceses, se muestran reacios a la indemnización de ese tipo de perjuicio. Además, si es verdad que los sistemas que se dicen abiertos no poseen un rol de bienes jurídicamente protegidos, es posible que otros requisitos de la responsabilidad civil efectúen el necesario filtraje. Es lo que sucede, de manera destacada, con el nexo de causalidad,¹¹ el gran responsable por obstaculizar la indemnización de algunas de las hipótesis mencionadas.

Con respecto a los *cabble cases*, caso clásico de daño por rebote, parece haber, sin embargo, una evidente barrera entre los dos modelos de responsabilidad civil extra-

7. DEUTSCH, Erwin. Der Ersatz reiner Vermögensschäden nach deutschem Recht. In: BANAKAS, Efstathios K. et alii (Eds). *Civil liability for pure economic loss*. London: Kluwer, 1996. p. 68.

8. PARISI, Francesco, PALMER, Vernon e BUSSANI, Mauro. The Comparative Law and Economics of Pure Economic Loss. *International Review of Law and Economics*. n. 27, p. 29-48.

9. La traducción es de BARBOSA, Mafalda Miranda. *Liberdade v. Responsabilidade: a precaução como fundamento da imputação delitual?* Coimbra: Almedina, 2006. p. 219.

10. Ciertos autores incluyen los daños causados por la competencia leal, normalmente no indemnizables, dentro de los daños puramente patrimoniales. En ese sentido, véase: VASCONCELOS, Maria João Sarmento Pestana de. Algumas questões sobre a ressarcibilidade delitual de danos patrimoniais puros no ordenamento jurídico português. In: ANTUNES, Ana Filipa; FONSECA, Ana Maria; VASCONCELOS, Maria João; SÁ, Fernando (orgs). *Novas tendências da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 151-153.

11. BARBOSA, Mafalda Miranda. Op. cit., p. 26-27.

SILVA, Rafael Peteffi da; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Daño reflejo o por rebote: pautas para un análisis de derecho comparado. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 7. ano 3. p. 207-240. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2016.

contractual referidos. Tanto es así que Francisco Parisi, Vernon Palmer y Mauro Bassani identifican en Francia, Bélgica, Italia, España y Holanda ejemplos de países que indemnizan los *cable cases*, mientras que Alemania, Portugal, Inglaterra, Finlandia, Suecia, Austria y Escocia enfrentarían dificultades dogmáticas para aceptar la posibilidad de resarcir ese perjuicio.¹²

Los *cable cases*, como ya mencionados, se han vuelto ejemplos clásicos de la solución delictual en el derecho civil alemán, la cual goza de enorme prestigio en la doctrina de aquel país. Un ejemplo de ello está en la utilización por Jan Peter Schimdt de dos precedentes del *Bundesgerichtshof* (BGH) a ese respecto.¹³

El primero de ellos es una decisión del BGH de 1959, con los siguientes elementos descriptivos: a) una empresa de ingeniería, al realizar trabajos de excavación en vías públicas, damnificó un cable subterráneo de alta tensión que pertenecía a una compañía de electricidad; b) con eso, hubo un corte en la distribución de energía eléctrica en el local y una imprenta tuvo que interrumpir sus actividades por varias horas; c) los dueños de la imprenta demandaron a la empresa de ingeniería. El Tribunal Federal rechazó la pretensión de la imprenta, por considerar que hubo un *daño puramente patrimonial* provocado por la interrupción temporaria de la actividad productiva de la empresa demandante. No hubo violación a cualquiera de los derechos previstos en el § 823 I, BGB.¹⁴

En el segundo caso, correspondiente a otro fallo del BGH, esta vez del año 1964, los elementos descriptivos fueron los siguientes: a) una persona golpeó algunos árboles, que cayeron sobre la línea de transmisión de la compañía energética *Rheinisch-Westfälisches Elektrizitätswerk AG*; b) Con eso, se le interrumpió, durante seis horas, el abastecimiento de electricidad a una empresa de avicultura, que sufrió daños provocados por la desconexión de la incubadora donde estaban guardados los huevos destinados a la producción avícola; c) Un considerable número de aves no llegó a nacer, sin contar otras tantas que nacieron con malformaciones físicas a causa de la interrupción del suministro eléctrico. Al contrario de lo que había ocurrido en el fallo de 1959, el BGH reconoció la pretensión al resarcimiento de la empresa de avicultura, ya que había ocurrido una violación de su derecho de propiedad, cuyo objeto serían los huevos y las aves.¹⁵

Según Jan Peter Schimdt, “[al] observador extranjero puede parecer arbitraria la divergencia entre los fallos de cada caso, pero esa es la consecuencia lógica de los

12. PARISI, Francesco, PALMER, Vernon e BUSSANI, Mauro. Op. cit., p. 39.

13. SCHMIDT, Jan Peter. Op. cit., p. 733-735.

14. BGH, 9.12.1958 – VI ZR 199/57.

15. BGH 4.2.1964 – VI ZR 25/63.

límites de la responsabilidad que el legislador alemán estableció”.¹⁶⁻¹⁷ De hecho, Jan Peter Schmidt tiene razón al mencionar la perplejidad del observador extranjero, principalmente si es proveniente de un ordenamiento con mayor amplitud sistemática, tal como ocurre en Brasil.

El breve relato sobre ordenamientos con mayor o menor amplitud sistemática es útil para entender las actitudes tan diversas que se adoptan, con relación a los daños por rebote, en Brasil y en Portugal. En efecto, los doctrinadores portugueses, especialmente los adeptos de la tradición de Coímbra y Lisboa, se consideran legatarios del modelo extracontractual de Jhering que influenció, a pesar de contar con especificidades propias, a los redactores del BGB.¹⁸ Poco se ha escrito a respecto del asunto en el derecho brasileño, pero se puede afirmar, como efectivamente se demostrará a lo largo de este artículo, que su marca característica es, desde la vigencia del Código Civil de 1916, la presencia de una cláusula general de responsabilidad civil extracontractual.¹⁹

Con relación al daño reflejo o por rebote, se puede decir que su propio nombre ya proporciona una visión interesante del instituto. Según Fernando Noronha,²⁰ daño reflejo es “aquel que afecta a otras personas, por estar conectadas a aquella que es víctima inmediata de un determinado hecho lesivo”.

Con tal propósito, Geneviève Viney y Patric Jourdain explican que:

“[Es] frecuente, principalmente en casos de accidente corporal, que los daños sufridos por la víctima inmediata sean ellos mismos la fuente de otros perjuicios, alcanzando, por ejemplo, a las personas que se encuentran obligadas a indemnizar

16. SCHMIDT, Jan Peter. Op. cit., p. 733-735. Es importante señalar la advertencia que hace el autor con relación a la existencia de cierta “compensación” del ordenamiento jurídico alemán, que utiliza otras categorías jurídicas para indemnizar las hipótesis de daños puramente patrimoniales. Tal es el caso del contrato con efectos de protección a terceros, que “inicialmente fue desarrollado para los contratos de arrendamiento, con el objetivo de proteger no sólo al inquilino contra los daños por defectos en el inmueble, sino también a las personas que viven en él”.

17. En la casuística alemana, acerca de otros *casos* con igual relevancia, citense: BGH, 12-7-1977 – VI ZR 136/76 e BGH, 8-6-1976 – VI ZR 50/75.

18. MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil português*. Coimbra: Almedina, 2010. vol. 2, t. 3, p. 377-378; LEITÃO, Adelaide Menezes. Op. cit., p. 246. Véase: SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira. Op. cit., p. 175 y ss., que también llama la atención hacia algunas particularidades con relación al modelo alemán.

19. COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 2. p. 333 y ss., jan.-mar. 2015.

20. NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 603.

a la víctima inicial o a aquellas que poseen con ésta relaciones de interés o afectión que el evento perjudicial bruscamente perturbó.”²¹

Es interesante notar la dificultad de encontrar conceptos operacionales claros – tanto en la doctrina internacional como, muy particularmente, en la doctrina brasileña – que consigan identificar los daños reflejos como figura jurídica autónoma y dotada de un contenido eficaz propio. Ni siquiera en obras monográficas dedicadas al asunto se encuentra una definición clara de los conceptos operacionales utilizados por sus autores.²²

De modo general, las lecciones acerca de la materia comienzan desde luego el estudio de la casuística, cuyo ejemplo más sobresaliente es la indemnización de los parientes de la víctima de homicidio, tal como dispone el artículo 948 del Código Civil brasileño y los artículos 495 y 496 del Código Civil portugués.

En otra oportunidad, en la cual se trató específicamente de los daños reflejos relacionados a la responsabilidad contractual, se acuñó la siguiente definición para los daños reflejos: “el perjuicio que se puede observar siempre en una relación triangular en la cual el agente perjudica a una víctima directa que, en su ámbito jurídico propio, sufre un perjuicio que resultará en un segundo daño, propio e independiente, observado en el ámbito jurídico de la víctima refleja o por rebote”.²³ En la actualidad, además de la falta de conceptos firmes en la doctrina nacional, no parece haber ni siquiera un consenso mínimo acerca de las especies de daños reflejos indemnizables.

Es conveniente tratar ahora del llamado “*caso clásico*” del daño reflejo y su disciplina jurídica en los derechos brasileño y portugués.

2. EL “CASO CLÁSICO”: EL HOMICIDIO Y EL DAÑO REFLEJO

La presente sección propone delinear un perfil de la indemnización del daño reflejo o por rebote en el derecho brasileño, el cual, a pesar de abarcar varios casos de ese tipo de daño, suele centralizar el debate en la hipótesis regulada por el artículo 948 del Código Civil. Se efectuarán comparaciones, cuando sea posible, con el

21. Del original: “Il est fréquent, notamment en cas d’accident corporel, que le dommage subi par le victim immediate soit lui-même la source d’autres préjudices, atteignant, par exemple, les personnes qui se trouvent obligées d’indemniser la victime initiale ou celles qui entretenaient avec elle des rapports d’intérêt ou d’affection que l’événement dommageable a brusquement perturbés” (VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de droit civil: les conditions de la responsabilité*. 3. ed. Paris: LGDJ, 2006. p. 193).

22. El ejemplo es de GERALDES, António Santos Abrantes. *Temas da responsabilidade civil: indemnização dos danos reflexos*. 2. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2007. *passim*.

23. SILVA, Rafael Peteffi da. *Op. cit.*, p. 353-375.

desarrollo de los mismos daños en el derecho extranjero, con énfasis en el derecho portugués.

El artículo 948 del Código Civil brasileño de 2002,²⁴ que prácticamente repite el artículo 1.537 del Código Civil brasileño de 1916,²⁵ asegura la indemnización por los daños reflejos, autónomos e independientes sufridos por personas determinadas. En general, son individuos muy cercanos a la víctima de homicidio. Recuérdese que el legislador del Código Civil brasileño de 2002 incluyó, al final del encabezamiento del artículo 948, la expresión “sin excluir otras reparaciones”, con la cual dotó de apertura sistemática el modelo de indemnización brasileño y autorizó explícitamente a la jurisprudencia a aumentar el catálogo de daños indemnizables.

Con respecto a esa innovación, hay quien entienda que sea el fundamento para que se admita la acumulación de los daños materiales, de los alimentos y de los daños morales.²⁶ Acerca de esta orientación de la doctrina mantener las reservas, ya que antes de 2002 esta expansión del daño resarcible en el contexto de art.1.537, CCB/1916, había sido admitida por la doctrina y gran parte de la jurisprudencia.

Vale señalar que la indemnización debida a las personas cercanas a la víctima de homicidio también es un caso clásico en ordenamientos extranjeros. Es lo que sucede en Francia y en Italia, que no poseen un artículo específico sobre la hipótesis, y en Portugal,²⁷ que cuenta con un dispositivo legal que establece explícitamente la posibilidad de requerir los daños por rebote en casos de homicidio.

24. “Artículo 948. En caso de homicidio, la indemnización consiste, sin excluir otras reparaciones:

I – en el pago de los gastos del tratamiento de la víctima, de su funeral y del luto de la familia;

II – en la pensión alimentaria a las personas a las que el muerto la debía, llevándose en cuenta la duración probable de la vida de la víctima;”

25. “Artículo 1.537. La indemnización, en caso de homicidio, consiste:

I – en el pago de los gastos del tratamiento de la víctima, de su funeral y del luto de la familia.

II – en la pensión alimentaria a las personas a las que el difunto la debía.”

26. PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. 18. ed. atual. por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2010. vol. 5, p. 553; ROMITI, Ângela Patrício Müller. A indenização pela perda da vida (dano da morte). *Revista Forense*. vol. 108. n. 415. p. 67. jan.-jun. 2012.

27. “Artículo 495.º (Indemnización a terceros en caso de muerte o lesión corporal)

1. En caso de lesión que produzca la muerte, el responsable tiene la obligación de indemnizar todos los gastos, incluso los que se hayan hecho para salvar al perjudicado, sin exceptuar los del funeral.

2. En este caso, como en los demás casos de lesión corporal, tienen derecho a indemnización los que hayan auxiliado al perjudicado, así como los establecimientos hospitalarios,

La fuerza de la positivación legal explícitamente efectuada por el artículo citado ha sido capaz de garantizar la solidez jurisprudencial y doctrinaria para esa hipótesis específica de daño reflejo o por rebote y ha limitado las polémicas a algunas controversias acerca de la cuantificación del monto indemnizatorio. Para una correcta noción de los daños que el ordenamiento brasileño suele admitir, sobre la base del artículo 948, se dividirán los daños reflejos entre aquellos con efecto patrimonial y los daños reflejos con efectos extrapatrimoniales.

2.1 Daños patrimoniales

Se puede decir que, en lo que se refiere a las cuantías mencionadas en el apartado I del artículo 948 del Código Civil brasileño, se observa una gran cohesión jurisprudencial y doctrinaria en el derecho nacional. Con relación a los gastos con el funeral, la jurisprudencia suele conceder indemnización suficiente para costear un funeral digno (ataúd, flores, compra de un espacio para poner el cadáver etc.), observada la condición social del fallecido y los usos y costumbres del local de su domicilio para aquilatar el grado de sofisticación que los procedimientos funerarios deberán seguir.²⁹⁻³⁰ Es interesante notar que Francia, uno de los países más progre-

médicos u otras personas o entidades que hayan contribuido para el tratamiento o asistencia de la víctima.

3. Tienen igualmente derecho a la indemnización los que podían exigir alimentos al perjudicado o aquellos a quien él se los pagaba en el cumplimiento de una obligación natural. “Artículo 496.º (Daños no patrimoniales)

1. La determinación de la indemnización debe cubrir los daños no patrimoniales que por su gravedad merezcan la tutela del derecho.

2. En caso de muerte de la víctima, tienen derecho a la indemnización por daños no patrimoniales, en conjunto, el conyugue no separado judicialmente de personas y bienes y los hijos u otros descendientes; en falta de éstos, los padres u otros ascendientes; y por último los hermanos o sobrinos que los representen.

3. El monto de la indemnización será fijado equitativamente por el tribunal, teniendo en cuenta, en cualquier caso, las circunstancias referidas en el artículo 494.º; en caso de muerte, pueden ser atendidos no sólo los daños no patrimoniales sufridos por la víctima, sino también los daños sufridos por las personas con derecho a indemnización en los términos del número anterior.

28. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 193-203; PORTO, Mario Moacyr. *Temas de responsabilidade civil*. São Paulo: Ed. RT, 1989. p. 51-56.

29. MONTENEGRO, Antônio Lindbergh C. *Ressarcimento de danos pessoais e materiais*. 8. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 81.

30. El Superior Tribunal de Justicia ha establecido que no es necesaria la comprobación de los gastos de funeral para obtener resarcimiento del autor del daño, a condición de que el

sistas en la indemnización de daños reflejos o por rebote,³¹ sólo permite la reparación de gastos funerarios en casos excepcionales, ya que ese dispendio tendría que ser obligatoriamente costado por los parientes en algún momento, independientemente del hecho ilícito del agente causador del daño, pues la muerte es un hecho que ocurre irremediabilmente.³²

Los costos con el tratamiento de la víctima también no suelen presentar grandes dificultades para la cuantificación, pues quedan restringidos a los gastos médicos, hospitalarios, de transporte y otros expendios realizados al intentar salvar a la víctima.³³

El luto de la familia ya ha sido considerado por algunos autores, como João Manuel Carvalho Santos, un concepto lo suficientemente amplio como para incluir la indemnización de una parte de los daños morales, principalmente en la época en que ese tipo de daño tenía muy poca aceptación.³⁴ En la actualidad, las cuantías concedidas en función del luto de la familia eventualmente consisten en el vestuario adecuado para el funeral y sobretodo, en el llamado permiso por defunción, que es el lapso temporal necesario para que los parientes cercanos a la víctima se recuperen mínimamente del grave impacto emocional sufrido y vuelvan a ejercer sus actividades. Por lo tanto, son daños exclusivamente patrimoniales.

El apartado II del artículo 948 garantiza medios de subsistencia básicos a las víctimas reflejas o por rebote después de la muerte de la persona que garantiza su sustento. La pensión asegurada por la norma del Código Civil brasileño de 2002 se limita a las víctimas que eran titulares de la capacidad jurídica de exigir alimentos del difunto, los cuales deberán, además, demostrar la dependencia económica. Así,

quantum se limite a los parámetros previstos en las normas de la seguridad social (STJ, EDcl en el REsp 1139997/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, Tercer Grupo, decretado el 10.04.2012, *DJe* 16.04.2012).

31. VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. Op. cit., p. 154 y ss.
32. LE TOURNEAU, Phillippe; CADIET, Loic. *Droit de la responsabilité*. Paris: Dalloz, 1998. p. 237. Los autores dicen que son indemnizados tan sólo algunos costos, tal como los referentes a viajes de los parientes o al traslado del cuerpo, en caso de muerte fuera del domicilio del difunto. En el mismo sentido, véase: SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Op. cit., p. 208. En el derecho portugués, parte de la jurisprudencia sostiene la misma opinión, específicamente al tratar de la conveniencia de que las instituciones de la seguridad social requieran el daño reflejo por haber concedido el beneficio funerario a la víctima directa. Véase GERALDES, António Santos Abrantes. Op. cit., p. 22.
33. MONTENEGRO, Antônio Lindbergh C. Op. cit., p. 81 y SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Op. cit., p. 207.
34. CARVALHO SANTOS, João Manuel de. *Código Civil brasileiro interpretado: principalmente do ponto de vista prático*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991. vol. 21, p. 82 y ss.

por ejemplo, los padres en buena condición económica de un fallecido de mediana edad que trabajaba, no merecerán la suma de dinero consignada en el artículo 948, apartado II.³⁵

Paulo Tarso Sanseverino afirma que la enumeración de los legitimados para requerir la indemnización del apartado II del artículo 948 del Código Civil brasileño de 2002 debería ser aumentado. El autor presenta el ejemplo del niño colocado en un hogar sustituto, sin las formalidades del Estatuto del Niño y del Adolescente, tal como sucede en Francia, donde también se le otorgó la protección a la concubina.³⁶

El derecho portugués, por vía legislativa, fue aún más efectivo que la jurisprudencia francesa, pues el artículo 495 del Código Civil de Portugal de 1967 determinó que incluso los acreedores de obligación natural pueden demandar alimentos al responsable por la muerte de la víctima directa.³⁷ Ese dispositivo, que consagra también la posibilidad de indemnización por daños reflejos en la hipótesis de lesión corporal de la víctima directa,³⁸ cuenta con otras hipótesis indemnizatorias que aún no están solidificadas en la doctrina ni en la jurisprudencia brasileñas, como se puede notar en lo que se refiere a la acción directa de hospitales y clínicas contra los causantes de accidentes.³⁹

2.2 Daños extrapatrimoniales

Conforme fue señalado anteriormente, en lo que se refiere al artículo 948 del Código Civil brasileño, se nota que la única innovación incorporada por el legislador al nuevo Código Civil brasileño fue la inclusión de la expresión “sin excluir otras reparaciones” en el encabezamiento del dispositivo. La apertura sistemática garantizada por ese texto asegura la indemnización por daños reflejos – autónomos e independientes – sufridos por personas cercanas a la víctima en los casos de homicidio, tanto en el ámbito patrimonial como en el extrapatrimonial. Eso ocurre porque, además de los daños patrimoniales reflejos – explícitamente mencionados

35. MONTENEGRO, Antônio Lindbergh C. Op. cit., p. 77-80; SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Op. cit., p. 221.

36. CARVALHO SANTOS, João Manuel de. Op. cit., p. 82 y ss.

37. GERALDES, Antônio Santos Abrantes. Op. cit., p. 20: “Las obligaciones naturales son caracterizadas por su inexigibilidad, en los términos del art. 402, cuyo fundamento son los meros deberes de orden moral o social. Por eso su cumplimiento no es consecuencia de una imposición legal, sino más bien de la asunción espontánea de un deber de justicia”.

38. “La expresión *lesión corporal* abarca tanto las *heridas corporales* (en regla, provenientes de cualquier trauma), como las lesiones a la salud provocadas por el acto ilícito” (VARELA, João de Matos Antunes; PIRES DE LIMA. *Código Civil anotado*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2011, 2008. vol. I, p. 498.

39. Ese tema será tratado con mayor profundidad en la segunda sección del presente artículo.

en los apartados I y II – es posible deducir del texto del artículo 948 del Código Civil la posibilidad de reparación del daño extrapatrimonial por rebote sufrido por personas cercanas a la víctima principal (fallecido), específicamente en virtud de la expresión “sin excluir otras reparaciones”.⁴⁰

No hay como negar que las personas cercanas al fallecido soportan, en esos casos, uno de los peores traumas psicológicos que el ser humano puede experimentar. Aun así, se impone recordar que la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal se mostró, por mucho tiempo, insensible a la cuestión, pues excluía la posibilidad de indemnización de tales perjuicios.⁴¹

Esa postura limitadora con relación a los daños reflejos puede ser atribuida a la propia dificultad de reconocer la posibilidad de indemnización del daño extrapatrimonial – especialmente cuando añadido al daño patrimonial –, así como a la rígida redacción del artículo 1537 del Código Civil de 1967, que no contemplaba la expresión “sin excluir otras reparaciones”. El argumento de que el dolor resultante de la muerte de algún pariente cercano era transitoria – y que, por lo tanto, carecía de una de las características necesarias a la reparación – también sustentaba el entendimiento del Supremo Tribunal Federal brasileño.⁴² Los fallos eran tajantes en cuanto a la imposibilidad del pago de una cuota autónoma a los familiares, a título de daño moral, por el fallecimiento de la víctima.⁴³

Superada la fase restrictiva, se observa que en las últimas décadas la jurisprudencia brasileña se ha consolidado a favor de la reparación del denominado *préjudice d'affection* (perjuicio de afección) sufrido por las personas cercanas a la víctima directa (fallecido), de manera que ese tipo de indemnización ya se puede considerar clásico.⁴⁴

40. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Op. cit., p. 294.

41. SILVA, Luís Renato Ferreira da. Da legitimidade para postular indenização por danos Morais. *Revista Ajuris*. n. 70. p. 196. Porto Alegre, jul. 1997: “En el derecho brasileño, la postura tradicionalmente adoptada por el Supremo Tribunal Federal ha sido de negar el daño por rebote (lo cual es una consecuencia lógica de impedir la acumulación del daño moral con el patrimonial, que era la regla básica de la jurisprudencia dominante en el Supremo Tribunal Federal)”.

42. SILVA, Luís Renato Ferreira da. Op. cit., p. 196.

43. “La jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal considera indemnizables acumuladamente los daños materiales y morales causados a la propia víctima. El familiar de la víctima de accidente de tren, del cual resultó la muerte, no tiene derecho al pago de indemnización, como cuota autónoma, a título de daño moral” (STF, RE 111223, Segundo Grupo, rel. Min. Carlos Madeira, decretado el 13.02, *DJ* 20.03.1987). Véase: STF, RE 106926, Primer Grupo, rel. Min. Néri da Silveira, decretado el 22.11.1985, *DJ* 05.09.1986.

44. Como ejemplo, véase: STJ, REsp 530602/MA, Tercer Grupo, rel. Min. Castro Filho, decretado el 29.10.2003, *DJ* 17.11.2003, p. 326.

Aunque por un lado se reconoce la posibilidad de exigir la indemnización por daños extrapatrimoniales reflejos o por rebote en el supuesto de muerte de una persona cercana – una idea consolidada en Brasil y también en otros países –, por otro la extensión de la enumeración de los legitimados para requerir ese tipo de indemnización se presenta como materia controvertida y de compleja solución.

En Portugal, el tema se resuelve con base en el texto legal, ya que el Código Civil portugués cuenta con una rígida enumeración de legitimados⁴⁵ para exigir la indemnización por daño extrapatrimonial sufrido en virtud de homicidio.⁴⁶

Antunes Varela y Pires de Lima enfatizan la rigidez del sistema portugués con relación a la enumeración de legitimados activos para requerir la indemnización por daño extrapatrimonial en la hipótesis regulada por el artículo 496 del Código Civil de Portugal de 1967, así como resaltan también la importancia de la seguridad jurídica que esa regla proporciona:

“Puede ocurrir naturalmente que la muerte de la víctima cause daños no patrimoniales incluso a otras personas no contempladas en la graduación que hace el n.2, tal como puede ocurrir que esos daños afecten a las personas abarcadas en la disposición legal por una forma diferente del orden de precedencias que el legislador estableció. *Pero este es uno de los aspectos en que las excelencias de la equidad tuvieron que ser sacrificadas a favor de las incontestables ventajas del derecho escrito*”⁴⁷ (Énfasis añadido).

En Francia, a raíz de la inexistencia de un artículo específico – como también sucede en el ámbito del derecho brasileño –, las soluciones son aportadas por la jurisprudencia. La trayectoria del tema en aquel país comprende dos etapas iniciales. La primera era extremadamente permisiva, pues establecía una extensa enumeración de legitimados activos; ya la segunda era más restrictiva, ya que limitaba la reparación al daño provocado por la muerte, así como seleccionaba cuidadosamente a los legitimados para requerir la indemnización por rebote.⁴⁸

Luis Renato Ferreira da Silva añade una tercera etapa, en la cual las mencionadas barreras fueron amenizadas, entendiéndose que hay una presunción de que hayan sido afectadas las personas que tenían un *lién de parenté* o *d’alliance* con la víctima principal. Ello no excluye la legitimación de otras personas ni la posibili-

45. “Artículo 496.º (Daños no patrimoniales).

1. (...) 2. Por muerte de la víctima, tienen derecho a indemnización por daños no patrimoniales, en conjunto, el cónyuge no separado judicialmente de personas y bienes y los hijos u otros descendientes; en falta de éstos, los padres u otros ascendientes; y por último los hermanos o sobrinos que los representen. (...).

46. ALMEIDA COSTA, Mario Julio de. Op. cit., p. 609.

47. VARELA; PIRES DE LIMA. Op. cit., p. 501.

48. SILVA, Luís Renato Ferreira da. Op. cit., p. 193.

dad de que se le conceda indemnización a quien compruebe haber sufrido dolor, perjuicio o sufrimiento, con lo que la cuestión se restringiría al campo probatorio.⁴⁹

En ese sentido se desarrolla también la línea evolutiva trazada por Geneviève Viney y Patrice Jourdain, que enseñan que el actual momento de la jurisprudencia francesa permite una presunción de legitimidad con relación a los hijos mayores y menores y al conyugue no separado. Los demás parientes y personas fuera del círculo familiar también pueden requerir la indemnización extrapatrimonial, aunque dependan de un conjunto probatorio más sólido.⁵⁰

En la actualidad, con base en la postura jurisprudencial dominante, es seguro afirmar que el derecho brasileño admite una presunción *iuris tantum* a favor de la legitimidad de los padres, conyugue, compañero e hijos de la víctima principal.

Hoy día es posible encontrar en la jurisprudencia brasileña, bajo circunstancias especiales y dependiendo de las peculiaridades del caso, fallos que reconocen la legitimidad de hermanos e incluso sobrinos para presentar demandas condenatorias con base en daños extrapatrimoniales por rebote.⁵¹

Se puede concluir que hay, en la actualidad, una tendencia hacia la flexibilización del reconocimiento de legitimados para exigir indemnización por daños extrapatrimoniales reflejos en caso de homicidio, pues se le confía al juez la facultad de analizar las peculiaridades del caso concreto y definir a los legitimados en función de esas peculiaridades.⁵²

49. SILVA, Luís Renato Ferreira da. Op. cit., p. 194.

50. VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. Op. cit., p. 160-161.

51. En ese sentido, se destaca el reciente fallo del Superior Tribunal de Justicia, relativo al REsp 1124471/RJ, rel. Min. Luiz Fux, Primer Grupo, dictado el 17.06.2010, *DJe* 10.07.2010. En el mencionado caso, se reconoció el derecho a la reparación de los daños sufridos por los padres, hermanos y sobrino de la víctima directa, un hombre de veintiocho años de edad, en virtud de la muerte de éste – provocada por disparos con arma de fuego efectuados por policías, en el trágico episodio conocido como “Matanza de la Baixada”, en los municipios de Nova Iguaçu y Queimados, Estado de Rio de Janeiro. Es interesante notar, en ese caso, el reconocimiento del derecho del sobrino, con fundamento en la circunstancia de que éste vivía en la misma casa que la víctima directa, y que también mantenía un lazo afectivo con ésta. Véase también la resolución del Superior Tribunal de Justicia: “Los hermanos pueden exigir la indemnización por daños morales en función del fallecimiento de otro hermano, siendo irrelevante la existencia de acuerdo celebrado con los genitores, viuda e hijos de la víctima que los indemnizaron por el mismo evento. No se trata de derecho de sucesiones, sino de derecho de las obligaciones, pues la legitimidad activa no se restringe al conyugue, ascendientes y descendientes, sino que incluye a todos los que sufrieron la pérdida del ente querido, desde que afirmen hechos que posibiliten ese derecho” (STJ, REsp 1291702/RJ, Tercer Grupo, rel. Min. Nancy Andrighi, decretado el 22.11.2011, *DJe* 30.11.2011).

52. En ese contexto, es interesante mencionar que ya hubo un fallo que reconoció la legitimidad activa de la suegra para exigir indemnización por daños extrapatrimoniales experi-

3. AMPLITUD SISTEMÁTICA DEL DERECHO BRASILEÑO Y SUS MODALIDADES "ATÍPICAS" DE DAÑO REFLEJO EXTRAPATRIMONIAL: IMPORTANTE CONTRAPUNTO CON EL DERECHO PORTUGUÉS

3.1 Consideraciones iniciales

En la primera sección de este trabajo se han presentado las nociones generales acerca del daño por rebote. La posibilidad de indemnización de ese daño se deduce del artículo 948 del Código Civil brasileño, referente al "caso clásico" de esa modalidad de perjuicio. Dentro de lo posible, se han efectuado algunas comparaciones, principalmente con el derecho portugués.

En este tópico se procederá, con base en la misma metodología, a un estudio más profundo de las posibilidades "atípicas" del daño reflejo o por rebote a fin de investigar la actual apertura sistemática detectable en el ordenamiento jurídico brasileño. La comparación con otros ordenamientos es fundamental para medir adecuadamente la aludida apertura.

Tal como se ha afirmado en la introducción del presente artículo, el modelo más restrictivo de responsabilidad civil extracontractual adoptado por el ordenamiento jurídico portugués encuentra dificultades para reconocer las hipótesis de daño reflejo que se encuentran fuera de la previsión legal expresa. La legitimidad activa para proponer una demanda indemnizatoria se limita, como regla general, al "titular del derecho violado o del interés inmediatamente perjudicado con la violación de la disposición legal", sin que se pueda extenderla al "tercero que sólo sea perjudicado de modo reflejo o indirecto".⁵³

Antunes Varela, tras citar varios ejemplos de daño reflejo, como es el caso del patrón que requiere indemnización por los daños causados por la ausencia de su empleado – víctima directa de la agresión – así se manifiesta:

mentados en virtud del fallecimiento del yerno. El fallo fue marcado por la peculiaridad del caso, según afirma el voto del ministro ponente: "Con relación a la ilegitimidad activa de la autora Ana Rodrigues da Silva, ante las peculiaridades del caso, la revisión de la sentencia entra en colisión inevitable con el enunciado de la Súmula 7 do STJ, ya que las instancias ordinarias concluyeron que 'la relación de constancia y cercanía existente entre la víctima y la autora fue debidamente comprobada' (e-STJ fl. 400). En efecto, el difunto residía con su suegra, en la residencia de ésta, y era ella quien cuidaba a los nietos, lo que configura la particularidad de esta situación en la cual, excepcionalmente, se reconoce el daño moral a favor de la primera autora." (STJ, REsp 865363/RJ, Quarto Grupo, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, decretado el 21.10.2010, DJe 11.11.2010).

53. VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. 10 ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 620-621.

“Efectivamente, no hay en nuestro sistema, así como tampoco existe, por ejemplo, en el derecho alemán, un derecho a la integridad del patrimonio cuya violación pueda asegurar, en los casos que se acaban de presentar, la indemnización eventualmente requerida por el perjudicado.”⁵⁴

El derecho brasileño “adoptó, tal vez un poco tímidamente, la solución francesa”.⁵⁵ La doctrina brasileña, a pesar de no contar con estudios actuales de mayor impacto acerca de los límites de la indemnización de daños reflejos o por rebote, suele utilizar, como también ocurre en Francia, la noción de nexo de causalidad para imponer algunos parámetros y exigir que el daño reflejo tenga una relación directa e inmediata con el acto perjudicial.⁵⁶ Evidentemente hay, en esas hipótesis, un margen amplio para la interpretación, ya que no hay una moldura doctrinaria específica para el daño reflejo indemnizable.

El análisis atento de la jurisprudencia nacional parece ser el camino más adecuado para identificar las reales posibilidades indemnizatorias concernientes al daño reflejo o por rebote.

Es lo que se pretende realizar más adelante.

3.2 *Daño reflejo extrapatrimonial*

Inicialmente, señalamos que, a diferencia del daño patrimonial reflejo o por rebote – el cual al menos cuenta con la norma establecida en el artículo 948 del Código Civil brasileño –, el daño extrapatrimonial reflejo carece de previsión legislativa. De hecho, incluso el “*caso clásico*” deviene de una interpretación de la parte final del encabezamiento del dispositivo ya mencionado. Se debe recordar, en este particular, que al Supremo Tribunal Federal de Brasil le costó admitir la reparación de los daños extrapatrimoniales reflejos sufridos por personas cercanas al fallecido. En la sección antecedente también se han presentado las posibilidades – y su respectiva aceptación por la jurisprudencia – de ampliación de la enumeración de los legitimados para exigir indemnización por daño extrapatrimonial reflejo provocado por el fallecimiento de una persona cercana.

54. Idem, p. 621. En sentido semejante: GERALDES, António Santos Abrantes. Op. cit., p. 24.

55. COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O conceito de dano... cit., p. 333 y ss.

56. NORONHA, Fernando. Op. cit., p. 603: “Todos los daños, sean directos o indirectos, incluso los daños por rebote, deben ser reparados. Lo que se exige es que todos sean ciertos y que también sean, según el curso normal de las cosas, consecuencia adecuada del hecho generador. Sólo no serán reparados los daños inciertos y los que no sean consecuencia adecuada del acto perjudicial”.

A su vez, el objetivo de este tópico es examinar las hipótesis en las cuales sea posible visualizar la categoría de los daños extrapatrimoniales reflejos más allá del caso de homicidio de la víctima directa, en vista del hecho de que la jurisprudencia brasileña ya admite, hasta cierto punto, su indemnización. Es importante poner en relieve que las constataciones aquí expuestas son fruto de investigaciones hechas en los repositorios electrónicos de jurisprudencia, pues la sistematización del asunto no suele atraer la atención de la doctrina nacional más reciente.

3.2.1 *Indemnización de los daños extrapatrimoniales reflejos en caso de lesiones corporales graves*

Empezamos el estudio a partir de una variación de la situación aquí denominada “*caso clásico*”: en vez del fallecimiento de la víctima directa, se considerarán los casos en los cuales sólo se haya sufrido lesiones corporales en virtud del acto imputable a determinado sujeto.

El hecho es que, además de los perjuicios que la víctima de lesiones graves sufre en su propio ámbito jurídico, las personas que mantienen lazos familiares o afectivos con la víctima también pueden verse afectadas. Dichas personas pueden, ante esa situación, padecer estados de angustia o depresión e incluso sufrir graves interferencias en su modo de vida.⁵⁷ El derecho brasileño cuenta, en lo que se refiere a esa hipótesis, con un emblemático fallo dictado por el Superior Tribunal de Justicia, en el cual se admite la legitimidad simultánea de la víctima y de sus padres para exigir el resarcimiento de daños morales causados por lesión corporal sufrida por el hijo.⁵⁸

En síntesis, se trató de una demanda condenatoria presentada por los padres, por derecho propio y también en representación de su hija menor de edad, en la cual se pleiteaba la indemnización por daños extrapatrimoniales y patrimoniales. El motivo, según consta en el informe de la sentencia, era que la hija de la pareja

57. Con el fin de ilustrar lo dicho, se destaca el ejemplo mencionado por GERALDES, António Santos Abrantes. Op. cit., p. 38: “Basta pensar en un accidente que determine, para el perjudicado, una disfunción psicosomática que ni siquiera le permita notar su propio estado de salud (v.g. coma profunda), caso en que son otras las personas que de hecho sienten el sufrimiento, que han de enfrentar la persistente percepción del estado clínico del perjudicado o la continua necesidad de que le presten asistencia; otras veces, el estado de salud se degrada lentamente de tal forma que los sufrimientos físicos o morales del perjudicado conviven con estados de angustia o de desesperación de quienes lo rodean”.

58. “Se reconoce la legitimidad activa de los padres de la víctima directa para, conjuntamente con ella, exigir la compensación por daño moral o por rebote, porque comprobadamente experimentaron los efectos perjudiciales de forma indirecta o refleja” (STJ. Resp 1208949/MG, Tercer Grupo, rel. Min. Nancy Andrighi, decretado el 07.12.2010, *Dje* 15.12.2010).

había sufrido lesiones corporales en función de haber sido atropellada mientras caminaba por la calzada por el vehículo que el reo conducía.

La resolución (*acórdão*) menciona la existencia de precedentes, y de su sumario (*ementa*) se puede deducir que la jurisprudencia brasileña admite la posibilidad de indemnización del daño extrapatrimonial reflejo o por rebote en los casos en que la víctima directa haya sufrido lesiones corporales.⁵⁹ En lo que concierne a los legitimados para exigir ese tipo de indemnización, pueden aprovecharse las observaciones ya hechas con relación al “*caso clásico*” de daño extrapatrimonial reflejo o por rebote (primera sección de este artículo).

Tal como quedó consignado en la sección anterior, la construcción de la categoría “clásica” de daño reflejo extrapatrimonial en Brasil se apoya en la doctrina y, principalmente, en la labor de los tribunales, ya que no se dispone de fundamento legislativo. Sin embargo, no causa ninguna extrañeza la recepción jurisprudencial de otros casos de daño reflejo o por rebote, tal como la especie analizada en esta subsección 3.2.1. Eso ocurre porque, en el contexto de la conocida apertura del sistema brasileño de responsabilidad civil, basta que los requisitos clásicos de la acción indemnizatoria estén presentes para que exista la posibilidad de reconocimiento de otras hipótesis de daños extrapatrimoniales por rebote.

Es importante notar que la mayor parte de los ordenamientos jurídicos europeos investigados no acepta la reparación de daños extrapatrimoniales por rebote en caso de lesiones corporales de la víctima directa. Aunque haya opiniones divergentes, la postura mayoritaria en el derecho portugués considera que los artículos 495 y 496 de Código Civil de 1967 contienen un rol categórico de daños reflejos indemnizables. Como esos artículos no abarcan la indemnización de daño extrapatrimonial más allá del “*caso clásico*”, las otras hipótesis indemnizatorias no son acogidas en Portugal.⁶⁰

En el derecho alemán la situación es aún más compleja. Hay autores que comprenden que existe un rígido sistema tipificado y que sólo los daños reflejos allí contemplados podrían exceptuar la regla general que sólo le permite a la persona directamente ofendida recibir indemnización por los daños sufridos.⁶¹ Vale recordar que el derecho alemán ni siquiera acepta la reparación de daño moral a los parientes en caso de muerte.⁶² Sólo cuando los parientes sufran consecuencias gravi-

59. Vease: STJ, Resp 876448/RJ, Tercer Grupo, rel. Min. Sidnei Beneti, decretado el 17.06.2010, Dje 21.09.2010.

60. GERALDES, António Santos Abrantes. Op. cit., p. 40 y ss., en especial p. 51.

61. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Op. cit., p. 201.

62. MARKESINIS, Basil; COESTER, Michael; ALPA, Guido; ULSTEIN Augustus. *Compensation for personal injury in English, German and Italian Law: a comparative outline*. Cambrid-

simas, como sería el caso de una larga internación psiquiátrica, se podría identificar algún daño moral reflejo en la jurisprudencia alemana. Un caso que ilustra bien la rigidez de la jurisprudencia alemana es el de la esposa de la víctima directa que desarrolló un grave problema de alcoholismo debido a la invalidez del esposo y aun así no recibió la reparación por daño extrapatrimonial reflejo.⁶³

En el derecho italiano, pautado por las adversidades impuestas por el artículo 2.059 del Código Civil de 1942, el reconocimiento del daño moral reflejo recorrió caminos sinuosos hasta la década de 1980.⁶⁴ En la actualidad, los daños morales suelen ser concedidos en casos de lesión corporal severa.⁶⁵ Eugenio Facchini Neto señala que famosos fallos dictados en 2003 por la Corte Constitucional y la Corte de Casación sirvieron para consolidar la aceptación de los llamados “daños existenciales” en aquel país. En uno de los fallos de la Corte de Casación (n. 8827) se nota el reconocimiento de un típico caso de daño por rebote: los padres de un niño que había sufrido secuelas gravísimas en función de un error médico cometido durante un parto cesariano obtuvieron reparación por daño moral, ya que el hijo no poseía cualquier aptitud para la interacción afectiva.⁶⁶ Además, también se reconoció la existencia de daños existenciales causados por el indudable y radical cambio en la rutina de la vida de los genitores, en vista de la necesidad de cuidados permanentes e incesables para el hijo discapacitado.

3.2.2 Caso límite

Algunos ordenamientos con posturas más refractarias a la aceptación de daños reflejos extrapatrimoniales admiten una hipótesis de indemnización que es tangencial al objeto del presente artículo. En el derecho inglés, cuando la lesión corporal sufrida por la víctima directa es extremadamente grave y el momento de la provocación del daño es presenciado por personas cercanas, éstas podrían requerir la indemnización por el daño sufrido por ellas mismas, pero no por daño indirecto, pues

ge University Press: Cambridge, 2005. p. 81.

63. “It is necessary for the psychological impairment to have relevant medical effects and require medical treatment. The impairment of health has to exceed a degree which could normally be expected if a relative is injured” (MARKESINIS, Basil; COESTER, Michael; ALPA, Guido; ULSTEIN Augustus. Op. cit., p. 82).

64. SOARES, Flaviana Ranpazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 140.

65. MARKESINIS, Basil; COESTER, Michael; ALPA, Guido; ULSTEIN Augustus. Op. cit., p. 91.

66. FACHINNI NETO, Eugênio. Prefácio. In: SOARES, Flaviana Ranpazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. passim.

habría una relación directa entre el acto del agente y el daño emocional de los parientes, sin el modelaje triangular existente en los casos de daño por rebote.⁶⁷ El perjuicio indemnizable no sería el sufrimiento y la angustia causados por la lesión sufrida por la víctima directa, sino que tendría su causa en el estremecimiento generado al presenciar un evento tan trágico.

Para que alguien sea considerado víctima secundaria (*secondary victim*), se exige el cumplimiento de algunos requisitos: (i) que la víctima no sea anormalmente susceptible a ese tipo de situación; (ii) que su perjuicio haya sido causado por un tipo de “estremecimiento” (*shock*); (iii) que la víctima haya presenciado el evento o haya llegado inmediatamente después del hecho, y (iv) que la relación con la víctima del accidente sea suficientemente cercana.⁶⁸

El sistema alemán, también caracterizado por su aversión a los daños reflejos, adopta la distinción hecha por el sistema inglés cuando una persona cercana a la víctima presencia el accidente y admite, bajo las mismas condiciones, el pedido de reparación. Antunes Varela asegura que no hay “daño de terceros, pero sí daño de la propia persona, si la madre sufre un estremecimiento nervioso serio al ver a su hijo ser agredido o atropellado”.⁶⁹ Parece ser ese el camino seguido por el derecho portugués. Antonio Geraldés⁷⁰ invoca la autoridad de Adriano Vaz Serra para confirmar que los casos narrados pueden apartarse de la categoría de daños reflejos y generar efectivas víctimas directas, pero expresa su inconformidad con relación a la posibilidad de indemnizar esas hipótesis, pues daños reflejos mucho más graves – como el caso de la madre que necesita cuidar a su hijo incapacitado durante años, a pesar de no haber presenciado el accidente – no encuentran guarida en el ordenamiento portugués.

En el derecho brasileño, si bien se indemniza ese tipo de daño, se lo ha incluido en el molde de los daños reflejos o por rebote, como se nota en el fallo abajo:

“Responsabilidad civil. Agresiones físicas comprobadas. Daños morales debidos. Estado. (...) tratándose de responsabilidad del Estado, se deduce del art. 37 de la CF, que adoptó la teoría del riesgo e incorporó al ordenamiento jurídico la responsabilidad objetiva de los entes públicos por los actos que sus servidores, como tales, causen a terceros. (...) *La autora Vera debe ser indemnizada por el denominado daño por rebote, ya que presenció los hechos que le ocurrieron a su hijo. Pues ella tiene*

67. MARKESINIS, Basil; COESTER, Michael; ALPA, Guido e ULSTEIN Augustus. Op. cit., p. 53.

68. Idem, p. 54-55.

69. VARELA, Antunes. Op. cit., p. 621.

70. GERALDES, António Santos Abrantes. Op. cit., p. 51-53.

legitimidad debido a la sensación de angustia y aflicción generada por el daño ocasionado a su hijo. (...)".⁷¹

A la par de la hipótesis arriba analizada [daños reflejos en caso de lesión corporal], es posible verificar, en los fallos dictados por los tribunales brasileños, otros casos de resarcimiento del daño extrapatrimonial reflejo o por rebote. Dejamos consignado que, aunque sean casos más particulares y aislados, eso no disminuye su importancia o la contribución que suponen a esta investigación.

3.2.3 *Los daños a la vida de relación y sus conexiones con los daños extrapatrimoniales reflejos o por rebote*

Una de las categorías más relevantes para el objetivo de esta sección, a saber, la verificación de las conexiones con los daños por rebote, corresponde a los denominados daños a la vida de relación,⁷² en los cuales se incluyen el perjuicio del ocio, el daño sexual y el perjuicio juvenil.⁷³ De esas tres modalidades, se puede afirmar que el perjuicio o daño sexual en algunos casos se presenta como una interesante manifestación de daño extrapatrimonial reflejo o por rebote. Normalmente, esos perjuicios se relacionan con secuelas oriundas de la pérdida de la función sexual propiamente dicha (impotencia sexual o frigidez femenina), así como de la capacidad reproductiva (esterilidad).

Apoyados en esa premisa, se puede considerar que en determinadas situaciones, es decir, cuando la víctima sea una persona casada o en unión de hecho, habrá también el daño reflejo o por rebote sufrido por el conyugue o compañero.⁷⁴

71. TJRS, 5.^a Cám. Civ., Apelación Civil 70035308444, Rel. Romeu Marques Ribeiro Filho, dictado el 18-08-2010).

72. Denominado *préjudice d'agrément* por los franceses, a pesar de la falta de consenso absoluto en el propio derecho francés sobre el contenido de esa categoría de daños (LE TOURNEAU, Phillipe; CADIET, Loic. Op. cit., p. 243-245).

73. La autora enfatiza que los daños a la vida de relación corresponden, en su mayor parte, a los daños existenciales admitidos por la doctrina y jurisprudencia italiana (SOARES, Flaviana Ranpazzo. Op. cit., p. 49).

74. Véase: "Se pueden tomar como ejemplo las discusiones recientes sobre el llamado daño sexual, consustanciado en la privación de la posibilidad de la relación sexual de uno de los conyugues, en consecuencia de un error médico del cual el otro conyugue sea víctima. En hipótesis como ésta, *la conducta negligente del médico afecta reflejamente al conyugue de la víctima*, pero no hay duda de que el resarcimiento de ese perjuicio autónomo, aunque sea pasible de discusión, no debe ser excluido bajo el argumento de que se trata de un daño remoto" (SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros à diluição dos danos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 61). António Santos Abrantes Gerales (Op. cit., p. 61-63) constata la aceptación de los daños sexuales en Francia y en España.

Cabe destacar, acerca del tema, el fallo dictaminado por el Tribunal de Justicia de Santa Catarina, el cual concedió indemnización a título de daños morales al conyugue de la víctima directa del error médico que causó la esterilidad. El fallo, pese al hecho de no haber sido fundamentado específicamente en la teoría de los daños reflejos o por rebote, se traduce como una hipótesis de daño extrapatrimonial reflejo relacionado con el daño sexual sufrido por la esposa de la víctima directa.⁷⁵

Aun en ese punto, a pesar de no encajarse exactamente en lo que se concibe como daño sexual, se destaca un dictamen del Tribunal de Justicia de Rio Grande do Sul que adoptó como fundamentación jurídica la posibilidad de indemnización de los daños extrapatrimoniales reflejos o por rebote a fin de condenar al reo a indemnizar al conyugue de la víctima de violencia sexual, pues hubo causación de daño a la relación de la pareja.⁷⁶

En dicho caso, quedó perfectamente delineado el esquema propuesto para el reconocimiento del daño reflejo o por rebote: la violencia sexual sufrida por la esposa (víctima directa) – en este caso un daño personal – reflejó en el ámbito jurídico del marido (víctima por rebote), ocasionándole un daño de naturaleza extrapatrimonial (daño reflejo o por rebote). Nótese que, a pesar de haber sido la esposa la víctima directa del evento perjudicial – de enorme gravedad –, es indiscutible el hecho de que su conyugue fue igualmente afectado, por lo que se impone, en esa hipótesis, la reparación de los perjuicios por él experimentados.

75. “Responsabilidad civil. Indemnización por error médico. Culpa bien evidenciada. Paciente sometido a tratamiento por un médico urólogo, por motivo de la enfermedad de la peyronie, que es benigna. Elección del remedio “natulanar”, sabidamente un poderoso agente neoplásico y capaz de provocar la esterilidad, lo que de hecho ocurrió. Paciente joven, casado y sin hijos, que no recibió aviso sobre esa posibilidad. Deber de información violado. Arts. 46, 56, y 59 del código de ética médica brasileño. Deber de indemnizar. Arts. 159 y 1.545 del Código Civil de 1916. Determinación por equidad de monto razonable y conforme el caso concreto. *Manutención de los valores determinados a favor del conyugue varón y de su esposa (...)*” (TJSC, ApCiv 2005.030659-8, de Chapecó, rel. Des. Jânio Machado, j. 24.08.2009; énfasis añadido).

76. “Violencia sexual contra la mujer. Daño a terceros: esposo. Idoneidad. Monto indemnizatorio. (...) 3. Responsabilidad objetiva del estado. Extorsión y abuso sexual perpetrado por policías. Hechos comprobados. Deber de indemnizar. En caso de que la esposa del autor fue violentada sexualmente por un policía civil en las dependencias de la Comisaría, mientras el demandante era conducido por otro servidor público para buscar el dinero de la extorsión. Conjunto probatorio conducido al proceso que sustenta la versión en la petición inicial. Responsabilidad del Estado con base en el art. 37, § 6.º, da Constitución Federal de 1988 – Teoría del Riesgo Administrativo. 4. Daño moral. Conmoción psicológica grave. Monto indemnizatorio. Depresión postraumática de la esposa, que toma remedios y necesita permanente tratamiento psicológico, junto con el autor. Término de la relación conyugal y necesidad de cambio de domicilio (...)” (TJRS, AC 70027336155, rel. Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana, Porto Alegre, decretado el 26.11.2009).

3.2.4 Casos dispersos

Si bien es cierto que la apertura sistemática que caracteriza el derecho brasileño se puede considerar digna de mención – en vista de las hipótesis indemnizatorias hasta ahora analizadas, en su mayoría tratadas de manera refractaria por el derecho extranjero –, las especies estudiadas de aquí en adelante subrayan con aún más vehemencia la tendencia del derecho brasileño a favorecer la indemnización de los daños reflejos o por rebote.

A continuación se presentarán nuevas hipótesis de daño extrapatrimonial reflejo que se distancian de la que se concibe como “*caso clásico*”. En ese contexto, se analizarán en primer lugar dos fallos referentes a accidentes de consumo que repercutieron en el ámbito jurídico de los parientes cercanos de la víctima inicial del evento perjudicial.

El primer fallo fue dictaminado en recurso de apelación civil referente a una demanda condenatoria presentada por el padre de un niño – que había ingerido una golosina contaminada por la larva del cacao – contra el proveedor del producto. El objetivo era obtener una indemnización a título de daños extrapatrimoniales. En la sentencia, se reconoció la legitimidad del autor de la demanda para exigir indemnización, así como la procedencia de su pedido, con fundamento en la posibilidad de reparación de los daños extrapatrimoniales reflejos o por rebote.⁷⁷

El segundo fallo fue dictaminado en recurso innominado también referente a accidente de consumo cuya víctima inicial fue la nieta de la autora de la demanda, la cual sufrió daños a su salud por haber ingerido queso parmesano impropio para el consumo. En este caso, se le reconoció a la abuela el derecho de exigir indemnización por los daños extrapatrimoniales – concernientes a la angustia y aflicción generadas por el daño a la salud de su nieta – que ella misma había sufrido.⁷⁸

77. “Consumidor. Bombón *Sonho de Valsa*. Vicio del producto. Contaminación. Larva del cacao. Responsabilidad del proveedor. Daño moral configurado. Fijación. 1. (...). 3. El acto ilícito, consistente en la contaminación de los bombones por larva viva, además de fragmentos de la tela y excrementos del insecto, fue debidamente demostrado y la prueba permite imputar la responsabilidad al proveedor. 4. *Es notorio el sentido de asco y repulsión que la naturaleza de la situación representa para el consumidor. Se debe mencionar también la preocupación con la salud de la víctima, una niña de 7 (siete) años, que ingirió 03 (tres) bombones posiblemente contaminados por la larva del cacao*. 5. Daños morales – por rebote – reconocidos, con fijación de la indemnización en R\$ 4.000,00 (cuatro mil reales)” (TJRS, Recurso Innominado 71001962273, rel. Jeferson Moacir Gubert, Porto Alegre, decretado el 18.06.2009, énfasis añadido).

78. “Reparación de daños morales. Accidente de consumo. Queso parmesano rallado. Producto impropio para el consumo. Daños a la salud de la nieta de la autora. Atención de urgencia. Aflicción y angustia para justificar la condenación por daños morales. 1. *Aunque el*

Aún en lo que se refiere a estas hipótesis atípicas de daño extrapatrimonial reflejo o por rebote, es interesante mencionar la existencia de casos en los cuales se ha utilizado la teoría de los daños reflejos como fundamento de la indemnización, concedida al socio, por acto ilícito practicado contra la persona jurídica.⁷⁹

De la exposición mencionada es posible percibir la riqueza de situaciones en las que se puede visualizar la dimensión extrapatrimonial del daño reflejo o por rebote, la cual se extiende mucho más allá que la hipótesis denominada “*caso clásico*”.

3.3 *Daño patrimonial*

Al hablar de daño patrimonial reflejo, algunas especies son muy discutidas en el plano internacional. Es lo que ocurre con los *cable cases* citados en la introducción del presente trabajo y con la categoría *loss of a star*, aplicada cuando un gremio sufre reflejamente por la pérdida de un astro del equipo.⁸⁰

Esas hipótesis revelan, una vez más, la gran divergencia que hay entre los diversos ordenamientos jurídicos. Geneviève Viney y Patrice Jourdain registran varias hipótesis de daño reflejo en el campo patrimonial, entre las cuales se encuentra el caso de la persona que se queda sin empleo por la muerte del empleador ilícitamente causada por terceros. Sin embargo, la jurisprudencia francesa es extremadamente restrictiva en cuanto a la concesión de indemnización a los socios, acreedores y empleadores de la víctima directa, aun cuando prueben la existencia de un perjuicio reflejo.⁸¹

También existe, en el derecho francés, gran número de situaciones en las que un asegurador o garante sufre perjuicio reflejo a raíz de un daño provocado a la vícti-

accidente de consumo no haya afectado directamente a la autora, ésta tiene legitimidad debido a la sensación de angustia y aflicción generada por el daño a la salud de su nieta. Daño por “rebote”. (...) en lo referente a la existencia de daño moral, lo mismo se presume en relación a la situación aflictiva generada. La indemnización ha sido fijada con prudencia y moderación. Recurso negado” (TJRS, Grupo Recursal Civil, Recurso Innominado 71000964320, rel. Ricardo Torres Hermann, decretado el 26.10.2006).

79. Verificar, sobre esa situación específica: TJSC, AC n. 2008.012065-0, dictado el 31.08.2010.

80. Esas hipótesis han sido analizadas más específicamente en: SILVA, Rafael Peteffi da. Op. cit., *passim*, para un análisis de los casos Meroni, Club Metz y las implicaciones del famoso desastre de Superga. También sobre el caso Superga, véase: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. A doutrina do terceiro cúmplice: autonomia da vontade, o princípio res inter alios acta, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos. *Revista dos Tribunais*. vol. 93. n. 821. p. 80-98. São Paulo: Ed. RT, mar. 2004. Para un análisis de derecho comparado: PARISI, Francesco, PALMER, Vernon; BUSSANI, Mauro. Op. cit., *passim*.

81. VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. Op. cit., p. 162-163.

ma directa. Para esas hipótesis existe una proficua legislación que muchas veces utiliza el instituto de la subrogación.⁸² Sin embargo, algunos garantes específicos que carecen de amparo legislativo utilizan analógicamente los casos legalmente regulados y, con base en la cláusula general del artículo 1382 del *Code civil*, piden reparación por daño reflejo o por rebote. Es lo que hacen algunas empresas que voluntariamente aportaban una especie de ayuda para la seguridad social de funcionarios accidentados.⁸³ Cabe señalar que, según vimos anteriormente, algunos autores⁸⁴ entienden que ese tipo de perjuicio no se amolda al concepto de daños reflejos o por rebote, sino que se integra a la categoría *transferred loss*.

Con relación al derecho brasileño, se puede repetir lo que ya fue mencionado al inicio de esta sección, donde se señaló no sólo la amplitud sistemática del ordenamiento, sino también la falta de profundidad doctrinaria para definir criterios que permitan crear catálogos de daños patrimoniales reflejos indemnizables. Ciertos autores indican la posibilidad de indemnizar todo y cualquier daño que se muestre como consecuencia cierta y directa del evento perjudicial,⁸⁵ mientras que otros utilizan ejemplos diferentes del “*caso clásico*” para ilustrar la aplicabilidad de los daños reflejos o por rebote⁸⁶ o se manifiestan expresamente a favor del resarcimiento de las hipótesis extraídas de los ejemplos.⁸⁷ No obstante, el estudio del daño reflejo en el campo patrimonial se reviste de una peculiaridad, ya que un importante autor⁸⁸ se manifiesta, con base en la doctrina de Antunes Varela y en sintonía con el derecho portugués, a favor de una restricción absoluta de daños reflejos patrimoniales más allá de la hipótesis del artículo 948 de Código Civil brasileño, con lo que se hace una clara distinción entre las soluciones adoptadas en el ámbito patrimonial y en el ex-

82. Para una enumeración detallada de esos casos, con énfasis en el instituto de seguridad social francés, ver CHARTIER, Yves. *La réparation du préjudice*. Paris: Dalloz. 1996. p. 75-83.

83. VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. Op. cit., p. 165.

84. PARISI, Francesco, PALMER, Vernon; BUSSANI, Mauro. Op. cit. passim.

85. NORONHA, Fernando. Op. cit., p. 603.

86. SILVA, Luís Renato Ferreira da. Op. cit., p. 192-193, que se manifiesta así: “Tal vez se pueda vislumbrar mejor la titularidad autónoma del daño por rebote con un ejemplo de esa modalidad en el campo patrimonial. El empleador cuyo empleado es atropellado por un automóvil y pierde su servicio por varios días, aunque no haya sido él la víctima del accidente, acaba afectado reflejamente y enfrenta una pérdida patrimonial que, con base en la causalidad adecuada, conduce al autor del daño. El patrimonio del empleador es afectado, aunque no haya sido él la víctima inmediata de la ofensa. Lo que el empleador quiere es reponer su lucro con una eventual indemnización. El daño que él sufre tendría la naturaleza de daño por rebote”.

87. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Op. cit., p. 207.

88. CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 107.

trapatrimonial. Empero, en marzo de 2013 se propuso lo que se convertiría en el Enunciado 560 de las VI Jornadas de Derecho Civil del Consejo de la Justicia Federal, cuyo contenido es el siguiente: “En el campo patrimonial, la manifestación del daño reflejo o por rebote no se restringe a las hipótesis previstas en el artículo 948 del Código Civil”. Esa posición ha sido prestigiada por la jurisprudencia.

En el ámbito patrimonial de observa que, por las razones anteriormente expuestas, el derecho portugués, en consonancia con otros ordenamientos europeos, restringe a las hipótesis expresamente positivadas la posibilidad de indemnización de daños reflejos o por rebote, sin presentar variación significativa con relación al campo de los daños extrapatrimoniales. Sin embargo, es importante notar que las hipótesis no se restringen a aquellas positivadas en el artículo 495 de Código Civil de 1967, pues así como en el derecho francés, existe una amplia legislación que permite la subrogación del Sistema de Seguridad Social y otros entidades conexas.⁸⁹

Mario Julio de Almeida Costa ilustra las mencionadas limitaciones con el siguiente ejemplo:

“A, un famoso pianista, se compromete ante B, empresario, a dar un concierto en el día X en determinada casa de espectáculos; en la hipótesis de que A sufra una agresión perpetrada por C, por causa de la cual le sea imposible cumplir el contrato, no por eso tiene el agresor la obligación de indemnizar al empresario B, sino tan sólo a A”.⁹⁰

El mencionado ejemplo contiene una paradoja. La manifestación jurisprudencial más contundente del Superior Tribunal de Justicia brasileño acerca del tema tuvo un desenlace distinto del sugerido por Mario Julio de Almeida Costa, a pesar de referirse a una hipótesis muy similar. Se empezará la exposición de la jurisprudencia brasileña exactamente por ese fallo.

A continuación, se pasará al análisis de algunos casos que la jurisprudencia brasileña, ante la ausencia de un soporte normativo específico, está acogiendo con base en la teoría general de la responsabilidad civil.

3.3.1 Incumplimiento contractual del proveedor de servicio

En 2010, el Superior Tribunal de Justicia dicto un fallo interesantísimo,⁹¹ el cual tiene los siguientes elementos descriptivos: una empresa de producción artística celebró un contrato con un maestro ruso con el intuito de producir algunos espec-

89. GERALDES, António Santos Abrantes. Op. cit., p. 22-23.

90. ALMEIDA COSTA, Mario Julio de. Op. cit., p. 607-608.

91. STJ, REsp 753512/RJ, Cuarto Grupo, rel. Min. João Otávio de Noronha, Rel. p/ sentença Ministro Luis Felipe Salomão, decretado el 16.03.2010, DJe 10.08.2010.

táculos artísticos en el territorio nacional. Durante el viaje a Brasil, la empresa aérea extravió el equipaje del maestro, lo que le impidió presentarse en público, pues no contaba con sus partituras y otros materiales esenciales.

La empresa presentó una demanda indemnizatoria contra la aerolínea. Uno de los fundamentos era el artículo 17 de Código de Defensa del Consumidor (CDC).⁹² El voto del ministro ponente (*relator*) fue favorable a la desestimación de la demanda, ya que el caso se refería al vicio del servicio y no sería posible reconocer la aplicabilidad del artículo 17 del CDC a esa figura jurídica. El voto divergente, que acabó prevaleciendo, defendió que el deber de indemnizar podría basarse en otros fundamentos, principalmente en la teoría general de la responsabilidad civil, que admite la reparación de los daños reflejos.⁹³

Como ya se refirió, el fallo dictado por el Superior Tribunal de Justicia brasileño es diametralmente contrario a la postura del derecho civil portugués, retratada en el ejemplo recordado por Mario Julio de Almeida Costa en el tópico anterior.

Cabe señalar que la resolución (*acórdão*) también respalda, por vía colateral, la utilización del artículo 17 del Código de Defensa del Consumidor como fundamento destacado para nuevas hipótesis de daños reflejos o por rebote. En todo accidente de consumo (daños provocados por un producto o servicio), las víctimas indirectas podrían requerir la indemnización, sin olvidar los límites impuestos por el nexo de causalidad en el sistema de responsabilidad civil del derecho brasileño.

En otro fallo más reciente dictado por el Tribunal de Justicia del Estado de Sao Paulo, se respaldó la pretensión de tercero perjudicado, que en este caso era el propio Estado de São Paulo. Un bombero, que también era estudiante de derecho, sufrió el hurto de su automóvil, que estaba en el estacionamiento de la institución

92. “Artículo 17. Para efectos de esta Sección, se equiparan a los consumidores todas las víctimas del evento”.

93. En ese sentido se manifiesta el extracto del voto vencedor del ministro Luis Felipe Salomão: “(...) aunque el relator haya negado la legitimidad activa de la parte en virtud de la violación del art. 17, CDC, se debe analizar si están o no presentes, de acuerdo con lo narrado por la autora, los presupuestos de la responsabilidad civil, como se expondrá a continuación. (...) O sea, como causa de pedir y fundamento jurídico, la autora invocó, además del Código de Defensa al Consumidor, también al Código Civil y la teoría general de la responsabilidad civil”.

(...) 4. Aun si no fuera así, tendría legitimidad la autora para presentar la demanda en virtud de la responsabilidad extrajudicial de la acusada de causar los daños por rebote, ocasionados a la autora en virtud de los daños causados al maestro por el extravío de su equipaje, con el cual tenía una relación de dependencia/subordinación”. (...) (énfasis añadido).

privada de enseñanza superior que frecuentaba.⁹⁴ Dentro del automóvil se encontraba un uniforme oficial de bombero, cuyo hurto causó daño al fisco. Del voto de la ponente (*relatora*), se extrajo lo siguiente:

“En el caso examinado, el evento resultó en la sustracción, por vía oblicua, del uniforme de bombero que estaba en el interior del vehículo hurtado dentro del estacionamiento de la Institución de Educación de Marília. El nexo etiológico está presente. Se considera que no caben discusiones sobre la existencia de relación jurídica entre la Universidad y la Nación. El daño ocurrió por rebote”.⁹⁵

Los fallos estudiados demuestran la clara tendencia de la jurisprudencia brasileña a aceptar importantes hipótesis de daños reflejos o por rebote, los cuales no son reparados ni siquiera en ordenamientos, como el francés, reconocidos por su apertura sistemática.⁹⁶

3.3.2 *El artículo 495, apartado 2, del Código Civil portugués*

Si se consideraran tan sólo las hipótesis tipificadas de los daños reflejos en el ámbito patrimonial, el derecho portugués se muestra mucho más proficuo que el derecho brasileño, que cuenta básicamente con lo dispuesto en el artículo 948 del Código Civil de 2002.⁹⁷ Cabe recordar el artículo 495, apartado 2, de la codificación portuguesa:

“Artículo 495.º (indemnización a terceros en casos de muerte o lesión corporal) (...) 2. En este caso, como en todos los demás de lesión corporal, tienen derecho a la indemnización aquellos que auxilién a la víctima, tal como los establecimientos hospitalarios, médicos u otras personas o entidades que hayan contribuido para el tratamiento o asistencia del mismo. (...)”

Con relación a esa última categoría, se resalta que el Estado, cuando las víctimas sean servidores públicos, puede reclamar del responsable el reembolso de la remuneración al agente público lesionado, en los términos de la resolución unificadora de la jurisprudencia n. 5/97.⁹⁸

94. A pesar de la argumentación encontrada en el juzgado, se puede cuestionar la adecuación de este caso a la sistemática triangular de los daños reflejos o por rebote, pues el Estado podría ser considerado víctima directa, ya que era propietario del uniforme.

95. TJSJ, 7 Cámara de Derecho Público, Apelación 0159983312006, dictado el 26.05.2011.

96. SILVA, Rafael Peteffi da. Op. cit., passim.

97. No se debe olvidar la hipótesis de sustitución legal, como sucede con el ya recordado artículo 786 del Código Civil brasileño.

98. António Santos Abrantes Geraldés (Op. cit., p. 23) opina que: “El Estado tiene el derecho de ser reembolsado, por vía de sustitución legal, del total que haya gastado en remunera-

También es interesante la hipótesis formulada por Antonio Santos Abrantes Gerales, que la jurisprudencia portuguesa acepta, a pesar de no contar con expresa previsión legislativa:

“Aunque sin expresa previsión en el art. 495.º, se ha considerado positivamente la posibilidad de resarcir los daños causados a personas que, por razones de orden familiar, deban proporcionar asistencia al lesionado en perjuicio de sus rendimientos (lucros cesantes), en particular ante una situación de incapacidad o de dependencia funcional o psíquica. Es esos casos, el derecho de indemnización encuentra su razón de ser no sólo en el cumplimiento de los deberes legales que, por ejemplo, recaen mutuamente sobre los conyugues o, en lo que se refiere a los hijos menores, sobre los respectivos padres, sino más bien en la constatación de que esa intervención auxiliar suple, en la práctica, la que debería ser realizada por una tercera persona y cuyos costos deberían siempre imputarse al responsable.”⁹⁹

A las puertas de la década de 1980, la jurisprudencia francesa hizo un giro de postura y empezó a reparar ese tipo de perjuicio. Antes de la nueva posición, se creía que el cuidado proporcionado por parientes era consecuencia del deber de auxilio y asistencia legalmente establecido. Desde entonces, la *Cour de Cassation* ha llegado a indemnizar, entre otros casos, los costos de la modificación del departamento de una madre que tuvo que adaptarlo para poder recibir a su hijo gravemente herido.¹⁰⁰

No es común, en los tribunales brasileños, la presentación de demandas directamente contra el causador del daño por parte de quien experimenta perjuicio patrimonial reflejo provocado – en caso de lesión corporal – por gastos de salvamento, tratamiento y asistencia a la víctima inicial, incluso los referentes a establecimientos hospitalarios, médicos u otras entidades.¹⁰¹ Sin embargo, en vista de la apertura sistemática del ordenamiento jurídico brasileño y de su reconocida receptividad con

ciones a uno de sus funcionarios ausente del servicio e imposibilitado de dar contrapartida laboral al Estado debido a enfermedad resultante del accidente de tráfico y simultáneamente del servicio causado por culpa de un tercero”.

99. GERALDES, António Santos Abrantes. Op. cit., p. 18.

100. VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. Op. cit., p. 167.

101. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino (Op. cit., p. 207) admite la aplicación analógica de la norma portuguesa al derecho patrio, principalmente por intermedio del principio de la función social del contrato. El autor explica la praxis nacional: “En el derecho brasileño, esos valores son debidos por la heredad, por lo que los sucesores deben efectuar el pago y reparar los gastos del responsable, pues la ley no admite explícitamente que los prestadores de servicio de asistencia a la víctima presenten una demanda directa contra el autor del daño”.

relación a los modelos jurídicos extranjeros,¹⁰² no hay ningún inconveniente que impida la aplicación de las soluciones portuguesas en la escena nacional.

4. CONCLUSIÓN

El presente trabajo presenta, según nuestra convicción, dos realidades: los diferentes modelos que los ordenamientos jurídicos adoptan para tratar de cuestiones similares concernientes al daño reflejo o por rebote y la apertura sistemática del ordenamiento jurídico brasileño que, aliada a una proficua producción jurisprudencial, contrasta con la realidad portuguesa, más apegada a hipótesis expresamente positivadas.

En la primera sección se analizó la situación del llamado *caso clásico*, es decir, la legitimidad activa de los parientes cercanos a la víctima de homicidio para requerir la indemnización por daño reflejo. Se notó que algunos ordenamientos cuentan con normas especiales para regular la hipótesis, mientras otros se valen de la teoría general de la responsabilidad civil. Aun así, todos permiten la indemnización del *caso clásico*, con variaciones referentes a la enumeración de los legitimados.

La segunda sección mostró las diferencias más profundas entre los ordenamientos estudiados. Quedó probado que la categoría de los daños reflejos o por rebote es un área fértil para demostrar las diferencias más relevantes entre los grandes sistemas de responsabilidad civil encontrados en los países que integran el “civil law”.

El derecho brasileño, al contrario del derecho portugués, admite un gran número de situaciones y va mucho más allá de las hipótesis expresamente positivadas.

102. Las fuentes doctrinarias extranjeras han ayudado a formar un modelo hermenéutico nacional, además de haber servido como fuente argumentativa directa para muchos precedentes brasileños, lo que debe, principalmente, a la inercia doctrinaria de las últimas décadas. La utilización del derecho extranjero como fuente directa para la producción de soluciones domésticas no es novedad en la tradición jurídica luso-brasileña, pues representa lo que Clovis do Couto e Silva denominaba “Bartolismo”. Véase: COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. Miguel Reale civilista. *Revista dos Tribunais*. vol. 80. n. 672. p. 54. São Paulo: Ed. RT, out. 1991 y COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. ano 25. vol. 97. p. 163. jan.-mar. 1988. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 242, explica el origen del término “bartolismo”: “Es que la importancia de la penetración, en Portugal, de la obra de los juristas del derecho común, atestigüada desde el siglo XII, tenderá a crecer mediante el recurso cada vez más intenso a las opiniones y al método de Bartolo de Saxoferrato (1315-1357), el más célebre de los comentaristas, justamente el que se particularizó por un singular método, a saber, el de compatibilizar las ‘enseñanzas universales’ con las costumbres locales (...)”.

SILVA, Rafael Peteffi da; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Daño reflejo o por rebote: pautas para un análisis de derecho comparado. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 7. ano 3. p. 207-240. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2016.

Paradójicamente, la hipótesis positivada en el artículo 495, apartado 2, del Código Civil portugués – ampliamente admitida por la jurisprudencia lusitana – aún no ha sido “descubierta” por la jurisprudencia brasileña.

5. REFERENCIAS

- ALMEIDA COSTA, Mario Julio de. *Direito das obrigações*. 11 ed. Coimbra: Almedina, 2008.
- BARBOSA, Mafalda Miranda. *Liberdade v. Responsabilidade: a precaução como fundamento da imputação delitual?* Coimbra: Almedina, 2006.
- CARVALHO SANTOS, João Manuel de. *Código Civil brasileiro interpretado: principalmente do ponto de vista prático*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991. vol. 21.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- CHARTIER, Yves. *La réparation du préjudice*. Paris: Dalloz, 1996.
- COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 2. p. 333-348, jan-mar. 2015.
- _____. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. *Revista de Informação Legislativa*. ano 25. vol. 97. p.163-160. jan.-mar. 1988.
- _____. Miguel Reale civilista. *Revista dos Tribunais*. vol. 80. n. 672. p. 53-62. São Paulo: Ed. RT, out. 1991.
- DEUTSCH, Erwin. Der Ersatz reiner Vermögensschäden nach deutschem Recht. In: BANAKAS, Efstathios K. et alii (eds). *Civil liability for pure economic loss*. London: Kluwer, 1996.
- FACHINNI NETO, Eugênio. Prefácio. In: SOARES, Flaviana Ranpazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- GERALDES, António Santos Abrantes. *Temas da responsabilidade civil: indemnização dos danos reflexos*. 2. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2007.
- JOURDAIN, Patrice. *Les principes de la responsabilité civile*. Paris: Dalloz, 1992.
- LANNI, Sabrina. La reelaboración de la responsabilidad civil: nuevos códigos civiles y diálogo euro-latinoamericano. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 4. ano 2. p. 301-320. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2015.
- LE TOURNEAU, Phillipe; CADIET, Loic. *Droit de la responsabilité*. Paris: Dalloz, 1998.
- LEITÃO, Adelaide Menezes. *Normas de proteção de danos puramente patrimoniais*. Almedina: Coimbra. 2009.
- MARKESINIS, Basil; COESTER, Michael; ALPA, Guido; ULSTEIN Augustus. *Compensation for personal injury in English, German and Italian Law: a comparative outline*. Cambridge University Presse: Cambridge, 2005.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Ed. RT, 1999.

- MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil português*. Coimbra: Almedina, 2010. vol. 2, t. 3.
- MONTENEGRO, Antônio Lindbergh C. *Ressarcimento de danos pessoais e materiais*. 8. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013.
- PARISI, Francesco, PALMER, Vernon; BUSSANI, Mauro. The Comparative Law and Economics of Pure Economic Loss. *International Review of Law and Economics*. n. 27. p. 29-48, 2007.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. 18 ed. atual. por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2010. vol. 5.
- PORTO, Mario Moacyr. *Temas de responsabilidade civil*. São Paulo: Ed. RT, 1989.
- RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. A doutrina do terceiro cúmplice: autonomia da vontade, o princípio *res inter alios acta*, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos. *Revista dos Tribunais*. vol. 93. n. 821. p. 80-98. São Paulo: Ed. RT, mar. 2004.
- ROMITI, Ângela Patrício Müller. A indenização pela perda da vida (dano da morte). *Revista Forense*. vol. 108. n. 415. p. 61-74, jan.-jun. 2012.
- SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SCHIAVI, Mauro. Dano moral reflexo ou em ricochete decorrente da relação de trabalho. *Revista LTr legislação do trabalho*. Suplemento trabalhista. vol. 44. n. 43. p. 213-215. São Paulo, 2008.
- SCHMIDT, Jan Peter. Responsabilidade civil no direito alemão e método funcional do direito comparado. In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas. 2011.
- SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros à diluição dos danos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- SILVA, Luís Renato Ferreira da. Da legitimidade para postular indenização por danos Morais. *Revista Ajuris*. n. 70. p. 185-205. Porto Alegre, jul. 1997.
- SILVA, Rafael Peteffi da. Sistema de justiça, função social do contrato e a indenização do dano reflexo ou por ricochete. *Revista Sequência (UFSC)*. vol. 63. p. 1-22. Florianópolis, 2011.
- SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira. *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*. Coimbra: Almedina. 1989.
- SOARES, Flaviana Ranpazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- VAN DAM, Cees. *European tort law*. New York: Oxford University Press. 2006.
- VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10 ed. Coimbra: Almedina, 2010.

_____; PIRES DE LIMA. *Código Civil anotado*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2011. vol. I.

VASCONCELOS, Maria João Sarmento Pestana de. Algumas questões sobre a ressarcibilidade delitual de danos patrimoniais puros no ordenamento jurídico português. In: ANTUNES, Ana Filipa; FONSECA, Ana Maria; VASCONCELOS, Maria João; SÁ, Fernando (Orgs). *Novas tendências da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2007.

VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de droit civil: les conditions de la responsabilité*. 3. ed. Paris: LGDJ, 2006.

WAGNER, Gerhard. Comparative Tort Law. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (org.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. New York: Oxford University Press, 2008.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Dano por ricochete, de Mário Moacyr Porto – *RT* 661/7-10, *Doutrinas Essenciais de Dano Moral* 1/729-733 (DTR\1990\182); e
- Nova proposta de classificação do dano no direito civil, de Bruno Oliveira Maggi – *RDPriv* 32/32-54, *Doutrinas Essenciais de Dano Moral* 1/749-775 (DTR\2007\632).